

KLASİK DÖNEM
OSMANLI HUKUK SİSTEMİNİN
GENEL YAPISI

Yüksek Lisans Tezi

Kâmil Kısa

Eskişehir, 2019

KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUK SİSTEMİNİN GENEL YAPISI

Kâmil Kısa

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Esra YAKUT

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Ocak, 2019

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Kamil KİSA'nın "Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Sisteminin Genel Yapısı" başlıklı tezi **04 Ocak 2019** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Doç.Dr.Esra YAKUT

Üye : Doç.Dr.Doğan GÖKBEL

Üye : Dr.Öğr.Üyesi Mustafa ÜNLÜTEPE

Prof.Dr.Metin ÇOŞKUN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

ÖZET

KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUK SİSTEMİNİN GENEL YAPISI

Kâmil Kısa

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak, 2018

Danışman: Doç. Dr. Esra YAKUT

Bir İslam Devletindeki her türlü eylem ve işlem, şer'i hukuka uygun olmak zorundadır. Bu kural, İslam Hukuku'nun en temel ilkeleri arasında yer alır. Osmanlı Hukuk sisteminin ikili yapısına da bu İslam Hukuku ilkesinin Osmanlı'da bıraktığı etki açısından yaklaşmak gerekir. İlgili bakış açısı sonucunda anlaşılabacaktır ki; bir işlemin halkın gözünde meşru olabilmesi için o işlemin şer'i hukuka uygun olması şarttır. Osmanlı devlet başkanı da İslam Hukuku'nun bu temel ilkesinden etkilenir. Nitekim padişah, yaptığı eylem ve işlemler ile şer'i hukuk arasında en azından şekli bir bağ kurmak için gayret etmektedir. Padişahın bünyesinde mevcut bulunan bu şekli bağ kurma kaygısı ise şeriata esas yönden ağır aykırılık teşkil eden işlemler yapmaktan kaçınması sonucunu doğurur. Nitekim esasa yönelik ağır ihlal, şekli bağı koparacak ve ilgili işlemin halkın gözündeki meşruluğunu ortadan kaldıracaktır. Meşruluğun ortadan kalkmaması için şer'i hukukun en azından şekli bağ kurulacak derecede dikkate alınması gerekir. Bu durumda örfi hukukun, şer'i hukuktan tamamen bağımsız olduğu söylenemez. Elbette ki varılan bu sonuç, Osmanlı Hukuk teorisi ile sınırlıdır. Uygulamada görülen esasa yönelik aykırılıklar ise denetim mekanizmasının eksikliği nedeniyle meydana gelmiştir. Nitekim bilindiği üzere hukuk sistemlerinde denetleyicilerin bağımsız olması, söz konusu denetimin etkinliği için ön koşuldur. Osmanlı Hukuk sisteminde ise güçler birliğinin bulunması ve denetleyici makamlardaki görevlilerin mesleki güvenceye sahip olmaması, bağımsızlığı engellemekte ve bu nedenle de ilgili denetimi etkisizleştirmektedir.

Anahtar sözcükler: Hukuki denetim, padişah, şeyhülislam, kazasker, kadı

ABSTRACT

GENERAL STRUCTURE OF THE OTTOMAN LAW SYSTEM IN CLASSICAL PERIOD

Kâmil K1sa

DEPARTMENT of PUBLIC LAW

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, January 2018.

Supervisor: Assoc. Prof. Esra YAKUT

Any act and action in an Islamic State must comply with the law. This rule is the most fundamental principles of Islamic law. The dual structure of the Ottoman legal system should be approached in terms of the effect of this Islamic Law principle in the Ottoman Empire. It will be understood from the related perspective. If a transaction to be legitimate in the eyes of the public, it must be in compliance with the law. The Ottoman president is also influenced by this fundamental principle of Islamic Law, thus the sultan strives to establish a connection between his actions and actions and that of the law. The fear of linking this form, which is present in the structure of the Sultan, results in the fact that he avoids doing transactions that constitute severe contradiction to the Sharia. In fact the severe violation of the merits will break the form and eliminate the legitimacy of the process in the public eye. In order to ensure that the legitimacy does not disappear, at least the form of law must be taken into account to the extent that it is bound. In this case, it cannot be said that customary law is completely independent of the law. Undoubtedly, this conclusion is limited to the theory of Ottoman Law. The contradictions in practice are due to the lack of supervision mechanism. As it is known, the fact that supervisors are independent in legal systems is a prerequisite for the effectiveness of the audit. In the Ottoman legal system, the presence of forces unity and the lack of professional security of the officials in the supervisory authorities prevent the independence and therefore neutralize the control.

Keywords: Legal inspection, Sultan, Sheikh al-Islam, Kazasker, Kadi

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmamın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm. 03/01/2019

KAMİL KISA

İÇİNDEKİLER

KAPAK SAYFASI.....	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR DİZİNİ.....	x
GİRİŞ.....	1
1. OSMANLI HUKUK SİSTEMİNİN KAYNAKLARI.....	3
1.1. Şer’î Hukukun Kaynakları	3
1.1.1. Kur’an-ı Kerim	4
1.1.2. Sünnet.....	5
1.1.3. İcma	6
1.1.4. Kıyas	7
1.1.5. Şer’î hukuk kaynaklarının özellikleri	10
1.2. Örfî Hukuk’un Kaynakları	11
1.3. Osmanlı Hukuku’nun İkili Yapısının İncelenmesi	20
1.3.1. Şer’î Hukuk’un Uygulamalardaki Yeri	20
1.3.2. Örfî Hukuk’un Uygulamalardaki Yeri.....	20
1.3.3. Şer’î Hukuk Örfî Hukuk İlişkisi	24
1.3.3.1. Şer’î hukuk ile örfî hukuk arasında normlar hiyerarşisi	35
1.3.3.2. Konu itibarıyla ceza kanunnameleri	45
1.3.3.3. Konu itibarıyla kardeş katli.....	56
2. OSMANLI HUKUK SİSTEMİNDEKİ MERKEZİ GÖREVLİLER.....	58
2.1. Padişah	58
2.1.1. Yasama ve yürütme yönünden padişah	58
2.1.2. Yargı yönünden padişah.....	60
2.1.3. Yargı yönünden padişah vekili veziriazam.....	61
2.2. Şeyhülislam	61
2.2.1. Genel olarak	61
2.2.2. Fetva	63
2.2.2.1. Yasama ve yürütmede fetva	64

2.2.2.2.	Yargıda fetva	70
2.3.	Kazasker	73
2.3.1.	Genel olarak	73
2.3.2.	Yargıya ilişkin idari görevleri	74
2.3.3.	Yargı organındaki yeri	74
2.4.	Nişancı	75
3.	OSMANLI KLASİK DÖNEMİNDE YARGILAMA MERCİLERİ	76
3.1.	Merkezi Yargı Divanları	76
3.1.1.	Divan-ı Hümayun	77
3.1.1.1.	Şûra prensibi	77
3.1.1.2.	Türk devletlerinde kurultay geleneği	77
3.1.1.3.	Divan-ı Hümayun'un gelişimi	78
3.1.1.4.	Divan-ı Hümayun'un çalışmaları	78
3.1.1.5.	Divan-ı Hümayun'un fonksiyonları	79
3.1.1.6.	İlk derece mahkemesi olarak Divan-ı Hümayun	80
3.1.1.7.	Üst yargı merci olarak Divan-ı Hümayun	86
3.1.1.7.1.	İslam Hukuku'nda kanun yolu ve yargılamanın yenilenmesi	86
3.1.1.7.2.	Osmanlı Hukuku'nda kanun yolu ve yargılamanın yenilenmesi	87
3.1.2.	İkinci Divanı	93
3.1.3.	Cuma divanı	94
3.1.4.	Çarşamba divanı	95
3.1.5.	Kazasker Divanı	95
3.1.6.	Taşra Divanları	96
3.2.	Şer'iyeye Mahkemeleri	96
3.2.1.	Tarihi Gelişimi	97
3.2.2.	Yapısı	97
3.2.3.	Kadı	98
3.2.3.1.	Yardımcıları	99
3.2.3.1.1.	Naibler	99
3.2.3.1.2.	Kassâmlar	100
3.2.3.1.3.	Kâtipler	101
3.2.3.1.4.	Kadı'ya yardım eden kolluk görevlileri	101
3.2.3.2.	Görevleri	102
3.2.3.2.1.	İdari görevleri	102

3.2.3.2.2. Ehl-i şer ve ehl-i örf arasındaki çatışma.....	105
3.2.3.2.3. Yargı görevi	109
3.2.3.3. Yer yönünden ve görev yönünden yetkisi	112
3.2.3.3.1. Kadı'nın görev yönünden yetkisi	112
3.2.3.3.2. Kadı'nın yer yönünden yetkisi	112
3.2.3.4. Denetimi	113
3.2.3.4.1. İdari denetim.....	113
3.2.3.4.2. Şikâyet yoluyla denetim.....	115
3.2.3.4.3. Şühudü'l-hal tarafından denetim.....	115
3.2.3.4.3.1. Şühud'ül-hal kurumunun niteliği	119
3.2.3.4.4. Kamu denetimi	121
3.2.3.4.5. Fetva'nın etkisi	121
3.3. Diğer Mahkemeler.....	121
3.3.1. Gayrimüslimlerin statüsü	121
3.3.1.1. Zimmiler.....	121
3.3.1.2. Müstemenler.....	122
3.3.1.3. Tabi oldukları mahkemeler	122
3.3.2. Yargılama benzeri yetkiler kullanan makamlar	124
SONUÇ	125
KAYNAKÇA.....	127
EK.....	145

KISALTMALAR DİZİNİ

a.g.k. : Adı geçen kaynak

AÜDTCF : Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

bkz. : Bakınız

BOA : Başbakanlık Osmanlı Arşivi

C. : Cilt

Çev. : Çeviren

İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

MEB : Milli Eğitim Bakanlığı

s. : Sayfa

TDV : Türkiye Diyanet Vakfı

TTK : Türk Tarih Kurumu

vd. : Ve devamı

YKY : Yapı Kredi Yayınlar

GİRİŞ

İlgili döneme ait Osmanlı Hukuk sisteminin anlaşılabilmesi için yapılması gereken ilk iş, bu hukukun kaynaklarının genel hatlarıyla ele alınmasıdır. Çalışmanın ilk bölümünde de öncelikle bu inceleme gerçekleştirilmiştir. Nitekim söz konusu kaynaklar, bir sonraki aşamada, Osmanlı Hukuku'nun ikili yapısının incelenirken yol gösterici olacaktır. Bu sebeple ancak ilgili kaynakların genel hatlarıyla tahlilinin ardından, şer'i hukuk ile örfi hukuk arasındaki ilişkinin detaylı olarak incelenmesine geçilebilir.

Bilindiği üzere bu iki hukuk alanının birbiriyle olan ilişkisi, hukuk tarihi alanının oldukça tartışmalı bir konusudur. Birçok çalışmada söz konusu yapı incelenmiş, farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bu çalışmada ise ilgili konuya yönelik başka bir bakış açısı daha oluşturulmaya çalışılmıştır. İlgili uğraş sırasında ise esasa yönelik ağır ihlalin şekli bağı koparacağı ilkesi temel alındı. Söz konusu ilke başka bir yönden ele alınarak, şekli bağ kurma kaygısının, esasa yönelik ağır ihlal yapmaktan kaçınmayı da beraberinde getireceği çıkarımına varıldı. Kısacası, şekli bağ kurmak isteyen birisi, esasa yönelik ağır ihlal yapmaktan kaçınmalıdır verisi, bu çalışmada örfi hukuk şer'i hukuk ilişkisinin araştırılması faaliyetine temel teşkil etti. Takibinde ise konunun daha iyi netleşmesi için iki hukuk alanı arasındaki ilişki ceza kanunnameleri açısından detaylı olarak incelendi.

İkinci bölümde ise klasik dönem Osmanlı Hukuk sisteminin anlaşılması açısından gerekli olan bir başka konu, yani merkezdeki görevliler ele alındı. Merkezde yer alan bu görevliler, genel yapının ortaya konulması açısından incelenmesi şart olan yetkilere sahiptirler. Nitekim söz konusu görevliler, hukuk alanı da dâhil olmak üzere, ilgili dönemin her alanında etkilidir. Bu nedenle de Osmanlı Hukuk sistemi açısından büyük önem taşırlar. Merkezdeki bu görevlilerin incelenmesi faaliyeti sırasında ise Osmanlı devlet yapısındaki güçler birliğinin, hukuk alanında meydana getirdiği etki esas alındı. Diğer taraftan da şeyhülislam ve kazasker kurumlarının bünyesindeki mesleki güvence eksikliğinin, bu hukuk alanının teorisinde yer alan denetim mekanizmasının işleyişini nasıl etkilediği sorusu üzerinde duruldu. Acaba fetva denetiminin yargısal nitelikte olmayan yapısına, bir de şeyhülislamın mesleki güvencesinin bulunmaması eklenince, ilgili kurumun etkinliği ne oranda düşmüştür?

Üçüncü bölümde ise Osmanlı Hukuk sistemindeki yargılama mercileri ele alındı. Bu faaliyet sırasında başta Divan-ı Hümayun olmak üzere önce merkezdeki divanlar incelendi. Divan-ı Hümayun'un yerine getirdiği yargılama işlevinin değerlendirilmesi, ilk derece mahkemesi ve kadı kararlarının denetimi şeklinde ikili bir ayırım yapılarak gerçekleştirildi. Ardından Osmanlı Hukuk sisteminin asıl yargı makamları olan kadı mahkemeleri genel olarak ele alındı. Bu aşamada ise daha çok odaklanılan nokta, ilgili mahkemelerde mevcut olan şühudü'l hal kurumunun yerine getirdiği işlevler oldu.

Bu çalışmalar gerçekleştirilirken birinci kaynaklar olarak Başbakanlık Osmanlı Arşivi kayıtlarından, mühimme defterlerinden ve şer'îye sicillerinden yararlanıldı. Bu kaynaklar arasında, Divan-ı Hümayun'un üst mahkeme benzeri yaptığı yargılama faaliyetini ve Osmanlı'daki şikâyet kurumunu yansıtan Ümmühani Hatun davası, önemli bir yere sahip oldu. Başbakanlık Osmanlı Arşivinde, 40 gömlek 527 sıra numarasıyla kayıt altına alınan hicri 4.09.987 tarihli söz konusu ilgili mühimme defterinde, Ümmühani Hatun'nun Divan-ı Hümayun'a yaptığı şikâyet yer almaktadır. Üvey oğlu ve eski Anadolu Kazaskeri'nin, sahte senet düzenlediklerini ve bu senetle haksız bir mahkeme kararı aldıklarını iddia eden Ümmühani Hatun, yargılamanın yenilenmesini Divan-ı Hümayun'dan talep eder.

Şer'îye sicilleri noktasında ise Üsküdar Mahkemesi kayıtları incelendi. Ebussuud Efendi'nin Ma'rûzât adlı eseri ve Şeyhüllislam Feyzullah Efendi'nin Fetâvâ-yı Feyziye adlı eseri de yine çalışmada sıkça yararlanılan kaynaklar oldu. Ayrıca çalışma boyunca Osmanlı vakanüvislerinin yaptıkları aktarımlardan da yararlanıldı. Diğer taraftan Ahmet Akgündüz'ün Osmanlı Kanunnameleri eseri, çalışma içerisinde hem birincil kaynaklar hem de ikincil kaynaklar noktasında oldukça önemli bir yer edindi. İkincil nitelikte kaynaklar olarak ise önemli tarihçilerin ilgili konular itibarıyla mevcut bulunan eserlerinden faydalanıldı. Özellikle Mehmet Akif Aydın ile Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt'un, Hukuk Tarihi kitapları çalışmanın genelinde yararlanılan iki kaynak olarak ön plana çıktı. Yine çalışmanın geneli itibarıyla Halil İnalcık'ın birçok eserinden faydalanıldı. Çalışmanın geneli açısından önem teşkil eden diğer bir kaynak ise İslam Ansiklopedisi oldu. Şer'îye mahkemeleri kısmında İlber Ortaylı'nın "Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı" isimli kitabından yararlanıldı. Ceza hukuku alanında ise Esra Yakut'un, "Osmanlı Hukuku'nda Tazir Cezaları" kitabına ve Mustafa Avcı'nın "Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler" kitabına başvuruldu. İslam Hukuku'nun incelenmesi aşamalarında ise Ömer Nasuhi Bilmen'nin Hukûk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu ön plana çıktı.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. OSMANLI HUKUK SİSTEMİNİN KAYNAKLARI

İslam dini, kendi inanç sisteminin temellerini belirlemenin yanında, en başta hukuk düzeni olmak üzere; insanın aklına gelebilecek her alanda belirli kaideler getirmiştir¹. Bir İslam devleti olan Osmanlı Devleti'nde de hukuk düzeninin esası, İslam Hukuku'nun getirdiği bu kaidelere dayanmaktadır². Osmanlı Hukuku'nun özü şer'i hukuktur. Fakat İmparatorluktaki hukuki yapı, sadece şer'i hukuktan ibaret değildir. Şer'i hukukun yanında, kural olarak bu hukuka aykırı olmaması gereken ve padişahın iradesine dayanan örfi hukuk alanı da yer alır³.

Önemle belirtmek gerekir ki Osmanlı Hukuk sisteminde, örfi hukuk kurallarından özellikle idare, vergi ve ceza alanlarında olmak üzere, kamu hukuku sahasında faydalanılmış, özel hukuk alanında ise sadece şer'i hukuk kuralları geçerli olmuştur⁴.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki; Osmanlı Hukuku'nun ve yargı sisteminin tam olarak anlaşılabilmesi için öğrenilmesi gereken şer'i hukuk örfi hukuk ilişkisi, hukuk tarihi alanının oldukça tartışmalı bir konusudur. Bu sebeple söz konusu ikili yapıya çalışmanın ilerleyen aşamasında daha detaylı bir şekilde değinilecek, bu aşamada ise söz konusu ikili yapıyı daha iyi kavrayabilmek için şer'i hukuk ve örfi hukuk kurallarının kaynaklarından, yani ilgili kuralların nereden geldiğinden bahsedilecektir. Şer'i hukuk bakımından bu bakış açısını yakalamamız için ise İslam Hukuku'nun en temel dört kaynağını ele almamız yeterli olacaktır. Zira bu dört temel kaynak, bize şer'i hukukun genel yapısını çizecek niteliktedir.

1.1. Şer'i Hukukun Kaynakları

Hayatı bütün yönleriyle ele alıp, yaşamın her alanını şekillendiren İslamiyet'in ve dolayısıyla İslam Hukuku'nun Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas olmak üzere dört temel kaynağı vardır.

¹ E. Yakut (2015). Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 67; C. Üçok, A. Mumcu ve G. Bozkurt (2017). Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Turhan Kitabevi, s.59; C. Imber (2004), Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, çev. Murteza Bedir, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s.37; Ö. L. Barkan (1945). Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 21 (3-4), s. 203-224; H. İncelik (2017). Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet. İstanbul: Kronik Kitap, s.33; Mehmet Akif Aydın (2017b). Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet. İstanbul: Klasik Yayınları, s.16; Imber, 2004, a.g.k., s.47-48.

² M.A. Aydın (2017a). Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta Basım, s.65; Yakut, 2015, a.g.k., s.67.

³ E. B. Ekinci (2016). Osmanlı Hukuku. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, s.101; Aydın, 2017a, a.g.k., 68-76; Yakut, 2015, a.g.k., s.67; Gülgün Üçel-Aybet (1994). 16. ve 17. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Hukuk Müessesesinin Önemi. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrı Basım, s.2147.

⁴ Halil İncelik (2001). "Kanunname", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.24, s.334; Joseph Schacht (1997). "Şeriat", İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.11, s.433; Mehmet Akif Aydın (1991). "Anayasa", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.3, s.159.

Ancak İstihsan, Maslahat, Örf, Sahabe Fetvası, Sedd-i Zerâ'i ve İstishâb gibi daha birçok İslam Hukuku kaynağı da bulunur⁵. Fakat konumuz itibariyle Osmanlı Hukuk sisteminin anlaşılabilmesi için dört temel kaynağın kısaca incelenmesi gerekli ve yeterlidir.

1.1.1. Kur'an-ı Kerim

İlahî bir hukuk sistemi olan İslam Hukukuna bu niteliği veren, İslam Hukuku hükümlerinin oluşumunu sağlayan kaynaklardır. Bu kaynaklar arasında ilk sırada yer alan ve diğer kaynakların dahi meşruiyetini kendisinden aldıkları, en temel İslam Hukuku kaynağı ise Kur'an-ı Kerimdir⁶. Kur'an; Allah'ın, vahiy⁷ yoluyla indirdiği ayetlerden oluşur⁸.

Önceden de belirttiğimiz gibi Kur'an sadece hukuk kurallarından oluşan bir kanun metni değil; hayatın bütün yönlerine ilişkin hükümler içeren; hem bireylere, hem topluma, hem de devlete, nasıl davranmaları gerektiğini öğütleyen ve ahlaki esaslara dayanan bir kitaptır⁹. İşte bu kadar geniş bir alanı düzenlemesi sebebiyle hukuki düzene ilişkin getirdiği hükümler, bütün sorunları çözüme kavuşturacak kadar detaya inmemiş, onun yerine daha çok genel hukuki esaslari belirlemeyi hedeflemiştir¹⁰. Zaten diğer kaynaklara başvurma gerekliliği de tam bu noktada kendisini belli eder¹¹. Zira kimi hukuki olaylar için Kur'an hükümleri sadece yol göstericidir, çözüm getirecek kadar detay içermez.

Örneğin; Aydın'ın kitabında belirttiği üzere Kur'an-ı Kerimde; suç ve cezanın orantılı olması gerektiği ilkesi yer almaktadır¹². Ancak Kur'an ve Hz. Peygamber tarafından cezaları haddenden belirlenen suçların dışında kalan hukuka aykırı fiillerin cezası belirtilmemiştir¹³. Bu durumda cezası haddenden belirlenmemiş hukuka aykırı fiilin, suç olduğunu ve nasıl cezalandırılacağını, diğer kaynaklara uygun olarak belirleyecek olan İslam Hukukçusu veya Devlet Başkanı¹⁴, bu faaliyeti sırasında Kur'an ve Sünnet hükümlerini esas alacak, onların ışığında ilgili suçun

⁵ Aydın, 2017a, a.g.k., 31-43; Erol Özbilgen (1985). Osmanlı Hukukunun Yapısı. İstanbul: Nihal Kitabevi, s.60-63

⁶ Ekinci, 2016, a.g.k., s.108; Özbilgen, 1985, a.g.k., s.51.

⁷ Ferit Devellioğlu (2010). Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat. Ankara: Aydın Kitabevi, s. 1321: *"vahy: bir fikrin veya bir emrin Allah tarafından bir peygambere bildirilmesi"*, *"Emînü'l-vahy: Cebrâil Aleyhisselâm (Allah tarafından peygamberlere vahiy getirmeye me'mur büyük melek)"*.

⁸ E.B. Ekinci (2015). İslam Hukuku Tarihi.(2. Baskı), İstanbul: Arı Sanat Yayınları, s.15.

⁹ Barkan, 1945, a.g.m., s.203.

¹⁰ Aydın, 2017, a.g.k., s.32; Zekiyyüddin Şaban (1996). İslam Hukuk İlminin Esasları. Çev. İ. Kâfi Dönmez. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s.65-70; Abdullah Acar (2007). Bir İçtihat Kaynağı Olarak Kur'an Kıssaları. İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.10, s.150.

¹¹ Barkan, 1945, a.g.m., s.203; Aydın, 2017a, a.g.k., s.33.

¹² Şura Suresi 40. Ayet: *" Bir kötülüğün karşılığı, onun gibi bir kötülüktür (ona denk bir cezadır). Ama kim affeder ve arayı düzeltirse, onun mükâfatı Allah'a aittir. Şüphesiz O, zâlimleri sevmez."*, Mu'min Suresi 40. Ayet: *"Kim bir kötülük yaparsa, ancak onun kadar ceza görür. Kadın veya erkek, kim, mü'min olarak salih bir amel işlerse, işte onlar cennete girecek ve orada hesapsız olarak rızıklandırılacaklardır."*.

¹³ Yakut, 2015, a.g.k., s.17-18.

¹⁴ Yakut, 2015, a.g.k., s.17, 27.

cezasını belirleyecektir¹⁵. Bu faaliyet sırasında dikkate alınması gereken en önemli Kur'an hükmü ise suç ve cezanın orantılı olması ilkesidir.

Bu nokta, ayrıca Kur'an-ı Kerim'in İslam Hukuku sistemi içerisindeki konumunu, günümüz hukuk sistemindeki benzeri açısından oldukça güzel bir şekilde göstermektedir. Nitekim Kur'an, bu özelliği itibarıyla günümüz anayasalarına benzer. Örneğin; bugün yürürlükte olan anayasa hükümlerine baktığımız zaman da suç ve cezanın orantılı olması ilkesini görebiliriz. Ancak tıpkı Kur'an gibi anayasa da bütün suçların cezasını kendisi belirlememiştir. Cezanın belirlenmesine esas teşkil edecek ilkeler belirlenip, bazı istisnalar dışında, hangi fiillerin suç teşkil edeceği ve bu suçların ceza miktarlarının tespiti, hukukun diğer kaynaklarına bırakılmıştır. Yani günümüzdeki detaylı iç hukuk düzenlemeleri de anayasada yer alan temel ilke ve hükümler ışığında yapılır. Anayasa olarak ifade edilen metin ne kadar detaylı olursa olsun, yapısı gereği esasında yapılacak diğer hukuki düzenlemelere esas teşkil edecek temel ilkeleri belirlemekle yetinir¹⁶. Bu ilkelere uygun bir şekilde; hukuki olayları çözebilecek nitelikte ayrıntılı hükümler ise iç hukuk düzeninin diğer bir kaynağı olan kanunlar vasıtasıyla gerçekleştirilecektir. Soysal'ın betimlesine göre anayasalar, içerisinde yer alan ana kelimesi gibi bir doğurganlık niteliği taşımaktadırlar¹⁷.

Kur'an da aynı şekilde kendi sistemi içerisindeki bütün hukuk kurallarının esas kaynağıdır. Bu noktada şu sonuca ulaşılabilir: İslam Hukuku değişim ve gelişim açısından ikili bir yapıya sahiptir; bir tarafta değişemeyecek olan Kur'an-ı Kerim ve sünnet hükümleri, diğer tarafta ise bunların boşluk bıraktıkları alanlarda, İslam Hukukunun gelişimine olanak tanıyan içtihat faaliyeti.

1.1.2. Sünnet

İslam Hukukçusu önüne gelen olayı çözerken ilk önce Kur'an-ı Kerim'e ikinci olarak ise sünnete başvuracaktır. Bu durumda sünnet, İslam Hukuku'nun ikinci temel kaynağıdır¹⁸. Sünnet bu ikinci ana kaynak olma özelliğini ise bizzat birinci ana kaynak Kur'an-ı Kerim'den almaktadır¹⁹.

¹⁵ Aydın, 2017, a.g.k., s.32.

¹⁶ Erdoğan Teziç (2005). Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Basım, s.8-9; Ergun Özbudun (2011). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s.59-60; İba, 2006, a.g.k., s.2-3.

¹⁷ Mümtaz Soysal (1987). 100 Soruda Anayasanın Anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, s.7.

¹⁸ Ömer Nasuhi Bilmen (2013). Hukûk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Ravza Yayınları, C.1, 133-134.

¹⁹ Nisa Suresi 80. Ayet: "Kim peygambere itaat ederse, Allah'a itaat etmiş olur. Kim yüz çevirirse, (bilsin ki) biz seni onlara bekçi göndermedik.", Al-i İmrân Suresi 32. Ayet: " De ki: "Allah'a ve Peygamber'e itaat edin." Eğer yüz çevirirlerse şüphe yok ki Allah kâfirleri sevmez.", Ahzâb Suresi 21. Ayet: " Andolsun, Allah'ın Resûlünde sizin için; Allah'a ve ahiret gününe kavuşmayı uman, Allah'ı çok zikreden kimseler için güzel bir örnek vardır.", Haşr Suresi 7. Ayet: " Allah'ın, (fethedilen) memleketlerin ahalisinden savaşılmaksızın peygamberine kazandırdığı mallar;

İslâmiyet'ten önce örf ve âdet anlamında kullanılan²⁰ sünnetin sözlük anlamı; ‘‘Hz. Muhammed’in sözleri, işleri ve tasvipleri’’dir²¹. Yani Hz. Peygamber tarafından yapılan davranışlar ve söylenen sözlerden başka, Hz. Peygamber’in başkasının bir fiilini veya söylemini onaylaması da sünnettir²². Onaylama iradesinin ise illa ki açık bir şekilde beyan edilmesi gerekmez; Hz. Peygamber gördüğü davranışa veya duyduğu söyleme karşı sükût ederek de onaylama iradesini beyan etmiş olur. Sünnetin İslam Hukuku’nun birinci ana kaynağı Kur’an-ı Kerim hükümleri ile olan ilişkisi ise üçlü bir ayrıma tabidir: Sünnet, Kur’an-ı Kerim hükmünü tekrar ederek vurgulayabilir veya genel bir Kur’an-ı Kerim hükmünü detaylandırabilir ya da Kur’an-ı Kerim’de yer almayan yeni bir hukuk kuralı koyabilir²³.

1.1.3. İcma

İslam Hukukçusu önüne gelen olayı çözecek İslam Hukuku hükmünü araştırırken; ilk önce Kur’an-ı Kerim’e bakacak, şayet burada olayı çözümleyecek bir hüküm bulamazsa ikinci aşamada sünnete bakacak; eğer orada da hüküm yoksa üçüncü aşamada söz konusu olay hakkında bir icmanın olup olmadığını araştıracaktır²⁴. İslam Hukuku kaynakları arasında bu kadar önemli bir konuma sahip olan icma meşrutiyyetini, müminlerin yolundan gidilmesi gerektiği yönündeki Kur’an-ı Kerim ayetinden²⁵ ve Hz. Peygamber’in ümmetinin bir yanlış üzerinde birleşmeyeceği yönündeki hadisinden²⁶ almıştır²⁷.

Allah’a, peygambere, onun yakınlarına, yetimlere, yoksullara ve yolda kalmışlara aittir. O mallar, içinizden yalnız zenginler arasında dolaşan bir servet (ve güç) hâline gelmesin diye (Allah böyle hükmetmiştir). Peygamber size ne verdiyse onu alın, neyi de size yasak ettiyse ondan vazgeçin. Allah’a karşı gelmekten sakının. Şüphesiz, Allah’ın azabı çetindir.’’; Muhammed Ebu Zehra (1979). İslâm Hukuku Metodolojisi “Fıkıh Usûlü”. Çev. Abdulkadir Şener. Ankara: Fon Matbaası, s.93-94.

²⁰ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.64.

²¹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.1133.

²² Fahrettin Atar (1998). Fıkıh Usûlü. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, s.38-40; Aydın, 2017a, a.g.k., s.33.

²³ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.64; Aydın, 2017a, a.g.k., s.34-35: Bu son ihtimal sünnetin Kur’an-ı Kerim gibi doğrudan olmasa da dolaylı olan Tanrısal niteliğinin bir sonucudur. Nitekim sünnete esas teşkil eden Hz. Peygamber’in iradesi, Kur’an-ı Kerim’e esas teşkil eden Tanrı’nın iradesinin denetimi, gözetimi ve hükmü altındadır.

²⁵ Nisâ Suresi 115. Ayet: “ Kim, kendisine hidayet (doğru yol) besbelli olduktan sonra peygambere karşı çıkar, mü’minlerin yolundan başkasına uyarsa, onu yöneldiği yolda bırakırız ve cehenneme sokarız. Orası ne kötü bir varış yeridir.”.

²⁶ İbn Mace, Fiten, 8: “Ümmetim dalalet üzerine birleşmez. Öyleyse bir konuda ihtilaf olduğunu gördüğünüzde sevad-ı azama (büyük çoğunluğa) tâbi olun.”; İbn Mace (2008). Sünen-i İbn-i Mâce Tercemesi, Haz. Abdullah Parlıyan. Konya: Konya Kitapçılık, s.590-591: “Ümmetim sapıklık üzerinde toplanmaz. Bu sebeple siz Müslümanlar arasında bir ayrılık, ihtilaf gördüğünüzde Kur’an ve hadislere uygun hayat sürdüren çoğunluktan, cemaatten ayrılmayınız”; Buhârî, 61: 2, 61: 3 “Ümmetim, asla yanlış bir hüküm üzerinde ittifak etmeyecektir.”; Trimiz, Fiten,7: “Allah bu ümmeti (veya Muhammed’in ümmetini) dalalette birleştirmez. Allah’ın eli cemaatin üzerinedir. Cemaatten ayrılan ateşe ayrılmış olur.”.

²⁷ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.67.

Cem²⁸ kelimesinden türeyen icmanın kelime anlamı: “*dağınık şeyleri bir araya getirme, toplama.*”²⁹. Bir İslam Hukuku kaynağını yansıtan icma da toplanma anlamını yansıtmaktadır. Zira aynı dönemde yaşamış İslam hukukçularının, hukuki bir konu hakkında aynı görüşü bildirerek, bu görüş etrafında toplanmaları sonucunda icma gerçekleşir³⁰. Üçok’a göre icma, günümüz içtihatı birleştirme kararlarına benzetilebilir³¹.

İcma, meşruluk kaynağı olan İslam Hukuku’nun iki ana kaynağı; Kur’an-ı Kerim’e ve sünnete dayanmalı, onlara aykırı olmamalıdır³². O zaman tepeden aşağı doğru sırasıyla; Kur’an, sünnet³³ ve icma arasında bir normlar hiyerarşisi mevcuttur. İslam Hukuku’nun dört temel kaynağı arasındaki bu normlar hiyerarşisinin en alt basamağında ise kıyas yer alır.

1.1.4. Kıyas

Yukarıda belirtildiği üzere İslam Hukuku’nun birinci ana kaynağı Kur’an-ı Kerim’de bulunan hükümlerin ancak bir kısmı bazı konulardaki olayları çözebilecek derecede ayrıntılıdır. Bunun dışındaki hukuki kural ve kaideler ise yol gösterici nitelikte genel hükümlerdir. Yani Kur’an-ı Kerim çoğu hukuki konuya ilişkin sadece temel ilkeleri belirleyerek, ayrıntılı hükümlerin tespiti sürecine ışık tutmuş, bütün hukuki sorunları çözecek derecede ayrıntılı hükümler içermemiştir³⁴.

İlgili temel ilkeler ışığında ayrıntılı hükümleri tespit edecek olan kurum ise İslam Hukuku’nun dördüncü temel kaynağı kıyastır³⁵. Kıyas faaliyeti; bir hukuki sorunun çözümü için Kur’an-ı Kerim veya sünnette bulunan bir kuralın; bu iki ana kaynaktan hakkında çözüm bulunmayan başka bir hukuki soruna, söz konusu iki farklı hukuki sorunun arasındaki benzerliğe dayanılarak, uygulanmasıdır³⁶. Yani İslam hukukçusu önüne gelen olayı çözümlerken; Kur’an-

²⁸ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.148: “*cem: toplama, yığma*”.

²⁹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.469.

³⁰ Bilmen, 2013, a.g.k., C.1, s.163-165; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.66; Aydın, 2017a, a.g.k., s.37; Sami Zubaida (2008). İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.24-26.

³¹ Coşkun Üçok (1970). İslam Hukukunun Temel Kurallarından “İçtihatla İctihat Nakzedilmez”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.40.

³² Aydın, 2017a, a.g.k., s.37.

³³ Belirttiğimiz gibi sünnete esas teşkil eden Hz. Peygamber iradesi zaten Kur’an-ı Kerim’e esas teşkil eden Tanrı’nın iradesinin kontrolü altındadır. Bu niteliği hem doğrudan sünneti normlar hiyerarşisinde Kur’an’ın altında konumlandırmakta hem de normlar hiyerarşisi gereği alt normun üst norma uygun olması gerekliliğinin kendiliğinden yerine gelmesini sağlamaktadır. Ancak bilindiği üzere çeşitli sebeplerle uydurma hadislerin mevcudiyeti söz konusudur. İşte bu hadisler tespit edilirken, Kur’an-ı Kerim hükümleri en önemli kıstaslardan birisi olacaktır. Zira belirttiğimiz üzere bu iki İslam hukuku kaynağı arasında bir normlar hiyerarşisi vardır.

³⁴ Barkan, 1945, a.g.m., s.203.

³⁵ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.596: “*1. Bir şeyi başka bir şeye benzeterek hüküm verme, bu yolda verilen hüküm, bir tutma. 2. Karşılaştırma; örnekseme. 3. Umûm kaideye uyma.*”.

³⁶ Bilmen, 2013, a.g.k., C.1, s.171; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.68; Aydın, 2017a, a.g.k., s.38; Zubaida, 2008, a.g.k., s.26; Ahmet Akgündüz (1990). Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnâmeleri, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları s.67: Bu tanım dar anlamda içtihadı

1 Kerim, sünnet ve icma kaynaklarında doğrudan uygulanabilecek bir hüküm bulamazsa, Kur'an-ı Kerim veya sünnette hakkında hüküm bulunan ve çözüme konu olaya benzeyen başka bir hukuki olaya ilişkin hükmü, ilgili olayı çözerken kullanacaktır³⁷. Bu şekilde benzetme yoluyla tespit edilen yeni hüküm, İslam Hukuku'nun dördüncü kaynağından meydana gelmiştir.

Kıyasın bir İslam Hukuku kaynağı olduğu, Hz. Peygamber'in Yemen'e vali olarak görevlendirdiği Muaz bin Cebel'e, Yemen de bir hukuki sorunla karşılaşması durumunda ne yapacağını sorduğu ve aldığı cevapları onayladığı sünnetinde belirtilir³⁸.

İslam hukukçularının kıyas ile hukuk kuralı tespit etmeleri bir içtihat³⁹ faaliyetidir, bu faaliyeti yapan hukukçuya da müctehit⁴⁰ denilir. Ancak vurgulamak gerekir ki içtihat, kıyası da içine alan daha geniş bir kavramdır⁴¹. Nitekim kıyastan farklı olarak, mevcut nass hükmünü yorumlayıp anlamlandırma faaliyeti de içtihat kavramının içerisinde⁴². İslam hukukçuları arasında mezhep oluşumuna sebep olan farklı görüşlerin bir bölümü de işte bu içtihat faaliyeti sırasında ortaya çıkar⁴³. Zira hukukçular örneğin kıyas faaliyeti sırasında; ilgili olayı birbirlerinden farklı hükümlere benzetebilmekte ve farklı sonuçlara ulaşabilmektedirler⁴⁴. Bu şekilde oluşan içtihatlar ise birbirlerinden farklı olmalarına rağmen yürürlükte dirler⁴⁵. Günümüz Batı hukuku anlayışı açısından hukuk birliğine aykırı olan bu husus⁴⁶, İslam Hukuku anlayışı açısından ise bir zenginliktir. Ancak İslam Hukuku, idarecilere, mevcut içtihatlardan

ifade etmektedir. Geniş anlamda içtihat ise mevcut nass hükmünü anlamlandırma faaliyetidir. Yeni bir hukuk kuralı ortaya çıkarılmaz. Mevcut hukuk kuralı yorumlanarak anlamlandırılır.; Ebu Zehra, 1979, a.g.k., s.189.

³⁷ Atar, 1998, a.g.k., s.58: "*Hâkim, gazaplı (asabı bozuk) iken hükmetmesin*" hadisi, yargıcı sinirli olduğu zaman hüküm vermekten kaçınmasını söylemektedir. Zira sinirli bir halde olan hâkim karar verirken yanılabilir. Sinir onun iradesini olumsuz etkilemektedir. Ancak ilgili hükümde hâkimin iradesini etkileyecek başka bir ruh halinden bahsedilmemiştir. Peki hâkim morali bozukken veya aşırı sevinçli olduğu zaman hüküm tesis edebilir mi? Bu ruh halleri de hâkimin iradesine tesirde bulunduğu için ilgili hadis hükmüne benzetilerek, kıyasen söz konusu durumlarda da hâkimin hüküm vermekten kaçınması kuralına ulaşılabilir.

³⁸ Tirmizî, Ahkâm, 3; Hz. Peygamber'in soruları üzerine Muaz bin Cebel'in cevapları Hz. Peygamber tarafından memnuniyetle karşılandı: " – Sana hukuki bir ihtilaf gelince ne ile hükmedeceksin? – Allah'ın kitabı ile hükmedeceğim. – Onda bulamazsan? – Peygamber'in sünneti ile. – Onda da bulamazsan? – O zaman kendim içtihat ederim."

³⁹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.470; "*ictihâd: 1. Gücü, kuvveti yettiği kadar çalışma. 2. fıkıh'da yeditûlâ sâhibi büyük din âlimlerinin Kur'ân-ı Kerim ve hâdis-i nebeviyyeye müsteniden vaz' ettikleri şer'i düstur. 3. bir kimsenin, bir şeyden mânâ ve hüküm çıkararak, o iş hakkındaki fikri, görüşü.*"

⁴⁰ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.824; "*müctehid: 1. içtihadeden, gücü yettiği kadar çalışan. 2. âyet ve hadislerden şer'i hükümler çıkaran din allâmesi: İmâm-ı A'zam gibi.*"

⁴¹ Abdülkadir Udeh (1976). İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk. Çev. Akif Nuri. İstanbul: İhya Yayınları, s.16; Atar, 1998, a.g.k., s.58.

⁴² Akgündüz, 1990, a.g.k., s.67.

⁴³ Aydın, 2017a, a.g.k., s. 38; Mezhepler hakkında detaylı bilgi için bkz. Atar, 1998, a.g.k., s.379 vd.

⁴⁴ Aydın, 2017a, a.g.k., s. 38.

⁴⁵ Üçok, 1970, a.g.m., s.42; Akgündüz, a.g.k., C.I, s.68.

⁴⁶ Selda Çağlar (2013). Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi. İstanbul: Beta Basım Yayım, s.190-196.

birisini kesinleştirerek, hukuk birliğini sağlama yetkisi vermiştir ki Osmanlı’da bunun örnekleri mevcuttur⁴⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere içtihat faaliyeti İslam Hukuku’nun, Kur’an-ı Kerim ve sünnet temelinde gelişip, değişen şartlara uygun olarak yaşayabilmesine olanak sağlayan bir kurumdur. Ancak anlaşılacağı üzere kıyas kaynağında, icmada olduğu gibi bir toplanma, bir birlik söz konusu değildir. Bu farklılık ise; Üçok, Mumcu ve Bozkurt’a göre; İslam Hukuku’nun sistemli bir hale gelememesine neden olmuştur⁴⁸. Aydın da kitabında hicri ikinci asrın ortalarında içtihat faaliyeti sonucunda ortaya çıkan farklılıkların; hukuki birliği olumsuz yönde etkilediğini belirtir⁴⁹.

Ancak kıyasın, icma gibi bir birliğe, bir ittifaka ihtiyaç duymaması ve farklı sonuçlara ulaşan hükümlerin hepsini yürürlükte kabul etmesi her ne kadar hukuk birliği noktasında olumsuz bir etki doğurmuş olsa da içtihat faaliyeti diğer taraftan da İslam Hukuku’nu canlı tutan temel unsurdur. Nitekim İslam Hukuku’nun hızla değişen koşulların gerisinde kalmamasını, yeni ve farklı hukuki sorunlara çözüm üretmesini içtihat sağlayacaktır.

Ancak hicri dördüncü yüzyılın ortalarında hukukçuların artık içtihat kapısının kapandığını bildirmeleri, İslam Hukuku’nun zamanla geri kalmasına ve karşılaşılan yeni hukuki sorunların çözümü için hukuk kurallarının tespit edilmesinin zorlaşmasına neden olmuştur⁵⁰. Bu andan itibaren girilen Taklid Dönemi’nde⁵¹, önceki içtihatları taklit ederek detaylandırmakla yetinen bir yaklaşım benimsenmiştir⁵². Aydın’ın da belirttiği gibi işte bu yaklaşım, zamanla İslam Hukuku’nun uygulanmasına ilişkin problemler yaratmış ve Osmanlı İmparatorluğu da

⁴⁷ Akgündüz, 1990, C.I, a.g.k., s.67-71; Heyd, 1984, a.g.m., s.641; Uriel Heyd (1995). Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri. Çev. Fetih Gedikli. İstanbul: Hukuk Araştırmaları, C.9, S.1-3, s.312; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.119; Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.115; Aydın, 2017a, a.g.k., s.94-95: Örneğin Ebussuud’un maruzatı Kanuni Sultan Süleyman’ın iradesi ile kanun haline getirilmiştir. Ebussuud Efendi (2013). Ma’rûzât. Haz. Pehlul Düzenli. İstanbul: Klasik Yayınları, s.28-29, 33-34: Maruzatlar, padişaha sunulduklarına dair ifadelerin yer aldığı fetvalardır. Ebussuud ile başlayan bu uygulama, onun ardından gelen şeyhülislam tarafından da devam ettirilmiştir. Bir İslam Hukukçusunun görüşünden ibaret olan fetvalar, padişahın iradesinin de eklenmesi ile kanun halini alır.

⁴⁸ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.69.

⁴⁹ Aydın, 2017a, a.g.k., s.52.

⁵⁰ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.70; Aydın, 2017a, a.g.k., s.58-59.

⁵¹ Ekinci, 2015, a.g.k., s.109, 141-143: Bu dönemde hukukçular, bir yandan önceki müçtehitlerin içtihatlarını taklit ederek veya önceki mezhep içtihatlarını bir araya getirerek eserler vermişlerdir.

⁵² Aydın, 2017a, a.g.k., s.57-58; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.; Yakut, 2015, a.g.k., s.92; Şeyhülislam Feyzullah Efendi (2009). Fetâvâ-yı Feyziye. Haz. Süleyman Kaya. İstanbul: Klasik Yayınları, s.113: “Zeyd radâan kız karındaşı Hind’i tezevvüç ve haram idiğini bilip vat’ eylese Zeyd’e ne lazım olur? el-Cevap: Mesele-i ihtilafiyedir, İmam A’zam rahimehullahu teâla katında had lazım olmaz, tefrik ve tazir-i şedîd lazım olur.” Nitekim ilgili fetvada Şeyhülislam ilgili konu hakkında İslam hukukçuları arasında ihtilâf olduğunu belirttikten sonra İmam A’zam’ın görüşünü bildirmekle yetinmiştir.

toprakları büyüdükçe ortaya çıkan yeni sorunlarla birlikte daha da artan bu problemleri, örfi hukuk vasıtasıyla çözmeye başlamıştır⁵³.

1.1.5. Şer'i hukuk kaynaklarının özellikleri

İslamiyet'te devlet ve din bir bütündür⁵⁴. İslam Hukuku esas itibarıyla ilahi bir hukuk sistemidir⁵⁵. Zira İslam Hukuku'nun en önemli iki ana kaynağı Kur'an-ı Kerim ve sünnet vahiy temellidir. Kur'an-ı Kerim ayetleri vahiy yoluyla doğrudan Hz. Peygamber'e bildirilirken, sünnet hükümlerinin oluşumunda ise vahiy bir kontrol mekanizması gibi işlev görmektedir, sünnet hükümlerini oluşturan Hz. Peygamber'in söz ve davranışları istenildiğinde vahiy ile değiştirilebilmektedir⁵⁶. Vahiy yoluyla değiştirilmeyen Hz. Peygamber söz ve davranışları ise vahiy kaynağı olan ilahi iradeye uygundur yani Tanrısal niteliktedir.

Diğer taraftan İslam Hukuku'nun bu iki ana kaynağı dışındaki bütün kaynaklarının oluşumunda ise beşeri etki söz konusudur. Ancak bu beşeri etki İslam Hukuku'nun ilahi kaynaklı yapısını değiştirmez. Zira beşeri etkiyi gerçekleştiren İslam Hukukçusu, içtihat faaliyeti sırasında bağımsız bir iradeye sahip değildir. İslam hukukçusu bu faaliyet sırasında İslam Hukuku'nun iki ana kaynağı olan Kur'an-ı Kerim ve sünnet hükümleri ile bağlıdır. Onun yaptığı Kur'an-ı Kerim ile sünnette yer alan genel hükümleri, akla (rey'e) başvurarak yorumlamak ve hukuki sorunlara uygulanabilecek nitelikte hükümler tespit etmektir⁵⁷. Yani İslam Hukukçusu, hakkında Kur'an-ı Kerim ve sünnette doğrudan bir hüküm bulunmayan hukuki olaya uygulanacak ilahi iradeyi yine Kur'an-ı Kerim ve sünnet hükümleri vasıtasıyla tespit etmeye çalışmaktadır. Ancak yaptığı bu tespit faaliyeti sırasında, ilahi iradeyi araştırırken kullandığı irade, kendisinin beşeri iradesidir ve doğaldır ki yanılabilir⁵⁸. Bu yüzden Kur'an-ı Kerim ve sünnet hükümleri değişmez bir niteliğe sahipken, icma haricinde beşeri iradeye dayanan diğer İslam Hukuku kaynakları değişime açıktır⁵⁹. Yukarıda belirttiğimiz gibi İslam Hukuku'nun bu özelliği, onun zamana ayak uydurabilmesini sağlayacak niteliktedir. Bu sayede İslam Hukuku, Kur'an-ı Kerim ve sünnetteki genel ilkeler temelinde, zaman ilerledikçe karmaşık bir hale gelen

⁵³ Yakut, 2015, a.g.k., s.67; Aydın, 2017a, a.g.k., s.59.

⁵⁴ Mehmet Akad ve Bihterin Vural Dinçkol (2006). Genel Kamu Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, s.59; Hayrettin Karaman (2012). Mukayeseli İslam Hukuku. İstanbul: İz Yayıncılık, C.I, s.68; Şerif Mardin (2011). Din ve İdeoloji. İstanbul: İletişim Yayınları, s.52.

⁵⁵ Ekinci, 2016, a.g.k., s.103.

⁵⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu (1996). İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı. İstanbul: Beyan Yayınları, s.66, Aydın, 2017a, a.g.k., s.61.

⁵⁷ Imber, 2004, a.g.k., s.41-42; Aydın, 2017a, a.g.k., s.61.

⁵⁸ Üçok, 1970, a.g.k., s.41: Yanlış sonuca ulaşan müçtehit, "müçtühidi-i muhtı" olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁹ Aydın, 2017a, a.g.k., s.61.

hukuki sorunlara çözüm üretebilecek, böylelikle de dönemin değişen şartları doğrultusunda gelişim gösterebilecektir⁶⁰.

1.2. Örfî Hukuk'un Kaynakları

Elimizde mevcut olan tarihi belgeler ışığında; örfî hukuk kelimesinin, Fatih Sultan Mehmet döneminin tarihçilerinden olan Tursun Bey'in, Farabi ve Nasireddin Tusi'den elde ettiği bilgiler ışığında kaleme aldığı eseri Tarih-i Ebul Feth'de⁶¹ ilk defa kullanıldığı bilinmektedir⁶².

Tursun Bey, insanların düzen içerisinde tutulması için padişah tarafından tedbir alınması gerektiğini söyler ve bu türden tedbiri “siyaset” olarak adlandırır⁶³. Bu noktada ikili bir ayrıma giden Tursun Bey; tedbirin esasında hikmet yani Tanrısal bir kaynak olması durumunda şeriattan ibaret olan bu tedbire siyaset-i ilahi denilirken, Cengiz Han yasasında olduğu gibi tedbirin esasında akıl olması durumunda ise bu tedbire siyâset-i sultanî denildiğini ve bunun örf olarak adlandırıldığını belirtmektedir⁶⁴. Tursun Bey, Müslümanların huzuru için çeşitli tedbirler uygulamanın şart olduğunu ve ister şeriattan kaynaklansın isterse akıldan, her iki tür tedbirinde bir padişahın iradesine ihtiyaç duyduğunu, aksi takdirde kargaşanın hüküm süreceğini belirterek, siyasi bir otoritenin varlığının gerekliliğine vurgu yapmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi İslam Hukuku, Kur'an-ı Kerim ve sünnet temelinde İslam Hukukçularının yaptığı içtihat faaliyeti sonucunda gelişim göstermiş, sadece dört halife döneminde, devlet başkanlarının yani dört halifenin birer müçtehit hukukçu olması sebebiyle İslam Hukuku'nda devletin etkisi görülmüş, bu istisnai dönem dışında devlet başkanları İslam Hukuku'nun oluşumuna müdahil olmamışlardır⁶⁵. Zira halife sıfatına sahip olsa dahi İslam

⁶⁰ Ekinci, 2016, a.g.k., s.106.

⁶¹ Tursun Bey (1977). Tarih-i Ebü'l-Feth. Haz. Mertol Tulum, İstanbul: Baha Matbaası, s.12: “Ve bunun gibi tedbire siyâset dirler. Ve eğer şöyle ki bu tedbir ber-vefk-ı vücûb ve kâ'ide-i hikmet olursa –ki mü'eddî ola bir kemâle ki bi'l-kuvve benî-nev'ün eşhâsında konulmuştur ki ol kuvvet iktisâb-ı sa'âdeteyndür- ana ehl-i hikmet siyâset-i ilâhî dirler, ve vâzî'ına şâri' ıtlak iderler ki, peygamberdür. Ve illâ, yani bu tedbir ol mertebede olmazsa belki mücerred tavr-ı akl üzre nizâm-ı âlem-i zâhir için, meselâ tavr-ı Cengiz Han gibi olursa, sebebine izâfet iderler, siyâset-i sultânî ve yasağ-ı pâdîşâhî dirler ki örfümüzce ana örf dirler.”; Tursun Bey (2014). Fatih'in Tarihi. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayınları, s.14; Tursun Bey (2013). Fetih Babası Fatih'in Tarihi (Târîh-i Ebü'l-feth). Haz. Mertol Tulum, İstanbul: Kapı Yayınları, s.12: “Bunun gibi tedbire siyaset derler. Ve eğer bu tedbir gerektiği gibi ve hikmet yoluna uygun olursa, öyle bir ergenliğe sebep olur ki, bu ergenlik potansiyel olarak insan kişiliklerinde konulmuştur, ve o güç iki dünya mutluluğunu kazandırır, ona hikmet ehli “ilahi siyaset” derler, ve koyucusuna “nâmûs” derler. Şeriat erleri ona “şeriat” derler, ve koyucusuna “şâri” adını verirler ki, peygamberdir. Aksi durumda, yani bu tedbir o mertebede olmazsa, belki salt akıl yolu olarak bu dünyanın düzeni için, örnek olarak, Cengiz Han'ın yaptığı türden olursa, sebebiyle ilişkilendirirler, “sultan siyaseti” ve “padişah yasağı” derler ki, geleneğimizde ona “örf” derler.”.

⁶² Halil İncalcık (1988), “Örf”, İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Millî Eğitim Bakanlığı, C.9, s.480; İncalcık, 1958, a.g.m., s.125; Yakut, 2015, a.g.k., s.67; Aydın, 2017b, a.g.k., s.16; Ekinci, 2016, a.g.k., s.166-167.

⁶³ İncalcık, 1958, a.g.m., s.125.

⁶⁴ İncalcık, 1958, a.g.m., s.125.

⁶⁵ Aydın, 2017b, a.g.k., s.18; Aydın, 2017a, a.g.k., s.67.

devleti başkanı eğer bir fakih değilse, şer'i hukuka ilişkin yorum faaliyetine girişemezdi⁶⁶. Örfi Hukuk ise İslam Hukuku'nun aksine İslam hukukçuların faaliyetleriyle değil bizzat padişahın iradesiyle oluşum göstermiştir⁶⁷. Yani örfi hukuk alanında yasama yetkisi padişahındır. Ancak bu aşamada kısaca belirtmek gerekir ki aslen padişaha ait olan yasama faaliyetinin teknik düzenlemelerinde de aşağıda göreceğimiz üzere yine dönemin hukukçuları rol alır.

Osmanlı Devleti de tıpkı önceki bazı İslam devletlerinde görülebileceği gibi ihtiyaç duyduğu hukuki düzenlemeleri devlet eliyle meydana getirmiştir⁶⁸. Bu şekilde padişah iradesiyle hayat bulan hukuk kurallarının toplamından oluşan hukuki alana örfi hukuk denir⁶⁹.

Bu noktada örfi hukukun kaynağının daha iyi anlaşılabilmesi için örf kelimesinin zaman içerisinde yaşadığı anlam farklılaşmasına da değinmek faydalı olacaktır. Örfi hukuk kelimesi, Osmanlı döneminde padişahın kendi iradesiyle koyduğu hukuk kurallarının bütünüdür. Örf kelimesinin bugün kullanılan gelenek, görenek anlamını, o dönemde daha çok âdet kelimesi karşılamaktaydı⁷⁰. Osmanlı Devleti'nin yürütme ve icra gücünü elinde bulunduran devlet görevlilerinin bütünüdür ifade edecek şekilde kullanılan ehl-i örf kelimesindeki örf tabiri ise devletin gücünü yansıtacak şekilde kullanılmıştır⁷¹. Hem bu anlamı hem de padişahın koyduğu hukuk kuralı anlamı itibarıyla örf kelimesi; padişahın iktidarını, padişahın iradesini yansıtır. Osmanlı dönemindeki bu iki kullanımında da örf, padişahın kaynaklanan, ondan türeyen anlamını vermektedir. Aynı kelime günümüzde ise bir bölgede gelenek ve göreneklere dayanan, eskiden beri uygulana gelen normları ifade etmek için kullanılır.

Bu anlam değişiminin arka planında yatan etmen ise Osmanlı Devleti'nin, hüküm sürdüğü bölgelerdeki farklılıkları göz önüne alan politikasıdır⁷². Bu politika gereği Padişah, bir bölgede

⁶⁶ H. İncelik (2017). Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet. İstanbul: Kronik Kitap, s.33.

⁶⁷ Yusuf Halaçoğlu (1995). Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Halaçoğlu, s.119; Aydın, 2017a, a.g.k., s.67; İncelik, 1988, İslam Ansiklopedisi, C.9, s.480.

⁶⁸ Barkan, 1945, a.g.m., s.208-209; Aydın, 2017b, a.g.k., s.18; Yakut, 2015, a.g.k., s.67-68.

⁶⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.87-102; Mehmet Akman (2007). "Örf", İslam Ansiklopedisi, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.34, s. 93.

⁷⁰ Canatar, 2012, a.g.m.s.36; İncelik, 2017, a.g.k., s.34; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.226; Halil İncelik, 1988, İslam Ansiklopedisi, C.9, s.480.

