

OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI ÜZERİNE BİR ETÜD

*İbrahim DURHAN**

I. Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu

Osmanlılar, Anadolu Selçuklu Devleti döneminde bu devlete bağlı bir uç beyliği iken, devletin dağılmasıyla Anadolu'da ortaya çıkan diğer beyliklerle¹ birlikte tarih sahnesine çıkmış oldu. Coğrafi konumu, Osmanlı Beyliği'ni dinamik bir yapıda tutmaktaydı. Bizans'a komşu olmak ve sürekli savaş tehdidi altında bulunmak, Osmanlı Beyliği'ni hızlı bir gelişme sürecine sokmuştur. Sürekli mücadeleyi gerektiren koşullar, "gaza" ve "gazilik" dinamizmi, Osmanlı Beyliği'nin, diğer beyliklerden daha hızlı gelişmesi sonucunu doğuruyordu².

Merkezi devletin (A. Selçuklu Devleti'nin), Moğollara Köseadağ'da yenilmesinden sonra(1243) dağılma sürecine girmesiyle; ülkenin çeşitli yerlerinde merkeze bağlı olarak yönetsel yetkiye sahip olan beyler, fiilen bağımsız hale geldiler. Diğer bir anlatımla, bu beyliklerin A.Selçuklu Devleti'ne kuramsal olarak bağlı olduğu kabul edilmekte idi. Gerçekte ise, merkezi hükümdarın bu beylikler üzerinde bir otoritesi kalmamıştı.

Daha küçük olmasına rağmen, dinamik ve fetihçi bir karaktere sahip olan Osmanlı Beyliği, gelişimini hızla sürdürmüştü ve 1299 yılında Bilecik'i fethetmişti. Beyliğin başında bulunan Osman Bey'in bu başarısı, A.Selçuklu hükümdarı (III. Alaüddin Keykubat) tarafından çok olumlu karşılanmış ve

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1 Anadolu Selçuklu Devleti'nin dağılmasıyla ortaya çıkan diğer beylikler için bkz., İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi (Anadolu Selçukluları ve Anadolu Beylikleri Hakkında Bir Mukaddime ile Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar)*, C.I, 4.bası, Türk Tarih Kurumu yayınları, Ankara, 1982, s.43 vd. ; Toktamış Ateş, *Osmanlı Toplumunun Siyasal Yapısı (Kuruluş Dönemi)*, 2.bası, İstanbul, 1991, s.89 vd.

2 Bkz., Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, 8.bası, Savaş yay., Ankara, 1996, s.161.

Osman Bey'e, bağımsızlığın nişanesi olarak birtakım hediyeler gönderilmişti. Böylece, fiilen bağımsız olan Osmanlı Beyliği'nin, merkezi yönetimle arasındaki kuramsal bağımlılığı da sona ermiş oldu⁴.

1299-1300 tarihinde bağımsızlaşan Osmanlı Beyliğini, bu tarihten itibaren devletleşme sürecine girdiğini görmekteyiz. XIV. yüzyılın sonlarına gelindiğinde; Anadolu'nun batısında, Edirne civarında ve Balkan yarımadasında artık, bir "Osmanlı Devleti" gerçeği ile karşılaşmaktayız.

Osmanlı Devleti, kendisinden önceki müslüman-Türk devletlerinin devamı olarak tarih sahnesine çıktığı için, kurum ve kurallarını oluştururken, önceki devletlerin (özellikle A.Selçuklu Devleti'nin) büyük ölçüde etkisi altında kalmıştır. Bu nedenle, Osmanlı Devleti'nin kuruluşuna (diğer islam devletlerinde olduğu gibi), islami esaslar hakimdir. İslam hukuku(şer'i hukuk), devletin temel yasası niteliğindedir. Devlet ve toplumsal yaşam, bu hukuka göre tanzim olunmuştur. Ancak şer'i hukuk, Osmanlı hukuk sisteminin tamamı demek değildi. Bu konuyu, aşağıda, biraz ayrıntılı olarak ele almaya çalışacağız.

II. Osmanlı Hukukunun Yapısı

Osmanlı hukukunun yapısını, Tanzimat öncesi ve sonrası dönemler olarak iki başlık altında inceleme konusu yapacağız. Zira Tanzimat dönemi, büyük bir değişim ve dönüşümün yaşandığı dönemdir. Bu dönemde, hukuk sisteminde de önemli gelişmeler vukubulmuştur. Bu gelişmeleri ayrı bir başlık altında ele alacağız.

A. Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunun Yapısı

Osmanlı Devleti, islami meşruluk temeline dayanan⁵, monarşik bir yapıya sahipti. Devlet, dinsel temeller üzerinde kurulmuş⁶ ve bütün erk'lerin padişahta toplandığı bir yönetim modeli oluşturulmuştu.

3 Bkz., Yusuf Halaçoğlu, *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı*, 2.bası, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1995, s.124.

⁴ Osmanlı Devleti'nin kuruluş tarihi konusunda farklı ve ayrıntılı bilgi için bkz., Halil İnalçık, "Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Problemi" *Doğu-Batı Düşünce Dergisi* (Akademi ve İktidar), Yıl: 2, Sayı: 7, Ankara, 1999, s. 9 vd.

⁵ Devletin kurum ve kurallarının meşruluk dayanağı islamiyetti ancak, Osmanlı Devleti teokratik bir yapıya sahip değildi. Çünkü teokraside; yasaların kaynağı devlet veya halk

İslam hukuku, devletin temel yasası niteliğindedir ancak, Osmanlı hukuku sadece İslam hukukundan ibaret değildir. Şer'i hukukun (İslam hukukunun) düzenlemediği alanlara ilişkin olarak padişahın koymuş olduğu kurallardan oluşan bir hukuk alanı daha vardı ki, buna "örfi hukuk" denilmekteydi⁷.

Osmanlılarca geliştirilen hukuk düşüncesi; eski Türk ve İranlıların devlet ve yönetim anlayışları ile, Kur'an'dan ve ilk müslüman geleneklerinden alınmış olan dinsel hukuk yani şeriat düşüncesinin sentezine dayanmaktaydı. Dinsel hukuk, kişisel davranış ve toplum yaşamı alanlarında ileri derecede gelişmiş ise de, kamu hukuku alanında, özellikle devlet örgütlenmesi ve yönetimi konularında yetersizdi. Bu nedenle müslüman hukuk kuramcılarının çoğu, şeriatın kapsamadığı konularda laik kurallar(yasalar) yaratmayı, "hükümdar hakkı" (örf) olarak tanımışlardı. Böylece Osmanlı hukuku, örf-i(sultani) ve şer'i(dinsel) hukuk olmak üzere iki hukuk alanından oluşmaktaydı⁸.

