

Osmanlı

6



Osmanlı

6

TEŞKİLÂT

EDİTÖR
GÜLER EREN

BİLİM EDİTÖRLERİ
DOÇ. DR. KEMAL ÇİÇEK
CEM OĞUZ

YENİ TÜRKİYE YAYINLARI



TEKNİK KOORDİNATÖR
MURAT OCAK

GÖRSEL YÖNETMENLER
HATİCE KOT / ERSİN BALCI

GÖRSEL YÖNETMEN YARDIMCILARI
SEVGİ ÖZÇELİK / LEVENT ELPEN / AYŞE BALCI

DİZGİ GRUBU
ALİ TAŞTEPE / Ö. FARUK TAŞTEPE / ADEM TEMİZKÖK
ALİ ŞİMŞİR / EMRE TAŞTEPE / GÖKHAN ÖZEN
FAHRİ UZUN / AHMET MAYALI

RESİM TARAMA
HAMDİ ALKAN

TASHİH GRUBU
OYA AKBAŞ OCAK / ELNUR AĞAOĞLU / KAZIM BİLGE
AHMET KARAÇAVUŞ / HALİT ÜNSAL / SEVİL DÜNDAR
AYLA YILDIZ / MEHMET LÂLE / EMİNE ÖZDEMİR
SERAP DÜNDAR / HÜMEYRA SAK / ÖZLEM ATA

GRAFİK TASARIM
YAZIEVİ İLETİŞİM HİZMETLERİ

DİZGİ
GÖKÇEN TEKNİK

BASKI
SEMİH OFSET

CİLT
BALKAN CİLTEVİ

YAYIN KODU
ISBN 975-6782-03-X (TAKIM)
975-6782-09-9 (CİLT)

YAYIN YERİ VE TARİHİ
ANKARA 1999

Yan Kağıt Ebrûsu: Mustafa Düzgünman



OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI

YRD. DOÇ. DR. MURAT ŞEN
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ

I. GENEL OLARAK OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI VE DÜALİZM

Kuruluş tarihi kesin olarak belli olmamakla birlikte 1299 yılı başlangıç kabul edilen Osmanlı Devleti'nin, 1922 yılına kadar süren hayatında¹ hukukî yapı olarak neyi esas aldığı bu çalışmada ele alınacaktır. Bilinmelidir ki, Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlamış değildir. Bu devleti kuranlar daha önce kurulmuş Türk ve İslam devletlerinden bir çok şeyin yanı sıra, o zamana kadar yürürlükte olan ve büyük oranda birlik arz eden bir hukukî yapıyı da almışlardır. Ancak Osmanlıların, almış oldukları bu hukukî mirası hiç değişikliğe uğratmadan uyguladıklarını düşünmek mümkün değildir. Altı asırlık bir süreç içinde miras alınan bu hukukî yapıda gerekli değişiklikler ve ilaveler yapılmıştır.²

Osmanlı Devleti, etkilendiği İslam ve Türk devletlerinde olduğu gibi, din olarak İslamiyeti kabul etmiş; bunun tabii sonucu olarak da hukukî yapı olarak, İslam hukukunu esas almıştır.³ Bu, İslam dininin sadece inanç ve ibadet esaslarından oluşmayıp hukuku da içine almak üzere hayatın bütün yönlerini düzenleyen bir sistem olmasından kaynaklanmaktadır.⁴ Başka bir deyişle, İslamiyeti kabul eden milletler bu kabulün bir gereği olarak İslam hukukunu da benimsemişlerdir.

Bu genel tespit, bütün araştırmacıların bu konu hakkında aynı görüşte olduğunu ortaya koymaz. Osmanlı devletinin teori ve uygulamada şer'î bir devlet olup olmadığı konusunda araştırmacılar, genelde üç grupta toplanabilir.⁵ Bazı yazarlara göre, Osmanlı Devleti yönetim ve yargıda şer'î hükümlerin hakim olduğu, şeriata dayalı bir devlettir. Bazıları ise, Osmanlı toplumunda gayrimüslim gruplara da tolerans gösterildiğini belirterek bu-

nun laikliğin ta kendisi demek olduğunu ileri sürer ve Osmanlı devletini laik olarak nitelerler.⁶ Ö. L. Barkan'ın öncülük ettiği bir grup yazar ise, Osmanlı Devlet ve toplum hayatındaki uygulamada şer'î mevzuattan çok, dünyevi otorite tarafından konan kuralların (örfi sultanî) örf ve âdetlerin hakim olduğunu, bu nedenle Osmanlı devletine şer'î devlet demenin pek kolay olmadığını belirtir.⁷

Gerçekte, bir devletin hukuk sistemini, hukuki yapısını ortaya koyabilmek için öncelikle, o hukuk sisteminin esasını oluşturan hukuki mevzuatı ve bunların uygulama örnekleri olan mahkeme kararlarını incelemek gerekir. Osmanlı devletinin esas aldığı hukuki yapıyı, yani Osmanlı hukukunun yapısını tespit edebilmek için, hukuki mevzuatını oluşturan fıkıh kitapları ile kanûnâmelere ve mahkeme kararları anlamına gelen şer'îye sicillerine bakmak gerekir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Türkiye toprakları üzerinde kurulmuş son dönem Türk devletlerinin hukuki mevzuatını "teokratik, yarı teokratik ve laik" olmak üzere üç devrede inceleyen hukukçular, teokratik devre ile dini hukukun hakim olduğu devreyi kastederler ve bunun 3 Kasım 1839'da ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu'na kadar devam ettiğini belirtirler.⁸ Bunlara göre, yarı teokratik devre, 1839'da başlar, 1926'da Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girişine kadar devam eden 87 senelik süreçtir. Aynı zamanda bu devre Türk hukukunun ve Türk adliyesinin düalizm devresidir. Çünkü bu devrede, Türk hukukunun bazı alanlarında şer'î hukuka aykırı kurallar konulmuş; ticaret hukuku dışındaki bazı özel hukuk alanlarında şer'î hukuk kuraları uygulanmaya devam edilmiştir. Bir tarafta şer'î hukuk, diğer tarafta laik hukuk, bir yanda şer'îye mahke-



meleri diğer yanda nizamiye mahkemeleri yan yana varlıklarını sürdürme gelmişlerdir. Böylece devletin hukuki bünyesi, yarı laik yarı teokratik olduğu için bu döneme yarı teokratik devre denilmektedir.⁹ 1926'da İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulü ile de, Türkiye, İslam Hukuku sisteminden büsbütün çıkarak Roma-Cermen Hukuk sistemi içine girmiştir.¹⁰

II. OSMANLI HUKUKUNUN ŞER'İ VE ÖRFİ KARAKTERİ (YÖNÜ)

A. Şer'î Hukuk ve Örfî Hukuk Kavramları

Osmanlı hukuk mevzuatı iki kısımdan oluşmaktadır. Biri, doğrudan doğruya Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan normlar manzumesidir ki, bunlara, şer'î hükümler, şer-i şerif veya şer'î hukuk adı verilir. Osmanlı kanunnâmelerinde şer'î hukuk ifadesinin yerine, şer'i yahut şer-i şerif terimleri kullanılmıştır. Şer'î hukuk kavramı, geçerliliği için, hiçbir kişi veya kurulun tasdikine gerek olmayan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan hukuki hükümleri ifade eder.¹¹ Osmanlı hukukçuları Molla Hüsvrev'in kaleme aldığı "Dürer ve Gurer" ile İbrahim Halebi'nin eseri olan "Mülteka",¹² şer'î hukukun uygulandığı alanlarda Osmanlı devletinin hukuk mevzuatı olarak görülmüştür. Bunun yanı sıra, sorulan sorulara verilen hukuki cevapların oluşturduğu fetva kitapları da aynı kategori içerisinde yer alır. Şu halde denilebilir ki, Osmanlı şer'î hukuk mevzuatı, mahkemelerin de müraعات kaynakları olan fıkıh ve fetva kitaplarından oluşmaktadır.¹³

Osmanlı hukuk mevzuatının diğer kısmını ise örfî hukuk mevzuatı oluşturmaktadır. Osmanlı hukukunda örfî hukuk denilince, sadece âdet hukuku değil, şer'î hükümlerin kanun tarzında tedvini de dahil olmak üzere, padişaha tanınan sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde, uzman hukukçuların içtihad ve fetvalarına da başvurularak ortaya konan hukuki hükümler akla gelir.¹⁴ Bunların kaynakları da başta örf âdet kuralları olmak üzere İslam hukukunun asli ve çoğunlukla tali kaynaklarıdır. Örfî hukuk, şer'î hükümlere aykırı olmaz, aykırı olduğu takdirde ise muteber sayılmaz.¹⁵ Örfî hukukun düzenlediği idare hukuku, askeri hukuk, vergi hukuku ve toprak hukuku konularında daha ziyade mahalli örf-âdet kuralları

etkili olduğundan örfî hukukun âdet hukukuyla eş anlamlı tutulduğu da olmuştur. Halbuki örfî hukuk, kaynaklarından biri de âdet hukuku olan ve padişahın sınırlı yasama yetkisini kullanma sonucu ortaya çıkan hukuki esaslardır.¹⁶ Osmanlı padişahlarının münferit ferman ve kanunlarıyla yapılan bu düzenlemeler zaman içinde önemli bir yekûna ulaştıncaya, oluş biçimine bakılarak kendi içinde bir bütün olarak değerlendirilmiş ve ayrı bir isimle anılmaya başlanmıştır.¹⁷

Buna göre, 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.¹⁸ İşte Osmanlı hukuku esas itibarıyla şer'î hukuk ile bu hukukun yanında zaman içerisinde oluşan örfî hukuktan ibaret olmaktadır.¹⁹

Şer'î-örfî hukuk ayırımının Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi'nde²⁰ şu ifadelerle yapıldığı görülmektedir: "...Sadrazam olanlar, daima masalih-i ibadullah ile meşgul olup ahkam-ı şer-i şerifi icra etmekle memurdurlar. ...Divan edüp mesalih-i ibadullahı şer' ve kanun üzere görürler. Ve fasl-ı niza ve kat-ı husumet buyururlar. Ve talep eden müddeilere şer-i şerif ve kanun üzere ahkam-ı şerife verirler".²¹