⁷¹ Ekinci, 2016, a.g.k., s.165.

⁷² İ. H. Uzunçarşılı (2003). Osmanlı Tarihi. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, C.II, s.6: Aynı hoşgörü politikası İstanbul'un fethinden sonrada sürdürülmüş, bu politika sayesinde yapılan fetihler köleleştirme değil, aksine bölge halkına daha iyi şartlar oluşturma itibarıyla özgürleştirme niteliğinde olmuştur.; Ahmed Akgündüz ve Said Öztürk (2000). Bilinmeyen Osmanlı. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.31: Osmanlı Devleti'nin Balkanlar'da devamını sağlayan temel unsurun hoşgörü politikası olduğu belirtilir.; Lord Kinross (2008) Osmanlı: İmparatorluğun Yükselişi ve Çöküşü. Çev. Meral Gaspıralı. İstanbul: Altın Kitaplar, s.27; Hasan Tahsin Fendoğlu (1994). Hukuk Tarihimizde Temel Haklar. Konya: Mimoza Yayınları; Aydın, 2017a, a.g.k., s.230; İstanbul Kadı Sicilleri Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (2008). İstanbul: İSAM Yayınları, s.51, 59, 70, 91, 97, 115, 117, 134, 137, 148, 193-194, 209, 283; Murad Ağa b. Abdullah, Pervâne b. Abdullah ve Ali Bey b. Karaca kölelerini vasiyet yolu

eskiden beri uygulanmakta olan gelenekleri tanıyıp, bu gelenekleri kendi iradesi ile örfî hukuk kuralı haline getirmektedir⁷³. Osmanlı İmparatorluğu oldukça geniş bir alana yayıldığı ve içerisinde birçok farklı kültürü barındırdığı için padişah iradesini yansıtırken, genellikle ilgili bölgede uygulanana gelen gelenek-göreneklere dikkate almıştır. Diğer taraftan yeni fethedilen yerlerde uygulanmakta olan gelenekleri aniden değiştirmek yerine, bu gelenekleri başlangıçta uygun düştüğü ölçüde tanıyıp, daha sonradan ilerleyen süreç içerisinde değiştirerek Osmanlı Hukuku'na uyarlamak da örfî hukuk vasıtasıyla gerçekleştirilen bu politikanın bir parçasıdır⁷⁴. Bu yöntemin sıklıkla kullanımı ise örf kelimesini, padişahın koyduğu hukuk kuralları anlamından uzaklaştırarak, günümüzde kullanılan gelenek anlamına kavuşturmuştur⁷⁵.

ile azat etmişlerdir. Süleyman Bey b. Ali, Şeyh Mehmed, Kilerci Muhyiddin b. Ahmed, Mustafa b. Hamza, Keyvan Bey b. Abdullah ve Hammâd b. Hasan kölelerini azat etmişlerdir. Ahmed Bey b. Abdullah ve Mahi bt. Musa cariyelerini azat etmişlerdir. Sinan Ağa on yedi kölesini vasiyet yolu ile azad etmiştir. Veli Bey yedi kölesini azat etmiştir. Hasan b. Abdullah on kölesini vasiyet yolu ile azad etmiştir. ; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.222; Mu'arrif Hamza mirasını kölesi Eşe bt. Abdullah'a vasiyet etmiştir. Görüldüğü gibi temelini İslam hukukunun oluşturduğu Osmanlı Hukuk sisteminde köle azadı oldukça yaygın bir uygulamadır. Bu da göstermektedir ki özünü İslam hukukunun oluşturduğu Osmanlı'da, kendi dönemine göre kölelere karşı ılımlı bir yaklaşım vardır. ; Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.93, 114, 74, 117, 121, 124, 135, 149, 185, 188, 219, 236, 246, 295, 327; "Sultan-ı a'zam, Çerkeziyyü'l-asl, orta boylu, açık kaşlı, elâ gözlü Bayezid b. Abdullah'ı âzat etti." Kanuni Sultan Süleyman'ın kölesini azat ettiği, kadı mahkemesi tarafından bu şekilde tespit edilmiştir. İlgili Kadı mahkemesindeki bir başka kayda göre padişah üç kapıkulunu azad etmiştir. İlgili kayıt azad edilen kapıkullarının eşgalini belirler: "Hazreti Sultan-ı a'zam, işbu âzat ikrarının zât-ı şâhânelerinden sudûruna kadar mülkiyetinde bulunan açık kaşlı, uzun boylu, iri gözlü, esmer, 192. Bölükden sipâhi Behrâm Bey b. Abdullah nâm abd-i memlûkini ve açık kaşlı, elâ gözlü, orta boylu, değirmi yüzlü, beyaz tenli, 48. Bölükden sipâhi Keyvan b. Abdullah nâm abd-i memlûkini ve kilerci, 135. Bölükden sipâhi, uzun boylu, açık kaşlı, ala gözlü, Engürüsüyyü'l-asl Murad b. Abdullah nâm abd-i memlûkini âzat ve tahrîr etti." İlgili mahkeme kayıtlarından anlaşıldığı üzere Kanuni Sultan Süleyman birçok köle azadı işlemi gerçekleştirmiştir. Diğer taraftan Kadı Abdülkadir B. Ebülhayr Macar asıllı kölesini azad etmiştir. Kırkkilise livası beyi Sinan Bey b. Abdullah, dört kölesini azat etmiştir. Sadrazam Ali Paşa b. Abdurrahman, Macar asıllı kölesini azat etmiştir. Sipahi Mustafa Subaşı, Sipahi Süleyman Bey ve Sipahi Hüseyin Bey kölelerini azat etmişlerdir. Novi dizdarı Musa b. Hüseyin Macar asıllı kölesini azat etmiştir. Fâtıma Sultan bt. Muslihiddin Bey, otuz altı köle ve cariyesini vasiyetle azat etmiştir. Silahdar Hüseyin Bey b. Abdullah, kölelerini azad etmiştir. Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin oğlu Halep kadısı Mehmed Çelebi Efendi, kölesini azat etmiştir. Müderris Mustafa b. Mehmed, Macar asıllı kölesini azat etmiştir. Nişancı Ramazanzâde Mehmed Çelebi, üç kölesini azad etmiştir. Kadı Sinan b. Mustafa, Frenk asıllı bir kölesini azad etmiştir. Kadı Mevlânâ Mustafa Çelebi b. Mevlânâ Hayreddin, kölesini azad etmiştir. Görüldüğü gibi Osmanlı Hukuk sisteminde önemli görevlerde bulunan birçok kişi köle azadı ile İslam hukukunun kölelik kurumuna olan yaklaşımını benimsediğini göstermiştir.; Detaylı bilgi için bkz. Toledo P. (2007). "Türkiye Seyahati Adlı 16. Yüzyıl Anonim İspanyol Eserine Göre Türklerdeki Esaret Sistemi". Muhteşem Süleyman. Ed. Özlem Kumrular. İstanbul: Kitap Yayınevi, s.169-183; Halil İncalcık (2010). Osmanlılar. İstanbul: Timaş Yayınları, s.71: Osmanlı Devleti kimi zaman hüküm sürdüğü bölgelere vergi muafiyeti gibi imtiyazlar da vermiştir. Bu imtiyazların elbette ki birinci sebebi bu bölgelerin kontrolünü kolaylaştırarak, bağlılıklarının devamını sağlamaktır.

⁷³ İncalcık, 2017, a.g.k., s.34; İncalcık, 1988, İslam Ansiklopedisi, C.9, s.480.

⁷⁴ Barkan, 1945, a.g.m., s.209; Ömer Lütfi Barkan (1997). "Kanunname", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.6, s.194; Halil İncalcık (2014). Fatih Devri Üzerinde Tetkikler ve Vesikalar. Ankara: Türk Tarih Kurumu, s. 185-186; Heyd, 1984, a.g.m., s.638.

⁷⁵ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.226.

Ancak önemle vurgulamak gerekmektedir ki; bölgesel gelenekleri Osmanlı Hukuk sistemine dâhil eden unsur, bölgedeki insanların iradesi değil padişahın iradesidir⁷⁶. Yani ana kural devam etmektedir. Her ne sebeple olursa olsun bir hukuk normunun örfi hukuk kuralı olarak Osmanlı Hukuk sistemine dâhil olabilmesi için padişahın iradesi, yani fermanı şarttır. Aksi takdirde bu kurallar, sadece âdet olma niteliklerini sürdürecekler, padişahın iradesine bağlanmadıkları için de Osmanlı Devleti'nin icra gücünden yoksun kalacaklardır.

Kısacası örfi hukuk kurallarının içerikleri ya ilgili yörelerde uygulana gelen geleneklere ya da devletin idare amirlerince tasarlanan usul ve kaidelere dayanırlar, fakat her iki ihtimalde de bu düzenlemeler ancak padişahın iradesinin eklenmesi ile örfi hukuk kuralı haline gelir ve yürürlüğe girerler⁷⁷.

Diğer taraftan padişah iradesiyle yürürlüğe giren örfi hukuk kurallarının yürürlükte kalması da yine padişahın kendi iradesine bağlıdır. Nitekim padişah, çıkaracağı yeni bir fermanla yürürlükteki örfi hukuk kuralını ilga edebilir. Diğer taraftan yürürlükleri padişahın iradesine bağlı olan bu hukuk kuralları, padişahın ölmesiyle, yani iradesinin son bulmasıyla da yürürlükten kalkarlar, yürürlüklerinin devam edebilmesi için tahta yeni çıkan padişahın iradesiyle yenilenmeleri gerekir⁷⁸.

Fatih Kanunnamesinin başlangıcında yer alan ve Fatih Sultan Mehmet'in iradesini yansıtan:

*“Bu kanûnnâme atam ve dedem kanûnudur, benim dahi kanûnumdur; evlâd-i kiramım neslen ba'de neslin bununla âmil olalar”*⁷⁹

cümlesi de bu durumu vurgular niteliktedir⁸⁰. Bu metinde Padişah, kendisinden önce yürürlükte olan ata ve dede kanunlarına, kendi iradesini yansıtan *“benim dahi kanûnumdur”* irade beyanıyla birlikte yeniden yürürlük kazandırdığını belirtmekte ancak aynı cümlenin devamında ise kendi iradesine dayanan bu kanunların yürürlüğünün, iradesinin sona ermesinden sonra, yani vefatının ardından dahi devam etmesini istemektedir⁸¹. Bu ifade göstermektedir ki Osmanlı Hukuk sistemindeki örfi hukuk kuralları yürürlükleri için dönemin padişahının iradesine muhtaçtır. Bu durumun farkında olan Fatih Sultan Mehmet ise ardından gelecek padişahların iradelerine seslenerek, onların bu kanunun yürürlüğünü sürdürmelerini

⁷⁶ İncalcık, 2017, a.g.k., s.34; İbrahim Kâfi Dönmez (2007). “Örf”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.34, s. 89.

⁷⁷ Barkan, 1945, a.g.m., s.213; Aydın, 2017b, a.g.k., s.18; Aydın, 2017, a.g.k., s.67.

⁷⁸ Heyd, 1973, a.g.k., s.172; İncalcık, 2017, a.g.k., s.44; İncalcık, 1958, a.g.m., s.114; Aydın, 2017b, a.g.k., s.18-19; Aydın, 2017, a.g.k., s.67; Yakut, 2015, a.g.k., s.73.

⁷⁹ Akgündüz, 1990, C., s. 317.

⁸⁰ İncalcık, 2017, a.g.k., s.44-45; İncalcık, 1958, a.g.m., s.112.

⁸¹ İncalcık, 2017, a.g.k., s.44-45; İncalcık, 1958, a.g.m., s.112, 114; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.122.

istemektedir. Kendi kanunlarının yürürlüğünün kendinden sonra dahi devam etmesini istemek, dönemin hükümdarlarında oldukça sık görülen bir yaklaşımdır. Ancak başka bir ifade, Fatih Sultan Mehmet'in döneminin ilerisinde bir bakış açısına sahip olduğunu gösterir:

*“ Bu kadar ahvâl-i saltanata nizam verildi şimden sonra gelen evlâd-i kiramımdan dahi islâhına sa'y etsünler ”*⁸²

Bu cümlede, ardı gelen padişahlar tarafından ilgili Kanunname hükümlerinin düzeltilip iyileştirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁸³. Fatih Sultan Mehmet, kendi beşeri iradesine dayanan hukuk kurallarının değiştirilemeyecek katı kurallar olmadığını, değişen zaman içerisinde düzenlenebileceklerini vurgulamaktadır. 1400'lü yıllarda sahip olunan bu bakış açısı şüphesiz oldukça dikkat çekicidir.

Padişahın yasama yetkisini kullanarak, örfi hukuku oluşturan hukuk kurallarını beyan ettiği fermanlarının, kolaylık olması için bir araya getirildiği metinlere Kanunname denilmektedir⁸⁴. Bu kanunnamelerin nüshaları da Osmanlı hükmünün sürdüğü farklı bölgelere gönderilir⁸⁵.

Diğer taraftan Osmanlı padişahları kimi zaman; kadıların, İslam Hukukçularının farklı görüşlerinden hangisi doğrultusunda karar vereceklerini de tespit etmişlerdir⁸⁶. Burada, Osmanlı padişahının itilafı olan şer'i hukuk konusunda bir İslam Hukukçusu gibi yeni bir görüş ortaya koymadığına dikkat edilmelidir. Padişah, İslam hukukçularına ait olan mevcut görüşlerden birisini, hukuki birliğin sağlanması için adeta resmileştirmektedir. Bunu yaparken de esasen kazasker veya şeyhülislamın tavsiye ve görüşlerini dikkate alır⁸⁷.

Söz konusu bir araya getirme faaliyetinin mevcut belgeler ışığında tespit edilebildiği ilk metin ise Fatih Kanunnamesidir⁸⁸. Diğer taraftan Osmanlı döneminde gerçekleştirilen hukuk kurallarını bir metinde toplama faaliyeti, sadece resmi kanallardan yapılmamış, aynı zamanda bazı hukukçular tarafından da gerçekleştirilmiştir⁸⁹. Bu resmi veya özel menşeli

⁸² Akgündüz, 1990, a.g.k., s.326.

⁸³ İncılık, 2017, a.g.k., s.46; İncılık, 1958, a.g.m., s.116.

⁸⁴ Barkan, 1945, a.g.m., s.214; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.227; Aydın, 2017b, a.g.k., s.19.

⁸⁵ Heyd, 1984, a.g.m., s.640; Halil İncılık (1967). Adâletnâmeler. Ankara: Türk Tarih Kurumu, Türk Tarih Belgeleri Dergisi 1965, C.2, S.3-4'den ayrı basım, s.65; İncılık, 10 Safer 922 tarihli Eflaklar adâletnâmesinin, Semendere sancağındaki Eflaklar, voynuklar ve diğer reayanın şikâyetleri üzerine gönderildiğini bildirmektedir.; Tuncer Gökçe (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Bir Kanunname Sureti Hakkında, TAD, c.V, 1990, s. 217-218; örneğin bir kanunname de bu kanunnamenin farklı şehirle gönderildiği ve bunun kadılardan gelen talep doğrultusunda gerçekleştirildiği belirtilmektedir.

⁸⁶ Heyd, 1984, a.g.m., s.641; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.119.

⁸⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.67; Heyd, 1984, a.g.m., s.641.

⁸⁸ İncılık, 2001, İslâm Ansiklopedisi, C.24, s.334; Heyd, 1984, a.g.m., s.635.

⁸⁹ Aydın, 2017b, a.g.k., s.19; Aydın, 2017a, a.g.k., s.68.

Kanunnameler, yani örfi hukuku kısmi olarak⁹⁰ tedvin⁹¹ etme faaliyetleri, kadınlara oldukça kolaylık sağlamıştır⁹².

Diğer taraftan kanunnamelerin en önemli işlevlerinden birisi, devlet görevlilerine uymaları gereken nizamı yazılı bir şekilde göstermek, onların hukuka uygun davranmalarını sağlamak ve başlarına buyruk hareket etmelerinin önüne geçmektir⁹³. Nitekim Osmanlı reayası, bölgedeki ehl-i örf mensubu devlet görevlilerinin; kadı hükmü olmaksızın infaz edilen cezai yaptırım veya mükellef olunmayan vergi tahsili gibi, Osmanlı Hukuku'na aykırı olan keyfi işlemlerine maruz kalabilmektedirler⁹⁴. Yine yerel yöneticiler tarafından halka zulm edildiği

⁹⁰ Aydın, 2017a, a.g.k., s.68; Osmanlı uygulamasında, örfi hukuk kurallarının bir kısmının aynı metine toplanması yönünde bir kanunname haline getirme metodunun varlığı olmasına rağmen, Tanzimat dönemine kadar herhangi bir hukuk dalına ilişkin bütün hükümleri kapsayan bir kanunlaştırma faaliyeti gözlemlenmemiştir. Aydın kitabın da bunun sebebi olarak; padişah iradesinin değişmesi veya şartların farklılaşması nedeniyle örfi hukukun sürekli olarak bir değişim içerisinde olmasını ve zaman içerisinde kısım kısım yapılan kanunlaştırma faaliyetleri sebebiyle bütün bir hukuk alanını kapsayacak nitelikte bir tedvin faaliyeti ihtiyacının hissedilmemesi olarak göstermiştir.

⁹¹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.1230; "*tedvin: kitap haline getirme*".

⁹² Aydın, 2017b, a.g.k., s.19; Aydın, 2017a, a.g.k., s.68.

⁹³ Heyd, 1984, a.g.m., s.635; H. İnalçık (2012), "Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü", Adâlet Kitabı, Ed.: H. İnalçık vd., Ankara: Kadim Yayınları, s.143, 147; Ergene, Boğaç (2001), "On Ottoman Justice: Interpretations In Conflict (1600-1800)", Studies in Islamic Law and Society. Leiden: Brill, s.59-62; Aydın, 2017b, a.g.k., s.19; Aydın, 2017a, a.g.k., s.70; Yakut, 2015, a.g.k., s.69; Mustafa Avcı (2010). Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler. Konya: Mimoza Yayınları, s.22; Belkis Konan (2013). Osmanlı Devleti'nde İdari Yargının Gelişimi. Ankara: Statü Yayıncılık, s.33-36; Halil İnalçık (1988). "Şikâyet Hakkı: Arz-ı Hal ve Arz-i Mahzarlar. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları, Ayrı Basım, s.33; Yücel Özkaya (2010). 18. Yüzyılda Osmanlı Toplumunu. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s.203; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2147.

⁹⁴ Halil İnalçık, 2001, İslâm Ansiklopedisi, C.24, s.334: Fatih'in kanunnamesi kanunsuz alınan vergilerin ve yolsuzlukların engellenmesini de amaç edinmiştir.; İnalçık, 1967, a.g.m., s.52; Merkezi iktidarın bölge üzerindeki otoritesinin zayıflamaya başlamasıyla birlikte, sahip olduğu gücü keyfi kullanma eğilimi gösteren ehl-i örf mensuplarının yaptıkları ilk hukuka aykırı fiil, kanunsuz vergi toplamak olmuştur.; İnalçık, 2012, a.g.m., s.147-149; N. İrem (2012), "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması", Adâlet Kitabı, Ed.: H. İnalçık vd., Ankara: Kadim Yayınları, s.281; Aydın, 2017a, a.g.k., s.70; Maurits H. Van den Boogert (2014). Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi. Çev. Ali Coşkun Tuncer. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.119; Koçi Bey (1997). Koçi Bey Risalesi. Sad. Zuhuri Danışman. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, s.46: Koçi Bey kaleme aldığı bu metinde rüşvet konusuna da dikkat çekmiştir.; M. Akdağ (2010). Türkiye'nin İktisadî ve İçtimâî Tarihi. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s.320; Ömer Lütfi Barkan (1943), XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları Kanunlar, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türkiyat Enstitüsü Neşriyatı, s.117: Malatya Livası Kanunu'nda kanunda yer alan miktardan daha fazla para cezasının tahsil edilmemesi konusunda idareciler uyarılmıştır.; B. Kütükoğlu (1993), Osmanlı İran Siyasi Münasebetleri, İstanbul: Fetih Cemiyeti Yayınları: İran tehdidine karşılık Osmanlı'nın hâkimiyeti altındaki Azerbaycan topraklarında konumlandırılan kapıkullarına maaş yetiştirilemeyince, yaşanan maddi sıkıntı, reâyâdan kanun dışı vergi alınarak giderilmek istenmiştir.; İnalçık, 2012, a.g.m., s.170: Osmanlı kanunnameleri ve adâletnamelerinde engellenmeye çalışılan hukuksuzlukların en önemlilerinden biri, ehl-i örf mensubu görevlilerin reâyâdan kanunsuz salgun toplamasıdır. "*Salgun veya salma reâyâdan istenen olağanüstü nakdî veya aynî vergilerdir.*" "... devletin uyguladığı avarız vergileri de, aslında devlet salgunlarından başka bir şey değildir ve XVI. Asır ikinci yarısından itibaren reâyâ üzerinde devamlı ağır bir yük haline gelmiştir." Salgun olağanüstü durumlarda devlet eliyle kanuna dayalı olarak toplanması gerekirken İnalçık'ın belirttiği üzere askeri sınıf mensubu görevliler, sıkıntılı zamanlarda salgun toplanmasını söyleyen bu eski kanunname ve adâletnamelerden cesaret alarak, özellikle merkezden maaş alamadıkları zamanlarda, herhangi bir kanuni hüküm olmamasına rağmen salgun toplamışlardır.; Mustafa Akdağ (2017). Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası Celali İsyanları. İstanbul: Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık, s.283-355: Osmanlı Devleti'nde reaya ile yerel yöneticiler arasında birçok konuda çekişme olmuştur.; Mühimme Defteri 90 (1993). İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, s.16: İlgili mühimme defteri kaydına göre Balya kadısı,

örnekler de mevcuttur⁹⁵. Bu keyfi işlemler aynı zamanda ehl-i örf ve ehl-i şer arasındaki çekişmenin de bir yansıması niteliğindedir. Ehl-i örfün keyfi işlemlerini baskılayacak en önemli araç ise örfi hukuk düzenlemesi niteliğindeki adâletnâmelerdir⁹⁶. Zira adâletnâme padişahın iradesini sancağa taşır. Padişahın iradesine elçilik eder. Adâletnâmenin hükümlerine karşı gelen devlet görevlisi, aslında padişahın iradesine karşı gelmektedir. Adâletnâme ile hukuka aykırı davranan devlet görevlisine, hukuk kuralları hatırlatılır⁹⁷. Bu durumun farkında olan reaya, memnun olmadıkları yöneticiler karşısında adâletnâmenin gölgesine sığınmışlardır.

Örneğin; II. Bayezid döneminde Kefalonya bölgesindeki halk, şikâyetçi oldukları yöneticilere tabi oldukları hukuk kurallarının hatırlatılmasını merkezden talep etmişlerdir. Nitekim ilgili Kafelonya kanunnamesinin başında; halkın devlet görevlilerinden şikâyetçi olduklarından ve bu sebeple kendilerine kanunname gönderilmesini istediklerinden söz edilir⁹⁸. Diğer bir

Akhisar hassının kanunsuz vergi topladığını merkeze gönderdiği mektup ile bildirmiştir.; Peçevi İbrahim Efendi (1981). Peçevi Tarihi. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, C.1, s.4: Peçevi'nin aktarımına göre Gelibolu Sancakbeyi ve Kapudanı Kanlı Cafer Bey, birçok zulmler yaptığı için idam edilmiştir.; Mehmet İpşirli (1994). "Ehl-i Örf", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.10, s.520.

⁹⁵ Gerber, 1981, a.g.m., s.271; Yuzo Nagata (1999). Muhsin-Zade Mehmed Paşa ve Ayanlık Müessesesi. İzmir: Akademi Kitabevi, s.28; R. Gunnis (2014). Historic Cyprus. London: Orage Press., s.33; Harry Charles Luke (2014). Türk İdaresinde Kıbrıs. Çev. Ali Çakıroğlu, Kıbrıs: Galerî Kültür Yayınları, s.43: Silahdar Çil Osman'ın fazla vergi toplaması üzerine başpiskopos merkeze arz-ı hâl göndererek bu görevliyi şikâyet etmiştir. Bunun üzerine merkez, soruşturma için bir görevliyi Kıbrıs'a göndermiştir.; BOA, A. {DVNSMHHM.d... / 21 – 23: 15-01-981 tarihli mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere reaya, vakıf yöneticisini Divan-ı Hümayun'a şikâyet etmiştir.; BOA, 1994, 5 Numaralı Mühimme Defteri, a.g.k., s. 6: 5 Muharrem 973 tarihli diğer bir kayıta ise Ahi isimli zimmiyi ve dört hizmetlisini öldürdüğü iddia edilen Boğdan Voyvodası Aleksandra'nın, maktûlün varisleri tarafından yapılan şikâyet üzerine Brail kadısı tarafından yargılanması emredilir. M. Çağatay Uluçay (2016). XVII. Asırda Saruhan'da Eşkiyalık ve Halk Hareketleri. Manisa: Manisa Halkevi, s.351-352: Yerel yöneticilerin bölge halkından karşılıksız zorla mal alması üzerine Divan-ı Hümayun'a şikâyetler gelmiş ve bunun üzerine divan, Manisa kadısından ilgili hukuka aykırılıkların engellenmesini istemiştir.; BOA, İE.DH / 29 – 2588: 29-12-1131 tarihli ilgili belgede Van vilayetinde bulunan Kanar kalesinin beyi Emir Kasım'ın adamlarıyla köyleri basıp insanları öldürdüğü ve mallarını gasp ettiği için kesik başının İstanbul'a gönderilmesi, Van valisine emredilmektedir.; Divan'a yapılan söz konusu şikâyetlerin konusu yerel yöneticilerin eylem ve işlemleridir. Divan bu eylem ve işlemleri denetler. Ancak bu denetim genelde yerel yönetici düzeyinde kalmış, merkez idarenin eylem ve işlemleri istisna tutulmuştur. Bilindiği üzere günümüzde idarenin her türlü eylem ve işlemleri (bazı istisnalar dışında) hukuki denetime tabidir. Gerekli bilgi için bkz. Özbudun, 2011, a.g.k., s.124; Ramazan Cengiz Derdiman (2006). Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni. İstanbul: Alfa Aktüel Yayınları, s.98-99, 356-358; Tülin Çağdaş (2009). 1921-1924-1961-1982 Anayasalarının Özellikleri. İstanbul: Beta Yayın, s.31; Detaylı bilgi için bkz. Ali Akyıldız (2008). Danıştay ve Hukuk Devleti. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları, s.457-550.

⁹⁶ İncalcık, 1967, a.g.m., s.51-52: Adâletnâme kelimesindeki adalet terimi, güç sahibi devlet görevlilerinin halkı ezmesinin engel olunması anlamında kullanılmıştır.; Akgündüz, 1990, a.g.k., s.99; Halil İncalcık (2009). Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, C.I, s.324-328: Taşraya gönderilen adâletnâmeler gibi yazılı belgeler taşradaki idarecilere tabi oldukları hukuk sınırlarını hatırlatarak, taşradaki halkın lehine yerel yöneticileri sınırlar. Yani örfi hukuk kurallarının her ne kadar merkezi iktidarı sınırlama gibi bir niteliği olmasa da yerel iktidar odaklarını sınırlayıcı bir işlevi vardır. Nitekim yukarıda değindiğimiz üzere yerel yöneticilerden şikâyetçi olan halk, merkezden onların tabi oldukları hukuk sınırlarını gösterir belgeler talep etmiştir.

⁹⁷ Ömer Lütfi Barkan (1980). Türkiye'de Toprak Meselesi. İstanbul: Gözlem Yayınları, s.734: 959 tarihli Basra Kanunnamesi ve Katif Kanunu.

⁹⁸ Aydın, 2017a, a.g.k., s.70; Akgündüz, 1990, C. II, s.422.

kanunname metninde; halkı, idarecilerin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı koruma, yine amaç olarak gösterilmiştir⁹⁹. Kısacası Ehl-i örfün kanuna uygun davranmasının istenmesi, kanunnamelerde sıklıkla karşılaşılan bir husustur¹⁰⁰. Bu gaye Osmanlı adâletnâmelerinin de özünü oluşturur¹⁰¹. Semendere'ye gönderilen Eflâklar Adâletnâmesi'nde, sancaktaki hükümet görevlileri tarafından gerçekleştirilen bir takım keyfi işlemleri ve hukuka aykırılıkları tespit ile önleme görevi, Semendere kadısına¹⁰² emredilmektedir¹⁰³. Kimi zaman ise şikâyetler bölge kadısı tarafından merkeze yapılır¹⁰⁴.

Diğer taraftan ileride daha detaylı inceleyeceğimiz üzere adâletnâmelerin reâyâ yönelik engellemeye çalıştığı hukuksuzluklar sadece ehl-i örften kaynaklanmamakta, ehl-i şer kaynaklı da olabilmektedir¹⁰⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ilgili örfi hukuk düzenlemelerinin gönderilmesinin yetkililer tarafından talep edildiği örnekler de mevcuttur¹⁰⁶.

Osmanlı'da örfi hukuk kuralları, genellikle bütün ülke topraklarını kapsayacak kanunlar değil de en başta arazi ve vergiye ilişkin düzenlemelerde görüldüğü üzere daha çok bölgesel içerikli düzenlemeler getirmişlerdir¹⁰⁷. Kanunnameler, bütün ülke topraklarını kapsayan umumi

⁹⁹ Heyd, 1984, a.g.m., s.635.

¹⁰⁰ Ömer Lütfi Barkan, 1943, a.g.k., s.114: Rum Vilayeti Sipahi Kanunu md. 17: "*Minba'd ehl-i örf olanlar bu kanundan tecâvüz eylemeyeler tecâvüz idenleri hâkim-ül-vakt olanlar men' eyleyeler Memnu' olmayanları der-i devlete arz eyleyeler.*"; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.3, s.94; Yavuz Sultan Selim'in Umumi Kanunnamesi'nin 50 inci maddesi uyarınca: "*Kadı marifetinsüz kimesneyi haps etmeyeler*".

¹⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. İncalcık, 2012, a.g.m., s.143-197.

¹⁰² Osmanlı tarihi boyunca yaşanan ehl-i örf ve ehl-i şer arasındaki çekişmenin taşradaki yansımasında, bir tarafta ehl-i şer mensubu olarak ilgili bölgenin kadısı, diğer tarafta ise yürütme organının ilgili bölgedeki uzuvları olan eyalet beyi, beylerbeyi, subaşı gibi görevliler yer almaktadır.

¹⁰³ İncalcık, 1967, a.g.m., s.65; İncalcık, 2012, a.g.m., s.163; İlgili adâletnâme Semendere sancağındaki Osmanlı reâyâsının şikâyetleri üzerine sancağa gönderilen ulema sınıfına mensup Nureddin Sarı Gürez tarafından yapılan teftiş doğrultusunda tespit edilen ehl-i örfün hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ BAO, A. {DVNSMHM.d... / 55-101: 29.11.992 tarihli mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere kadılar, hakkında katl fetvası olduğunu belirterek yaptığı hukuka aykırı davranışlar dolayısıyla Rumkale kethüdası olan Receb'i Divan-ı Hümayun'a şikâyet etmişlerdir. İlgili şikâyet doğrultusunda divan, gerekli teftişin yapılmasını Kilis, Ekrad ve Rumkale kadılarına bildirir.

¹⁰⁵ İncalcık, 1967, a.g.m., s.72: Hicri 1018 yılına ait bir adâletnâme, kadıların teftiş görevlerini kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır.; İncalcık, 2012, a.g.m., s.179-184; Bkz. Ahmet Mumcu (1985). Osmanlı Devleti'nde Rüşvet. Ankara: İnkılâp Kitabevi, s.118-155; BAO, AE.SAMD.III / 97-9640: 10-06-1130 tarihli kayıta Bafra müftüsü Abdurrahman Efendi'nin yolsuzluk iddiaları sebebiyle Amasya'da yargılanacağı belirtilmiştir.

¹⁰⁶ Robert Anhegger ve Halil İncalcık (1956). Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmani: II. Mehmed ve II. Bayezid Devirlerine Ait Yasakname ve Kanunnameler. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 3: "*İstanbul'da ve Edrene'de olan firengi filori darabhanesin dutan akçacı emin yasakname taleb etdüğü eclden darend-i misal-i şerif kulum... eline hükm-i cihan-muta'ı verdüm*".

¹⁰⁷ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.193; İncalcık, 1958, a.g.m., s.121; İncalcık, 2017, a.g.k., s.43; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.227; Aydın, 2017b, a.g.k., s.19; Imber, 2004, a.g.k., s.51; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.123; Neşet Çağatay (1994). Osmanlılarda Şer'i Örfi Hukuk Kavramı ve Uygulanışı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, XII. Türk Tarih Kongresi ayrışım, s.659; Nitekim ilgili sancağa ilişkin örfi hukuk kuralları bu sancağın tahrir defterlerinde yer alır ve bu kurallar arasında bölgelerden bölgelere farklılıklar gözlemlenebilir.

kanunnameler ve ilgili bölgeyi kapsamına alan sancak kanunnameleri olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰⁸. Örfi hukuk sahasında hiyerarşik olarak en üstte yer alan örfi hukuk düzenlemelerine umumi kanunnameler denir¹⁰⁹. Bu umumi kanunnamelere uygun olacak şekilde düzenlenen bölgesel örfi hukuk düzenlemelerine ise sancak kanunnameleri adı verilir¹¹⁰. Birçok farklı bölgeden oluşan Osmanlı'da, birçok farklı örfi hukuk kuralı yürürlükte olmuştur. Imber'in hukuki çoğulculuk şeklinde adlandırdığı bu yapının temel sebebi ise Osmanlı İmparatorluğunun oldukça geniş bir alana yayılmasının sonucunda kendisine mensup olan halkların, hem yaşayış hem de dini inanç bakımından oldukça fazla çeşitlilik göstermesidir¹¹¹. Bütün ülkeyi kapsamına alacak genişlikte örfi hukuk kuralları ise sadece ceza hukuku gibi bazı alanlarda görülebilir¹¹². Her bölgenin kendisine özgü farklılıklarını dikkate alan örfi hukuk, getirdiği kurallarla zaman içerisinde, aşamalı bir şekilde oluşmuştur¹¹³.

Padişah yasama faaliyetine esas teşkil eden iradesini fermanlar vasıtasıyla beyan ederken, hukuk kurallarının yer aldığı fermanların toplandığı belgeler ise; berat, yasak, yasakname, umumi kanunname, sancak kanunnamesi, hususi kanunname, adâletnâme ve tevki gibi isimlerle anılmaktadır¹¹⁴. Söz konusu bu belgeler taşradan gelen talep üzerine veya kendiliğinden merkez tarafından Osmanlı ülkesinin farklı bölgelerine gönderilir¹¹⁵. Osmanlı halkı bu belgelere ulaşabilirler ve bu sayede tabi oldukları örfi hukuk kurallarını önceden öğrenebilirler¹¹⁶.

¹⁰⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.87-91; Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, s.193; İnalçık, 1958, a.g.m., s.121; İnalçık, 2017, a.g.k., s.43; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.227; Aydın, 2017b, a.g.k., s.19; Imber, 2004, a.g.k., s.51; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.123.

¹⁰⁹ İnalçık, 2001, İslâm ansiklopedisi, C.24, s.334-335; Fatih Sultan Mehmet'in teşkilat kanunnamesi Kanunname-i Âl-i Osman umumi bir kanunnameyken, Örneğin Kefolonya Kanunnamesi bölgesel nitelikte bir sancak kanunnamesidir.

¹¹⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.87-91; Ümit Hassan (2017). Osmanlı Örgüt- İnanç-Davranış'tan Hukuk- İdeoloji'ye. İstanbul: İletişim Yayınları, s.189; Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.106-107.

¹¹¹ Imber, 2004, a.g.k., s.10, 54; Örneğin fethedilen yerdeki yeni kanunname ilgili bölgede önceden uygulanmakta olan vergilerden hangilerinin kalktığını ve hangilerinin uygulanmaya devam edeceğini bildirir.

¹¹² İnalçık, 1958, a.g.m., s.121; İnalçık, 2001, İslâm Ansiklopedisi, C.24, s.335; Barkan, 1943, a.g.k., s.81; Bu noktada Kanuni Sultan Süleyman'ın İbrahim paşa ile birlikte Mısır'a gönderdiği ceza kanunnamesi örnek gösterilebilir. Nitekim ilgili kanunname, içerikteki hukuk kurallarının tıpkı Rumeli ve Anadolu'da olduğu gibi Mısır'da da uygulanacağı belirtilmiştir.

¹¹³ Heyd, 1984, a.g.m., s.635; Aydın, 2017, a.g.k., s.67; Ömer Lütfi Barkan (1980). Türkiye'de Toprak Meselesi. İstanbul: Gözlem Yayınları, s.730; Barkan, "en iyi vergi halkın öteden beri vermeye alışık olduğu vergidir" kuralının benimsenerek, farklı bölgelerdeki farklı vergi yapılarının korunmaya çalışıldığını vurgulamıştır.

¹¹⁴ İnalçık, 1958, a.g.m., s.124; İsmail Hakkı Uzunçarşılı (1988), Osmanlı Devleti Teşkilatında Medhal, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, s.250; Cengiz Orhonlu (1990). Osmanlı İmparatorluğu'nda Derbend Teşkilatı, İstanbul: Eren Yayınları, s.14.

¹¹⁵ Barkan, 1945, a.g.m., s.214; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.227; Aydın, 2017b, a.g.k., s.19; Heyd, 1984, a.g.m., s.640; İnalçık, 1967, a.g.m., s.104 vd.

¹¹⁶ Enver Ziya Karal (1942). Yavuz Sultan Selim'in Oğlu Şehzade Süleyman'a Manisa Sancağını İdare Etmesi İçin Gönderdiği Siyasetname. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, s.38; İnalçık (1969). Suleiman the Lawgiver and Ottoman Law, Archivum Ottomanicum I, Netherlands The Hague: Mouton, s.135; Heyd, 1984, a.g.m., s.635; Heyd, 1973, s.176-177.

1.3. Osmanlı Hukuku'nun İkili Yapısının İncelenmesi

1.3.1. Şer'i Hukuk'un Uygulamalardaki Yeri

İslam Hukuku, İslamiyet'in bir gereği olarak hem İslam devletine hem de dârüislâmda yaşayan bütün bireylere uygulanmalıydı¹¹⁷. Bu nedenle İslam Hukuku'nun asli kaynaklarında yer alan hükümler, devlet başkanını da bağlamaktadır¹¹⁸. Bir İslam Devleti olan Osmanlı da bu doğrultuda İslamiyet'in gereklerine uygun davranarak, İslam Hukuku'nu kendi egemenlik sahası kapsamında tatbik etti ve böylelikle Osmanlı Hukuk sisteminin merkezine şer'î hukuk gelmiş oldu¹¹⁹.

Ancak Osmanlı Hukuk uygulaması çalışmanın ilerleyen aşamalarında göreceğimiz üzere mutlak bir şekilde şer'i hukuk kurallarına uygunluk göstermemektedir. Belki de uygulamadaki aykırılıkların en çarpıcı örneği, klasik dönemde dahi şer'i hukuka uygunluğu oldukça tartışmalı olan kardeş katli düzenlemesidir.

1.3.2. Örfi Hukuk'un Uygulamalardaki Yeri

Osmanlı İmparatorluğunun üç kıtada gittikçe genişleyen toprakları her geçen gün daha farklı coğrafyaların, daha farklı kültür ve toplulukların, Osmanlı sınırlarına dâhil olmasına neden olmuştur. Bir İslam Devleti olan Osmanlı'yla birlikte İslam Hukuku da doğal olarak her geçen gün farklı kültürlerle tanışmakta ve her geçen gün yeni hukuki sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sebeple ilk dönemlerde uygulanmakta olan kamu hukuku alanındaki hükümler değişen koşullar altında artık yetersiz kalmıştır¹²⁰.

Kamu hukuku alanındaki bu ihtiyaç, içtihat kapısının kapanması nedeniyle şer'i hukuk alanı tarafından da karşılanamaz. Zira müftü fetvaları ile girişilen taklid faaliyeti, kamu hukuku alanındaki söz konusu ihtiyacı karşılayacak derecede etkin değildir. Nitekim fetva faaliyeti, yeni bir İslam Hukuku kuralı tespit etmemekte, hali hazırda mevcut bulunan İslam Hukuku kurallarının somut olaya nasıl uygulanması gerektiği yönünde görüş beyan etmekle yetinmekteydi¹²¹. Bu sebeple devlet idaresi alanında ihtiyaç duyulan hukuki düzenlemelere, örfi hukuk vasıtasıyla ulaşılmada, içtihat kapısının kapalı olması oldukça önemli bir etken

¹¹⁷ Ekinci, 2016, a.g.k., s.106.

¹¹⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k. s.63.

¹¹⁹ Imber, 2004, a.g.k., s.1.

¹²⁰ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.185.

¹²¹ Aydın, 2017a, a.g.k., s.93.

olmuştur¹²². İslam Hukuku'nun bu şekilde donmuş bir kalıba sokulması¹²³, padişahları kendi iradeleriyle örfi hukuk kuralı koyma seçeneğine daha çok yönlendirmiştir¹²⁴.

Osmanlı Devleti'nde şer'i hukukun yanında örfi hukuk ismiyle anılan ve padişahın iradesine dayalı hukuk kurallarından oluşan bir kurumun yer almasının bir diğer sebebi ise bir dönem İslam Devletinin iktidarında bulunan Emevilerin, kamu hukuku alanında İslam Hukukçularının içtihat faaliyeti yürütmelerine imkân tanımamasıdır¹²⁵. Bu yönetim ve egemenlik anlayışı İslam Hukuku'nun kamu hukuku alanında gelişim göstermesini engellemiş ve böylelikle Osmanlı döneminde bu alanda daha fazla düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.

Şam'ı başkent kabul ederek saraylarını buraya kuran Emeviler, Suriye'deki Bizans geleneklerinin izlerinden etkilenmeye başladılar¹²⁶. İran ve Bizans geleneklerinin etkisiyle beraber egemenlik alanını kuvvetlendiren Emevi yönetimi¹²⁷, devlet idaresini kendi özel alanları belirleyerek, İslam Hukukçularının bu alanda içtihat faaliyetinde bulunmalarına izin vermedi. Bu nedenle İslam Hukuku, devletin idaresi için gerekli olan kamu hukuku alanında, bütün ihtiyaçlara cevap verecek derecede gelişemedi¹²⁸.

Bu sebeplerle Osmanlı İmparatorluğu ihtiyaç duyduğu düzenlemeleri, İslam kamu hukuku içerisinde bulamamıştır. Nitekim Osmanlı padişahlarının çıkardıkları örfi hukuk kuralları da büyük bir çoğunlukla kamu hukuku alanına ilişkindir¹²⁹.

Ancak belirtmek gerekir ki bu bakış açısı, içtihat kapısının açık olduğu dönemlerde dahi şer'i hukuk sahasının yanında, örfi bir hukuk alanının varlığını açıklayacak nitelikte değildir. Bu durumda örfi hukukun varlık sebebini araştırırken konuyu sadece hukuki açıdan değil, siyasi açıdan da ele almak gerekir.

Bu doğrultuda yapılan incelemeler ile Osmanlı Hukuku'ndaki ikili yapının, tarihi bir arka planın olduğu anlaşılmıştır. Bu tarihi arka planı eski bir Türk atasözü tek cümle ile özetler; *'il gider töre kalır'*.

Bu atasözünde anlatıldığı gibi zaman içerisinde Türk Devletleri yıkılıp kurulmaktadır ancak Türk töresi, Türk toplum hayatında uygulanmaya devam edip, kurulan yeni Türk devletleri aracılığı ile varlığını her daim sürdürmektedir. Bu yargının doğruluğu ise yüzyıllar boyunca

¹²² Aydın, 2017, a.g.k., s.72.

¹²³ Üçok, 1970, a.g.k., s.42.

¹²⁴ Barkan, 1945, a.g.m., s.207; Imber, 2004, a.g.k., s.42.

¹²⁵ Aydın, 2017a, a.g.k., s.71; Aydın, 2017b, a.g.k., s.22.

¹²⁶ Köprülü (1986). Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri. Ankara: Ötüken Neşriyat, s.213.

¹²⁷ A. Mumcu (1985). Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl.(2. Baskı), Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, s.12-15; Mumcu, 1985, a.g.k., s.8-21.

¹²⁸ Aydın, 2017a, a.g.k., s.71; Aydın, 2017b, a.g.k., s.22.

¹²⁹ Heyd, 1984, a.g.m., s.643.

kurulmuş farklı Türk Devletleri'nin sahip oldukları benzer hâkimiyet ve idare anlayışı içerisinde görülebilir¹³⁰. Nitekim bir İslam devleti olan Büyük Selçuklu İmparatorluğuna baktığımız zaman Gök-Türk, Uygur ve Oğuz ananelerinin varlığı; Harzemşahlar, Eyyûbiler, Memlûkler, Artuklar, Danişmedîler, Anadolu Selçuklu gibi devletlere baktığımız zaman da Büyük Selçuklu izleri, kamu hukuku sahasında tespit edilmektedir¹³¹. Bu durumda, Osmanlı Hukuk yapısının anlaşılabilmesi için bu yapının köklerine yani eski Türk devletlerine bakmak gerekir¹³².

Çalışmamız açısından ön plana çıkan eski Türk hâkimiyet anlayışı ise Hakan'ın hukuk kuralı koyma yetkisidir. Bu yetki Orhun Kitabelerinde açıkça vurgulanmıştır;

*‘İnsanoğulları üzerine ecdadım Bumin Hakan, İstemi Hakan tahta oturmuş, oturarak Türk milletinin ülkesini türesini idare edivermiş, tanzim edivermiş.’*¹³³

Bu metinden anlaşılacağı üzere tahta oturan Türk Hakanı, Tanrı'dan aldığı iktidarının bir gereği ve yetkisi olarak hukuk kuralı düzenleyebilecektir. Hükümdarlığın en önemli unsurlarından birisi töre tanzim etmektir, yani yasama fonksiyonudur. Türk anlayışı uyarınca yasama, hükümdarın hem bir yetkisi hem de bir görevidir. Diğer taraftan Türk hakanları Tanrı'dan gelen ve içerisinde hukuk kuralı düzenleyebilme gücünün de bulunduğu iktidarlarını yine bir Türk geleneği olarak her daim üstün bir konumda tutmuşlar, onun üstünde yer alacak bir otoriteyi kabul etmemişlerdir¹³⁴.

İslam dünyasına giren Türkler, atalarından miras kalan bu köklü gelenek ve inançları da yanlarında getirirler¹³⁵. Böylece Osmanlı gibi Türk - Moğol idare anlayışından gelen İslam devletleri, sahip oldukları bu geleneklerin tesiriyle hukuk kuralı koymaya devam etmiştir¹³⁶.

¹³⁰ Zeki Velidi Togan (1981). Umumi Türk Tarihine Giriş, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, s.106-109; Köprülü, 1938, a.g.m., s.44-46; İncalcık, 2017, a.g.k., s.36; İncalcık, 1958, a.g.m., s.105.

¹³¹ Köprülü, 1938, a.g.m., s.62-63.

¹³² Köprülü, 1986, a.g.k., s.29-30; Ernst Werner (2014). Büyük Bir Devletin Doğuşu: Osmanlılar (1300-1481). İstanbul: Yordam Kitap, s.38 vd.; Itzkowitz, 2006, a.g.k., s.11-16; Stanford Shaw (1982). Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye. Çev. Mehmet Harmancı. İstanbul: E Yayınları Tarih Dizisi, s.22 vd.: Nitekim Osmanlı Devleti, Selçuklu Devleti'nin mirasını taşımaktadır.

¹³³ İncalcık, 2017, a.g.k., s.36; Hüseyin Namık Orkun(1994). Eski Türk Yazıtları. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu. Türk Dil Kurumu Yayınları, C.I, s. 28-29; Sadri Maksudi Arsal (1947). Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.263.

¹³⁴ İncalcık, 2017, a.g.k., s.36; M. Fuad Köprülü (1997). "Fıkıh", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.4, s.606-607.; J. Schacht (1953) The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford: Clarendon Press, s.226.

¹³⁵ M. F. Köprülü (1938). Orta Zaman Türk Hukuki Müesseseleri: İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur? İstanbul: Devlet Basımevi, s.46-52.

¹³⁶ Heyd, 1984, a.g.m., s.639; Aydın, 2017b, a.g.k., s.16; Aydın, 2017, a.g.k., s.67; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2147; Ekinci, 2016, a.g.k., s.166,183; İncalcık, 1958, a.g.m., s.105; İncalcık, 2001, İslâm Ansiklopedisi, C.24, s.333; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman (2018). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s.121; Canatar, 2012, a.g.m., s.22; Eski Türk geleneklerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan ve Müslümanlıklarından sonra dahi Moğollar arasında hüküm sürmeye devam eden Cengiz Han'ın Yasası , Timur'un Tüzükatı, Akkoyunlu hükümdarı

Hatta İslamiyet içerisinde şer'i hukuktan ayrı bir alan olarak örfi hukuk, Türk İslam devletleri ile birlikte gündeme gelmeye başlamıştır¹³⁷. Böylece, örfi hukuk alanının şer'i hukuk karşısında meşru olup olmadığı ve örfi hukukun sınırlarının ne kadar genişletilebileceği sorunları temelinde gelişen ve oldukça eski tarihlerden günümüze kadar ulaşan bir tartışma ortaya çıkar. İşte Devletin kanun çıkarma, kanunname yapma geleneği de bu kanaldan, yani Eski Türk Devletleri geleneğinden Osmanlıya geçmiştir¹³⁸. Nitekim Osmanlı Devleti, Anadolu Selçukluların sınırlarında gelişen, onların mirasçısı bir devlettir¹³⁹. Anadolu Selçuklu devlet idaresi anlayışı ise Göktürklerle, Uygurlara, Gaznelilere, Karahanlılara ve en tarihi kökleri itibarıyla Oğuz Türklerine uzanmaktadır¹⁴⁰. Nitekim Osmanlı kurumlarının çoğunluğunda eski Türk devletleri geleneklerinin izleri görülür¹⁴¹.

Hükümdarlığın en önemli unsurlarından birisinin hukuk kuralı tanzim etmek olduğu yönündeki eski Türk devletlerinden kalma miras, Osmanlı idaresini ihtiyaç duyulan ilgili hukuki düzenlemeleri, İslam Hukukçularının iradesiyle değil, kendi iradesiyle oluşturmaya teşvik edecek nitelikte köklü ve güçlüdür.

Sonuç olarak, Osmanlı döneminde örfi hukuk adı verilen ikinci bir hukuk alanının oluşturulmasının üç temel varlık sebebi vardır. Bunlardan birincisi Emevi yönetiminin İslam Hukuku'nun kamu alanında gelişimini engelleyen tutumu, ikincisi İslam hukukçuları arasında yaygınlaşan bir anlayış sonucu içtihat kapısının kapatılmasıdır. Imber de İslam devletlerinde İslam Hukuku'nun bütün ihtiyaçlara cevap verebilecek nitelikte bir sistem oluşturamadığı için her daim seküler bir hukuk alanıyla birlikte yaşadığını belirterek, bu hususa, yani örfi hukukun doğum sebebinin ihtiyaç temelli olduğuna vurgu yapar¹⁴².

Üçüncüsü ve en önemlisi ise Osmanlı idaresinin tarihten miras aldığı, köklü devlet idaresi geleneğinden gelen kanun koyma güdüsüdür. Diğer taraftan İslam Hukuku tarafından devlet

Uzun Hasan Kanunları ve Babür Hükümdarı Âlemgir'e ait olan ceza kanunnamesi, Türk Moğol geleneğinden gelen hükümdarın yasama yetkisine sahip olması prensibinin yansımalarıdır; Akkoyunlu Hükümdarı Uzun Hasan Bey'e ait kanunlar için bkz. Ömer Lütfi Barkan (1980). Türkiye'de Toprak Meselesi. İstanbul: Gözlem Yayınları, s.545-575.

¹³⁷ İnalçık, 1958, a.g.m., s.104; İnalçık, 2017, a.g.k., s.53.

¹³⁸ Barkan, 1945, a.g.m., s.209.

¹³⁹ Mehmed Fuad Köprülü (1999). Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.1

¹⁴⁰ Köprülü, 1938, a.g.k., s.61.

¹⁴¹ M. Canatar (2012), "Yasa, Yasak, Yasaknâme Tabirleri", Adâlet Kitabı, Ed.: H. İnalçık vd., Ankara: Kadim Yayınları, s.21.

¹⁴² Imber, 2004, a.g.k., s.49.

başkanına tanınan takdir yetkisi de bu hukuk alanının oluşturulması için gerekli olan hukuki şartların meydana gelmesine imkân sağlamıştır¹⁴³.

Peki bu koşullar sonucunda oluşan örfi hukukun yürürlükte olması, şer'i hukuk açısından gerçekten meşru mudur, bu iki yapı arasındaki ilişki nedir? Bilindiği üzere araştırmacılar bu yapı hakkında birbirlerinden farklı görüşler bildirmişlerdir.

1.3.3. Şer'i Hukuk Örfi Hukuk İlişkisi

Maide suresini, kendi görüşüne dayanak gösteren İnalçık, İslamiyet'in hem devlet hem de kişiler için sadece şer'i hukuku tanıdığını belirtmiştir¹⁴⁴. Bu doğrultuda, bir İslam devleti olan Osmanlı İmparatorluğunun da şer'i hukuktan ibaret olmak üzere tek bir hukuki yapıya sahip olması gerekir.

Ancak İnalçık'a göre; devlet çıkarlarının üstün tutulması ve hükümdarın oldukça güçlü bir otoriteye sahip olması, padişahın şeriat dışında kalan alanlarda yasama yetkisine kavuşmasına neden olmuştur¹⁴⁵. İnalçık, şer'i hukukun varlık ve niteliğine rağmen bu şekilde padişahın şahsi iradesine dayanan örfi hukuk kurallarının konulmasının ise İslamiyet'in mevcut yapısından kaynaklanmadığını, Türk-Moğol devlet idaresi geleneğinden Osmanlı'ya miras kaldığını belirtir¹⁴⁶. Bu görüşün temelinde, yasama yetkisini hakanın siyasi iktidarının en büyük göstergelerinden biri olarak gören ve daha da öte, hakanın bir görev olarak kanun yapması gerektiğini belirten Orta Asya Türk idare anlayışı yer almaktadır. Bu anlayışa göre hükümdarın iktidarının "törü" ilanı ile oluştuğu kabul edilir¹⁴⁷.

¹⁴³ Yakut, 2015, a.g.k., s. 18; Ekinci, 2016, a.g.k., s.164-166; Aydın, 2017, a.g.k., s.72: Nitekim ceza hukuku alanında oldukça geniş bir alana sahip olan tazir suçlarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi İslam Hukuku uyarınca devlet başkanına aittir. Aynı şekilde mali alanda da şer'i vergilere ilave olarak örfi vergi koyabilme yetkisi de İslam Hukuku tarafından devlet başkanına tanınmıştır. Örfi hukuk alanında yer alan hukuki düzenlemelerin önemli bir kısmının, cezai ve mali hükümlerden oluşmasının sebebi de İslam Hukuku'nun devlet başkanına tanıdığı bu takdir yetkisidir. Diğer taraftan Osmanlı içerisinde bulunduğu şartlar doğrultusunda da örfi hukuk kuralları düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Örneğin; hazinenin mali gelire ihtiyaç duyması durumunda ek örfi vergiler koyulmuş veya bazı suçlara yönelik para cezaları düzenlenmiş, donanmanın kürekçi ihtiyacı giderilmek istendiğinde ise suçlular kürek cezasına çarptırılmıştır.

¹⁴⁴ H. İnalçık (1958). Osmanlı Hukukuna Giriş. AÜSBFD, 13(2), s.102; Maide Suresi 44. Ayet; "Şüphesiz Tevrat'ı biz indirdik. İçinde bir hidayet, bir nur vardır. (Allah'a) teslim olmuş nebiler, onunla yahudilere hüküm verirdi. Kendilerini Rabb'e adanmış kimseler ile âlimler de öylece hükmederlerdi. Çünkü bunlar Allah'ın kitabını korumakla görevlendirilmişlerdi. Onlar Tevrat'ın hak olduğuna da şahit idiler. Şu hâlde, siz de insanlardan korkmayın, benden korkun ve âyetlerimi az bir karşılığa değiştirmeyin. Allah'ın indirdiği ile hükmetmeyenler kâfirlerin ta kendileridir."

¹⁴⁵ İnalçık, 1958, a.g.m., s.102; Diğer taraftan İnalçık, İslam Hukukuna göre dördüncü hukuk kaynağı olan kıyas yapma yetkisine sadece İslam Hukukçularının sahip olduğunu belirtir. İslam devletinin başkanı şayet bir İslam Hukukçusu değilse; içtihat faaliyetine girilerek, kıyas yolu ile İslam Hukuku kuralı tespit edemeyecektir.

¹⁴⁶ İnalçık, 1958, a.g.m., s.111.

¹⁴⁷ İnalçık, 2017, a.g.k., s.56; H. N. Orkun (1994). Eski Türk Yazıtları. Ankara: Türk Tarih Kurumu, s. 28-29; Arsal, 1947, a.g.k., s.263; "İnsanoğulları üzerine ecdadım Bumin Hakan, İstemi Hakan tahta oturmuş, oturarak Türk milletinin ülkesini türesini idare edivermiş, tanzim edivermiş."; Aybars Pamir (2009). Orta Asya Türk Hukukunda Töre Kavramı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2, s.365, 369; Halil Cin ve Ahmet Akgündüz (1989). Türk Hukuk Tarihi, C. I, Kamu Hukuku, Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, s.61; Süleyman

Barkan ise İslam devleti başkanlarının, İslam Hukuku düzeninin kendilerine tanıdığı takdir ve tazir yetkileri ile birlikte kamu yararı prensibini de kullanarak, hukuk kuralları oluşturduklarını belirtmiştir¹⁴⁸. Barkan, örfi hukukun şer’i hukuk karşısında meşru olup olmadığını net bir şekilde ifade etmemekle birlikte, ifadelerinden hareketle Barkan’ın, örfi hukuk kurallarının İslam Hukuku sistemi açısından aslında meşru olmadığını, ancak hukukçuların gayretleriyle hukuki bir zemine oturtulduğu görüşünü benimsediği çıkarımı yapılabilir. Yani Barkan, örfi hukukun aslında şer’i hukukta bir temelinin olmamasına rağmen İslam Hukukçularının çabalarıyla temellendirildiğini düşünmektedir. Nitekim çalışmanın devamında Barkan, örfi hukuku, şeriattan ayrı bir kanun koyma kuvvetinin, şer’i hukukun açık bıraktığı kapılar arkasında yaptığı faaliyet olarak nitelendirmiştir¹⁴⁹. Bu ifadede yer alan açık bırakılan kapılar arkasında yapılan faaliyet nitelendirmesi; örfi hukukun, şer’i hukuk tarafından verilen bir yetki sonucu oluşum gösterdiği anlamından daha ziyade, örfi hukuk kurallarının İslam Hukuku’nun boşluklarından yararlanarak meydana geldiği anlamını akıllara getirir.