1. Şer'i Hukuk - Örfi Hukuk Ayrımı

Osmanlı hukuku; "şer'i hukuk" ve "örfi hukuk" denilen iki ayrı hukuk alanından oluştuğunu yukarıda belirttik. Devletin temel yasası, şer'i hukuk idi. Zira islamiyet; sadece inanç ve ibadete ilişkin esasları ve insanların

değil, Tanrısal iradedir ve bu irade, peygamber aracılığıyla açıklanır. Oysa Osmanlı Devleti'nin kurum ve kurallarının oluşumunda, devletin(padişahın) vaz'ettiği kurallar önemli yer tutar. Bkz., Ziya Umur, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, C.I, Beta yay., İstanbul, 1987, s.181 ; Tevfik Özcan, "Kanunla Düzenlenen Monarşik Yapı", *Gösteri-Sanat Edebiyat Dergisi*, Osmanlı İmparatorluğu, S.212, Hürriyet Dergi Grubu, İstanbul, Temmuz-Ağustos 1999, s.31.

6 Farklı görüş için bkz., Herbert Adams Gibbons, *Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu*, (çev., Bülent Arı), 1.bası, 21.Yüzyıl yay., Ankara, 1998, s.61.

7 Tanzimat dönemine kadar, Osmanlı hukukunun genel yapısı hakkında bilgi için bkz., Temuçin Faik Ertan, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Hukuk Reformuna Genel Bir Bakış", *Abdurrahman Çaycı'ya Armağan*, Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Enstitüsü, Ankara, 1995, s.217 vd.

8 Stanford Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, (çev.Mehmet Harmancı), C.I, e yay., İstanbul, 1982, s.193.

9 Osmanlı Devleti'nin şer'iliği konusunda değişik görüşler için bkz., İlber Ortaylı, "Osmanlı Devletinde Lâiklik Hareketleri Üzerine", *Ümit Yaşar Doğanay'a Armağan*,

Allah'a karşı olan görevlerini düzenlemekle yetinmeyerek, yaşamın bütün yönlerini düzenleme iddiasında olan bir dindir¹⁰. Bu sebeple, islamiyeti kabul etmiş olan devletler bu kabulün gereği olarak İslam hukukunu da benimsemişlerdir. Osmanlı Devleti de bu yönde hareket ederek, İslam hukukunu temel yasa olarak kabul etmiştir¹¹. Ancak, Osmanlı padişahları (özellikle kuruluş ve gelişme dönemlerinde) İslam hukukunu uygularken zamanın gerektirdiği düzenlemeleri yapmaktan geri durmamışlardır. Bu dönemde genellikle Osmanlı padişahları, çok gerçekçi hareket etmişler ve dünya işlerinde dinin tümüyle tesiri altında kalacak kadar mütaasıp davranmak mecburiyetini hissetmemişlerdir. Devletin çıkarlarının sözkonusu olduğu alanlarda, düzenlemelere gidilmekte tereddüt gösterilmemiştir. Bu suretle, şer'i hukukun yanı sıra bir hukuk alanı daha oluşmaya başlamıştı. Padişahın iradesi ile ortaya çıkan bu hukuk alanına "örfi hukuk" denilmekteydi.

Örfi hukukun; şer'i hukuktan ayrı bir hukuk alanı olmadığı, İslam hukukunun (geniş anlamda) bir parçası olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, örfi hukuku doğuran iradenin kaynağı İslam hukukudur¹². Padişah (ulül-emr) yasama faaliyetinde bulunurken, tamamen serbest değildir. İslam hukukunun kendisine tanıdığı sınırlı alanlara ilişkin olarak bu yetkisini kullanır.

Örfi hukukun, İslam hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edildiği takdirde bu kurallara itaat, sadece yasal bir zorunluluk değil aynı zamanda dinsel bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır. Oysa, kamu düzenini sağlamak amacıyla konulmuş kurallar topluluğu olarak örfi hukuka itaat, yasal bir zorunluluktur. Bu kurallara itaatsizliğin, uhrevi sorumluluğu da gerektireceğini kabul etmek, padişahın iradesini ilahi iradeye yaklaştırmak anlamına gelecektir. Örfi hukukun, İslam hukukundan¹³ ayrı (ve dışında) olduğu düşünülmezse, padişahın da yasa koyucu olabileceği sonucu ortaya

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.498 vd.

10 Bkz., Ömer Lütfü Barkan, *XV ve XVI nci asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları*, C.1, İstanbul Üniversitesi yay., İstanbul, 1943, s.X.

11 Bkz., Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1995, s.87.

12 Bkz., Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C.1, Timaş yay., İstanbul, 1990, s.190 vd.

13 Burada islam hukuku kavramını, dar anlamda (şer'i hukuk anlamında) kullanıyoruz.

çıkacaktır. Oysa İslam hukukunda gerçek anlamda yasa koyucunun, ilahi irade olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta; hukukçular ve zamanın yasama organı ancak, bu ilahi iradeyi açıklamak ve/veya uygulamakla görevlidirler¹⁴. Ortaya konulacak hükümler, buna ilişkin olacaktır.

Örfi hukuka birtakım şer'i dayanaklar bulunsa da¹⁵, örfi hukuk, gerek kaynağı ve gerekse niteliği bakımından şer'i hukuktan ayrıdır. Şer'i hukukun kaynağı; insan iradesinin dışında ve üstünde kabul edilen, ilahi iradedir. Bu iradenin mahsulü olan hükümlerin değiştirilmesi veya bunlara eklemeler yapılması sözkonusu değildir. İnsan iradesinin bu hukuk alanındaki rolü, sadece hükümlerin yorumlanması ve açıklanmasından ibarettir. İslam hukukçuları içtihatları ile şer'i hukuku geliştirirken, bunu yapmışlardır. Örfi hukuk ise, insan iradesine dayanır. Padişahın (veya zamanın yasama organının) iradesi, bu hukuk alanının kaynağını teşkil eder. Bu hukuk alanı, dokunulmaz değildir, değiştirilebilir veya eklemeler yapılabilir.

Bir islam devletinde şer'i hukuka itaat, yasal bir zorunluluk olduğu gibi aynı zamanda dinsel bir gerekliliktir. Zira, şer'i kuralların kutsiyeti vardır ve bu kurallara itaat, bir nevi ibadettir. Şer'i kurallar; gücünü ve bağlayıcılığını, ilahi niteliğinden almaktadır. Örfi kuralların ise, kutsal bir yanı yoktur. Bu kurallar, dünyevi düzeni temin maksadı ile vaz'edilirler ve esas itibariyle yürürlük süreleri de, yasa koyucunun (padişahın) yaşamı ile sınırlıdır¹⁶. Eğer bu kuralların yürürlükte kalması isteniyorsa, sonra gelen padişahın iradesi ile bu kuralların yenilenmesi (veya yürürlükte olduğunun açıklanması) gerekir. Diğer bir deyişle; örfi hukuk kurallarının bağlayıcılığı, bu kuralların niteliğinden değil, arkasındaki otoriteden kaynaklanmaktadır.

