

OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI

Y.Doç.Dr. Murat ŞEN*

I. GENEL OLARAK OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI ve DÜALİZM

Kuruluş tarihi kesin olarak belli olmamakla birlikte 1299 yılı başlangıç kabul edilen Osmanlı Devletinin, 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 yapılmıştır².

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 almıştır³. Bu, İslam dininin sadece inanç ve ibadet esaslarından oluşmayıp hukuku da içine almak üzere hayatın bütün yönlerini düzenleyen bir sistem olmasından kaynaklanmaktadır⁴. Başka bir deyişle,

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Midhat Sertoğlu, Osmanlı Tarih Lûgatı, 2. B., İstanbul 1986, s. 243-244.

² M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999, s. 67; Ömer Lûtfi 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 Hukuki Müesseseleri, İslam Âmme Hukukundan Ayrı Bir Türk Âmme Hukuku Yok mudur?, İkinci Türk Tarih Kongresi Zabıtları, İstanbul 1943, s. 383; Halil İncılık, 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 berû ahkam-ı celile-i Kur'aniyye ve kavanini şer'iyeye kemaliyle riayet olduğundan..." (Düstur, I. Tertip, C. I, s. 4-7) şeklindeki ifade de Osmanlı devletinde İslam hukukunun hakim olduğunu göstermektedir.

⁴ Ömer Lûtfi Barkan, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", İÜHF, C. XI, S. 3-4, İstanbul 1945, s. 203; Barkan, Kanûn-nâme, s. 185; I Goldziher, Fıkıh, İA, C. IV, İstanbul 1993, s. 601.

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 toplanabilir⁵. Bazı yazarlara göre, Osmanlı devleti yönetim ve yargıda şer'î hükümlerin hakim olduğu, şeriate dayalı bir devlettir. Bazıları ise, Osmanlı toplumunda gayrimüslim gruplara da tolerans gösterildiğini belirterek bunun laikliğin ta kendisi demek olduğunu ileri sürer ve Osmanlı devletini laik olarak nitelerler⁶. 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 (örfî sultanî) örf ve âdetlerin hakim olduğunu, bu nedenle Osmanlı devletine şer'î devlet demenin pek kolay olmadığını belirtir⁷.

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 kanunnamelere 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 Hattı Hümayunu'na kadar devam ettiğini belirtirler⁸. 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

⁵ İlber Ortaylı, Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine, Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 498-500.

⁶ Gerçekten de Osmanlı devleti tarihte Roma İmparatorluğundan 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'îliği Meselesi, 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'î Hukuktan Laik Hukuka Geçiş, Yargıtayın 100. Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 705-710.

alanlarında şer'î hukuka aykırı kurallar konulmuş; ticaret hukuku dışındaki bazı özel hukuk alanlarında şer'î hukuk kuralları uygulanmaya devam edilmiştir. Bir tarafta şer'î hukuk, diğer tarafta laik hukuk, bir yanda şer'îye mahkemeleri diğer yanda nizamiye mahkemeleri yan yana varlıklarını sürdürme gelmişlerdir. Böylece devletin hukuki bünyesi, yarı laik yarı teokratik olduğu için bu döneme yarı teokratik devre denilmektedir⁹. 1926'da İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulü ile de, Türkiye, İslam Hukuku sisteminden büsbütün çıkarak Roma-Cermen Hukuk sistemi içine girmiştir¹⁰.

II. OSMANLI HUKUKUNUN ŞER'Î ve ÖRFÎ KARAKTERİ (YÖNÜ)

A. Şer'î Hukuk ve Örfî Hukuk Kavramları

Osmanlı hukuk mevzuatı iki kısımdan oluşmaktadır. Biri, doğrudan doğruya Kur'an, Sünnet, icma 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' 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 eder¹¹. Osmanlı hukukçuları Molla Hüsrev'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 müracaat kaynakları olan fıkıh ve fetva kitaplarından oluşmaktadır¹³.

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 gelir¹⁴. Bunların

⁹ Velidedeoğlu, DUALİZM, 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-Ebhur 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 müçtehit hukukçular tarafından ortaya konan hukuki

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 sayılmaz¹⁵. Örfî hukukun düzenlediği idare hukuku, askeri hukuk, vergi hukuku ve toprak hukuku konularında daha ziyade mahalli örf-adet 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 esaslardır¹⁶. Osmanlı padişahlarının münferit ferman ve kanunlarıyla yapılan bu düzenlemeler zaman içinde önemli bir yekuna ulaşınca, oluş biçimine bakılarak kendi içinde bir bütün olarak değerlendirilmiş ve ayrı bir isimle anılmaya başlanmıştır¹⁷.

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 verilmiştir¹⁸. İşte Osmanlı hukuku esas itibarıyla şer'î hukuk ile bu hukukun yanında zaman içerisinde oluşan örfî hukuktan ibaret olmaktadır¹⁹.

Şer'î-örfî hukuk ayırımının Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi'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.

hükümlerin tamamına adet hukuku veya örfî 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 Tahlilleri, 1. Kitap, İstanbul 1990, s. 51; Cin/Akgündüz, C. I, s. 165.

¹⁵ Özbilgen, s. 44; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 51.

¹⁶ Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, 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 Kanunnamesi, 1087'de Sadrazam Mustafa Paşa'nın emriyle zamanın nişancı olan Abdurrahman Paşa tarafından kaleme alınmış bir teşkilat kanunnamesidir ve Osmanlı devlet teşkilatına ait bütün kanun hükümlerini tek mecmua halinde tedvin etmiştir. Bkz. Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 90.

²¹ Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, Milli Tetebbular Mecmuası, C. I, s. 499-500.

B. Şer'î ve Örfî Hukukun Özellikleri

1. Şer'î Hukukun Özellikleri

Şer'î hukukun özellikleri fıkıhın özellikleri demektir. Fıkıhın 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 vardır²². 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 sahiptir²³.