Barkan gibi Mumcu da, şeriatın kamu hukuku alanında detaylı düzenlemeler getirmemesi sebebiyle devlet idaresi için ihtiyaç duydukları hukuk kurallarını, İslam Hukuku içerisinde bulmakta güçlük çeken halifelerin, fethedilen yerlerin idari yapılarını benimsediklerini belirtmiş ve İnalcık gibi örfi hukukun şer’i hukuk karşısında esasen meşru olmadığını, İslam Hukukçularının çabalarıyla meşrulaştırıldığını ifade etmiştir¹⁵⁰.

Schacht’a ise İslam devletleri arasında bu meşrulaştırma faaliyetini en başarılı şekilde Osmanlı Devleti’nin gerçekleştirdiğini belirtir¹⁵¹.

Kazmaz (2000). Hukuk ve Devlet Yönetimi Açısından Kutadgu Bilig. Ankara: Türk Halk Kültürünü Araştırma ve Tanıtma Vakfı Yayınları, s.74, 97-98; Yusuf Has Hacı (1991). Kutadgu Bilig. Haz. Reşid Rahmeti Arat, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, s.526 m.5288, s.163 m.1456-1459: Aynı yaklaşımı Kutadgu Bilig eserinde de görmek mümkündür. Bu eser uyarınca hükümdarlığın esasında törü vardır. Aynı eserde düşünür tahtı üç ayaklı olarak betimler. Bu betimlemede üç ayak, devletin üç fonksiyonunu temsil eder. Yürütme ve yargı yanında yasama da bunlardan birisidir. Bu üç ayak birbirlerinden ayrı, birbirlerine eşit ve düz oldukça taht ayakta kalacaktır. Aksi durumda taht yıkılır.

¹⁴⁸ Barkan, 1945, a.g.m., s.205.

¹⁴⁹ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.194; Barkan, 1945, a.g.m., s.206, s.208; Ayrıca belirtilmelidir ki Barkan, İslam devletlerinde örfi hukuk kurallarının uygulanmasının meşruluğundan ziyade, örfi hukuk ile şer’i hukuk sahalarının birbirleriyle olan ilişkisinin incelenmesi gerektiği görüşündedir.

¹⁵⁰ Mumcu, 1985, a.g.k., s.34 ; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.225; Barkan, 1945, a.g.m., s.204; Barkan, Kur’an-ı Kerim’de yer alan hükümlerin devlet idaresi alanında yeterli düzeyde olmadığını belirttikten sonra bu soruna çözüm olarak ilk halifelerin fethedilen yabancı yerlerdeki idari teamülleri benimsediklerini ve bu yabancı teamül ve kuralların zamanla İslam dinine sentezlenerek şeriatın içerisine nüfuz ettirildiğini ifade etmiştir.

¹⁵¹ Joseph Schacht (1986). İslam Hukukuna Giriş. Çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, s.97.

Ancak bu konu üzerinde eskiden mevcut bulunan görüş ayrılığı¹⁵² günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Nitekim Aydın, Osmanlı idaresinin İslam Hukuku'nun devlet başkanına tanıdığı yetki temelinde ihtiyaç duyduğu ek düzenlemeleri yaptığını ve bu düzenlemelerin hepsine birden örfi hukuk denildiğini belirtir¹⁵³. Kısacası Aydın, örfi hukukun İslam Hukuku'nun verdiği yetki temelinde vücuda geldiğini bildirerek, şer'i hukuk karşısında meşru olduğunu vurgular.

Yine aynı şekilde Akgündüz de örfi hukuk kurallarını düzenleme yetkisinin bizzat şer'i hukuk tarafından verildiğini vurgulamakta, İslam Hukuku'nun bazı hukuk sahalarında “çerçeve hükümler” tesis edip, ayrıntılı hükümlerin oluşturulmasını İslam Devleti'nin yasama organına bıraktığını belirtmektedir¹⁵⁴. İlgili dönemin ihtiyaçlarına göre yasama organı, İslam Hukuku'ndaki çerçeve hükümleri esas alarak gerekli ayrıntılı düzenlemeleri yapacaktır.

¹⁵² İnalçık, 2017, a.g.k., s.34-59; Reuben Levy (1969). The Social Structure of Islam: Being the Second Edition of the Sociology of Islam Levy. London: Cambridge University Press, s.259; Ebü'l-Hasan el-Mâverdi (1976). İslâm'da Hilâfet ve Devlet Hukuku, Çev. Ali Şafak. Ankara: Bedir Yayınevi, s.77-78; İçlerinde İbn Haldun'un da bulunduğu bir kısım ulemaya göre Şeriat karşısında örfi hukuk meşru değildir. Bu kişiler, şeriatın her konuya çözüm üretebilecek bir hukuk sistemi olduğunu ve her sorunun bu sistem dâhilinde çözümlenmesi gerektiğini belirtirler. Diğer bazı kısım ulemaya göre ise örfi hukuk ancak şer'i at dışında kalan alanda ve ancak şer'i atın müsaade ettiği derecede meşrudur. Bir başka görüşte olan ulema ise İslam Hukukunun dördüncü kaynağı olan kıyasın ardından beşinci kaynak olarak örfi hukuku belirtmiştir. Bir kısmı ise örfün, Kur'an, hadis ve icmâya aykırı olmaması şartıyla, kıyas ile tespit edilen hukuk kuralına tercih edilebileceğini belirtmektedir. Söz konusu bütün bu görüşleri iki ana başlık altında toplamak mümkündür. Birinci ana başlık altındaki görüşler hukuk alanında Kur'an ve Sünnetin sıkı yorumunu kabul eder, hukukun tek kaynağı olan Allah'ın emirlerinin insanları bağladığı gibi devletleri de bağladığını belirtirler. Bu doğrultuda örfi hukuk adı altında devlet başkanının iradesinden kaynaklanan hukuk kuralları kabul görmemektedir. İkinci başlık altında toplanan görüşlerin ortak noktası ise bir İslam Devletinin egemenlik sahası içerisinde İslam Hukuku'nun yanı sıra örfi hukukunda uygulama alanı bulabileceği yönündedir. Bu merkezde şekillenen görüşler özellikle Haçlı seferleri gibi İslamiyet'e yönelik saldırıların artmasıyla birlikte daha da çok taraftar bulmuştur. Zira bu tehditlerle beraber İslamiyet'in korunması için güçlü bir siyasi otoritenin gerekli olduğu ve bu otoritenin hukuk kuralı koyabileceği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım oluşturulurken İslamiyet'in ve Müslümanların menfaati ilkesine, yani İslam Hukuku içerisindeki istislâh prensibine başvurulmuştur. Örneğin Al-Mâverdi, Müslümanların menfaati ve şeriatın hükmünü devam ettirebilmesi için hukuk kuralı düzenleme yetkisine sahip olan bağımsız bir siyasi otoriteyi gerekli görmüştür. Bu bakış açısına yani İslamiyet'in kendi menfaat ve bekası gereği siyasi bir otoritenin varlığına ihtiyaç duyduğu görüşüne, örfi hukukun meşru olduğunu göstermek için Osmanlı döneminde de başvurulmuştur. Tursun Bey (1977). Tarih-i Ebü'l-Feth. Haz. Mertol Tulum, İstanbul: Baha Matbaası, s.10-13; Tursun Bey (2013). Fetih Babası Fatih'in Tarihi (Târîh-i Ebü'l-feth). Haz. Mertol Tulum, s. 9-14: “*Padişahın gerekliliğini ispat mümkündür, Övgüsünü tam anlamıyla dile getirmek ise güçtür, İnsanoğlunun düşmanlıklarından doğan bozgunculuk, Onun bulduğu çözüm yollarıyla önlenip yok edilir, Öyleyse padişahın varlığı öyle bir nimettir, ki herkes onunla yarar sağlar ve kazanç edinir*”. Fatih Sultan Mehmet döneminin tarihçilerinden olan, bu nazımın sahibi Tursun Bey, İslamiyet'in siyasi bir otoriteyi tanınmasının kendi menfaatine olduğunu vurgular. Ona göre devlet otoritesi İslamiyet'in dirlik, birlik ve devamı için gereklidir. Görüldüğü gibi bu ikinci ana başlıkta toplanan görüşler, devlet başkanının hukuk kuralı koyabilme yetkisini Müslüman toplumun bekasının bir gereği olarak belirtmiş, yani örfi hukuk kurallarını, İslamiyet'te yer alan istislâh prensibine başvurarak meşrulaştırmışlardır. Kısacası şeriatın beka içinde varlığını sürdürmesi siyasi otoriteyi, siyasi otorite de bağımsız hukuk kuralı koyabilme yetkisini gerektirdiği için örfi hukuk alanı bir İslam Devleti içerisinde olması gereken meşru bir kurum olarak kabul edilir.

¹⁵³ Aydın, 1991, İslâm Ansiklopedisi, C.3, s.159; Aydın, 2017b, a.g.k., s.16.

¹⁵⁴ Akgündüz, 1990, C.1, s. 6.

Ekinci de Aydın gibi örfi hukukun İslam Hukuku'ndan ayrı bir alan olmadığını, şer'i hukuk sistemi içerisinde yer aldığını, bu itibarla da İslam Hukuku uyarınca meşru olduğunu belirtmekte ve örfi hukukun meşruluğunun ancak şer'i hukukun sınırları içerisinde kalması durumunda var olacağını vurgulamaktadır ¹⁵⁵. Ekinci, görüşlerinin dayanağı olarak Kur'an-ı Kerim'in idarecilere itaat edilmesini öğütleyen ilgili hükmünü gösterir¹⁵⁶.

Diğer taraftan, oldukça dikkat çekici bir noktaya da değinmektedir. Devletin siyasi yapısıyla olan sıkı bağı nedeniyle kamu hukuku sürekli değişime ihtiyaç duyan bir dinamiğe sahiptir ve İslam Hukuku'nun asıl kaynağı olan irade de bu unsuru göz önüne alarak, devlet başkanına kamu hukuku alanında düzenleme yapabilme imkânı vermiş, böylece kamu hukuku sahasını siyasi değişime ayak uydurabilecek bir yapıya kavuşturmuştur¹⁵⁷. Kur'an-ı Kerim'de yer alan kamu hukuku kurallarının, özel hukuk kurallarının aksine daha çok temel ilkeleri belirleyen niteliğe sahip olması da bu görüşü destekler niteliktedir.

Özellikle anayasa ve idare hukuku sahalarında olmak üzere kamu hukuku gerçekten de devletin siyasi yapısıyla yakından ilgilidir. Anayasanın bizzat kendisi hukuki olmasının yanı sıra aynı zamanda siyasi bir belgedir. Bu niteliği itibariyle değişen siyasi koşullarla birlikte anayasa da değişmektedir. Diğer taraftan bizim anayasamız gibi sert anayasalarda dahi değişmez hükümler oldukça sınırlıdır. Nitekim Anayasamızın 4.maddesinde sadece başlangıçtaki ilkelerin ve ilk üç maddenin değiştirilemeyeceği belirtir. Söz konusu düzenlemeler de oldukça genel ve temel ideolojiyi yansıtan ilkelerdir. Bu nitelikteki genel ilkeler zaten İslam Hukuku'nun birinci ve değişmez ana kaynağı Kur'an hükümlerinde de vardır. Bu nedenlerle Kur'an-ı Kerim'in, temel ve değişmez ilkelerin dışında kalan devlet idaresine ilişkin anayasal nitelikteki alanda düzenleme yapmamış olması, bu alanın siyasi niteliği gereği değişime açık olması gerekliliğinden kaynaklanabilir. Zira kamu hukuku sahası özel hukuk sahasına oranla değişime daha fazla ihtiyaç duyar. Kısacası Ekinci de Schacht gibi boşlukların bilinçli olarak bırakıldığını savunur¹⁵⁸.

Temel ilkelerin değişmez bir şekilde belirlenmesi ile yetinilerek ayrıntılı düzenlemelerin zamanın ihtiyaçlarına göre ilgili temel ilkeler çerçevesinde yasama organının takdirine bırakılması hukuk sistematğine de oldukça uygundur. Ancak bu aşamada akıllara bir soru

¹⁵⁵ Ekinci, 2016, a.g.k., s.164-170.

¹⁵⁶ Diyanet Nisa Suresi 59. Ayet; *"Ey iman edenler! Allah'a itaat edin. Peygamber'e itaat edin ve sizden olan ulu'l-emre (idarecilere) de. Herhangi bir hususta anlaşmazlığa düştüğünüz takdirde, Allah'a ve ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız, onu Allah ve Resûlüne arz edin. Bu, daha iyidir, sonuç bakımından da daha güzeldir."*

¹⁵⁷ Ekinci, 2016, a.g.k., s.166.

¹⁵⁸ Schacht, 1986, a.g.k., s.85.

gelmektedir; kamu hukuku sahasının değişken yapısından kaynaklı bu ihtiyacı, İslam Hukukçularının faaliyetleri mi yoksa devlet başkanının iradesi mi karşılayacaktır.

Belirtilmelidir ki Padişah veya halife olmak içtihadî hükümleri tespit etmek için yeterli değildir, müçtehit hukukçu olmak gerekir¹⁵⁹. İslam devleti başkanı, şayet müçtehit değilse sadece bağlayıcı olmayan içtihatlardan birisini seçerek ona bağlayıcılık kazandırma yetkisine sahiptir¹⁶⁰. Diğer taraftan şer’i hukukun kendisi, bazı durumlar için belirlediği sınırlar dâhilinde idarecilere hukuki düzenleme yapma yetkisi vermiştir¹⁶¹. İşte bu yetki doğrultusunda padişahın iradesine dayanan ve örfî hukuk olarak adlandırılan alan oluşmuştur. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki örf, şer’i naslara aykırı olamaz¹⁶².

Eski Türk geleneklerinin bir araya getirilmesi ile oluşturulan Cengiz Han Yasası kimi dönemlerde Moğollar arasında İslam Hukuku’ndan üstün, kimi dönemlerde ise İslam Hukuku’na tabi tutulmuştur¹⁶³. Yasa ile şer’i hukuk ilişkisi acaba Osmanlı döneminde de bu çizgide mi seyretmiştir? Osmanlı Hukuk sisteminde örfî hukuku ile şer’i hukuk arasında, normlar hiyerarşisi açısından bir altlık üstlük ilişkisi var mıdır? Uyum içerisinde olmaları gerekir mi? Yoksa bu iki hukuk alanı tamamen bağımsız mıdır?

Bu konu hakkında da farklı görüşler yer almaktadır. Aydın, Osmanlı padişahlarının örfî hukuk kuralı koyarken şer’i hukuk hükümlerine aykırı davranmamaya dikkat ettiklerini belirtir¹⁶⁴. Örnek olarak da Osman Gazi Han’ın, örfî vergi olarak yürürlüğe koyulmak istenilen pazar vergisine İslam Hukuku’nda yer almadığı için karşı çıkmasını göstermektedir¹⁶⁵. Osman Gazi, İslam Hukuku’nun mali alanda padişaha takdir hakkı verdiğinin ve bu nedenle pazar vergisi koymanın şer’i hukuka aykırı olmadığını kendisine anlatılmasından sonra ilgili düzenlemeye iradesini katmış ve onu örfî hukuk kuralı haline getirmiştir¹⁶⁶. Osmanlı Padişahları örfî hukuk kuralı koyarken şer’i hukuku dikkate almakta, şer’i hukuka uygun olma kaygısı taşımaktadır.

¹⁵⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.64.

¹⁶⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.64.

¹⁶¹ Hayreddin Karaman (1988). “Âdet”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.1, s.369; Akgündüz, 1990, a.g.k., s.64.

¹⁶² Dönmez, 2007, İslâm Ansiklopedisi, C.34, s.90: İslam Hukuku’nda hem gelenek anlamındaki örfler hem de idarecilerin iradelerine dayanan hukuk kuralı anlamındaki örfler, nass hükümlerine aykırılık teşkil etmedikleri takdirde geçerlidirler.; Karaman, 1988, İslâm Ansiklopedisi, C.1, s.370.

¹⁶³ Togan, 1981, a.g.k. s.98,227; İsmail Aka (2014). Timur ve Devleti. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.106; İsmail Aka (1994). Mirza Şahrüh ve Zamanı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.183.

¹⁶⁴ Aydın, 2017a, a.g.k., s.73.

¹⁶⁵ Mehmed Neşri (1987). Kitâb-ı Cihan-Nümâ Neşri Tarihi. Haz. Faik Reşit Unat ve Mehmed A. Köymen. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.111: Bac vergisini duyan Osman gazi Han: “*Bac ne olur?*”, “*bu Tanrı buyruğu ve peygamber kavli midür, yoksa bunu her ilün padişahı kendü-mi ihdâs ider?*” diye sormuştur.; Aydın, 2017a, a.g.k., s.73; İnalçık, 1967, a.g.m., s.54.

¹⁶⁶ Aşıkpaşazade Derviş Ahmed Aşık (1913). Aşıkpaşazade Tarihi, Ali Bey neşri. İstanbul: Matbaa-i Âmire, s.19-20

Aydın, bu görüşünü; padişahların sık sık şeyhülislamdan fetva istemeleri, şeyhülislamların kimi durumlarda padişahın koyduğu örfi hukuk kurallarına şer’i hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle karşı çıkmaları ve zaman içerisinde şer’i hukuka aykırı olduğu bildirilen düzenlemelerin değiştirilmesi gibi unsurlarla destekler¹⁶⁷. Bir taraftan örfi hukuk kurallarının teknik düzenlemesinde önemli bir rolü bulunan nişancıların, İslam Hukuku’nu bilen ulemeden seçilmesini, örfi hukuk ile şer’i hukuk arasında sağlanmaya çalışılan uyumun delili olarak gösteren Aydın, diğer taraftan iki hukuk alanı arasındaki bu uyumun her daim mutlak bir biçimde gerçekleşmediğini, örfi hukuk kurallarından bazılarının İslam hukukuna sadece şeklen uygun gösterildiğini belirtmiştir¹⁶⁸.

İnalcık da bir yandan Türk, diğer yandan ise bir İslam devleti olan Osmanlı’da, şer’i hukukun, örfi hukuktan üstün olduğu prensibinin benimsendiğini bildirir¹⁶⁹. Ancak ilk dönem Osmanlı Padişahlarının örfi hukuk kurallarını koyarken, en başlarda fakihlere daha sonraki aşamada şeyhülislamlara başvurduklarını belirten İnalcık, Fatih’ten sonraki padişahlarda ise devlet idaresine ilişkin hukuki düzenlemelerin, padişahın kendi şahsi alanı olduğuna yönelik bir anlayışın yerleştiğini belirtir¹⁷⁰.

Ekinci de müstemenlerin şahitliğinin kabulüne yönelik örfi hukuk düzenlemesine, dönemin şeyhülislamı tarafından itiraz edildiğini bildirmiş. Osmanlı Hukuk sistemi uyarınca örfi hukuk kurallarının, şer’i hukuka uygun olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁷¹. Uygulamada karşılaşılan bazı aykırılıkların, bu prensibi ortadan kaldırmayacağını, sırf söz konusu aykırılıklar gerekçe gösterilerek, örfi hukuk kurallarının, şer’i hukuktan bağımsız olduğu sonucuna ulaşmanın doğru olmayacağını belirtmiştir¹⁷². İslam Hukuku’nun yapısı gereği, örfi hukuk kuralları, şer’i hukuka uygun olmak zorundadır¹⁷³.

Diğer taraftan Akman’a göre de Osmanlı Devleti, diğer bütün İslam devletlerinde olduğu gibi hukuk sistemini, şer’i hukuk üzerinde temellendirmiştir¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Aydın, 2017a, a.g.k., s.73-75; Aydın, 2017b, a.g.k., s.26-27; Aydın, Ebussuud Efendinin, müstemenlerin şahadetlerinin kabulüne ilişkin kapitülasyona karşı çıkmasını ilgili düşüncesine kaynaklık edecek şekilde Criminal Law adlı esere atıf yaparak örnek göstermiştir, bkz. Heyd, 1973, a.g.k., s.191-192; Örfi hukuk kurallarının bazı durumlarda yürürlüğe girmeden önce şeyhülislama gönderilmesine de Arazi Kanunnamesi örnek olarak verilmiştir.

¹⁶⁸ Aydın, 2017, a.g.k., s.74-75.

¹⁶⁹ İnalcık, 2017, a.g.k., s.50.

¹⁷⁰ İnalcık, 2017, a.g.k., s.50.

¹⁷¹ Ekinci, 2016, a.g.k., s.168; Ekinci, Ebussuud Efendi’nin ; “*Nâ-meşru olan nesneye emr-i sultanî olmaz*” fetvasına dikkat çekmektedir.

¹⁷² Ekinci, 2016, a.g.k., s.168.

¹⁷³ Detaylı bilgi için bkz. Esra Yakut (2005). Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din. İstanbul: Kitap Yayınevi.

¹⁷⁴ Mehmet Akman (2004). Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması. İstanbul: Eren Yayıncılık, s.15,16.

Akgündüz ise örfi hukuk olarak adlandırılan içtihadi hükümlerin, bizzat şer'i hukukun tanıdığı sınırlı yasama yetkisine dayandığını ve bu sınırın dışına çıkamayacağı için de İslam hukukundan ayrı bir alan olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir¹⁷⁵. Bu iki alanın birbirinden bağımsızmış gibi düşünülmesinin sebebini, Osmanlı kaynaklarının iyi anlaşılabilmesi olarak gören Akgündüz, şer'i hukukun kaynaklarının İslam hukukunun asli kaynakları Kur'an, sünnet, icma ve kıyas olduğunu; örfi hukukun ise maslahat ve istihsân gibi İslam hukukunun tali kaynaklarına dayandığını belirtir¹⁷⁶.

Akgündüz, Osmanlı Devleti'nde padişahı yasama organı olarak görmekle büyük bir hataya düştüğünü söyleyerek, İslam hukuk sisteminde asıl kanun koyucunun Allah olduğu bildirir. Ayrıca padişaha bazı hukuki düzenlemeler yapma yetkisinin şer'i hukuk tarafından tanındığını da ifade eder¹⁷⁷. Şüphesiz burada vurgulanmak istenen padişahın sınırsız bir yasama yetkisi olmadığı için onun iradesinin ürünü olan örfi hukuk alanının, şer'i hukuktan bağımsız olmadığıdır.

Bu oldukça önemli bir konudur. Padişahın sahip olduğu şer'i hukuk ile sınırlı olan hukuki düzenleme yapma yetkisi, gerçekten de yasama yetkisi niteliğinde midir? Bu soru iki yönlü incelendiğinde ilgili yetkinin bugünkü anlamına karşılık gelecek şekilde yasama faaliyetini karşılamadığı anlaşılabılır. Nitekim günümüz Anayasa hukuku sisteminde yasamanın en temel niteliklerinden birisi yasamanın genelliği ilkesidir¹⁷⁸. Padişaha ait olan yasama yetkisi içerisinde ise yasamanın genelliği ilkesi yer almaz. Zira padişah istediği her alanda hukuki düzenleme yapmamaktadır. Bu ayrımın farkındalığıyla beraber padişahın hukuki düzenleme yapma yetkisini, yasama yetkisi olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Zira yasamanın genelliği ilkesini içerisinde barındırmaması itibarıyla her ne kadar şahsına münhasır bir yetki de olsa; padişahın yaptığı hukuki düzenlemelerin genel, sürekli, objektif ve kişisel olmayan özellikleri, bu yetkinin yasama yetkisi olarak nitelendirilmesini gerektirir. Pek tabi bu terim kullanılırken az önce bahsedilen unsur akıllardan çıkarılmamalıdır.

Akgündüz, örfi hukuk alanında Osmanlı Hukuk sisteminin esası olan İslam hukukuna aykırılık oluşmaması için çaba harcadığını belirtmiştir¹⁷⁹. Bu ifade ile vurgulanan örfi hukuk alanındaki aykırılıklar ile örfi hukuk ve şer'i hukuk arasındaki ilişkinin farklı konular olduğudur. Örfi hukuk, şer'i hukukun özü itibarıyla İslam hukukuna uygun olmalıdır ve Osmanlı'da ilgili

¹⁷⁵ Cin ve Akgündüz, 1989, a.g.k., C.I, s.140-157; Akgündüz, 1990, a.g.k., s.45.

¹⁷⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., s.46.

¹⁷⁷ Ahmed Akgündüz (2009). İslam Hukuku ve Osmanlı Tatbikatı Araştırmaları. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.25.

¹⁷⁸ Özbudun, 2011, a.g.k., s.207-208.

¹⁷⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.1, s.65.

verilerden anlaşılacağı üzere bu gerekliliği kabul etmiştir. Bu gerekliliğe esasen uygun davranılmadığı, bazı örfi hukuk kurallarının varlığı ise başka bir konudur. Bu ilgili ilkenin uygulanmasındaki bir sorun niteliğindedir. Nitekim Akgündüz de şer'i hukuka aykırı örfi hukuk kurallarının varlığından bahsetmektedir¹⁸⁰.

Artan padişah otoritesi karşısında, örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğunun güvencesi olacak etkili bir denetim mekanizmasının yokluğu, bizi söz konusu bağımsızlık iddiasının araştırılmasına itmektedir. Bu araştırma sırasında bakılması gereken nokta ise şer'i hukuka ağır aykırılıkların böyle bir sonuca ulaşacak sıklıkta olup olmadığıdır. Nitekim hukukun genel bir ilkesi olarak ağır esasa aykırılık, şekli bağı koparır. Esas yönden bir bağın zaten olmadığı durumlarda, ağır esasa aykırılık sebebiyle şekli bağ da kopmuşsa, artık bağımsızlıktan söz edilebilecektir. Nitekim esasa yönelik ağır bir aykırılıkta padişahın şeklen de olsa şer'i hukukla bağlı kalma iradesi olduğundan bahsedilemez ve ilgili örfi hukuk kuralının bağımsızlaştığı savunulabilir. Bu çıkarımın bütün örfi hukuk sahasına yayılabilmesi içinse ilgili esasa yönelik ağır ihlal durumlarıyla oldukça sık karşılaşılması gerekir.

Von Kremer'a yaptığı atıfla İslam hukuk kurallarından oluşan yapı içerisinde Kitap ve Sünnetin çok küçük bir kısmı oluşturduğunu, Schnouck-Hurgronje ile Goldziher'a yaptığı atıfla ise İslam hukukunun hakkıyla sadece erken dönemlerde uygulandığını bildiren Köprülü, İslam hukukunun birincil nitelikteki ana kaynaklarına aykırı normların getirilmesine, Emevi ile Abbasiler döneminde başladığını belirtmiştir¹⁸¹. Köprülü ayrıca Emevi hükümdarlarının, iradelerini İslam hukuku kurallarıyla uyumlu hale getirme yönünde şeklen dahi olsa bir çabalarının olmadığını da vurgular¹⁸². Diğer taraftan Köprülü'nün H. Lammens'e yaptığı atıfla gerçekleştirdiği tanımlamaya göre Fıkıh; örfi hukuk kuralları ile İslamiyet arasında uyumu sağlamaya çalışan bir kurum niteliğindedir¹⁸³. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere İslam hukuku, merkezinde birincil ve ikincil nitelikteki kaynakların yani Kitap ve Sünnetin yer aldığı, etrafında ise merkezle uyumlu olması gereken hukuk kurallarının bulunduğu bir kümedir. Köprülü'nün yaptığı belirlemeden çıkardığımız şu sonuç oldukça önemlidir; İslam hukukunun yapısı gereği, örfi veya şer'i, bütün hukuk kuralları bu kümenin merkezinde yer alan Kitap ve

¹⁸⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.1, s.87.

¹⁸¹ Köprülü, 1938, a.g.m., s. 39-40; Köprülü, 1997, İslam Ansiklopedisi, C.4, s.608; Wilhelm Barthold (1984). İslam Medeniyeti Tarihi. Çev. Mehmed Fuad Köprülü. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, s.303-311.

¹⁸² Köprülü, 1938, a.g.m., s.55; Mumcu, 1985, a.g.k., s.14-21: Mumcu tarafından belirtilen Emevi hükümdarlarının İslam Hukuku'nu ağır bir şekilde ihlal eden uygulamalarda, şer'i hukuk ile şeklen dahi bir bağ kurma çabası olmadığı söylenebilir. Nitekim bilindiği üzere ilgili herhangi bir hukuk sistemine yönelik yapılacak ağır bir ihlal o hukuk sistemiyle olan şekli bağı kesecek ve bu ihlali yapan iradenin ilgili hukuk sistemine şeklen de olsa uygun davranma kaygısı taşımadığını gösterecektir.

¹⁸³ Köprülü, 1938, a.g.m., s.55.

Sünnete uygun olmalıdır. Ancak Köprülü, İslam devletlerinin bu kurala her daim mutlak olarak uymadıklarını, kimi zaman bu gerekliliği ihlal ettiklerini belirtir.

Barkan, padişahların yasama yetkilerinin şeriata aykırı olmama kuralı ile sınırlı olduğunu ancak bu sınıra şeklen sağdık kalındığını, örfi hukukun dini hükümlerden serbest kalmış, farklı bir yapıya ve farklı bir gelişime sahip olduğunu ifade etmiştir¹⁸⁴. Barkan, şer'i hukuk kurallarının esasen ihlal edilmesinin sadece bazı durumlarda karşılaşılan bir istisna değil, sürekli bir uygulama niteliğinde olduğunu bildirmiş, padişahların yasama iradesini içeren emir ve fermanlarının serbest bir şekilde oluşum gösterdiğini belirterek, örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğunu vurgulamıştır¹⁸⁵.

İbn Haldun'un Mezalim Mahkemelerine yönelik; *"hükümdarın otorite gücü ile kadıların kaza salâhiyetini birleştirmektedir"* ifadesine atıf yapan Heyd, şer'i hukuktan bağımsız olan ve sadece örfi hukuk, kamu yararı ve devlet bekası gibi gayeleri dikkate alan söz konusu mahkemelerin, Osmanlı'da da varlığını sürdürdüğünü belirtir¹⁸⁶. Yani Heyd'e göre örfi hukuk, şer'i hukuktan bağımsızdır. Nitekim dönemin herhangi bir mahkemesinde yapılan yargılamanın şer'i hukuktan bağımsız olduğunu söylemek, aynı zamanda bu yargılamaya esas teşkil eden örfi hukukun, şer'i hukuktan bağımsız olduğunu söylemektir. Ancak Heyd, aynı eserindeki bir başka ifadesiyle 1525 tarihli Mısır Kanunnamesi'nde Osmanlı padişahlarının öteden beri şer'i hukuka uygun kanunlar koyduklarının belirtildiğini ifade ederek, örfi hukukun şer'i hukuka uygun olması yönündeki kaygının varlığını da yansıtmaktadır¹⁸⁷. Diğer taraftan aynı eserde verilen; 16. yüzyıldaki fermanlarda; kadıların adaleti, kanun ve şariat uyarınca tesis etmeleri gerektiğinin belirtildiği bilgisi, örfi hukuk ile şer'i hukukun birbirlerinden bağımsız olmadıklarını akla getirmektedir¹⁸⁸. Zira kadının hem kanunu, hem de şeriati uygulayıp da adaleti tesis edebilmesi için bu iki alanın birbiriyle uyumlu olması gerekir. Diğer taraftan Heyd, Osmanlı örfi hukukunun seküler nitelikte olduğunu da belirtir¹⁸⁹. Ancak Heyd yine aynı eserinde, örfi hukuk kurallarının, şeyhülislam tarafından verilen fetvalar ile meşruluk

¹⁸⁴ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.185-186; Barkan, 1945, a.g.m., s.206-210; Barkan, 1943, a.g.k., s.XVI-XIX.

¹⁸⁵ Barkan, 1945, a.g.m., s.218.

¹⁸⁶ Uriel Heyd (1984). Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şariat. Çev. Selahâddin Eroğlu, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.26, S.1, s.633-634.

¹⁸⁷ Heyd, 1984, a.g.m., s.635.

¹⁸⁸ Heyd, 1984, a.g.m., s.640.

¹⁸⁹ Uriel Heyd (1973). Studies in Old Ottoman Criminal Law. Oxford: The Clarendon Press, editörün önsözü; Uriel Heyd (2002). Mühimme Defteri: Osmanlı İdaresini Araştırma Konusunda Temel Bir Kaynak. Çev. Ferhat Koca, Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, s.169 .

kazandıklarını da vurgular¹⁹⁰. Bu bilgilerin bütünü Osmanlı döneminde örfi hukukun şer'i hukuka uygun olması gerekliliğine yönelik bir kaygının varlığını akıllara getirmektedir.

Heyd yine aynı çalışmada Ebussuud Efendi'nin; "*nâ meşru olan nesneye emr-i sultânî olmaz*" fetvasını dayanak göstererek, Osmanlı'da örfi hukukun şer'i hukuku bertaraf etmek gibi bir amaçla düzenlenmediğini ve örfi hukuk kurallarının, şeriatın bütünleyici bir parçası olarak kabul edildiğini belirtmiştir¹⁹¹. Bu durumda net olmamakla birlikte, Heyd'in de Barkan'a benzer bir görüşü savunduğu söylenebilir. Nitekim hem örfi hukukun şer'i hukuka uygun olması kuralına yönelik dönemden örnekler vermesi, hem de dolaylı olarak örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğunu bildirilmesi, bizi bu sonuca götürmektedir. Sonuç olarak Heyd de Barkan gibi şer'i hukuka şeklen uygunlukla yetinilen örneklerle dayanarak, örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğu çıkarımını yapmıştır.

Imber, şer'i hukukun egemen konuma sahip olduğunu belirterek, kanun karşısında hiyerarşik üstünlüğüne vurgu yapar¹⁹². Ancak Imber örfi hukuk hakkında, şer'i hukuktan tamamen bağımsız bir biçimde gelişen "*kanun adındaki seküler hukuk*" ifadesini de kullanmıştır¹⁹³.

Schacht da Osmanlı kanunnamelerindeki örfi hukuk kurallarının, şer'i hukuk kurallarının düzenlediği konulara ilişkin hükümler getirdiğini belirtir¹⁹⁴. Yani araştırmacı örfi hukuk kurallarıyla şer'i hukuk sahasının ihlal edildiği görüşündedir. Örfi hukuk şer'i hukuktan bağımsızdır.

Goldziher, örfi hukukun oluşumunda şer'i hukukun dikkate alınmadığını, örfi hukukun bağımsız olduğunu vurgular¹⁹⁵.

Gerber, el kesme gibi cezaların neredeyse hiç uygulanmamasını gerekçe göstererek Osmanlı'da, yaşayan hukukun merkezinde şeriatın yer almadığını, şer'i hukuk bağlayıcı olmasına rağmen kadıların istedikleri gibi hüküm tesis ettiklerini belirtmektedir¹⁹⁶. Araştırmacı Osmanlı'nın İslam hukukunu yetersiz bulduğu için örfi hukuk kurallarını çıkardığını belirtmekte, şer'i hukuktan bahsetmeyen kadı kararları ile şer'i hukuka aykırı olan örfi hukuk kurallarını örnek göstererek, şer'i hukuk karşısında kanunun üstün olduğunu vurgulamaktadır¹⁹⁷. Görüldüğü gibi Gerber'e göre Osmanlı Hukuk sisteminde bir normlar

¹⁹⁰ Heyd, 1984, a.g.m., s.641-642.

¹⁹¹ Heyd, 1984, a.g.m., s.642.

¹⁹² Imber, 2004, a.g.k., s.12-49.

¹⁹³ Imber, 2004, a.g.k., s.30.

¹⁹⁴ Schacht, 1986, a.g.k., s.99; Schacht, 1997, İslam Ansiklopedisi, C.11, s.432-433.

¹⁹⁵ I. Goldziher (1997). "Adet", İslam Ansiklopedisi, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C. I, s. 137 .

¹⁹⁶ Haim Gerber (1989). Osmanlı Hukuku'nda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları. Çev. Mehmet Akman. İstanbul: Hukuk Araştırmaları, C.4, S. 1-3, s.265.

¹⁹⁷ Gerber, 1989, a.g.m., s.275, 277, 279-283.

hiyerarşisi vardır ancak bu şer'i hukukun yapısının tersinedir. Yani daha üstün olan normlar, örfi hukuk kurallarıdır.

Lewis ise Osmanlı Hukuk sisteminde şer'i hukukun sahip olduğu önemden ve etkinlikten bahsetmektedir¹⁹⁸. Araştırmacıya göre örfi hukuk ile şer'i hukuk arasında bir bağ vardır.

Mumcu da İnalcık gibi Osmanlı'nın ilk dönemlerinde İslam Hukukuna uygun davranıldığını fakat ilerleyen süreçte devlet menfaatinin üstün tutulmasıyla birlikte, I. Murad zamanında şer'i hukukun dışına çıkılmaya başlandığını, I. Bayezid dönemine gelindiğinde ise örfi hukuk alanında yapılan şer'i hukuk ihlallerinin, tepkisel bir hareketin oluşumuna neden olacak kadar arttığını belirtmiştir¹⁹⁹. Mumcu, II. Murad döneminde hem Eski Türk geleneklerine doğru yaşanan eksen kayması hem de Oğuz Han ile kurulan bağ ile birlikte²⁰⁰, Orta Asya'daki "kut inancı"nın, Osmanlı devlet idaresi anlayışını etkilediğini ve Osmanlı Padişahının yetkilerinin arttığını belirtir²⁰¹. Hem İnalcık hem de Mumcu, ilerleyen süreçte Fatih Sultan Mehmet'in İstanbul'u fethetmesi ve Çandarlı ailesinin nüfuzunu kırmasıyla birlikte, zaten eski Türk geleneklerinin etkisiyle otoritesi kuvvetlenmiş olan Osmanlı Padişahının gücünün, daha fazla arttığını ve örfi hukukun da bu artışla beraber daha üst bir konuma yükseldiğini belirtir²⁰². Yani padişah otoritesi ile doğru orantılı olarak örfi hukuk giderek etkinlik alanını genişletmektedir²⁰³. Mumcu, I. Selim döneminde Mısır'ın fethinin ardından Osmanlı Padişahlarının halife unvanını kullanmalarıyla birlikte bu otoritelerinin daha da arttığını ve dönemin şeyhülislamı

¹⁹⁸ Bernard Lewis (1988). *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev. Metin Kırıtlı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.13.

¹⁹⁹ Mumcu, 1985, a.g.k., s.34-35.

²⁰⁰ Mehmed Neşri, 1987, a.g.k., s.34-35: "Bu büyük soy, Nuh -selâm üzerine olsun- oğlu Yâfes oğlu Bulcas evladından olan -Kara Han oğlu- Oğuz'a ulaşır."; Hoca Sadeddin Efendi (1974). *Tacüt't-Tevârih*. Sad. İsmet Parmaksızoğlu. İstanbul: Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Kültür Yayınları, C.1, s.27-28: "Şöyle ki, sırasıyla Kayı Han, oğlu Kara Han, oğlu Oğuz Han, oğlu Gök Alp... oğlu Süleyman Şah, oğlu Ertuğrul, oğlu Osman Han gelmektedir."; J. W. Zinkeisen (2011). *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi*. Çev. Nilüfer Epçeli, Ed. Erhan Afyoncu. İstanbul: Yeditepe Yayınevi, C.1, s.46-47; N. Jorga (2005). *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi*. İstanbul: Yeditepe Yayınevi, C.1, s.44 vd.; J. Hammer (1972). *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi*. Çev. Zuhuri Danışman. İstanbul: Zuhuri Danışman Yayınevi, s.4-9; J. Hammer (2008). *Osmanlı Devleti Tarihi*. Çev. Mehmet Ata. İstanbul: Kapı Yayınları, s.1-2; Norman Itzkowitz (2006). *Osmanlı İmparatorluğu ve İslami Gelenek*. İstanbul: Babil Yayınları, s.10; Kantemir D. (2003). *Osmanlı İmparatorluğu'nun Yükseliş ve Çöküş Tarihi*. İstanbul: Cumhuriyet Kitapları, s.40-54; Colin Imber (2000). "Osman Gazi Efsanesi". *Osmanlı Beyliği (1300-1389)*. Ed. Elizabeth A. Zachariadou. Çev. Gül Çağalı Güven, İsmail Yerguz ve Tülin Altınova. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.; Detaylı bilgi için bkz. Aldo Gallotta (2000). "Oğuz Efsanesi ve Osmanlı Devleti'nin Kökenleri: Bir İnceleme". *Osmanlı Beyliği (1300-1389)*. Ed. Elizabeth A. Zachariadou. Çev. Gül Çağalı Güven, İsmail Yerguz ve Tülin Altınova. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s.41-62; İsmail Hakkı Uzunçarşılı (2003). *Osmanlı Tarihi*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.93-116

²⁰¹ Mumcu, 1985, a.g.k., s.36; Halil İnalcık (1943). *Osmanlı'larda Saltanat Veraseti Usulü ve Türk Hâkimiyet Telâkkisiyle İlgisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, s.77-79.

²⁰² Halil İnalcık (1944). *Osmanlı Hukuku'na Giriş: Örfi - Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, s.110, s.507-511.

²⁰³ Mumcu, 1985, a.g.k., s.40; İnalcık, 1944, a.g.k., s.126; Barkan, 1997, *İslâm Ansiklopedisi*, C.6, s.191-192.

tarafından padişahın otoritesinin şer'i hukuka uygun hale getirildiğini ifade eder²⁰⁴. Hatta İnalçık, padişahın artık insanüstü bir otoriteye doğru gittiğini belirtir²⁰⁵.

Bu durum şer'i hukuk temsilcisi ulemayı da etki altına almıştır. Nitekim Mumcu, şeyhülislamın, “*şer'i maslahat değildir, nasıl emredilmişse öyle hareket lâzım gelir*” diyerek, padişahın örfi hukuk alanındaki iradesini, İslam Hukuku açısından yargılamaktan kaçındıklarını, ancak padişahın yine de siyaseten katl kararı verirken ulemadan izin istediğini belirtmiştir²⁰⁶.

Yani padişah oldukça güçlenen otoritesine ve bu otoriteden etkilenen ulemanın varlığına rağmen halen şer'i hukuka uygun davranma veya en azından şeklen de olsa bağlı kalma, kaygısı içerisinde. Zira Padişah halen bir İslam Hükümdarıdır ve gücünün esasını, iktidarının meşruluğunu İslamiyet'ten almaktadır²⁰⁷. Nitekim bir başka çalışmada, Osmanlı'da siyasi otoritenin meşruluk kaynağının şeriat olduğunu söyleyerek, Mumcu'da bu hususu vurgular²⁰⁸. Mumcu, Padişahın siyasi otoritesinin artması sonucunda örfi hukuk alanındaki yetkilerinin genişlediğini ve Padişahın artan otoritesinden etkilenen ulema sınıfı mensuplarının da esasen aykırı olmalarına rağmen, bazı örfi hukuk kurallarının şer'i hukuka uygun oldukları yönünde görüş bildirdiklerini ifade eder. Kısacası esasen uygun olmayan bir örfi hukuk kuralının, şeklen uygun gösterildiğini vurgular.

1.3.3.1. Şer'i hukuk ile örfi hukuk arasında normlar hiyerarşisi

Yukarıda yer alan bütün görüşlerin ortak paydası Osmanlı Hukuk sistemi içerisinde, örfi hukukun şer'i hukuka uygun olması gerektiği yönünde bir ilkenin mevcut bulunduğu²⁰⁹. Ancak örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olup olmadığı noktasında bu görüşler ayrışmaya başlamaktadır. Bütün görüşlerin bir diğer ortak noktası olan; Örfi hukukun, şer'i hukuka aykırı olmaması gerekliliğinin, Osmanlı idaresinde her daim esaslı olarak yerine getirilmediği, yani

²⁰⁴ Mumcu, 1985, a.g.k., s.41.

²⁰⁵ Halil İnalçık (1946). Osmanlı Padişahı. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.1, S.4, s.71.

²⁰⁶ Mumcu, 1985, a.g.k., s.42-43.

²⁰⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.1, s.47; Akgündüz Hollandalı bir Gayrimüslim hukukçudan şu metni aktarmaktadır: “*Halife veya padişah yeryüzünde Allah'ın vekilidir yani O'na karşı sorumludur ve Kur'an ile sünnetin hükümlerine itaat ile mükelleftir. Bu itaati terk ettiği an, kendisine de itaat edilmez. Halife veya padişahın otoritesi, meşrû dâire ile sınırlıdır. Dilediği gibi hareket edemez. Padişahın istibdadı, ilahî kanun ile kayıtlıdır.*”; Abdullah Saydam (2014). Osmanlı Medeniyeti Tarihi. İstanbul: Kitabevi, s.16-19: Osmanlı Devleti'nin hâkimiyet anlayışı da din temellidir. Padişah tüm eylem ve işlemlerini dine dayandırır.; Suraiya Faroqhi (2010). Osmanlı İmparatorluğu ve Etrafındaki Dünya. Çev. Ayşe Berktaş. İstanbul: Kitap Yayınevi, s.14: Osmanlı Devleti açısından dinin temel bir belirleyici unsur olduğu yadsınamaz.

²⁰⁸ A. Mumcu (1976). Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 83

²⁰⁹ İnalçık, 2017, a.g.k., s.50; Aydın, 2017a, a.g.k., s.73; Akgündüz, 1990, a.g.k., s.45; Köprülü, 1938, a.g.m., s.55; Barkan, 1945, a.g.m., s.206-210; Imber, 2004, a.g.k., s.12-49; Heyd, 1984, a.g.m., s.635.

örfi hukuk düzenlemelerinden bazılarının, aslında şer’i hukuka esasen aykırı olup, şeklen uygun gösterildiği düşüncesi, işte tam bu noktada ele alınmalıdır²¹⁰. Nitekim bu noktada bütün görüşleri iki ana kola ayırabiliriz. Bazı araştırmacılar, örfi hukukun şer’i hukuktan bağımsız olarak gelişim gösterdiğini bu aykırılıklara dayanarak savunurken, diğer bazı araştırmacılar ise örfi hukukun şer’i hukuktan bağımsız olduğu sonucuna sırf bu aykırılıklar gerekçe gösterilerek ulaşılamayacağını belirtmişlerdir.

Normlar hiyerarşisinin varlığından söz edebilmemiz için bu iki alandan birinin diğerine bağımlı olduğunu göstermemiz gerekir. Zira birbirlerinden bağımsız olan iki alan arasında bir hiyerarşinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Örfi hukukun şer’i hukuka uygun olduğu 1525 tarihli Mısır Kanunnamesinde yer alır²¹¹. Aynı prensip 16. yüzyıla tarihlenen birçok fermanla kadıların; adaleti, şeriat ve kanun uyarınca tesis edeceklerini belirten ifadelerle de vurgulanmıştır²¹². Şeyhülislam ve diğer müftülerin fetvalarının büyük bir kısmı örfi hukuk kurallarını konu edinir²¹³. Ayrıca kimi örfi hukuk düzenlemeleri yapılırken, şer’i hukuka uygunluğu konusunda şeyhülislamın görüşünün alındığı somut olaylar da bulunmaktadır²¹⁴. Diğer taraftan ulema tarafından, iradesinin şer’i hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle padişaha karşı çıkıldığı örnekler de mevcuttur²¹⁵. Ayrıca örfi

²¹⁰ Ömer Lütfi Barkan (1975). “Türkiye’de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi”, Cumhuriyetin 50. Yıl Dönümü Semineri. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.54-55; Esra Yakut (2005). Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din. İstanbul: Kitap Yayınevi, s.34-35; Recep Şentürk (1996). İslam Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilim. İstanbul: İz Yayıncılık, s.99; Aydın, 2017a, a.g.k., s.74-75; İnalçık, 2017, a.g.k., s.50; Akgündüz, 1990, C.1, s.87; Köprülü, 1938, a.g.m., s.39-40; Barkan, 1945, a.g.m., s.218; Mumcu, 1985, a.g.k., s.34-35.

²¹¹ Barkan, 1943, a.g.k., s.355 vd.

²¹² Heyd, 1984, a.g.m., s.640; Barkan, 1943, a.g.k., s.342-343; Avcı, 2010, a.g.k., s.22; Mühimme Defteri 90, 1993, s.16: Kanunsuz vergi toplandığı şikâyeti üzerine merkez divan, Balya kadısına kimsenin şeriata, kanuna, defter ve padişah buyruğuna aykırı bir şey yapmamasını, bu tür aykırılıkların engellenmesini bildirmiştir.

²¹³ Heyd, 1984, a.g.m., s.641-642.

²¹⁴ Şeyhülislamın görüşünün alındığı örnek kapitülasyon düzenlemeleri için bkz. Halil İnalçık (2000). “İmtiyâzât”, İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.22, s.246-247; Bkz. Ali Bardakoğlu (1999). “Osmanlı Hukuku’nun Şer’iliği Üzerine”, Osmanlı Ansiklopedisi. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, C.VI; Akgündüz, 2009, a.g.k., s.26; Çağatay, 1994, a.g.m., s.659; Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.115: Arazi Kanunnamesi ve Mecelle şeyhülislamın fetvası ile yürürlük kazanmıştır.; Murat Akgündüz (2002). XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislamlık. İstanbul: Beyan Yayıncılık, s.80-81; Örfi hukuk kurallarının Şeyhülislam ve Nişancı tarafından birlikte hazırlandığını belirten kanunnameler mevcuttur: “Şeyhülislâm Yahya Efendi ile Dîvân-ı Hümâyûnda Okçu-zâde Efendi’nin ihrâc eylediği kânundur ki naklolundu, hâlâ muteberdir.”.

²¹⁵ Heyd, 1973, a.g.k., s.191-192; Akgündüz, 1990, C.1, s.85; Ebussuud Efendi’nin, “nâ meşru olan nesneye emr-i sultanî olmaz” fetvası ile karşı çıktığı müstemenlerin şahadetlerinin kabul edildiği örfi hukuk düzenlemesi de bunlardan biridir. Dönemin şeyhülislamı bu fetvasında örfi hukuk kurallarının şer’i hukuka uygun olmaları yönündeki gerekliliği vurgular.; Heyd, 1973, a.g.m., s.191: Şeyhülislam İbn Kemal fetvası uyarınca: “Şayet bir kadı, örfi hukuku uyguluyorum diye, herhangi bir insana şeriata aykırı bir ceza verirse, günah işlemiş olur”.; Yakut, 2005, a.g.k., s.176: II. Mahmud’un emrine itaatsizlik edenleri siyaseten katledeceğini bildiren fermanına, şeyhülislam bu durumlarda “tazir-i şedid” uygulanması gerektiğini belirterek karşı çıkmıştır.

hukukun uygulanması için farklı mahkemeler kurulmamış, ilgili mevzuat şer’i mahkemelerdeki yargılamalarda, şer’i hukuk ile birlikte dikkate alınmıştır²¹⁶.

Bu veriler ışığında Osmanlı Devleti’nde örfi hukuk kurallarının, şer’i hukuka uygun olması gerektiği yönünde bir prensibin mevcut olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Bazı kanunnamelere, 16. ile 17. yüzyıllarda eklenen ve ilgili örfi hukuk kurallarının şeriata aykırı olmaları sebebiyle yürürlükten kaldırıldığını belirten dipnotlar da bu sonucu destekler²¹⁷. Diğer taraftan nişancılarının yerine getirdikleri işlev de Osmanlı Hukuk sistemi içerisinde örfi hukuk kurallarının, şer’i hukuk kurallarına uygun olması gerekliliğinin varlığını akıllara getirmektedir. Nitekim ilk zamanlar ulema sınıfı mensubu kişiler nişancılık makamına getirilmiş ve böylece örfi hukuk düzenlemelerinde büyük bir etkiye sahip olan nişancının, şer’i hukuka hâkim olması istenmiştir²¹⁸. Bu durum örfi hukuk düzenlemelerinin oluşumları aşamasında şer’i hukuk ile uyumun sağlanması kaygısının varlığını akıllara getirir. Padişahın yasama yetkisinin, yasamanın genelliği ilkesine sahip olmaması da bu çıkarımları destekler.

Bu doğrultuda Osmanlı Hukuk sistemi içerisindeki iki hukuk sahası arasında bir hiyerarşi olduğu ve şer’i hukukun normlar hiyerarşisinde örfi hukukun üzerinde yer aldığı sonucuna ulaşılır. Bu hiyerarşi, Kur’an ve Sünnet kaynaklarının nitelikleri gereği zaten mevcut bulunması gereken bir zorunluluktur. Zira İslam Hukuku’nun merkezinde yer alan bu iki kaynağın getirmiş olduğu hukuk kuralları; hem İslam hukukunun diğer kaynaklarıyla oluşturulan hukuk sahasından, hem de İslam devletinin bizzat kendisi tarafından getirilen örfi hukuk kurallarından, normlar hiyerarşisi olarak üstündür. Diğer hukuk kuralları ise bu iki ana kaynağa uygun oldukları ölçüde meşrudurlar.

Bu noktada incelememiz gereken, teorideki şer’i hukukun üstün olduğu kuralının, uygulamada bu kurala aykırı davranılması nedeniyle bertaraf olup olmayacağıdır. Yani örfi hukuk düzenlemelerinde görülen şer’i hukuk aykırılıkları, bu iki hukuk sahasının bağımsızlaşmasına neden olmuş mudur? Belirtmemiz gerekir ki örfi hukukun şer’i hukuka uygun olması gerekliliğinin varlığını tespit etmemize yarayan yukarıdaki bütün veriler, aynı zaman da padişahın iradesinin, şer’i hukuka uygun olma kaygısı taşıdığını da göstermektedir²¹⁹. Zaten bu

²¹⁶ Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.108.

²¹⁷ Heyd, 1984, a.g.m., s.648-649; Akgündüz, 1990, C.1, s.87.

²¹⁸ Aydın, 2017a, a.g.k., s.136-137; Fendoğlu, 1994, a.g.k., s.107.

²¹⁹ Mehmed Neşri, 1987, a.g.k., s.4243; Kınross, 2008, a.g.k., s.17-18.: İlgili kaygı, Neşri Tarihinde yer alan bir rivâyette oldukça güzel bir şekilde vurgulanmıştır. Söz konusu rivayet uyarınca bir imamın evinde konuk olan Osman Gazi gece boyunca Kuran-ı Kerime saygı göstermiş. Uykuya dalması üzerine de rüya âleminde Hak tarafından kendisine “*ey Osman. madem ki sen benim kelâmıma saygı ve tâzim edip, izzet ve ikram eyledin, ben de seni ve senin evladını, haleflerini, taraftarlarını dünyada ebedî (olarak) muazzez, mükerrerem ve muhterem kıldım*” demiştir. Söz konusu rivayet, Osmanlı Hukuk teorisinde, siyasi iktidar bünyesinde ve Osmanlı toplumunda

İslam devleti başkanı olmanın doğal bir sonucudur. Zira İslam Devleti başkanın bütün eylem ve işlemleri şer'i hukuka uygun olduğu müddetçe meşrudur. Bu zorunluluk İslam hukukunun egemenlik anlayışından kaynaklanmaktadır. Padişahın bünyesinde bulunan bu kaygı örfi hukuk düzenlemelerine de doğal olarak yansır ve Osmanlı padişahı, otoritesinin en güçlü olduğu zamanlarda bile kendi iradesine dayanan ilgili hukuki düzenlemenin, şer'i hukuka uygun olduğunu belirtme ihtiyacı duyar. Nitekim sadece padişahın otoritesinin iyice zayıfladığı ve böylece ulema sınıfının daha güçlü bir hale geldiği son dönemlerde değil, Osmanlı tahtının otoritesinin oldukça kuvvetli olduğu dönemlerde dahi padişahın iradesi, şer'i hukuka uygundur kaydıyla beyan edilmiştir²²⁰.

Örneğin; Fatih Sultan Mehmet, kendi iradesi ile hüküm altına aldığı "Kardeş Katli" düzenlemesinde, ilgili düzenlemenin şer'i hukuka uygun olduğu yönünde ulemanın çoğunluğunun²²¹ görüşünün bulunduğunu belirtir²²². Bu düzenlemenin esas yönden gerçekten de şer'i hukuka uygun olup olmadığı yüz yıllardan beri tartışılan bir konudur. Gerek ilgili dönemde, gerekse günümüzde uygun olduğunu savunanlar olduğu gibi aykırı olduğu görüşünde bulunanlar da mevcuttur²²³.

Ancak Bardakoğlu'nun belirttiği üzere konuyu, somut olayların şer'i hukuka aykırı olup olmaması noktasında ele almamalıyız²²⁴. Biz de bu nedenle, şer'i hukuka uygun olup olmama tartışmalarına girmeden, bir olasılık üzerinden gideceğiz. Fatih Sultan Mehmet Han'ın ilgili örfi hukuk düzenlemesine kaynaklık eden iradesinin şer'i hukuka esasen uygun olma kaygısını taşımadığını kabul edelim. Bu olasılıkta dahi padişahın bünyesinde şeklen de olsa şer'i hukuka uygun olma kaygısı devam etmektedir. Nitekim padişah ilgili düzenlemede ekser ulemanın da bu düzenlemeyi şer'i hukuka uygun bulduğunu belirtmiştir. İşte bu kaygı, padişahın iradesine dayanan örfi hukukun, şer'i hukuktan bağımsızlaşmasını engeller. Bilindiği üzere, temel bir hukuk ilkesi olarak; şeklen uygun olma kaygısı, şekli uygunluğu ortadan kaldıracak kadar esasa ağır aykırılıkta bulunmaktan kaçınmayı da beraberinde getirecektir. Bu yüzden iki hukuk

şer'i hukukun sahip olduğu yeri göstermesi açısından oldukça önemlidir. Bu inanç doğrultusunda Osmanlı Devleti varlığını, şer'i hukuka gösterdiği saygı ile kazanmıştır.

²²⁰ Barkan, 1945, a.g.m., s.212.