Buradan, şer'i ve öfi hukuk alanlarının bir bütün oluşturmadığı, ayrı hukuk alanları olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁷. Hukuku doğuran kaynaklara ve kuralların niteliğine bakıldığında, bu iki hukuk alanının birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Ancak örfi hukukun, şer'i hukuka aykırı olmaması gerektiğine ilişkin genel prensibe dayanılarak bu iki hukuk alanının, (geniş anlamda) İslam hukukunun içerisinde yer aldığı söylenebilir.

14 Bkz., Cin/Akgündüz, *age.*, s.190.

15 İslam hukukçuları, "şer'i hukukun açıkça aksini emretmediği ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda padişahın, kural koyabileceğini kabul etmektedirler.

16 Bkz., Aydın, *age.*, s.89.

17 Farklı görüş için bkz., Halaçoğlu, *age.*, s.119 ; Aydın, *age.*, s.97.

a. Şer'i Hukuk

Osmanlı Devleti, kendinden önceki Türk ve İslam devletlerinin bir uzantısı olarak tarih sahnesine çıkmış olduğundan, hukuk sistemini de bu devletlerin hukuki mirası oluşturur. Diğer bir deyişle Osmanlı Devleti, kuruluşu ile birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi geliştirmiş değildir. Önceki Türk-İslam devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de hukuk sistemi esas itibariyle İslam hukukundan¹⁸ oluşmaktaydı. İslam hukukunun ilk ve en önemli kaynağı kutsal kitap (Kur'an) dır. Kur'an ayetlerine bakıldığında, iki grup hareket kaidesi göze çarpmaktadır. Birinci grup, fertle (kul ile) Tanrı arasındaki ilişkileri düzenleyen hareket kaideleridir ki, bu kaideler "dogma" niteliğindedir ve değişme kabul etmezler. İkinci grupta ise, dünyevi ilişkileri düzenleyen kaideler bulunmaktadır¹⁹.

Kur'an'ın, dünyevi yaşama ilişkin kaideleri çok azdır. Evlenme ve mirasa dair ayrıntılı sayılabilecek hükümler ile bazı suçlar için cezalar ve az sayıda borçlar hukukuna ilişkin kurallar bulunmaktadır. Hukukla ilgili ayet sayısı 600 civarındadır ve bu miktar, toplam ayet sayısının 1/10'undan azdır. Bu ayetler Kur'an'da, sistematik bir şekilde değil, çeşitli surelere serpiştirilmiş halde ve dağınık olarak bulunurlar²⁰.

Kur'an'da herhangi bir hukuksal konu veya ilişkinin geniş kapsamlı olarak ele alınmasına yönelik gerçek bir girişim bulunmamaktadır. Kur'an'ın düzenlemeleri, tamamen yeni bir sistem getirmekten daha çok mevcut örf-adet hukukunu değiştirip düzeltmeye yöneliktir²¹. İslam hukuku, esas itibariyle, Peygamberden önce Arabistan'da var olan örf ve adetlerin, bireysel vicdanı ilgilendiren bazı ahlaki prensiplere bağlanarak tesbit edilmesi idi²². Buradan şu sonuca ulaşmaktayız; Kur'an hükümleri ile o dönem Arap toplumunun yaşayışı arasında irtibat bulunmaktadır. Toplumun

18 Burada, İslam hukuku kavramını dar anlamda (yani şer'i hukuk anlamında) kullanıyoruz.

19 Bkz., Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 3.bası, İstanbul, 1978, s.12.

20 Bkz., Umur, *age.*, s.151 vd.

21 N.J. Coulson, "İslâm Hukuku", (çev. Sururi Aktaş), *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, 1997, s.277 vd.

22 Bkz., Umur, *age.*, s.148.

(ve bireylerin) kabul edemeyeceği, uygulanma kabiliyeti bulunmayan hükümler vaz'edilmemiştir²³.

Kur'an-ı Kerim; birtakım hukuk kaideleri ihtiva etse de, bir hukuk kitabı değil, esas itibariyle bir ahlâk ve öğüt kitabıdır. Kur'an'daki hukuk kaideleri, o günün toplum ihtiyaçlarını dahi karşılamaktan uzaktı. Kur'an'ın dışında da kaideler koymak zorunluluğu ortaya çıktı. Peygamber döneminde toplumun bu ihtiyacı, sünnet ile giderilmeye çalışıldı. Bu suretle "sünnet", hukukun ikinci kaynağı olarak ortaya çıktı.

Sünnet; Peygamberin hayatından çıkarılmış olan kaide ve prensipler toplamıdır. Sünnet yoluyla oluşan kaideler de, tıpkı Kur'an kaideleri gibi bağlayıcı ve kesin idi. Zira Hz. Muhammed; Allah'ın elçisi olarak ruhani iktidarı, devlet başkanı olarak da cismani iktidarı şahsında toplamaktaydı. Ayrıca Kur'an'da, Peygambere itaati emreden ve onu örnek gösteren ayetler bulunmaktadır²⁴. Bu bakımdan Peygamberin iradesi kesindi.

Peygamber hayatta olduğu süre içerisinde, toplum sorunlarını çözmüş ve hukuku dinamik bir yapıda tutabilmişti. Ancak Peygamberin vefatı ile hukukun bu ikinci kaynağı (sünnet) sona ermiş oldu. İslam devletinin ve toplumunun gelişmesi ile ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar, yeni kaidelerin konmasını gerektiriyordu. Bu ihtiyaçların karşılanması için, Ebubekir (1.halife) ve Ömer (2.halife) zamanında toplumun ileri gelenlerinden bir kurul oluşturuldu. Müslümanların oluşturduğu bu kurulda alınan kararlar, hukukun üçüncü kaynağı olarak kabul edildi ve "icma-ı ümmet" olarak anılmaya başlandı. Daha sonra bu kavram genişleyerek, din alimlerinin bir sorunun çözüm şekli üzerinde görüş birliğine varmaları, "icma-ı ümmet"

23 Kur'an'ın genel niteliğini, tek tarafı iradeyle (talak ile) yapılan boşanma kurumuna ilişkin düzenlemeler açıklar. İslamiyet öncesi Arap toplumunun örf ve adet hukukuna göre koca, istediği zaman tek tarafı bir beyanla evliliği sona erdirmeye hakkına, mutlak olarak sahipti. Koca, bu hakkını (ya da gücünü), İslamiyet döneminde de muhafaza etmiştir. Kur'an, kocayı bu güçten mahrum bırakmamıştır. Ancak, bu hakkın kötüye kullanılmaması için bazı ahlaki tedbirler almıştır. Bkz., Coulson, *agm.*, s.278-279.