B. Şer'î ve Örfî Hukukun Özellikleri

I. ŞER'İ HUKUKUN ÖZELLİKLERİ

Şer'î hukukun özellikleri fikhin özellikleri demektir. Fikhin özelliklerinden en önemlisine burada değinmek gerekir. Şer'î Osmanlı hukuku, meseleci (olaysal, kazuistik) yöntemi benimsemiştir. Bu açıdan genelde, modern anlamdaki soyut kanun maddelerinden daha çok meselelere göre çözüm üretilmiştir. Bu nedenle de şer'î hukuku "kanun hukuku" olmaktan ziyade "mesele hukuku" niteliğinde görenler vardır.²² Başka bir deyişle, şer'î hukukun kazuistik olmasına rağmen, bu hukuka karşı olmayan ve onun devlet başkanına verdiği bazı hükmi yetkilere dayanan örfî hukuk ise, genellemelere giden kategorik ve normatif bir yapıya sahiptir.²³

Şer'î hukuk sorunları en az formalite ile çözülmeyi amaç edinmiştir. Dolayısıyla, şer'î hukukun etkin olduğu yargılama hukukunda, kadıların, az formalite ile çabuk ve kesin olarak adaleti gerçekleştirme çabası söz konusudur. 1850'de bile Ubicini'ye göre "Türk mahke-



melerinde usulün aşağı yukarı tamamen yok oluşu, bugün dahi medeni davaların karara bağlanmasında görülen çabukluk, genellikle Osmanlılardaki durumla zıtlık arz eder. Mahkemelerdeki çabukluk ve sadelik kadar hızlı yürüyen hiçbir şey yoktur orada".²⁴

2 ÖRFLİ HUKUKUN ÖZELLİKLERİ

3. GENEL OLARAK

Örfî hukuk düzenlemeleri yapma yani kanun koyma sadece Osmanlılara özgü bir uygulama değildir. Osmanlıların dışında Türk-Moğol siyasi ve idari geleneklerinin hakim olduğu Irak, İran ve Hindistan'daki İslam devletlerinde de benzer uygulamalara rastlanmaktadır. Cengiz Yasası, Timur Tüzükatı, Uzun Hasan ve Alaüld-devle Bey kanunları buna örnektir.²⁵

Tarihî kaynaklarda örfî hukuk terimine ilk defa Fatih döneminde rastlanmaktadır. Bu dönemin tarihçisi Tursun Bey, şer'î hukukun yanı sıra örfî hukukun varlığından da söz etmektedir.²⁶ Muhtemelen Osmanlılarda örfî hukuku doğuran sebepler diğer İslam devletlerinde de şekil ve muhtevaları farklı bile olsa benzer düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Tursun Bey, örfî hukuku "*yani bu tedbir ol merite olmazsa belki mücerret tavr-ı akl üzere nizâm-ı âleml-i zâhir için mesela tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebinde ızafe ederler siyâset-i sultânî ve yasâğ-ı pâdişâhî derler ki müfâhîze (arşamıza) ona örf derler.*" şeklinde açıklamaktadır.²⁷ Sözü edilen anlamda örfî hukuk, şer'î hukukun yanı sıra padişahın irade ve fermanlarıyla oluşan hukuktur.²⁸ Buna "*örf-i pâdişâhî*", "*örf-i mâniş-i sultânî*" de denmektedir.²⁹ Tursun Bey'in sözleri, Osmanlı'nın şeriat ve örfü birbirini tamamlayan gereklilikler, düzenlemeler olarak görülmesini göstermektedir.³⁰

4. ÖRFLİ HUKUKUN DOĞUŞU

Örfî hukukun oluşumu, şer'î hukuktan farklıdır. Şer'î hukuk, İslam hukukunun ana kaynaklarına ve bu arada mücehiz hukukçuların bu kaynaklara dayanarak yapmış oldukları içtihatları dayanır. Örfî hukuk ise padişahların koydukları kanunlarla teşekkül etmiştir.³¹ Bu aşkın örfî hukukun oluşumunda hukukçuların alim içtihatları etkili değildir. Ayrıca şer'î hukukun oluşma süreci içerisinde dört halife dönemi dışında bırakılırsa devletin bir müdahalesi veya karkısı söz konusu değildir. Örfî hukuk devletin müdahale ve karkısıyla oluşmakta ve bu yönüyle de farklılık göstermektedir.

Osmanlı devletinde şer'î hukukun yanı sıra bir de örfî hukukun ortaya çıkışının, İslam hukukunun teşekkül biçimiyle ve Osmanlı devletinin içinde bulunduğu siyasi, idari ve hukukî şartlarla yakın ilişkisi vardır. Osmanlı devletinin içinde bulunduğu mali, askeri ve idari şartlar devletin bu şartlara uygun hukukî düzenlemeler yapmasını gerekli kılmıştır. Tekâlîf-i şer'îye denilen zekat, öşür, haraç, cizye gibi şer'î vergilerin devletin giderlerini karşılamaması üzerine çeşitli isimler altında örfî vergilerin (tekâlîf-i örfîye) konması buna örnektir. Keza tarım arazilerinin güçlü toprak sahiplerinin ortaya çıkmasına yol açacak şekilde tek elde toplanmasını veya vergilerinin tahsilini güçlendirecek biçimde küçük parçalara bölünmesini önleyecek bir tarzda çiftçilere dağıtılması ve arazinin bu yapıyı bozmayacak hukukî esaslarla düzenlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Geniş bir coğrafyaya yayılmış bulunan devlette sükun ve asayişin zaman zaman zorlukla sağlanması ağır bir ceza politikasını, devletin mali darlık içinde bulunduğu dönemlerde para cezalarının, donanmada kürekçiye ihtiyaç bulunduğu dönemlerde de kürek cezalarının ağırlık kazanmasını gerekli kılmış, devlet de ihtiyaca uygun bu düzenlemeleri yapmaktan geri kalmamıştır.³²

İslam hukukunun özellikle Kitap ve Sünnet tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemiş alanlarında devlet başkanına belirli bir takdir hakkını tanımış olması Osmanlı padişahlarının uzun asırlar boyunca özellikle idare hukuku, ceza hukuku ve mali hukuk alanında yaptıkları düzenlemelere müsait bir zemin hazırlamıştır. Bilindiği gibi, had ve kısas suçlarının aksine ta'zir suçları denen çok geniş bir suç kategorisinin düzenlenmesi İslam hukukuna devlet başkanına bırakılmıştır. Hangi fiillerin suç sayılacağı ve ne gibi cezalara çarptırılacağı belirli esaslar çerçevesinde devlet başkanı tarafından respit edilir. Keza şer'î vergiler dışında yeni vergilerin konulmasında da devlet başkanının takdir yerkisi vardır. İşte Osmanlı padişahları her iki alanda kendilerine tanınan yetkiyi düzenli bir biçimde kullanmışlardır.³³ Osmanlı kanunnamelerinin önemli bir bölümününün cezaî ve mali düzenlemelere ayrılmış olması da bunu göstermektedir. Bunlar, padişahların irade ve fermanlarıyla oluşum şekilleri göz önüne alınarak örfî hukuk içinde değerlendirilmişlerdir.³⁴ Görüldüğü üzere şer'î hukuk, dahi çok özel hukuk alanında ayrıntılı düzenlemeler yapmış, devlet hukuku, kamu ve toprak hukuku gibi alanlarda ise esas-



lı ve detaylı kurallar getirmemiştir.³⁵ Bu noktada, şer'î hukukun devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisinden yararlanmış; devlet idaresi, toprak rejimi, ta'zir suç ve cezaları gibi sorunları çözmek için hükümlerine hakkına sahip bulunan padişaha, ülke şartlarını dikkate alarak, şer'î hukuka aykırı olmayan kurallar koyma yetkisi tanınmıştır.³⁶

Örfî hukuk, bir anda değil, uzun bir süreç içinde ihtiyaca göre yavaş yavaş oluşmuştur. Bu oluşum sırasında özellikle arazi ve vergi hukuku alanlarında mevcut örf ve âdetler ve mahalli şartlar göz önüne alınarak bütün ülkeye şamil tek bir kanun yerine, her bölgenin şartlarına uygun liva (sancak) kanunları hazırlanmış ve bu kanunlar o bölgenin tahrir defterlerinin başına kaydedilmiştir.³⁷ Ayrıca zaman içerisinde oluşan bu esaslar çeşitli padişahlar döneminde genel kanunlar halinde bir araya getirilmiştir. Bu şekilde tedvin edilmiş kanûnnâme neşreden ilk İslam hükümdarının Fatih olduğu söylenmektedir.³⁸ Öte yandan belirli konulardaki hukuki esaslar, Tevkiî Abdurrahman Paşa, Sofyalı Ali Çavuş, Ayni Ali Efendi, Hezarfen Hüseyin Efendi gibi devlet ve hukuk adamları tarafından çeşitli isimler altında özel tedvinlere de konu olmuştur.³⁹ Gerek resmi ve gerekse özel tedvinler şeklinde ortaya çıkan bu kanûnnâmelerin Osmanlı hukukunun düzenli uygulanmasında önemli bir rolü vardır.⁴⁰ Özel tedvinlerin mevcudiyeti ve Osmanlı hukukunun işleyişinde müsbet bir rol oynaması ilk bakışta yadırganabilirse de bunların belli bir konuda çeşitli şekiller altında resmen isdar edilen kanunları bir araya topladığı göz önüne alınırsa, resmi nüshalardan çok farklı olmadığı ve kadınlara önemli uygulama kolaylıkları sağladığı kabul edilir. Esasen, şer'î hukuk sahasında da başvurulacak resmi bir kaynak mevcut değildir. Kadınlık hükümlerini Hanefî mezhebindeki muteber kitaplara dayanarak vermektedirler.⁴¹ Bu noktada şer'î hukuk ile örfî hukuk arasında bir paralellik bulunduğu söylenebilir. Ancak kanûnnâmelerin tamamen veya büyük çoğunlukla özel çalışmaların mahsulü olduğunu söylemek de mümkün değildir. Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni dönemlerinde resmen kanûnnâmeler tedvin edildiği bilinmektedir. II. Bayezid ve Kanuni dönemi kanûnnâmelerinin resmi nüshaları günümüze kadar da gelmiştir.⁴²