²²¹ Bizzat kanunname metninde "ekser ulema" ifadesi yer alması, ilgili konunun şer'i hukuka uygunluğunun tartışmalı olduğunu göstermektedir. Nitekim bu ifadeden ilgili örfi hukuk düzenlemesinin şer'i hukuka uygunluğu yönünde bir görüş birliğinin olmadığı anlaşılmaktadır.

²²² Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.328: "ekser ulemâ" ifadesi.; Dikkat edilmesi gereken Osmanlı Devleti tarihinde merkezi iktidarın en güçlü olduğu, padişahın en otoriter olduğu dönemde dahi şer'i hukuk ile şekli bağ kurma kaygısı mevcuttur. Fatih Sultan Mehmet'in güçlü merkezi iktidarı için bkz. Werner, 2014, a.g.k., s.328 vd.; İnalıcık, a.g.k., 2010, s. 145; Lamartine, 2005, a.g.k., s.335 vd.

²²³ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akman (1997). Osmanlı Devleti'nde Kardeş Katli. İstanbul: Eren Yayıncılık.

²²⁴ Bardakoğlu, 1999, Osmanlı Ansiklopedisi, C.VI, s.416.

sahasının bağımsız olduğundan söz edebilmemiz için şekli uygunluk kaygısının da olmaması gerekir. Nitekim şeklen de olsa bir bağ kurma çabası vardır ve bu çaba diğer hukuk alanının dikkate alınmasına neden olur. Padişah iradesinin kaynaklık ettiği ilgili düzenlemenin meşruluğu için en azından şekli bağ gereklidir. Bu bağ da iki hukuk alanının birbirlerinden bağımsızlaşmasını engeller.

Aynı şekli uygunluk kaygısı aynı gerekçe ile örfi hukukun laik olmasını da engellemektedir. Nitekim şekli bağı korumak için esasa yönelik ağır ihlalden kaçınmak gerekecektir ki bu kaçınma, şer'i hukukun dikkate alınmasını ve bu sebeple de örfi hukukun laik bir sistem olarak nitelendirilmesini engeller.

Osmanlı egemenlik anlayışı Türk-İslam sentezinden oluşmaktadır²²⁵. Bu durumda her iki egemenlik anlayışının da tahlili gerekir. Orta Asya Türk egemenlik anlayışı gereği hakan, kut almıştır²²⁶. Yani hakan egemenliği doğrudan doğruya Tanrı'dan gelir. Bu inanç hakanın eylem ve işlemlerinde neredeyse sınırsız bir şekilde hareket etmesine neden olur. Orhun yazıtlarında yer alan şu ifade, bu eylem ve işlemler arasında yasamanın da yer aldığını belirtir:

“insanoğulları üzerine ecdadım Bumin Hakan, İstemi Hakan tahta oturmuş, oturarak Türk milletinin ülkesini, töresini; yönetivermiş, tanzim edivermiş” ²²⁷

Yasama, hakanın önemli bir yetkisi, hatta daha da öte bir görevidir²²⁸. Bu durumda eski Türk idare geleneği uyarınca tahta oturan hakan, yasama faaliyetini yürütecek ve doğrudan doğruya Tanrı'dan kut aldığı için bu faaliyeti sırasında oldukça serbest bir şekilde hareket edecektir.

İslam egemenlik anlayışına göre ise egemen olan Allah'tır²²⁹. Devlet başkanı ise yönetim hakkına sahiptir²³⁰. Devlet başkanı bu yönetim hakkını egemen olanın yani Allah'ın kanunlarıyla sınırlı olarak kullanacaktır²³¹. Seçildikten sonra yaptığı konuşmada Halife Hz. Ebu Bekir de bu önemli kıstası vurgulamıştır²³².

²²⁵ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.205-208.

²²⁶ Pamir, 2009, a.g.m., s.363-364.

²²⁷ Vilhelm Thomsen (1993). Çözülmüş Orhun Yazıtları, Çev. Vedat Köken. Ankara: Türk Dil Kurumu, s.16.

²²⁸ Detaylı Bilgi için bkz. Pamir, 2009, a.g.m.

²²⁹ Akad M. ve Dinçkol B.V. (2006). Genel Kamu Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, s.60.

²³⁰ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.205.

²³¹ Akad ve Dinçkol, 2006, a.g.k., s.60; Mustafa Çetin Özek (1982). Devlet ve Din. İstanbul: Ada Yayınları, s.234-235, 238-239; Mehmet Beşir Eryarsoy (2013). İslam Devlet Yapısı. İstanbul: Beka Yayıncılık, s.59, 69; Aydın, 1991, İslâm Ansiklopedisi, C.3, s.159; Özbilgen, 1985, a.g.k., s.44; Çağatay, 1994, a.g.k., s.659; Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.116-118.

²³² Akad ve Dinçkol, 2006, a.g.k., s.61: Halife Ebu Bekir, Allah ve Peygamberin yolundan ayrılması durumunda artık Müslümanların kendisine itaat etme borçlarının kalmayacağını belirtmiştir.

Görüldüğü gibi İslam egemenlik anlayışı gereği devlet başkanı eylem ve işlemlerinde egemen olanın kanunlarıyla, yani şer'i hukukla sınırlıdır. Eski Türk egemenlik anlayışında ise kut inancı gereği hakan eylem ve işlemlerinde oldukça serbest bir şekilde hareket edebilmektedir.

Osmanlı bir İslam devleti olduğu için esasen İslam egemenlik anlayışını temel alır. Ancak diğer taraftan, İnalcık'ın da belirttiği gibi eski Türk egemenlik anlayışı Osmanlı egemenlik anlayışını etkilemektedir²³³. Bu sebeple Osmanlı padişahı, örfi hukuk kuralı tesis ederken, bir taraftan esasında İslam egemenlik anlayışına tabi olduğunu, bu sebeple de iradesinin şer'i hukuk ile sınırlandığını bilmekte, diğer taraftan ise eski Türk egemenlik anlayışının etkisiyle, özellikle de otoritesinin güçlü olduğu dönemlerde, serbest bir şekilde yasama faaliyetini gerçekleştirmek istemektedir. Ancak yukarıda gerekçelendirdiğimiz üzere padişah, örfi hukukun, şer'i hukuka uygun olması gereğini hiçbir zaman reddetmemektedir. Zira padişah her daim en azından şeklen de olsa, şer'i hukuk ile sınırlı olduğunu gösterme çabasındadır.

Osmanlı Padişahı Orta Asya'dan gelen sınırsız örfi hukuk düzenleme güdüsü ve İslam egemenlik anlayışından kaynaklanan sınırlı örfi hukuk kuralı düzenleme gerekliliği arasında kalmıştır. Otoritesinin arttığı dönemlere denk gelen kimi durumlarda farklı gerekçelerle tarihten gelen gücü galip gelmiş ve ilgili İslam hukuku ilkesine şeklen bağlı kalmakla yetinmiştir. Bunun sonucunda ise padişah örfi hukuk sahasını, İslam Hukuku'na aykırı nitelikteki düzenlemelerle genişletmiştir.

Ancak Osmanlı Padişahı kendi iradesiyle şer'i hukuku değiştirme, onu saf dışı bırakma iddiasında değildir. Nitekim Padişah, esasen İslam Hukukuna aykırı olan durumlarda şeklen de olsa halen şer'i hukukla bağ kurmaya çalışır. Zira ancak bu şekilde meşru olabilir²³⁴.

Örfi hukuk kuralları için şeyhülislamların: "*Şer'i maslahat değildir. Ülü'l emr nasıl emretmişse öyle hareket etmek gerekir*"²³⁵ yönündeki fetvaları, örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğunu akıllara getirebilir²³⁶. Nitekim Barkan da bu düşüncededir²³⁷. Ancak otoritesi oldukça

²³³ İnalcık, 2017, a.g.k., s.57-60.

²³⁴ Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.115.

²³⁵ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.194.

²³⁶ Söz konusu fetva aslında sadece hukuka uygunluk denetimi yapılması gerektiğini, yerindelik denetimi yapılamayacağını vurgulamasına rağmen kimi zaman, padişahın otoritesinden etkilenen şeyhülislam tarafından hukuka uygunluk denetiminden kaçınmak için kullanılmış olabilir. Yani, "*Şer'i maslahat değildir. Ülü'l emr nasıl emretmişse öyle hareket etmek gerekir*" fetvası ile idare hukukunun, yerindelik denetimi yapılamayacağına yönelik ilkesi vurgulanmış olma ihtimali vardır. Nitekim en otoriter padişahlardan birisi olan Kanuni Sultan Süleyman döneminde verilen "*emr-i sultânî ile nâmeşrû olan nesne meşrû olmaz*" fetvası padişahın iradesinin şer'i hukuka uygunluk denetimine tabi olduğunu oldukça net bir şekilde vurgulamaktadır. Bu yöndeki genel eğilimin aksi gibi görünen ilk fetva ile aslında sadece yerindelik denetiminin yapılamayacağı vurgulanmak istenmesine rağmen bu fetvanın padişahın iradesini denetlemekten kaçınmak için kullanılmış olması ihtimali vardır.

²³⁷ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.194.

güçlü olmasına rağmen şer’i hukuka ağır aykırılık teşkil ettiği söylenen konularda bile iradesini halen şer’i hukuka uygun gösterme çabasında olan padişah, bu düşüncüyü engeller²³⁸. Söz konusu fetvaya rağmen her padişah, şer’i hukukun Osmanlı Hukuk teorisindeki önemini ve yerini bilmektedir.

Örfi hukuk kurallarının, şeriata uygunluk denetiminin dışında oldukları yönünde anlamlandırılan söz konusu fetva ise denetim mekanizmasının zayıf yapısından ileri gelmektedir. Nitekim padişahın otoritesinin artmasıyla, mesleki güvencesi olmayan şeyhülislamın yaptığı denetim oldukça işlevsizleşmiştir²³⁹. Bilindiği üzere şeyhülislam padişahın iradesi ile göreve başlayıp, padişahın iradesi ile görevden alınmaktadır²⁴⁰.

Diğer taraftan ilgili denetimin işlevselliği noktasında şeyhülislamın etkinliği ve saygınlığı da önemlidir. Örneğin Ebussuud Efendi oldukça güçlü otoriteye sahip olan Kanuni Sultan Süleyman’ın iradesinin şer’i hukuka uygunluğunu denetlemekten kaçınmamıştır²⁴¹.

Diğer taraftan söz konusu fetva, günümüz idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan, idari eylem ve işlemlerin denetimlerinin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğu, yerindelik

²³⁸ Bkz. Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.328: Nitekim Fatih Sultan Mehmet, ilgili örfi hukuk kuralında “...ekser ulemâ dahi tecvîz etmiştir” diyerek, iradesinin şer’i hukuka uygun olduğunu belirtmektedir.; Ahmed Lutfi Efendi (1999). Vak’a-nüvis Ahmet Lûtfî Efendi Tarihi, Haz. Yücel Demirel. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, C. 2-3, s.323-324: Yunanistan ve Mora’nın bağımsızlığının kabulünden sonra şeyhülislam Abdülvehhab Efendi’den, bu ayrılmanın Müslümanların menfaatine olduğuna yönelik fetva alınarak söz konusu yürütme işleminin halk gözünde meşruluğu sağlanmak istenmiştir.

²³⁹ Ahmet Cevdet Paşa (2006). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayıncılık, s.307: Ahmet Cevdet Paşa, Şeyhülislâm Şerif Efendi’nin oldukça nazik olduğunu, bu yüzden padişahın istediği gibi hareket edemeyeceğinin aşikâr olduğunu söylemiş. Bu sebeple de göreve başlamasının ardından iki ay sonra azledilerek yerine Rumeli Kazaskeri Hamidzade Mustafa Efendi’nin getirildiğini bildirmiştir.; Mehmed Raşid Efendi (1865). Tarih-i Raşid. İstanbul: Matbaa-i Âmire, C.1, s.22: Şeyhülislam Bursalı Esîrî Mehmed Efendi, katli fetvalarını Köprülü Mehmed Paşa’dan korktuğu için verdiğini söylemiş, bunun üzerine de padişah tarafından azledilmiştir.

²⁴⁰ Silahdar Fındıklılı Mehmet Ağa, 1962, a.g.k., s.29; Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.196-201; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.236; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.168, 177; Yakut, 2005, a.g.k., s.38-39, 47-48; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.75-76: Kanuni dönemine kadar mevcut bulunan şeyhülislamın hayatları boyunca görevde kalmalarına yönelik teamülün bozulması, şeyhülislamın makamlarını kaybetme kaygısı ile hareket etmelerine neden olmuş, bu nedenle de denetim mekanizması işlevsel olamamıştır. Nadir de olsa şeyhülislamın idam edilmesi de bu kaygının daha da artmasına neden olacak niteliktedir. Bu sebeplerle şeyhülislamlar ancak büyük saygınlık sahibi olduklarında işlevsel bir denetim gerçekleştirebilmişlerdir.; Naîmâ Mustafa Efendi (2007). Târih-i Na’îmâ. Haz. Mehmet İpşirli. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.51; Ahmet Cevdet Paşa, 2006, Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, a.g.k., s.324-325; Subhî Mehmed Efendi (2007). Subhî Tarihi. Haz. Mesut Aydın. İstanbul: Kitabevi, s.83-84: Subhî Mehmed Efendi’nin aktarımına göre Şeyhülislam Mirzâzâde Şeyh Mehmed Efendi padişah iradesi ile azledilmiştir.

²⁴¹ Ebussuud, 2013, Maruzat, s.146-147; Ahmet Akgündüz (2013). İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.395: Şeyhülislam Ebussuud Efendi, padişahın iradesinin şer’i hukuk ile sınırlı olduğunu, Osmanlı Hukuk sisteminde hukukun üstünlüğü ilkesinin mevcut bulunduğunu şu fetvası ile vurgular: “Emr-i Sultânî ile nâmeşrû Olan Nesne Meşrû Olmaz”. Bu fetva Osmanlı padişahları arasında en güçlü iktidarlardan birine sahip olan Kanuni Sultan Süleyman döneminde verilmesi itibarıyla, hem örfi hukukun şer’i hukuka uygun olması yönünde bir gerekliliğin mevcut bulunduğunu, hem de padişahın iradesinin hukuk kurallarıyla sınırlı olduğunu göstermektedir.

denetiminin yapılamayacağı ilkesinin²⁴² tarihi bir görünümü de olabilir. Nitekim fetvada yer alan “*maslahat*” kelimesi akıllara idarenin takdir hakkına müdahale edilemeyeceği kuralını getirmektedir. Bu sebeple, ilgili fetva ile padişahın iradesinin, sadece şer’i hukuka uygunluk yönünden denetime tabi olduğu, bunun ötesinde maslahata uygun olup olmadığı yönünde bir denetimin gerçekleştirilemeyeceği, yani yerindelik denetimi yapılamayacağı vurgulanmış olabilir. Bu olasılıkta, günümüz idare hukuku ilkesine vurgu yapan ilgili fetvanın, uygulamada sınırlanacak bir liman olarak görülüp, güçlü padişahın iradesini hukuka uygunluk yönünden denetlemek istemeyen şeyhülislam tarafından bahane olarak kullanıldığı ihtimali akıllara gelir.

Barkan’a göre ise örfi hukuk, şer’i hukuktan bağımsız ayrı bir alandır²⁴³. Padişah iradesinde şer’i hukuka uygun olma kaygısı bulunmamaktadır²⁴⁴. Barkan, örfi hukuk alanında fetva kurumunun ve şer’i hukuk kurallarının etkisinin dikkate alınmayacak kadar az olduğunu belirtir²⁴⁵. Ancak kendisinin de bildirdiği üzere bir etki mevcuttur. Bu etkinin azaldığı dönemler olduğu gibi yine kendisinin de belirttiği üzere, padişahın otoritesinin azalmasına paralel olarak arttığı dönemler de olmuştur²⁴⁶. Bu durumda örfi hukuk sahasının ve bu sahanın kaynağı padişah iradesinin şer’i hukuktan tamamen bağımsız olduğunu savunmak mümkün gözükmemektedir. Barkan’ın, Girit Adası’nı konu edinen örfi hukuk düzenlemesi gibi şer’i hukuka aykırı olarak gösterdiği bazı örnekler yukarıda belirttiğimiz veriler ışığında tek başlarına örfi hukukun şer’i hukuktan bağımsız olduğunu gösterecek nitelikte değildir.

Her bir örfi hukuk düzenlemesinin, şer’i hukuka esasen aykırı olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Bu örneklerin nicel olarak fazla olması olasılığında dahi örfi hukuk şer’i hukuktan bağımsızdır diyemeyiz. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere bu olasılıkta dahi Osmanlı padişahı halen şer’i hukuka şeklen de olsa uygun davranma kaygısı içerisindeydi. Bu kaygı onun esasa yönelik ağır bir ihlal yapmasını engeller. Nitekim esasa yönelik ağır ihlal şekli bağı koparacaktır. Şekli bağın kopması ise bir İslam devleti olan Osmanlı bünyesinde padişahın meşruluğuna gölge düşürecektir.

²⁴² Özbudun, 2011, a.g.k., s.127; Derdman, 2014, a.g.k., s.16-17; Halil Kalabalık (2011). İdari Yargılama Usulü Hukuku. Konya: Sayram Yayınları, s.10-13; Turgut Candan (2017). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: Yetkin Yayınları, s.240-2501982 Anayasası md.125/4: “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.*”.

²⁴³ Barkan, 1943, a.g.k., s.XIX.

²⁴⁴ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.185-186.

²⁴⁵ Barkan, 1945, a.g.m., s.222.

²⁴⁶ Barkan, 1945, a.g.m., s.212.

Diğer taraftan istisnai bazı durumlar için şekli bağın koptuğunu savunabilecek kadar ağır esasa aykırılıkların varlığı tartışılabilir²⁴⁷. Bu tartışma sonucunda şekli bağın koptuğu sonucuna ulaşırsa, sadece o örfi hukuk düzenlemesi ile sınırlı olarak padişahın iradesinin bağımsızlaştığı ve bu doğrultuda da laikleştikten bahsedilebilir. Örfi hukuk düzenlemelerinin çoğunda şer'i hukuka uygun davranılması ve esasa yönelik aykırılığın tartışmalı olduğu durumlarda dahi şekli uygunluk kaygısının halen mevcut bulunması, bu çıkarımın genele yayılarak, örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğu sonucuna ulaşılmasını engeller.

Örfi hukuk kurallarının şer'i hukuka esasen aykırı olması padişah iradesinin tamamen bağımsızlaştığını ve ona dayalı olarak oluşan örfi hukukunda böylelikle laik bir hukuk düzeni niteliği kazandığı anlamına gelmez. Bu sonuçlara ancak padişahın iradesinin şeklen dahi olsa şer'i hukuka uygunluk kaygısı taşımadığını ispatladığımız an ulaşabiliriz. Bu da söz konusu veriler ışığında mümkün gözükmemektedir. Nitekim padişah şer'i hukuka açıkça aykırı olduğu belirtilip tartışılan kimi düzenlemelerinde dahi, ulemanın olumlu görüşünü beyan ederek bu kaygısını göstermiştir. Dolayısıyla da bir İslam devleti hükümdarı olması itibarıyla padişah, kendi iradesinin meşruluğunun şer'i hukuktan kaynaklandığını kabul etmekte ve esasen olmasa bile en azından şeklen de olsa şer'i hukuka uygun olma kaygısı taşıdığını yansıtmaktadır.

Bizzat Barkan'ın, Ebussuud Efendi'nin miri araziye yönelik fetvalarını, zaten uygulanmakta olan bir kurumu meşru göstermek amacıyla yapılmış birer açıklama olarak nitelendirmesi de padişahın bünyesindeki bu şekli uygunluk kaygısına vurgular²⁴⁸.

²⁴⁷ Hoca Sadeddin Efendi, 1974, Tacü't Tevarih, a.g.k., C.1, s.69-70: *"Bunun üzerine devletin önde gelen kişileriyle yapılan toplantı sonunda, şöyle bir yol seçildi. Bundan sonra küffar çocuklarından işe yarar, savaşa yatkın olanları ayrılarak, bunların Müslümanlıkla şeref bulmaları, hem dünyalarını, hem de âhretlerini kazanmaları fırsatı onlara verilmelidir. Aynı zamanda müşriklerden kaleleri almak için harcanacak bir kuvvet de böylece meydana getirilmiş olur. Bu karar üzerine, bazı mutlu Kadî nâibleri bu iş için görevlendirildiler. Birkaç yılda bir, bin kadar genç kefare çocuklarının toplanarak, devlete yardıma hazır ve devlet hizmetinde olanların yanlarına verilmeleri töre oldu... İşte bunlar, Yeniçeri adıyla şöhret yaptılar. Gerçekten de bu dilâverler savaşta olsun, barışta olsun, nice işler yaparak yüce padişahların ilgilerini kazandılar, eşsiz hizmetlerinin sonunda yüksek derecelere çıktılar. Bunu gören öteki kefare de çocuklarını bu yola kayırmak için can ve gönülden istekli ve hazır oldular."* Örneğin Hoca Sadeddin'in bu satırlarına konu olan devşirme sistemi, esasa yönelik ağır bir aykırılık olarak tartışılmaktadır.; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.212-215: Bu sistem hem zimmet antlaşmasını ihlal etmesi hem de zımmilere tanınan din ve vicdan hürriyeti esasına aykırılık teşkil etmesi itibarıyla, şer'i hukuka uygun bulunmamaktadır.; Selânikî Mustafa Efendi (1999). Tarih-i Selânikî. Haz. Mehmet İpşirli. Ankara: Türk Tarih Kurumu, s. 220: Selânikî'nin aktardığı gibi III. Murad devrinde kanun üzere acemi oğlanı devşirilmesi ferman edilmiştir.; Nitekim bu sistemin aykırılığı noktasında dahi tartışma mevcuttur. Detaylı bilgi için bkz. Ahmed Akgündüz (2008). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Yönetimi. İstanbul: TİMAŞ Yayınları, s.97-103; Akgündüz ve Öztürk, 2000, a.g.k., s.44-48; Vasilis Dimitriadis (2000). "Devşirmenin Kökenleri Üzerine Düşünceler". Osmanlı Beyliği (1300-1389). Ed. Elizabeth A. Zachariadou. Çev. Gül Çağalı Güven, İsmail Yerguz ve Tülin Altınova. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s.23-34.

²⁴⁸ Barkan, 1945, a.g.m., s.223.

Diğer taraftan Barkan gibi örfi hukukun bağımsız olduğu görüşünde olan Imber de bu iki farklı hukuki yapının birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi²⁴⁹ görevinin Kanuni döneminde Ebussuud'a verildiğini belirterek, yukarıda defaten ele aldığımız, şekli uygunluk kaygısına vurgu yapmaktadır²⁵⁰. Bir hukuki alanın kutsal hukuk kuralları ile uyumlu hale getirilme kaygısı varsa bu hukuki alanın seküler olduğundan bahsetmek güçtür. Aynı şekilde iki hukuki alan birbirleri ile uyumlu hale getirilmeye çalışılıyorsa, bu alanların tamamen bağımsız olduğunu söylemek de kesin olarak doğru olmayacaktır.

Mevcut veriler göstermektedir ki Osmanlı dönemi hukuk sisteminde, örfi hukukun şer'i hukuk ile uyumlu olması için bir filtre sistemi vardır. Filtrelemedeki aksaklıktan dolayı örfi hukuk içerisinde bazı şer'i hukuk aykırılıklarının olması ise başka bir konudur. Yapılması gereken söz konusu filtre sisteminin neden mutlak anlamda başarılı olmadığını araştırmaktır.

Sonuç olarak bu iki hukuki alanın mutlak anlamda uyumlu oldukları söylenemeyeceği gibi birbirlerinden tamamen bağımsız oldukları da savunulamaz. Ancak egemen olanın kanunları, padişahın kanunlarına üstündür. Yani aralarında bir hiyerarşi vardır. Padişahın iradesi Egemen Olanın iradesi ile sınırlıdır. Padişah tamamen serbest bir iradeye sahip değildir. İlgili temel ilke Osman Gazi tarafından oğlu Orhan Gazi'ye yapıldığı rivayet edilen vasiyette açık bir şekilde vurgulanır:

*“Oğul! Ben öldüğüm vakit beni Bursa'da şu Gümüşlü Kubbe'nin altına koy. Bir kimse sana Tanrı'nın buyurmadığı sözü söylese sen onu kabul etme. Eğer bilmezsen Tanrı ilmini bilene sor”*²⁵¹

Dönemin şeyhülislamı Ebussuud Efendi'nin, Osmanlı'nın en güçlü iktidarlarından birisine sahip olan Kanuni Sultan Süleyman döneminde, *“emr-i sultânî ile nâmeşrû olan nesne meşrû olmaz”*²⁵² yönünde fetva vermesi de Osmanlı Hukuk sisteminin en temel ilkelerinden birisinin,

²⁴⁹ Imber tarafından kullanılan “uyumlu hale getirme” ifadesi, esasen şer'i hukuka aykırı olan düzenlemelerin şeklen şer'i hukuka uygunmuş gibi gösterildiği anlamını karşılayacak şekilde kullanılmıştır.

²⁵⁰ Imber, 2004, a.g.k., s.30.

²⁵¹ Hüseyin Nihal Atsız (1992). Aşıkpaşaoğlu Tarihi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, s.35; Mehmed Neşri (1995). Kitab-ı Cihan-Numâ: Neşri Tarihi. Haz. Faik Reşit Unat ve Mehmet A. Köymen. Ankara: Türk Tarih Kurumu, C.I, s.146-147; *“Ve dahî bir nasihatım budur ki, bir kimesne sana Hak Teâlâ buyurmadığı sözleri işrâb itse, sen kabul itmeyesin. Tanrı buyruğundan gayri iş işlemeyesin. Bilmediğini ulemâ-i şer'î'atden sorub istifsâr idesin.”* ; Halil İnalçık (2007). “Osman I”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.10, s.451: Osman Gazi'nin vasiyet olarak Orhan Gazi'ye şeriata uygun davranmasını öğütlediği aktarılmıştır.

²⁵² Ebussuud, 2013, Maruzat, s.146-147: *“Emân ile gelen harbîler Amr-ı zimmî üzerine bir hususda şehâdet eyleseler Padişâh-ı âlem-penâhdan “Harbîlerin şehâdetleri dutula” deyû ellerinde temessükleri olıcak mezbûrların Amr-ı zimmî üzerine şehâdetleri kabul olur mu? el-Cevap: Aslâ olmaz. Ahidnâmelerinde ol kaydı cehele-i küttâb yazmışlardır. Nâmeşrû nesneye emr-i sultânî olmaz.”* Ebussuud Efendi müstemenlerin şahitliklerinin kabul edileceğine dair örfi hukuk kuralının şer'i hukuka aykırı olduğunu, bu sebeple de müstemenlerin şehadetlerinin kabul olmayacağını vurgulamaktadır.; Akgündüz, 2013, a.g.k., s.395.

örfi hukuk kurallarının şer'i hukuk kurallarına uygun olması zorunluluğu olduğunu göstermektedir. Bu zorunlulukta padişahın iradesinin hukuk kurallarıyla sınırlı olduğu anlamına gelir. Sınırlamanın hayata geçirilmesi için gerekli olan denetimin eksikliği sebebiyle uygulamada aksaklıklar meydana gelmesi, bu ilkenin varlığını ve iki hukuk sahası arasındaki bağı ortadan kaldırmaz.

Osmanlı Hukuk sistemindeki bu ilkeyi, Ebussuud Efendi'nin diğer bir meşur fetvası da güzel bir şekilde vurgular:

*"Yarın Hakk'ın divanına varınca, Süleyman'dan hakkın alır karınca"*²⁵³

Kanuni Sultan Süleyman'ın şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin fetvaları ile birlikte gömülmesini istemesi²⁵⁴ de Osmanlı İmparatorluğu'nun en güçlü padişahlarından birinin, şer'i hukuka uygun olma kaygısı içerisinde olduğunu, bu itibarla da iradesinin bağımsızlaşmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Hakk'ın divanına çıkacağına farkında olan Kanuni Sultan Süleyman, eski Türk geleneğinin de etkisiyle, eylem ve işlemlerini dayandırdığı fetvaları yanında istemektedir.

1.3.3.2. Konu itibarıyla ceza kanunnameleri

Osmanlı ceza kanunnamelerinin esasını şer'i hukuk kuralları oluşturmakla birlikte, bu kuralların yanında padişahın iradesine dayanan ve örfi hukuk kuralı niteliğine sahip olan tazir cezaları da yer almaktadır²⁵⁵. Bilindiği üzere İslam hukukunda suçlara verilen cezalar had, cinayet ve tazir olmak üzere yaygın olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulur²⁵⁶.

Akgündüz, Osmanlı Devleti'nin, unsurları önceden Kur'an ve Sünnet ile belirlenmiş had cezası gerektiren suçları, söz konusu unsurların gerçekleşmesi durumunda, şer'i hukuk tarafından

²⁵³ Yaygın olarak bilinen rivayete göre: Karınca sürüsünün ağacı sardığını gören Kanuni Sultan Süleyman, karıncaları ağaçtan temizlemek için dönemin şeyhülislamı Ebussuud Efendi'den fetva ister:

"Drahta ger ziyan etse karınca

Zarar var mıdır anı kırıncı"

Bunun üzerine Ebussuud Efendi, Osmanlı Hukuk sisteminde padişahın iradesinin bir sınırının olduğu yönündeki ilkeyi vurgular:

"Yarın Hakk'ın divanına varınca

Süleyman'dan hakkın alır karınca"

Bu fetva, iki cümle ile Osmanlı Hukuk sistemini oldukça güzel özetlemektedir. Padişah güçlü bir otoritedir. Ancak egemen olanın kanunları ile sınırlıdır. Diğer taraftan onun güçlü otoritesinin tabi olduğu etkin bir denetim, mevcut sistemde yoktur. Nitekim karınca padişah tarafından haksızlığa uğrarsa, hakkını bu dünyada hemen şimdi değil, yarın Hakk'ın divanına varınca alacaktır. Pek tabi dönemi itibarıyla oldukça gelişmiş bir hukuk anlayışıdır. Zira Kanuni Sultan Süleyman gibi güçlü bir siyasi iktidarın iradesinin sınırı olduğu ve hesap vereceği belirtilmektedir.

²⁵⁴ Mehmet Doğan (1990). Tarih ve Toplum: Türkiye'de Toprak Meselesi ve Toplum Yapımızın Tarihi Oluşumu. Ankara: Rehber Yayıncılık, s.59.

²⁵⁵ İnalcık, 1958, a.g.m., s.122.

²⁵⁶ Yakut, 2015, a.g.k., s.17; Avcı, 2010, a.g.k., s.30-42; Akman, 2004, a.g.k., s.24-25; Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.187-196; Udeh, 1976, a.g.k., s.122-126.

belirlenen cezalar ile cezalandırdığını belirtmiştir²⁵⁷. Eğer bu suçların unsurları gerçekleşmişse, verilecek ceza zaten önceden Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmiştir²⁵⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, unsurların gerçekleşmemesi durumunda artık fiilin, haddten cezalandırılmayacağıdır²⁵⁹. Ancak söz konusu fiil, unsurları yerine getirmediği için had cezası

²⁵⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.1, s.44.

²⁵⁸ Had veya kısas cezası gerektiren suçların, tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalması halinde de halen hukuka aykırı bir fiil vardır. Ancak netice unsuru gerçekleşmediği için bu fiil, had cezası ile cezalandırılmaz. Yapılacak şey taziren cezalandırmadır. İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil. İstanbul: İSAM Yayınları (2008). İstanbul: İSAM Yayınları, s.121; Olayda sanıklar Hacı Arab ve oğulları Karaca ve Ali, öldürme kastıyla Aydın ili sancak beyi Mustafa Bey'in evini basmışlardır. Olayda ölüm neticesi gerçekleştirilmiş olsa ve kast gibi diğer unsurlarda gerçekleşseydi, önceden nas hükümleri ile belirlendiği üzere bu hukuka aykırı fiil kısas ile cezalandırılacaktı. Ancak suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu sebeple kısas cezası verilemez. Fakat fiilin hukuka aykırılık özelliği devam etmektedir. Bu hukuka aykırı fiili cezalandırmak için başvurulması gereken cezalandırma yöntemi tazirdir.

²⁵⁹ Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.198; Mehmet Akif Aydın (1993). "Ceza", İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.7, s.479-480; Günümüz ceza hukuku sisteminde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bütün suçların unsurları kanun hükmüyle belirlenmiştir. Bir suçun doğrudan karşılığı olan cezası ile cezalandırılması için ilgili olay açısından suçun unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Eğer Türk Ceza Kanunu'nda yer alan unsurlarda bir eksiklik varsa suç yoktur. İslam Hukuku'nda bu yöntem haddten cezalandırılacak suçlar için geçerlidir. Nitekim haddten cezalandırılacak suçların unsurları nas hükümleri ile belirlenmiştir. Şayet unsurlar yoksa haddten cezalandırılması gerek bir suç yoktur. Ancak İslam Hukuku'nda bütün hukuka aykırı fiillerin cezası haddten belirlenmemiştir. Bir hukuka aykırı fiil, haddten cezalandırılması gereken bir suça vücut vermiyorsa, taziren cezalandırılması gerekir. Osmanlı Hukuk sistemi de bu alana yönelmiş, yani haddten cezalandırılması gereken suçlar dışında kalan hukuka aykırı fiilleri hedef alarak kanunnameler düzenlemiş, ilgili fiilleri taziren cezalandırmıştır. Bu durumda Osmanlı kadısı önüne gelen ceza hukuku olayında önce haddten cezalandırılması gereken bir hukuka aykırı fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak, şayet haddten cezalandırılması gereken bir suç oluşmamışsa, Osmanlı kanunnamelerinin düzenlediği tazir cezasıyla cezalandırılması gereken suçlardan birinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakacak, şayet böyle bir suça da vücut vermemesine rağmen fiilin hukuka aykırı olma özelliği halen devam ediyorsa, İslam Hukuku'nun kendisine verdiği yetkiye dayanarak ilgili fiili taziren cezalandıracaktır.; İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili (2008). İstanbul: İSAM Yayınları, s.141: Nitekim ilgili olayda kadı, kuvvetle muhtemel önce haddten cezalandırılması gereken zinanın varlığını, ardından da kanunnamedeki cinsel saldırı suçunun varlığını araştırmıştır. İkisinin de yokluğu ancak fiilin hukuka aykırılığının devamı sebebiyle de faile tazir cezası vermiştir. Ahmed b. Kemal, Ümmi bt. Resul'ün zina kastı ile yolunu kesmiş ve yine aynı kastla Ümmi bt. Resul'e saldırmıştır. İlk olarak belirtilmelidir ki haddten cezalandırılması gereken zinanın unsurları olayda mevcut değildir. Günümüz ceza hukuku açısından, Ümmi'nin vücut dokunulmazlığı cinsel davranışlarla ihlal edildiği için olayda bir cinsel saldırı suçu mevcuttur. Bu suçun bütün unsurları günümüz hukuk devleti ilkesinin temeli olan suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği kanun tarafından önceden düzenlenmiştir. Diğer taraftan olayın gerçekleştiği sene 925'de hükümdar Yavuz Sultan Selim'dir. Bilindiği üzere Yavuz Sultan Selim'in Kanunnamesi, cinsel saldırı suçunun cezasını taziren hadım olarak belirler. Küçük bir parantez içinde hemen belirtmek gerekir ki Osmanlı kanunnameleri düzenledikleri alanlar oranında kanunilik ilkesine olumlu yönde hizmet etmişlerdir. Bu döneminin çok ilerisinde bir yaklaşımdır. Ancak bütün suçlar kanunnamelerde bütün detayları ile düzenlenmemiştir. Örneğin olay itibarıyla kanunnamede yer alan cinsel saldırı suçu düzenlemesi, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden her hareketi ilgili suç kapsamında değerlendirmez. Kanunnamede yer alan fiilin, yani zorla zinanın işlenmemesi sebebiyle artık bu tazir suçu dolayısıyla da hadım cezası söz konusu olmayacaktır. Ancak fiilin hukuka aykırılığı devam etmektedir. Bu durumda hem had suçları arasında hem de Osmanlı kanunnamelerinde, ilgili hukuka aykırı fiili suç olarak tanımlanmadığı için kadı kendisi bu fiili taziren cezalandırmıştır.; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.113, 114: "Zeyd Hind'e cebren zina eylese Zeyd'e ne lazım olur? El- Cevap: Zeyd muhsan ise recm olunur, değil ise yüz değnek urulur." "Muhsan olan Zeyd-i müslim Hind-i zimmiyeye cebren zina eylese Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevap: Recm." Söz konusu fetvalarda ilgili fiil bir had suçu olan zina kapsamında değerlendirilmiştir. Belkis Konan (2011). Osmanlı Hukuku'nda Tecavüz Suçu. Ankara: OTAM, S.29, s.151, 158, 164-167; İslam hukukçuları tarafından tecavüz fiili zina kapsamında değerlendirilmiştir ancak bu görüş uygulamada benimsenmemiştir. Nitekim bünyesindeki şiddet ve vücut bütünlüğünün ihlali unsurları da dikkate alınarak ilgili hukuka aykırı fiil, taziren

gerektiren bir suç vücuda getirmemesine rağmen halen hukuka aykırılık özelliğini sürdürebilir²⁶⁰. İşte bu noktada İslam Hukuku sistemi, ilgili hukuka aykırı fiilin kadı veya devlet başkanının iradesi ile suç olarak belirlenebileceğini ve akabinde de taziren cezalandırılabilceğini belirtmektedir²⁶¹.

Örneğin; bugün olduğu gibi²⁶², İslam Hukuku'nda da hırsızlığın en önemli unsurlarından biri malın bulunduğu yerden gizlice alınmasıdır²⁶³. Şayet mal, bulunduğu yerden gizlice alınmamış,

cezalandırılmıştır. Osmanlı Hukuk sistemi de bu yönde gelişim göstermiş ve söz konusu suç kanunnamelerde düzenlemiştir. II. Bayezid, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamelerinde tecavüz fiilinin tazir cezası cerrahi hadımdır. Ahmet Akgündüz (1986). Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı. Diyarbakır: DÜHFY, s.865; İlgili fiil 1858 Ceza Kanunnamesinde ise ilgili fiilin cezası olarak kürek öngörülmüştür.; Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.199: Yine bir başka olayda günümüz ceza hukuku tarafından kanun hükümleri ile belirlenen cinsel taciz suçu işlenmiştir. Levend Mihal b. Yani, zina kastı ile Yorgi b. Kosta'nın evine giderek onu rahatsız etmiştir. Olayda nas hükümlerinin şartlarını sağlayan bir hukuka aykırı fiil olmadığı gibi kanunnamedeki unsurları taşıyan bir cinsel saldırı suçu da yoktur. Ancak söz konusu cinsel taciz fiili hukuka aykırıdır. Bu yüzden kadı tarafından taziren cezalandırılır.

²⁶⁰ Ebussuud, 2013, Maruzat, s.95, 97: *"Zeyd-i muhtesib ihtisâbı kendi zabt etmeyüb Amr-ı zimmîye ber vech-i maktû' verüb Amr nice sâlih Müslümanları habs edüb aralarında fık u fücûr edüb ve hınzır eti pişirüb envâ'-ı kabâyih eylese Müslümanları rencide etmek câiz olur mu? el-Cevâb: Ne'ûzü billâh Amr-ı kâfir ta'zîr-i şedîd ve habs-i medîd olunub Zeyd-i muhtesibin azli vâcibdir."* İlgili fetvada, Zeyd adlı muhtasibin kendisine ait olan görevi komisyonla Amr isimli birisine yaptırdığı ve bu kişinin de görevi ifa sırasında Müslümanları rencide ettiğinden bahsedilmektedir. Bu olay karşısında Ebussuud Efendi, Amr'ın tazir cezası ile cezalandırılması ve Zeyd adlı muhtesib'in görevinden alınması yönünde görüş bildirmiştir. Görüldüğü üzere Amr'ın fiili, her hangi bir had suçunun unsurlarını taşımadığı ancak hukuka aykırı olma özelliğini yine de devam ettirdiği için taziren cezalandırılmalıdır. Aynı durum için bir başka Ebussuud fetvası örnek gösterilebilir: *"Zimmîler kul ve câriye kullanmasınlar deyû emr-i şerîf var iken kullananlara ne lâzım olur? el-Cevâb: Tazir-i şedîd, habs-i medîd lâzım olur."*

²⁶¹ Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.198: *"Mesela: bir kimse, şahidsiz olarak tezevvüc ettiği bir kadına tekarrübde bulunsa hakkında had lâzım gelmez. Fakat bunun haram olduğuna vâkıf ise tazir suretiyle ağırca cezalandırılır."*; Aydın, 1993, İslam Ansiklopedisi, C.7, s.479-480; Bardakoğlu, 1993, İslam Ansiklopedisi, C.7, s.473-474; Mustafa Avcı (2004). Osmanlı Hukuku'nda Suçlar ve Cezalar. İstanbul: Gökkuş, s.28; Mustafa Avcı (2014). Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler. Konya: Mimoza Yayınları, s.5; Yakut, 2015, a.g.k., s.70-75, 85-86; Akman, 2004, a.g.k., s.25; Ahmet İnanır (2011). Kanuni Devrinde Osmanlı'da Hukuki Hayat, Meseleler ve Çözümleri. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.153: Şeyhülislam İbn Kemal'in, tazir cezasının olayın özelliğine göre kadı tarafından takdir edileceğini vurguladığı, tazirin ne olduğunu tanımlayan fetvası: *"Mes'ele: Taz'ir-i belîğ nedir? Elcevap: Her kimsenin haline münasip tazir-i belîğ vardır. Ol hususta rey kadınındır. Yüz değneğe dek tazirdir haps-i medid dahi tazirdir."*

²⁶² TCK md. 141: *"Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."*; ilgili maddede yer alan "zilyedinin rızası olmadan alınması" ifadesi, malın gizlice alınması unsurunu vurgular. Şayet söz konusu hukuka aykırı fiilde bu unsur söz konusu değilse artık hırsızlık suçu gerçekleşmeyecektir. Ancak ilgili hukuka aykırı fiil için örneğin dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma gibi diğer başka suçların unsurları gerçekleşmiş olabilir. Şayet fiil hukuka aykırı olmasına rağmen hiçbir suçun unsurunu karşılamıyorsa artık suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği ilgili hukuka aykırı fiil cezalandırılmaz. Söz konusu alandaki ihtiyaç yasa koyucu tarafından giderilmelidir. Bu aşamada da devreye tabi ki suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi girecek ve ilgili yasa ancak yürürlüğünün ardından işlenen fiiller için uygulanabilecektir.

²⁶³ Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.261; Aydın, 2017a, a.g.k., s.181; Diğer bir unsur ise malın belli bir değerinde olmasıdır.; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.119: Örneğin, ilgili fetvalarda haddi cezalandırılması gereken hırsızlık için malın belirli bir değerinde olmasının arandığı vurgulanmıştır. Yani küçük hırsızlıklar had cezası ile cezalandırılmaz. Günümüz ceza hukukunda da malın değeri dikkate alınmış ve bu unsur cezada indirimine gidilmesi gereken bir nitelikli hal olarak değerlendirilmiştir. Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, Sicil, s.244: Nitekim ilgili olayda Mihal b. Yani, tavuk çaldığı için taziren cezalandırılmıştır. Yani'nin fiili bir

malın zilyedinin rızası ile ele geçirilmişse, artık hırsızlık suçundan bahsedemeyiz. Örneğin mal zilyedin bünyesinde hileli hareketler ile oluşturulan sakat irade sonucunda onun rızası ile ele geçirilmişse, bugün için dolandırıcılık olarak adlandırılan, hırsızlık suçundan farklı bir hukuka aykırı fiil söz konusu olacaktır.

İslam Hukuku sistemi, iki ana kaynakta, bazı suçların unsurlarını ve cezalarını hadden belirlemekle yetinmiş, geri kalan hukuka aykırı fiillerin suç niteliğinde olup olmayacağının belirlenmesi ve eğer suç oluşturacaklarsa unsurları ve cezalarının taziren tespit edilmesi konularını, devlet başkanı ve kadı'ya bırakmıştır²⁶⁴. Şayet mal failin hileli hareketleri sonucunda zilyedin bünyesinde oluşan rıza ile teslim edilmişse, bugün dolandırıcılık olarak adlandırılan bu hukuka aykırı fiil, had cezası gerektiren suçlardan hiçbirisini vücuda getirmediği için devlet başkanı veya kadı tarafından taziren cezalandırılacaktır²⁶⁵. Bu İslam hukukunun genel yapısına da oldukça uygundur. Zira bu hukuk alanında değişmeyecek temel hükümler ilk iki ana kaynak tarafından belirlenmiş, diğer hükümlerin tespiti ise bu iki ana kaynakta belirlenen temel ilkelere uygun olmak şartı ile akla bırakılmıştır.

hırsızlıktır. Ancak had suçu olan hırsızlığın unsurlarından birisi de çalınan malın belli bir değer üzerinde olmasıdır. Tavuk bu değer de bir mal değildir. Bu yüzden ilgili fiil hadden cezalandırılmaz. Zira unsur eksikliği sebebi ile hadden cezalandırılması gereken bir suç, olayda oluşmamıştır. Fakat fiilin hukuka aykırılığı devam etmektedir. Bu sebeple de taziren cezalandırılmıştır.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.419: Benzer bir olayda Sefer b. Mahmud, bir somun ekmek çalmış ve karşılığında taziren cezalandırılmıştır. Olayda had suçu olan hırsızlığın unsurları gerçekleşmemiştir. Nitekim hırsızlığa konu olan malın değeri düşüktür. Ancak ilgili fiilin hukuka aykırılık unsuru devam etmektedir. Bu sebeple Sefer b. Mahmud taziren cezalandırılmıştır.

²⁶⁴ Nevin Ünal Özkorkut (2009). Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu. Ankara: Siyasal Kitabevi, s.126; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.120; Nitekim Mesud b. Bayezid'in evine verdiği zarar sebebiyle Abdi Seydi'ye tazir cezası verilmiştir. Söz konusu olayda Abdi Seydi, kapıyı tekmeleyip, günümüz ceza hukuku açısından mala zarar verme suçunu işlemiştir. Fakat mala zarar verme suçu İslam Hukuku sisteminde önceden nas hükümleri ile belirlenmiş, hadden cezalandırılması gereken bir suç değildir. Bu itibarla söz konusu hukuka aykırı fiilin unsurlarının ve cezasının belirlenmesinde devlet başkanı ve kadının takdir hakkı vardır. İlgili fiil olaydaki gibi taziren cezalandırılacaktır.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.130, 132: Yusuf b. Osman'a küfreden Koca Ebri ve Hayat Ali'ye küfreden bozacı Mahmud taziren cezalandırılmıştır. Günümüz ceza hukuku sistemi açısından ilgili fiil, kanundaki diğer unsurlarında varlığı halinde hakaret suçuna vücut verecektir. İslam Hukuku'nda ise hakaret suçu önceden hadden belirlenmemiştir. Bu sebeple ilgili hukuka aykırı fiil, taziren cezalandırılacaktır.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.188, 255, 384: Doymaz Hamza b. Abdullah, Kuzu Şeyh b. Abdullah, Şirvanlı Mehmed b. Salih ve Hürmüz b. Abdullah küfrettikleri için taziren cezalandırılmıştır.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.135: Rus Yani'ye hırsız diyen eski karısı Erine'ye tazir cezası verilmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.147: Ali b. İbrahim'i hırsızlıkla suçlayan Mehmed b. Ali, isnadını ispat edememesi üzerine taziren cezalandırılmıştır.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.422: Mahmud b. Abdullah kamu sağlığını tehdit edecek şekilde bozuk sakatat satmaktadır. Hukuka aykırı olan bu fiil, hadden cezalandırılması gereken bir suç olarak belirlenmediği için taziren cezalandırılmıştır.; Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.246: Aynı şekilde yalancı şahitlik yapan Todora b. Terzi, bu fiilin bir had suçuna vücut vermemesi ancak hukuka aykırı bir fiil olması sebebiyle taziren cezalandırılmıştır.; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.114-115; "Zeyd Amr-i müslime şetm kasdıyla "İslamın ve dinin yokdur" dese Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevap: Tazir.", "Zeyd ulemeden Amr'a "Haramzâde!" deyu şetmeylese Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevap: Tazir." Görüldüğü gibi Şeyhülislam fetvalarında da had suçuna vücut vermeyen hakaret fiilinin tazir ile cezalandırılacağı vurgulanmıştır.

²⁶⁵ Yakut, 2015, a.g.k., s.17-18.

İşte tam da bu noktada hırsızlık suçunu cezalandıran örfi hukuk kuralları ele alınabilir. Acaba cezası ölüm olarak belirlenen ilgili suç, haddten cezalandırılması gereken hırsızlık suçu ile tamamen örtüşmekte midir? Şayet bütün unsurları itibariyle örtüşüyorsa, haddten cezalandırılması gereken bir suçun, taziren cezalandırılması söz konusu olacaktır ki bu durum şer’i hukuka ağır bir şekilde aykırıdır. Diğer olasılıkta, yani örfi suçun unsurlarının haddten belirlenen hırsızlık suçunun unsurlarından farklı olması ihtimalinde ise aykırılık incelemesi taziren ölüm cezası verilip verilemeyeceği noktasında gerçekleştirilecektir.

İlgili örfi hukuk kuralında:

“Eğer örf ile bir kimesnenin hırsuzluğu sabit ve zahir olursa, kadı olan kimesne ehl-i örf hüccet verüb, ehl-i örf ol hüccet mücebiyle asılmağa müstahak olanı asa ve kat-ı uzva müstahak olanı kat-ı uzv ede. Ve kadı bu babda mani olmayub ve siyaset te’hir etdürmeyüb günah olduğu yerde siyaset etdüre”²⁶⁶

ifadesi yer almaktadır. Bu ifadede haddten cezalandırılması gereken hırsızlık suçunun unsurlarının gerçekleşmemesi durumunda, ilgili örfi hukuk kuralının devreye gireceği belirtilmemiştir. Ancak bu ilke oldukça temel ve yaygın olduğu için her örfi hukuk hükmünde tekrarlanmış olmama olasılığı yüksektir²⁶⁷.

Ancak ikinci olasılık gerçekleşmiş ise yani padişahın iradesi, had cezası gerektiren suç, nas hükümlerindeki unsurları gerçekleşmesine rağmen tazir cezası ile cezalandırmak ise bu durumda İslam hukukuna yönelik ağır bir aykırılık vardır. Daha kuvvetli olasılık olarak, padişahın iradesinin temel kurala uygun olduğu, yani had cezası gerektiren hırsızlık suçunun unsurları gerçekleşmediği takdirde bu örfi hukuk kuralının devreye gireceği kabul edilirse, bu aşamadan sonra ilgili hüküm, taziren ölüm cezası verilip verilemeyeceği noktasında incelenmelidir.

Akgündüz, çoğu İslam hukukçusunun taziren idam cezası verilebileceği görüşünde olduğunu belirterek, Hanefilerin livâta, tekerrür eden hırsızlık ve benzeri bazı suçlarda ölüm cezasını kabul ettiğini bildirmiş, bu cezanın meşruluk kaynağı olarak da Hz. Peygamber’in uygulamasını göstermiştir²⁶⁸. Aydın, bu konu üzerinde görüş birliğinin olmadığını vurguladıktan sonra İmam Maliki’nin taziren verilecek cezalarda üst sınırın olmadığını savunduğunu, aynı şekilde Ebu Hanife’nin de taziren ölüm cezası verilebileceği esasını kabul ettiğini belirtmiştir²⁶⁹. Üçok ise *“Tazir cezası, aynı cinsten olan hadd cezalarını aşamaz”* ilkesi uyarınca taziren ölüm cezasının

²⁶⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. 4, s.302.

²⁶⁷ Aydın, 1993, İslam Ansiklopedisi, C.7, s.479; Akgündüz, 1990, a.g.k., C. IV, s.296.

²⁶⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. 1, s.125.

²⁶⁹ Aydın, s.203.

verilemeyeceğini, İslam hukuku sisteminin özünde ölüm cezasına çok az yer verildiğini, bu anlayışa sahip bir hukuk nizamının, ölüm cezasını kişilerin takdirine bırakarak tazir cezası içerisinde konumlandırmayacağını söylemektedir²⁷⁰. Mumcu da İslam Hukuku'nun birinci ana kaynağı Kur'an-ı Kerim'de sadece adam öldürmenin karşılığı olarak ölüm cezasının hüküm altına alındığını ve taziren ölüm cezasının İslam hukukunun özüne aykırı olduğunu belirtmiş, ancak zamanla devlet başkanının siyaseten verdiği ölüm cezalarının İslam Hukuku'nun bir parçası haline gelerek, İslam hukukçuları nezninde bu cezanın meşrulaştığını vurgulamıştır²⁷¹. Gerçekten de Kur'an-ı Kerim çağının oldukça ötesinde bir yaklaşımla yaşam hakkının kutsallığına defalarca vurgu yapar²⁷². Ancak uygulama aksi yönde gelişmiş ve ölüm cezası giderek yaygınlaşmıştır²⁷³.

Diğer taraftan belirtilmelidir ki taziren verilen ölüm cezasının İslam Hukukunun esasına aykırı olup olmadığı tartışması farklı bir konudur. Bizim konumuz açısından önemli olan ise iki büyük mezhep hukukçusu İmam Maliki ve Ebu Hanife'nin, taziren ölüm cezası verilebileceğini kabul etmeleridir²⁷⁴. Yani bu hukukçularla birlikte ilgili ceza, İslam Hukuku sistemine dâhil olmuştur²⁷⁵. Ancak pek tabidir ki bu veri ilgili görüşlerin esasen Kur'an-ı Kerim'e aykırı olduklarının savunulmasını engellemez. Zira hukukçu görüşleri birer içtihatdır. Yani içerisinde rey vardır ve bu rey yanlılabılır. Nitekim dönemin şeyhülislamı Çivizade Muhyiddin Efendi'nin bazı fetvaları, dönemin Rumeli kazaskeri Ebussuud Efendi tarafından İslam Hukukuna uygun

²⁷⁰ C. Üçok (1947). Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, Ankara: AÜHFD, C. 4, S.1, s.51.

²⁷¹ Mumcu, 1985, a.g.k., s.43-54.

²⁷² Maide Suresi 32. Ayet: “Bundan dolayı İsrailoğullarına (Kitap'ta) şunu yazdık: “Kim, bir insanı, bir can karşılığı veya yeryüzünde bir bozgunculuk çıkarmak karşılığı olmaksızın öldürürse, o sanki bütün insanları öldürmüştür. Her kim de birini (hayatını kurtararak) yaşattırsa, sanki bütün insanları yaşattmıştır. Andolsun ki, onlara resûllerimiz apaçık deliller (mucize ve âyetler) getirdiler. Ama onlardan birçoğu bundan sonra da (hâlâ) yeryüzünde aşırı gitmektedir.”.

²⁷³ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s. 116-117: “Birkaç kimesneler kalpazanlık etmek üzere ahzolanup yanlarında ve evlerinde kalb akçe ve kalb zolata ve müzevver tuğralı ve zincirli altın sikkeleri bulunup gereği gibi teftiş olundukda ol sanat-i habîsey kendüler işledikleri zahir ve mütehakkık olsa sâî bi'l-fesad olmalarıya şer ve fesadlarını def' için ol kimesneler siyaseten emr-i veliyyü'l-emr ile katleri meşru olur mu? el-Cevap: Olur.”; BOA. Hatt-ı Hümayun 27779, 1 Receb 1224/ 1 Ağustos 1809'dan aktaran Yakut, 2005, a.g.k., s.85; İstanbul'da pişkin ve ölçülere uygun ekmek çıkarmayanların idam edileceği duyurulmuştur. Bkz. Mumcu, 1985, a.g.k.; İnalçık, 1967, a.g.m., s.70: Kanuni Sultan Süleyman ekili tarlalara zarar verenlerin ölümle cezalandırılacağını bildirmiştir.

²⁷⁴ S. Ş. Ansay (2002). Hukuk Tarihinde İslam Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s.292-293.

²⁷⁵ Ebussuud Efendi, 2013, Maruzat, s.83: “Bekr-i Yahudi Bişr-i Nasrâniye “Sizin peygamberiniz İsa aleyhisselâm hâşâ veled-i zinadır” dese mel'ûna ne lazım olur? el-Cevâb: Enbiyâya salavâtullâhi ve selâmuhû aleyhim i'lam-ı sebb eyleyen ehl-i küfr katl olunur.”; Bilmen, 2013, a.g.k., C.4, s.5: Görüldüğü gibi Hz. İsa peygambere hakaret eden bir Yahudinin taziren katledilmesi gerektiği ilgili fetvada belirtilmiştir. Nitekim had cezası gerektiren bir suç olan dinden dönme sadece Müslümanlar tarafından işlenebilir. Olayda ise hakaret eden kişi bir Yahudi olduğu için ilgili had suçundan bahsedilemez.; Şeyhülislâm Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.116-117: İlgili fetvalarda kişinin kalpazanlık yapması durumlarında taziren ölüm cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

olmadıkları yönünde değerlendirilmiştir²⁷⁶. Bu da göstermektedir ki üst kademede yer alan İslam hukukçuları arasında bile, oldukça köklü görüş ayrılıkları mevcuttur. İslam hukukçusu kendi aklıyla değerlendirme yapıp görüş bildirdiği için de bu gayet doğaldır.

Padişahın, ilgili hükmün şer'i hukuka uygun olduğunu bildiren hukukçuların görüşünü esas alıp yasama faaliyetini gerçekleştirmesi, tespiti imkânsız olan iradesinin, esasen İslam Hukuku ile bağlı kalmamak amacıyla olduğu sonucuna delil gösterilemez. Nitekim İslam devleti başkanının had suçu dışında bir hukuka aykırı fiili, ölüm cezası ile taziren cezalandırması, iki mezhep hukukçusu İmam Maliki ve Ebu Hanife'nin görüşlerine uygundur. Yani padişah ilgili tazir cezalarına hükmetmekle fıkıh kitaplarına uygun davranmıştır.

Fıkıh kitaplarındaki reye dayalı ilgili görüşlerin İslam Hukukunun temel kaynaklarına uygun olduğu veya olmadığı iddia edilebilir. Ancak taziren ölüm cezası verilmesinin Kur'an-ı Kerim'e aykırı olup olmadığı İslam hukukçularının tartışmasıdır. Osmanlı padişahı ise mezhep hukukçularının görüşü ile İslam Hukuku sistemine dâhil olmuş bir cezalandırma metodunu uygulamaktadır. Her ne kadar gerçek iradesini tespit etmek mümkün olmasa da bu durum göz önüne alındığında, Osmanlı padişahının taziren ölüm cezası verirken İslam Hukukundan bağımsız hareket etme iradesinde olduğu söylenemez.