Şer'î hukuk sorunları en az formalite ile çözümlenmeyi 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 mahkemelerinde 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. Örfî Hukukun Özellikleri

a. 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 Alaüddeve Bey kanunları buna örnektir²⁵.

²² Osmanlı hukuku ile İngiliz hukuku arasında iç bünye bakımından en küçük bir ilişki olmadığı halde, hukukun dış görünüşü, yeni kazüist 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, Kanunnameler, C. 1, s. 79-81; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 69.

Tarihi kaynaklarda örfî hukuk terimine ilk defa Fatih döneminde rastlanmaktadır. Bu dönemin tarihçisi Tursun Bey, şer'î hukukun yanı sıra örfî hukukun varlığından da söz etmektedir²⁶. 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 merteye olmazsa belki mücerret tavr-ı akl üzere nizâm-ı âlem-i zâhir için mesela tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izafe ederler siyâset-i sultanî ve yasâğ-ı pâdişâhî derler ki örfümüzce (urefamızca) ona örf derler.” şeklinde açıklamaktadır²⁷. Sözü edilen anlamda örfî hukuk, şer'î hukukun yanı sıra padişahın irade ve fermanlarıyla oluşan hukuktur²⁸. Buna “örfî padişâhî”, “örf-i münif-i sultanî” de denmektedir²⁹. Tursun Bey'in sözleri, Osmanlı'nın şeriat ve örfü birbirini tamamlayan gereklilikler, düzenlemeler olarak gördüğünü göstermektedir³⁰.

b. Örfî Hukukun Doğuşu

Örfî hukukun oluşumu, şer'î hukuktan farklıdır. Şer'î hukuk, İslam hukukunun ana kaynaklarına ve bu arada müçtehit hukukçuların bu kaynaklara dayanarak yapmış oldukları içtihatlarla dayanır. Örfî hukuk ise padişahların koydukları kanunlarla teşekkül etmiştir³¹. Bu açıdan örfî hukukun oluşumunda hukukçuların ilmi içtihatları etkili değildir. Ayrıca şer'î hukukun oluşma süreci içerisinde dört halife dönemi dışarıda bırakılırsa devletin bir müdahalesi veya katkısı söz konusu değil iken; örfî hukuk devletin müdahale ve katkısıyla 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 hukuki şartlarla yakın ilişkisi vardır. Osmanlı devletinin içinde bulunduğu mali, askeri ve idari şartlar devletin bu şartlara uygun hukuki düzenlemeler yapmasını gerekli kılmıştır. Tekâlif-i şer'îye denilen zekat, öşür, haraç, cizye gibi şer'î vergilerin devletin giderlerini karşılamaması üzerine çeşitli

²⁶ M. Akif Aydın, “Osmanlıda Hukuk”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, editör: 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, Kanunnameler, C. 1, 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.

isimler altında örfî vergilerin (tekâlif-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 hukuki 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 kalmamıştır³².

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 hukukunda devlet başkanına bırakılmıştır. Hangi fiillerin suç sayılacağı ve ne gibi cezalara çarptırılacağı belirli esaslar çerçevesinde devlet başkanı tarafından tespit edilir. Keza şer'î vergiler dışında yeni vergilerin konulmasında da devlet başkanının takdir yetkisi vardır. İşte Osmanlı padişahları her iki alanda kendilerine tanınan yetkiyi düzenli bir biçimde kullanmışlardır³³. Osmanlı kanunnamelerinin önemli bir bölümünün cezai ve mali düzenlemelere ayrılmış olması da bunu göstermektedir. Bunlar, padişahların irade ve fermanlarıyla oluşum şekilleri göz önüne alınarak örfî hukuk içinde değerlendirilmişlerdir³⁴. Görüldüğü üzere şer'î hukuk, daha çok özel hukuk alanında ayrıntılı düzenlemeler yapmış, devlet hukuku, kamu ve toprak hukuku gibi alanlarda ise esaslı ve detaylı kurallar getirmemiştir³⁵. 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 hükümler hakkına sahip bulunan padişaha, ülke şartlarını dikkate alarak, şer'î hukuka aykırı olmayan kurallar koyma yetkisi tanınmıştır³⁶.

Örfî hukuk, bir anda değil, uzun bir süreç içinde ihtiyaca göre yavaş yavaş oluşmuştur. Bu oluşum sırasında özellikle arazi ve vergi hukuku alanlarında

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'îliği Meselesi, s. 204.

³⁶ Barkan, Şer'îliği Meselesi, s. 205-206.

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 kaydedilmiştir³⁷. Ayrıca zaman içerisinde oluşan bu esaslar çeşitli padişahlar döneminde genel kanunlar halinde bir araya getirilmiştir. Bu şekilde tedvin edilmiş kanunname neşreden ilk İslam hükümdarının Fatih olduğu söylenmektedir³⁸. Öte yandan belirli konulardaki hukuki esaslar, Tevkii Abdurrahman Paşa, Sofyalı Ali Çavuş, Aynî Ali Efendi, Hezarfen Hüseyin Efendi gibi devlet ve hukuk adamları tarafından çeşitli isimler altında özel tedvinlere de konu olmuştur³⁹. Gerek resmi ve gerekse özel tedvinler şeklinde ortaya çıkan bu kanunnamelerin Osmanlı hukukunun düzenli uygulanmasında önemli bir rolü vardır⁴⁰. 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. Kadılar hükümlerini Hanefi mezhebindeki muteber kitaplara dayanarak vermektedirler⁴¹. Bu noktada şer'î hukuk ile örfî hukuk arasında bir paralelliğin bulunduğu söylenebilir. Ancak kanunnamelerin tamamen veya büyük çoğunlukla özel çalışmaların mahsulü olduğunu söylemek de mümkün değildir. Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni dönemlerinde resmen kanunnameler tedvin edildiği bilinmektedir. II. Bayezid ve Kanuni dönemi kanunnamelerinin resmi nüshaları günümüze kadar da gelmiştir⁴².