24 4. surenin 80. ayeti ile 47. surenin 33. ayeti, Peygambere itaati emretmekte; 33. surenin 21. ayetinde ise, Peygamberin müslümanlara güzel bir örnek olduğu belirtilmektedir.

olarak ifade olunmuş ve hukukun üçüncü kaynağı kabul edilmiştir²⁵. İcma'nın şer'i dayanağı ise, Peygamberin hadisleridir²⁶.

İslam hukukunun bu üç kaynağı (Kur'an, sünnet, icma-ı ümmet), şer'i nitelikte olduğundan, yanılmaz mahiyette kaynaklar olduğu kabul edilir. Bir sorun çözülürken, sırasıyla bu kaynaklara müracaat edilir. Eğer sorun bu kaynaklara dayanılarak çözülemiyorsa, bu takdirde "kıyas" denilen metoda başvurulur. Kıyas; İslam hukukunun dördüncü kaynağıdır ve yanılması mümkün olan insandan gelmektedir. Kıyas, ferdi bir ameliyedir. Hukukçu, sorunu çözmek için aradığı kaideyi diğer kaynaklarda bulamazsa, benzer soruna uygulanan kaideyi kıyasen uygulayıp-uygulayamayacağını araştırır. Eğer tek bir kaide kıyası mümkün kılmıyorsa, o zaman mevzuatın bütünü gözönünde bulundurularak çözüm yolu bulunmaya çalışılır²⁷.

Bir sorunun çözümü için kanunda (Kur'an, sünnet ve icma' da) bir kaide bulunamıyor ve kıyas da yapılamıyorsa, "içtihat" yolu ile bir çözüme ulaşılabacaktır. İctihat; insan aklının, yargısal ve hukuksal sorunları takdir ederek bunları vasıflandırmak, yani islamileştirmek suretiyle tedvin etme (kanunlaştırma) ameliyesidir²⁸. Hukukçu içtihatla bulunurken; hukukun tamamını, aklının bütün gücü ile kavramaya çalışarak yeni bir çözüm yoluna ulaşır. Bu suretle; asli kaynaklarda statik halde bulunan kaidelerin, gelişen insan ihtiyaçlarına her zaman ve nasıl cevap vereceğini izah ederek, hukuka dinamizm kazandırır²⁹. Ne var ki, müçtehit her zaman doğru içtihatla bulunmuş olmayabilir. Zira içtihat bir "galebe-i zan" yani müçtehidin ağır basan bir sanısıdır. Diğer bir anlatımla müçtehit, bir soruna, yukarıda

25 Ayrıntılı bilgi için bkz., Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (çev.Baha Arıkan), C.I, İstanbul, (tarihsiz), s.43 vd.

26 Peygamberin "müslümanların iyi olarak kabul ettikleri, Allah katında da iyidir" ve "ümmetim bir yanlış üzerine asla birleşemez" şeklindeki hadisleri, icma' nin şer'i dayanağı olarak kabul edilmektedir.

27 Sava Paşa, *İslam Hukuku I*, s.48 vd.

28 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (çev.Baha Arıkan), C.II, İstanbul, (tarihsiz), s.13.

29 Bu, her hukukçunun yapabileceği bir şey değildi. Ancak belli vasıflara sahip olan hukukçular bunu yapabilmekteydi ki bunlara "müçtehit"(içtihat eden) ya da "fakih" denilmekteydi. Bir müçtehitte bulunması gereken vasıflar için bkz., Unur, *age.*, s.184 ; Sava Paşa, *İslam Hukuku II*, s.15 vd. ; Coşkun Üçok, "İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.40.

belirttiğimiz temel kaynaklara dayanarak ve kendi yöntemine uygun olarak en doğru çözümü bulduğunu sandığı zaman bir içtihatla bulunmuş olur. Varılan sonuç(yani içtihat), doğru olabileceği gibi yanlış da olabilir. Yanlış yapan müçtehide “müçtehid-i muhti” denir ancak, doğru bir sonuca varmak için kendisi bütün gücünü kullanmış olduğuna göre “musib” yani doğruyu bulmuş kabul edilir .

İçtihat; ister yeni ve bilinmeyen bir soruna ait olsun, isterse bilinen bir sorunun başka bir şekilde çözümüne yönelik bulunsun, İslamiyetin bütün devirlerinde, bir teşri yani kanun yapma vasıtası olarak telakki edilmiştir. Çünkü içtihat, hukukun sürekli gelişmesini sağlamak suretiyle ona uygulanma kabiliyeti bahşetmekte ve hukukun canlı kalmasına olanak sağlamaktadır. Bu noktada müçtehit hukukçu, içtihatları ile adeta hukukun canlı sesi olmaktadır³¹. İslam hukukunun içtihat yolu ile gelişmesi, (dört halife dönemi hariç) devletin müdahalesi ve katkısı dışında olmuştur³². Müçtehitler, devletten bağımsız olarak ve bir resmi görev taşımadan, ilmi eserleri ile hukukun gelişmesine katkıda bulunmuşlardır.

İslam hukukundaki bu gelişme, ancak hicri III. yüzyıla kadar sürmüştür. Bu yüzyıldan sonra, içtihat kapısının kapalı olduğu kabul edilerek³³, hukukun gelişmesi durdurulmuş ve statik sürece girilmiştir. Böylece İslam hukuku; Kur'an, sünnet ve icma'daki tartışılmaz ve değişmez kesin kurallar ile içtihat yoluyla konulmuş kuralların toplamından oluşmaktadır. Ancak içtihat, kişisel bir sanı olduğu için, bir içtihadı diğerinden üstün tutma olanağı kural olarak kabul edilemez. Zira, dinsel bakımdan *nass* Tanrıya ve Peygambere dayandığı halde, *icthāt* kul işidir. Bir kul olan müçtehidin

30 Üçok, *İçtihatla İçtihat.*, s.41.