Dolayısıyla taziren ölüm cezaları bu açıdan örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğu savına delil teşkil edecek nitelikte değildir. Nitekim esasa yönelik tartışma padişahın dışındadır. Padişah mezhep hukukçularının kabul ettiği bir usule başvurmaktadır. Bu itibarla onun açısından bir aykırılık söz konusu değildir.

Aynı açıklama hırsızlık suçunun tekrarını ölümle cezalandıran, Kanuni Sultan Süleyman'ın şu örfi hukuk kuralı için de geçerlidir:

*“Ve kul ve câriye ayardanı veya oğlan ayardub alub gideni ve dükkân açanı, eve gireni ve birkaç kerre hırsızlık eden, salb edeler”*²⁷⁷

Nitekim tekrar eden hırsızlık suçunun ölümle cezalandırılabilceği Hanefi hukukçular tarafından kabul edilmiştir²⁷⁸.

Diğer taraftan özel ispat şartları aranan zina fiili, söz konusu ispat vasıtalarının yokluğu durumunda haddten cezalandırılmaz²⁷⁹. Bu noktada dikkat edilmesi gereken ise söz konusu suç açısından aranan ilgili kanuni delillerin, adeta suçun unsuru niteliğine kavuştuklarıdır. Zira her

²⁷⁶ Peçevi İbrahim Efendi, 1981, a.g.k., C.1, s.43-46; Yakut, 2005, a.g.k., s.39.

²⁷⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. 4, s.301.

²⁷⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. 1, s.131: Akgündüz, Osmanlı kanunnamelerinin bütün hükümlerinde Hanefi mezhebinin esas alındığını vurgular.

²⁷⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. I, s.109; Özkorkut, 2009, a.g.k., s.84-106; Avcı, 2004, a.g.k., s.192-196.

ne kadar çoğunluk, İslam ceza hukukunda genel kuralın kanuni delil olduğu görüşünü savunsa da; İbn Kayyim ve bazı hukukçuların savunduğu üzere bugün olduğu gibi İslam ceza hukukunda da esasen serbest delil ilkesi²⁸⁰ hâkimdir²⁸¹. Serbest delil ilkesi ceza hukukunun yapısının da bir gereğidir. İspat faaliyeti sırasında her türlü delil kullanılabilir²⁸².

Ancak İslam Hukuku'nda kimi suçlar açısından kanuni delil sistemi kabul edilmiştir. Bazı suçlar için aranan söz konusu kanuni deliller, ilgili suçlar açısından şüpheden sanık yararlanır ilkesine ve masumiyet karinesine bir vurgu niteliğindedir²⁸³.

Bunlardan birisi de zina suçudur. Nitekim kanuni deliller dışında başka bir delil ile zina fiili ispatlanırsa, bu fiil ilgili kanuni delillerin yokluğu nedeniyle had cezası gerektiren suçu vücuda getirmeyecektir. Yani bu kanuni deliller artık suçun bir unsuru olmuşlardır. Yoklukları

²⁸⁰ Bahri Öztürk vd. (2016). Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.140-142: Ceza hukukunda amaç gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Özel hukuk yargılamalarının aksine şekli gerçek değil, maddi gerçek araştırılır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için ise serbest delil ilkesi kabul edilmiştir. Ancak diğer taraftan da hukuka aykırı olarak elde edilen deliller ispat için kullanılamayacaktır.

²⁸¹ Celal Erbay (1999). İslam Ceza Hukukunda İspat Vasıtaları. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, s.56, 51-52; Ali Bardakoğlu (1992). "Beyyine", İslam Ansiklopedisi, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C. 6, s.97; Akman, 2004, a.g.k., s.63-64; Abdullah Demir (2010). Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi. İzmir: Yitik Hazine Yayınları, s. 113; Fahrettin Atar (2003). İslam Adliye Teşkilatı. Ankara: Hukuki Araştırmalar Dergisi C.6, S.13, s.122, s.94: Diğer taraftan bu noktada belirtmek gerekir ki İslam Hukuku işkenceyi yasaklamıştır. İşkence ile delil elde edilemez. Gerekli bilgi için bkz. Mustafa Avcı (2000). Osmanlı Hukuku'nda Tutuklama. Ankara: Yeni Türkiye Dergisi, C.6, S.31, s.715 – 735; Mehmet Ertuğrul Düzdağ (1972). Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı. İstanbul: Enderun Kitabevi, s.138-140.

²⁸² Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.96: Söz konusu olayda had cezası gerektiren zina suçu zaten söz konusu değildir. Nitekim bu suçun ispatı için haddten aranan kanuni deliller olayda yoktur. Halil, kızı Fatma'nın bazı kişilerce suçlanarak töhmet altında bırakıldığını, bu sebeple olayın araştırılmasını talep etmektedir. Bunun üzerine düzgün ve dinine bağlı kadınlarca, yapılan muayene sonucu Fatma beraat etmiştir. Olayda had cezası gerektiren suç için aranan kanuni deliller olmadığından dolayı had cezası gerektiren suçtan beraati için zaten muayeneye gerek yoktur. Ancak had cezası gerektiren suçun unsurlarının veya kanuni delillerinin olayda bulunmaması ilgili fiilin hukuka aykırı niteliği devam ediyorsa taziren cezalandırılmasına engel değildir. Olayda da şayet yapılan muayene sonucu aksi sonuca ulaşılsaydı, Fatma taziren cezalandırılacaktı. Ancak ilgili muayene ile söz konusu fiili işlemediği ispat edilmiştir. Bu da göstermektedir ki temelini İslam Hukuku'nun oluşturduğu Osmanlı Hukuk sisteminde esas olan serbest delil ilkesidir. Bazı had suçları için aranan kanuni deliller ise günümüz ceza hukuku açısından yorumlanırsa, suçun unsuru halini alarak, suça nitelikli bir hal katmışlardır.

²⁸³ Tirmizî, "Hudud", 2.: "Hadleri şüphelerle düşürünüz. Suçlunun bir çıkış yolu varsa salıveriniz. Devlet başkanının bağışlamada yapacağı hata, ceza vermede yapacağı hatadan daha iyidir" hadisi; Bayındır, 1986, a.g.k., s.126; Akman, 2004, a.g.k., s.20-21; Âdem Çelik (2007). Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, s.20-21; Ancak Osmanlı Hukuk uygulamasında şüpheden sanık yararlanır ilkesi, sadece had cezaları ile sınırlı tutulmuş, şüphe halinde tazir uygulanabileceği kabul edilmiştir. Gerekli bilgi için bkz. Akgündüz, 1990, a.g.k., C. I, s.124; Bilindiği gibi şüpheden sanık yararlanır ilkesi oldukça önemlidir. Gerekli bilgi için bkz. Çelik, 2007, a.g.k., s.131-138; Diğer taraftan cezaların şahsiliği ilkesi de şer'i hukuk temelli olmak üzere Osmanlı Hukuk sisteminde yer alır. Gerekli bilgi için bkz. Aydın, 2017, a.g.k., s.178; Avcı, 2010, a.g.k., s.49-51; Ali Bardakoğlu (1990). "Toplum Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliye Hukuku Örneği", Zihniyet Değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu Bildirileri. Bursa: Ensar Vakfı Yayınları, s.103; Ayrıca bilindiği üzere son çare ilkesi günümüz ceza hukuku sistemi için oldukça önemlidir. Gerekli bilgi için bkz. Cesare Beccaria (2016). Suçlar ve Cezalar Hakkında. Çev. Sami Selçuk. Ankara: İmge Kitabevi, s.129-133, 222: "Bir cezanın, bir ya da birden çok kişi tarafından bir yurttaş karşı uygulanan kaba bir güç, şiddet olmaması ve sayılmaması için, her şeyden önce kesinlikle herkese açık, çabuk, kaçınılmaz, belli koşullarda olabilir yaptırımların en ılımlısı ve en azı, suçların ağırlığıyla orantılı ve yasalar tarafından belirlenmiş bulunması zorunludur."

durumunda had cezası gerektiren zina suçu da yoktur. Bu durumda varlığını devam ettiren ve başka delillerle ispatlanmış olan zina fiili, hukuka aykırı niteliği itibarıyla halen cezalandırılmak isteniyorsa, izlenmesi gereken yöntem tazirdir²⁸⁴. İşte Osmanlı kanunnameleri de bu şartlar altında, had cezası gerektiren bir suç olan zina suçunun unsurlarını taşımayan ilgili hukuka aykırı fiilleri taziren cezalandırılmıştır. Nitekim Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnamesinde yer alan:

“Bir Müslüman zinâ eylese, şer’ ile sabit olsa ve zinâ eyleyen muhsan yani evli olup bay olsa, siyaset olunmadığı yani hadd-i zinâ urulmasa...”

“Eğer bir kimesne zina eder görülse, şer’an üzerine sabit olsa, lâkin alâ vech’işşer recm kılmalu olmasa, eğer evlû olup bay olup bin akçe ve dahi ziyadeye mâlik olsa, dört yüz akçe cerîme alına; mutavassıt’ul-hâl olsa veya fakir olsa, elli akçe alına.”

ifadesinde de bu durum vurgulamaktadır²⁸⁵.

Kanuni'nin iradesine dayanan bu örfi hukuk kuralı niteliğindeki tazir cezalarında, uygulanmaları için gerekli olduğu belirtilen iki şart yukarıdaki açıklamanın özeti niteliğindedir. Nitekim ilgili tazir cezasının uygulanabilmesi için ilk olarak zina fiilinin sabit olması, yani ortada ispat edilmiş bir hukuka aykırı fiilin bulunması, ikinci olarak da bu fiilin had suçu olan zinanın unsurlarını taşıması gerekir. Bu iki şartın varlığı halinde suçlu belirtilen para cezasıyla cezalandırılacaktır²⁸⁶. Yani Kanuni Sultan Süleyman, İslam Hukuku sistemi tarafından bizzat kendisine verilen taziren cezalandırma yetkisini kullanmıştır. Yoksa unsurları ve özel ispat şartları tamam olan had suçuna başka bir ceza öngörmemiştir. Bu itibarla da İslam Hukuku'na aykırılığı savunulamaz.

Zira belirttiğimiz gibi İslam Hukuku sisteminde iki temel kaynak bütün suçların değil sadece bazı suçların unsur ve cezalarını belirlemiş, geri kalan hukuka aykırı fiillerin unsur ve cezalarının belirlenmesini ise tazir yöntemi ile kadiya ve devlet başkanına bırakmıştır.

Üçok'un makalesindeki ilgili maddede, Akgündüz'ün kitabındaki metinde bulunan *“lâkin alâ vech’işşer recm kılmalu olmasa”* ifadesi yer almamaktadır²⁸⁷. Ancak bu ifadenin ayrıca vurgulanmamış olması tek başına padişahın iradesinin had suçunu had cezası ile değil de tazir cezası ile cezalandırmak yönünde olduğu anlamına da gelmemektedir. Nitekim bu oldukça

²⁸⁴ Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.198.

²⁸⁵ Yakut, 2015, a.g.k., s.70; Akgündüz, 1990, a.g.k., C. I, s.109; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.IV/1, s.300.

²⁸⁶ Aydın, 1993, İslam Ansiklopedisi, C.7, s.479.

²⁸⁷ Üçok, 1947, a.g.m., s.55: *“Bir müslüman zina kılsa şer’le sabit olsa ve zina kılan evlû olsa bin akçaya daha ziyadeye gücü yeterse üçyüz akça cerime alına ve evsatül-hal olup altıyüz akçaya malik olsa ikiyüz akça cerime alına ve andan aşağı dörtyüz akçaya gücü yetse yüz akça cerime alma ve andan aşağı halli olursa elli akça cerime alına ve gayetle fakir olsa kırk akça cerime alına.”*

köklü ve temel bir kuraldır. Kanunnamenin diğer hükümlerinden de anlaşılacağı üzere zaten varlığı kabul edilmiştir. Akgündüz'ün de belirttiği gibi bu kuralın oldukça genel ve temel kural olması nedeniyle her madde tekrar edilme ihtiyacının duyulmamış olması kuvvetli bir olasılıktır²⁸⁸.

Ancak diğer ihtimali ele alıp, Üçok ve diğer araştırmacılar gibi²⁸⁹ bu temel kuralın vurgulanmadığı örfi hukuk kurallarında padişah, unsurları gerçekleşen had cezası gerektiren suçları, haddenden değil de kendi iradesine dayanan tazir ile cezalandırmak istemektedir desek bile, bu sadece ilgili düzenleme ile sınırlı bir İslam Hukukuna aykırılık olacaktır. Bu aykırılık sebebiyle örfi hukukun şer'i hukuktan bağımsız olduğu söylenemez. Ancak bu olasılıkta ilgili aykırılık İslam Hukukunun oldukça temel bir ilkesini açık ve ağır bir şekilde ihlal etmiştir ki artık şekli bağ da kopmuştur. Bu olasılıkta ilgili örfi hukuk düzenlemesiyle sınırlı olarak padişahın iradesinin bağımsızlaştığından söz edilebilir. Ancak yukarıda belirtilen gerekçelerle bu düzenlemeyi aşarak genele yayılacak bir sonuca ulaşamaz.

Özel ispat şartının arandığı bir diğer had cezası gerektiren suç da kazf suçudur²⁹⁰. Eğer aranan bu özel ispat şartları mevcut değil ise artık had cezası gerektiren suç, söz konusu olmayacaktır. Yani bu suç için de ilgili özel ispat şartları suçun unsuru niteliğine kavuşmuştur.

Bugünkü ceza hukukumuzda delil serbestliği ilkesi hâkimdir²⁹¹. Bütün suçlar her türlü delil ile ispatlanabilir. İslam ceza hukuku ise bazı had cezası gerektiren suçlar için kanuni delil aramış, bu delilleri adeta suçun unsuruna dâhil etmiştir. Şayet bu ispat şartlarından biri eksikse artık had cezası gerektiren suç söz konusu olmayacaktır. Ancak ilgili fiilin hukuka aykırılığı halen devam etmekte ise kadı veya devlet başkanının takdir yetkisi ile bu fiil taziren cezalandırır.

Kıyas cezası gerektiren suçlar için de aynı şartlar geçerlidir. Bilindiği gibi bir kişinin vücut bütünlüğüne karşı müessir fiilde bulunan bir kişi İslam Hukuku uyarınca kıyas ile cezalandırılacaktır. Ancak bu cezanın uygulanacağı kıyasla cezalandırılacak suçun, bazı unsur ve şartları vardır²⁹². Şayet bu unsur ve şartlardan birinin yokluğu sebebiyle kıyas

²⁸⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.IV, s.296.

²⁸⁹ Üçok, 1947, a.g.m., 48-73; Heyd, 1984, a.g.m., s.634; Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.192.

²⁹⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. I, s.110.

²⁹¹ B. Öztürk ve M.R. Erdem (2008). Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.387.

²⁹² Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.63 vd..; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetava-yı Feyziye, s.440, 444: “Zeyd dolu tüfenkini ancak Amr’ı katli için atıp amden Amr’ı cerh ve katlettikten sonra tüfenkin kurşunu Amr’dan nüfuz edip Bekir’i dahi hataen katleyse Zeyd’e ne lazım olur? el-Cevab: Evvel için kıyas, sâni için diyet lazıme olur.” Günümüz ceza hukuku alanında sapma başlığı altında tartışılan konuyu ele alan bu fetva da olay oldukça güzel bir şekilde ortaya konulmaktadır. Kıyasın uygulanabilmesi için aranan şartlardan birisi de failin kasten hareket etmesidir. Şayet fail netice itibarıyla kasten hareket etmemişse, unsur eksikliğinden dolayı artık kıyas söz konusu olmayacaktır. Bu durumda fail istemeden meydana getirdiği netice nedeniyle diyet ödeyecektir. Olayda da fail Zeyd, kasten meydana getirdiği Amr’ın katli neticesinden kıyas ile sorumlu olurken, istemeden meydana getirdiği

uygulanamıyor, ancak ilgili müessir fiil hukuka aykırılığı sebebiyle halen cezalandırılmak isteniyorsa, izlenecek yöntem yine tazirdir ki bu durumda ilgili cezalandırma için örfi hukuk kuralı çıkarılır²⁹³. Yine Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'nde yer alan:

*“Ve eğer bir kişinin kasd ile gözün veya dişin çıkarsa, kısas edeler, cürm alınmaya. Ve eğer kısas etmeseler veya kısas lazım olmasa gani olursa iki yüz akçe cürm alına.”*²⁹⁴

ifade de bu durumu vurgulamaktadır. Kısas şartlarındaki bir eksiklikten dolayı kasten birisinin gözünü veya dişini çıkaran kişiye kısas uygulanmamışsa, bu kişiden iki yüz akçe para cezası alınacaktır. Yani unsurlardaki bir eksiklikten dolayı kısas uygulanamıyorsa, Kanuni'nin iradesi uyarınca bu kişi taziren para cezasına çarptırılır.

Bilindiği gibi kısas cezası için aranan unsurlardan birisi, müessir fiilin fail tarafından kasten işlenmesidir²⁹⁵. Şayet kast yoksa yani fiil taksir ile işlenmişse, kısas uygulanamayacaktır. Ancak taksir ile işlenmesine rağmen ilgili fiilin hukuka aykırılık özelliği devam etmektedir. Nitekim ortada bir ihmal yani bir kusur mevcuttur. Bu durumda taksir ile işlenen ilgili fiil, kadı veya devlet başkanının iradesiyle taziren belirlenen cezaya çarptırılacaktır.

Örneğin; devlet başkanının taksir ile işlenen ilgili hukuka aykırı fiil için taziren ölüm cezasını öngördüğünü düşünelim. İlgili fiil kasten işlenmesi durumunda kısas uygulanacakken bu olasılıkta kusurun daha hafif olmasına rağmen fiilin taksir ile işlenmesi ölümle cezalandırılmaktadır. Söz konusu ihtimalde devlet başkanının taziren ölüm cezası vermesi, bu yöntemin İslam Hukukçuları tarafından benimsenmesi sebebiyle şeri hukuka uygundur. Ancak bir fiilin taksirli hali için getirilen cezada, bu fiil için öngörülen had cezasının aşılması, yani kasttan daha hafif olan kusurun, kasttan daha ağır bir cezaya çarptırılması, İslam Hukuku'nun suç ve ceza arasında aradığı orantılılık ilkesini ihlal edecektir. Önemle belirtilmelidir ki bu aykırılığa rağmen ilgili olasılıkta, söz konusu hükmün yürürlüğü devam eder. Bu sonuç, Osmanlı Hukuk sistemindeki denetim mekanizmasının işlevsizliğinden kaynaklanmaktadır. İlgili örfi hukuk kuralı yürürlükte. Sadece uygulanması noktasında bir müdahale gerçekleşebilir. Bunun için İslam Hukukçularının fetvaları ile meşruluğu kaldırılmalıdır. Ancak Osmanlı Hukuk sisteminde yer alan güçler birliği ve mesleki güvencenin bulunmaması unsurları, zaten yeterince etkin olmayan bu dolaylı denetimi de iyice zayıflatmaktadır.

Bekir'in katli neticesinden diyet ile sorumludur. Aynı şeyhülislama ait bir başka fetva ile durum tekrardan örneklendirilebilir: *“Zeyd Amr'ı bıçak ile darbetmek kasdıyla Amr'ın üzerine hücum ettikde Zeyd'in ayağı sürçmekle Zeyd yıkılıp Zeyd'in üzerinde olan bıçak Bekir'e hataen isabet etmekle Bekir'i cerhedip Bekir ol cerhten müteessiren fevt olsa Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevab: Diyet ve kefare.”*

²⁹³ Yakut, 2015, a.g.k., s.18.

²⁹⁴ Akgündüz, 1990, a.g.k., C. IV/1, s.300.

²⁹⁵ Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.64.

1.3.3.3. Konu itibariyle kardeş katli

Fatih Sultan Mehmet Han'ın hüküm altına aldığı ilgili maddede:

“Ve her kimesneye evlâdımdan saltanat müyesser ola, karındaşlarını nizâm-ı âlem için katl etmek münâsibdir. Ekser ulemâ dahi tecviz etmiştir. Anınla âmil olalar”

ifadesi yer almaktadır. Akgündüz, bu maddenin, had cezası gerektiren bir suç olan bağy (isyan)²⁹⁶ suçunun tekrarı niteliğinde olduğunu belirtir²⁹⁷. Diğer taraftan Akgündüz, isyan suçunu henüz tamamlamamış, ancak teşebbüsüne başlamış kişilerin katlinin de İslam Hukuku'na uygun olduğunu vurgular²⁹⁸. Nitekim ilgili kaynaklarda fesada gayret edildiğinin sabit olması gerektiği belirtilerek, isyan suçunun teşebbüsü sahasına girilmesi şart koşulmuştur²⁹⁹. Ancak Akgündüz'ün de bahsettiği üzere uygulamada, henüz suçun hazırlık hareketlerine başlamamış, yani teşebbüs sahasına dahi girmemiş olan kişilerin de katledildiği görülmektedir³⁰⁰. Nitekim gerek uygulama, gerekse bazı ulema mensuplarının ifadeleri, bu örfi hukuk hükmünün uygulamasının, cezalandırma için en azından teşebbüsün gerektiği kuralından saptığını ve isyan etme ihtimalinin cezalandırıldığını göstermektedir³⁰¹.

Söz konusu örfi hukuk metninde, kişinin isyan suçunun en azından teşebbüs sahasına girmesi gerektiği şartı vurgulanmamıştır. Bu veriler ışığında ilgili hükmün isyan suçunu işlemeyen

²⁹⁶ İsyân suçu için bkz. Avcı, 2014, a.g.k., s.433-457.

²⁹⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.114.

²⁹⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.115-116.

²⁹⁹ Avcı, 2014, a.g.k., s.438, 446-449: Suçun maddi unsuru, fiili kuvvetle iktidarı elde etmeye kalkışmaktır. İsyân suçundan bahsedebilmek için en azından kalkışma hazırlıklarına başlanarak teşebbüs sahasına girilmesi gerekir. Bütün ceza hukuku sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukuku sisteminde de hukuka aykırı fiil yoksa, suç yoktur. Cezalandırma için en azından teşebbüs gerekir; Minkarizade Mevlana Dede (1859). Tercüme-i Siyasetname, Tercüme Şeyhülislam Mehmed Arif. İstanbul: Takvimhane-i Amire, s. 5-6, 25-28: *“Nizam-ı âlem için şer ve fesadını def etmek üzere, ehl-i fesâdı darb, te'dib, nefiy, tağrib, hapis ve hatta siyâseten katl ve idam tarzında tazir yoluyla cezalandırmak meşru ise de, tek kişinin veya yalancılardan jurnali ile bu yola girmek câiz değildir. Fesâda gayret ettiği ve sebep olduğu şer'an sabit olmalıdır.”*

³⁰⁰ Hoca Sadeddin Efendi, 1974, Tacü't Tevarih, C.1, s.190: *“Şehzade Yakub Çelebi ise, savaştan sonra, o da kaçan düşmanın ardından koştuğu için başa gelen olaydan henüz haberdar olmamış idi. Devlet erkânı ile beyler, “fitne, öldürmekten daha zararlıdır” kavramını gözönünde tutarak daha önce Savcı Bey'den zuhur eden yaramazlığı da hesaplayarak, saltanat vârislerinin sayıca çoğalmalarının memleket ve halkın düzenine zarar verdiğini de sınıamış olduklarından, saltanat makamının Tanrının gölgeliği olduğu da kabul edildiğinden, bu gölgelikte oturanla gölgeliğin birbirine denk ve aynı düzende bulunması şartını öne sürerek, Yakup Çelebi'ye şehadet dolusunu içiriverdiler.”* Münecimbaşı Ahmed B. Lütfullah (1995). Camiü'd-Düvel. Haz. Ahmet Ağırakça. İstanbul: İnsan Yayınları, s.124; Görüldüğü üzere Fatih'in hükmünden önce gerçekleşen bu uygulamada isyan suçuna teşebbüs dahi etmemiş olan Yakup Çelebi, taht kavgası yaşanabileceği endişesiyle katledilmiştir.; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.116-117.

³⁰¹ Akman, 1997, a.g.k., s.64-110: Nitekim ilgili hükme iradesini koyan II. Mehmet, ikinci kez tahta çıktığında küçük yaşta kardeşi Ahmed'i boğdurmuştur. Diğer taraftan dönemin bazı ulema sınıfı üyeleri, bu düzenlemenin isyan suçuna henüz teşebbüs dahi etmemiş olan kişilerin katli açısından da İslam Hukuku'na uygun olduğunu savunurlar.

ancak işleme muhtemel olduğu düşünülen taht namzetlerini konu aldığı ihtimali kabul edilebilir.

Diğer taraftan kişinin cezalandırılması için en azından teşebbüs sahasına girmesi gerektiği, İslam ceza hukukunun en temel ilkelerindendir. Bu nedenle ayrıca belirtilme ihtiyacı da duyulmamış olabilir. Ancak bu oldukça zayıf bir ihtimaldir. Nitekim bilindiği üzere ilgili hükmün sahibi Fatih Sultan Mehmet, tahta çıktığında küçük yaştaki kardeşi Ahmed'i katletmiştir³⁰². Bu yaştaki bir çocuğun isyan suçunun unsurlarını gerçekleştirmek bir yana, bu suça teşebbüs dahi edemeyeceği gayet açıktır.

Belirtilmelidir ki; ister hüküm içerisinde yer aldığı kabul edilsin, isterse sadece aykırı uygulamalarla sınırlı olduğu kabul edilsin, henüz bir suçun teşebbüsü sahasına dahi girmeyen bir kişinin, suç işleyebileceği ihtimaliyle cezalandırılması İslam Hukuku ile bağdaşır nitelikte değildir³⁰³.

Ancak diğer taraftan ilgili uygulamalar şüphesiz keyfi olarak değil; devleti parçalanmanın eşiğine getiren fetret devri döneminin yaşanması, taht üzerinde hak sahibi olan şehzadelerin dış etkilerin tesiriyle isyan ederek devleti zayıflatması³⁰⁴ gibi birçok farklı etmen ve tecrübe sonucu gerçekleştirilmiştir. Bu uygulamaların bu şartlar altında siyasi açıdan doğru olduğu savunulabilir ancak İslam Hukuku'na uygun olduğu savunulamaz. Maslahata uygun olan hukuka aykırı olabilir.

Ancak bu örfi hukuk kuralının İslam Hukukuna uygun olduğu da savunulmuştur³⁰⁵. Biz bu tartışmaya girmeden bir ihtimal üzerinden gidip esas yönden aykırı olduğunu kabul edelim. Bu ihtimalde dahi, ilgili hükümde yer alan “*Ekser ulemâ dahi tecviz etmiştir.*”³⁰⁶ ifadesinden anlaşılacağı üzere halen şer'i hukuk ile bir bağ kurma çabası mevcuttur.

³⁰² Akman, 1997, a.g.k., s.64-67

³⁰³ Akman, 1997, a.g.k., s.146-163

³⁰⁴ Uzunçarşılı, 2003, a.g.k., C.II, s.161-179; Robert Mantran (2012). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. Çev. Server Tanilli. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.130-132; Alphonse de Lamartine (2005). Osmanlı Tarihi 2: Cihan Hâkimiyeti. Çev. Reşat Uzman. İstanbul: Bilge Kültür Sanat; Bkz. Freely J. (2004). Jem Sultan. London: Harper Collins Publishers : Bayezid ile Cem Sultan arasında geçen ve yabancı ülkelerinde müdahil oldukları taht kavgası Osmanlı Devleti'ni oldukça yıpratın olaylardan birisidir.; Halil İnalcık (2010). Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.29-32, 69-101: Celali isyanlarında da görülebileceği üzere silahlı güç her zaman merkez iktidara karşı bir tehdit niteliğine bürünebilir. Diğer taraftan başlarda bölgenin önde gelen ismiyken, zamanla bir devlet görevlisi gibi işlev görmeye başlayıp güçlenen ayanlar da merkez iktidarı sınırlandırmışlardır.; Zinkeisen, 2011, a.g.k., C.1 s.301 v.d.; Jorga, 2005, a.g.k., C.1, s.293 vd.; Hammer, 2008, a.g.k., s.81-90; Kantemir, 2003, C.1, s.109-120; Alphonse de Lamartine (2005). Osmanlı Tarihi 1: Aşiretten Devlete. Çev. Reşat Uzman. İstanbul: Bilge Kültür Sanat, s.187 vd.; Akgündüz ve Öztürk, 2000, a.g.k., 62-65.

³⁰⁵ Bkz. Akman, 1997, a.g.k.

³⁰⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.328.

Padişahın ilgili örfi hukuk hükmünü tasdik ederken, esasen şer'i hukuka uygun olma iradesinde olup olmadığını tespit etmemiz mümkün değildir. Ancak şer'i hukuka uygun olma gerekliliğini benimsediğini ve dolayısıyla uygun olma kaygısı içerisinde olduğunu söz konusu ifadeden anlayabiliriz. Bu şekli uygunluk kaygısı ise padişahın iradesinin şer'i hukuktan bağımsızlaşmasını engeller. Kabul ettiğimiz bu olasılıklarda ilgili örfi hukuk düzenlemesi, örfi hukukun, şer'i hukuktan bağımsız olduğunun bir delili olarak değil, sadece örfi hukukun şer'i hukuka uygun olması gerektiği yönündeki kuralın bir ihlali niteliğinde değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan yine söz konusu düzenlemede şekli bağı koparacak derecede ağır bir esasa aykırılığın söz konusu olduğu kabul edilse bile, bu sadece ilgili düzenleme ile sınırlı olarak padişahın iradesinin bağımsızlaştığını gösterir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi Osmanlı Hukuk sisteminde yer alan örfi hukukun, şer'i hukuka uygun olması yönündeki kaygı ve gereklilik bu bağımsızlık nitelemesinin genele yayılmasını engeller.

İKİNCİ BÖLÜM

2. OSMANLI HUKUK SİSTEMİNDEKİ MERKEZİ GÖREVLİLER

2.1. Padişah

2.1.1. Yasama ve yürütme yönünden padişah

Hem şer'i hukuk, hem de örfi hukuktan kaynaklanan ilkeler doğrultusunda Osmanlı padişahının, kamu hukuku içerisinde oldukça geniş yetkileri vardır³⁰⁷. Bütün gücü kendi bünyesinde toplar³⁰⁸. Örfi hukuk alanında yasama yetkisine sahiptir ve bunu fermanları aracılığı ile kullanır. Padişahın bu yetkisi, en belirgin şekliyle Sultan Süleyman döneminde gözlemlenebilir. Nitekim Sultan Süleyman, kanun koyucu anlamına gelen Kanuni sıfatıyla

³⁰⁷ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.221.

³⁰⁸ Aydın, 2017, a.g.k., s.123; Mustafa Şentop (2005). Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik. İstanbul: Klasik Yayınları, s.124; Ancak bu güç Osmanlı padişahı tarafından, çağdaşı hükümdarların aksine sırf şahsi emelleri için kullanılmamıştır. Gerekli bilgi için bkz. J. Shaw Stanford (1977). History of the Ottoman Empire and Modern Turkey. Cambridge: Cambridge University Press, s.134; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s. 2149; Diğer taraftan bilindiği üzere günümüz hukuk sistemlerinde esas olan güçler ayrılığıdır. Gerekli bilgi için bkz. Nevin Ünal Özkorkut (2008). Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış. Ankara: AÜHFD, C.57, S.1, s.227; Gönenç, 2015, a.g.k., s.37; Mustafa Erdoğan (2001). Anayasal Demokrasi. Ankara. Siyasal Kitabevi, s.13; Gül, 2010, a.g.k., s.259; Serdar Gülenler (2012). Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu. İstanbul: XII Levha, s.99-100 ; Friedrich A. Von Hayek (2008). Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti. Çev. Sevdâ Gültekin Göktoğla ve Ali Rıza Çoban. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınlar, s.87-90.

anılmaktadır³⁰⁹. Diğer taraftan yürütme gücünün de tek sahibi padişahdır³¹⁰. Padişah her ne kadar bu alandaki yetkilerini vezir-i azama devretmişse de yürütme gücünün asıl sahibi kendisidir ve istediği zaman bu yetkisini bizzat kullanabilir. Ancak padişahın bu sınırsız yürütme gücü, şer'i alan üzerinde de önemli bir etkiye neden olur. Zira padişah, şer'i alandaki en yetkili iki makam olan, şeyhülislamlik ve kazaskerlik makamlarına bizzat kendisi atama yapabilmektedir³¹¹.

Osmanlı döneminde padişah yasama yetkisine sahiptir. Nitekim bir yasama kuvvetinden bahsedebilmek için insanların yaptıkları faaliyetlerle oluşturulup değiştirilebilen yasalar gerekmektedir³¹². Padişahın iradesine dayanan örfi hukuk kuralı oluşturulması veya değiştirilmesi faaliyeti de insan kaynaklıdır. Bu faaliyet sırasında Allah'ın iradesini yansıtan Kur'an hükümlerinin esas alınması, onlara aykırı hareket edilememesi ve onların değiştirilmez hükümler oluşu, söz konusu niteliği ortadan kaldırmaz. Zira ilgili örfi hukuk kuralları yine de bir insan iradesi tarafından yapılmaktadır.

Padişahın sahip olduğu yasama yetkisi İslam Hukuku içerisinde konumlanmıştır³¹³. Bu durumda İslam Hukuku sistemine uygun olmak zorundadır. İslam Hukukunun, anayasa hükümleri gibi üstün ilke ve kuralları; Kur'an ve Sünnet tarafından belirlenmiştir. Padişah ve İslam hukukçuları tarafından günümüz anlamıyla yapılan yasama faaliyeti, bu üstün hukuk kurallarını değiştiremez ve bunlara aykırı olamaz.

Osmanlı İmparatorluğu'nda, maslahat gibi soyut bir kavramdan sonra padişahın yasama ve yürütme gücünü sınırlandırabilecek olan tek somut kurum, şer'i hukuktur. Zira padişah, İslam egemenlik anlayışının bir gereği olarak geniş yürütme yetkisini egemen olanın kanunlarına, yani şer'i hukuka uygun kullanmak zorundadır³¹⁴. Aynı esas yasama yetkisi içinde geçerliydi. Ancak söz konusu denetimi yapacak olan en önemli iki görevlinin bizzat padişah tarafından atanması ve istenildiği zaman azledilebilmesi bu denetimin zayıflamasına sebep olmuştur³¹⁵.

³⁰⁹ Imber, 2004, a.g.k., s.1.

³¹⁰ Aydın, 2017a, a.g.k., s.135.

³¹¹ Silahdar Fındıklılı Mehmet Ağa, 1962, a.g.k., s.24, 29; İsmail Hakkı Uzunçarşılı (2014). Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.196-201; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.236; Şentop, 2005, a.g.k., s.72-75; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.168, 177: Bütün önemli görevlilerin atanmasında padişahın iradesi vardır.

³¹² Levent Gönenç (2015). Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.39

³¹³ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.206.

³¹⁴ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2014, a.g.k., s.205.

³¹⁵ Raymond Aron (1976). Demokrasi ve Totalitarizm. Çev. Vahdi Hatay, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, s.53; Toktamış Ateş (1994). Demokrasi. İstanbul: Ümit Yayıncılık, s.120; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu (2001). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s.100; Özbudun, 2011, a.g.k., s.125; Joseph Raz (2008). Hukuk Devleti ve Erdemi. Çev. Bilal Canatan. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları, s.156; Mithat Sancar (2000). Devlet Akli

Bu makamların, padişah tarafından doldurulması ve yine onun takdiriyle makamda değişiklik yapılması, İslam egemenlik anlayışından kaynaklı ilkenin tatbikini işlevsizleştirmektedir.

2.1.2. Yargı yönünden padişah

Osmanlı'da padişah yargı örgütünün de başı konumundadır³¹⁶. Bu vasfı idari anlamda mutlakken, yargılama yetkisi anlamında sınırlıdır. Zira teoride hükümdarın bünyesinde toplanan yargılama yetkisini, pratikte aslen kullananlar kadılardır. Bu durum şer'i yargı alanında daha net bir şekilde gözlemlenir. Şer'i alanda padişahın yargılama yetkisi, sembolik niteliktedir³¹⁷.

Diğer taraftan padişah, şer'i yargı alanında görevli kadıların idari amiri konumundadır. Kazasker ve kadıların atanmasında irade sahibi olması itibariyle şer'i yargılamayı dolaylı olarak etkilemektedir³¹⁸. Teoride padişaha ait olan şer'i yargı yetkisi, pratikte vekâleten kadıya devredilmiştir³¹⁹. Bu itibarla da padişahın, kadılar üzerinde idari bir denetimi söz konudur. Vekâlet ilişkisini³²⁰ denetler. Onları görevlerinden azledebilir.

Bilindiği üzere bağımsızlığın temel koşullarından birisi de mesleki güvencedir. Padişahın, kadıları azil yetkisi bu noktada yargı bağımsızlığını etkiler. Zira bu kişiler, mesleklerini kaybetmek istemeyecekler ve padişah iradesinden etkileneceklerdir.

Padişah, örfi yargı alanında ise bizzat kendisi yargılama yapabilmekte hatta yargılama aşamasında yasama yetkisini de kullanarak yeni örfi hukuk kuralları tesis edebilmektedir³²¹.

Kıskacında Hukuk Devleti. İstanbul: İletişim Yayınları, s.30; Bülent Tanör (1994). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. İstanbul: BDS Yayınları, s.212: Bireylerin temel hak ve hürriyetleri anayasalarla güvence altına alınmalıdır. Korunabilmeleri için siyasi iktidarın hukuk ile sınırlanması gerekir. Sınırlamanın gerçekleşebilmesinin ön koşulu, hukuk kurallarının üstün tutulmasıdır. Hukukun üstünlüğü içinse denetim gerekir. Bilindiği üzere denetimin etkinliği yargının bağımsızlığı ile sağlanır, bağımsızlık içinse mesleki güvence şarttır. Siyasi iktidarın, birey temel hak ve özgürlükleri lehine kontrol altında tutulması ve denetlenmesi ancak mesleki güvenceye sahip bağımsız yargı organlarınca gerçekleştirilebilir. Yargı bağımsızlığının en önemli iki unsuru kuvvetler ayrılığı ve mesleki güvencedir.

³¹⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.207.

³¹⁷ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.228.

³¹⁸ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.228.

³¹⁹ E. B. Ekinci (2001). Osmanlı Hukuku'nda Mahkeme Kararlarının Kontrolü. Ankara: Belleten, Aralık 2001, C.65, S.244, s.962; Şentop, 2005, a.g.k., s.124.

³²⁰ Ebussuud, 2013, Maruzat, s.130, 131-132, : *"Zeyd-i kâdîye bir hususda vâki' olan emr-i şerîfde "Bizzat göresin" deyû mukayyed iken üzerinde mîrî hizmeti olub bizzat varmağa kâdir olmamağın mu'temedünaleyh nâib gönderse nâibin ettiği hüküm nâfiz olur mu? el-Cevap: Bâtıldır, nâfiz olmaz. Nehy-i sarih vâki' olmuştur. Mühim mîrî maslahat dahi olıcak asla nâib göndermek tecviz olunmamıştır."* *"Esaahh-ı akvâl ile amel eylesün deyû berâtında mukayyed olan kâdî, kavlı-i za'if ile amel eylese hükmi nâfiz olur mu? el-Cevâb: Gâyet za'if olursa olmaz."* İlgili fetvalardan anlaşılacağı üzere padişah ile kadı arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisidir. Nitekim padişah, kadının atama beratında nasıl hareket etmesi gerektiğini belirterek vekâletin sınırlarını çizmektedir. Diğer taraftan yine ilgili davayı bizzat görmesi gerektiğini belirterek ilgili yargılamanın vekâleten başkasına devredilemeyeceğini belirtmiş, bu itibarla da vekâlet ilişkisine başka bir sınır daha getirmiştir. Padişah ilgili yargılama açısından alt vekâleti yasaklamaktadır.

³²¹ Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.119; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.228.

Yargılama aşamasında hukuk kuralının tesis edilerek uygulanması, bugünkü hukuk güvenliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Diğer taraftan padişahın, isyan gibi bazı suçlarda af yetkisine de sahip olduğu görülür³²².

2.1.3. Yargı yönünden padişah vekili veziriazam

Birçok Türk-İslam devletinde, mülki yetkilerinin yanında askeri yetkilere de sahip olan veziriazamlık makamı³²³, Osmanlı Devlet sistemi içerisinde Padişahın vekil-i mutlakı konumuna yükselmiştir³²⁴. Fatih Kanunnamesinde veziriazam, padişahın sonra gelen en yüksek rütbeli devlet adamı ve padişahın mutlak vekili olarak tanımlanır³²⁵.

Veziriazamın konumuz açısından asıl önemli olan faaliyeti ise Divan-ı Hümayun 'da yargı fonksiyonu ile gerçekleştirdiği temastır. Zira veziriazam, hem yargılama sırasında divanda hazır bulunur hem de bazı durumlarda kendisi hukuki uyuşmazlıkları çözer³²⁶. Ancak bu devlet görevlisi padişahın mutlak vekili olması itibariyle söz konusu yetkiyi onun bünyesindeki yargı yetkisinin bir yansıması olarak kullanabilir. Padişahın yargı yetkisi örfi alanda sınırsızdır. Şer'i alanda ise onun vekili olan kadılar tarafından kullanılır. Bu durumda veziriazamın yargılama yetkisi de örfi alanda sınırsızken, şer'i alanda kural olarak yoktur³²⁷. Şer'i davalara kazaskerler bakar³²⁸.

2.2. Şeyhülislam

2.2.1. Genel olarak

Ulema, kelime anlamı olarak âlim kelimesinin çoğuludur³²⁹. İslam Devletlerinde oldukça itibarlı bir konuma sahip olan ulema sınıfı; din âlimlerinden ve adalet işlerinde görevli kişilerden oluşur³³⁰. Yani ulema sınıfı üyeleri, din hizmetlerinin yanı sıra yargı sisteminde de oldukça önemli işlevlere sahiptirler. Konumları itibariyle her biri fıkıh ilmine hâkim olan bu

³²² BOA (1993). 3 Numaralı Mühimme Defteri, Dîvân-ı Humâyûn Sicilleri Dizisi: I. Ankara: T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın No: 12, s.48: 28 Ramazân 966 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında Kütahya, Karahisar, Sandıklı ve Seyhlü kadılarına, firar edip isyan eden Şehzade Bâyezid'e katılanların affedildiği belirtilmiştir.

³²³ Köprülü, 1986, a.g.k., s. 45-46.

³²⁴ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.211; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.231; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.11

³²⁵ Köprülü, 1986, a.g.k., s.40; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.232; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.318: "*Bilgi ki, evvelâ vüzerâ ve ümerânın başı vezir-i a'zamdır. Cümlelerin ulusudur. Cümle ümûrun vekîl-i mutlakıdır. Ve malımın vekili defterdarıdır. Vezîr-i a'zam cümleyle nâzırdır ve oturmada ve durmada ve mertebede vezir-i a'zam cümleden mukaddemdir.*".

³²⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.211.

³²⁷ Mehmet İpşirli (2002). "Kadı", İslâm Ansiklopedisi. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, C.25, s.142.

³²⁸ İsmail Hakkı Uzunçarşılı (1984). Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.138; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.15.

³²⁹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.1303; "*ulemâ; âlimler, ilim sahipleri, bilginler*".

³³⁰ Mehmet İpşirli (2000). "İlmiye", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.22, s.141-142; Osman Özkul (2005). Gelenek ve Modernite Arasında Ulemâ. İstanbul: Bir Harf Yayınları, s.35-56; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.215.

görevliler; bir yandan hukuki uyuşmazlıkları çözmekle, bir yandan da Osmanlı Devleti'nin yasama, yürütme ve yargı alanlarındaki bütün tasarruflarının, şer'i hukuka uygunluğunu denetlemekle yetkilidirler³³¹. Ayrıca eğitim ve öğretim alanında da müderrislik görevleri vardır³³². Osmanlı Hukuk sisteminin temel iskeleti, ulema sınıfı üyelerinden oluşur.

Bu nokta da belirtilmelidir ki askeri sınıf içerisinde yer alan iki gurubu³³³, yani padişah kullarını ve ulema mensuplarını birbirinden ayıran en önemli kıstas güvencedir. Zira kul sistemine dâhil olan devlet görevlilerinin yaşamı üzerinde padişahın istediği gibi tasarrufta bulunabilme hakkı varken, ulema sınıfı içerisinde yer alan devlet görevlileri, yaşam hakkı yönünden güvence altına alınmışlardır³³⁴. Onlar padişahın kulu değil, şer'i hukukun hizmetlisidir. Güvence altında olmaları, ulema sınıfında yer alan kişilerin konumlarının ve yerine getirmekle görevli oldukları faaliyetlerin temel gereğidir. Çünkü yerine getirdikleri; hukuki uyuşmazlıkların çözümü ile yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını hukuki yönden denetimi görevleri, ulema sınıfının bağımsız olmasını gerektirmektedir.

Diğer taraftan ulema, fıkıh ilmini bilen ve şer'i hukuku yorumlayacak iradeye sahip kişilerden oluşan bir sınıf olması itibarıyla oldukça güçlü bir konuma da sahiptir. Nitekim bir olayın, bir fermanın, bir tasarrufun, bir işlemin veya bir eylemin, şer'i hukuka, yani Osmanlı Hukuk sisteminin temel yapısına uygun olup olmadığına karar verecek olan kişiler, ulema sınıfı içerisinde yer alırlar³³⁵. Bu durum ise ulemanın oldukça yüksek bir konumda olmasının temel sebebidir. Padişahın, İslam Hukuku'na uygun davranıp davranmadığını belirleyecek, mutlak hükümdarı şer'i hukuk sınırları içerisinde tutmaya çalışacak olan sınıf, ulema'dır. Şüphesiz ki hem ulema, hem padişah, hem de diğer bütün devlet görevlileri, bu kritik konumun farkındadırlar.

Böylelikle İslam devletlerinde saygın İslam hukukçularına verilen bir sıfat olan şeyhülislamlık³³⁶, Osmanlı Devleti'nde resmi bir makam olmuş ve ulemanın başı konumuna yükselmiştir³³⁷. Hatta şeyhülislamlık makamı konum olarak veziriazam ile eş tutulmuştur³³⁸.

³³¹ Yakut, 2005, a.g.k., s.36.

³³² İpşirli, 2000, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.22, s.141-142; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.215

³³³ Bkz. Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.102.

³³⁴ İnalçık, 2009, a.g.k., C.I, s.205-217; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.215; Yakut, 2005, a.g.k., s.37

³³⁵ Özkul, 2005, a.g.k., s.35-56; Nitekim kazasker, kadı, müftü, şeyhülislam ve diğer İslam hukukçuları bu sınıfta yer alırlar.

³³⁶ M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.28-36.

³³⁷ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.182-186; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.43-44, 49-74; Yakut, 2005, a.g.k., s.10; Akgündüz, 1990, C.I, a.g.k., s.318: "Ve Şeyhülislâm ülemanın reisidir. Ve muallim-i Sultan dahi kezâlik serdâr-ı ülemâdır. Vezîr-i a'zam anları riâyeten üstüne almak lâzım ve münâsibdir. Ammâ müftî ve hoca sâir vüzeradan bir nice tabaka yukarıdır ve tasaddur dahi ederler".

³³⁸ Yakut, 2005, a.g.k., s.15.

Halife ve saltanatı tahtında birleştiren Osmanlı padişahının saltanatını veziriazam, halifeliliğini ise şeyhülislam temsil eder³³⁹. Devlet örgütü içerisinde şeyhülislamın oldukça saygın bir yeri vardır³⁴⁰.

2.2.2. Fetva

Bir yandan fıkıh ilmine hâkim olmalarına diğer yandan ise oldukça önemli bir mevki ve itibara sahip olmalarına rağmen; şeyhülislamın, yargılama yapma yetkileri bulunmuyordu³⁴¹. Yani şeyhülislam, Osmanlı yargı sistemi içerisinde doğrudan doğruya, aktif bir şekilde yer almıyorlardı. Ancak bu durum onların hiçbir şekilde Osmanlı yargısını etkilemedikleri anlamına gelmemektedir. Nitekim şeyhülislamın, bulundukları konum itibarıyla Osmanlı İmparatorluğundaki bütün erkler üzerinde olduğu gibi, yargı üzerinde de bir etkisi bulunmaktadır.

Peki, yargılama yapıp hüküm verme yetkisine sahip olmayan, yasama fonksiyonu içerisinde yer alamayan ve sınırlı bir yürütme yetkisine sahip olan şeyhülislam, Osmanlı Devleti'nin üç organını birden, hangi hukuksal araç vasıtasıyla etkileyecektir? Sahip olduğu bu araç, nasıl bir hukuki araçtır ki bütün gücün bünyesinde birleştiği padişaha sınır koyacak³⁴² niteliğe sahiptir. İşte bütün bu işlevleri yerine getiren, şeyhülislam makamının bu denli önemli olmasını sağlayan söz konusu bu hukuki araç, “fetva”³⁴³ olarak adlandırılmaktadır. Şeyhülislam başta olmak üzere müftüler, Osmanlı'da gerçekleşen bütün eylem ve işlemlerin, hukuka uygun olup olmadıklarını fetva aracılığıyla değerlendirirler³⁴⁴.

Kurumsallaşmış anlamıyla fetva bir müftünün; belirli bir durum, olay, söz veya davranışın, İslam Hukukuna uygun olup olmadığına ilişkin kendi kanaatini bildirdiği yazılı belge anlamına gelir³⁴⁵. Tanımdan da anlaşılacağı üzere fetva verme yetkisi, sadece şeyhülislama değil bütün müftülere aittir. Bu faaliyeti itibarıyla müftüler, hukuki danışman olarak nitelendirilebilirler.

³³⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.224.

³⁴⁰ Yakut, 2005, a.g.k., s.15; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.107-111, 113-126: Törenlerde gerçekleştirilen protokol kuralları ve katıldığı merasimler ne kadar saygın bir konumda olduğunu gösterir.

³⁴¹ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.237.

³⁴² Recâi Galip Okandan (1977). Âmme Hukukumuzun Ana Hatları Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi: Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.36; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.134.

³⁴³ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.301; “fetvâ: müftü tarafından verilen şer’i hüküm veya karar”.

³⁴⁴ M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.243.

³⁴⁵ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.181; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.71; Imber, 2004, a.g.k., s.36; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.237; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.147; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.219.

Osmanlı döneminde gelindiğinde ise bu danışmanlar, bütün bölgelere merkez tarafından atanmış ve kurum resmileştirilmiştir³⁴⁶.

Şeyhülislamın verdiği fetvalar, halktan kişilerin veya padişah ile veziriazamın başvurusu üzerine verilen fetvalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁴⁷. Şeyhülislamın verdiği fetvaların padişahın eylem ve işlemlerini konu edinmesi ise onun İstanbul müftüsü olmasından kaynaklanır. Padişah, eylem ve işlemlerinin meşruluğu için İstanbul müftüsüne başvurur³⁴⁸.

2.2.2.1. *Yasama ve yürütmede fetva*

Barkan, Osmanlı Kanunnamelerinde yer alan örfi hukuk kurallarının bazılarının, kimi zaman fetva ile tekrardan izahının, örfi hukuk kurallarının oluşumu aşamasına ilişkin yanlış bir kanı doğurduğu görüşündedir³⁴⁹. Nitekim Barkan, Hammer'in Kanuni Sultan Süleyman'ın iradesinin, Ebussuud Efendinin fetvası ile birlikte kanun değeri kazandığına³⁵⁰ ilişkin görüşüne karşı çıkmakta ve örfi hukuk kuralının Osmanlı tarihinin her döneminde gerçekleştirilmesine rağmen, şeyhülislam fetvalarının bu süreçte her zaman etkin olmadığına dikkat çekerek, Ebussuud Efendi'nin etkinliğinin istisnai niteliğine vurgu yapmaktadır³⁵¹. Barkan, fetvaların örfi hukuk kurallarının oluşumunda bir etkisinin bulunmadığını, örfi hukuk kurallarının özünü fermanların oluşturduğunu belirtir³⁵².

Çoğunluk görüşü, örfi hukuk kurallarının özünün, padişahın iradesi ile oluştuğu yönündedir. Şeyhülislamın fetvalarının İslam Hukuku açısından teorik olarak bağlayıcı olmaması³⁵³ ve örfi hukuk kurallarının şeyhülislam onayı ile yürürlüğe girdiğini gösterecek uygulamalara rastlanmaması da bu yargıyı destekler³⁵⁴. Diğer taraftan şeyhülislam iradesinin, örfi hukuk

³⁴⁶ Binnaz Çöpoğlu (2009). Bolu Şer'iyе Sicili: 1687-1688 Tarihli 836 No'lu Defterin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi. Bolu: BAMER Yayınları, s.225: Bolu Müftüsü Mehmed Efendi'nin aynı görevine devam etmesine yönelik mevki belirlemesini konu edinen bir berat, merkez tarafından kadiya gönderilmiştir.; BAO, A.{DVNSMHM.d... / 28 – 930: 27.08.984 tarihli mühimme defteri kaydında fetva verme işleminin müftülüğü ait olduğu, bu nedenle Sivas'da fetva veren bir müderrisin engellenmesi Rum beylerbeyinden istenmektedir.; BOA, A.{DVNSMHM.d.../96-439, ilgili mühimme defteri kaydında, fetva verme yetkisi elinden alınan ancak fetva vermeye devam eden Ehadzade Mehmed'in engellenmesi gerektiği, Bafra kadısına bildirilmiştir. Görüldüğü gibi Osmanlı Hukuk sisteminde fetva kurumsallaştırılarak bir resmiyet kazanmıştır. Fetva niteliğinde hukuki görüşü ancak merkez iktidar tarafından atanan müftüler verebilir.

³⁴⁷ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.205; Yakut, 2005, a.g.k., s.34.

³⁴⁸ Imber, 2004, a.g.k., s.12.

³⁴⁹ Barkan, 1945, a.g.m., s.216.

³⁵⁰ Yakut, 2005, a.g.k., s.34-35; Heyd, 1984, a.g.k., s.54; Barkan, 1945, a.g.m., s.219; Şeyhülislam fetvasının örfi hukuk kurallarının yürürlüğüne etkisi konusunda tartışma mevcuttur. Çoğunluk ise şeyhülislam iradesinin yürürlük için şart olmadığı görüşündedir.

³⁵¹ Barkan, 1945, a.g.m., s.216.

³⁵² Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.192; Barkan, 1945, a.g.m., s.217.

³⁵³ Aydın, 2017a, a.g.k., s.237-238; Kadı hükmünün aksine İslam Hukuku sistematğinde müftünün çıkardığı fetva bağlayıcı değildir, ilmi bir görüştür.

³⁵⁴ Aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bkz. Robert Mantran (1986). 17. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul: Kuramsal, İktisadi, Toplumsal Tarih Denemesi. Çev. Mehmet Ali Kılıçbay ve Enver Özcan. Ankara: V Yayınları, s.128; H. A.

kurallarının oluşumu aşamasında doğrudan doğruya etkili olduğunu gösteren örnekler de mevcuttur³⁵⁵. Fakat bu örnekler, örfi hukuk kurallarının oluşumunda, şeyhülislamın iradesinin, padişahın iradesi ile birlikte kurucu bir unsur olarak yer aldığını gösterecek sıklıkta değildir³⁵⁶. Bu doğrultuda şeyhülislamın fetva kurumu ile daha çok denetim işlevini yerine getirdiği sonucuna ulaşılabilir.

Ancak belirttiğimiz üzere yasama üzerinde de bir etkisi vardır. Yasama faaliyetine esas olan padişah iradesi, fetvalardan tamamen bağımsız değildir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere padişahın iradesi, şer'i hukuk kuralları ile sınırlıdır. Bu kurallara uygunluğun denetimi noktasında etkin olan mekanizma ise fetva kurumudur. Bu durumda, padişahın örfi hukuk kuralı oluşturan iradesinin, ilgili döneme ilişkin fetvalardan tamamen bağımsız olduğunu söylemek doğru olmaz. Fetvalar, bu noktada padişah tarafından göz önüne alındıkları için örfi hukuk kurallarının oluşumunda dolaylı da olsa etkilidirler. Zira padişahın iradesi şer'i hukuka uygun olma kaygısı taşımaktadır ve bu yüzden de şer'i hukuka uygunluğun en önemli tespit aracı olan fetva kurumu, padişah tarafından göz ardı edilemez. Ebussuud Efendi gibi saygın şeyhülislamın dönemlerinde, başlangıçtaki bu dolaylı etkinin oldukça güçlenerek padişahın iradesini doğrudan etkilemesi³⁵⁷ şeyhülislamın iradesinin, örfi hukuk kurallarının oluşumu aşamasında, padişah iradesinin yanında kurucu unsurmuş gibi gözükmesine neden olmuştur.

Daha açık ve belirgin etkisi ise bu hukuk kurallarının yürürlüğünden sonra belirir. Nitekim kimi durumlarda ilgili örfi hukuk kurallarının yürürlüklerinden sonra şeyhülislamlardan fetva alınmıştır³⁵⁸.

Örfi hukuk kuralları üzerinde fetvaların etkisi oldukça önemlidir³⁵⁹. Zira fetvalar, her ne kadar örfi hukuk kurallarının yürürlüğünü etkilemeseler de meşruluklarını etkilerler. Örneğin; II. Beyazıt ve Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnamelerinde yer alan cinsel saldırı suçunun,

Munro Butler Johnstone (2009). Türkler: Karakterleri, Terbiyeleri ve Müesseseleri. Ankara: Cedit Neşriyat, s.61; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.252.

³⁵⁵ M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.249-250.

³⁵⁶ Yakut, 2005, a.g.k., s.176: Şeyhülislam fetvaları ne ilgili eylem ve işlemlerin son karar merci ne de bu işlemlere yönelik kurucu bir unsur niteliğindedir.