Padişahlar tarafından kanun konmaya ve bunların genel kanunnameler halinde toplanmasına neden ihtiyaç duyulduğuna gelince, bu konudaki esas

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 Kavânîn-i Âl-i Osmân" isimli tedvini ile Aynî Ali Efendi'nin 1609 tarihinde kaleme aldığı "Kavânîn-i Âl-i Osmân Der Hulâsâ-i Mezâmîn-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, Kanunnameler, C. 1, s. 100-101.

⁴¹ Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 69.

⁴² Heyd, Criminal Law, s. 172-174; Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", Tercüme: Selahattin Eroğlu, AÜİFD, C. XXVI, s. 636; Halil İnalçık, "Mahkeme", İA, C. VII, İstanbul 1993, s. 5.

sebebin, ehl-i örf⁴³. denilen askeri ve idari yetkililerin keyfi cezalar vermesi, dilediği gibi vergi koyması ve para cezası (cerime) toplamasına ve benzeri davranışlara engel olma, yani kanun hakimiyetini sağlama ihtiyacı olduğu söylenebilir. Bir kanunname nüshasının haşiyesinde kanunnamelerin hedefinin halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak olduğunun belirtilmesi dikkat çekicidir⁴⁴. Çeşitli kanunname metinlerinde de kadıların ve ehl-i örfün kanuna aykırı iş yapmamaları konusu ısrarla emredilmektedir⁴⁵. Ayrıca kanun hakimiyetinin sağlanması için bunların halka duyurulmasına da özen gösterilmiş ve kanunnamelerin bir suretinin belirli bir fiyat karşılığında halka intikal ittirilmesi imkanı getirilmiştir⁴⁶.

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 direnmişlerdir⁴⁷.

c. Örfî Hukukun Kapsamı (Örfî Hukukun Sınırları)

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 adetlerin, hukukî teamüllerin

⁴³ Osmanlı hukukunda kadı, müftü, müderris gibi şer'î hukukun temsilcilerine ehl-i şer'; hukuki kararları uygulayan idarecilere ise ehl-i örf denilmektedir. Bkz. Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 87.

⁴⁴ Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 635.

⁴⁵ Ömer Lütfi Barkan, XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda 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 kullandığımız sözcüklerle doğrudan bir ilgisi yoktur; geleneği Osmanlılar daha çok âdet kelimesiyle belirtmişlerdir. Örf, padişahın şeriat dışı alanda aklına dayanarak İslam yararına koyduğu kurallar anlamına gelirdi. Bazen belli bölgelerde eski "âdetleri" padişah örfî yetkisine dayanarak hukuk kuralı ilan edebilirdi ki, bu biçimde bugünkü örf sözcüğü, eskiden beri yaşayan kuralların hukukça tanınması anlamına gelmiştir. Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 8. B., Ankara 1996, s. 186.

dikkate alındığı olmuştur. Osmanlılar fethettikleri ülkelerin hukuki yapılarını birden bire değiştirip yerleşik halkı tamamen yabancı oldukları bir hukuk sistemiyle baş başa bırakmak yerine, mevcut hukuki örf ve adetleri belli süre içinde yürürlükte bırakıp zaman içerisinde Osmanlı hukukuyla bütünleştirmeyi hukuk realitesi açısından daha elverişli görmüşlerdir⁴⁹. Ancak bütün bu hukuki esasları mahkemelerde mecburen uygulanan normlar haline getiren, bunların örf ve adete dayanmış olmaları değil, padişahların irade ve fermanlarına dayanmalarındır⁵⁰. O halde örfî hukuk bir kanun hukukudur⁵¹.

Devlet başkanı veya ehli örf denilen yüksek otorite, şer'î hükümleri uygulama amacıyla bir kanun şeklinde tanzim edebilir. Mevcut içtihadi 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 hukuki düzenlemelerde bulunabilir. Devlet başkanının bu faaliyetleri sonucu ortaya çıkan, bir kısmı şer'î, bir kısmı içtihadi, bir kısmı da tanzimi tasarruflardan oluşan hukuki kuralların tamamına örfî hukuk denir⁵².

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 faaliyetidir. Tedvin faaliyeti, şer'î hükümleri hiç değiştirmeden yapılabileceği gibi⁵³, özüne dokunmadan kısmen değiştirilerek de yapılabilir⁵⁴.

⁴⁹ Barkan, Kanûn-nâme, s. 194; İncalcık, Örfî- Sultanî Hukuk, s. 103.

⁵⁰ İncalcık, Örfî- Sultanî Hukuk, s. 103; Barkan, Kanûn-nâme, s. 186, 190; Ömer Lûtfi Barkan, Türkiyede Sultanların Teşriî Sıfat ve Salâhiyetleri ve Kanunnameler, İÜHF yayını, İstanbul 1947, s. 718.

⁵¹ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 68.

⁵² Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 64.

⁵³ 1670 tarihli Kandiye Kanunu ve 1704 tarihli Hanya Kanunu, fıkıh kitaplarının Kitabül-Cihad bölümlerinin Babül-Cizye vel-Harac konularında yer alan harac ve cizye ile alakalı şer'î hükümlerin kanun haline getirilişinden ibarettir. Tanzimattan sonra hazırlanan Mecelle, Hanefi fıkıh kitaplarının "muamelat" hükümlerinin ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise, Kitabü'n-Nikah ve Kitabü't-Talak'da incelenen şer'î hükümlerinin tedvininden ibarettir. Bkz. Cin/Akgündüz, C. I, 193; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 66.