31 Sava Paşa, *İslam Hukuku II*, s.16.

32 Bkz., Aydın, *age.*, s.89.

33 İçtihatları ile hukukun gelişmesine büyük katkıları olan ve mezhep sahibi olarak bilinen müçtehitlerin (Ebu Hanife, Malik, Şafi ve Hambel) vefatı ile (ki en son hicri 241 yılında Hambel vefat etmiştir), içtihat yolunun kapandığı ileri sürülmüştür. Sonra gelen hukukçuların kendi otoriteleri yoktur. Bu hukukçular bir sorunu çözerken, kendi fikirlerini beyan edemezler ve içtihatla bulunamazlar. Dolayısıyla sonraki hukukçular, müçtehitlerin ortaya koymuş olduğu prensipler çerçevesinde sorunları çözecek ve bu prensipleri nakletmekle yetinecektir. Bu noktada belirtmeliyiz ki, içtihat kapısının kapalı olması bir *nass* (dogma) değildir. Bu husus, tarihi ve fiili bir durumdur. Teorik olarak içtihat kapısının açık olduğunu söyleyebiliriz. Bkz., Umur, *age.*, s.189.

içtihadının, diğer bir müçtehidin içtihadına üstünlüğü iddia olunamaz³⁴. Bu anlayış, *ıçtihat ile içtihat nakz olunamaz* şeklinde genel bir kural olarak, İslam hukukunun genel ilkeleri arasında yer almıştır. Mecelle'nin de kabul ettiği bu genel kural(md.16) nedeniyle, birbirine karşıt da olsalar bütün içtihatlar, İslam hukukunun yürürlükteki kuralları olarak kabul edilmiştir. Fetva ile bir ülkede hangi içtihadın uygulanması gerektiğini belirlemek de olanaksızdır. Çünkü *fetva* bir şer'i hükmü bildirmekten ibarettir ve eğer o hüküm bir *nass* değilse bağlayıcı³⁵ da değildir. Meğer ki bu fetva, bir yargı kararına dayanak teşkil etmiş olsun .

Hukuk sistemi olarak İslam hukukunu benimsemiş olan devletler, bu statik yapı karşısında bir çıkış yolu bulmalı idiler. Zira bir tarafta sürekli gelişen ve değişen insan ihtiyaçları, diğer taraftan gelişmesi durmuş olan hukuk sistemi nedeniyle doğacak olan sorunlara bir çözüm yolu bulunmalıydı. Bu çözüm, şer'i hukuk dışında, örfi hukuk denilen bir hukuk alanının doğuşu ile bulunmuş oldu.

b. Örfi Hukuk

Yukarda bahsini ettiğimiz dört kaynağa (Kur'an, sünnet, icma ve kıyas) dayanarak vücut bulan ve içtihat yolu ile de (hicri III. yüzyılın ortalarına kadar) gelişimini sürdüren hukuk sistemine, "şer'i hukuk" (ya da dar anlamıyla İslam hukuku) denilmektedir.

IX. yüzyılın ikinci yarısında (hicri III. yüzyılın ortalarında) islam uleması, içtihat kapısının kapandığını kabul etti³⁶. Bu tarihe kadar oluşan ve "şer'i hukuk" olarak isimlendirilen hukuksal düzen, islamiyetin tanıdığı tek hukuk sistemi idi. Bu sistem içerisinde devletin başında bulunan kimse (halife olsun, sultan olsun), yasa koyucu mevkiinde olamazdı. O, ancak şer'i hukukun koruyucusu durumundadır. Eğer dinsel bilimlerde yeterliliği yoksa,

34 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Üçok, *agm.*, s.42 vd. ; Necip Bilge, "Karar Düzeltmenin İslâm Hukukundaki Dayanağı", *K.Fikret Arık'a Armağan*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.71 vd.

35 Üçok, *İçtihatla İçtihat.*, s.45 vd. ; Sava Paşa, *İslam Hukuku II*, s.33.

36 İçtihat kapısının kapanıp-kapanmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Sava Paşa, *İslam Hukuku I*, s.110 vd.

şer'i hukukun tefsirine(yorumuna) de yetkili değildir. Bu esaslar İslam hukukunda, tartışılmıy götürmez bir surette yerleşmiş bulunmaktaydı³⁷.

Ancak Osmanlı Devleti, bir islam devleti olarak tarih sahnesine çıkmasına karşın, şer'i hukuku aşan bir hukuk düzeni geliştirmiştir³⁸. Bu gelişmeye olanak sağlayan prensip ise, "örf" dür. Yani, şer'i hukukun kapsamına girmeyen alanlarda padişahın, kendi iradesine dayanarak kanun koyma yetkisinin kabul edilmesidir. İslam uleması, padişahın kanun koyma yetkisini kabul ederken; "kamu yararı" ve "adalet" prensiplerine dayanmaktadırlar.

Bir kısım ulema, şer'i hukuktan ayrı olarak bir örfi hukukun varlığını meşru saymazlar. Onlara göre, mezheplerin ortaya koymuş olduğu prensiplerle hukuk, kesin şeklini almıştır. Bütün sorunlara bu sistem içerisinde çözüm bulunabilir. Bazı hukukçular ise, şer'i hukukun tanıdığı "caiz" derecesindeki işlerde örfi prensibi kabul ederler³⁹. Genellikle kabul edilen görüşe göre ise; şer'i hukukun düzenlemediği alanlarda ve şer'i hukuka aykırı olmamak kaydı ile, kamu yararını korumak ve adaleti gerçekleştirmek için örfi yolla kural konulabilir.

Şer'i hukukun yanında fakat ondan ayrı bir hukuk alanı olarak örfi hukukun doğuşu ve önem kazanarak yeni bir devir açması, Müslüman - Türk devletlerinin kuruluşu ile aynı zamana rastlar⁴⁰. Türkler islamiyeti kabul etmekle, Orta Asya'dan kalma eski devlet anlayışlarını, örf ve adetlerini terk etmiş değillerdi. İslam hukukunun, özellikle kamu hukuku alanındaki yetersizliği karşısında Türkler, bu alanı, örfi kurallarla düzenleme yoluna gitmekten kaçınmamışlardır.

37 Bkz., Halil İnalçık, "Osmanlı Hukukuna Giriş (Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları)", C.XIII, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.2 (ayrı bası), Ankara, 1958, s.1.

38 Haim Gerber, *Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf (17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları)* (çev. Mehmet Akman), Hukuk Araştırmaları, C.VIII, No:1-3, 1994, s.274-275.

39 Ulemanın "örf"e ilişkin değişik görüşleri için bkz., İnalçık, *Osmanlı Hukukuna..* s.2 vd.

40 Bkz., İnalçık, *Osmanlı Hukukuna..* s.3.

Türkler, dünya işlerinde dinsel düşüncelerin geniş ölçüde tesiri altında kalacak kadar mütaasıp davranmak mecburiyetini hissetmemişlerdir⁴¹. Devletin temel teşkilâtı ve icraatı üzerinde; dinsel düşünceler değil, devletin çıkarları ve siyasal irade hakim olmuştur. Esasen Türklerde din taassubu yoktur. Türkler, kabul ettikleri dine⁴², taassup derecesinde bağlı kalmamışlar, kendi örf ve adetleri ile dinlerini kaynaştırma yoluna gitmişlerdir.

2. Şer'i ve Örfi Hukukun Sahaları

Şer'i ve örfi hukukun sahalarını, birbirinden kesin çizgilerle ayırmak zordur. Zira, şer'i hukukun düzenlediği alanlarda da bazen örfi düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir⁴³. Ancak yine de, şer'i ve örfi hukukun esaslarının hakim olduğu sahalar birbirinden ayrıdır.