Padişahlar tarafından kanun konmaya ve bunların genel kanûnnâmeler halinde toplanmasına neden ihtiyaç duyulduğuna gelince, bu konudaki esas sebebin, ehl-i

örf.⁴³ denilen askeri ve idari yetkililerin keyfî cezalar vermesi, dilediği gibi vergi koyması ve para cezası (cerime) toplamasına ve benzeri davranışlara engel olma, yani kanun hakimiyetini sağlama ihtiyacı olduğu söylenebilir. Bir kanûnnâme nüshasının haşiyesinde kanûnnâmelerin hedefinin halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak olduğunun belirtilmesi dikkat çekicidir.⁴⁴ Çeşitli kanûnnâme metinlerinde de kadınlık ve ehl-i örfün kanuna aykırı iş yapmalarını konusuna ısrarla emredilmektedir.⁴⁵ Ayrıca kanun hakimiyetinin sağlanması için bunların halka duyurulmasına da özen gösterilmiş ve kanûnnâmelerin bir suretinin belirli bir fiyat karşılığında halka intikal ettirilmesi imkanı getirilmiştir.⁴⁶

Osmanlı devletinde örfî hukukun temsilcileri (ehl-i örf) daima yürütme ve yargı alanında dilediği gibi hareket etme, özellikle asayişî sağlamak için suçlu saydığı kimselere ağır örfî cezalar verme arzusunda olmuştur. Buna karşılık şer'î hukukun temsilcileri (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 kadınlara baskı yapmışlar, onlar da güçleri yettiği sürece buna direnmişlerdir.⁴⁷

C. ÖRFİ HUKUKUN KAPSAMI (ÖRFİ HUKUKUN SINIRLARI)

Şer'î hukuka dokunmamak, ona aykırı olmamak şartıyla Osmanlı padişahının yasama yetkisi vardır. Padişahın, bu yetkisine dayanarak koyduğu hukuka "örfî hukuk"⁴⁸ adı verilmiştir. Örfî hukuk denildiğinde, salt bir örf ve âdet hukuku anlaşılmalıdır. Gerçi örfî hukuk normları konulurken en azından hukukun belli alanları bakımından yerleşmiş örf ve âdetlerin, hukukî teamüllerin dikkate alındığı olmuştur. Osmanlılar fethettikleri ülkelerin hukuki yapılarını birden bire değiştirip yerleşik halkı tamamen yabancı oldukları bir hukuk sistemiyle baş başa bırakmak yerine, mevcut hukukî örf ve âdetleri belli süre içinde yürürlükte bırakıp zaman içerisinde Osmanlı hukukuyla bütünleştirmeyi hukuk realitesi açısından daha elverişli görmüşlerdir.⁴⁹ Ancak bütün bu hukukî esasları mahkemelerde mecburen uygulanan normlar haline getiren, bunların örf ve âdet dayanan olmaları değil, padişahların irade ve fermanlarına dayanmalarındır.⁵⁰ O halde örfî hukuk bir kanun hukukudur.⁵¹

Devlet başkanı veya ehl-i örf denilen yüksek otorite, şer'î hükümleri uygulama amacıyla bir kanun şeklinde



ranzim edebilir. Mevcut içtihadî görüşlerden birini kamu yararını esas alarak tercih edebilir. Hakkında hiçbir hüküm bulunmayan hususları da, uzman hukukçuları bir araya getirerek çözüme kavuşturabilir. Nihayet kendisine tanınan içi boş yasama yetkisine dayanarak bazı hukukî düzenlemelerde bulunabilir. Devlet başkanının bu faaliyetleri sonucu ortaya çıkan, bir kısmı şer'î, bir kısmı içtihadî, bir kısmı da tanzimi tasarruflardan oluşan hukukî kuralların tamamına örfî hukuk denir.⁵²

aa. Şer'î hükümlerin kanun halinde tedvin edilmesi

Padişahın, uygulamada kolaylık olması için, fıkıh kitaplarında mevcut şer'î hükümleri tedvin ederek kanun haline getirmesi örfî hukuk kapsamındaki ilk faaliyettir. Tedvin faaliyeti, şer'î hükümleri hiç değiştirmeden yapılabileceği gibi⁵³, özüne dokunmadan kısmen değiştirilerek de yapılabilir.⁵⁴

bb. İctihadi konularda Mevcut İctihatlardan Birinin Tercih Edilmesi

Osmanlı devletinde Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerine bağlı vatandaşlar olmakla beraber halkın çoğu Hanefî mezhebine mensuptu. Bu yüzden hakimler, Hanefî mezhebine göre hüküm vermekle görevlendiriliyorlardı.⁵⁵ Padişahın emriyle bir konuda diğer üç mezhepten birinin veya herhangi bir müctehidin görüşünün yürürlüğe konduğu da olmuştur.⁵⁶ Esasen hukukçuların içtihatlarındaki farklılıklar şeriatın ana hükümleri üzerinde olmaktan ziyade, zamanın gereklerine ve kamu yararına göre, değiştirilmeleri mümkün olan dünya işlerine ilişkin olduklarından, padişahların bu hususlardaki tasarrufları kamu yararı gereği caizdir. Bu nedenle bu gibi hususlarda padişah hangi müctehidin görüşü "*maslahat-ı nâsa vefak*" ise onu emredebilir.⁵⁷

Bilindiği gibi, içtihadî görüşlerin Kur'an ve Sünnet normları gibi bağlayıcılıkları yoktur. Bir içtihad, diğer içtihadî nakzedemediğinden biri diğerinden daha kuvvetli değildir.⁵⁸ İctihatla içtihat nakz edilemez olduğu ve fermalarla tercih edilen içtihatların da bağlayıcı olmamasından ötürü İslam hukukunu tedvin etmek de imkansızlaşmıştır.⁵⁹ Bu durum hukukî hayatta istikrarı zedeleyeceğinden dolayı, İslam hukukunda devlet başkanına içtihadî görüşlerden birini tercih yetkisi verilmiştir.⁶⁰ Bunu, eğer yeterli ise kendisi, değilse ilmîne güvenilen hukukçular (şeyhülislam veya kadılar) yapar. Böylece,

tercih edilen içtihadî görüşlerin de bağlayıcı bir kanun olabilmesi için, konusu suç teşkil etmemeli ve Şeriata aykırı olmamalıdır.⁶¹ Artık buna aykırı hüküm verilemez, verilirse geçersiz olur.⁶²

cc. Kendisine Tanınan Sınırlı

Yasama Yetkisini Kullanması

Devlet başkanına tefviz edilen ve kendisine şer'î esaslar çerçevesinde kanun koyma yetkisi verilen alanları belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, *caiz olan konularda nizam-ı âlem için kural koymasıştır*. İslam hukukuna göre, "*caizde ülül-enrin hakk-ı tasarrufu vardır; Şeriatin menemediği şeyleri men edebilir*".⁶³ Devlet başkanının caiz olan yarı yapılması veya yapılmaması serbest olan hukukî meselelerde emretme veya yasaklama şeklinde kanun koyma yetkisi vardır. Osmanlı hukukunda sultanların bu yetkilerini yasakname⁶⁴ adıyla hukukî düzenlemeler meydana getirerek kullandıkları görülmektedir. Yasaknameler, devlete ait madenler, tuzlalar, para basımı, gümrükler, sabun, hububat gibi ihtiyaç maddeleriyle ilgili nizamlar ve hazineye ait gelirlerin tahsili gibi kamu yararına göre düzenlenmesi devlet başkanına bırakılan konularda kamuya yararlı emir ve yasakları ihtiva etmektedir.⁶⁵ Osmanlı hukukçuları, birden fazla evlenmenin şarta bağlanmasını ve küçüklerin velileri tarafından evlendirilmesinin yasaklanmasını da bu yetkiye dayandırmaktadırlar. Devlet başkanının kanun koyabileceği ikinci alan *devlete karşı işlenen suçlarla ta'zir suç ve cezalarının tesbit edilmesidir*. Fatih, II. Bayezid, I. Selim ve I. Süleyman'a ait Umumi Osmanlı kanunnâmelerinin birinci babını oluşturan cezai hükümler, hususi kanunnâmelerdeki münferid ve istisnai ceza hükümleri bu yetki kullanılarak tesbit olunmuştur.⁶⁶ Yine devlet başkanı, *kamu hizmetlerinin yürütülmesi için idari, adli, mali ve askeri düzenlemeler yapabilir*. Devletin yapısı ile ilgili idari düzenlemeler; davaların belirli zamanaşımı sürelerinin geçmesinden sonra dinlenmeyeceği veya mahkemelerin alt-üst şeklinde bir tasnife tabi tutulması gibi adli düzenlemeler; ordunun tec-hizi, eğitim hizmetlerinin yürütülmesi ve sosyal güvenlik kurumlarının ihyası amacıyla tahsil olunan gümrük, cizye gibi şer'î vergilerle bazı örfî vergilerin tanzimi türünden olan mali düzenlemeler; kapıkulu ve eyalet askerleri gibi askeri düzenlemeler hep bu kapsam dahilinde yapılmaktadır.⁶⁷ Devlet başkanının bu tür tasarrufları



maslahat şartına bağlıdır. Mecelle m. 58, bu hususu "Ra-
iyye yani teb'a üzerine tasarruf, maslahata menuttur"
şeklinde formüle etmiştir. Buradaki tasarruf sözcüğü, ka-
mu hizmetlerini yürüten idari, adli ve askeri şahısların
her çeşit hukuki tasarruflarını kapsamaktadır.⁶⁸ Son ola-
rak ise, devlet başkanı *miri arazi ve tımar nizamı ile ilgili
kurallar koyabilir*. İslam hukukunda devlet başkanına ta-
nınan yasama yetkilerinden biri de, savaş yoluyla fethe-
dilen toprakların hukuki rejimini ve tasarruf şeklini be-
lirlemesidir. Devlet başkanının bu çeşit araziler üzerinde
seçimlik hakkı vardır. Devlet başkanı bu arazileri devlet
arazisi, yani miri arazi ilan edebilir ve tasarruf şeklini de
kamu yararına göre dilediği gibi tanzim edebilir.⁶⁹