⁵⁴ Şer'î hükümlerin özüne dokunulmadan kısmen değiştirilmesi, Osmanlı kanunnâmelerinin yarıya yakınına oluşturmaktadır. Örneğin, miri arazi aslında haracî 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

bb. İctihadi konularda Mevcut İctihatlardan Birinin Tercih Edilmesi

Osmanlı devletinde Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerine bağlı vatandaşlar olmakla beraber halkın çoğu Hanefi mezhebine mensuptu. Bu yüzden hakimler, Hanefi mezhebine göre hüküm vermekle görevlendiriliyorlardı⁵⁵. Padişahın emriyle bir konuda diğer üç mezhepten birinin veya herhangi bir müçtehidin görüşünün yürürlüğe konduğu da olmuştur⁵⁶. 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 müçtehidin görüşü “maslahat-ı nâsa evfak” ise onu emredebilir⁵⁷.

Bilindiği gibi, içtihadi görüşlerin Kur’an ve Sünnet normları gibi bağlayıcılıkları yoktur. Bir içtihad, diğer içtihadi nakzedemediğinden biri diğerinden daha kuvvetli değildir⁵⁸. İctihatla içtihat nakz edilemez olduğu ve fetvalarla tercih edilen içtihatların da bağlayıcı olmamasından ötürü İslam hukukunu tedvin etmek de imkansızlaşmıştır⁵⁹. Bu durum hukuki hayatta istikrarı zedeleyeceğinden dolayı, İslam hukukunda devlet başkanına içtihadi görüşlerden birini tercih yetkisi verilmiştir⁶⁰. Bunu, eğer yeterli ise kendisi, değilse ilmüne güvenilen hukukçular (şeyhülislam veya kadılar) yapar. Böylece, tercih edilen içtihadi görüşlerin de bağlayıcı bir kanun olabilmesi için, konusu

harac-ı mukasemedir, çift akçesi ise harac-ı muvazzaftır. Bunların nisbet ve miktarları tamamen fıkıh kitaplarındaki şekliyle tanzim edilmiştir. Bu durumda Osmanlı kanunnâmelerindeki 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 yasama yetkisi sonucu meydana getirilen mevzuat için, her maddesini şeyhülislama onaylatmak zorunda değildir. Zira bu tür mevzuat her müslümanı bağlayan şer’î hükümler grubundandır. Bkz. Barkan, Kanunlar, 296 vd.; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 67.

⁵⁵ Ali Haydar, Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam, C. IV, İstanbul 1330, s. 696.

⁵⁶ Abdülaziz Bayındır, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 33, 38; Ali Haydar, C. IV, s. 696-700.

⁵⁷ Barkan, Kanûn-nâme, s. 193.

⁵⁸ Bkz. Mecelle m. 16; Ali Haydar, C. I, s. 68-70; Coşkun Üçok, İslam Hukukunun Temel Kurallarından “İctihatla İctihat Nakz Edilmez”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 45.

⁵⁹ Üçok, İctihat, s. 46.

⁶⁰ Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 716; Bayındır, s. 34; Barkan, Şer’îliği Meselesi, s. 205-206, dn. 1.

suç teşkil etmemeli ve Şeriata aykırı olmamalıdır⁶¹. Artık buna aykırı hüküm verilemez, verilirse geçersiz olur⁶².

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 koymas**ıdır. İslam hukukuna göre, "caizde ülül-emrin hakk-ı tasarrufu vardır; Şeriatin menetmediği şeyleri men edebilir"⁶³. Devlet başkanının caiz olan yani yapılması veya yapılmaması serbest olan hukuki meselelerde emretme veya yasaklama şeklinde kanun koyma yetkisi vardır. Osmanlı hukukunda sultanların bu yetkilerini yasakname⁶⁴ adıyla hukuki 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 etmektedir⁶⁵. 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 edilmes**idir. Fatih, II. Bayezid, I. Selim ve I. Süleyman'a ait Umumi Osmanlı kanunnâmelerinin birinci babını oluşturan cezai hükümler, hususi kanunnamelerdeki münferid ve istisnai ceza hükümleri bu yetki kullanılarak tesbit olunmuştur⁶⁶. 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 techizi, eğitim hizmetlerinin yürütülmesi ve sosyal güvenlik kurumlarının ihyası amacıyla tahsil olunan gümrük, cizye gibi şer'î vergilerle bazı örfî vergilerin tanzimi türünden

⁶¹ Bayındır, s. 38; Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 716-717; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 73.

⁶² Mecelle m. 1801.

⁶³ Barkan, Şer'îliği Meselesi, s. 205-206, dn. 1.

⁶⁴ Tarihçi Tursun Bey'in tarifine göre, "sultanın kendi yasama yetkisine dayanarak memleket nizamı için koyduğu kanunlar" demek olan örf ile yasağ-ı padişahi eş anlamlıdır. Bkz. Robert Anhegger / Halil İnalçık, Kanunnâme-i Sultanî Ber Mûceb-i Örf-i Osmanî, Ankara 1956, s. XV-XVII.

⁶⁵ Anhegger / İnalçık, s. XVI-XVII.

⁶⁶ Cin/Akgündüz, C. I, s. 195.

olan mali düzenlemeler; kapıkulu ve eyalet askerleri gibi askeri düzenlemeler hep bu kapsam dahilinde yapılmaktadır⁶⁷. Devlet başkanının bu tür tasarrufları maslahat şartına bağlıdır. Mecelle m. 58, bu hususu “Raiyye yani teb’a üzerine tasarruf, maslahata menuttur” şeklinde formüle etmiştir. Buradaki tasarruf sözcüğü, kamu hizmetlerini yürüten idari, adli ve askeri şahısların her çeşit hukuki tasarruflarını kapsamaktadır⁶⁸. Son olarak ise, devlet başkanı **miri arazi ve tımar nizamı ile ilgili kurallar koyabilir**. İslam hukukunda devlet başkanına tanınan yasama yetkilerinden biri de, savaş yoluyla fethedilen toprakların hukuki rejimini ve tasarruf şeklini belirlemesidir. 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 edebilir⁶⁹.

d. Kanunnamelerin Hazırlanma Prosedürü

Belirtmek gerekir ki, kanunnameler 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 görülmektedir⁷⁰. Örneğin, “Eğer bir kimesne zina eder görülse, şer’an üzerine sabit olsa, lakin ala vech’iş-şer recm kılmalı olmasa, eğer evlü olup bay olup bin akçe ve dahi ziyadeye malik olsa, dört yüz akçe cerime alın; mutavassıt’ul-hal olsa veya fakir olsa, elli akçe alına.”⁷¹.