Özel hukuk alanında daha çok şer'i hukuk esasları hakim olmuştur. Hukukçuların içtihatları ile, hicri III. yüzyılın ortalarına kadar bu alan (şahıs, aile, miras, eşya, borçlar, ticaret gibi), büyük bir gelişme kaydetmişti. Daha sonra içtihat kapısının kapandığından bahisle bu gelişme dondurulmuştu.

Özel hukuktaki bu gelişme, kamu hukuku alanlarında vukubulmamıştı. Çünkü, hülefa-i raşidin döneminden sonra yönetimi ele geçiren Emeviler, hilafeti saltanata dönüştürdüler ve kamu hukuku alanında (özellikle esas teşkilat hukuku alanında) fiili bir durum yarattılar. Bu durum karşısında islam hukukçularının kamu hukuku alanındaki ilmi içtihatları, kağıt üzerinde kalmaya mahkûmdu. Ayrıca bu alandaki (kamu hukuku alanındaki) içtihatlar, mevcut yönetimi meşru gösterecek yönde olmaması halinde, hukukçuların tazyik altında kalmaları da mümkündü. Bu nedenle hukukçular, uygulanma şansı bulunmayan bir alanda bilimsel faaliyette bulunmaktansa, uygulanma şansı bulunan diğer alanlarda (özel hukuk alanlarında) bilimsel çalışmalarını (mesailerini) yoğunlaştırmışlardır.

Bunun sonucu olarak şer'i hukuk, daha çok özel hukuk alanında gelişmiştir. Kamu hukukunun da bazı alanlarında gelişmeler kaydedilmiş fakat devletin esas teşkilatı ve yönetsel yapısı gibi alanlarda, şer'i hukukta yeterli gelişme vukubulmamıştır. Bu durum karşısında, kamu hukuku

41 Ömer Lütfü Barkan, "Türkiye'de Din ve Devlet İşlerinin Tarihsel Gelişimi", *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1975, s.51.

42 Türklerin kabul ettikleri dinler için bkz., Umur, *age.*, s.145 vd.

43 Aydın, *age.*, s.97.

sahasında yeni hukuksal düzenlemelere gidilmesi zarureti hasıl olmuştur⁴⁴. Çünkü kamusal yaşam, boşluk kabul etmez. Şer'i hukukun yetersiz kaldığı noktada, örfi düzenlemelere gidilmiştir.

Örfi hukukun sahası kural olarak, “şer'i hukukun düzenlemediği alanlar” olarak kabul edilmekle birlikte, devleti yönetenler; “kamu yararı ve kamu düzeni” prensiplerine dayanarak, örf'en kural koyma yetkilerini geniş bir alana yaymışlardır. Bu yetkiye dayanılarak; şer'i hükümler kanunlaştırılabilir⁴⁵, içtihadi konularda mevcut içtihatlardan biri tercih olunabilir. Fakat bunlardan daha önemli olarak, yeni “yasa” konulabilir⁴⁶.

İslam hukukunda; örfi hukuk yaratma yetkisinin sınırsız olmadığı, ancak belli alanlarda bu yetkinin kullanılabilmesi kabul edilmekle birlikte, “kamu yararı ve düzeni” prensibine dayanılarak, çok geniş bir alanda bu yetki kullanılmıştır⁴⁷.

Örfi hukuk, kural olarak, şer'i hukuka aykırı olamaz ve bu hukuk alanına tecavüz edemez. Ancak uygulamadan doğan zorunluluklar, bu kurala tam olarak özen gösterme olanağını, kısmen de olsa ortadan kaldırmıştır. Bunun sonucu olarak, şer'i hukukla bağdaşmayan, hatta şer'i hukuka aykırı olan örfi düzenlemeler ortaya çıkmıştır⁴⁸. Örfi hukuku yaratanlar, ortaya

44 Aydın, *age.*, s.91-92.

45 Şer'i hukuk esas itibarıyla; islam hukukçularının bilimsel çalışmalarıyla ortaya koydukları eserlerde, fetvalar halinde bulunurlar. Devleti yönetenler; karışıklıkları önlemek, uygulama kolaylığını temin etmek ve kanun sistematliğini sağlamak amacıyla, fetvaları kanun haline getirebilirler.

46 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Richard C. Repp, “Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat”, *Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslâm Hukuku* – Der., Aziz el-Azme (çev.Fethi Gedikli), İz, yay., İstanbul, 1992, s.157 vd. ; Cin/Akgündüz, *age.*, s.193 vd.

47 “Kamu yararı ve düzeni” prensibine dayanılarak; devlet teşkilatı ile ilgili idari kanunlar, askeri kanunlar, vergi kanunları, yargı erkinin görev ve yetkisini düzenleyen kanunlar, mahkemelerin derecelerini tayin'e ilişkin düzenlemeler, ceza hukukuna (ta'zir) ilişkin düzenlemeler, savaşta fethedilen toprakların hukuki rejimine ilişkin düzenlemeler, gayrimenkullerin tapuya tescili gibi birçok husustaki düzenlemeler, örfi kurallarla gerçekleştirilmiştir.

48 Şer'i hukuka aykırı olan örfi düzenlemelere örnek olarak, zina suçunun cezasına ilişkin düzenlemeleri gösterebiliriz: Bilindiği üzere “zina” suçu, şer'i hukukta (islam ceza hukukunda) düzenlenen ve cezası “yüz sopa” veya “recm” olarak belirtilen bir “hadd” suçudur. Zina suçunun cezasına ilişkin şer'i hukukun düzenlemesinin açık olmasına rağmen, “Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi” nin zinaya ilişkin

koydukları kuralların şer'i hukuka uygun olduğuna ilişkin ulemanın onayının almayı da ihmal etmiyorlardı. Bu onay ile bir yandan, örfi hukuk kurallarının meşruluğu tartışma dışına çıkarılmakta, diğer yandan da, şer'i hukukun toplum üzerindeki manevi nüfuzu, örfi hukuk kurallarına taşınmaktaydı.

Şer'i hukuka uygun olduğu kabul edilerek ortaya konulan bir örfi kuralı, daha sonra tadil veya ilga edecek olan örfi kural da yine şer'i hukuka uygunluğu kabul edilerek ortaya konur. Burada, birbirini tadil veya ilga eden iki örfi kuralın da şer'i hukuka uygunluğu kabul edilmektedir. Eğer önceki kural(kanun) şer'i hukuka uygun ise, bu kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran sonraki kuralın; ya da önceki kuralın şer'i hukuka aykırı olması gerekir. Buradan ortaya çıkan sonuç şudur; görünürde her şey "şer'i şerife" uydurulmaya çalışılmaktadır, gerçekte ise "şer'i şerif" her şeye uydurulmaktadır⁴⁹. Şer'i şerifi her şeye uydurma anlayışı Osmanlı Devleti'nde de XVII. yüzyıla kadar devam etmiş ve bu dönem içerisinde Osmanlı padişahları kendilerini, şer'i hukuk ile sıkı sıkıya bağlı hissetmemişler ve örfi hukuk alanını giderek genişletmişlerdir⁵⁰. XVII. yüzyıldan sonra örfi hukukun alanı, şer'i hukuk lehine olarak daralmaya başlamış ve her şeyin şer'i şerife uygun olması gerektiğine ilişkin anlayış, hakim anlayış haline gelmiştir.

B. Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukukundaki Gelişmeler

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi, şer'i hukuk ve örfi hukuk alanlarından

hükümlerinde bu suça para cezası öngörülmüştür. Buna göre, zina suçu şer'an sabit olan bir müslüman, "yüz sopa" ya da "recm" ile değil, mali gücüne göre kanunnamele belirtilen para cezası ile cezalandırılacaktır. Geniş bilgi ve başka örnekler için bkz., Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, Ankara, No.1, 1946, s.55 vd.- s.125 vd., ve No.2-4, 1946, s.365 vd.

49 Bkz., Barkan, *Osmanlı İmparatorluğunda*, s. XIX.

50 Osmanlılar, daha önceki Türk devletlerinden gelen zengin bir devlet kurma ve idare etme geleneğine sahip idiler. Devletin başında bulunanlar, sahip oldukları siyasi ve idari tecrübe ve bilgileriyle kendilerini (özellikle kamu hukuku alanında) düzenleme yapmakta yetkili görüyorlar, hukukçuların bu alanda, kendilerini sınırlayacak çalışmalar yapmalarını arzu etmiyorlardı. Bu nedenle kamu hukuku sahası, hukukçuların içtihatları ile değil, daha çok devleti yönetenlerin bilgi ve tecrübeleri ile düzenlenmiştir.

oluşmaktaydı. Şer'i hukuk; ilahi irade mahsulü sayılan kurallarla, bu kuralların müçtehitler tarafından yorumlanmasıyla ortaya çıkan bir hukuk alanıdır. Devletin temel yasası niteliğinde olan bu kurallar, fıkıh kitaplarında yer almaktaydı. Diğer bir deyişle bu kurallar, yasa tekniğine uygun olarak kodifiye edilmiş değildi. Örfi hukuk ise; şer'i hukukun suskun kaldığı alanlarda, sınırlı yasama yetkisine dayanarak ulül-emr'in koymuş olduğu kurallarla oluşan hukuk alanıdır. Ulül-emr'e (ya da yasa yapma mevkiinde bulunan bir kuruma) böyle bir yetki (yasa yaratma yetkisi) tanınması zorunludur. Zira, yasa yaratma hak ve yetkisi bulunmayan bir siyasal otoriteden söz edilemez. İslam hukuku içi de bu böyledir. Nitekim, peygamber ve hülafa-i raşidin bile, yönetim mevkiinde bulunurlarken; Tanrısal irade mahsulü olduğu kabul edilen kurallarla yetinememişler, sünnet ve icma adı altında yeni kurallar koyma gereğini duymuşlardı⁵¹. Sonraki dönemlerde de devleti yönetenler, hukuk yaratmaktan kaçınmamışlardı. Ancak bu kuralların şer'i hukuka aykırı olmaması gerekirdi. İşte bu noktada, örfi (sultani) hukuk kurallarının şer'i hukuka uygunluğu ve dolayısıyla meşruluğu, fetvalarla sağlanırdı. Bu fetvalar da, yasa tekniğinden uzak bir halde, fetva mecmualarında bulunmaktaydı.

1. Yeni Bir Hukuk Sistemine Duyulan İhtiyaç

Gerek şer'i hukukun yorumlanması ve uygulanabilir hale getirilmesi, gerekse örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğunun denetlenmesi, ulema sınıfına ait bir görev ve yetki idi. Bu nedenle ulemanın, yasama faaliyeti konusunda etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Tanzimat dönemine kadar devam eden, fetva ve fıkıh kitaplarına dayalı bu hukuksal yapı, Batılı ülkelerin tepkisine yolaçmıştır. Cevdet Paşa'nın belirttiğine göre, Batılı ülkeler, "kanununuz ne ise meydana koyunuz. Biz de görelim ve teb'amıza bildirelim" demek suretiyle⁵², Osmanlı hukukunun sistemsizliğinden ve belirsizliğinden yakınmakta idiler.

Diğer yandan, mevcut hukuksal yapıdan bunalan Osmanlı halkı da, içinde yaşadığı güvensizlik ortamını giderecek yeni düzenlemelere gereksinim duymaktaydı. Bu gereksinim, devlet bakımından da sözkonusuydu. Sarsılan devlet otoritesinin yeniden tesisi, ancak, yeni ve

51 Bkz., Mansuri zade, "Şeriat ve Kanun", *Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S.8, 1333(1917), s.601.

52 Cevdet Paşa, *Tezahir(1-12)*, (Yayımlayan, Cavid Baysun), 3.bası, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1991, s.63.

belirli yasalarla olanaktıydı⁵³. XVIII. ve XIX. yüzyıllarda Avrupa'da ve Osmanlı Devleti'nde meydana gelen, sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler karşısında, İslam hukuku yetersiz kaldı. Bu yetersizliğin; tek tek pozitif hukuk kuralları ile ilgili olmasının yanında ve daha önemli olarak, İslam hukukunun temel yapısı ile ilgili olması, yeni bir hukuk düzenini gerektirmiştir. Din'ler ve mezhepler arası eşitsizlik temeli üzerine kurulu bulunan İslam hukukunun, Tanzimatın getirdiği en önemli ilkelerden biri olan "eşitlik" ilkesini yaşama geçirmesi beklenemezdi. Keza Tanzimatın getirdiği diğer ilkelerin de hukuksal güvencelere kavuşturulması, ancak, laik ve evrensel karakterli yasalarla olanaktıydı.

2. Hukuk Sistemindeki Gelişmeler ve Kanunlaştırma Hareketleri

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma hareketlerine, 1840(1256) yılında çıkarılan ceza kanunu ile başlanmıştır⁵⁴. Suç ve cezalarda yasallık(kanunilik) ilkesiyle bağdaşmayan "ta'zir suç ve cezaları"nın⁵⁵ yolaçtığı güvensizlik ortamı giderilmeden yapılacak yenileşme hareketlerinin olumlu bir sonuç vermeyeceği, Fermana açıkça belirtilmiştir⁵⁶. Bu nedenle Tanzimat döneminde çıkarılan ilk yasa, ceza hukuku alanında olmuştur. Daha sonra kabul edilen 1851(1267) ve 1858(1274) tarihli ceza kanunları ile, ta'zir sistemi⁵⁷ yerine, yeni bir ceza hukuku sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır⁵⁸.