³⁵⁷ Barkan, 1945, a.g.m., s.216; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.249; Ebussuud, 2013, Maruzat, s.33-34, 39-55: Diğer taraftan Ebussuud Efendi, İslam hukukçuların görüşlerinden oluşan fetvalarını padişahın onayına sunmuştur. Söz konusu fetvalar padişahın iradesinin eklenmesi ile birlikte uygulanması zorunlu birer kanun niteliğine dönüşmüşlerdir. Padişahın iradesinden önce ise sadece diğer içtihatların yanında yer alan bir seçenek niteliğindedirler. Bu durumda örfi hukuk kurallarının kurucu unsurunun padişahın iradesi olduğu rahatlıkla anlaşılabilmektedir. Ancak görüldüğü gibi şeyhülislam fetvaları da bu kuralların oluşumunda etkilidir. Özellikle Ebussuud gibi saygın şeyhülislamlar döneminde bu etki daha da artmıştır.

³⁵⁸ M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.144.

³⁵⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.225.

fiziksel hadım ile cezalandırılmasını ön gören örfî hukuk kuralına karşı³⁶⁰, şer’i hukuka aykırı olduğu yönünde fetvalar verilmiştir³⁶¹. Bu fetvalar, ilgili hukuk kuralının yürürlüğünü engellememiştir. Fakat meşruluğunu ortadan kaldırmıştır. Nitekim ilgili cezanın dönem itibariyle benimsenmemesi ve uygulamada rastlanmamasının³⁶² en önemli sebebi söz konusu olumsuz fetvalardır. Bu durumda kolaylıkla şu sonuca ulaşılabilir: Osmanlı padişahının eylem ve işlemlerinin şer’i hukuka uygunluğunu denetleyen fetva, şayet olumsuzsa, padişahın eylem ve işlemlerinin meşruluğuna gölge düşürür³⁶³. Zira bir İslam devleti başkanının meşruluğu onun şer’i hukuka bağlı kaldığı ölçüde mevcuttur. Bu İslam egemenlik anlayışı gereği devlet başkanının yönetim hakkının, egemen olanın kanunlarıyla sınırlı olması kuralından kaynaklanır³⁶⁴. İstanbul müftüsünün fetvalarının yasama fonksiyonu üzerinde güçlü bir manevi etkisi vardır.

Ancak bu hukuka uygunluk denetimi günümüz yargısal denetimlerinden farklıdır³⁶⁵. Nitekim görüldüğü gibi ilgili örfî hukuk kuralına ilişkin olumsuz fetva, bu örfî hukuk kuralının

³⁶⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.II, s.42-43: II. Bâyezid’in Umumî Osmanlı Kanunnamesi: “Kız ve oğlan çeken kişinin ve hiyânet ile bir ecnebinin evine giren kimsenin ve avret ve kız çekmeğe varan kimesnenin içmeği (emceği) kesile.”Dip not 1: “Ancak kanunnâme nüshalarından birinin hâşiyesinde “içmek deyû zekere derler” şeklinde açıklama vardır ki, bu erkeğin tenâsül uzvu demektir. (Uriel Heyd,Criminal Law, 58, dn.3)”; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.IV, s.297: Kanûnînin Umûmî Kanunnâmesi: “Ve eğer oğlan çeken veya kız çeken kimesnelerin, hiyânet ile evine girenin ve avret-kız çekmeğe bile varanun siyâset için zekerlerin keseler”; Konan, 2011, a.g.m., s.158.

³⁶¹ Nisa Suresi 119. Ayet: ““Onları mutlaka saptıracağım, mutlaka onları kuruntulara sokacağım ve onlara emredeceğim de (putlara adak için) hayvanların kulaklarını yaracaklar. Yine onlara emredeceğim de Allah’ın yarattığını değiştirecekler.” Kim Allah’ı bırakıp da şeytani dost edinirse, şüphesiz o apaçık bir hüsrana düşmüştür.”; Hayrunnisa Özdemir (2010). Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. Ankara: Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, C.XIV, S.1, s.127; İslam hukukçuları bu ayeti esas alarak insan vücudu üzerinde değişiklik yapılamayacağı yönünde görüş bildirmişler, yani fetva vermişlerdir.; Ramazan Çağlayan (2010). İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası. Ankara. Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, s.95; Ahmet Akgündüz (2006). İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlı’da Harem. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.276-278: İslam Hukuku tarafından hadım etme yasaklandığı için bu işlem fiilen Osmanlı Devleti tarafından yapılmamış, çalıştırılmak üzere Afrika kökenli olup önceden hadım edilmiş köleler satın alınmıştır. Bu yöntemle dahi hadım köle çalıştırmak ulema tarafından mekruh olarak nitelendirilmiştir. Kısacası İslam hukukçuları hadımlaştırmaya karşı olumsuz görüş bildirirler.

³⁶² Mustafa Avcı (2008). Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş. Konya: Mimoza Yayınları, s.159; Konan, 2011, a.g.m., s.159; Özdemir, 2010, a.g.m., s.127.

³⁶³ Paul Ricaut (1668). The Present State of the Ottoman Empire. London John Starkey-Henry Brome, s. 105-106

³⁶⁴ Akad ve Dinçkol, 2006, a.g.k., s.60.

³⁶⁵ Kemal Gözler (1998). “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, Anayasa Yargısı. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, Cilt 15 s.220-221, 237; Michel Troper, “Le positivisme comme théorie du droit”, in Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) Le positivisme juridique, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s.150’dan aktaran Gözler, 1998, a.g.k., s.218: “anayasallık denetimiyle görevli bir organ olsun ya da olmasın, anayasa, kanunlara ve kamu otoritelerinin diğer işlemlerine üstün değildir. Bunlar –adli veya adli olmayan otoriteler– anayasayı uygulamak için onu yorumlamak, yani yeniden yaratmak zorundadırlar. Bu faaliyetin icrasında ise, hiçbir hukuk normuna tâbi değildirler. Sadece, kendi içinde bulundukları karşılıklı ilişkiler sistemi ile bağlıdırlar”; Gözler, 1998, a.g.k., s.237-238; Anayasa mahkemesinin, alanını aşarak kendisini yasama fonksiyonuna doğru genişleten nitelikte yapacağı otantik yorum, siyasi partnerleri tarafından tepki ile karşılanacak ve böylece Anayasa mahkemesi sınırlandırılacaktır. Anayasa mahkemesi bu olası tepkilerin farkında olduğu için yoruma esas iradesi denetim altındadır. Anayasa mahkemesinin, realist yorum çerçevesinde

yürürlüğünü etkilememiştir³⁶⁶. Diğer taraftan fetvanın hiçbir etkisinin olmadığını savunmak da mümkün değildir. Zira olumsuz fetvalar ilgili örfi hukuk kuralının meşruluğunu ortadan kaldırarak, uygulanmamalarına neden olmuştur.

Bir örfi hukuk kuralının şer'i hukuka aykırı olduğu yönündeki fetvalar, Osmanlı Hukuk sisteminde bu örfi hukuk kuralının uygulanmamasına neden oluyorsa, örfi hukuk kurallarının, şer'i hukuk kurallarına uygun olması gerektiği yönünde bir kuralın var olduğu çıkarımı, rahat bir şekilde yapılabilir. Kısacası örfi hukuk alanının, şer'i hukuktan bağımsız olduğu söylenemez.

Diğer taraftan bu gerekliliğe ve olumsuz fetvalara rağmen ilgili örfi hukuk kuralının yürürlükte olması, söz konusu denetim mekanizması ile ilgili sıkıntılardan kaynaklanmaktadır. Denetim mekanizmasından kaynaklı bu sıkıntıya dayanarak örfi hukukun bağımsız olduğunu ve örfi hukuk kuralları üzerinde fetvanın bir etkisinin olmadığını söylemek ise yukarıda vurguladığımız diğer veriler ve meşruluğun ortadan kalktığı ilgili örnek nedeniyle mümkün değildir. İlgili örnek hem örfi hukuk, şer'i hukuk ilişkisini hem de fetvanın Osmanlı Hukuk sistemi içerisindeki etkisini göstermek açısından oldukça açıktır.

yaptığı otantik yorum faaliyetinin, yasamaya müdahale edecek derecede geniş olması durumunda siyasi partnerlerin tepkileriyle tekrar sınırlarına çekileceğini savunun bu yaklaşım, mekanist anayasa anlayışı olarak adlandırılmaktadır. Bilindiği üzere günümüzde esas olan yargısal denetimdir. Ancak bazı dolaylı denetimler bugün de yer almaktadır. Bunlardan birisi de Anayasa mahkemesi kararları üzerinde kurulan söz konusu dolaylı etkidir.; Bertil Emrah Oder (2010). Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri. İstanbul: Beta Yayın, s.1; Demirhan Burak Çelik (2013). "Yargıya Refik Gür'ün Penceresinden Bakmak: Yargı Eliyle Hukuk Üretimi Üzerine Bir Bilanço Denemesi", Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar. Ed. Bertil Emrah Oder. İstanbul: XII Levha, s.6-7, 17; Erdoğan, 2001, a.g.k., s.69-78; M. Soysal (2011). Anayasaya Giriş. Ankara: İmge Kitabevi, s.242; Gönenç, 2015, a.g.k., s.118-125; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2001, a.g.k., s. 450-451; Faruk Bilir (2012). Yeni Anayasa Yeni Mutabakat. Ankara: Adalet Yayınevi, s.379-384; Güleler, 2012, a.g.k. 142-310; Geniş bilgi için bkz. Gözler, 1998, a.g.m.; Ece Göztepe (2012). "Anayasa Yargısının Meşruluğu", Demokratik Anayasa. Haz. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi. İstanbul: Metis Kitap, s.143: Yargıçları yasaları tekrarlayan bir papağan olarak nitelendiren eski görüşün aksine, günümüz hukuk anlayışı gereği yargıçlar, yasaları temel hak ve özgürlükler merkezinde okuyup yorumlayarak uygulanabilir hale getiren ve bu faaliyetleri ile de doğrudan doğruya hem siyasi alanı, hem de toplumsal alanı etkileyen kişilerdir. İşte Anayasa mahkemesi yargıçlarının, anayasa metnini yorumlama faaliyetlerinin, herhangi bir yargısal denetime tabi olmaması, kimi zaman yapılan geniş yorumlar nedeniyle, yargıçlar devleti eleştirisini gündeme getirmiştir. Bu eleştiri karşısında mevcut sistemde söz konusu yorum faaliyetine dolaylı etkide bulunarak bir tür denetim getirecek kurum ise mekanist anayasa anlayışıdır. Anayasa yargısında yorum yöntemleri için bkz. Bkz. Bertil Emrah (2010). Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri. İstanbul: BETA.

³⁶⁶ Ali Akyıldız (1993). Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform. İstanbul: Eren Yayıncılık, s.266-267; Niyazi Berkes (1978). Türkiye'de Çağdaşlaşma. İstanbul: Doğu-Batı Yayınları, s.171-172: Şeyhülislamın, yenilik hareketlerini konu alan bir dilekçeyi ulema adına sunması üzerine, II. Mahmud bu dilekçeyi yırtmış ve devlet idaresinde takdir hakkının padişaha ait olduğunu söylemiştir. Bu örnek fetva denetiminin niteliğini üç yönden de güzel bir şekilde ortaya koymaktadır. İlk olarak şeyhülislam dâhil ulemanın karşı görüş bildirmesine rağmen söz konusu yenilik hareketleri yürürlüklerini sürdürmüşlerdir. İkinci olarak II. Mahmut devlet idaresinde takdir hakkının kendisinde olduğunu söyleyerek, ulemanın yerindelik denetimi yapamayacağını vurgulamıştır. Son olarak ise II. Mahmud'un dilekçeyi yırtacak kadar sinirlenmesi noktasında bir tahmin yürütülebilir. Nitekim şer'i hukuka uygun oldukları oranda işlemlerinin meşruluk kazanacağını bilen padişah, ulemanın karşı görüşü nedeniyle politikalarının zarar görmesinden korkmuş olabilir.

Ancak bu veriler doğrultusunda, şeyhülislamın iradesinin yasama fonksiyonu açısından mutlaka ihtiyaç duyulan bir kurucu unsur olduğu sonucuna da varılamaz. Yasama işlevinin en yoğun şekilde yerine getirildiği Divan-ı Hümayun'un üyeleri arasında şeyhülslama yer verilmemesi de bu çıkarımı destekler niteliktedir. Şeyhülislamın, ihtiyaç halinde görüşüne başvurmak için Divan-ı Hümayun'a çağırılması, onun Osmanlı Hukuk sistemi içerisindeki konumunu yansıtır. Şeyhülislam bir danışman niteliğindedir. Bu yargı ve yürütme de olduğu gibi yasama fonksiyonu açısından da geçerlidir. İradesi yasama fonksiyonunu etkiler, ancak bu fonksiyonun kurucu unsuru değildir. İlgili etki danışmanlıkla sınırlıdır. Osmanlı padişahının iradesine dayanan örfi hukuk kuralının, şer'i hukuka aykırı olduğu yönünde fetva verilmesi, bu hukuk kuralının geçersiz olması sonucunu doğurmayacaktır.

Padişahın, örfi hukuk kuralının esasını oluşturan iradesi, fetva kurumunu dikkate almakta, ondan etkilenmektedir. Diğer taraftan belirtilmelidir ki padişahın otoritesinin güçlü olduğu dönemlerde bu kaygı azalabilir, padişahın otoritesinin zayıfladığı dönemlerde ise fetva kurumunun etkinliği artacaktır³⁶⁷. Ancak Barkan tarafından belirtildiği üzere padişahın otoritesinin güçlü olduğu Kanuni Sultan Süleyman döneminde dahi fetva oldukça etkilidir. Padişahın otoritesi ne kadar güçlü olursa olsun, iradesi tamamen şer'i hukuktan koparak bağımsızlaşmamış, otoritesinin çok güçlü olduğu dönemler de bile söz konusu iradenin şer'i hukuka uygun olduğunun belirtilmesi ihtiyacı duyulmuştur³⁶⁸.

Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki fetvanın yasama faaliyeti üzerindeki etkisi dolaylı bir etkidir. Barkan'ın da belirttiği gibi fetvaların yasama faaliyetini doğrudan doğruya etkileyerek örfi hukuk kurallarının oluşumu aşamasında temel bir kurum olduğunu savunmak, Osmanlı dönemine ait bütün kanunnamelerde yer alan örfi hukuk kurallarının oluşum süreçlerinin fetvalar ile doğrudan ilişkilendirilememesi nedeniyle mümkün değildir³⁶⁹. Nitekim şeyhülislamın onayına sunulma gibi bir yürürlük usulüne rastlanmamaktadır.

Fetva aynı şekilde kimi zaman dolaylı kimi zaman ise doğrudan, padişahın elinde bulunan yürütme fonksiyonunu da etkiler³⁷⁰. Nitekim İslam egemenlik anlayışı gereği padişah, bütün eylem ve işlemlerinde şer'i hukuka uygun davranmak zorundadır. Bu gerekliliğin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecek olan kurum ise fetvadır. Meşruluk kaynaklarının İslam Hukuku

³⁶⁷ Nâimâ Mustafa Efendi (1969). Nâimâ Târîhi. Haz. Zuhuri Danışman. İstanbul : Zuhuri Danışman Yayınevi, C.1, s.197, 201; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s. 70: Merkezi iktidarın zayıfladığı dönemlerde fetva kurumunun etkinliği daha da artmış, hatta Şeyhülislam Hoca Sadeddin Efendi hukuka uygunluk denetimini de aşarak yerindelik denetimi yapmaya ve yönetime karışmaya başlamıştır.

³⁶⁸ Barkan, 1945, a.g.m., s.212.

³⁶⁹ Barkan, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.192; Barkan, 1945, a.g.m., s.218.

³⁷⁰ M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.231-238, 300-310: İdari ve siyasi alana ilişkin bir çok fetva örnekleri mevcuttur.

olduğunu bilen padişahlar da yürütme dâhil neredeyse her türlü eylem ve işlemlerinde fetva kurumuna başvururlar³⁷¹.

Örneğin; Mısır seferine çıkılmadan önce sefer için Zenbilli Ali Efendi'den fetva alınmıştır³⁷². Şeyhülislam Ebussuud Efendi de Kıbrıs'ın fethi için Venediklilere karşı sefer düzenlenmesi yönünde fetva vermiştir³⁷³. Merzifonlu Kara Mustafa Paşa'nın Avusturya'ya karşı yaptığı savaş ilanına, dönemin şeyhülislamı Çatalcalı Ali Efendi tarafından itiraz edilmiştir³⁷⁴. Zenbilli Ali Efendi ve İbn-i Kemal gibi şeyhülislam Abdullah Efendi'nin de İran'a yönelik seferin caiz olacağını belirten fetva verdiği görülür³⁷⁵. Veziriazam atamalarında da şeyhülislamın görüşüne başvuru örnekler vardır³⁷⁶. Ayrıca kimi zaman merkezden yerel yöneticilere ve devlet görevlilerine gönderilen emirlerde de fetvaya dayanıldığı görülmektedir³⁷⁷.

Diğer taraftan kimi dönemler şeyhülislamların, hukuka uygunluk denetimini aşarak yerindelik denetimi yaptıkları ve yönetime müdahale ettikleri de görülür³⁷⁸.

Bu denli güçlü bir etkiye sahip olan fetva, her zaman olumlu yönde kullanılmamıştır. Nitekim padişaha yönelik yapılan isyanları meşrulaştırarak padişahı tahtan indirmek³⁷⁹ veya padişahın

³⁷¹ Yakut, 2005, a.g.k., s.47; Alan Palmer (2002). Son Üç Yüz Yıl Osmanlı İmparatorluğu: Bir Çöküşün Tarihi, Çev. Belkis Çorakçı. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.6; Mustafa Sâfi (2003). Mustafa Sâfi'nin Zübdetü't-Tevârîh'i. Haz. İbrahim Hakkı Çuhadar, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 47-48; Öyle ki savaş kararları fetvalarla desteklendiği gibi camii inşaatı için bile fetva istenmiştir.; BOA, A.{DVNSMHH.d.../90-83: İlgili mühimme defteri kaydında cami yakınındaki meyhanenin kapatılması konusunda fetva olduğu için gereğinin yapılması Selanik mollasına bildirilmektedir.

³⁷² Solakzâde Mehmed Hemdemî Çelebi (2016). Solakzade Tarih. Sad. Vahid Çabuk. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, s. 110; Dönemin Şeyhülislamı Zenbilli Ali Efendi, Şah İsmail'in dinden çıktığını, onun yanında yer alanlarında aynı şekilde dinden çıkmış sayılacağını bu nedenlerle de seferin İslam Hukuku'na uygun olduğunu belirtmiştir.

³⁷³ Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, C.1, s. 343-344; İsmail Hakkı Uzunçarşılı ve Enver Ziya Karal (1988). Osmanlı Tarihi. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, C. 3, S.1, s. 10-11.

³⁷⁴ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.195.

³⁷⁵ M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.98.

³⁷⁶ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.194-195; Kâtip Çelebi (2016). Fezleke. İstanbul: Çamlıca Basım Yayın, Haz. Zeynep Aycibin, C.1, s.376; Kâtip Çelebi, 2016, a.g.k., C.2, s.396.

³⁷⁷ BOA, HR.SFR.1.../51-17 : İlgili Hariciye Nezareti kaydında Odesa Başkonsolosu Vehbi Efendi'den Rusya'da ölen Osmanlı uyrukluların mirasları hakkında, gönderilen şeyhülislam fetvası doğrultusunda işlem yapması istenmiştir.; BOA, A.{DVNSMHH.d... / 98 – 71: İlgili mühimme defteri kaydında İstanbul Kaymakamı Ömer Paşa'ya topyekün savaşa çağrı fetvasının gereğinin yapılması emredilmektedir.; BOA, A.{DVNSMHH.d... / 98 - 90: İlgili mühimme defteri kaydında, Mısır Valisine gaza fetvasının gereğinin yapılması emredilmektedir.

³⁷⁸ Nâimâ Mustafa Efendi, 1969, a.g.k., C.1, s.197, 201, 427; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.70, 136.

³⁷⁹ II. Osman, İbrahim, IV. Mehmed, II. Mustafa, III. Ahmed, III. Selim, IV. Mustafa, Abdülaziz ve II. Abdülhamid fetva ile tahtan indirilen padişahlardır. Bkz. İ. Akkurt (2014). Fetvanın Gücü. İstanbul: Yeditepe Yayınevi; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.240-241: Bu padişahlardan kimileri de şeyhülislam fetvası ile katledilmişlerdir.; İlmiyye Sâlnâmesi : Osmanlı İlmiyye Teşkilâtı ve Şeyhülislâmlar. Haz. Seyit Ali Kahraman, Ahmed Nezih Galitekin, Cevdet Dadaş, İstanbul: İşaret Yayınları, s.455-456: Şeyhülislam Hacı Abdurrahim Efendi, Sultan İbrahim'in katline ferman vermiştir.

hukuka aykırı eylem ve işlemlerini meşru göstermek³⁸⁰ gibi gayelerle de fetva kurumuna başvurulmuştur.

2.2.2.2. *Yargıda fetva*

Müftülerin verdikleri fetvaların diğer kurumlar bünyesinde olduğu gibi yargılamayı yürüten kadılar açısından da bir bağlayıcılığı yoktur³⁸¹. Ancak çoğu kadı'nın, hükmünü bir fetvaya atıf yaparak güçlendirmesinden rahatlıkla anlaşılmaktadır ki fetvalar, Osmanlı dönemi yargılamasını etkilemektedir³⁸². Belirtilmelidir ki özellikle verilen katl hükümleri, sıklıkla bir fetvaya dayandırılmıştır³⁸³. Hanefi mezhebinin görüşleri ile hukuki uyumsuzluğu çözecek olan

³⁸⁰ Katip Çelebi, 2016, a.g.k., C.2, s. 70: II. Osman'ın kardeşi Mehmed'i katletmek için istediği fetvayı vermeyen Hoca-zâde Esad Efendi azledilmiş ve yerine istenen fetvayı verecek olan Rumeli Kazaskeri şeyhülislamlık görevine atanmıştır.

³⁸¹ Yakut, 2005, a.g.k., s.33, 36; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.219-220; Heyd, 1995, a.g.k., C.9, S.1-3, s.314; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../80-1127: İlgili mühimme defteri kaydında Kastamonu Müftüsünün fetva dışında şer'i yargı işlerine de karıştığına yönelik gelen şikâyet üzerine, müftü bu eyleminden yasaklanmaktadır.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../23-399: Bozcaada, Gelibolu, Lapseki ve Kemer Dalyanları Mültezimi David, hapsedilmesine neden olan kadı hükmünü, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, aldığı bir fetva ile birlikte Divan-ı Hümayun'a taşımıştır. Ancak 08.08.981 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılabacağı üzere, doğrudan ilgili fetva doğrultusunda hüküm verilmeyip olayın araştırılması Anadolu Defterdarı Mehmed Çelebi'den istenmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../41-775: 18.11.987 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılabacağı üzere, müftü ve müderris Tacüddin, verdiği fetva ile Hristiyanlardan öldükleri seneye ait cizye vergisinin alınmasının meşru olmadığını bildirmesine rağmen Divan-ı Hümayun, bu fetvanın aksi yönünde karar vererek uygulamanın sürdürülmesini Rodos Sancağı beyine ve kadısına hükmetmiştir.; Mehmet Akif Aydın (2003). "Mahkeme", İslâm Ansiklopedisi. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, C.27, s.343.

³⁸² Akgündüz, 1990, s.71; Mühimme Defteri 90, 1993, s.8: Ali Paşa oğlu Mehmed'in elindeki fetvaya aykırı tutum izlendiğini öne sürüp buyruk istemesi üzerine ilgili mühimme defteri kaydında, hiç kimsenin fetvaya aykırı davranmaması gerektiği vurgusu yapılmış, bunun engellenmesi istenmiştir.; BAO, A.{DVNSMHHM.d.../30-844: 21.04.985 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Mesut ve dostlarının, alınan fetva uyarınca esir edilmemeleri gerektiğine hükmedilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../49-201: 29.04.991 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında ilgili hukuki anlaşmazlığa ilişkin fetva bulunduğu, fetvaya aykırı hareket edenlerin bildirilmesi Rodosçuk, İneçik, Malkara, Hayrabolu, İpsala ve Köprü kadılarında istenmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../55-21: 25.10.992 tarihli ilgili mühimme defteri kaydı uyarınca Müslümanların içki sattıklarına ilişkin iddia doğru ise ilgili fetva uyarınca buna müsaade edilmemesi, Avlonya Belgrad kadısına bildirilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../60-551: 29.12.994 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Bosna beylerbeyisine, Yenipazar kadısına, Priştine Kadısı Abdülkadir'e ve Bergos Kadısı Hüseyin'e, Yenipazar bölgesinde huzuru bozan Memişin cezalandırılması hakkında fetvada alındığı ve bu doğrultuda divan hükmünün icra edilmesi gerektiği belirtilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../60-652: 29.12.994 tarihli ilgili mühimme defteri kaydı uyarınca şarap içip mahkemeye gelen ve ahalinin evini basarak zarar veren Silahdar Mehmed hakkında verilen fetvanın uygulanması, Amasya beyi ve kadısından istenmiştir. Bu ve bunun gibi birçok mühimme defteri kaydından anlaşılabacağı üzere fetva teoride her ne kadar bağlayıcı değilse de sahip olduğu gücü itibarıyla yargı kararlarını önemli ölçüde etkilemektedir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../85-494: 01.12.1040 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, anlaşmazlık taraflarının bir araya getirilerek davanın görülmesi, elindeki belgeler ve fetva, Derviş'in hakkını ispat ediyorsa bu doğrultuda işlem yapılması istenmektedir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../91-80: 29.02.1056 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, haksız yere el konulan Rumeli eyaletinin Gerboy hasları mahsulünün, Ahmed'in elindeki fetva geriğince geri alınmasına hükmedilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../95-435: İlgili mühimme defteri kaydında komşular arasında çıkan anlaşmazlığın fetva doğrultusunda çözülmesi İzmir kadısından istenmektedir.

³⁸³ BOA, Y..PRK.MŞ../1-7: 29-12-1294 tarihli ilgili kayıta fesad ve zulm etmeyi alışkanlık edenlerin katledilmeleri gerektiğini bildiren fetva yer almaktadır.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../98-484: İlgili mühimme defteri kaydında, isyan eden on beş eşkiyanın verilen fetva uyarınca katledilmeleri yerel yöneticilerden istenmiştir.; BOA, C..ADL./77-4608: 10.03.1143 tarihli ilgili kayıt uyarınca adam öldürdüğü sabit olan kişiye, ölenin varislerinin isteği ve alınan fetvalar doğrultusunda kısas uygulandığı belirtilmiştir.

kadı, mezhep hukukçuları arasında farklı görüşler olduğu takdirde, bu görüşlerden birini seçerken müftü görüşlerini yani fetvaları dikkate alır³⁸⁴.

İlgili uyuşmazlık hakkında kendisine başvuru İslam hukukçusunun görüşünden ibaret olan fetva, hukuki uyuşmazlık taraflarını ve kadıyı bağlamaz ancak kadı'nın ilgili uyuşmazlığa ilişkin hükmü, tarafları bağlar³⁸⁵. Bu İslam Hukuku sisteminden kaynaklanır. Zira İslam Hukuku bir içtihat hukukudur ve hukukçuların içtihat faaliyeti ile ulaştığı farklı sonuçların hepsi yürürlükte³⁸⁶. Müftünün benimsediği bu farklı görüşlerden birisinin, davayı etkileyebilmesi için kadı tarafından da benimsenmesi gerekir³⁸⁷.

İslamiyetin ilk dönemlerinden beri mevcut bulunan fetvanın bağlayıcı olmama niteliği, Osmanlı döneminde de devam etmiştir ancak Osmanlı İmparatorluğu fetva veren makamı kurumsallaştırmış ve neredeyse her yerleşim yerine resmi olarak müftü atamıştır³⁸⁸. Böylelikle İslamiyet'in ilk dönemlerinde herhangi bir İslam hukukçusu tarafından verilebilen ve İslam devletlerinde oldukça değerli bir yeri olan fetva, Osmanlı döneminde devlet resmîyetinin eklenmesiyle birlikte daha da güçlenmiştir. Bu itibarla, her ne kadar Osmanlı Hukuk teorisinde halen bağlayıcılığa sahip olmasa bile, kadılar müftü fetvalarının dışına çıkmamışlardır³⁸⁹. Ancak bu fetvanın maddi bağlayıcılığından değil manevi bağlayıcılığından kaynaklanır. Özellikle İstanbul müftüsü şeyhülislamın fetvasının manevi bağlayıcılığı çok güçlü olduğu için kadıların uygulamada onun fetvalarının dışında bir hüküm vermesi oldukça güçtür³⁹⁰. Ancak farklı bir görüşü benimseyip hukuki uyuşmazlığı çözmesine esasen engel bir durum da yoktur.

³⁸⁴ Schacht, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.146; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.224; A. H. Berki (1955). Hukuk Tarihinden İslam Hukuku. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, s.51-54.

³⁸⁵ Imber, 2004, a.g.k., s.12; Aydın, 2017a, a.g.k., s.93.

³⁸⁶ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetava-yı Feyziye, s.439: "*Zeyd-i zimmî sâdât-i kiramdan olan Amr-i sağîri ip ile boğup katletse Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevab: Ebu Hanife rahimehullahu teâla katında diyet, imameyn rahimehumallahu teâla katlarında kısas lazım olur.*" Görüldüğü gibi ilgili fetvada iki farklı İslam hukukçusunun aynı olay hakkında farklı sonuçlara ulaştıkları belirtilmektedir.

³⁸⁷ Imber, 2004, a.g.k., s.12.

³⁸⁸ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k.,s .235.

³⁸⁹ Heyd, 1973, a.g.k., s.56; Heyd, 1995, C.9, S.1-3, s.314; Mumcu, 1976, a.g.k., s.105; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.225; Ekinci, 2001, a.g.m., s.975; Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.114; BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 41-15: 12.08.987 tarihli ilgili muhimme defteri kaydı uyarınca olaya konu vakıf malları İbrahim Dersaadet'in zilyetliğindeyken çalınmış, bunun üzerine İbrahim malların kendisinden tahsil edilmemesi gerektiği yönünde bir belge ve fetva almıştır. Ancak yine de bazı kimseler tarafından malların tahsili için rahatsız edilmiştir. Bunun üzerine Divan-ı Hümayun Balıkesir kadısına, ilgili belge ve fetva doğrultusunda hareket edilmesi gerektiğini bildirmektedir.

³⁹⁰ Mumcu, 1985, a.g.k., s.141-142; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2014, a.g.k., s.237; BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 27-566: Mısır tüccarı, Halep şeyhularabı Emir Yunus'a ödünç mal verdiğini ve Emir Yunus'un hapsolunmasından sonra ondaki mallarına devlet tarafından el konulduğunu bildirerek, mallarının iadesi için Divan'a dava açmıştır. Bunun üzerine 05.11.983 tarihli ilgili muhimme defteri kaydında ise Mısır Beylerbeyi'ne, kadısına ve defterdarına gönderilen şeyhülislam fetvası doğrultusunda hareket etmeleri emredilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../95-347: Diyetlerini ödemek istemeyen ahaliye alınan şeyhülislam fetvası uyarınca diyetlerinin ödettirilmesi Burdur kadısından istenmektedir.

Bu takdir yetkisinin istisnası ise şeyhülislamın tavsiyeleri sonucunda bir mezhep hukukçusu görüşünün uygulanmasının, padişah tarafından emredilmesidir³⁹¹. Bu olasılıkta artık kadı fetvada yer alan ilgili görüş doğrultusunda hareket etmek zorundadır. Nitekim bu görüş, padişahın iradesi ile adeta kanunlaşmıştır.

Diğer taraftan, Osmanlı'da İstanbul müftüsünün çıkardığı fetvanın etkisi o makamı dolduran şeyhülislamın kişiliği ile de alakalıydı³⁹². Yani şeyhülislam ne kadar saygın ve otoriterse, çıkardığı fetva da o denli etkindi. Bu şeyhülislamın danışman benzeri bir konuma sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Örneğin bir kadının yürüttüğü yargılama sırasında, kendi döneminde oldukça saygın bir şeyhülislam olan Ebussuud Efendi'nin fetvalarının dışında farklı bir görüşü benimseyip uygulaması için çok kuvvetli gerekçeler sunması gerekir. Şeyhülislamın kişiliği ile verdiği fetvaların etkinliği arasında mevcut bulunan bu bağ da göstermektedir ki Osmanlı döneminde fetvalar maddi değil manevi bir bağlayıcılığa sahiptir.

Diğer taraftan padişahın, siyaseten katl kararları için şeyhülislam fetvasına ihtiyaç duyması, Osmanlı Devleti'nde her türlü eylem ve işlemin, her türlü karar ve hükmün, meşruluğunu İslam Hukuku'ndan aldığını gösterir. Bu doğrultuda fetvanın Osmanlı Hukuk teorisinde kendine özgü bir denetim fonksiyonuna sahip olduğu anlaşılmaktadır³⁹³.

Fetvanın, mesleki güvencenin yokluğu, güçler birliği ve bir yargı kararı değil görüşten ibaret olması gibi sebeplerle, görevi olan denetim işlevini, etkin bir şekilde gerçekleştirememesi ise farklı bir konudur³⁹⁴.

³⁹¹ Aydın, 2017a., a.g.k., s.94-95.

³⁹² Imber, 2004, a.g.k., s.20

³⁹³ Albert Howe Lybyer (1913). The Government of the Ottoman Empire in the Time of Suleiman the Magnificent. London: Harvard University, s.209; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.244-245.

³⁹⁴ Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, C.2, s.350: "Yıl 1029. Bu sırada saadetli padişah, ana ve babadan bir olan kardeşi Şehzade Sultan Mehmet Han'ı gereksiz ve günahsız yere öldürttü. Tanrı'nın rahmeti üzerine olsun. Taşköprülüzade Kemal Efendi'nin fetvası ile bu günahı irtikâp etti derler. Şeyhülislam Esat Efendi'den bu konuda fetva istendiğinde, rıza vermediğini söylerler." Görüldüğü gibi Peçevi, aynı konu hakkında farklı yönde görüşlerin olduğunu aktarmıştır. Fetvanın bu niteliği, güçlü bir iktidar yapısının mevcudiyeti ve mesleki güvencenin olmaması sebebiyle şeyhülislamın üzerlerinde iktidarın baskısının daha fazla hissedilmesi, ilgili kurumun denetim işlevini nitelikli olarak yerine getirememesine sebep olmuştur. Diğer taraftan bu denetimde şeyhülislamın saygınlıkları da önemlidir. Bu yüzden daha saygın şeyhülislamlar döneminde fetva denetiminin daha nitelikli gerçekleştiği görülmektedir.; Solakzade Mehmed Hemdemî (1881). Tarih-i Solakzade. İstanbul: Mahmudbey Matbaası, s. 59-60; Hoca Sadeddin, 1974, Tac'ül Tevarih, C.5, s.219-220; Oldukça güçlü bir otoriteye sahip olan Yavuz Sultan Selim'in, 150 kadar saray görevlisinin katlini emretmesi üzerine dönemin şeyhülislamı Zenbilli Ali Cemâli Efendi, padişahın bu iradesinin şer'i hukuka aykırı olduğunu, kadı tarafından suçu sabit görülmeden kimsenin cezalandırılmayacağını belirterek padişahı kararından vazgeçirmiştir. Yavuz Sultan Selimin saltanat işlerine karışmaması gerektiğini söylemesi üzerine Zenbilli, bu ahirete yönelik bir iş olduğu için müdahale edebileceğini belirterek, yerindelik denetimi yapamasa da hukuka uygunluk denetimi yapabileceğini vurgulamıştır. İlgili örnek, hem Osmanlı Hukuk sisteminde siyasi iktidarın bir sınırının olduğunu göstermesi ve bu sınırın batı tarihindeki örneklerinin aksine devlet düzenin devamını değil birey hak ve özgürlüklerinin korunmasını

2.3. Kazasker

2.3.1. Genel olarak

Yukarıda belirtildiği gibi Osmanlı Devleti'nde şeyhülislam, yargı kararlarını etkileyebilecek niteliğe sahip olması itibarıyla Osmanlı yargı sisteminde dolaylı da olsa bir etkiye, bir yere sahiptir. Ancak şeyhülislamın, Osmanlı yargı sistemi içerisinde herhangi bir yargısal yetkisi yoktur³⁹⁵. Yargılama yapma ve hüküm verme yetkilerine sahip olan ve yargı örgütünün başı konumundaki kişi kazasker³⁹⁶ olarak adlandırılan devlet görevlisidir³⁹⁷.

Osmanlı Devleti'nde ilk defa I. Murat döneminde askeri sınıfın yargı işlerine bakması için görevlendirilen kazasker, zamanla oldukça önemli bir konuma gelmiş ve yargı örgütünün başına geçmiştir³⁹⁸. Kazasker esasen askeri sınıfın, yani devlet görevlilerinin yargı işlerine bakar³⁹⁹.

hedeflediğini ortaya koyması açısından oldukça önemlidir.; Hoca Sadeddin Efendi, 1974, Tacü't Tevârih, C.5, s.220: Yine bir başka hikâyede Zenbilli Efendi, Yavuz Sultan Selim'in kanununu çiğneyerek ipek ticareti yapan çok sayıda tüccarın katlini onaylamadığını padişaha bildirmiş, padişahın hoşnutsuzluğunu beyan etmesi üzerine de, ahiretinizle ilgili konu olduğu için karışmamız gerekli olmuştur, eğer bu tüccarları katlederseniz büyük bir ceza söz konusudur diye padişahı uyarmıştır. Önce hiddetlenen padişah, daha sonradan tüccarları affetmiştir.; Ebussuud, 2013, Maruzat, s.146-147: Şeyhülislam Ebussuud Efendi, padişahın iradesi ile müstemenlerin şehadetlerinin kabul olmasına dair bir örfi hukuk kuralı getirilmesi durumunda ne olacağına ilişkin soruya, "Nâmeşrû nesneye emr-i sultânî olmaz" diyerek, padişahın iradesinin şer'i hukuk ile sınırlı olduğunu vurgulamıştır.; Yakut, 2005, a.g.k., s.176, 181: Merkezi iktidarın en güçlü olduğu 15. ve 16. yüzyıllarda makamı dolduran şeyhülislamlar sahip oldukları saygınlıkla daha etkili denetim yapabilmişlerdir. Ancak zamanla bu makamı dolduran kişilerin saygınlıklarının azalmasıyla beraber merkezi iktidarın ilgili denetim yolu üzerinde etkisi artar ve fetva kurumu etkisizleşir. Diğer taraftan merkezi iktidarın zayıf olduğu kimi dönemlerde şeyhülislam konumunun sınırlarını aşarak siyasete girmiş, padişahın tahtan indirilmesi yönünde fetvalar vermiştir.

³⁹⁵ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.238.

³⁹⁶ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.574 "kazî-asker: kazasker, kadı-asker".

³⁹⁷ Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2149.

³⁹⁸ Şentop, 2005, a.g.k., s.20, 28; Aydın, 2017a, a.g.k., s.135; Clement Huart (1997). "Kazasker", İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, C.6, s.522.

³⁹⁹ Halil İnalçık (1959). Osmanlılar'da Raiyyet Rûsûmu. Ankara: Belleten, C.33, S.92, s.596; Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.228; İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.25, s.143; Huart, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.522; Şentop, 2005, a.g.k., s.10; Bilindiği üzere Osmanlı Devleti'nde askeri sınıf sadece ordu mensuplarından ibaret olmayıp, padişahın iradesi ile atanan bütün devlet görevlilerini kapsamaktadır. Örneğin oldukça saygın bir konuma sahip olan ulema sınıfının üyeleri de bu kapsamdadır ve kazaskerin yargılamasına tabidirler.; BOA, A.{DVNSMHM.d...42/1029: 23.11.988 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Mendehorya kazasında ikamet eden eyalet defterdarı Ahmed oğlu Nuh'un, kazasker huzurunda yargılamasının yapılması için İstanbul'da hazır bulundurulması Saruhan ve Aydın sancaklarındaki kadılardan istenilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHM.d...66/53: İlgili mühimme defteri kaydından anlaşılabacağı üzere, Anadolu kazaskeri kassamı Mustafa, askeri sınıfa ilişkin konularda dışarıdan müdahaleler olduğunu Divan-ı Hümayun'a şikâyet etmiştir. Bu kayıt askeri sınıfa ilişkin konuların kazaskerin görev alanına girdiğini göstermektedir.; BOA, A.{DVNSMHM.d...82/115: 09.10.1026 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında Ali'nin evini basıp onu katleden yeniçerilerin yargılanmak üzere Divan-ı Hümayun'da kazasker huzuruna çıkarılacakları belirtilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHM.d...82/360: 05.11.1027 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında İznikmid kazasının Kaymas nahiyesinde oturan Yeniçeri Hüseyin'in, kazasker huzurunda davalarının görülmesi için hasmı olan komşusu ile birlikte Divan-ı Hümayun önüne çıkarılması gerektiğini belirtilmektedir.

Başlangıçta kazaskerler, padişahın onaylaması şartıyla veziriazam tarafından atanıyordu⁴⁰⁰. On yedinci yüzyıldan sonra ise şeyhülislam tarafından seçilen kazasker, veziriazam tarafından padişahın onayına sunulmuş, böylece seçim yapan makam değişmesine rağmen onay makamı değişmemiştir⁴⁰¹. Yani yargı örgütünün başı konumundaki kazasker her zaman padişahın iradesine bağlı olarak atanmıştır⁴⁰². Bu durumda kazasker de tıpkı şeyhülislam gibi padişahın iradesine bağlı olarak görevde kalmaktadır. Onun da bütün diğer ulema sınıfı mensupları gibi kul sistemine dâhil olanların aksine, padişaha karşı hayati güvencesi olmasına rağmen, mesleki bir güvencesi yoktur⁴⁰³. Padişahın iradesi ile görevden alınabilir⁴⁰⁴. Ancak yerine getirdiği faaliyet gereği bu güvenceye sahip olması, yani tam olarak bir bağımsızlık elde etmesi gereklidir. Zira mutlak bağımsızlığın sağlanması, yargılama faaliyetinin özü itibariyle her zaman hedeflenmesi gereken bir ilkedir.

2.3.2. Yargıya ilişkin idari görevleri

Kazaskerlerin yargıya ilişkin en önemli idari görevi, imparatorluğun her bir köşesine yönelik yargısal atamalar gerçekleştirmek ve kadıları teftiş etmektedir⁴⁰⁵. Ancak kazaskerin bu yetkileri 1574 yılından sonra azaltılmış, önemli kadılıklara atama yapma ve kadıların teftişi yetkileri Şeyhülislam'a devredilmiştir⁴⁰⁶. Şeyhülislamlık makamı lehine, kazaskerlik makamında gerçekleşen bu yetki daralması, şüphesiz kazaskerliğin zaman içerisinde daha zayıf bir konuma düşmesine neden olmuştur.

2.3.3. Yargı organındaki yeri

Kazasker konumu itibariyle klasik dönemde önemli yargılamaları gerçekleştirmiştir⁴⁰⁷. Bir yandan askeri sınıf üyelerinin yargılamalarına bakmış⁴⁰⁸, diğer taraftan kamuyu ilgilendiren mühim uyuşmazlıkları çözmüş ve bir üst mahkeme gibi çalışarak şikâyet edilen kadı

⁴⁰⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.226; Şentop, 2005, a.g.k., s.72.

⁴⁰¹ Şentop, 2005, a.g.k., s.73-74; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.240.

⁴⁰² Silâhdar Fındıklılı Mehmet Ağa, 1962, Nusretnâme, s.24; Şentop, 2005, a.g.k., s.72-75; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.168: Bütün önemli görevlilerin atanmasında padişahın iradesi vardır.; İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.25, s.141 İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, C.25, s.141.

⁴⁰³ Nâimâ Mustafa Efendi, 2007, Târih-i Na'îmâ, a.g.k., s.536-538; Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, C.2, s.320, 398-399: Peçevinin aktardığı Sadrazam Recep Paşa'nın katli ve Nasuh Paşa'nın katli olaylarında da görüldüğü üzere kul sistemine dahil olan askeri sınıf üyelerinin, ulema sınıfı üyelerinin aksine hayati güvenceleri yoktur.; İpşirli, 1994, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.10, s.520; Özkul, 2005, a.g.k., s.24; Yakut, 2005, a.g.k., s.37.

⁴⁰⁴ Şentop, 2005, a.g.k., s.75; Selânikî Mustafa Efendi, 1999, Tarih-i Selânikî, s.427-430: Selaniki, kadıların ve kazaskerlerin keyfi azillerinden bahseder.

⁴⁰⁵ Imber, 2004, s.11; Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.231; Şentop, 2005, a.g.k., s.86-100.

⁴⁰⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.226; M.Akgündüz, 2002, a.g.k., s.267-274; İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, C.25, s.142.

⁴⁰⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.226: "Ve şer'-i şerîf üzere deâvî hükmünü kazaskerlerim buyrulduzu ile yazalar..."; İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.25, s.141.

⁴⁰⁸ İpşirli, 1994, İslâm Ansiklopedisi, C.10, s.519-520.

hükümlerini tekrardan incelemiştir⁴⁰⁹. Ulema sınıfının başı konumundaki şeyhülislamın yargılama yetkisi olmaması sebebiyle, padişahın ardından yargı yetkisine sahip en üst makam ve dolayısıyla yargı örgütünün başı olmuştur⁴¹⁰. Kazasker bu yetkisini, hem merkez divanlarda hem de kendi konağında kurduğu kazasker divanında yerine getirmiştir⁴¹¹.

2.4. Nişancı

Birçok farklı anlamı bünyesinde taşıyan nişan kelimesi, bu görevlinin adlandırılmasında, tuğra ve mühür anlamını karşılayacak şekilde kullanılmıştır⁴¹². Zira kendisine bu adın verilmesine neden olan temel görevi, padişahın iradesine ihtiyaç duyan belgelere, padişahın belgeyi onayladığını işaretlemek, yani padişahın mührünü çekmektir⁴¹³. Ancak nişancıyı konumuz itibarıyla önemli kılan nokta; onun yerine getirdiği bu görevden değil, örfi hukuk alanındaki konumundan kaynaklanmaktadır.

Fakat belirtmek gerekir ki nişancı, örfi hukuk alanındaki faaliyetleri itibarıyla ne doğrudan doğruya yargı örgütü içerisinde yer alır, ne de şeyhülislam gibi dolaylı olarak yargılama faaliyetini etkileyebilir. Nişancı örfi hukuk itibarıyla yerine getirdiği işlevler açısından yasama organı içerisinde yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki nişancı örfi hukukun düzenlenmesinden sorumlu olan bir görevlidir⁴¹⁴. Örneğin Fatih Kanunnamesi, nişancı Leys-zâde Mustafa oğlu Mehmed tarafından düzenlenmiştir⁴¹⁵. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki örfi hukuk alanında yasama yetkisi padişaha aittir. Bir düzenlemenin örfi hukuk kuralı haline alabilmesi için padişahın iradesi şarttır. Fakat ilgili örfi hukuk düzenlemesini oluşturan görevli nişancıdır. Kısacası örfi hukuk kurallarının teknik düzenlemesi nişancı tarafından yapılır⁴¹⁶. Hukuki düzenleme nişancı tarafından tasarı haline getirilir ancak padişahın iradesi ile örfi hukuk kuralı niteliğini kazanır ve yürürlüğe girer.

⁴⁰⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.227; Şentop, 2005, a.g.k., s.111-147.

⁴¹⁰ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.239.

⁴¹¹ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.236; BOA, A.{DVNSMHM.d.../42-495: 22.03.989 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, cinayet şüphelisi Muharrem'in, Mehmed Efendi'nin arzı ve Anadolu Kazaskeri İvaz Efendi'nin ilamı üzerine İstanbul'a gönderilmesi Beyşehir kadısından istenmektedir. Görüldüğü üzere Divan-ı Hümayun'da kazaskerlerin kararları ilam niteliğindedir.

⁴¹² Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.984; "nişân: 1. nişan, iz, belirti. 2. işâret, fabrika işareti. 3. yara izi. 4. amaç, hedef, vurulması istenilen nokta. 5. vurulacak noktaya silahı çevirme. 6. yavukluluk işâreti. 7. bu işareti takmak için yapılan tören. 8. hâtıra için dikilen taş. 9. tuğra. 10. taltif için erilen madalya. 11. ferman."

⁴¹³ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.214; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.256; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.18.

⁴¹⁴ İncalcık, 1958, a.g.m., s.113; Aydın, 2017, a.g.k., s.136; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.214; Yakut, 2015, a.g.k., s.68 dipnot; Mumcu, 1976, a.g.k., s.85; Halil İncalcık (1999). "Osmanlı Tarihine Toplu Bir Bakış". Osmanlı Ansiklopedisi. Ankara, s.107: Osmanlı Devleti'nde hukuk kurallarının oluşumu aşamasında en önemli rol Divan-ı Hümayun kâtiplerinin üzerindedir. Bilindiği gibi bu kâtiplerin başlangıçtaki idari amirleri ise nişancıdır.

⁴¹⁵ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.214; İncalcık, 1958, a.g.m., s.113.

⁴¹⁶ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.214.

Bu teknik düzenleme sırasında nişancı, örfî hukukun şer’i hukuk ile uyumlu olmasını sağlamak ile görevlidir⁴¹⁷. Nişancıların on altıncı yüzyılın başlarına kadar ulema sınıfı içerisinde, yani şer’i hukuku bilen kişiler arasından atanmasının temel sebebi de nişancının bu görevidir⁴¹⁸. Zira örfî hukuk kurallarının teknik düzenlemesi sırasında şer’i hukuk ile uyumu sağlayabilmesi için bu görevlinin şer’i hukuku bilmesi gerekmektedir. Örfî hukuktaki bu görevi itibarıyla de nişancı, şer’i hukukta konumlanan müftüye benzetilerek kendisine müftî-i kanun denilmiştir⁴¹⁹. Burada dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta da Osmanlı Devleti’nde, örfî hukukun şer’i hukuk ile uyumlu olması için gösterilen çabadır. Nitekim bu uyumun varlığını incelemek için; şer’i hukuk alanında şeyhülislam, örfî hukuk alanında ise nişancı olmak üzere iki ayrı devlet görevlisi bulunmaktadır. İlgili çabanın şeklen bir uyum sağlamaya yönelik olduğu savunulsa bile bu çaba, örfî hukukun şer’i hukuktan bağımsız bir şekilde gelişmesini engeller. Belirttiğimiz gibi şekli bağ kurma kaygısı, esasa yönelik ağır ihlal yapılmasını engelleyecektir. Örnek vermek gerekirse hiçbir padişah, aynı cins iki kişinin evlenmesine müsaade eden bir örfî hukuk kuralı koyamaz. Zira onun bünyesinde mevcut olan şer’i hukukla şekli bağ kurma kaygısı, bu hukuk alanına yönelik ağır bir ihlalde bulunmaktan kaçınmasına neden olur. Esasa yönelik ağır ihlal, şekli bağın kurulmasını engeller. Bu nitelikte olmayan ihlaller ise İslam hukukçularının tartışma alanındadır, onların farklı görüşlerinden kaynaklanır ve konumuza girmemektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. OSMANLI KLASİK DÖNEMİNDE YARGILAMA MERCİLERİ

3.1. Merkezi Yargı Divanları

Osmanlı Klasik Döneminde yer alan yargılama mercileri, merkezde yer alan ve yargılama faaliyeti yürüten divanlar ve şer’iyye mahkemeleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir.

⁴¹⁷ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.256; Fendoğlu, 1994, a.g.k., s.107.

⁴¹⁸ Aydın, 2017, a.g.k., s.136; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.214.

⁴¹⁹ Akman, 2007, İslâm Ansiklopedisi, C.34, s. 93; İnalçık, 1958, a.g.m., s.113; Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.219.

3.1.1. Divan-ı Hümayun

Merkezde yer alan ve yargılama faaliyeti yürüten divanlar arasındaki en önemli olanı, padişahın divanı Divan-ı Hümayundur. Bu Divanın temelinde ise İslam Hukuku'ndaki şûra prensibi yer alır.

3.1.1.1. Şûra prensibi

Bir karar almadan önce danışılmasını ve istişare edilmesini öğütleyen İslamiyet'teki şûra⁴²⁰ prensibi varlığını bir İslam devleti olan Osmanlı zamanında da sürdürmüştür⁴²¹. Danışma esasıyla alınacak ilgili karar; yasama⁴²² ve yürütme işlerinde olduğu gibi yargılama faaliyetine de ait olabilir⁴²³.

Ancak İslamiyet'in temel ilkelerinden biri olan bu prensip ilerleyen süreç içerisinde İslam Devletlerinde kurumsallaşamamış ve sağlam temellere sahip olmasına rağmen, bugünkü kurulların karar verirken uyguladıkları, çoğunluğun kararına uyulması kuralının esas kaide kabul edildiği devlet anlayışına doğru bir gelişim gösterilememiştir⁴²⁴.

Divan-ı Hümayunda yasama ve yürütme fonksiyonları için danışma ilkesi uygulanmıştır⁴²⁵. Peki divandaki yargılamalarda danışma ilkesi uygulanmış mıdır? Divan üyelerinin yapılan yargılamaya ne yönde bir etkisi olmuştur?

3.1.1.2. Türk devletlerinde kurultay geleneği

Türk devletlerinin idaresinde başvurulacak kurul toplantıları oldukça köklü bir geçmişe sahiptir. Kurultay, toy, devlet meclisi, kengeş meclisi gibi isimler alan bu toplantılara; hakan, boy beyleri, devlet ileri gelenleri ve halk arasından öne çıkan isimler katılmaktadır⁴²⁶. Bu toplantılarda, bir taraftan alınan idari kararlar ile yürütme fonksiyonu yerine getirilirken, diğer

⁴²⁰ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.1170; “şûrâ: 1. konuşmak için toplanma. 2. konuşma yeri.”.

⁴²¹ Akgündüz, 1990, C.I, s.208; Fendoğlu, 1994, a.g.k., s.68-69; İnalçık, 2007, İslâm Ansiklopedisi, C.10, s.451: Osman Gazi, oğlu Orhan Gazi'ye yönetiminde ulemaya danışmasını vasiyet etmiştir.; Atsız, 1992, a.g.k., s.35: “Oğul! Ben öldüğüm vakit beni Bursa'da şu Gümüşlü Kubbe'nin altına koy. Bir kimse sana Tanrı'nın buyurmadığı sözü söylese sen onu kabul etme. Eğer bilmezsen Tanrı ilmini bilene sor”; Mehmed Neşri, 1995, Kitab-ı Cihan-Numâ: Neşri Tarihi, C.I, s.146-147; “Ve dahî bir nasihatım budur ki, bir kimesne sana Hak Teâlâ buyurmadığı sözleri işrâb itse, sen kabul itmeyesin. Tanrı buyruğundan gayri iş işlemeyesin. Bilmediğini ulemâ-i şer'atden sorub istifsâr idesin.”.

⁴²² Yasama alanında şûrâ prensibinin yansıması İslam Hukuku'nun üçüncü ana kaynağı icmânın yapısında görülebilir.

⁴²³ Nitekim İslam Hukuku'nun özünde bulunan; fıkıh bilgininden fetva alma yani görüş alma yoluna herkes gibi yargılamayı yürüten kadı da başvurabilir. Aydın, 2017a, a.g.k., s.94.

⁴²⁴ Aydın, 2017a, a.g.k., s.122.

⁴²⁵ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.82.

⁴²⁶ Aydın, 2017a, a.g.k., s.13.

taftan tesis edilen hukuk kuralları ile yasama ve bir başka taraftan da yapılan yargılamalar ile birlikte yargı fonksiyonu yerine getirilmektedir⁴²⁷.

3.1.1.3. *Divan-ı Hümayun'un gelişimi*

Yukarıda kısaca incelediğimiz İslamiyet'teki şûra prensibi ile Türk devletlerindeki kurultay geleneğinin yansımaları, bir Türk-İslam Devleti⁴²⁸ olan Osmanlı Devleti'nin, Divan-ı Hümayun adı verilen merkez kurulunda harmanlanmaktadır⁴²⁹. Nitekim bu kurulun özünde, hem İslamiyet'teki şûra prensibi hem de Türklerin kurultay geleneğinin özünü oluşturan istişare faaliyeti yer alır.

Büyük meclis anlamına gelen divanın⁴³⁰ yanına eklenen hümâyun kelimesi, padişaha ait olan anlamına gelmektedir⁴³¹. Kısacası Divan-ı Hümayun padişahın divanı, padişahın büyük meclisi demektir.

Osmanlı Devleti'nin merkezinde yer alan gerek ulemadan, gerekse askeri sınıftan bütün önemli görevliler bu Divan'da yer alırlar⁴³². Ancak ulemanın başında yer alan Şeyhülislam Divan üyesi değildir⁴³³. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere onun herhangi bir yargısal yetkisi olmadığı gibi bazı istisnaları dışında yönetsel bir yetkisi de yoktur⁴³⁴. Bu sebeple şeyhülislam, sadece ihtiyaç duyulduğu zaman görüşünü beyan etmesi için divana çağırılacaktır⁴³⁵.

3.1.1.4. *Divan-ı Hümayun'un çalışmaları*

Fatih Sultan Mehmet döneminden önce Divan'a padişah başkanlık ederken, Fatih dönemiyle birlikte Divan, veziriazamın başkanlığında toplanmaya başlamıştır⁴³⁶. Bu andan itibaren de Divan-ı Hümayunun padişah tarafından denetlenmesi ihtiyacı doğmuş ve çeşitli yollardan bu denetim gerçekleştirilmiştir⁴³⁷. İlgili denetim yolları aynı zamanda padişahın otoritesinin divan üzerine yansımaları da sağlar.

⁴²⁷ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.2; Mumcu, 1976, a.g.k., s.16; Arsal, 1947, a.g.k., s.287-291.

⁴²⁸ İncalcık, 2017, a.g.k., s.49-60.

⁴²⁹ Mumcu, 1976, a.g.k., s. 11-20; Mehmet Neşri'den aktaran Koçiri Koyoma (1994). Osmanlıların İlk Devirlerinde Divan-ı Hümayun, XI. Türk Tarih Kongresinden ayrı basım. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, s.868: I. Murat'ın danışmaya verdiği önemi Neşri onun sözleriyle şöyle aktarmış: "eğerçi müşaveret etmek sünnet-i Resuldür. İttifak edip gönül berkidip gönül berkidirmek vaciptir."

⁴³⁰ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.214.

⁴³¹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.448; "hümâyûn: 1. mubârek, kutlu. 2. Padişaha âit. Alem-i hümâyûn: padişah bayrağı. Otâğ-ı hümâyûn: padişah çadırı. Sarây-ı hümâyûn: padişah sarayı. Ordû-yi hümâyûn: padişah ordusu."; "hüma[y]: 1. devlet kuşu. 2. saâdet, kutluluk."