Kanunnameler genel veya özel olmak üzere iki türdür. **Genel kanunnameler**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 reayayı bağlar hale gelir⁷³. Görüldüğü üzere, uzmanları tarafından hazırlanan kanun teklifleri ancak padişahın huzurunda okunduktan ve onayını aldıktan sonra, kanun hükmünü

⁶⁷ Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 76.

⁶⁸ Ali Haydar, C. I, 128-129.

⁶⁹ Cin/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, Kanuni ve III. Ahmed’in birer genel kanunnamesi vardır.

⁷³ Barkan, Kanûn-nâme, s. 192; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 83.

alabilmektedir⁷⁴. **Hususi Kanunnamelerin** hazırlanışında ise bazı farklılıklar vardır. Bu tarz kanunların çoğunluğunu teşkil eden sancak kanunnamelerinin aslı, Kanun-ı Osmani denilen genel kanunnamelerdir. İlgili bölgenin tahririni yapan defter eminleri ve vilayet katipleri, tahrir işlemi bitirdikten sonra, mufassal defterin başına o sancaktaki hususi örf ve adet kurallarını, şer'î ve örfî vergilerin oran ve miktarlarını da dikkate alarak, Kanun-ı Osmanî'yi o bölgeye adapte etmişlerdir. Pek çok kanunnamenin başındaki "ber muceb-i Kanun-ı Osmanî" ifadesi de bunun yeni vaz'edilmediğini, Kanun-ı Osmanî'nin o yerin sosyal ve iktisadi şartlarına uydurulduğunu belirtmektedir. Bu tür sancak kanunnameleri de mufassal defterin başına kaydedilmiştir. Sadrazamın arzı sonucu padişah tarafından tasdik edilmiş ve nişancı da tuğrayı çekmiştir. Böylelikle defterin muhtevası ve kanunname kesinleşmiştir⁷⁵. **Ferman, berat ve yasakname** şeklindeki kanun benzerlerinin hazırlanışı da aynı şekildedir. Ferman-kanunlar, çok defa yalnız bir zümreyi ilgilendiren bir nevi idari emirler mahiyetindedir⁷⁶.

e. Örfî Hukukun Şer'î Hukuka Uygunluğu

Örfî hukukun yazılı kaynağı olan kanunnamelerde dikkati çeken önemli bir husus, bunların geleneksel hukuka geniş bir uygulama alanı tanımış olmasına rağmen, bu uygulamanın ancak şer'î bir hukuk kuralı bulunmayan durumlarda mümkün olabilmesi halidir. Şer'î hukuk, kendisine karşı bir geleneğin bir örfî hukukun oluşumuna izin vermez⁷⁷. Örfî hukuk, şer'î esasların dışına çıkmayacağı için⁷⁸, şer'î hukukun dışında bir hukuk düzeni olarak kabul edilmez⁷⁹. Ancak, örfî hukukun yazılı kaynağı olan ve idari-hukuki mevzuatın önemli bir kısmını teşkil eden kanunnamelerin, şer'î hukukun dışında, laik bir anlayış ve yaklaşım sonucunda vaz'edildiğini kabul edenler de vardır⁸⁰.

Osmanlı padişahlarının, şer'î hukukun ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda kanun koyarken de bu hukukun

⁷⁴ Neşet Çağatay, İslam Hukukunun Ana Hatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları, Belleten, C. 51, s. 200, Ankara 1987, s. 631; Barkan, Teşriî Sıfat 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 İnalçık, Örfî- Sultanî Hukuk, s. 124.

⁷⁷ Velidedeoğlu, Değişme Zorunluğu, s. 8.

⁷⁸ Özbilgen, s. 44-45.

⁷⁹ Cin/ Akgündüz, C. I, s. 143-144, 163-165.

⁸⁰ Örneğin, Barkan, Kanûn-nâme, s. 186; Heyd, Criminal Law, s. 5 vd.

genel prensiplerine ters düşmemeye özen gösterdikleri görülmektedir. İlk örfî vergi olan Pazar vergisinin (bâc) konması sırasında Osman Gazi'nin Allah'ın emri değil diye böyle bir vergiye karşı çıktığı, ancak şer'î esaslara aykırı olmadığını anladıktan sonra bunu kabul ettiğini tarihi kaynaklar belirtmektedir⁸¹.

Osmanlı devletinde örfî hukukun hükümleri tedvin edilirken, devletin hakim hukuk nizamı olan İslam hukuku ile çatışmamasına özen gösterilmiştir. Hatta bazı kanunnamelerin başında "kanunname-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 görülmesi emri de, Osmanlı devletinde şer'î ve örfî hukukun birbiriyle çatışan değil, birbirini tamamlayan iki hukuk mevzuatı olarak kabul edildiğini göstermektedir. İlke olarak Osmanlı devletinde her türlü hukuki olgu, şer'î hukuk ile çatışırsa, şeriat hükümlerine uyulması esastır⁸³. 1546 tarihli bir fermanında yer alan "şer-i kavime muhalif ve kanun-ı kadime muğayir kimesneye iş etdirmeyesin" ifadesi de çoğu fermanlarda görülen bir ibaredir⁸⁴.