D. KANÛNNÂMELERİN HAZIRLANMA PROSEDÜRÜ

Belirtmek gerekir ki, kanûnnâmeler ya meseleci ya
da soyut sistemde kaleme alınmıştır. Meseleci sistemde
(ki buna fetva sistemi de denir), önce, konulmak istenen
kurala ilişkin olay (mesele) tertip edilir, sonra sorunun
cevabı verilerek istenilen kural konulur. Soyut sistemde
ise modern anlamda kanun tekniği kullanılmıştır. Bu
teknik özellikle, cezai hükümlerde görülmektedir.⁷⁰ Ör-
neğin, "Eğer bir kimesne zina eder görülse, şer'an üzeri-
ne sabit olsa, lakin ala vech'iş-şer'ecm kılmalı olmasa,
eğer evlü olup bay olup bin akçe ve dahi ziyadeye malik
olsa, dört yüz akçe cerime alın; mutavassıt'ul-hal olsa ve-
ya fakir olsa, elli akçe alına."⁷¹

Kanûnnâmeler genel veya özel olmak üzere iki tür-
dür. *Genel kanûnnâmeler*,⁷² nişancı tarafından padişahın
fermanı üzere hazırlanır, divan-ı hümayun'da mütalaa
edilir, sadrazam da bizzat müzakere ve tashihlere katılır,
padişaha arz edilir, ve tasdik edilince de bütün reyayı
bağlar hale gelir.⁷³ Görüldüğü üzere, uzmanları tarafın-
dan hazırlanan kanun teklifleri ancak padişahın huzu-
runda okunduktan ve onayını aldıktan sonra, kanun hük-
münü alabilmektedir.⁷⁴ *Hususi Kanûnnâmelerin* hazırlanı-
şında ise bazı farklılıklar vardır. Bu tarz kanunların ço-
ğunluğunu teşkil eden sancak kanûnnâmelerinin aslı,
Kanun-ı Osmani denilen genel kanûnnâmelerdir. İlgili
bölgenin tahririni yapan defter emirleri ve vilayet katip-
leri, tahrir işlemini bitirdikten sonra, mufassal defterin
başına o sancaktaki hususi örf ve adet kurallarını, şer'î ve
örfî vergilerin oran ve miktarlarını da dikkate alarak, Ka-
nun-ı Osmani'yi o bölgeye adapte etmişlerdir. Pek çok

kanûnnâmenin başındaki "ber mucceb-i Kanun-ı Osma-
nî" ifadesi de bunun yeni vaz'edilmediğini, Kanun-ı Os-
mani'nin o yerin sosyal ve iktisadi şartlarına uyduruldu-
ğunu belirtmektedir. Bu tür sancak kanûnnâmeleri de
mufassal defterin başına kaydedilmiştir. Sadrazamın arzı
sonucu padişah tarafından tasdik edilmiş ve nişancı da
tuğrayı çekmiştir. Böylelikle defterin muhtevası ve ka-
nûnnâme kesinleşmiştir.⁷⁵ *Ferman, berat ve yasa knâme*
şeklindeki kanun benzerlerinin hazırlanışı da aynı şekil-
dedir. Ferman-kanunlar, çok defa yalnız bir zümreyi ilgi-
lendiren bir nevi idari emirler mahiyetindedir.⁷⁶

E. ÖRFİ HUKUKUN ŞER'İ HUKUKA UYGUNLUĞU

Örfî hukukun yazılı kaynağı olan kanûnnâmelerde
dikkati çeken önemli bir husus, bunların geleneksel hu-
kuka geniş bir uygulama alanı tanımış olmasına rağmen,
bu uygulamanın ancak şer'î bir hukuk kuralı bulunma-
yan durumlarda mümkün olabilmesi halidir. Şer'î hu-
kuk, kendisine karşı bir geleneğin bir örfî hukukun olu-
şumuna izin vermez.⁷⁷ Örfî hukuk, şer'î esasların dışına
çıkamayacağı için,⁷⁸ şer'î hukukun dışında bir hukuk
düzeni olarak kabul edilmez.⁷⁹ Ancak, örfî hukukun ya-
zılı kaynağı olan ve idari-hukuki mevzuatın önemli bir
kısımını teşkil eden kanûnnâmelerin, şer'î hukukun dı-
şında, laik bir anlayış ve yaklaşım sonucunda vaz'edildi-
ğini kabul edenler de vardır.⁸⁰

Osmanlı padişahlarının, şer'î hukukun ayrıntılı ola-
rak düzenlemiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya,
diğer alanlarda kanun koyarken de bu hukukun genel
prensiplerine ters düşmemeye özen gösterdikleri görülmektedir. İlk örfî vergi olan Pazar vergisinin (bâc) kon-
ması sırasında Osman Gazi'nin Allah'ın emri değil diye
böyle bir vergiye karşı çıktığı, ancak şer'î esaslara aykırı
olmadığını anladıktan sonra bunu kabul ettiğini tarihi
kaynaklar belirtmektedir.⁸¹

Osmanlı devletinde örfî hukukun hükümleri tedvin
edilirken, devletin hakim hukuk nizamı olan İslam hu-
kuku ile çatışmamasına özen gösterilmiştir. Hatta bazı
kanûnnâmelerin başında "kanûnnâme-i sultanîdir ki,
şer-i şerife muvafakati mukarrer olup hâlâ muteber olan
kavanin ve mesaildir"⁸² gibi ifadeler yer almıştır. Çoğu
ferman ve hükümlerde yer alan "*şer ve kanun*" üzere gö-
rülmesi emri de, Osmanlı devletinde şer'î ve örfî huku-
kun birbiriyle çatışan değil, birbirini tamamlayan iki



hukuk mevzuatı olarak kabul edildiğini göstermektedir. İlke olarak Osmanlı devletinde her türlü hukukî olgu, şer'î hukuk ile çatışırsa, şeriat hükümlerine uyulması esastır.⁸³ 1546 tarihli bir fermanla yer alan "şer'î kavime muhalif ve kanun-ı kadime muğayir kimesneye iş etdirmeyesin" ifadesi de çoğu fermanlarda görülen bir ibaredir.⁸⁴

Osmanlı hukukundaki kullanılışıyla, örfî hukuk tabiri, padişah tarafından tedvin sonucu ortaya çıkan hukukî düzenlemeleri ifade eder. Örfî hukuk adı verilen bu düzenlemelere "kanun"⁸⁵ adının verilmesi, 13. asırdan önceki tarihlere rastlar.⁸⁶ Bununla eş anlama gelmek üzere, "örf", "yasa", "yasak", "kanûnnâme", "yasakname", "siyaset", "kavânin-i siyaset", siyaset-i şer'îye ifadeleri kullanılmıştır.⁸⁷

Bilindiği gibi, bir devlette yetkili makam (örneğin, Millet Meclisi, padişah, kral, imparator, diktatör) tarafından bütün millet için geçerli olmak üzere konulan ve bütün fertlerin uymakla yükümlü bulunduğu müeyyideli kurallara kanun adı verilir.⁸⁸ Şer'î hukukun yanında, idari, mali, cezai, çeşitli hukuk alanlarına ait olmak üzere, zamanla padişahların emir ve fermanları ile vaz'edilmiş olan kanun ve nizamları, aynen veya özet olarak bir araya toplamak suretiyle tertip edilen mecmualara veya bu kanunlardan belirli bir zümre veya sahaya ait olanlardan birine de kanûnnâme adı verilir.⁸⁹ Bu açıdan kanûnnâmeler, halk tarafından eskiden beri uygulana gelmekte olan yani zaten organik bir şekilde kendiliğinden doğmuş bulunan hukukun derlenip bir araya getirilmesinden ve padişahlarca da tamamlanıp, yürürlüğünün bir fermanla onaylanmasından meydana gelmiş derlemelerdir. Örfî denilen bu hukukun eskiden beri sürüp gelen bir uygulama sonucunda oluştuğunu gösteren çok güzel bir örnek vardır. Bu örnek Kanunî Sultan Süleyman'ın Kanûnnâmesindedir: "Örûde yani mera yerlerinde tayin-i hudur yoktur. Kadimden ne yerde davar yürüye gelmiş ise ol mahallerde yürür. Kadim 40-50 yıla denilmez. Kadim oldur ki anın evvelin kimesne bilmeye". Bu kural otlak ve yaylak konusunda eski geleneğe dayalı hukukun nasıl doğduğunu ortaya koymaktadır. Örfî hukukta, organik bir şekilde meydana gelip, zaman zaman derlenerek kanûnnâmeler içinde toplanmış bir gelenek hukuku sistemi de bulunmaktadır.⁹⁰ Bu gelenek hukuku, yalnız halk geleneklerine özgü kalmamış, mahkeme içtihatları-

nı ve fetvaları da kapsamıştır. Kanûnnâmelerde eskiden verilmiş fetvaların türlü örneklerine rastlanır. Böylece bu kanûnnâmelerde, şer'î hukukun uygulanması ve yorumu ile geleneksel hukuku yanyana, elele, hatta kimi zaman içiçe ve kaynaşmış olarak görülmektedir.⁹¹

Osmanlı Kanûnnâmelerinin şer'î hukuka aykırı olup olmadığını tespit için örnek olarak bazılarını incelemekte yarar vardır. Osmanlı devletinde tedvin edilmiş olan kanûnnâmelerin en önemlileri, Fatih Sultan Mehmet ve Kanunî Sultan Süleyman'a ait kanûnnâmelerdir. Daha ziyade idari bir niteliğe sahip olan Fatih'in Teşkilat Kanûnnâmesi (Kanûnnâme-i Âl-i Osman), münhasıran Fatih tarafından konulmuş olan kuralları ihtiva etmeyip, eskiden beri mevcut hükümleri derleyip toparlamaktadır. Üç bap üzerine tanzim edilen kanûnnâme, devletin teşkilatına, sadrazam ve şeyhülislamdan başlayarak bütün devlet memurlarının görevleri, aidatı, protokoldeki (teşrifattaki) yeri ve onlar hakkında resmi yazışmalarda kullanılacak sözlere dair hükümleri düzenlemekte ayrıca bazı cezai kuralları da içine almaktadır. Kabul edildiği devre göre oldukça mükemmel sayılabilecek bir idari kanun⁹² olan kanûnnâmede dini hukuk hükümlerine aykırı herhangi bir kurala rastlanmaz.⁹³