⁴³² Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.13 vd.

⁴³³ Mumcu, 1976, a.g.k., s.55; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.208.

⁴³⁴ İncalcık (1973), The Ottoman Empire: The Classical Age 1300-1600, trans by. Norman Itzkowitz ve Colin Imber. London: Phoenix, s.94; Mumcu, 1976, a.g.k., s.56; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.255.

⁴³⁵ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.178-180; Mumcu, 1976, a.g.k., s. 57.

⁴³⁶ Koyoma, 1994, a.g.k., s.865; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.208; Ortaylı, 2010, a.g.k., s.210.

⁴³⁷ Mumcu, 1976, a.g.k., s.135-138.

Fatih'ten önceki dönemde; başkanlığı vesilesiyle toplantı üyelerini doğrudan doğruya etkileyen padişah, bu dönemden sonra toplantıyı kafesli bir pencerenin ardından izleyerek, Divan üyeleri üzerindeki otoritesini dolaylı yoldan hissettirecektir⁴³⁸. Nitekim Kasr-ı Adl⁴³⁹ (Adalet Kasrı) adı verilen yerde hazır bulunan padişahın gölgesi, küçük bir pencereden, Divan-ı Hümayun'un üzerine düşer.

Diğer taraftan, bu dönemde dahi toplantının başkanı padişahın mutlak vekili olan veziriazamdır. Yani padişah aslında sadece gölgesi ile değil mutlak vekili veziriazam aracılığıyla da toplantı üzerinde etkilidir. Zira veziriazam, padişahın mutlak vekili olarak padişahın iradesini yansıtır. Padişahın, kendi iradesine aykırı bir durum gerçekleştiği takdirde, veziriazam aracılığı ile toplantıya müdahale etmesi de bunu göstermektedir⁴⁴⁰.

Toplantıya veziriazamın başkanlık etmeye başlaması ile birlikte uygulama alanı bulan "Arza Çıkma" usulü de Divan-ı Hümayunda alınan kararların ve yapılan yargılamaların padişahın adına gerçekleştirildiğini ve padişahın başkanlığında toplanmasa bile; Divan'ın halen padişahın divanı olduğunu, işlemlerin padişahın denetiminde gerçekleştiğini göstermektedir. Zira her ne kadar bazı kararlar için usulen gerçekleştirilen bir metot olsa da toplantıda neticelendirilen neredeyse bütün iş ve işlemler, haklarında padişaha bilgi verilmelerinin ardından, yani arz yolunun tüketilmesiyle birlikte kesinleşir⁴⁴¹. Padişah bu aşamada iradesine uygun olmayan işlemi değiştirme yetki ve iradesine sahiptir⁴⁴².

İşte toplantının yukarıda belirttiğimiz bu özellikleri konumuz itibarıyla oldukça önemlidir. Zira aşağıda inceleneceği gibi Divan-ı Hümayun aynı zamanda bir yargılama ve yasama merciidir ve Osmanlı yargı sistemi içerisinde oldukça kritik bir işlevi yerine getirir.

3.1.1.5. Divanı Hümayun'un fonksiyonları

Yasama, yürütme ve yargıya ilişkin çeşitli yetkileri bulunan Osmanlı Devleti görevlilerini bünyesinde barındıran Divan-ı Hümayun, bu kişilerin sahip oldukları yetkilerle paralel bir şekilde yasama, yürütme ve yargıya ilişkin birçok işlevi yerine getirmekteydi⁴⁴³.

⁴³⁸ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.3, 17; Aydın, 2017, a.g.k., s.139.

⁴³⁹ Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.1303; "kasr: köşk, kâşâne, saray."; "kasr-ı adl: (adâlet kasrı). Topkapı sarayında dîvan yerinde vezir-i a'zamla vezirlerin oturdukları yerin üstündeki demir parmaklıklı ve siyah perdeli penceresi olan köşk".

⁴⁴⁰ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.260.

⁴⁴¹ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.259.

⁴⁴² Mumcu, 1976, a.g.k., s.131-133, 138.

⁴⁴³ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.13; Aydın, 2017, a.g.k., s.134; Mumcu, 1976, a.g.k., s.71-117; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.208; "Divan başkanı olan vezir-i a'zam da'vaları dinlemeye başlar; iki tarafın nöbetle arzuahaller okunur. Şer'i ve kanunî hükümlere göre, Allah'ın kullarına dair maslahatları (kamu hizmetlerini) görür. Anlaşmazlıkları ve çekişmeleri onlara göre halleder. Gerekirse had, tazir ve zamanın yasama organınca tespit edilen cezaları (siyaset cezaları) icra eder. Önemli tayinleri yapar. Rumeli Kazaskeri de kendisine havale edilen da'vaları dinler.".

Merkez’de padişahın ardından gelen en güçlü karar mercii olan bu Divan, aslında padişaha ait olan üç temel fonksiyonu, padişah’tan aldığı yetki ile padişah adına kullanmaktaydı⁴⁴⁴. Bizim konumuz itibarıyla bu üç fonksiyon içerisinde daha detaylı incelenmesi gereken ise yargı fonksiyonudur. Anlaşılabileceği üzere Osmanlı’nın bu merkezi divanı, yasama ve yürütmeye ilişkin işlevleri haricinde, yerine getirdiği yargısal faaliyetler yönünden de bir mahkeme niteliğindedir⁴⁴⁵.

3.1.1.6. İlk derece mahkemesi olarak Divan-ı Hümayun

Divan-ı Hümayun’daki her görevli kendi uzmanlık alanına ilişkin konuları karara bağlarken padişah dâhil diğer uzmanlar bu alana teamül gereği karışmamaktadır⁴⁴⁶. Yani ana kural gereği divandaki her bir konu kendi uzmanı tarafından çözülür. Diğer görevliler ise kendi uzmanlık alanları dışındaki bu konularda, bir danışman niteliğine bürünürler ve İslam Hukuku’ndaki şura prensibini yerine getirirler. İşte Divan-ı Hümayun’un yargı yetkisini incelerken önemle göz önünde bulundurulması gereken husus, bu mevcut teamüldür. Bu doğrultuda ikili bir ayırım yapmak gerekecektir.

İlk olarak şer’i yargılamaları ele almak gerekirse Divan, şer’i alana ilişkin önüne getirilen bazı uyuşmazlıkların, ilk ve son derece çözüm yeri olarak faaliyet göstermiştir⁴⁴⁷. Mevcut örneklerden bu çıkarıma varılabilir⁴⁴⁸. Kimi durumlarda ise ilk derece mahkemesi olarak

⁴⁴⁴ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.254-255, 260.

⁴⁴⁵ Şentop, 2005, a.g.k., s.111.

⁴⁴⁶ Mumcu, 1976, a.g.k., s.85: Şeyhülislam nişancının işine karışmıyordu; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.259; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.209.

⁴⁴⁷ Mumcu, 1976, a.g.k., s.87; Şentop, 2005, a.g.k., s.118.

⁴⁴⁸ BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 19-545: Baybur kazasında genç birinin ırzına geçtikleri bildirilen iki kişinin, alınan fetva doğrultusunda katledilmesine Divan-ı Hümayun’da hükmedilmiştir. 26.03.980 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında ilgili kişilerin suçlarının sabit olması durumunda bu hükmün uygulanması Karaman Beylerbeyi’ne bildirilmektedir. Divan-ı Hümayun önüne gelen olayla ilgili bir hüküm vermiş ve bu hükmün uygulanmasını da bir şarta bağlamıştır. Kişilerin suçlarının sabit olması şartına. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği yönündeki yargılamayı ise bölge kadısı gerçekleştirecektir. Yapılan yargılama ile suçun sabit olduğu anlaşılırsa, ilgili suça yönelik Divan-ı Hümayun hükmü, Karaman Beylerbeyi tarafından icra edilecektir. Söz konusu kayıt suçun sabit olup olmadığı yönündeki yargılamanın da Karaman Beylerbeyi tarafından gerçekleştirileceğini akıllara getirmektedir. Ancak Osmanlı Hukuk sisteminin genel yapısı dikkate alındığında bu kaydın yerel yöneticiye olayın araştırılması için bir talimat niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Karaman beylerbeyi bölgedeki personeli vasıtasıyla olaya ilişkin delil toplayacaktır. Zira bilindiği üzere bu yönde kadiya yardımcı olmak yerel yöneticilerin görevidir. İlgili tahkikat sonrası elde edilen delillerle suçun sabit olup olmadığına ise kadi karar verecektir.; BOA, DVNSMHHM.d... / 43-178: 05.05.988 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında fetva işlerine karışıp zulm ettiği iddia edilen bir kişi hakkında araştırma ve yargılama yapılması şayet iddiaların doğru olduğu sabit olursa suçlunun Kıbrıs’a sürülmesi istenmiştir.;BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 28-609: 25-07-984 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Nevrekop kadısına, yalan yere emir ve fetvalar yazdığı iddia edilen naibi Alaeddinin’in suçunun sabit olması durumunda azledilmesi bildirilmiştir. Bu kayıta da Divan-ı Hümayun suçun sabit olması durumunda hangi cezanın verileceğini belirlemiş ancak ilgili tahkikat ve yargılamayı bölgedeki görevlilere bırakmıştır. Her üç olayda da Divan-ı Hümayun’un ilgili suça verilmesi gereken cezanın tespiti noktasında ilk derece mahkemesi gibi çalıştığı söylenebilir. Ancak Divan, tahkikatı olayın gerçekleştiği bölgedeki görevlilere bırakarak maddi gerçeğin daha iyi araştırılmasını istemektedir. Şüphesiz bu tutum birey temel hak ve özgürlüklerini korumaya yöneliktir. Divan, bir kişinin haksız yere cezalandırılmasının engellenmesi için yerel birimlerden olayı araştırmalarını ve ancak suçun

yargılama yapan Divan-ı Hümayun, bölge kadısından ilgili yargılamaya ilişkin tahkikat yapıp delil toplamasını ve bu tahkikatın sonucunu bildirmesini istemiştir⁴⁴⁹.

Bilindiği üzere yargı örgütünün başında bulunmaları ve yargılama yetkisine sahip olmaları itibariyle kendileri de birer kadı olan Rumeli ve Anadolu Kazaskerleri Divan üyesidirler. Divanın önüne gelen şer'i alana ilişkin ilgili yargılamalar, bu iki üst düzey kadı tarafından gerçekleştirilir⁴⁵⁰. Yani, söz konusu yargılamalar İslam Hukukuna uygun olarak kadı tarafından gerçekleştirilmektedir.

Diğer taraftan İslam Hukukuna göre dava tek kadı tarafından görülür⁴⁵¹. Yani hüküm, kural olarak tek kadı tarafından tesis edilmelidir. Günümüzde mevcut bulunan kurul halinde hüküm tesis eden mahkemelere, İslam Hukukunda genel itibariyle yer verilmemiştir⁴⁵². Öteki taraftan şura prensibi, varlığını yargılama fonksiyonunda da sürdürmektedir. Nitekim İslam Hukuku, kadı'nın yargılama konusu hakkında, İslam hukukçularına başvurmasını tavsiye eder⁴⁵³. Kadı'nın yukarıda değindiğimiz üzere yargılama konusu hukuki sorun hakkında İslam hukukçularından fetva alabilmesi, bu prensibin yargı alanında geçerli olduğunu gösterir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta bunun danışma ile sınırlı oluşudur⁴⁵⁴. Yoksa davaya bakan kadı dışındaki diğer hukukçular hüküm aşamasına katılamazlar⁴⁵⁵. Bu itibarla divandaki yargılama

sabit olduğunun anlaşılması durumunda kendisinin hükmettiği cezayı uygulamalarını istemektedir.; BOA, A. {DVNSMHHM.d... / 27-566: Mısır tüccarı, Halep şeyhülarabı Emir Yunus'a ödünç mal verdiğini ve Emir Yunus'un hapsolünmasından sonra ondaki mallarına devlet tarafından el konulduğunu bildirerek, mallarının iadesi için Divan'a dava açmıştır. Bunun üzerine, Mısır Beylerbeyi'ne, kadısına ve defterdarına, gönderilen şeyhülislam fetvası doğrultusunda hareket etmeleri emredilmiştir. Bu örnekte de Divan-ı Hümayun, fetva yönünde karar verilmesine hükmederken bir ilk derece mahkemesi gibidir. Ardından detaylı araştırmanın yapılması için bölgedeki görevlilere bilgi verir. Bu aşamadan sonra yerelde yargılamayı yine bölge kadısı yapacak, iddanın sabit olduğuna karar verdiğinde ise divan hükmünü uygulayacaktır.; BAO, A. {DVNSMHHM.d... / 30-844: 21.04.985 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında ise Mesut ve dostlarının, alınan fetva uyarınca esir edilmemeleri gerektiğine hükmedilmiştir. Söz konusu kayıttan anlaşılacağı üzere ilk derece mahkemesi olarak divan ilgili olaya ilişkin bir hüküm vermiş ve bu hükmün icrasını Tunus beylerbeyi ve Tunus kadısından istemiştir.

⁴⁴⁹ BOA, A. {DVNSMHHM.d... / 46 – 349: 7.10.989 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından Menteşe Beyi Semender Bey'in gönderdiği mektupla, subaşının yakaladığı suçluyu elindeki belge ve fetva doğrultusunda çarşıda asarken, bir gurubun saldırarak suçluyu kaçırdığını bildirmiştir. Divan-ı Hümayun ilgili kayıtle Köyceğiz ve Muğla kadılarından olayı teftiş edip bildirmelerini istemektedir.

⁴⁵⁰ N. Bilge (1973). Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.57; Şentop, 2005, a.g.k, s.111-112; Mumcu, 1976, a.g.k., s.100; İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.25, s.142.

⁴⁵¹ Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.341-342; Aydın, 2017a, a.g.k., s.77; Ortaylı, 2017, a.g.k., s.70; Fahrettin Atar (2003). "Mahkeme", İslâm Ansiklopedisi. Ankara. Türkiye Diyanet Vakfı, C.27, s.339; Aydın, 1991, İslâm Ansiklopedisi, C.3, s.160.

⁴⁵² Şentop, 2005, a.g.k., s.111-112; Toplu mahkemelerde bir müzakere aşamasının ardından hakimlerin oyları ile karar belli olur.

⁴⁵³ Bilmen, 2013, C.8, s.214; Bilmen, bilgisi az olup da danışarak karar veren kadı'nın, hâkimliği kötü olan alimden daha iyi olduğunun söylendiğini belirtmektedir. Kadı her şeyi bilmek zorunda değildir. Bilmediği konularda başkasının fetvasına dayanarak karar verecektir.; Ortaylı, 2017, a.g.k., s.70; Mumcu, 1976, a.g.k., s.87.

⁴⁵⁴ Bilge, 1973, a.g.k., s.57.

⁴⁵⁵ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.71; Şentop, 2005, a.g.k., s.112.

aşamasında, iki kazaskerin de hazır bulunması İslam Hukuku'na uygundur⁴⁵⁶. Zira hükmü veren Rumeli kazaskeri⁴⁵⁷ açısından Anadolu kazaskeri, danışman konumunda bir İslam hukukçusu niteliğindedir⁴⁵⁸. İş yoğunluğu sebebiyle Anadolu kazaskeri hüküm veriyorsa⁴⁵⁹ bu durumda da Rumeli kazaskeri, ilgili yargılama açısından danışman niteliğinde olacaktır. Her iki durumda da hüküm tek kadı tarafından tesis edilir.

Diğer taraftan yine İslam Hukuku uyarınca kadı yargılama sırasında karşılaşacağı teknik konular hakkında uzmanlara başvurabilmektedir⁴⁶⁰. Bu İslam Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan şûra prensibinin bir gereğidir. Nitekim mahkemede yapılan yargılamanın hukuka uygun yürütüldüğüne şahitlik eden şühudül-hâl, bir yönüyle kadı'nın ihtiyaç duyduğunda başvurabileceği teknik uzmanlardan oluşan bir kurul niteliğindedir⁴⁶¹. Danışma özelliğinden dolayı ilgili yargılamanın özellikleri, bu kurula yansımaktadır. Örneğin bir yeniçerinin yargılandığı davada şühudül-hâl içerisinde, gerektiğinde kadıyı teknik ve örfi konularda bilgilendirmek üzere bir yeniçeri, bir esnafın yargılandığı davada ise aynı amaçla, bir esnaf temsilcisi yer almıştır⁴⁶².

İşte Divan'da yer alan; kaptan paşa, nişancı, kubbealtı vezirleri, defterdar⁴⁶³ gibi görevliler de divandaki yargılama açısından bu işlevi yerine getirecek niteliktedirler. Bu görevlilerin sahip oldukları güçleri itibariyle yargılamayı ne yönde etkileyecekleri ise ayrı bir tartışma konusudur. Ancak bu tartışmadan önce tekrar belirtilmelidir ki; Padişahın vekili olması itibariyle en otoriter olan, dolayısıyla da yargılamayı etkileyebilecek gücü bulunduran veziriazam, kural olarak yukarıda bahsettiğimiz teamül gereği şer'i yargılama işini kazaskere bırakıp, yargılama açısından sadece üzerine düşen danışma görevini yerine getirir⁴⁶⁴. Diğer görevliler de kural olarak bu teamüle uygun şekilde davranırlar.

⁴⁵⁶ İpşirli, 2002, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.25, s.142-143.

⁴⁵⁷ Şentop, 2005, a.g.k., s.125.

⁴⁵⁸ Mumcu, 1976, a.g.k., s.87-88; Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342.

⁴⁵⁹ Şentop, 2005, a.g.k., s.125; BOA, A.{DVNSMHH.d...42/226: 08.06.989 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Anadolu Kazaskeri, adam öldürme suçunu işlediği sabit olan Kara Yazdım'ın oğlu Ağa 'nın siyaset olunmasına hükmetmiştir.

⁴⁶⁰ Bilge, 1973, a.g.k., s.57.

⁴⁶¹ Aydın, 2017a, a.g.k., s.84; Ortaylı, 2017, a.g.k., s.72.

⁴⁶² Aydın, 2017a, a.g.k. s. 84; Ortaylı, 2017, a.g.k., s.72.

⁴⁶³ BOA, A.{DVNSMHH.d... / 23-399: Bozcaada, Gelibolu, Lapseki ve Kemer Dalyanları Mültezimi David, hapsedilmesine neden olan kadı hükmünü, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, aldığı bir fetva ile birlikte Divan-ı Hümayun'a taşımıştır. Bunun üzerine 08.08.981 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, David'in arz-ı hali doğrultusunda, konunun uzmanı olan Anadolu Defterdarı Mehmed Çelebi tarafından olayın tetkik edilmesi istenmiştir.

⁴⁶⁴ Bilge, 1973, a.g.k., s.57; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.259; Mumcu, 1976, a.g.k., s.88.

Tartışılması gereken nokta ise söz konusu teamülün her zaman güvence sağlayacak derecede yeterli bir hukuki araç niteliğine sahip olup olmadığıdır. Nitekim Molla Kabız olayında kazaskerlerin yargılamasına bir müdahale⁴⁶⁵ görülmektedir⁴⁶⁶. Ancak bu müdahale doğrudan hükme yönelik olmayıp, söz konusu yargılamanın başka bir kadıya havalesi niteliğindedir⁴⁶⁷. Bu nokta da söz konusu eylemin, ilk yargılamanın yeniden incelenmesi için yapılan bir hukuki denetim başvurusu olduğu akıllara gelir. Ancak ilk yargılamadan memnun olmayan padişahın iradesinin, sahip olduğu otorite sebebiyle, kanun yolu benzeri ikinci yargılamayı etkileyeceği de göz ardı edilmez⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Hasan Beyz-zâde Ahmed Paşa (2004). Hasan Bey-zâde Târîhi. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 87-92: “Mülhid, da’vâsında ısrâr ve her mertebeyi ihtiyâr eyleyüp, Âyât-ı kerîme ve Ehâdîs-i şerîfe nakl ü tazîh itmekle, delâ’il ü berâhîn ile kavlini isbâtı tercih eyledi. Kadî’askerler, cevâbda kasırlar olup, hâtırlarında mesâ’il-i Şer’iyye hâzır olmamağla, mülhidün müdde’âsını Şer’le ibtâlâ kadir olmayup, gazab-âmîz evzâ’u sitiz ile örfî hükümler eylediler. O asırda, Vezîr-i a’zam olan İbrahîm Paşa, defa’ât ile hitâb ve kerrât ile itâb idüp, “Bu şahsun hatâsını gösterüp, ukde vü şübehâtını keşf ü hall itmek size lâzımdır. Şer’le cevâbını virün. Örfle hışm u gazab, unfle isâ et-i edeb, erbâb-ı ulûma lâyık u enseb degüldür” diyügördiler, çâre olup, idâre-i kelâm ile mülhidi tarîkından ilzâm müyesser olmayup, bi- hasbî’z-zâhir, mülhiden galebe sureti bâhir olıcak, vüzerâ bi’z-zarûre, def-i meclis idüp, mülhidi Dîvân-ı âlî’den redd ve buna müte’allık kelimât bâbını sedd eylediler. Meger ki, Pâdişâh-ı dil-âgâh, Dîvân-hâne üzerinde olan manzaradan nigâh üzre olup, kevkeb-i teveccühleri lâmi ve mübâhaseyi sâmi’ler imiş. Vüzerâ, arza girdüklerinde, “Bir mülhid, Dîvân’umuzda Peygamberümüz (Hazret-i Muhammed Mustafa) –salla’llâhu aleyhi ve sellem- üzerine tafdîl-i îsâ, -aleyhi’s-selâm-, eyleye, cevâbı virilüp, niçün hakkından gelinmedi? Diyü itâb buyurdukda, İbrahîm Paşa, “Kadî’askerlerümüzün cevâb-ı Şer’î ile def’e kudretleri olmadı. Nice idelüm, âhır, def-i meclis itdük” diyicek, (hazret-i îlâfet-penâh) “Erbâb-ı ulûm, Kadî’askerlere münhasır degül. Müftî’l-enâm ile İstanbul kadısını Dîvân’a da’vet idün, yarın, Şer’le görilsün” diyü fermân itdiler.”.

⁴⁶⁶ İsmail Hakkı Uzunçarşılı (2003). Osmanlı Tarihi. Ankara: Türk Tarih Kurumu, C.2, s.357; Ahmet Yaşar Ocak (1998). Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler. İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s.228-238; M. Akgündüz, 2002, a.g.k., s.56; Bkz. Hasan Beyzade (2017). Tarih-i Al-i Osman. Haz. Bekir Manav. Isparta: Pergole Yayınları; Hz. İsa’nın üstün olduğuna yönelik iddiaları üzerine Molla Kabız, Divan-ı Hümayun’da Rumeli ve Anadolu kazaskerleri tarafından yargılanmıştır. Ancak kazaskerlerin Molla Kabız’ın iddialarını çürütememesi üzerine, Kanuni Sultan Süleyman, sadrazam İbrahim Paşa’ya: “ashâb-ı ulûmdan olmak kadıaskerlere münhasır değildir, Müftî’l-enâm ile İstanbul Kadısı’nı davet edin yarın şer ile görsün” diyerek talimat vermiştir. Bunun üzerine İstanbul kadısı Divan’a gelerek yargılamayı yeniden gerçekleştirmiş, hukuki danışman olarak mevcut bulunan Şeyhülislam İbni Kemal’in, Molla Kabız’ın iddialarını çürütmesi ve ardından sorulan soruya rağmen Molla Kabız’ın görüşünden dönmediğini beyan etmesi üzerine de İstanbul Kadısı, Molla Kabız’ın katline karar vermiştir.

⁴⁶⁷ Hasan Beyz-zâde Ahmed Paşa, 2004, Hasan Bey-zâde Târîhi, a.g.k., s.89; Şentop, 2005, a.g.k., s.,126; “Erbâb-ı ulûm, Kadî’askerlere münhasır degül. Müftî’l-enâm ile İstanbul kadısını Dîvân’a da’vet idün, yarın, Şer’le görilsün” diyü fermân itdiler.” Molla Kabız olayında dikkat edilmesi gereken nokta padişah ve sadrazam, doğrudan hükme müdahale etmemektedir. Yetersiz görülen kazaskerler yerine dava, İstanbul kadısına havale edilmektedir. Yani hüküm padişah tarafından değil, yine kadı tarafından tesis olunacaktır. Bu noktada padişahın ilgili kazasker hükmünün hukuki denetiminin yapılmasını talep ettiği söylenebilir. Karar padişah tarafından değil kadı tarafından verilecektir. Bu davranış ilgili dönemde Osmanlı’nın çağının çok ilerisinde bir hukuk anlayışına sahip olduğunu gösterir. Ancak hemen alt dipnotta belirttiğimiz üzere şüphesiz güçlerin kendisinde toplandığı devlet başkanının, hoşnut olmadığı için hukuki denetime başvurması, söz konusu denetimi yapacak yargı makamı üzerinde bir etki de meydana getirecektir.

⁴⁶⁸ Padişahın, Molla Kabız’a yönelik ilk yargılamadan memnun olmadığı açıktır. Yargılamadan memnun olmayan padişah, bu kararı başka bir mahkeme önüne taşımakta, davanın tekrar görülmesini istemektedir. Güçlü otoritenin memnun olmadığı bir kararı başka bir yargıya havalesi, söz konusu yargıcın iradesi üzerinde şüphesiz bir tesirde bulunacak ve bu tesir oranında da yargı bağımsızlığı zedeleneyecektir.

Söz konusu müdahale, başka bir açıdan da ele alınmalıdır. Nitekim onun iradesinin vekili olan, yani padişahın iradesini yansıtan sadrazamın, söz konusu yargılama da hazır bulunması da bu etkinin daha kolay tesirine neden olmaktadır. Bu yüzden divandaki yargılama sırasında veziri azamın varlığı, şer'i yargı alanına yönelik etkisi ve yargı bağımsızlığına bir tesiri olup olmadığı yönlerinden incelenmelidir.

Aşağıda göreceğimiz üzere İslam Hukuku uyarınca kadılar, görevli oldukları bölge içerisinde meydana gelen bütün hukuki uyuşmazlıklara bakmakla yetkilidirler⁴⁶⁹. Diğer taraftan davalı, kendi bölge kadısı önünde yargılanmayı talep edebilir ve uyuşmazlık taraflarının hali hazırda mevcut bulundukları⁴⁷⁰ veya ikamet ettikleri bölge kadıları⁴⁷¹ da ilgili davalar açısından yetkilidirler⁴⁷². Kısacası kadı, kendi görev bölgesi içerisinde meydana gelen uyuşmazlıklara ve kendi görev bölgesinde ikamet eden veya geçici olarak görev bölgesinde bulunan kişilerin taraf oldukları davalara bakmakla yetkilidir.

Divan'da yapılan yargılamalar içinde bu kural doğrultusunda yorum yapılabilir. Aslında kazaskerin yer itibarıyla yetki bölgesi, ülkenin merkezi İstanbul'dur⁴⁷³. Ancak ilgili uyuşmazlıkları çözecek kazaskerlerin, yargı örgütünün başında bulunan birer kadı olmaları nedeniyle, onların yer açısından yetkili oldukları bölgenin, istisnai özel yetki kuralları haricinde⁴⁷⁴, bütün ülke toprakları olduğu yönünde⁴⁷⁵ bir yorum yapılabilir. Bu durumda ülke topraklarının her hangi bir yerinde meydana gelen bir hukuki uyuşmazlık, kazaskerler tarafından çözümlenebilecektir⁴⁷⁶. Nitekim ordu ile birlikte sefere çıkan kazaskerlerin ordunun geçtiği yerlerde kurulan divanlarda uyuşmazlık çözmeleri de⁴⁷⁷ bu yorumu destekler niteliktedir.

⁴⁶⁹ Aydın, 2017a, a.g.k., s.80; Şentop, 2005, a.g.k., s.125.

⁴⁷⁰ Ebussuud, 2013, Maruzat, s.131: "*Zeyd-i müdde'i ile Amr-ı müdde'â aleyh bir kâdîlikden olub âhar kâdîlikde cem' oldukda Amr'ın rızâsı yoğiken cebr ile kâdiye iledüp şahidler ikâmet edüb müdde'âsın hükm ettirse âhar kâdînin şer'an hükmi nâfiz olur mu? el-Cevap: Olur. Kudât, vilâyetlerine bir maslahat için gelen âfâkilerin üzerine cebren hükûmet ile me'zûnlardır.*"; Mecelle (1959) Haz. Ali Himmet Berki, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 281; C. İlhan (2011). Günümüz Türkçesiyle Mecelle. Ankara: Yetkin Yayınları: "... müddeiaaleyhin ihtiyar eylediği hâkim tercih olunur."

⁴⁷¹ Hemen üst dipnotta yer alan fetvadan anlaşılacağı üzere temel kural gereği tarafların ikâmet ettikleri yer kadısı yetkilidir. Ancak yine aynı fetvadan anlaşılacağı üzere tarafların başka bir kadı huzurunda toplanmaları durumunda bu kadı da yetkili hale gelir ve verdiği hüküm geçerlidir.

⁴⁷² İ. Ortaylı (2017). Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı. İstanbul: Kronik Kitap, s.34-35; Ansay, 2002, a.g.k., s.333.

⁴⁷³ Bilge, 1973, a.g.k., s.59.

⁴⁷⁴ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.124-127: Örneğin, askeri sınıfın miras taksimi, bölge kadısının değil kazaskerin görev alanındadır.

⁴⁷⁵ Huart, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.6, s.522.

⁴⁷⁶ Mumcu, 1976, a.g.k., s.88; Şentop, 2005, a.g.k., s.125.

⁴⁷⁷ Bilge, 1973, a.g.k., s.59.

Diğer taraftan padişah da kadıların yer yönünden yetkilerini sınırlayıp, ilgili uyuşmazlığın bölge kadısı yerine kazasker tarafından çözümlenmesine karar verme yetkisine sahiptir⁴⁷⁸. Zira padişah, davaları yetkili olan kadıdan alıp, başka bir kadıya sevk edebilir⁴⁷⁹. Divan'da yapılan yargılamalar yönünden kazaskerleri yetkili kılan da esasen bu iradedir.

Örneğin, dava taraflarının divanın kurulduğu yerde mevcut bulunmaları veya uyuşmazlığın divanın kurulduğu bölgede gerçekleşmesi, divan üyesi kazaskerleri, ilgili dava açısından zaten temel yetki kuralları gereği kendiliğinden yetkili kılar⁴⁸⁰. Aksi durumda ise kazaskerin yetkisi esasen padişahın sevk iradesine dayanır⁴⁸¹. Bu durumlar dikkate alındığında divanda hukuki uyuşmazlıkların ilk elden görülmesi, İslam Hukukunun yetkiye ilişkin esaslarına da aykırılık oluşturmamaktadır.

Ayrıca İslam Hukuku'nda ihtisaslaşma söz konusu olmadığı, bütün hukuki uyuşmazlıklar kadı'nın görevine girdiği için divanda yapılan yargılamalar görev yönünden de İslam Hukuku'na uygundur⁴⁸².

İkinci olarak divan, önüne gelen örfi hukuk alanındaki bazı uyuşmazlıklarda da ilk ve son derece çözüm yeri olarak faaliyet göstermiştir⁴⁸³. Örfi alandaki yargılamalar ise kazaskerler tarafından değil, padişahın mutlak vekili sıfatıyla veziriazam tarafından gerçekleştirilmektedir⁴⁸⁴. Divandaki bu dağılım, padişahın yargı yetkisinin bir yansıması niteliğindedir. Zira padişah, yukarıda belirtildiği gibi esasen kadılara ait olan şer'i alanda, sembolik olarak yargılama yetkisine sahipken, örfi alanda bizzat yargılama yapabilmektedir. Bu doğrultuda divanda da örfi yargılamalar padişah adına mutlak vekili veziriazam tarafından gerçekleştirilmiş, şer'i yargılamalar ise kazaskerlere bırakılmıştır.

Esasen bünyesinde yargı yetkisini barındıran halife, İslam devletinin ilk dönemleri haricinde bu yetkisini bizzat kullanmamış ve İslam tarihi boyunca yargı yetkisi, genel itibariyle halifeden bağımsız olarak kadılar tarafından yürütülmüştür⁴⁸⁵. Kadılar ise bu yetkiyi kullanırken yine kural olarak hem örfi yargı hem de şer'i yargı alanına giren bütün uyuşmazlıkları çözmüşlerdir⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸ Mumcu, 1976, a.g.k., s.88.

⁴⁷⁹ Halil İnalçık (1997). "Mahkeme", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.7, s.149.

⁴⁸⁰ Mumcu, 1976, a.g.k., s.88.

⁴⁸¹ Şentop, 2005, a.g.k., s.118-123.

⁴⁸² Mumcu, 1976, a.g.k., s.88.

⁴⁸³ Mumcu, 1976, a.g.k., s.87; Şentop, 2005, a.g.k., s.118.

⁴⁸⁴ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.23; Mumcu, 1976, a.g.k., s.86; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.259.

⁴⁸⁵ Aydın, 2017a, a.g.k., s.79.

⁴⁸⁶ Aydın, 2017a, a.g.k., s.80.

Bu genel anlayışın aksi yönünde istikamet alan örneklerden biri ise Osmanlı Hukuk sistemi uygulamasında padişah ve mutlak vekilinin gerçekleştirdiği söz konusu örfi yargılamalardır. Diğer taraftan divandaki yargılamaların örfi-şer'i ayrımı yapılmaksızın kazasker tarafından gerçekleştirildiği, padişahın mutlak vekilinin teoride yetkisi olsa da pratikte örfi yargılama yapmadığı, veziriazam tarafından görülen uyuşmazlıkların daha çok idari nitelikte olduğu görüşü de mevcuttur⁴⁸⁷.

3.1.1.7. Üst yargı merci olarak Divan-ı Hümayun

3.1.1.7.1. İslam Hukuku'nda kanun yolu ve yargılamanın yenilenmesi

İslam Hukuku'nda bir üst yargılama mercii öngörülmediği için uyuşmazlıklara ilişkin hükümler ilk derecede kadı kararıyla birlikte kural olarak kesinleşir⁴⁸⁸. Bu kesinleşme hem maddi hem de şekli anlamda kesinliği karşılar⁴⁸⁹. Yani ilgili uyuşmazlık kural olarak tekrar dava edilemez. Kadının hükmünün hukuka uygunluğunu denetleyecek bir üst mahkeme kurumsal olarak yoktur⁴⁹⁰. Şekli kesinlik, ilgili hükmün artık denetlenemeyeceği anlamına gelmektedir. Ancak kadı tarafından verilen hüküm, İslam Hukuku'nun üç temel kaynağı; kitap, sünnet veya icmaya aykırı ise bu hüküm başka bir kadı tarafından kaldırılabilir⁴⁹¹. Yani şekli kesinliğin istisnası olarak ilgili hüküm denetime tabi tutulur⁴⁹².

Fakat bu ihtimal çerçevesinde yapılacak denetim, bir üst mahkemeye aktarım söz konusu olmadığı için teknik olarak bir kanun yolu niteliğinde değildir⁴⁹³. Diğer taraftan vurgulamak gerekir ki günümüz kanun yolu kurumunun asıl amacı denetimdir ve denetim, bu yöntemde de

⁴⁸⁷ Şentop, 2005, a.g.k., s.112-113; Padişah ve dolayısıyla sadrazamın pratikte kullandığı örfi yargı yetkisinden kastın tam olarak ne olduğu ayırt edilememektedir. Nitekim önceden de gördüğümüz üzere Osmanlı Hukuk sisteminde şer'i hukuk ve örfi hukuk arasında bir bağ vardır. Örneğin bir hukuki olayda örfi hukuk kurallarının uygulanmasından önce kadı bu olayın şer'i hukuk kurallarına tabi olup olmadığı değerlendirmesini yapacaktır. Şentop, davaların örfi ve şer'i diye ayrımının mümkün olmadığını belirtmektedir. Ancak bazı alanlar vardır ki bu alanda sadece örfi hukuk kuralları mevcuttur. Örneğin; miri arazi üzerindeki kullanım hakkının intikali, tamamen örfi hukuk kurallarıyla düzenlenmiş örfi bir alandır. Örfi dava ile bu nitelikteki yargılamalar ve idari uyuşmazlıklar, disiplin işleri kastedilmiş olabilir. Şentop ise örfi dava kelimesi ile sadece idari ihtilafların anlaşılması gerektiğini söyler. Yani veziriazamın sadece yürütme organının iç ilişkilerine ilişkin hüküm verdiğini, aslında verilen bu kararın bir idari karar niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır.

⁴⁸⁸ Bilmen, 2013, a.g.k., C.8, s.238-240; Ansay, 2002, a.g.k., s.344.

⁴⁸⁹ Bilge, 1976, a.g.k., s.69-70.

⁴⁹⁰ Atar, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.339.

⁴⁹¹ Ansay, 2002, a.g.k., s.345; Bilge, 1976, a.g.k., s.69-71.

⁴⁹² Bilmen, 2013, a.g.k., C.8, s.238.

⁴⁹³ A. R. Çınar (2006). Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu. Ankara: Turhan Kitabevi, s.60; S. Bakım (2013). Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi. Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, s.920; N. Kunter, F. Yenisey ve A. Nuhoglu (2010). Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, s.1812; Hakan Pekcanitez (2017). Medeni Usul Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, C.3, s.2150-2155: Nitekim kanun yolunun iki temel özelliği; hükmün kesinleşmesini durdurması ve davayı bir üst mahkemeye aktarmasıdır.

mevcuttur. Dolayısıyla İslam Hukuku'nun esası itibariyle, kadı hükümlerinin denetime açık olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak bu denetimin başka bir kadı tarafından yapılması gerekir⁴⁹⁴. Bu kişi aynı kademde bir kadı olabileceği gibi yargı örgütünün başındaki kazasker de olabilir. Kur'an, insanlar arasında adalet ile hükmedilmesini söylediğine⁴⁹⁵ ve kanun yolu ile mahkemelerinin hükümlerinin bir üst mahkemece denetlenmesi de adaleti amaçladığına göre, her ne kadar uygulamaya yerleşmemiş olsa da bir üst mahkemede yapılacak olan kanun yolu denetiminin, İslam Hukuku'na uygun olduğu söylenebilir. Yani İslam Hukuku teorisi hukuka uygunluk denetimine imkân tanımaktadır⁴⁹⁶.

Diğer taraftan önemle belirtmek gerekir ki; günümüz hukuk sistemi içerisinde yargılamanın yenilenmesi olarak adlandırılan kurum, İslam Hukuku'nda da yer almıştır. Günümüz hukuk sisteminde bir mahkeme hükmü, maddi ve şekli olmak üzere iki anlamda kesinleşmektedir⁴⁹⁷. Şekli kesinlik söz konusu hükme artık itiraz edilemeyeceğini, o hükmün denetlenemeyeceğini ifade eder. Maddi kesinlik ile birlikte ise aynı uyumsuzluk, bir daha aynı veya başka bir mahkeme önünde dava edilemez. Maddi anlamda kesinliğin günümüz hukukunda olduğu gibi İslam Hukuku'nda da istisnaları vardır. Nitekim Ansay'ın verdiği örnekte görüldüğü üzere bir alacak davasında ödeme define bulunup karşı tarafa yemin teklif eden, davacının da bu yemini yerine getirmesi üzerine davayı kaybeden davalı, daha sonradan eline geçen bir belge ile aynı uyumsuzluğu tekrar kadı önüne taşıyıp, söz konusu belge ile davayı kazanabilir⁴⁹⁸.

Bu örnek yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden sadece biridir. İslam Hukuku'nda daha başka sebeplere dayanılarak da bu yola başvurulabilir. Nitekim ilgili yargılamada kadı tarafından haksızlık yapılması veya rüşvet alınması ya da tanıkların yalan söylediklerinin anlaşılması gibi bazı durumlarda da bu yola başvurma imkânı mevcuttur⁴⁹⁹.

3.1.1.7.2. Osmanlı Hukuku'nda kanun yolu ve yargılamanın yenilenmesi

Yukarıda belirttiğimiz üzere İslam Hukuku uygulamasında kurumsal olarak genel itibariyle bir üst mahkeme denetimi yer almamıştır. Osmanlı Hukuk sisteminde ise bazı merkezi kurulların

⁴⁹⁴ Ansay, 2002, a.g.k., s.344.

⁴⁹⁵ Ansay, 2002, a.g.k., s.330.

⁴⁹⁶ Şentop, 2005, a.g.k., s.116.

⁴⁹⁷ B. Kuru, R. Arslan ve E. Yılmaz (2007). Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s.632; E. Özgen (1968) Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.1-5.

⁴⁹⁸ Ansay, 2002, a.g.k., s.339-340.

⁴⁹⁹ Mumcu, 1976, a.g.k., s.91; BOA, A.{DVNSMHM.d...40/527: 4.09.987 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Ümmühani Hatun, eski Anadolu kazaskeri ile üvey oğlunun düzenledikleri sahte alacak senedi nedeniyle bir dava kaybetmiştir. Ümmühani tarafından yapılan şikâyet sonucu Divan-ı Hümayun'da gerçekleştirilen inceleme neticesinde hükmün sahte belgeye dayanması nedeniyle yargılamanın yenilenmesine karar verilmiştir.

bir üst mahkeme niteliğinde işlev görüp, kadılar tarafından verilen hükümleri gelen şikâyetler üzerine denetledikleri bilinmektedir⁵⁰⁰. Bu merkez kurullarda yapılan yargılamalar ise yeni elde edilen delil veya yalancı şahit gibi yargılamanın yenilenmesini gerektirecek bir sebep olmadıkça kural olarak tekrardan dava konusu edilememektedir⁵⁰¹. Ancak diğer taraftan Molla Kabız olayında görüldüğü gibi verilen hükümleri padişah da kanun yoluna götürebilir ki bu durumda divan kararlarının tekrardan dava edilemeyeceği kuralının bir istisnası gözlemlenmektedir⁵⁰².

Esasında ilgili dönem itibariyle hem hükümlerin hukuki denetimi, hem de hükmü verenin idari denetimi birlikte ele alınmıştır⁵⁰³. Yani şikâyet kurumu, hem hükme yönelik hem de kadı'nın şahsına yönelik itiraz ve şikâyetleri kapsamaktadır⁵⁰⁴. Bu nitelikte yargılama faaliyeti icra eden en üst kurul ise Divan-ı Hümayun'dur⁵⁰⁵.

Divan'da yapılan yargılama ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmelidir. İlk olarak belirtmek gerekir ki divan, kanun yolu niteliğine yaklaşan bir denetim yapar. Zira divanda yargılama görevini icra eden kazaskerin, yargı örgütünün başında bulunması nedeniyle divanda yaptığı yargılama, diğer kadı mahkemelerine göre bir üst mahkeme yargılaması niteliğindedir. Nitekim Ebussuud Efendi ve Şeyhülislam Feyzullah Efendi de “emr-i sultani” olmadıkça sonuçlandırılmış bir davanın başka bir kadı tarafından dinlenilemeyeceğini belirtmişlerdir⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.209; İbrahim Sivrikaya (1972). Osmanlı Devleti'nde Hukuk Kaidelerinin Gelişimi ve Tanzimat'dan Sonraki Uygulanışı, Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi I, ayrı basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Basımevi, s.140; Şentop, 2005, a.g.k., s.116.

⁵⁰¹ BOA, A. {DVNSMHHM.d...85/347: 29.03.1040 tarihli ilgili mühimme defteri kaydı uyarınca önceden Rumeli Kazaskeri huzurunda görülen yargılamada davası düşen Yakob oğlu Mosi adlı Yahudi'nin, tekrar dava edilemeyeceği belirtilmiştir.

⁵⁰² Hasan Beyz-zâde Ahmed Paşa, 2004, Hasan Bey-zâde Târîhi, a.g.k., s.89: “Vüzerâ, arza girdüklerinde, “Bir mülhid, Dîvân’umuzda Peygamberümüz (Hazret-i Muhammed Mustafa) –salla’llâhu aleyhi ve sellem- üzerine tafdîl-i îsâ, -aleyhi’s-selâm-, eyleye, cevâbı virilüp, niçün hakkından gelinmedi? Diyü itâb buyurdukda, İbrâhim Paşa, “Kadî askerlerümüzün cevâb-ı Şer’î ile def’e kudretleri olmadı. Nice idelüm, âhır, def-i meclis itdük” diyicek, (hazret-i ilâfet-penâh) “Erbâb-ı ulûm, Kadî askerlere münhasır degül. Müftî’l-enâm ile İstanbul kadısını Dîvân’a da’vet idün, yarın, Şer’le görilsün” diyü fermân itdiler.”.

⁵⁰³ Ekinci, 2001, a.g.m., s.960.

⁵⁰⁴ Şentop, 2005, a.g.k., s.118.

⁵⁰⁵ Koyoma, 1994, s.870; İnalçık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.149; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2148; BOA, A. {DVNSMHHM.d... / 23-399: Bozcaada, Gelibolu, Lapseki ve Kemer Dalyanları Mültezimi David, hapsedilmesine neden olan kadı hükmünü, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, aldığı bir fetva ile birlikte Divan-ı Hümayun’a taşımıştır. Bunun üzerine 08.08.981 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, David’in arz-ı hali doğrultusunda, olayın mali işler uzmanı olan Anadolu Defterdarı Mehmed Çelebi tarafından araştırılması istenmiştir. Anadolu Defterdarı’nın yapacağı bu araştırma bir uzman raporu niteliğinde olacak bu rapor doğrultusunda kazaskerin vereceği hüküm ise hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirecektir.

⁵⁰⁶ Ebussuud, 2013, Maruzat, s.155-156: “Bir def’a şer’î şerîf ile fasl olunub âhar kâdî tenfîz ve imzâ eylediği husus yine asıldan dinlemek şer’î olur mu? el-Cevâb: Emr-i sultânî olmazsa olmaz. Me’mur olacak dahî sâbikan şer’le fasl olunduğu sâbit olacak tağyir olunmaz.”; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.233: “Bir defa şer’le faslolunup âhar kadî tenfîz ve imza eylediği husus yine aslından dinlemek şer’î olur mu? el-Cevab: Emr-i sultânî olmayınca olmaz, me’mur olunca dahi sâbikan şer’le faslolunduğu sabit olunca tağyir olunmaz.”.

Bu fetvada vurgulanan, hukuka uygunluk denetiminin ancak üst nitelikte bir mahkemede veya Divan-ı Hümayun'unun, yani padişahın iradesiyle başka bir kadı mahkemesinde gerçekleştirilebileceğidir. Kısacası aynı davanın başka kadı önünde tekrar görülebilmesi için divan gibi bir üst kurulun iradesi şarttır. Bu durumda ikinci yargılamanın, kadı mahkemesinde gerçekleşse bile, üst bir iradeye dayanması nedeniyle, bir üst mahkeme yargılaması niteliğinde olduğu söylenebilir.

Divan tarafından denetime tabi tutulan ilgili hüküm, İslam Hukuku'nun üç temel kaynağı Kur'an, sünnet veya icma hükümlerine aykırı görüldüğünde ise kazasker tarafından bozulup, ya temyiz incelemesinde olduğu gibi tekrar hüküm verilmesi için kadıya gönderilecektir ya da istinafta olduğu gibi bizzat kazasker tarafından yeniden yargılama yapılacaktır⁵⁰⁷.

Görüldüğü üzere yapılan bu denetim hukuk kurallarına uygunluk denetimidir⁵⁰⁸ ve bu itibarla kanun yolu kurumu ile aynı amaca hizmet eder. Ancak bu denetim İslam Hukuku sisteminin özelliği gereği ilk üç kaynakla sınırlıdır. Zira kıyas sonucu ulaşılan içtihatlar birbirinden farklı olabilir. Kadı bu içtihatlardan istediğini benimseyebileceği için onun hükmünün denetiminde içtihatlar bir kıstas değildir. Yeter ki padişahın fermanı ile birlikte kanunlaşan bir içtihat bulunmasın.

Ayrıca bilindiği üzere İslam Hukuku'nun bir kaynağı niteliğinde olan içtihatlar, İslam hukukçularının kendi akıllarıyla vardıkları hükümlere dayanırlar ve bu nedenle de hatalı olabilirler. Bu itibarla ilgili içtihat faaliyetlerinin de hukuka uygunluk denetimine, yani İslam Hukuku'nun temel üç kaynağına uygun olup olmadıkları incelemesine tabi olmaları gerekir. Bizzat kendisi hukuka uygunluk denetimine tabi olan içtihatların, hukuka uygunluk denetiminin bir kıstası olamayacağı açıktır. Nitekim birbirinden farklı sonuçlara ulaşan içtihatlar yürürlükte dirler. Diğer taraftan artık içtihat kapısı kapalı olduğu için kadı yargılama sırasında yeni bir hüküm de içtihat edemez. Bu durumda mevcut içtihatlardan veya bunlara dayanılarak yapılan taklit faaliyetlerinden birisini benimsemek zorundadır. Kısacası kadı hükmü, yeni bir içtihat faaliyeti olmaması gerekliliği noktasında da denetlenecektir.

⁵⁰⁷ Bilge, 1973, a.g.k., s.57, 64-68; BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 35 – 47: 19.04.986 tarihli ilgili muhimme defteri kaydında eskiden Selanik kadısı olup Mora'ya teftiş memuru olarak görevlendirilen Abdürrauf'a ve Ağrıboz sancağı müfettişine, iltizam sahibi ile zımmi tüccarlar arasında vergi konusu malların miktarına yönelik çıkan anlaşmazlığı konu edinen davanın tekrardan görülmesi bildirilmektedir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 43 – 451: 9.08.988 tarihli muhimme defteri kaydında Bafra'da fetva görevinde olan Siyami adlı kimsenin haksız yere sürgün edildiğinin bildirildiği, bu nedenle tekrardan yargılama yapıp eğer doğruysa rencide edilmemesi Kedagra ve Bafra kadılarında istenmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d...40/527: 4.09.987 tarihli ilgili muhimme defteri kaydında sahte bir alacak senedi söz konusu olduğundan dolayı hüküm bozulmuş ve davanın tekrar görülmesi İstanbul kadısından istenmiştir.

⁵⁰⁸ Şentop, 2005, a.g.k., s.116.

Ayrıca belirtmelidir ki; şeyhülislamın sahip olduğu manevi güç itibariyle onun fetvasında yer alan içtihatların ayrı bir gücü vardır⁵⁰⁹. Bu içtihatların kadı hükmünde benimsenmemesi, kuvvetli bir şekilde gerekçelendirilmelidir. Söz konusu etki nedeniyle ilgili içtihatlar, şer'i hukukun ilk üç kaynağı kadar olmasa da divanda yapılan hukuki denetimde ölçü norm olarak etkilidirler. Yine bu denetim sırasında, padişah iradesine dayanan örfi hukuk kuralları da ölçü norm niteliğindedir.

Diğer taraftan söz konusu denetim, kanun yolu denetimine yaklaşmakla birlikte, kadı hükmünün şekli anlamda kesinliğini kural olarak engellemediği⁵¹⁰ için bugünkü anlamda kanun yolu kurumunu tam anlamıyla karşılamamaktadır. Ancak kadı hükmünün icrasının durdurulması sonucu şekli kesinliğinin gerçekleşmediği örnekler ise içerisinde hem hukuki denetimi barındırması, hem de hükmün şekli kesinliğini engellemesi itibariyle, bugünkü anlamda kanun yolu denetimine daha çok yaklaşırlar. Nitekim kadılar tarafından verilen ve telafisi mümkün olmayan ağır bedeni cezalara ilişkin hükümler, kadı kararıyla birlikte değil merkezin iradesiyle birlikte şekli kesinlik kazanmış ve ancak bu aşamadan sonra icra edilmiştir⁵¹¹. Diğer kararların ise tam bir netlik olmamakla birlikte kadı hükmü ile birlikte şeklen kesinleşip infaz edildiği, hukuki denetim sonrası bozulma ihtimallerinde ise durumun, aynen veya nakden eski hale iade edildiği söylenebilir⁵¹².

İkinci olarak divan, günümüzde yargılamanın yenilenmesi kurumu tarafından yerine getirilen işlevi karşılamaktadır⁵¹³. Bu iki kavramın iyi bir şekilde ayırt edilmesi gerekir. Nitekim divanın yapmış olduğu yargılamaların büyük bir çoğunluğu yargılamanın yenilenmesi niteliğindedir ve bu kurum İslam Hukuku tarafından açıkça kabul edilmiştir. Bir üst mahkeme niteliğinde yapılan kanun yolu denetimlerinde ise bu hukuki kurumun İslam Hukuku'na uygun olup olmadığı

⁵⁰⁹ Itzkowitz, 2006, a.g.k., s.61: Ulemanın başında olan şeyhülislam, Osmanlı Hukuk sisteminde hukuki bir denetleyici konumunu almıştır.

⁵¹⁰ Bilge, 1973, a.g.k., s.54.

⁵¹¹ Şentop, 2005, a.g.k., s.114-115; Ekinci, 2001, a.g.m., s.1004; Heyd, 1973, s.255-256.

⁵¹² Ekinci, 2001, a.g.m., s.1004.

⁵¹³ BOA, A.{DVNSMHM.d.../95-529: Ümmühani'ye kocasından miras kalan evde hak iddia eden Hasan, Divan-ı Hümayun'da iddiasını ispat edmemiş ve davayı kaybetmiştir. İlgili mühimme defteri kaydında Hasan'ın yeni delil sebebiyle yargılamanın yenilenmesini talep ettiği ancak bu yeni delilin yalancı şahit olması dolayısıyla talebinin kabul edilmeyeceği vurgulanmaktadır. Yalancı şahit, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek bir sebep olmadığı için dinlenmiş bir davanın tekrar dinlenilmesi mümkün değildir. İlgili kayıta da bu hususa dikkat çekilerek İznikmid kadısına mevcut ilama ve fetvaya göre hareket etmesi bildirilmiştir. Bu kayıttan anlaşılacağı üzere davayı kaybeden taraf geçerli bir sebeple, örneğin daha önceden elinde olmayan yeni bir delil elde etmesi veya yeni bir şahitin ortaya çıkması durumlarında, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilir.; BOA, A.{DVNSMHM.d...40/527: 4.09.987 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Ümmühani Hatun, eski Anadolu kazaskeri ile üvey oğlunun düzenledikleri sahte alacak senedi nedeniyle bir davayı kaybetmiştir. Ümmühani tarafından yapılan şikâyet sonucu Divan-ı Hümayun'da gerçekleştirilen inceleme neticesinde hükmün sahte belgeye dayanması nedeniyle yargılamanın yenilenmesine karar verilmiştir.

noktasında bir belirsizlik vardır. Ancak yukarıda yapılan gerekçelendirmeyi dikkate aldığımızda ise bu nitelikteki üst mahkeme denetimlerinin İslam Hukuku'nun esasına uygun olduğu anlaşılabacaktır. Zira İslam Hukuku'nun temel ilkelerinden biri uyarınca hatalı olduğu anlaşılan hükümden dönülmesi gerekir⁵¹⁴.

Söz konusu denetimler ise hükmü veren veya bir başka kadı mahkemesince gerçekleştirilir⁵¹⁵. Ancak özü itibariyle hukuka uygunluk denetiminin ve rüşvet gibi bazı sebeplerle yapılacak yargılamanın yenilenmesi taleplerinin daha üst dereceli kadılardan oluşmuş bir mahkemede incelenmesi daha uygun görülmüş ve hem İslam Hukuku hem de Osmanlı Hukuku uygulaması bu yönde gelişmiştir⁵¹⁶.

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle İslam Hukuku'nda mahkeme kararlarının denetimi vardır ve bu denetimin üst mahkeme tarafından yapılması bir aykırılık niteliğinde değildir. Zira mahkeme kararlarının denetlenmesi faaliyeti, İslam Hukuku'nun özünde yer alır. Bu faaliyetin daha üst derecedeki kadı tarafından gerçekleştirilmesi ise işin niteliğine ve amacına daha uygundur.

İslam Hukuku sisteminde tek dereceli bir mahkeme sistemi olduğu için ilgili denetimin aynı derece mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi biraz da mecburiyetten olmuştur⁵¹⁷. İlgili denetimin, hükmü veren mahkemeden daha üst derecede bir mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi, İslam Hukuku'nun denetimle amaçladığı hatadan dönme ilkesinin gerçekleştirilmesi için daha elverişli bir zemin hazırlar. Bu itibarla da Divan-ı Hümayun'un adeta bir üst mahkemeymiş gibi yapmış olduğu denetim ve yargı faaliyetleri İslam Hukuku'na aykırı değildir.

Divan'da yapılan bu üst yargı incelemesi sonucunda alınan kararlar da bütün divan işlemleri gibi padişahın onayına tabidir⁵¹⁸. Zira ülke toprakları içerisindeki her türlü eylem ve işlem, bütün devlet güçlerinin tahtında birleştiği padişahın iradesine muhtaçtır. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, padişah veya mutlak vekili veziriazam, şer'i alana ilişkin bir yargı kararına teamül olarak karışmamaktadır.⁵¹⁹ Bu itibarla da söz konusu padişah iradesi şer'i alana ilişkin yargı işleri açısından bir sembol değerindedir. Ancak her ne kadar usulen de olsa söz konusu onaylama işlemi, yargı bağımsızlığını engeller.

⁵¹⁴ Bilge, 1973, a.g.k., s.64; Mecelle, 1959, a.g.k., s.14, m.72: "*Hatası zâhir olan zanna itibar yoktur.*".

⁵¹⁵ Mumcu, 1976, a.g.k., s.94.

⁵¹⁶ Mumcu, 1976, a.g.k., s.92, 94.

⁵¹⁷ Bilge, 1973, a.g.k., s.66-67.

⁵¹⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.209.

⁵¹⁹ Bilge, 1973, a.g.k., s.57.

Dikkat edilmesi gereken diğ er bir nokta da Osmanlı Hukuk sisteminde, ister kanun yolu denetimi niteliğinde olsun, isterse yargılamanın yenilenmesi biçiminde gerçekleşsin, bir uyuşmazlığın tekrardan ele alınabilmesi için 15 yıllık zamanaşımının geçmemiş olması gerekmektedir⁵²⁰. Bu süre sonunda kadı tarafından hükme bağlanan uyuşmazlık ne olağan kanun yolu niteliğindeki hukuki denetime, ne de olağan üstü kanun yolu niteliğindeki yargılamanın yenilenmesine konu edilebilir. Yani ilgili uyuşmazlığa ilişkin hükmün, hem şekli hem de maddi olarak kesinleşmesi, Divan-ı Hümayun'un nihai kararıyla birlikte olabileceği gibi söz konusu s renin dolmasıyla birlikte de gerçekleşebilir. Ancak s renin kaçırılmasına yönelik haklı mazeretler de dikkate alınır ve bu istisnai durumlarda hüküm kesinleşmemiş sayılır⁵²¹.