Osmanlı hukukundaki kullanılışıyla, örfî hukuk tabiri, padişah tarafından tedvin sonucu ortaya çıkan hukuki düzenlemeleri ifade eder. Örfî hukuk adı verilen bu düzenlemelere "kanun"⁸⁵ adının verilmesi, 13. asırdan önceki tarihlere rastlar⁸⁶. Bununla eş anlama gelmek üzere, "örf", "yasa", "yasak", "kanunname", "yasakname", "siyaset", "kavânin-i siyaset", siyaset-i şer'îye ifadeleri kullanılmıştır⁸⁷.

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

⁸¹ Aşıkpaşazade Tarihi, Ali Bey neşri, İstanbul 1332, s. 19-20; İnalçık, Örfî- Sultanî Hukuk, s. 107; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 65; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 73.

⁸² Serkez Karakoç, Kanun-ı Cedid, 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 kurallarının yanında devlet başkanının örf prensibinden yararlanarak oluşturduğu emirnamelere verilen isimdir (Cl. Huart, Kanun, İA, C. VI, İstanbul 1993, s. 167-168).

⁸⁶ Muhammed Faruk en-Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Terc. Servet Armağan, İstanbul 1980, s. 367; Cin/Akgündüz, C. I, s. 192.

⁸⁷ Ömer Lûtfi Barkan, Kanûn-nâme, İA. C. VI, İstanbul 1993, s. 185; Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 78; Köprülü, Fıkıh, s. 614-615.

kanun adı verilir⁸⁸. 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 kanunname adı verilir⁸⁹. Bu açıdan kanunnameler, 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 Kanuni Sultan Süleyman'ın Kanunnamesindedir: "Öründe yani mera yerlerinde tayin-i hudut 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 kanunnameler içinde toplanmış bir gelenek hukuku sistemi de bulunmaktadır⁹⁰. Bu gelenek hukuku, yalnız halk geleneklerine özgü kalmamış, mahkeme içtihatlarını ve fetvaları da kapsamıştır. Kanunnamelerde eskiden verilmiş fetvaların türlü örneklerine rastlanır. Böylece bu kanunnamelerde, şer'î hukukun uygulanması ve yorumu ile geleneksel hukuku yanyana, elele, hatta kimi zaman içiçe ve kaynaşmış olarak görülmektedir⁹¹.

Osmanlı Kanunnamelerinin şer'î hukuka aykırı olup olmadığını tespit için örnek olarak bazılarını incelemekte yarar vardır. Osmanlı devletinde tedvin edilmiş olan kanunnamelerin en önemlileri, Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni Sultan Süleyman'a ait kanunnamelerdir. Daha ziyade idari bir niteliğe sahip olan Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi (Kanunname-i Âl-i Osman), münhasıran Fatih tarafından konulmuş olan kuralları ihtiva etmeyip, eskiden beri mevcut hükümleri derleyip toparlamaktadır. Üç bap üzerine tanzim edilen kanunname, 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

⁸⁸ Hıfzı Veldet, Tanzimat, s. 5-6.

⁸⁹ İdari, mali, cezai çeşitli hukuk alanlarına ait olmak üzere, vaktiyle padişahların emir ve fermanları ile vaz'edilmiş kanun ve nizamları aynen veya özet olarak bir araya toplamak suretiyle tertip edilen mecmualara "kanunname" veya "yasakname" denmiştir. Bkz. Hayreddin Karaman, İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 1989, s. 276.

⁹⁰ Velidedeoğlu, Değişme Zorunluğu, s. 7-8.

⁹¹ Velidedeoğlu, Değişme Zorunluğu, s. 8.

sayılabilecek bir idari kanun⁹² olan kanunnamede dini hukuk hükümlerine aykırı herhangi bir kurala rastlanmaz⁹³.

Kanuni Sultan Süleyman devrinde tedvin olunan kanunname ise Fatih'in kanunnamesi gibi idari alana özgü olmayıp, idari, hukuki, mali ve cezai alanları usul hukuku alanını kapsamakta ve böylece daha geniş bir hukuk sahasını kanunlaştırmaktadır. O devre göre ileri ve oldukça sistemli olan kanunname de yeniden tanzim edilmiş olmayıp, mevcut nizamların derlenip toparlanmasından ve eksiklerin tamamlanmasından ibarettir⁹⁴.

Görüldüğü üzere, gerek Fatih gerekse Süleyman Kanunnameleri, şer'î hukuk hükümlerini tamamlayan ve onun yanında yürürlükte olan teamüli kuralları düzenlemektedir. Kaldı ki, kanunnamelerde şer'î hukukun yanı başında olan ve onu tamamlayan örf kurallarına yer verilmekte ve bunların şer'î hukuka dayandığı kabul edilmektedir⁹⁵. Kanunnamelerin başındaki, "...Kanunname-i Sultanîdir ki şer'i şerife muvafakati mukarrer olup halen muteber olan kavanin ve mesailendir" ibaresi de bunu açıkça göstermektedir⁹⁶. Her kanunnamenin başında yer alan "şer'i şerife mutabakati tasdik kılınıp..." ibaresi de, kanunnamelerin derlenip yazıldıktan sonra Şeyhülislamın ya da din adamlarından oluşan bir kurulun incelemesine sunulup, içindeki kuralların şer'î hukuka aykırı olmadığı konusunda onay alındığını göstermektedir⁹⁷. Kanunnamelerin şer'î hukuka uygunluğu şeyhülislam tarafından kontrol edilmektedir⁹⁸. Ancak bir kısım araştırmacılar bunu reddetmektedirler⁹⁹. Osmanlı devletinin son dönemlerinde hazırlanmış olmasına rağmen Arazi Kanunnamesi padişahın iradesine iktiran etmeden önce incelenmek üzere

⁹² Velidedeoğlu, Düalizm s. 706-707; İnalçık, Örfî- Sultanî Hukuk, s. 112-123; Akgündüz, Kanunnameler, C. I, s. 314-317; Hıfzı Veldet, Tanzimat, s. 19-20.

⁹³ Velidedeoğlu, Düalizm, s. 707.