Kanunî Sultan Süleyman devrinde tedvin olunan kanûnnâme ise Fatih'in kanûnnâmesi gibi idari alana özgü olmayıp, idari, hukukî, mali ve cezai alanları usul hukuku alanını kapsamakta ve böylece daha geniş bir hukuk sahasını kanunlaştırmaktadır. O devre göre ileri ve oldukça sistemli olan kanûnnâme de yeniden tanzim edilmiş olmayıp, mevcut nizamların derlenip toplanmasından ve eksiklerin tamamlanmasından ibarettir.⁹⁴

Görüldüğü üzere, gerek Fatih gerekse Süleyman Kanûnnâmeleri, şer'î hukuk hükümlerini tamamlayan ve onun yanında yürürlükte olan teamüli kuralları düzenlemektedir. Kaldı ki, kanûnnâmelerde şer'î hukukun yanı başında olan ve onu tamamlayan örf kurallarına yer verilmekte ve bunların şer'î hukuka dayandığı kabul edilmektedir.⁹⁵ Kanûnnâmelerin başındaki, "...Kanûnnâme-i Sultanîdir ki şer'î şerife muvafakati mukarrer olup halen muteber olan kavanin ve mesailendir" ibaresi de bunu açıkça göstermektedir.⁹⁶ Her kanûnnâmenin başında yer alan "şer'î şerife mutabakatı tasdik kılınıp..." ibaresi de, kanûnnâmelerin derlenip yazıldıktan sonra Şeyhülislamın ya da din adamlarından oluşan bir kurulun incele-



mesine sunulup, içindeki kuralların şer'î hukuka aykırı olmadığı konusunda onay alındığını göstermektedir.⁹⁷ Kanûnnâmelerin şer'î hukuka uygunluğu şeyhülislam tarafından kontrol edilmektedir.⁹⁸ Ancak bir kısım araştırmacılar bunu reddetmektedirler.⁹⁹ Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde hazırlanmış olmasına rağmen Arazi Kanûnnâmesi padişahın iradesine iktiran etmeden önce incelenmek üzere şeyhülislamlığa gönderilmiş; aynı uygulama Mecelle¹⁰⁰ için de söz konusu olmuştur.¹⁰¹

Osmanlı Devleti'nde örfî kanunların hazırlanmasında, devletin en üst kademelerinde yıllarca tecrübe kazanmış devlet adamlarından oluşan *divân-ı hümayun*un ve özellikle örfî hukuktan sorumlu bulunan nişancıların önemli rolleri vardır. Divanda yapılan görüşmeler ve *nişancıların* faaliyetleri sonucu şekillenen hukuki esaslar, padişahların tasdikleriyle kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir.¹⁰² Padişahlar tarafından konan kanunların yürürlük süreleri de esas itibarıyla bunların hayatlarıyla sınırlıdır. Bu sebeple her padişah değişikliğinde, yani ölen padişahın yerine geçen padişah tarafından, yürürlükte kalması istenen kanun ve imtiyazların yenilenmesi gerekmektedir.¹⁰³ Bununla beraber, şunu da göz önünde bulundurmak gerekir ki, Osmanlı padişahlarının kendinden önceki padişah zamanındaki mevcut kanûnnâmeleri tensik ve tasdik yetkisi keyfi değildir. Burada daha ziyade, sürekli korunması gereken "eski ve ideal bir düzenin devamlılığı" ve "iyi sayılan bir takım örf ve adetlerle, idari an'ane ve usullerin egemenliği" söz konusudur.¹⁰⁴ Osmanlılarda kanûnnâme çıkarma, padişahın kişisel bir hakkıdır. Bir padişah tahta geçtiğinde, kendinden önceki hükümdarın emir, ferman ve kanûnnâmelerini isterse tasdik eder, istemezse onları kaldırır, değiştirir veya yenilerini çıkarır.¹⁰⁵

Örfî hukuk normlarının konmasında önemli rolleri bulunan ve bu sebeple kendilerine "müftî-i kanun" denilen *nişancıların*¹⁰⁶ medrese kökenli olan ve İslam hukuku öğrenimi görmüş bulunan ulemeden seçilmesi, keza örfî hukukun oluşmasında önemli bir role sahip bulunduğu anlaşılan Divan-ı Hümayun'da şer'î hukukun iki önemli temsilcisi *Rumeli ve Anadolu Kazaskerlerinin* yer alması, örfî hukukun daha hazırlık aşamasında şer'î hukukla uyumuna dikkat edildiğini düşündürmektedir. Bunun yanı sıra şeyhülislamların padişahların şer'î hukuka aykırı kanun ve uygulamalarına zaman zaman karşı çıktıkları olmuştur.¹⁰⁷ Osmanlı devletinde her iki hukukun aynı

yargı organı tarafından uygulanması, bir diğer ifadeyle, örfî hukuk için ayrı mahkemeler kurulmayıp şer'îye mahkemelerince tatbik edilmesi bu iki hukukun belli bir bütünlük içerisinde yürütülmesinde müspet bir rol oynamıştır.¹⁰⁸

Ancak belirtilen bu hususlar, şer'î ve örfî hukukun tam bir uyum içinde, başka bir deyişle örfî hukuk esaslarının tam anlamıyla şer'î hukuka uygun olarak konduğu anlamına da gelmemelidir. Zaman zaman şer'î hukuka aykırı olarak konulan örfî hukuk kuralları, bazen fetva almak bazen de İslam hukukunun tanıdığı bir yetki kullanılıyormuş gibi gösterilmek suretiyle İslam hukukuna şeklen uydurulmuştur. Özellikle ceza hukuku alanında kendini gösteren bu hususta, zaman zaman ta'zir hakkı kullanımı altında suç ceza dengesini gözetmeyen ağır cezalar verilmiştir.¹⁰⁹

Osmanlı devletinde şer'î ve örfî hukuk birbiriyle çatışma ve rekabet içinde değil, belli bir uyum içinde bulunmuştur. Zira örfî hukuk şer'î hukukun bir takım 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.

C. Uygulandığı Alanlar

Osmanlı hukukunda şer'îye sicilleri incelendiğinde görülmektedir ki, modern hukuk tasnifiyle özel hukuk kapsamında yer alan şahsın hukuku, aile hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku ile miras ve eşya hukukunun büyük çoğunluğunda mahkemelerin hukuk kaynağı, fıkıh¹¹⁰ kitaplarında yer alan şer'î hükümlerdir.¹¹¹ Ceza hukuku alanında had ve kısas suç ve cezalarında fıkıh kitaplarındaki hükümler uygulanmış; bunların dışında kalan ve ta'zir¹¹² olarak isimlendirilen suç ve cezalarda ise kanûnnâmelerde yer alan hükümler uygulama alanı bulmuştur.¹¹³

Şer'î ve örfî hukuk kesin çizgilerle birbirinden ayrı değildirler. Osmanlı hukukunun bütünlüğü içerisinde hemen her sahada şer'î ve örfî hukuk esaslarının yan yana bulunduğu görülür. Ancak yine her iki hukuk belirli alanlarda yoğunluk kazanmışlardır. Bunun sonucu olarak, şahıs, aile, miras, eşya, borçlar ve ticaret hukuku gibi İslam hukukunca ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş özel hukuk alanlarında şer'î hukuk esasları hakim olmuştur.¹¹⁴ Zaman içerisinde ve ihtiyaç duyuldukça bu alan-



larda da örfî düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, nikahların mahkemelerce veya kadıların verdiği izinle din adamlarınca kıyılması aile hukuku alanında, icareteynli ve mukataalı vakıfların tasarruf ve intikaliyle ilgili düzenlemeler vakıf hukuku alanında, miri arazinin devletin mülkiyetinde olan topraklar olmasından yararlanılarak mutasarrıfların mirasçılara intikalinin şer'î miras hukuku kurallarından farklı olarak düzenlenmesi miras hukuku alanında, miri arazinin tasarruf ve başkalarına devrine ait esasların belirlenmesinde görüldüğü gibi eşya ve toprak hukuku alanlarındaki örfî hukuk düzenlemeleridir.

Anayasa, idare, ceza, vergi hukuku gibi kamu hukuku alanlarında da şer'î ve örfî hukuk yan yana bulunmakla ancak bu alanlarda örfî hukukun payı özel hukuktaki payına oranla daha fazladır. Osmanlı devlet adamları devletin temel siyasi çatısını, merkez ve taşra yapısını oluştururken bir taraftan eski Türk devletlerinden tevâris ettikleri geleneğin, diğer taraftan Emevi, Abbasi, Selçuklu ve Memlûklardan gelen İslami 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'zir yetkisi çerçevesinde örfî bir ceza hukuku ortaya koymaya da muvafak olmuşlardır. Aynı durum vergi hukuku alanında da geçerlidir. Sayıları sınırlı şer'î vergiler alınmaya devam ederken yeni mali kaynaklara duyulan ihtiyaç sebebiyle bir çok örfî vergi de konmuş ve tahsil edilmiştir.¹¹⁵

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Osmanlı Hukuku şer'î hukuk ve örfî hukuk olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Şer'î hukuk, kaynağı Kur'an, Sünnet, icma ve kıyasa olan ve fıkıh kitaplarında yazılı halde bulunan normlar manzumesidir. Örfî hukuk ise, padişahın iradesine dayanarak ferman ve kanûnnâmelerle ortaya çıkan hukuktur. Osmanlı Devleti'nde şer'î

hukukun izin verdiği oranda ve şer'î hukuka aykırı olmamak üzere örfî hukuk mevzuatına müsaade edilmiştir ki, bu da, örfî hukukun şer'î hukukun kapsamı dahilinde olduğunu, yani onun hemen yanı başında ve onunla beraber olduğunu göstermektedir. Şu halde, uygulamadaki aksaklıklar ve suistimaller bir tarafa bırakılırsa, örfî hukuka şer'î hukukun dışında ve ona karşı bir hukuk nazariyesi bakılmamalıdır.