53 Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.167-169.

54 1840(1256) tarihli ceza kanununun metni için bkz., Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., Diyarbakır, 1986, s.809-820.

55 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, C.I, 9.bası, İstanbul, 1985, s.30 ve 117.

56 Tanzimat Fermanının metni için bkz., Suna Kili/A.Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri-Şenedi İttifaktan Günümüze*, Türkiye İş Bankası Kültür yay., Ankara, 1985, s.11 vd.

57 Ta'zir suç ve cezaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Abdülkadir Üdeh, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk* (çev.Akif Nuri), İhya yay., İstanbul, 1976, s.201 vd.

58 Tanzimat dönemi ceza kanunları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s.11 vd.

Özel hukuk alanındaki ilk kodifikasyon ise, ticari yaşamda kendisini gösterdi. XIX. yüzyılın ilk yarısından başlayarak Batılı ülkelerle artan ticari ilişkilerin ortaya çıkardığı sorunlar karşısında, İslam hukuku yetersiz kaldı⁵⁹. Tanzimatı doğuran en önemli nedenlerden biri olan ticari etkenler, bu alanın doğası gereği, laik ve evrensel nitelikli kurullarla düzenlenmesini zorunlu kılmaktaydı. Tanzimat dönemi ticari yaşamının gereksinim duyduğu yasa, Fransız ticaret yasasından iktibas edilerek hazırlanmış ve 1850(1266) yılında çıkarılmıştır. Bu yasaların dışında çıkarılan daha birçok yasalarla⁶⁰ Tanzimat dönemi, hızlı ve yaygın bir yasalastırma çabasına sahne oldu.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimattan önce de, örfi hukuk denilen dinötesi yasalar ve yasa derlemeleri mevcuttu. Ancak, bu yasalar genel ve kapsayıcı mahiyette olmayıp, sınırlı bazı alanlara ilişkindi⁶¹ ve çoğunlukla da, eskiden beri var olan hükümlerin toplanıp tesbit edilmesi şeklinde ortaya çıkardı⁶². Bu yasaların oluşumunda, ulema etkin bir rol oynardı. Padişahın çıkardığı yasalar, fetvalarla meşruluk kazanırdı⁶³. Tanzimat dönemindeki kodifikasyon hareketleri de bir yönüyle örfi hukuk niteliğinde olmakla birlikte⁶⁴, ondan daha farklı bir anlam taşımaktadır. Bu dönemde yasaların hazırlanışı, eskiden olduğu gibi ulemanın kontrolünde değildi. Tanzimat Fermanında da belirtildiği gibi yasalar, "*Meclisi Ahkâmı Adliye*" ve "*Babı Seraskeri Darı Şura*" denilen kurullarda hazırlanacak ve padişahın onayına

59 Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 8.bası, YKY. yay., İstanbul, 1999, s.98. ; Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C.II, SÜ. yay., Konya, 1989, s.305.

60 Tanzimat döneminde kanunlaştırma hareketleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Veldet, *age.*, s.176 vd.

61 Barkan, *Osmanlı İmparatorluğunda*, s.LXIV.

62 Fatih'in Teşkilât kanunnamesinin giriş kısmındaki "Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kirâmın neslen ba'de neslin bununla âmîl olalar" şeklindeki ifade, kanunnamelerin daha çok, eskidenberi mevcut hükümlerin tesbit edilmesiyle ortaya çıktığını göstermektedir. Kanunnamenin metni için bkz., Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri (Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri)*, C.I, Fey Vakfı yay., İstanbul, 1990, s.317.

63 Aynı kanunnamenin 37. maddesinde "...Ekser ulemâ dahi tecviz etmiştir..." denilmek suretiyle, ulemanın onayı ve dolayısıyla kanunnamenin meşruluğu ifade edilmek istenmiştir. Akgündüz, *Kanunnameler(1)*, s.328.

64 Halil İnalçık, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", *Belleten*, C.XXVIII, Sayı:112, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1964, s.617.

sunulacaktı. Daha önce örfi hukukun doğrudan yaratıcısı konumunda bulunan padişah, bu dönemde onay makamı haline gelmiştir. Adı geçen kurullar yasaları hazırlarken; sadece şer'i hukuka uygunluğu değil, belki daha çok pratik ihtiyaçları da dikkate almak durumundaydılar.

Tanzimat dönemi yasaları, daha önceki örfi düzenlemelere nazaran daha genel ve kapsayıcı nitelikte idi. Bu yasalar, meşruluğun ölçüsü olmuştur. Padişah ve diğer devlet görevlilerinin tasarrufları, yasalara uyduğu ölçüde meşruluk kazanacaktır. Bu bakımdan "yasa" kavramı, Tanzimat hareketinin üzerinde en çok durduğu bir konu olmuştur⁶⁵.

III.Sonuç

Osmanlı Devleti'nin Tanzimat öncesi hukuksal yapısı, XIX. yüzyılda ortaya çıkan gelişmeleri karşılamaktan uzak kalmıştır. Geleneksel hukuk(İslam hukuku) ıslah edilerek, ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılayabilir hale getirmenin olanaksızlığı karşısında, Tanzimat döneminde yeni bir hukuk düzeninin temelleri atılmaya başlanmıştır. İslam hukukunun dışında oluşan ve laik karakterli olan bu hukuk düzeni, İslam hukuku ile birlikte ve aynı zamanda yürürlükte olmuştur.

Diğer yandan, devletin hukuk sistemi dinsel bir temele dayandığı için; ülke içinde yaşayan, farklı din ve mezheplere mensup birey ve toplulukların, özellikle özel yaşayışa ilişkin konularda aynı dinsel hukuka (İslam hukukuna) tabi olmaları sözkonusu değildi. Bir ülkedeki bütün bireylerin, her konuda aynı hukuka tabi olmaları, ancak o hukuk sisteminin laik karakterde olması halinde olanaklıdır. Dolayısıyla, hukuk sistemi dinsel temellere dayanan, çok etnili ve çok dinli bir yapıyı bünyesinde bulunduran bir devletin, hukuku da "çok hukuklu" olmak durumundadır. Nitekim Osmanlı hukuk düzenine baktığımızda, bu "çok hukuklu" yapıyı görmekteyiz. Şöyle ki; devletin temel yasası niteliğindeki İslam hukukunun dışında, gayrimüslim cemaatlerin (dinsel işlerde ve özel hukuk alanında) uyguladıkları kendi dinsel hukukları, kapitülasyonlar dolayısıyla uygulanan hukuk ve Tanzimatın yarattığı hukuk düzenleri aynı anda yürürlükte olmuşlardır. Bu çok parçalı ve karmaşık hukuksal yapı, devletin sonuna kadar devam etmiştir.

65 Tanör, *age.*, s.98.