⁹⁴ Hıfzı Veldet, Tanzimat, s. 21-23; Akgündüz, Kanunnameler, C. IV, s. 293-296.

⁹⁵ Velidedeoğlu, Düalizm, s. 710.

⁹⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri, Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973, s. 569; Velidedeoğlu, Düalizm, s. 710; Hıfzı Veldet, Tanzimat, s. 24.

⁹⁷ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluğu", Ankara Barosu Staj Konferansı, 6 Sayılı Baro Dergisi Eki, s. 7.

⁹⁸ H.A.R. Gibb-Harold Bowen, Islamic Society and the West, London Volume One Part II, 1957, s. 85; Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, s. 186-187.

⁹⁹ Bu konu hakkında bkz. Barkan, Kanûn-nâme, s. 190-191.

şeyhülislamlığa gönderilmiş; aynı uygulama Mecelle¹⁰⁰ için de söz konusu olmuştur¹⁰¹.

Osmanlı devletinde örfî kanunların hazırlanmasında, devletin en üst kademelerinde yıllarca tecrübe kazanmış devlet adamlarından oluşan **dîvân-ı hümâyun**un ve özellikle örfî hukuktan sorumlu bulunan **nişancı**ların önemli rolleri vardır. Divanda yapılan görüşmeler ve nişancıların faaliyetleri sonucu şekillenen hukuki esaslar, padişahların tasdikleriyle kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir¹⁰². 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 gerekmektedir¹⁰³. Bununla beraber, şunu da göz önünde bulundurmak gerekir ki, Osmanlı padişahlarının kendinden önceki padişah zamanındaki mevcut kanunnameleri 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 konusudur¹⁰⁴. Osmanlılarda kanunname çıkarma, padişahın kişisel bir hakkıdır. Bir padişah tahta geçtiğinde, kendinden önceki hükümdarın emir, ferman ve kanunnamelerini isterse tasdik eder, istemezse onları kaldırır, değiştirir veya yenilerini çıkarır¹⁰⁵.

Örfî hukuk normlarının konmasında önemli rolleri bulunan ve bu sebeple kendilerine “müfti-i kanun” denilen **nişancı**ların¹⁰⁶ medrese kökenli olan ve

¹⁰⁰ Mecelle’nin İslam hukukuna dayanan bir kanun olduğu konusunda ayrıca bkz. Hıfzı Veldet, Tanzimat, s. 55-56. Mecelle’nin, fıkıh hükümlerini tedvin ederek bir kanun haline koyması ile adeta fıkıhın muamelat kısmını şeklen olsun dinden ayırıp devletleştirmiş ve laikleştirmiş ve böylece bu sahalarda gerçek anlamda laik kanunlar konulmasına yol açmıştır. Bkz. Hıfzı Veldet, Tanzimat, s. 59; Velidedeoğlu, Kanunlaştırma Hareketleri, s. 561.

¹⁰¹ Mecelle Cemiyeti’nce tanzim olunan mazbatada Mecelle’nin mukaddimesiyle ilk kitabının hazırlanmasından sonra bir nüshasının şeyhülislamlığa gönderildiği ve yapılan “ihtârât” doğrultusunda “ta’dilât-ı lâzime’nin” yapıldığından bahsedilmektedir. (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul 1305, s. 8).

¹⁰² Çağatay, s. 631; Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 714; Barkan, Kanûn-nâme, s. 192.

¹⁰³ Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 714-715; Barkan, Kanûn-nâme, s. 192; Heyd, Criminal Law, s. 172.

¹⁰⁴ Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 715.

¹⁰⁵ Çağatay, s. 631.

¹⁰⁶ Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, s. 515-516. Osmanlı devletinde İslam hukukundaki ülül-emrin görevlerini, tasdik makamı padişah, arz makamı sadrazam ve şura meclisi de divan-ı hümâyun olan üçlü bir organ yürütür. Divan-ı hümâyun’un tabii üyesi olan nişancı (sonraları reisül küttab) kanun tasarılarını hazırlamakla görevlidir.

İslam hukuku öğrenimi görmüş bulunan ulemadan 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 şeyhülislamın padişahların şer'î hukuka aykırı kanun ve uygulamalarına zaman zaman karşı çıktıkları olmuştur¹⁰⁷. 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 oynamıştır¹⁰⁸.

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 bulunduğu 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 verilmiştir¹⁰⁹.

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

¹⁰⁷ Örneğin, kapitülasyonlarla Osmanlı tebası olmayan gayrimüslimlerin (müste'men) şahadetlerinin kabul edilmesine Şeyhülislam Ebussuud Efendi "Nâ meşrû olan nesneye emri-i sultânî olmaz" diyerek açıkça karşı çıkmıştır. (Heyd, Criminal Law, s. 180, 191-192).

¹⁰⁸ Akgündüz, Kanunnameler, C. 1, s. 87.

¹⁰⁹ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Barkan, Kanûn-nâme, s. 190-191.

¹¹⁰ İslam hukuku ilminin adı olan fıkıh, hem ilahi hem de beşeri maslahatların ilmidir. Başka bir deyişle, dini, siyasi ve medeni hayatın bütün hususlarını en geniş oranda kapsar; hem ibadetlerde (ibadat) hem aile, miras, eşya ve akitler gibi sosyal hayat ilişkileri gereği olan bütün muamelelerde (muamelat) yapılacak veya sakınılacak yönlerde dair hükümleri ihtiva

hükümlerdir¹¹¹. 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 kanunnamelerde yer alan hükümler uygulama alanı bulmuştur¹¹³.