Başka bir deyişle, örfî hukuk konusundaki görüşler iki grupta toplanabilir. Buna göre, örfî hukuk ya "şer'î hukukun dışında bir hukuktur" ya da "şer'î hukukun devlet başkanına tanıdığı sınırlı (içî boş) yasama yetkisinin kullanılmasından ibarettir".¹¹⁶ İlk görüş sahiplerine göre, Osmanlı padişahları, şer'î hukuktan tamamen ayrı, bağımsız bir millî hukuk meydana getirmişlerdir ki, bu da örfî hukuktur.¹¹⁷ Bunlara göre, padişahın, devletin başına geçmesinden itibaren, istemediği takdirde, önceki yasaları kaldırabilmesi, yasama yetkisinin padişah için kişisel bir hak olarak görülmesine neden olmuştur ki bu da şer'î hukuka aykırıdır.¹¹⁸ Diğer görüşe göre ise, padişahların çıkardığı kanunlarının meşruiyet ve muteberliği, devrin egemenlik anlayışı ile şer'î hukukun yöneticilere verdiği yetkiden doğmaktadır.¹¹⁹ Bu açıdan kanûnnâmeler, ne laik, ne de şeriate aykırıdır. Kaldı ki, padişahlar, aralarında ulemadan kişilerin de bulunduğu divan üyeleriyle istişare etmişler; zaman zaman da fetva yoluna başvurmuşlardır. Sonuçta bu boşluk doldurmalar şer'î hukuka uygundur.¹²⁰ Şer'î hukukun temas etmediği alanlarda onlara aykırı olmayan, hatta onların ışığı altında hazırlanmış bulunan kurallara ve buna bağlı uygulamaya "şeriate karşı ve laik" demek mümkün değildir. Çünkü bu kanunlar, J. Schacht'ın da dediği gibi, "hükümlerine karşı gelmemek ve mer'iyete hâlel vermemek şartıyla dini hukukun noksanlarını¹²¹ doldurmaya çalışan formel kanunlar"dır.¹²²

1 Midhat Settoğlu, *Osmanlı Tarih Lügati*, 2. B., İstanbul 1986, s. 243-244.

2 M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999, s. 67; Ömer Lütfi Barkan, *Kanûn-nâme*, İA, c. VI, İstanbul 1993, s. 185-186, 194-195; M. Fuad Köprülü, *Fıkıh, İA*, c. IV, İstanbul 1993, s. 614-617; Fuat Köprülü, *Ortaçağ Türk Hukuku Müesseseleri, İslam Âme Hukukundan Ayır Bir Türk Âme Hukuku Yok mudur?*, İkinci Türk Tarih Kongresi Zabıtları, İstanbul 1943, s. 383; Halil İnalıcık, *Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî- Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları, Siyasi İlimler ve Hukuk*, c. XIII, no:2, 1958, s. 102.

3 3 Kasım 1839 tarihinde neşrolunan Gülhane Hatt-ı Hümayûnu'ndaki "Cümleye malum olduğu üzere Devlet-i Aliyyemizin bidayet-i zuhurundan berü ahkam-ı celile-i Kur'aniyye ve kavânini şer'iyeye kemaliyle riayet olduğundan..." (*Düstur*, I, Tertip, c. I, s. 4-7) şeklindeki ifade de Osmanlı devletinde İslam hukukunun hakim olduğuna göstermektedir.

4 Ömer Lütfi Barkan, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", *IJHEM*, c. XI, S. 3-4, İstanbul 1945, s. 203; Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 185; I Goldziher, *Fıkıh, İA*, c. IV, İstanbul 1993, s. 601.



- 5 İber Ortaylı, Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine, *Ü. Yağar Doğanay'ın Anısına Armağan*, c. I, İstanbul 1982, s. 498-500.
- 6 Gerçekten de Osmanlı Devleti tarihinde Roma İmparatorluğu'ndan sonra dini toleransın en çok görüldüğü, üstelik bu durum zaman ve hükümdarın kişiliğine bağlı olmaksızın kurumsallaştığı bir devlettir. Dini grupların iktisadi, adli, dini ve maarife ilişkin işleri kendilerine bırakılmış hatta ruhani liderler ve kurumlara rütbe, imtiyazlar bahşedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ortaylı, s. 498.
- 7 Barkan, *Şer'iîliği Meclesi*, s. 203-224.
- 8 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri, *Fikret Arık'a Armağan*, Ankara 1973, s. 564-565; H. V. Velidedeoğlu, Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'i Hukuktan Laik Hukuka Geçiş, *Yargıtayın 100. Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, s. 705-710.
- 9 Velidedeoğlu, *Düalizm*, s. 710.
- 10 Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 589-590.
- 11 Erol Özbilgen, *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı*, İstanbul 1985, s. 43.
- 12 İbrahim Halebi'nin kaleme aldığı *Mülteka'l-Ehur* isimli fıkıh kitabı, 1648 ve 1687 tarihli fermanlarla Osmanlı devletinin resmi hukuk kodu olarak kabul edilmiştir. Bkz.: Başbakanlık Osmanlı Arşivi, *Yıldız Esas Evrakı*-14-1540, s. 14.
- 13 Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, c. I, İstanbul 1990, s. 142-143.
- 14 İslam hukukunun tali kaynakları kullanılarak ve örf-adet kuralları esas alınarak, ister zamanın devlet başkanı (ülülemri) ve isterse müctehit hukukçular tarafından ortaya konan hukuki hükümlerin tamamına adet hukuku veya örfi hukuk denmektedir. Bkz.: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluğu", *Ankara Barosu Staj Konferansı, 6 Sayılı Baro Dergisi Eki*, s. 7-8; Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tablilleri*, 1. Kitap, İstanbul 1990, s. 51; Cin/Akgündüz, c. I, s. 165.
- 15 Özbilgen, s. 44; Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 51.
- 16 Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 53-54.
- 17 Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 186.
- 18 Halil Cin, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Ankara 1979, s. 2-3; İnalçık, *Örfî- Sultanî Hukuk*, s. 103.
- 19 Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 67-68; Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 185-186; Köprülü, *Fıkıh*, s. 617.
- 20 *Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi*, 1087'de Sadrazam Mustafa Paşa'nın emriyle zamanın nişancı olan Abdurrahman Paşa tarafından kaleme alınmış bir teşkilat kanunnâmesidir ve Osmanlı devlet teşkilatına ait bütün kanun hükümlerini tek mecmua halinde tedvin etmiştir. Bkz.: Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 90.
- 21 *Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi*, *Millî Tıbbular Mecmuası*, c. I, s. 499-500.
- 22 Osmanlı hukuku ile İngiliz hukuku arasında iç bünye bakımından en küçük bir ilişki olmadığı halde, hukukun dış görünüşü, yeni kazıist formu bakımından mevcut olan bu benzerlik dikkat çekicidir. Bkz.: Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat. Tanzimat I*, İstanbul 1940, s. 17.
- 23 Özbilgen, s. 75-76, 97.
- 24 M. A. Ubicini, *Türkiye 1850*, c. I, Tercüman 1001 Temel Eser, "VI. Mektup, Adli Yönetim Hakkında", s. 165.
- 25 Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 79-81; Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 69.
- 26 M. Akif Aydın, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, ed.: Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul 1994, s. 378.
- 27 Tursun Bey, *Tarih-i Ebu'l-Feth*, Hazırlayan Mertol Tulum, İstanbul 1977, s. 12; Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973, s. 168-169; Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 64.
- 28 İnalçık, *Örfî- Sultanî Hukuk*, s. 103; Engin Akarlı, *Osmanlılarda Devlet, Toplum ve Hukuk Anlayışı, Çağdaş Kültürün Oluşumu*, İstanbul 1986, s. 25.
- 29 Heyd, *Criminal Law*, s. 168-169.
- 30 Akarlı, s. 25.
- 31 Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 192.
- 32 Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 72.
- 33 Köprülü, *Fıkıh*, s. 617.
- 34 Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 192; Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 73.
- 35 Barkan, *Şer'iîliği Meclesi*, s. 204.
- 36 Barkan, *Şer'iîliği Meclesi*, s. 205-206.
- 37 Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 193.
- 38 Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 69.
- 39 Hezarfen Hüseyin Efendi'nin 1675 tarihlerine doğru meydana getirdiği "Telhîsü'l-Beyân fî Kavânin-i Âl-i Osmân" isimli tedvinini ile Aynî Ali Efendi'nin 1609 tarihinde kaleme aldığı "Kavânin-i Âl-i Osmân Der Hulâsâ-i Mezâmin-i Defter-i Divan" isimli risalesi bu konuda verilebilecek ilginç örneklerdendir. Bkz.: Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 187.
- 40 Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 187-188; Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 100-101.
- 41 Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 69.
- 42 Heyd, *Criminal Law*, s. 172-174; Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", trc.: Selahattin Eroğlu, *AÜİFD*, c. XXVI, s. 636; Halil İnalçık, "Mahkeme", *İA*, c. VII, İstanbul 1993, s. 5.
- 43 Osmanlı hukukunda kadı, müftü, müderris gibi şer'i hukukun temsilcilerine ehl-i şer'; hukuki kararları uygulayan idarecilere ise ehl-i örf denilmektedir. Bkz.: Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 87.
- 44 Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 635.
- 45 Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları. Kanunlar*, İstanbul 1943, s. 114, m. 17, s. 117, m. 13.
- 46 Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 635.
- 47 Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 76.
- 48 Örf deyiminin bugünkü "gelenek-görenek hukuku" anlamında kullanıldığımız sözcüklerle doğrudan bir ilgisi yoktur; geleneği Osmanlılar daha çok âdet kelimesiyle belirmişlerdir. Örf, padişahın şeriat dışı alanda aklına dayanarak İslam yararına koyduğu kurallar anlamına gelirdi. Bazen belli bölgelerde eski "âdetleri" padişah örfi yetkisine dayanarak hukuk kuralı ilan edebilirdi ki, bu biçimde bugünkü örf sözcüğü, eskiden beri yaşayan kuralların hukukça tanıması anlamına gelmiştir. Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. B., Ankara 1996, s. 186.
- 49 Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 194; İnalçık, *Örfî- Sultanî Hukuk*, s. 103.
- 50 İnalçık, *Örfî- Sultanî Hukuk*, s. 103; Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 186, 190; Ömer Lütfi Barkan, *Türkiyede Sultanların Teşriî Sıfat ve Salâhiyetleri ve Kanunnâmeler*, *IÜHF yayını*, İstanbul 1947, s. 718.
- 51 Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 68.
- 52 Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 64.
- 53 1670 tarihli Kandıye Kanunu ve 1704 tarihli Hanya Kanunu, fıkıh kitaplarının Kitabül-Cihad bölümlerinin Babül-Cizye vel-Harc konularında yer alan harac ve cizye ile alakalı şer'i hükümlerin kanun haline getirilişinden ibarettir. Tanzimat'tan sonra hazırlanan Mecelle, Hanefî fıkıh kitaplarının "muamelat" hükümlerinin ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise, Kitabü'n-Nikah ve Kitabü't-Talak'da incelenen şer'i hükümlerinin tedvininden ibarettir. Bkz.: Cin/Akgündüz, c. I, 193; Akgündüz, *Kanunnâmeler*, c. I, s. 66.
- 54 Şer'i hükümlerin özüne dokunulmadan kısmen değiştirilmesi, Osmanlı kanunnâmelerinin yarıya yakınına oluşturmaktadır. Örneğin,