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 olmuştur¹¹⁴. Zaman içerisinde ve ihtiyaç duyuldukça bu alanlarda da örfî düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, nikahların mahkemelerce veya kadıların verdiği izinle din adamlarınca kısılanması aile hukuku alanında, icareteynli ve mukataalı vakıfların tasarruf ve intikaliyle ilgili düzenlemeler vakıf hukuku alanında, miri arazinin devletin mülkiyetinde olan topraklar olmasından yararlanılarak mutasarrıfların mirasçılarına 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 bulunmakta 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

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 Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 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, Terc. Ali Şafak, 2. B., İstanbul 1985, s. 601; Coşkun Üçok, Osmanlı kanunnâmelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III, AÜHFD, 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 Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 1. Kitap, İstanbul 1990.

¹¹⁴ Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 718.

devletlerinden tevarüs ettikleri geleneğin, diğer taraftan Emevi, Abbasi, Selçuklu ve Memluktardan 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 muvaffak 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 edilmiştir¹¹⁵.

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 kanunnamelerle ortaya çıkan hukuktur. Osmanlı devletinde 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 nazariyle 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 (içi boş) yasama yetkisinin kullanılmasından ibarettir"¹¹⁶. İlk görüş sahiplerine göre, Osmanlı padişahları, şer'î hukuktan tamamen ayrı, bağımsız bir milli hukuk meydana getirmişlerdir ki, bu da örfî hukuktur¹¹⁷. 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 aykırıdır¹¹⁸. Diğer görüşe göre ise, padişahların çıkardığı kanunlarının

¹¹⁵ Barkan, Teşriî Sıfat ve Salâhiyetler, s. 718-719.

¹¹⁶ Bu konu için ayrıca bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, Hukuk Tarihinde 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,

meşruiyet ve muteberliği, devrin egemenlik anlayışı ile şer'î hukukun yöneticilere verdiği yetkiden doğmaktadır¹¹⁹. Bu açıdan kanunnameler, 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 uygundur¹²⁰. 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 hanel vermeme şartıyla dini hukukun noksanlarını¹²¹ doldurmaya çalışan formel kanunlar”dır¹²².

Ankara 1977, s. 64, 69; Joseph Schacht, Şer'at, İA, C. XI, İstanbul 1993, s. 432-433; Joseph Schacht, Mahkeme, İA, 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.

FAYDALANILAN 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 Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. I-VIII, İstanbul 1990 (Akgündüz, Kanunnameler).

Ali Haydar, Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, C. I-IV, İstanbul 1330.

Anhegger Robert / İnalçık Halil, Kanunnâme-i Sultanî Ber Mûceb-i Örf-i Osmanî, Ankara 1956.

Aşıkpaşazade Tarihi, Ali Bey neşri, İstanbul 1332.

Aydın M. Akif, "Osmanlıda Hukuk", Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, editör: Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul 1994.

Aydın M. Âkif, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 1999 (Aydın, Hukuk Tarihi).

Barkan Ömer Lûtfi, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", İÜHF, C. XI, S. 3-4, İstanbul 1945 (Barkan, Şer'îliği Meselesi).

Barkan Ömer Lûtfi, Kanûn-nâme, İA. C. VI, İstanbul 1993 (Barkan, Kanûn-nâme).

Barkan Ömer Lûtfi, Türkiyede Sultanların Teşriî Sıfat ve Salâhiyetleri ve Kanunnameler, İÜHF yayını, İstanbul 1947 (Barkan, Teşriî sıfat ve Salâhiyetler).

Barkan Ömer Lûtfi, XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Kanunlar, İstanbul 1943 (Kanunlar).

Başbakanlık Osmanlı Arşivi, Yıldız Esas Evrakı-14-1540.

Bayındır Abdülaziz, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), 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, Belleten, C. 51, s. 200, Ankara 1987.

Düstur, I. Tertip, C. I.

Fendoğlu Hasan Tahsin, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya 1994.

Gibb H.A.R. - Bowen Harold, Islamic Society and the West, London Volume One Part II, 1957.

Goldziher I, Fıkıh, İA, C. IV, İstanbul 1993.

Heyd Uriel, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", Tercüme: Selahattin Eroğlu, AÜİFD, 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).

Huart Cl., Kanun, İA, C. VI, İstanbul 1993.

İnalcık Halil, "Mahkeme", İA, C. VII, İstanbul 1993. (İnalcık, Mahkeme).

İnalcık Halil, Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî- Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları, Siyasi İlimler ve Hukuk, C. XIII, No:2, 1958 (İnalcık, Örfî- Sultanî Hukuk).

Karakoç Serkiz, Kanun-ı Cedid, Külliyyât-ı Kavânin, Dosya I, Belge No: 6092.

Karaman Hayreddin, İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 1989.

Köprülü Fuat, Ortaçağ Türk Hukuki Müesseseleri, İslam Âmme Hukukundan Ayrı Bir Türk Âmme Hukuku Yok mudur?, İkinci Türk Tarih Kongresi Zabıtları, İstanbul 1943.

Köprülü M. Fuad, Fıkıh, İA, C. IV, İstanbul 1993 (Köprülü, Fıkıh).

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul 1305.

Nebhan Muhammed Faruk en-, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Terc. Servet Armağan, İstanbul 1980.

Ortaylı İlber, 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 Lûgati, 2. B., İstanbul 1986.

Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, Milli Tetebbular Mecmuası, C. I.

Tursun Bey, Tarih-i Ebu'l-Feth, Hazırlayan Mertol Tulum, İstanbul 1977.

Ubicini M.A., Türkiye 1850, C. I, Tercüman 1001 Temel Eser, "VI. Mektup, Adlî Yönetim Hakkında".

Uzunçarşılı İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984.

Üçok Coşkun / Mumcu Ahmet / Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 8. B., Ankara 1996.

Üçok Coşkun, İslam Hukukunun Temel Kurallarından "İçtihatla İctihat Nakz Edilmez", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970 (Üçok, İctihat).

Üçok Coşkun, Osmanlı kanunnâmelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III, AÜHFD, C. IV, S. 1-4, Ankara 1947.

Velidedeoğlu H.V., Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'î Hukuktan Laik 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, Terc. Ali şafak, 2. B., İstanbul 1985.