- miri arazi aslında haraci arazidir. Bu çeşit arazilerin tasarruf şekli, kamu yararına göre padişahca tanzim edilmiş ise de, bu arazilerden alınan ve Osmanlı hukukunda rüsum-ı şer'îye denilen bütün vergiler, sadece isim değişikliği ile fıkıh kitaplarındaki esaslara uyularak tanzim olunmuştur. Öşür diye düzenlenen vergi, aslında harac-ı mukasemeditir, çift akçesi ise harac-ı muvazzafıdır. Bunların nisbet ve miktarları tamamen fıkıh kitaplarındaki şekliyle tanzim edilmiştir. Bu durumda Osmanlı kanunnamelerindeki öşür ve çift akçesi (resm-i çift) ile ilgili bütün hükümler, fıkıh kitaplarındaki şer'î hükümlerin iktisadi ve sosyal şartlara göre uygulanmasından ibarettir. Padişah, bu gruptaki yasa-yama yetkisi sonucu meydana getirilen mevzuat için, her maddesini şeyhülislamı onaylatmak zorunda değildir. Zira bu tür mevzuat her müslümanı bağlayan şer'î hükümler grubundadır. Bkz.: Barkan, *Kanunlar*, 296 vd.; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 67.
- 55 Ali Haydar, *Düerü'l-Hüküm Şerhu Mecelle'l-Abkam*, c. IV, İstanbul 1330, s. 696.
- 56 Abdülaziz Bayındır, *İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulamaları)*, İstanbul 1986, s. 33, 38; Ali Haydar, c. IV, s. 696-700.
- 57 Barkan, *Kanun-nâme*, s. 193.
- 58 Bkz.: Mecelle m. 16; Ali Haydar, c. I, s. 68-70; Coşkun Üçok, *İslam Hukukunun Temel Kurallarından "İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez", İman Ökemi Armağanı*, Ankara 1970, s. 45.
- 59 Üçok, *İçtihat*, s. 46.
- 60 Barkan, *Teşriî Sifat ve Salâhiyetler*, s. 716; Bayındır, s. 34; Barkan, *Şer'îlî Meclesi*, s. 205-206, dn. 1.
- 61 Bayındır, s. 38; Barkan, *Teşriî Sifat ve Salâhiyetler*, s. 716-717; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 73.
- 62 Mecelle, m. 1801.
- 63 Barkan, *Şer'îlî Meclesi*, s. 205-206, dn. 1.
- 64 Tarihçi Tursun Bey'in tarifine göre, "sultanın kendi yasama yetkisine dayanarak memleket nizamı için koyduğu kanunlar" demek olan örfî ile yasağ-ı padişahi eş anlamlıdır. Bkz.: Robert Anhegger / Halil İnalıcık, *Kanunname-i Sultanî Ber Müceb-i Örf-i Osmanî*, Ankara 1956, s. XV-XVII.
- 65 Anhegger/İnalıcık, s. XVI-XVII.
- 66 Ciri/Akgündüz, c. I, s. 195.
- 67 Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 76.
- 68 Ali Haydar, c. I, 128-129.
- 69 Ciri/Akgündüz, c. I, s. 196; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 77.
- 70 Veldet, *Tanzimat*, s. 25.
- 71 Akgündüz, *Kanunnameler*, c. IV, s. 296.
- 72 Fatih'in teşkilat ve Kanun-ı Osmanî olmak üzere iki; II. Bayezid, Yavuz, Kanunî ve III. Ahmed'in birer genel kanunnamesi vardır.
- 73 Barkan, *Kanun-nâme*, s. 192; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 83.
- 74 Neşet Çağatay, *İslam Hukukunun Ana Hatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları*, *Belleken*, c. 51, s. 200, Ankara 1987, s. 631; Barkan, *Teşriî Sifat ve Salâhiyetler*, s. 714.
- 75 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara 1984, s. 218 vd.; *Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi*, s. 515-516.
- 76 İnalıcık, *Örf-i Sultanî Hukuk*, s. 124.
- 77 Velidedeoğlu, *Değişme Zorunluğuna*, s. 8.
- 78 Özbilgen, s. 44-45.
- 79 Ciri/Akgündüz, c. I, s. 143-144, 163-165.
- 80 Örneğin, Barkan, *Kanun-nâme*, s. 186; Heyd, *Criminal Law*, s. 5 vd.
- 81 Aşıkpaşazade Tarihi, Ali Bey neşri, İstanbul 1332, s. 19-20; İnalıcık, *Örf-i Sultanî Hukuk*, s. 107; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 65; Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 73.
- 82 Serkoz Karakoç, *Kanun-ı Celid, Külliyyât-ı Kavânin, Dosya I*, Belge no: 6092, s. 1; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 65.
- 83 Özbilgen, s. 63.
- 84 Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 66.
- 85 Sözlükte, usul, nizam, kural anlamına gelen kanun, şeriat kuralları yanında devlet başkanının örf prensibinden yararlanarak çıkarılan emirnamelere verilen isimdir (Cl. Huart, *Kanun*, *IA*, c. VI, İstanbul 1993, s. 167-168).
- 86 Muhammed Faruk en-Nebhan, *İslam Anayasa ve İdarî Hukukunun Temel Esasları*, trc.: Servet Armağan, İstanbul 1980, s. 367; Akgündüz, c. I, s. 192.
- 87 Ömer Lütfi Barkan, *Kanun-nâme*, *IA*, c. VI, İstanbul 1993, s. 167-168; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 78; Köprülü, *Fıkıh*, s. 614.
- 88 Hıfzı Veldet, *Tanzimat*, s. 5-6.
- 89 İdarî, malî, cezai çeşitli hukuk alanlarına ait olmak üzere, padişahlara emir ve fermanları ile vaz' edilmiş kanun ve nizamın özet olarak bir araya toplamak suretiyle tertip edilene "kanunname" veya "yasakname" denmiştir. Bkz.: Haydar, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989, s. 276.
- 90 Velidedeoğlu, *Değişme Zorunluğuna*, s. 7-8.
- 91 Velidedeoğlu, *Değişme Zorunluğuna*, s. 8.
- 92 Velidedeoğlu, *Dualizm* s. 706-707; İnalıcık, *Örf-i Sultanî*, s. 112-123; Akgündüz, *Kanunnameler*, c. 1, s. 314-317; *Tanzimat*, s. 19-20.
- 93 Velidedeoğlu, *Dualizm*, s. 707.
- 94 Hıfzı Veldet, *Tanzimat*, s. 21-23; Akgündüz, *Kanunnameler*, s. 293-296.
- 95 Velidedeoğlu, *Dualizm*, s. 710.
- 96 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *İslam Ülkelerinde Kanunî Sistemler ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri*, *Fikir Armağanı*, Ankara 1973, s. 569; Velidedeoğlu, *Dualizm*, Veldet, *Tanzimat*, s. 24.
- 97 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Hukukta Tarihçilik ve Medenî Hukukta Değişme Zorunluğuna", *Ankara Barosu Staj Konferansı Dergisi Eki*, s. 7.
- 98 H. A. R. Gibb-Harold Bowen, *Islamic Society and the West*, volume One Part II, 1957, s. 85; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 85.
- 99 Bu konu hakkında bkz.: Barkan, *Kanun-nâme*, s. 190-191.
- 100 Mecelle'nin İslam hukukuna dayanan bir kanun olduğu ayrıca bkz.: Hıfzı Veldet, *Tanzimat*, s. 55-56. Mecelle hükümlerini tedvin ederek bir kanun haline koymasına ile muamelat kısmını şeklen olsun diüden ayırıp devletleyiştirilmiş ve böylece bu sahalarda gerçek anlamda laik kanunlara yol açmıştır. Bkz.: Hıfzı Veldet, *Tanzimat*, s. 55-56; *Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 561.
- 101 Mecelle Cemiyeti'nce tanzim olunan mazharada Mecelle'nin isimleriyle ilk kitabının hazırlanmasından sonra bir nüshası İslamîliğe gönderildiği ve yapılan "ibtârât" doğrultusunda Mecelle'nin "lâzime'nin" yapıldığından bahsedilmektedir (*Mecelle-i Sultanî*, İstanbul 1305, s. 8).
- 102 Çağatay, s. 631; Barkan, *Teşriî Sifat ve Salâhiyetler*, s. 714-715; *Kanun-nâme*, s. 192.
- 103 Barkan, *Teşriî Sifat ve Salâhiyetler*, s. 714-715; Barkan, 192; Heyd, *Criminal Law*, s. 172.
- 104 Barkan, *Teşriî Sifat ve Salâhiyetler*, s. 715.
- 105 Çağatay, s. 631.
- 106 *Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi*, s. 515-516. O dönemde İslam hukukundaki ünlü-emrin görevlerini, rasidî şah, arz makamı sadrazam ve yura meclisi ile divan-ı üçlü bir organ yürütür. Divan-ı hümayun unvanlı üyeleri (sonraları reisül kütüb) kanun tasarılarını hazırlar.



- 107 Örneğin, kapitülasyonlarla Osmanlı tebası olmayan gayrimüslimlerin (müste'men) şahadetlerinin kabul edilmesine Şeyhülislam Ebussuud Efendi "Nâ meşrû olan nesneye emr-i sultânî olmaz" diyerek açıkça karşı çıkmıştır. (Heyd, *Criminal Law*, c. 180, 191-192).
- 108 Akgündüz, *Kanûnâmeler*, c. 1, s. 87.
- 109 Bu konu hakkında ayrıca bkz.: Barkan, *Kanûn-nâme*, s. 190-191.
- 110 İslam hukuku ilminin adı olan fıkıh, hem ilahî hem de beşerî maslahatların ilmidir. Başka bir deyişle, dini, siyasi ve medeni hayatın bütün hususlarını en geniş oranda kapsar; hem ibadetlerde (ibadet) hem aile, miras, eşya ve akitler gibi sosyal hayat ilişkileri gereği olan bütün muamelelerde (muamelat) yapılacak veya sakınılacak yönlere dair hükümleri ihtiva eder hem de ceza hükümleri, yargılama usullerine ve devletin idaresi ve teşkilatı ile harp hukukuna ilişkin hükümleri içerir. (Goldziher, s. 601).
- 111 Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmed Akgündüz/Türk Dünyası Araştırma Heyeti, *Şer'îye Sicilleri*, c. I-II, İstanbul 1989; Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tablilleri*, 1. Kitap, İstanbul 1990.
- 112 Sözlükte tedib anlamına gelen ta'zir, hukuken, dinin yasakladığı fakat belirli bir ceza öngörmediği fiillere verilen cezadır. Şu durumda ta'zir suçları, kanun koyucu tarafından cezaları belirtilmemiş, dinen ve hukuken yapılması yasak şeylerdir. Örneği, faiz yemek, sövme ve hakaret, ölçü ve tartıda hile yapmak gibi. Ta'zir suçunun cezasını devlet başkanı belirler. Had ve kısas ve diyet ile cezalandırılmayan suçlara "Ta'zir" adı verilir (Abdulkerim Zeydan, *İslam Hukuku'na Giriş*, trc.: Ali Şafak, 2. B., İstanbul 1985, s. 601; Coşkun Üçok, Osmanlı kanun-nâmelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III, *AÜHF*, c. IV, S. 1-4, Ankara 1947, s. 48).
- 113 Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmed Akgündüz/Türk Dünyası Araştırma Heyeti, *Şer'îye Sicilleri*, c. I-II, İstanbul 1989; Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tablilleri*, 1. Kitap, İstanbul 1990.
- 114 Barkan, *Tezriî Sıfat ve Salâhiyetler*, s. 718.
- 115 Barkan, *Tezriî Sıfat ve Salâhiyetler*, s. 718-719.
- 116 Bu konu için ayrıca bkz.: Hasan Tahsin Fendoğlu, *Hukuk Taribimizde Temel Haklar*, Konya 1994, s. 103-108.
- 117 Barkan, *Kanunlar*, s. XIII-XIV, XX.
- 118 Schacht'a göre, Osmanlı devletinde, özellikle kamu hukukunda şeriate uyulmamıştır. Örfî hukuk, İslam hukukundan ayrı bir hukuktur. Osmanlı padişahları, kanunnamelerin İslam hukukuna uyduğunu belirtmişlerdir ama Fatih ve Süleyman, alternatif ceza hükümleri getirmişlerdir. Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev.: Mehmet Dağ/Abdulkadir Şener, Ankara 1977, s. 64, 69; Joseph Schacht, *Şer'iat*, IA, c. XI, İstanbul 1993, s. 432-433; Joseph Schacht, *Mahkeme*, IA, c. VII, İstanbul 1993, s. 148.
- 119 Karaman, s. 276.
- 120 Fendoğlu, s. 106; Karaman, s. 276-277.
- 121 Burada "noksanlarını" ifadesi yerine "boşluklarını" demek daha doğrudur; çünkü din bunları amme menfaati namına kasten açık bırakmış, ihtiyaca göre müslümanlar tarafından doldurulmasını istemiştir. Bkz.: Karaman, s. 277, dn. 11.
- 122 Schacht, *Mahkeme*, s. 148.

KAYNAKLAR

- Akarlı Engin, *Osmanlılarda Devlet, Toplum ve Hukuk Anlayışı, Çağdaş Kültürün Oluşumu*, İstanbul 1986.
- Akgündüz Ahmed /Türk Dünyası Araştırma Heyeti, *Şer'îye Sicilleri*, c. I-II, İstanbul 1989.
- Akgündüz Ahmed, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tablilleri*, c. I-VIII, İstanbul 1990 (Akgündüz, Kanunnameler).
- Ali Haydar, *Düerri'l-Hükkam Şerhu Mixellet-i-Abkâm*, c. I-IV, İstanbul 1330.
- Anhegger Robert/İnalçık Halil, *Kanunname-i Sultani Ber Müceb-i Örf-i Osmanî*, Ankara 1956.
- Ayıkpaşazade Tarihi*, Ali Bey Neşri, İstanbul 1332.
- Aydın M. Akif, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, ed.: Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul 1994.
- Aydın M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999 (Aydın, Hukuk Tarihi).
- Barkan Ömer Lütfi, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", *IÜHF*, c. XI, S. 3-4, İstanbul 1945 (Barkan, Şer'îliği Meselesi).
- Barkan Ömer Lütfi, *Kanûn-nâme*, IA., c. VI, İstanbul 1993 (Barkan, Kanûn-nâme).
- Barkan Ömer Lütfi, *Türkiyede Sultanların Tezriî Sıfat ve Salâhiyetleri ve Kanunnameler*, IÜHF yayını, İstanbul 1947 (Barkan, Tezriî sıfat ve Salâhiyetler).
- Barkan Ömer Lütfi, XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları, *Kanunlar*, İstanbul 1943, (Kanunlar).
- Başbakanlık Osmanlı Arşivi, *Yıldız Esas Evrakı* 14-1540.
- Bayındır Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulanması)*, İstanbul 1986.
- Cin Halil/Akgündüz Ahmet, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, c. I-II, İstanbul 1990.
- Cin Halil, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Ankara 1979.
- Çağatay Neşet, *İslam Hukukunun Ana Hatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları, Belleğin*, c. 51, s. 200, Ankara 1987.
- Düstur*, I. Tertip, c. I.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, *Hukuk Taribimizde Temel Haklar*, Konya 1994.
- Gibb H. A. R.-Bowen Harold, *Islamic Society and the West*, London, Volume One Part II, 1957.
- Goldziher I, *Fıkıh*, IA, c. IV, İstanbul 1993.
- Heyd Uriel, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", trc.: Selahattin Eroğlu, *AÜFD*, c. XXVI, s. 636 (Heyd, "Kanun ve Şeriat").
- Heyd Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973 (Heyd, Criminal Law).
- Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat. Tanzimat I*, İstanbul 1940 (Tanzimat).
- Hıart Cl., *Kanun*, IA, c. VI, İstanbul 1993.
- İnalçık Halil, "Mahkeme", IA, c. VII, İstanbul 1993 (İnalçık, Mahkeme).
- İnalçık Halil, *Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları. Siyasi İlimler ve Hukuk*, c. XIII, no: 2, 1958 (İnalçık, Örfî-Sultani Hukuk).
- Karakoç Serkez, *Kanun-ı Cedid, Külliyyât-ı Kavâim*, Dosya I, Belge no: 6092.
- Karaman Hayreddin, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989.
- Köprülü Fuat, Ortaçağ Türk Hukukî Müesseseleri, *İslam Âme Hukukundan Ayrı Bir Türk Âme Hukuku Yok mudur?, İkinci Türk Tarih Kongresi Zabıtları*, İstanbul 1943.
- Köprülü M. Fuad, *Fıkıh*, IA, c. IV, İstanbul 1993 (Köprülü, Fıkıh).
- Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye*, İstanbul 1305.
- Nebhan Muhammed Faruk en-, *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, trc.: Servet Armağan, İstanbul 1980.
- Ortaylı İber, *Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine*, Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, c. I, İstanbul 1982.
- Özbilgen Erol, *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı*, İstanbul 1985.



- Schacht Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, çev.: Mehmet Dağ/Abdulkadir Şener, Ankara 1977.
- Schacht Joseph, *Mahkeme, İA*, c. VII, İstanbul 1993, (Schacht, Mahkeme).
- Schacht Joseph, *Şer'at, İA*, c. XI, İstanbul 1993.
- Sertoğlu Midhat, *Osmanlı Tarih Lügati*, 2. B., İstanbul 1986.
- Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, *Millî Tettebular Məcəması*, c. I.
- Tursun Bey, *Tarih-i Ebu'l-Feth*, haz.: Mertol Tulum, İstanbul 1977.
- Ubcinici M.A., *Türkiye 1850*, c. I, Tercüman 1001 Temel Eser, "VI. Mektup, Adli Yönetim Hakkında".
- Uzunçarşılı İsmail Hakkı, *Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara 1984.
- Üçok Coşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülaihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. B., Ankara 1996.
- Üçok Coşkun, *İslam Hukukunun Temel Kurallarından "İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez"*, *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, (Üçok, İçtihat).
- Üçok Coşkun, *Osmanlı kanunnâmelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükmüler III*, *AÜHFD*, c. IV, S. 1-4, Ankara 1947.
- Velidedeoğlu H. V., *Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'i Hükmekten Latik Hukuka Geçiş*, *Yargıtayın 100. Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, (Velidedeoğlu, Düalizm).
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, "Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluğu", *Ankara Barosu Staj Konferansı, 6 Sayılı Baro Dergisi Eki* (Velidedeoğlu, Değişme Zorunluğu).
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, *İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri*, *Fikret Arık'a Armağan*, Ankara 1973, (Velidedeoğlu, Kanunlaştırma Hareketleri).
- Zeydan Abdulkerim, *İslam Hukuku'na Giriş*, trc.: Ali Şafak, 2. B., İstanbul 1985.