Diğ er taraftan Osmanlı Hukuk sisteminde dikkat edilmesi gereken başka bir kurum daha yer almaktadır. Bilindiği üzere günümüz ceza hukuku anlayışında belirli bir ağırlığın üzerindeki cezayı  ng ren kararlar, her hangi bir başvuru olmasa bile re'sen üst mahkeme tarafından incelenmektedir⁵²². şüphesiz bu kurumla amaçlanan birey hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Aynı kurum farklı bir görünümüyle Osmanlı Hukuk sisteminde de yer almıştır. Nitekim şentop'un tespiti uyarınca, ağır cezaların kendiliğinden kadı veya yerel yönetici tarafından divana bildirildiği örnekler mevcuttur⁵²³.

G r ld ği  zere Osmanlı hukuk sisteminde, doğrudan doğruya Divan'ı Hümayun'a başvurularak bir mahkeme kararı veya bir devlet görevlisi hakkında şikâyetle bulunulabilir ve

⁵²⁰ Hülya Taş (2008). Osmanlı Kadı Mahkemesindeki "ş h d 'l-Hâl" Nasıl Değerlendirilebilir? Ankara. Bilig Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Kış. S. 44, s.27; Mühimme Defteri 90, 1993, s.17: İlgili mühimme defteri kaydında, merkeze yapılan şikâyet üzere ilgili davanın, şayet bu davanın sonuca bağlanması üzerinden on beş yıl geçmemişse, tekrardan incelenmesi, Balıkesir ve İvrindi kadılarından istenmektedir.; Bilmen, 2013, C.8, s. 82: M rur-ı zaman, bir hukuki uyuşmazlığın üzerinden geçen ve o uyuşmazlık hakkındaki davanın dinlenmesini engelleyen zamandır.

⁵²¹ Taş, 2008, a.g.m., s.27.

⁵²² CMK m. 272 uyarınca: "İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir."

⁵²³ şentop, 2005, a.g.k., s.114-115; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.166-167: Nitekim Mustafa b. Abdullah, iki kişiyi öldürdüğünü ikrar etmesine rağmen hemen kısas edilmeyip, İstanbul zindanına gönderilmiştir. Bu ikrar yeterli görülmeyip tahkikatın derinleştirilmesi amacıyla yapılmış olabilir. Ancak ilgili mahkeme kayıtlarında bu davaya ilişkin başka kaydın bulunmaması söz konusu suçun cezasının ağırlığı sebebiyle olayın divan'a intikal ettirildiği ihtimalini akıllara getirmektedir.; Yasemin Dağdaş ve Zeynep Berktaş (2008). İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil. İstanbul: İSAM Yayınları, s.64-65: Nitekim bir başka kayıtta  oban Hamza b. Abdullah eşi Elif'i öldürmüş ve suçunu itiraf etmiştir. Ancak söz konusu kayıtlarda kısas veya tazir cezasına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Bu durumda da akıllara ilgili suçun ağırlığı sebebiyle olayın divana intikal ettirildiği gelmektedir.

diğer taraftan kadı hükmü aleyhine olan taraf da hükmün hukuki denetimi için Divan'ı Hümayun'a gidebilir⁵²⁴.

3.1.2. İkinci Divanı

Osmanlı Devleti'nin merkez örgütünde yer alan her yönetici de tıpkı padişah gibi kendi görev alanlarıyla ilgili çalışmalar dâhilindeki konulara ilişkin kararlar alırken; hem İslam Hukuku'nda yer alan şûra prensibinin, hem de Eski Türk Devletleri geleneği olan kurultay usulünün gerektirdiği gibi kendi konaklarında bir divan kurarlardı⁵²⁵. Bu görevlilerin en önemlilerinden biri olan veziriazamın, önceleri kendi konağında daha sonra ise sarayda kendisine tahsis edilen resmi dairede kurduğu bir divan ise işlevi itibariyle diğerlerinden daha fazla öne çıkmaktadır⁵²⁶. Zira bu Divan, hem padişahın mutlak vekili olan veziriazamın görev alanına giren işlere baktığı, hem de Divan-ı Hümayun'da öğle saatine kadar karara bağlanamayıp yarım kalan veya

⁵²⁴ İnalçık, 1988, a.g.m., s.34-45; Şentop, 2005, a.g.k., s.127; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2149; Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, a.g.k., C.1, s.217: Peçevi'nin aktardığı üzere Halep'de yaşanan bazı yolsuzluklar için "ulema, erdemli kişiler ve halk" padişaha dilekçe ile şikâyetle bulunmuşlardır.; BOA, A.{DVNSMHHM.d...40/527: 4.09.987 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Ümmühani Hatun, eski Anadolu kazaskeri ile üvey oğlunun düzenledikleri sahte alacak senedi nedeniyle bir dava kaybetmiştir. Ümmühani tarafından yapılan şikâyet sonucu Divan-ı Hümayun'da gerçekleştirilen inceleme neticesinde hükmün sahte belgeye dayanması nedeniyle davanın tekrar görülmesi, İstanbul kadısından istenmektedir. Bu belge eskiden ulema gibi itibarlı bir sınıfın üst konumlarında görev yapmış bir kişinin dahi Divan-ı Hümayuna şikâyet edilebileceğini, bu itibarla da Osmanlı Hukuk sisteminin sahip olduğu hak arama özgürlüğü anlayışının oldukça gelişmiş olduğunu göstermektedir. BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 82-341: 10-10-1027 tarihli mühimme defteri kaydında Kayseri'de ehl-i örf tarafından rencide edilen zımmi reaya Kiriko'nun rencide ettirilmemesi belirtilmiştir. Bu kayıt sadece zulm gibi ağır fiiller için değil ehl-i örfden kaynaklı her tür baskı için bölge halkının merkeze başvurup yerel yöneticileri şikâyet edebileceğini göstermektedir. Bu örnek Osmanlı Hukuk sisteminin, hukuk devleti ilkesinin temellerinden birisi olan hak arama özgürlüğü açısından çağının oldukça ilerisinde olduğunu tekrar ortaya koyar.; BOA, A.{DVNSMHHM.d... / 35-830: 26-08-986 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında geceleri adam öldürüp yağma edenlerden kimilerinin delil yetersizliği sebebiyle cezalandırılmadığı, ikrar eden kimilerinin ise fetva getirmeleriyle birlikte serbest bırakıldıkları yönünde bir şikâyet merkeze bildirilmiştir. Bu şikâyetin konusu bölge kadısı ve naiblerinin karar ve işlemleridir. İlgili kayıt, olayın eğer önceden şer ile sonlandırılmamışsa bu davanın şer'le görülmesini Antalya beyine ve kadısına hükmetmektedir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d.../80-1202: İlgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere bir zımmi, elindeki fetvaya rağmen babasından kendisine intikal eden bahçeye, mahkeme kararı olmaksızın el koyulduğunu Divan-ı Hümayun'a şikâyet etmiştir. Görüldüğü üzere hak arama özgürlüğüne zımmiler de dâhil bütün Osmanlı tebaası sahiptir.; İnalçık, 1967, a.g.m., s.50-51: İnalçık'ın belirttiği üzere Divan-ı Hümayun'un en önemli görevlerinden birisi şikâyet dinlemektir. Orhan Gazi ve II. Murad, yüksek bir yerden halkın şikâyetlerini düzenli olarak dinlemişlerdir. Padişahların şikâyet dinleme görevlerini ihmal etmeleri, Osmanlı geleneğinde tepki doğuran bir durumdur. Diğer taraftan Selânikî'ye göre, hicri 999 yılında Galata'dan bir gurup denizden kayıklarla padişahın karşısına gelip, Galata kadısını şikâyet etmişlerdir.; Uluçay, 2016, a.g.k., s.351-352: Yerel yöneticilerin bölge halkından karşılıksız zorla mal alması üzerine Divan-ı Hümayun'a şikâyetle bulunulmuştur.; Selçuk Özçelik (1955). İslam Hukukuna Göre Fert ve Devlet Münasebetleri, Gönensay'a Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.549; İslam Hukuku'nda devlet bireyin mutluluğu için vardır. Bu anlayış Osmanlı Hukuk sistemine de yansımıştır. Nitekim her Osmanlı tebaasının şikâyet hakkı vardır. Bu hakkı kullanarak idari veya yargısal denetim yollarını çalışırabilir. Diğer taraftan yukarıda belirttiğimiz üzere kadı hükmünün hukuki denetimi için hüküm aleyhine olan taraf Divan-ı Hümayun'a başvurabilmektedir. Bilindiği üzere günümüz de hüküm lehine olan taraf da olağan veya olağan üstü kanun yollarına başvurabilir. Gerekli bilgi için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut (2014). Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: BETA Basım A.Ş, s.777-783; Pekcanitez, 2017, C.3, s. 2215, 2286.

⁵²⁵ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.260.

⁵²⁶ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.261-262.

vakit yetmediği için hiç görüşülemeyen konuları sonuçlandırdığı için yetkili olduğu alan itibarıyla oldukça önemlidir⁵²⁷. İkinci vakti toplanan bu divana; İkinci Divan'ı denilmektedir⁵²⁸. Divan-ı Hümayun'nun ardından ikinci sırada gelen bu Divan, zamanla Divan-ı Hümayun'un zayıflamasıyla birlikte iyice güçlenerek merkezdeki en önemli kurul haline gelmiştir⁵²⁹.

Bu dönemde de yine padişahın iradesi esastır ancak padişah Divan-ı Hümayun'u denetlediği gibi bu divanı denetleyememektedir⁵³⁰. Örneğin arz yolu ve kafes arkası denetimi bu divanda yoktur. Veziriazam, padişaha kararların bir özetini bildirmekle yetinir⁵³¹. Böylelikle en başta veziriazam olmak üzere üyeler, padişahın otoritesini Divan-ı Hümayun'daki kadar yoğun bir şekilde üzerlerinde hissetmezler. Bu nedenle İkinci Divan'ının, Divan-ı Hümayun'un yerine geçmesiyle birlikte padişah, iradesini ilk zamanlardaki kadar etkili bir şekilde devlet yönetimine yansıtamamıştır. Ancak teoride kendisi, halen bütün gücün toplandığı kişidir.

Diğer taraftan ilgili nispi özgürlük, padişahın iradesinden bağımsızlaşması oranında İkinci Divan'ında yapılan yargılamalar için olumlu bir gelişme niteliğindedir. Ancak İkinci Divan'ında yapılan örfi yargılamalar da Divan-ı Hümayun'da olduğu gibi veziriazam tarafından gerçekleştirilmiştir⁵³². Şayet şer'i alana ilişkin bir yargılama gerçekleştirilecekse bu durumda genel kural gereği üst derecede bir kadının divanda yer alması gerekir veya ilgili şer'i dava, hüküm vermesi için bu kadıya yahut bu kadı'nın yer aldığı başka bir kurula sevk edilir⁵³³.

3.1.3. Cuma divanı

Sadece yargılama işlevini yerine getirdiği için Huzur Mürafaası⁵³⁴ olarak da adlandırılan Cuma Divanı; veziriazam başkanlığında Paşakapısında toplanırdı⁵³⁵. Bu toplantıya katılan Anadolu ve Rumeli Kazaskerleri, Cuma Divanı'na taşınan ilgili davalara ilişkin yargılama yapıp karar verirlerdi⁵³⁶. Söz konusu divanda yapılan yargılamaların amacı ise önceden verilmiş kadı kararlarının hukuki denetimiydi⁵³⁷. Tanzimat sonrasında bu divanın, mahkeme kararlarına karşı gidilebilen bir üst mahkeme niteliğinde olması, söz konusu divanın klasik dönemde daha çok

⁵²⁷ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.261.

⁵²⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.212; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.15.

⁵²⁹ Mumcu, 1976, a.g.k., s.142-145; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.261.

⁵³⁰ Mumcu, 1976, a.g.k., s.144-145.

⁵³¹ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.261.

⁵³² Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.137; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.212.

⁵³³ Mumcu, 1976, a.g.k., s.146.

⁵³⁴ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.138-139; Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.444 "huzûr: 1.hâzır bulunma"; Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.797 "mûrafaa: mahkemeye verme; mahkemeye getirtme; duruşma; yüzleşerek mahkeme olunma.

⁵³⁵ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.212; Ekinci, 2001, a.g.m., s.998; Şentop, 2005, a.g.k., s.113, 132.

⁵³⁶ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.157; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.262.

⁵³⁷ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.215; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.262; Ekinci, 2001, a.g.m., s. 998; Şentop, 2005, a.g.k., s.132; Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342.

bir denetim mahkemesi gibi çalıştığını gösteren önemli bir veridir⁵³⁸. Nitekim kimi davaların, Çarşamba Divanı'ndan, Cuma Divanı'na taşındığı görülmektedir.

Divan-ı Hümayun'da gözlemlenen genel kural, bu divanda da geçerlidir. Nitekim şer'i alandaki davalar kazaskerlerce çözülürken, örfi alandaki davalar yine veziriazam tarafından hükme bağlanmıştır⁵³⁹. Şer'i alan açısından kadıların hâkimiyeti bu divanda da devam etmektedir. Ancak dikkat edileceği üzere Divan-ı Hümayun'da olduğu gibi bu kurulda da şer'i yargılama, veziriazamın başkanlığında toplanan bir mecliste, yani veziriazamın huzurunda gerçekleşir.

Söz konusu merkez divanlarında yargı organı açısından vezir-i azamın tek görevi danışmanlık değildir. Zira vezir-i azam bu divanlarda kazasker üzerinde idari bir denetim de gerçekleştirir⁵⁴⁰. Kazaskeri idari yönden denetlemeye yetkili olan veziri azamın yargılama aşamasında mevcut bulunması, bir taraftan onun hukuka aykırı hareket etmekten kaçınmasını sağlarken, diğer taraftan da hüküm verecek iradesi üzerinde tesirde bulunmaktadır. Bu durum zaten mesleki güvencesi olmaması sebebiyle merkezi otoritenin etkisine açık olan kazaskerin bağımsızlığını iyice zedelemektedir.

3.1.4. Çarşamba divanı

Çarşamba Divanı'ı; İstanbul, Galata, Eyüp ve Üsküdar kadılarının, veziriazamın başkanlığında her Çarşamba toplandıkları bir divandı⁵⁴¹. Bu kurulda daha çok yargılama faaliyeti gerçekleştirilmekteydi⁵⁴². Yine Cuma divanında olduğu gibi bu divandaki yargılamaların amacı da önceki kadı hükümlerinin hukuki denetimidir⁵⁴³.

Yukarıda belirttiğimiz ilgili genel kural, bu divan açısından da geçerli olmuş ve örfi davalar veziriazam tarafından çözülürken şer'i davalar kadılarca hükme bağlanmıştır⁵⁴⁴. Yani şer'i alandaki kadıların hâkimiyeti, kazaskerden daha düşük statüdeki kadılar açısından bile halen devam etmektedir. Ancak yine dikkat edileceği üzere bu yargılamalar da Divan-ı Hümayun ve Cuma Divanı'ndaki yargılamalarda olduğu gibi veziriazamın huzurunda gerçekleşir.

3.1.5. Kazasker Divanı

Yukarıda açıkladığımız üzere Anadolu ve Rumeli kazaskerleri de kendilerine ait konaklarda divan kurup, şer'i ve örfi yargı işlerine bakarlar⁵⁴⁵.

⁵³⁸ Ekinci, 2001, a.g.m., s.999.

⁵³⁹ Mumcu, 1976, a.g.k., s.147.

⁵⁴⁰ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.157, s.238.

⁵⁴¹ Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.140.

⁵⁴² Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.262.

⁵⁴³ Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342; Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.215.

⁵⁴⁴ Mumcu, 1976, a.g.k., s.149; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.212.

⁵⁴⁵ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.157; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.16; Şentop, 2005, a.g.k., s.135-147.

3.1.6. Taşra Divanları

Osmanlı Devleti’nde veziriazam veya diğer vezirler, seferler sırasında geçtikleri yerlerde divan kurup, ilgili bölge kadısının katılımıyla dava dinleme yetkisine sahipti⁵⁴⁶. İlgili divanlar, bu merkezi görevli vasıtasıyla padişahın iktidarını taşraya taşımaktaydı.

Diğer taraftan taşrada beylerbeyinin başkanlığında “Eyalet Divanları” kurulmuştur⁵⁴⁷. Bu divanlarda da kadılar yer almış ve yapılan şikâyetler üzerine dava dinlenilmiştir⁵⁴⁸. Söz konusu divanlar, merkez divanın taşradaki yansımaları niteliğindedirler. Aynı şekilde idari bir görevli olan sancak beylerinin başkanlığında, sancaklarda kurulan divanlarda da dava dinlenilmiştir⁵⁴⁹.

Bu divanların hepsinde birden kadı yer almaktadır. Bilindiği üzere şer’iyye mahkemelerinin, bugün ki mahkemeler gibi resmi bir binası olmadığı için genellikle kadı konağı olmak üzere⁵⁵⁰, cami, medrese gibi farklı mekânlarda yargılama faaliyeti gerçekleştirilirdi⁵⁵¹. Söz konusu divanlar da bu mekânlardan biridir. Diğer taraftan yukarıda değindiğimiz üzere İslam Hukuku hem hukuki alanda, hem de teknik alanda kadının danışma ilkesini kullanmasını öngörmüştür. Taşrada gerçekleşen olaylara hâkim olan devlet görevlilerinin katıldığı bu divanlarda söz konusu ilkenin gerçekleştirilmesi için en uygun mekânlardır. Bu veriler göz önüne alınırsa ilgili divanlarda yargılama yetkisinin aslen yine kadıya ait olduğu söylenebilir. Nitekim Üçel ve Aybet de hiçbir cezanın kadı kararı olmaksızın uygulanamayacağını belirtmiştir⁵⁵². Diğer taraftan belirtmek gerekir ki söz konusu idari görevlilerin bu mahkemede varlığı bile yargı bağımsızlığını zedeler.

3.2. Şer’iyye Mahkemeleri

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki kurul şeklinde toplanan divanlarda mevcut bulunan örfi - şer’i dava ayrımı şer’i mahkemelerin yargılamasında yoktur. İster örfi hukuk kaynaklı isterse şer’i hukuk kaynaklı olsun taşradaki bütün davalara esasen şer’i mahkeme, yani kadı bakar⁵⁵³. Osmanlı yargı sistemi içerisinde örfi davalara bakması için ayrı bir mahkeme oluşturulmamıştır⁵⁵⁴. Nitekim Osmanlı’da bazı hukuki belgelerde kadıya, şer ve kanuna uygun olarak hüküm vermesi öğüt edilmektedir⁵⁵⁵. Yani kadı, önüne gelen uyuşmazlığı çözerken, hem

⁵⁴⁶ Aydın, 2017, a.g.k., s.88; Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342.

⁵⁴⁷ Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342.

⁵⁴⁸ Mumcu, a.g.k., 1976, s.152-153; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.219.

⁵⁴⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s. 220.

⁵⁵⁰ Taş, 2014, a.g.k., s.151-152.

⁵⁵¹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.224.

⁵⁵² Üçel-Aybet, 1994, a.g.m., s.2152.

⁵⁵³ Aydın, 2017, a.g.k., s.79; Çağatay, 1994, a.g.k., s.660; Sivrikaya, 1972, a.g.m., s.139 .

⁵⁵⁴ Aydın, 2017, a.g.k., s.80.

⁵⁵⁵ Heyd, 1984, a.g.m., s.640.

şer'i hukuk hükümlerini hem de örfi hukuk hükümlerini dikkate alarak yargılama yapacaktır. Bu nedenle de örfi hukuk hükümlerinin kaynağı olan padişah iradesini bir metin halinde yansıtan fermanlar ve bu fermanların bir araya getirilmesi ile oluşan kanunnameler, adâletnâmeler ve benzeri belgeler, kadıların yararlanması için onlara da gönderilmektedir⁵⁵⁶.

3.2.1. Tarihi Gelişimi

İslam Devletinin ilk zamanlarında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar, önceleri Hz. Peygamber tarafından ve onun ardından ise ilk Dört Halife tarafından çözümlenmekteyken, gerek bu dönemler içerisinde gerekse ileriki süreçte, devletin topraklarının her geçen gün daha fazla genişlemesiyle beraber yargılama yapılması gereken hukuki uyuşmazlıklar, tek bir kanaldan çözümlenemeyecek boyutlara ulaşmıştır⁵⁵⁷. Bu nedenle yargılama faaliyetinin bir örgütlenme çerçevesinde bütün İslam Devleti topraklarına yayılması gereği doğmuş ve yargılama fonksiyonunun, Halifenin yanı sıra, halife naibi sıfatındaki devlet görevlileri tarafından da yerine getirilmesi yöntemi benimsenmiştir⁵⁵⁸. Bu görevlilerin yargılama yapabilme yetkileri halifeden kaynaklanmakta, onlar halife adına yargı yetkisini kullanmaktadır⁵⁵⁹. Söz konusu yetki devrinin sebebi ise ülke topraklarının genişliği itibarıyla halifenin, bütün hukuki uyuşmazlıkları çözebilmesi noktasındaki fiziki imkânsızlıktır⁵⁶⁰. Böylelikle ilk önce illerin valileri hukuki anlaşmazlıklara bakmaya başlamış, ardından da sadece bu işe bakması için devletin merkezi dışındaki bölgelere kadılar atanmıştır⁵⁶¹. Her ne kadar İslam Hukuku teorisinde yargı yetkisi halifeye ait olsa da uygulamada halife bu yetkiyi bizzat kullanmamış ve kural olarak yargı alanını kadılara bırakmıştır⁵⁶². Osmanlı uygulaması da özellikle şer'i yargı alanında bu yönde gelişim göstermiştir.

3.2.2. Yapısı

Osmanlı taşra örgütünün temel yapısı da İslam Devletlerinde olduğu gibi ülke topraklarının genişliğinden kaynaklanan fiziki imkânsızlığı gidermek amacıyla, taşrada yer alan görevliye yetki devri esasına dayanmaktadır. Zira yürütme ve yargı yetkisi merkezde Osmanlı padişahının tahtında toplanmasına rağmen padişah, bu yetkilerini taşraya götürebilmek için kimi devlet görevlilerinin yardımına ihtiyaç duymaktaydı. Taşradaki bu görevliler aslında padişaha ait olan

⁵⁵⁶ Aydın, 2017, a.g.k., s.80.

⁵⁵⁷ Ortaylı, 2017, a.g.k., s. 19; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.100; Halit Ongan (1958). Ankara'nın 1 Numaralı Şer'îye Sicili. Ankara: Türk Tarih Kurumu, s.XXI-XXII.

⁵⁵⁸ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.20; Melikşah Aydın (2016). İslam ve Osmanlı Hukuku'nda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri. Ankara: Adalet Yayınevi, s.29-32; Fahrettin Atar (2001). "Kadı", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.24, s.66-67.

⁵⁵⁹ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.20; Fendoğlu, 1996, a.g.k., s.78.

⁵⁶⁰ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.20.

⁵⁶¹ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.100.

⁵⁶² Fendoğlu, 1996 a.g.k., s.77-78.

yürütme ve yargı yetkilerini kendi sıfatlarının elverdiği ölçüde, padişah adına, padişahın bir naibi olarak kullandılar.

Padişahın yürütme yetkisini taşraya taşıırken yardımını aldığı devlet görevlileri: Beylerbeyi, Sancakbeyi, Subaşı gibi görevlilerdir. Bu görevliler “ehl-i örf” sınıfı içerisinde yer alırlar⁵⁶³. Diğer taraftan “ehl-i şer” sınıfı içerisinde yer alan diğer bir görevli de padişahın yargı yetkisinin taşraya taşınmasına yardım etmektedir. Bu görevli Osmanlı yargı sisteminin temelini oluşturan Kadı’dır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere padişaha ait olan yargı yetkisi, İslam Hukuku uygulamasında olduğu gibi Osmanlı uygulamasında da kadılara bırakılmıştır⁵⁶⁴.

3.2.3. Kadı

Kadı, her İslam devletinde olduğu gibi Osmanlı İmparatorluğunda da hukuki yapının en önemli parçasıdır⁵⁶⁵. Nitekim kadılar, mevcut hukuki uyuşmazlıklara ilişkin hüküm verecek olan görevlilerdi⁵⁶⁶. Bu görevleri itibariyle onların kadı olarak ifade edilmesi doğru olacaktır. Diğer taraftan kadılar, bölge halkına bir din görevlisi gibi İslamiyet’in yükümlülüklerini hatırlatmakta, bir taraftan da bölgedeki din görevlilerini tayin etmektedir⁵⁶⁷.

Kadılar medreselerde yetiştirilir ve bu medreselerin müderrisleri de önemli kadılıklara getirilir⁵⁶⁸. En kıdemli iki kadı Anadolu ve Rumeli kazaskerleriyken, onların hemen ardında yer alıp yükselme şansı daha çok olan en itibarlı kadılar İstanbul, Edirne, Bursa ve Kahire kadılarıdır ve onların hemen ardından da Şam, Halep ve Bağdat kadıları gelmektedir⁵⁶⁹. Ebussuud Efendi’nin şeyhülislamlığında da görüldüğü üzere müderrislikten bu büyük şehirlerin

⁵⁶³ Aydın, 2017, a.g.k., s.79.

⁵⁶⁴ Ekinci, 2001, a.g.m., s.962; Şeref Ünal (1994). Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı. Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, s.27.

⁵⁶⁵ Imber, 2004, a.g.k., s.11; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.224.

⁵⁶⁶ BOA, A.{DVNSMHM.d...100/327: İlgili mühimme defteri kaydında Rumeli kazaskerinden, Samakov kazası kadısının davalarda müsamahakar davrandığı için görevinden azledilmesi istenmiştir. Anlaşılabacağı üzere Osmanlı Hukuk sisteminde kadınların adil davranmalarına çok dikkat edilmiştir. Nitekim hoşgörölü davranıp bazı hataları görmezden gelen Samakov kadısı görevinden alınmıştır.; Ebussuud Efendi, 2013, Maruzat, s.130: “*Esahh-ı akvâl ile amel eyleyesün deyû berâtında mukayyed olan kâdı kavî-i za’if ile amel eylese hükmi nâfiz olur mu? el-Cevâb: Gâyet za’if olursa olmaz.*” Ebussuud Efendi’nin ilgili fetvasından da anlaşılabacağı üzere kadınların açık hükümlere dayanarak, adil kararlar vermeleri gerektiği onların atama beratlarında belirtilir. Nitekim söz konusu kadının beratında, kuvvetli hükümlere göre hareket etmesi gerektiği yer almaktadır.

⁵⁶⁷ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.434: Nitekim ilgili kayıta kadı mahkemesi mahallelerde namaz kılmayanların isimlerini tespit etmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.95, 142: Üveys Fakih b. Abdullah Salihli köyüne, Hüseyin Fakih b. Durmuş ise Pelidli köyüne imam tayin edilmiştir.

⁵⁶⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.224.

⁵⁶⁹ Imber, 2004, s.11; BOA, A.{DVNSMHM.d...69/116: İlgili mühimme defteri kaydında, Rumeli Kazaskeri Ahmed Ensari’nin eskiden Mısır kadısı olduğu belirtilmiştir.; Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, a.g.k., C.1, s.321: Molla Cafer Efendi, medresede müderris olarak çalıştıktan sonra Şam kadısı olmuş, ardından Anadolu Kazaskerliği’ne atanmıştır.

kadılıklarına getirilen kişiler, önce kazaskerlik makamına yükselebilir ve ardından da padişahın atamasıyla birlikte şeyhülislamlık makamına gelebilirler⁵⁷⁰.

3.2.3.1. Yardımcıları

3.2.3.1.1. Naibler

Naibler, kadı tarafından belirli bir işi yapmaları için veya belirli bir süre ya da belirli bir bölge ile sınırlı olarak atanan yardımcılardır⁵⁷¹. Bunlar içerisinde belirli bir işi yapmak için atanan yardımcılar, genellikle keşif, inceleme gibi yargılama süresince yapılması gereken bazı hukuksal işlemleri yerine getirirken; belirli bir süre için atanan naibler, kadı'nın olmadığı durumlarda vekâleten kadı'nın görevini icra ederler⁵⁷².

Padişahın vekili olarak yargı görevini yürüten kadı⁵⁷³, bu durumda kendisine, tıpkı kendisinin tayin edildiği gibi bir vekil tayin etmektedir⁵⁷⁴. Naib denilen bu vekil, kadı'nın bütün yetkilerini kullanabileceği için tarafsız olmalıdır ve bunun için görevli oldukları yerel birim dışından seçilmelerine dikkat edilir⁵⁷⁵.

Diğer taraftan naiblik kurumunun sağladığı vekâleten görevi devretme olanağı, kimi zaman kadılar tarafından kötüye de kullanılmıştır. Zira zamanla, Osmanlı topraklarının uzak bir noktasına kadı olarak görevlendirilen devlet görevlisinin, görev bölgesine gitmek yerine İstanbul'da kalarak yerine bir naib görevlendirmesi yönünde gelişen bir uygulama ortaya çıkar⁵⁷⁶. Bu uygulama nedeniyle bir taraftan asıl görevli olan kadı'dan daha az nitelikli kişiler yargılama faaliyetini sürdürürken, diğer taraftan da aldığı harcın bir kısmını kadı'ya gönderecek olan naibler, daha fazla harç geliri elde etmek için görevlerini kötüye kullanmaya başlamışlardır⁵⁷⁷.

⁵⁷⁰ Imber, 2004, a.g.k., s.14-20.

⁵⁷¹ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.121-122; Aydın, 2017, a.g.k., s.83; Ekinci, 2001, a.g.m., s.963; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.127.

⁵⁷² Aydın, 2017, a.g.k., s.83; Çöpoğlu, 2009, Bolu Şer'iyе Sicili, s.71: Bolu kazasına tayin olunan Edirne Kadısı Mehmed Efendi yerine naib tayin edilmesine ilişkin kayıt hem naibin kadı vekili olduğunu göstermekte hem de kadının yer yönünden yetki bölgesinin kaza olduğunu vurgulamaktadır.

⁵⁷³ Bilmen, 2013, a.g.k., C.8, s.222.

⁵⁷⁴ Atar, 2001, İslâm Ansiklopedisi, C.24, s.66; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.232; BOA, A.{DVNSMHM.d... / 28-609: 25-07-984 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Nevrekop kadısına, yalan yere emir ve fetvalar yazdığı iddia edilen naibi Alaeddin'in suçunun sabit olması durumunda azledilmesi gerektiği bildirilmiştir. Yargı yetkisinin asıl sahibi padişahdır. Bilindiği üzere Divan-ı Hümayun da padişahın divanıdır. Bu Divan'dan çıkan her hüküm onun iradesini yansıtır. Bu durumda söz konusu hüküm ile yargı yetkisinin asıl sahibi padişah, vekili kadıya, kadı tarafından vekil tayin edilen naibin görevden alınmasını emretmektedir. Böylece ilgili talimat, bu üç devlet görevlisi arasında idari bir hiyerarşi olduğunu iyi bir şekilde yansıtır.

⁵⁷⁵ Aydın, 2017, a.g.k., s.83; Akman, 2004, a.g.k., s.44; Ekrem Buğra Ekinci (2001) Ateş İstidası İslam-Osmanlı Hukuku'nda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.86-87.

⁵⁷⁶ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.114; Aydın, 2017, a.g.k., s.83; Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.239; BOA, A.{DVNSMHM.d...100/323: İlgili mühimme defteri kaydında Payas halkı, İstanbul'da oturan bölge kadısının, bizzat gelmeyip bir naib atadığını bildirmişlerdir.

⁵⁷⁷ Aydın, 2017, a.g.k., s.83.

Ayrıca kadı, görevli olduğu bölgenin büyüklüğünden ve bu bölge içerisindeki her karış üzerinde görevli olmasından dolayı, atandığı kaza veya sancağın her nahiyesine bir naib tayin ederek, bu bölgedeki görev ve yetkisini naibleri aracılığı ile yerine getirir⁵⁷⁸. Naibler faaliyet gösterdikleri nahiyenin dâhil olduğu kaza veya sancağın kadısının hiyerarşisi ve denetimi altında görevlerini icra ederler⁵⁷⁹. Bu denetim sayesinde, İstanbul'dan Osmanlı toprağının bir ucuna vekâleten naib atanması usulünün getireceği sıkıntılar, kendi görev bölgesinde görevinin başında olan kadı tarafından nahiyelere atanan ve bu kadı'nın denetimi altında olan naiblerin faaliyetleri sırasında yaşanmaz.

3.2.3.1.2. *Kassâmlar*

Kadıların görevlerinden biri de ölenin terekesini yani geride bıraktığı mirasını, İslam Hukuku esasları doğrultusunda mirasçılara taksim etmektir⁵⁸⁰. İşte kassâmlar da mirasbırakanın terekesini kadı adına taksim ederler⁵⁸¹. Bu taksim karşılığında harç olarak mirasbırakanın terekesinden belirli bir oranda pay alırlar⁵⁸². Bu sebeple mirasbırakanın terekesinin taksiminin kimin görev alanına girdiği, kadılar ve kazaskerler arasında tartışma konusu olmuştur⁵⁸³.

Diğer taraftan kadıların belirli bir süre ile sınırlı olarak kadılık yapacak olmaları, gelecek kaygısı nedeniyle bu görevin kimi zaman kötüye kullanılmasına neden olur. Nitekim kadılar, görevleri bittikten sonra yeterli gelirlerinin olmayacağından korktukları için veya yeterli malvarlıkları olmasına rağmen sırf kişisel hırslarından dolayı, görev süreleri boyunca olabildiğince çok miras taksim etmek istemişler ve herhangi bir talep gelmemesine rağmen, ölmüş kimselerin yakınlarının kendilerine başvurmaları için çaba göstermişlerdir⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.232; Ortaylı, 2017, a.g.k., s.44; N. Abacı (2001). Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması. Ankara: Başbakanlık Basımevi, s.59; Akdağ, 2010, a.g.k., s.288; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2149.

⁵⁷⁹ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.44.

⁵⁸⁰ Aydın, 2017, a.g.k., s.84.

⁵⁸¹ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.124; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.128.

⁵⁸² Akgündüz, 1990, a.g.k., s.232; BOA, A.{DVNSMHM.d.../7-1661: 07.01.976 tarihli mühimme defteri kaydında, askeri sınıf üyelerinin miras taksimi işlerinin kazasker kassamları tarafından yapılması gerekirken Mısır kadısı kassamı tarafından yapılması, usule aykırı bulunmuş ve bundan sonra ilgili taksim işinin Anadolu Kazaskeri kassamı tarafından yapılması istenmiştir. Ayrıca ilgili kayıttan bu taksim işinden kadı ve kazaskerlerin belli bir oranda gelir elde ettikleri de anlaşılmaktadır.

⁵⁸³ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.124-127; Uzunçarşılı, 1984, a.g.k., s.230; BOA, A.{DVNSMHM.d...85/198: 10.08.1040 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Şam'da vefat eden askeri sınıf üyesi Rikabzâde'nin mirasını askeri kassama bırakmayıp kendisi taksim eden Şam kadısından aldığı ücretin geri alınarak Anadolu Kazaskeri adına onun askeri naibine verilmesi ve bundan sonra da askeri sınıfın işlerine toprak kadılarının karışmaması istenmiştir. Görüldüğü üzere askeri sınıf ile ilgili hukuki olaylar kazaskerlerin görev alanı içerisinde.

⁵⁸⁴ Aydın, 2017, a.g.k., s.85.

3.2.3.1.3. *Kâtipler*

Kadı'nın yargılama faaliyetini icra ederken ona yardımda bulunan diğer görevliler kâtiplerdir. Kâtipler, yargılamaya ilişkin hukuki metinleri oluşturan ve kadı tarafından verilen kararları yazılı hale getiren mahkeme görevlileridir⁵⁸⁵.

3.2.3.1.4. *Kadı'ya yardım eden kolluk görevlileri*

İlk olarak belirtmek gerekir ki Osmanlı taşrasındaki yargı örgütünün başı olan kadı, yerine getirdiği fonksiyonun bir gereği olarak, verdiği kararları icra edecek olan devlet görevlileriyle yakın bir ilişki içerisinde⁵⁸⁶. Zira kadı'nın yaptığı yargılamaya anlam kazandıracak, onun vermiş olduğu kararları icra edecek olan, bu görevlilerdir. Mahkeme kararlarını merkezde çavuşlar, taşrada ise subaşılar icra eder⁵⁸⁷. Diğer taraftan kadı bünyesinde günümüz savcılık makamını da barındırır⁵⁸⁸. Bu görevi muhızır denilen görevli aracılığıyla⁵⁸⁹ yerine getiren kadı, soruşturma aşamasında muhızırları birer adli kolluk olarak kullanır⁵⁹⁰.

Kolluk görevlileri taşradaki mahkemelerin tamamlayıcısı niteliğindedirler. Ancak padişahın yürütme fonksiyonunu taşraya taşıyan bu görevliler ile kadı arasında her hangi bir hiyerarşi yoktur⁵⁹¹. Onların kadı ile girmiş oldukları ilişki bir altlık üstlük ilişkisi değildir. Taşradaki yargı örgütünün başı ve bu itibarla da mahkeme görevlilerinin hiyerarşik amiri olan kadı, ilgili devlet görevlilerinin ise amiri değildir. Ancak onların yardımına da ihtiyaç duymaktadır.

Kadı'nın bu alandaki en önemli yardımcısı yukarıda belirttiğimiz işlevi yerine getiren Subaşı'dır⁵⁹².

Subaşılar, hem suç işlenmesini önlemek, hem de suç işleyenleri yakalamak ile görevlidir⁵⁹³. Subaşı suç işlenmesini önlemek amacıyla gerçekleştirdiği işlemler itibariyle, idari kolluk faaliyeti yürütürken, suç işleyenlerin yakalanması çerçevesinde yerine getirdiği işlemler açısından ise adli kolluk faaliyeti yürütmektedir.

⁵⁸⁵ Abacı, 2001, a.g.k., s.62; Akdağ, 2010, a.g.k., s.289.

⁵⁸⁶ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.49.

⁵⁸⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.232; Abacı, 2001, a.g.k., s.65.

⁵⁸⁸ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.245; Sivrikaya, 1972, a.g.m., s.140.

⁵⁸⁹ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.232.

⁵⁹⁰ Akdağ, 2010, a.g.k., s.289.

⁵⁹¹ Aydın, 2017, a.g.k., s.81.

⁵⁹² Gerber, 1989, a.g.k., s.283; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s.2153; Akdağ, 2010, a.g.k., s.290.

⁵⁹³ Akdağ, 2010, a.g.k., s.291; Diğer taraftan günümüz hukuk sisteminde adli kolluk ve idari kolluk faaliyetleri aynı personel bünyesinde birleşmiştir. Bu nokta da akıllara getirilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler (2012). İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.580-583; Ramazan Çağlayan (2015). İdare Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, s.281; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan (2011). İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, C.1, s.599; Ender Ethem Atay (2012). İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s.645.

Subaşılar bulundukları taşra bölgesinin asayişinden sorumludurlar⁵⁹⁴. Merkez yürütme organlarından gelen emirleri yerine getirir, kadı'nın hükümlerini icra eder, kadı kararıyla suçluluğu sabit olanlara ilgili ceza kararını uygular, suç şüphelilerini yakalar, suç işlenmesini önlemeye çalışırlar⁵⁹⁵. Günümüzdeki infaz sisteminin aksine, yargıcın hükümlerini icra edecek infaz teşkilatı yargı teşkilatının içerisinde değildir⁵⁹⁶. İster borçluya isterse suçluya yönelik olsun, bütün icra ve infaz işlemleri kadının hükmünün geçerli olduğu kazada yer alan devlet memurlarınca gerçekleştirilir⁵⁹⁷. Beylerbeyi, sipahi, subaşı gibi idari görevlilerinin bulunduğu ehl-i örf, şikâyet üzerine veya şikâyet gerekmeyen suçlarda kendiliğinden, ilgili suçun şüphelisini yakalayıp kadı huzuruna getirmektedir⁵⁹⁸. Anlaşılabacağı üzere ehl-i örf içerisinde yer alan bu devlet görevlilerinin yargıya ilişkin görevleri, sadece kolluk ve infaz faaliyetleri ile sınırlıdır⁵⁹⁹. Yargılama faaliyetini yerine getirecek ve bu faaliyet sonucunda hüküm verecek devlet görevlisi ise kadı veya kadı'nın vekili olan naiblerdir.

3.2.3.2. Görevleri

3.2.3.2.1. İdari görevleri

İslamiyet'in özünü oluşturan hak ve adalet anlayışı, İslam Devletleri içerisinde kadıların oldukça saygın bir yere sahip olmalarını sağlamıştır. Bu saygınlıklarının asıl sebebi, yargılama fonksiyonunu gerçekleştirmelerinden kaynaklanmakla birlikte, Osmanlı topraklarının yönetiminde sahip oldukları yetki ve görevler de kadıların gücünü artırmıştır⁶⁰⁰. Nitekim Osmanlı kadıları sadece yargılama faaliyeti yapmamakta, soruşturma ve kovuşturma asli görevlerinin yanında birçok idari görevi de yerine getirmektedirler⁶⁰¹. Bu idari hizmet ve

⁵⁹⁴ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.49.

⁵⁹⁵ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.49.

⁵⁹⁶ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.246.

⁵⁹⁷ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.246.

⁵⁹⁸ Aydın, 2017, a.g.k., s.81.

⁵⁹⁹ İnalçık, 1973, a.g.k., s.104.

⁶⁰⁰ Özer Ergenç (1995). Osmanlı Klasik Dönemi Kent Tarihçiliğine Katkı: XVI. Yüzyılda Ankara ve Konya, Ankara: Ankara Enstitüsü Vakfı Yayınları, s.80-88; ; Taş, 2014, a.g.k., s.98; Ongan, 1958, a.g.k., s.XXXIV-XXXVIII.

⁶⁰¹ Imber, 2004, s.11; Aydın, 2017, a.g.k., s.82; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.245; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.83; Demir, 2010, a.g.k., s.18; Gerber, 1981, a.g.k., s.269; Ünal, 1994, a.g.k., s.27; Mühimme Defteri 90, 1993, s.1-2: İlgili mühimme defteri kaydında, ispençenin tahsilatına ilişkin idari emir, Ankara sancağı kadılarına gönderilmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, 2008, s.51, 61, 64: Samandıra'da satılan gıda maddelerinin fiyatları kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Süleyman b. Dizdar'ın kirazı narh fiyatından düşük sattığı kayıt altına alınmıştır. Ahmed b. Mustafa'nın mültezim olması tespit edilmiştir. Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.109, 143, 196, 217, 252-253, 255, 259: Üsküdar bölgesinde ekmeğin fiyatı kadı mahkemesinde belirlenmiştir. Mehmedi, Yayıcı ve Kemal'in ödeyecekleri vergi kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Güdücü Yorgi tasarrufundaki Niğde köyünün Alagöz Todora b. Yorgi'ye mukataaya verildiği kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Bir başka kayıta Evrenos'tan bennak resmi alındığı yer alır. Kocaili sancağı kazalarından sefer için kürekçi ve alatçı talebi de kadı sicillerinde yer almıştır. Aydın köyüne sipahi tayini de kadı mahkemesince kayıtlara geçirilmiştir. Kocaeli mevkufatının, yani hazineye girmesi gereken mali değerın teftişi kadı mahkemesince kayıt altına alınmıştır. ; Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.337-340: İlgili kadı mahkemesi kaydı oldukça dikkat çekicidir. Nitekim Galata'daki gemi reisleri tek tek eşgalleriyle birlikte kayıt altına alınmıştır:

görevleri itibariyle kadılar aynı zamanda birer yerel yöneticidir⁶⁰². Dolayısıyla devletin yürütme organının merkezinden doğrudan doğruya gelen bütün emirleri yerine getirirler⁶⁰³. Merkezden gelen bu emirler, her ne kadar idari görevleri hedef alsa da, kadı üzerinde doğurdıkları etki itibariyle yargı görevine de tesir etmektedirler⁶⁰⁴. Diğer taraftan bütün kadıların göreve başlamaları ve görevden alınmalarında padişahın iradesi etkilidir⁶⁰⁵. Yani kadıların mesleki

“Mahmud Ağa b. Abdullah, (...) uzun boylu, buğday tenli, yüzünün sol yanında eser-i cerh var.

Musa Ağa b. Abdullah, Habeşiyü'l-asl, orta boylu, sol kaşı altında eser-i cerh var. İyice yazıla.

Murad Ağa b. Abdullah, Efrenciyü'l-asl, kara kaşlı, kara gözlü, kısa boylu, açık kaşlı, buğday tenli, sol eli baş parmağı kısa, sağ eli baş ve orta parmaklarında eser-i cerh var, tavâşi, İyice yazıla....”.

⁶⁰² Aydın, 2017, a.g.k., s.82.

⁶⁰³ Ahmet Akgündüz (1988). Şer'îye Sicilleri I. İstanbul: Türk Dünyası Araştırma Vakfı Yayınları, s.39; Aydın, 2017, a.g.k., s.82; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.245; BOA, 1993, 3 Numaralı Mühimme Defteri, s.16, 17: 16 Ramazân 966 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında İstanbul kadısından, Defterdar Kasım Bey'den ve mimardan, inşa olunan camiye getirilen su miktarını bildirmeleri istenmiştir. Bu kayıttan da anlaşılacağı üzere kadı bir belediye başkanı gibi de çalışmakta ve merkez divandan gelen idari emirleri yerine getirmektedir. Aynı tarihli diğer bir mühimme defteri kaydında ise Bursa ve Sultanönü kadılarına, yörüklerden Bursa kasapları için koyun almaları ve ne kadar koyun varsa bildirmeleri istenmiştir.; BOA (1994). 5 Numaralı Mühimme Defteri, Divan-ı Hümayun Sicilleri Dizisi II. Ankara: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, s.3: Gurre-i Muharrem 973 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında Bilecik kadısından, Bilecik madeninde görevlendirilenlerin isimlerinin ve madende ne kadar üretim yapıldığının kayıt edilerek bildirilmesi istenmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.344: Gebze kadısına Gebze pazarındaki mallardan alınacak vergileri konu edinen bir ferman gönderilmiştir. Bu ferman “*Sûret-i hükmi-pâdişâhi*” sözüyle başlamaktadır.; Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.340: Aynı şekilde bir başka kayıt da Gebze Kadısına gönderilen bir ferman da “*sûretü'l-hükmi's-sultânî*” sözüyle başlar. Yani merkez siyasi iktidar, yargı organı mensubu kadıya bünyesindeki idari görevler açısından emirler vermektedir. ; Çöpoğlu, 2009, Bolu Şer'îye Sicili, s.42-43, 125-126, 168-169, 128-131, 225: Askeri sınıf mensubu oldukları için vergi vermek istemeyenlerden vergi alınmasına ilişkin merkezden kadıya ferman gönderilmiştir. Yine aynı sicildeki bir başka kayıt uyarınca satım bedeli ödenmiş olmasına rağmen tahılları teslimden kaçınan reayadan tahılların alınmasına ilişkin ferman kadıya gönderilmiştir. Yine aynı sicilde kadıya, yaşlanan piyadelerin yerine zırhlı asker belirlenmesi için ferman gönderilmiştir. Merkez tarafından kadıya gönderilen bir beratta ise Müftü ve Müderris Mehmed Efendi'nin aynı görevine devam etmesine yönelik bir mevki belirlemesi merkez tarafından kadıya bildirilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHM.d... / 31 – 273: 15-05-985 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Divan-ı Hümayun tarafından verilen kararın, İstanbul kadısı tarafından icra edilmesi istenmektedir. Söz konusu talimat kadı makamının aynı zamanda merkezden gelen emirleri yerine getiren bir idari yönünün de olduğunu göstermektedir.; Ongan, 1958, a.g.k., s.4-5: Kötü işler yapan bazı softaların uzaklaştırılmasına ve içkinin yasaklanarak meyhanelerin kapatılmasına dair iki ayrı ferman Ankara kadısına gönderilmiştir.

⁶⁰⁴ BOA, AE.SAMD.III / 97-9640: 10.06.1130 tarihli kayıta Bafra müftüsü Abdurrahman Efendi'nin yolsuzluk iddiaları sebebiyle Amasya'da yargılanacağı belirtilmiştir. Dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da yargılananın Bafra'da değil Amasya'da yapılacak olmasıdır. Zira bölgedeki etkinliği sebebiyle Bafra'da yapılacak bir yargılama tam olarak tarafsız ve bağımsız olmayabilir. Bu yaklaşım Osmanlı Hukuk sistemi içerisinde yargı bağımsızlığı anlayışının mevcut bulunduğunu gösterecek niteliktedir. Osmanlı Hukuk teorisinde yargının bağımsız olması gerektiği anlayışı mevcuttur. Adâletnâmelerden bu rahatlıkla anlaşılır. Ancak uygulama açısından bağımsızlığın mutlaklığından bahsedilemez. Diğer taraftan hiçbir şekilde bağımsız olmadığı görüşü de vardır. Bu görüş için bkz. Noel J. Coulson (2016). İslam Hukuk Biliminde İhtilaf ve Gerilimler. Çev. Ferhat Koca, Ankara: Ankara Okul Yayınları, s.66; Noel J. Coulson (1957). The State and The Individual in Islamic Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. VI, s.60; Donna E. Arzt (1990). The Application of International Human Rights Law in Islamic States, Human Rights Quarterly, Vol. 12, No.2, s. 207.

⁶⁰⁵ Silahdar Fındıklılı Mehmet Ağa, 1962, a.g.k., s.29; İnalçık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.149; Şentop, 2005, a.g.k., s.72-75; Çelik, 2007, a.g.k., s.22; M. Aydın, 2016, a.g.k., s.191; BOA, A.{DVNSMHM.d...100/327: İlgili mühimme defteri kaydında Rumeli kazaskerinden, Samakov kazası kadısının davalarda müsamahakar davrandığı için görevinden azledilmesi istenmiştir. Kadı, padişahın divanı tarafından görevinden azledilmiştir. Mesleki güvenceden söz edebilmek için kadıların konu edinildiği yargılamaların yürütme organından bağımsız bir

güvenceleri bulunmaz. Kadı, aslında yerelde en önemli saltanat yetkilisi konumundadır. Zira diğer yerel yöneticilerin aksine onun yetkileri arasında yargılama ve hüküm verme de bulunur⁶⁰⁶.

Kadılar, bölgelerindeki vakıfların kurulmasına ilişkin hukuki işlemleri gerçekleştirmekte ve bu vakıfların nizama uygun bir şekilde yönetilmesini denetlemektedir⁶⁰⁷. Alım satım, kira, vasiyetname gibi birçok hukuki işlemin düzenlendiği yer olarak kadı makamı ayrıca bir noter dairesi gibi de çalışır⁶⁰⁸. Hicri 953 tarihli bir kadı beratı uyarınca kadıların görevleri; hukuki ihtilafları çözmek, küçükleri evlendirmek, nikâh kıymak, vasiyetleri yerine getirmek, miras

mahkeme tarafından yapılması gerekir. Görevden alınmalarına da yine yürtümeden bağımsız bir kurul tarafından karar verilmelidir.; İnalçık, 1967, a.g.m., s.51: Selânîki'nin aktardığına göre, Galata ahalisinin denizden kayıkla padişaha yaklaşıp Galata kadısını şikâyet etmeleri üzerine kadı, padişah tarafından görevinden azledilmiştir.; Subhî Mehmed Efendi, 2007, Subhî Tarihi, a.g.k., s.37, 85, 125.

⁶⁰⁶ Imber, 2004, a.g.m., s.11.

⁶⁰⁷ Gerber, 1981, a.g.m., s.272; Aydın, 2017, a.g.k., s.82; BOA, A.{DVNSMHHM.d...92/275: İlgili mühimme defteri kaydında, Ayasofya-i Kebir Evkafı gelirlerinin giderlerini karşılamaması nedeniyle alınacak tedbirler, Rumeli kazaskerine, İstanbul kadısına ve müfettişine bildirilmektedir.; Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.55-58, 60, 63, 64-67, 74, 89-91, 109-113, 132, 138, 176, 278; Ahmed Ağa b. Abdurrahman, Mustafa Bey b. Abdullah, Emine Hatun bt. Hüsâm, Mevlânâ Niksarî Muslihiddin Efendi, Müderris Muslihiddin b. Mahmud ve Nazyürür Hatun bt. Abdullah tarafından kurulan vakıflar kadı mahkemesince tespit edilmiş, ilgili vakıfların işleyişine ilişkin kurallar belirlenmiştir. Aynı şekilde Haydar Bey b. Abdürreâûf'un ve Hâssa terzilerinden Bölükbaşı Hüseyin'in evlerini vakfettikleri de kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Yine Kadı Alâeddin b. Abdurrahman'ın malvarlığının değişik kalemlerine yönelik yaptığı vakıf işlemi ve bu vakfın işleyiş şartları kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Vezir İbrahim Paşa tarafından kurulan vakıflar yine kadı mahkemesince tespit olunmuştur. Hazine kethüdası İsmail Ağa b. Abdürrahim'in vakfiyesi de kadı mahkemesince belirlenmiştir. Merhum Cerrah Hacı Ali'nin vakıf mallarına bakma görevi İbrahim b. Abdullaha'a verilmiştir.

⁶⁰⁸ Imber, 2004, s.11; Aydın, 2017, a.g.k., s.82; Akdağ, 2010, a.g.k., s.288; Gerber, 1981, a.g.k., s.272; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.165, 238; Mehmed Paşa vakfı hamamının Kasım b. Abdullah, dükkanlarının ve bozahanesinin Mezid b. Mustafa tarafından kiralandığı kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Nikola b. Dranos ve Yorgi b. Toma'nın Karagöz Bey yetimlerinin bostanlığını kiraladıkları, kadı mahkemesince tespit edilmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.164; Piri b. İbrahim'in, Abdullah b. Yahşi'den olan alacağının bir kısmını aldığını ikrar etmesi kadı mahkemesince tespit edilmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.142-143, 224, 291: Azledilmiş Şile Kadısı Mevlana Hasan Halife vasiyetini kadı mahkemesine bildirmiştir. Sinan Bey b. Abdullah'ın vasiyeti, kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Hüseyin b. Abdullah'ın vasiyeti kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.168: Koska Mehmed tarafından yapılan vasiyet kadı mahkemesince tespit edilmiştir.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.193, 200: Üveys Bey b. Mustafa Çelebi, Turudcaoğlu Mustafa Rıdvan'ı vekil tayin ettiği, kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Diğer bir kayıta vekâletin feshine ilişkin kadı mahkemesince tespit işlemi yapılmıştır. Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s. 183: Mihri Hatun bt. Ahbed Bey, taşınmaz satışı için Ahmed Bey b. Abdülmennân'ı vekil tayin etmesi kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.139-140, 147, 163, 195, 186, 188, 189: Ferhad Paşa b. Abdülmennân tarafından Rüstem Paşa'nın kızı Ayşe Sultan'a yapılan ev satışı kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Yine Rüstem Paşa'nın kızı Ayşe Sultan tarafından yapılan trampa akdi kadı mahkemesince tespit edilmiştir. İskenderiye sancak beyi Cafer Bey ile Ali Ağa b. Muslihiddin arasındaki taşınmaz satımı da kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Efrati bt. İsak adlı Yahudi kadının, Âbide Hatun bt. Şah Ali Çelebi'ye yaptığı taşınmaz satımı ve hemen ardından yine aynı kişiler arasında söz konusu taşınmaz hakkında yapılan kira sözleşmesi kadı mahkemesince tespit edilmiştir. Mehmed b. el-Hâc Bayram ile Mevlâna Muhyiddin Vakfı arasında yapılan ödünç sözleşmesi ve bu sözleşme için yapılan rehin kadı mahkemesince tespit edilmiştir. İlyas b. Abdullah ve Hasan Bey arasındaki taşınmaz satışı kadı mahkemesince belirlenmiştir. Bunlar gibi daha pek çok ödünç, satım, kira, vasiyet ve benzeri sözleşmelerin tespit edildiğine ilişkin kadı mahkemesi kayıtları bulunmaktadır.; Çöpoğlu, 2009, Bolu Şer'iye Sicili, s.31-36.

taksimi yapmak, gâip ve yetimlerin mallarının idaresini temin etmek, naipleri tayin ve gerektiğinde azletmektir⁶⁰⁹.

Kadı, görev yeri olan Osmanlı taşrasında yürütme organına ait birçok görevi de yerine getirmektedir⁶¹⁰. Bu denli geniş bir alanda faaliyet gösteren kadıların yetkileri, görevli oldukları bölgeye göre bazen daha da genişlemekte, bazen ise daralmaktadır⁶¹¹. Bu itibarla kadı, Osmanlı yargı sisteminin yanı sıra Osmanlı'nın yürütme organı içerisinde de yer alır. Yani kadılık hem yargı fonksiyonunu, hem de yürütme gücünü bünyesinde toplayan bir makamdır⁶¹².

3.2.3.2.2. Ehl-i şer ve ehl-i örf arasındaki çatışma

İnsanlık tarihi boyunca tecrübe edilen gerçeklerden biri de yöneticilerin, yetkilerini genişletme yönünde sahip oldukları eğilimdir. Söz konusu eğilim, Osmanlı tarihi boyunca kendisini ehl-i şer mensupları ile ehl-i örf mensupları⁶¹³ arasındaki çekişmede göstermiştir. Merkezde veziriazam, kaptan paşa, yeniçeri ağası gibi devlet görevlileri ile şeyhülislam ve kazasker arasında gözlemlenebilen bu çekişmenin⁶¹⁴ taşradaki yansıması ise yerel yöneticiler ve kadı arasında yaşanmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kadı'nın görevli olduğu taşrada yer alan yerel yöneticiler, Osmanlı devlet örgütlenmesi içerisinde kadı amiri gibi bir konuma sahip olmadıkları için kadıya emir veremezler⁶¹⁵. Ehl-i örf mensubu olan bu idareciler ile ehl-i şer sınıfında yer alan kadı arasındaki ilişki; altlık üstlük ilişkisi değil, iş birliği ilişkisi niteliğindedir⁶¹⁶. Nitekim kadı, yargı yetkisini doğrudan padişah'tan almıştır⁶¹⁷ ve bu itibarla doğrudan ona bağlıdır⁶¹⁸. Yerel yöneticilerden bağımsız olduğu doğrudan merkezle yazışmasından ve doğrudan merkeze

⁶⁰⁹ Mustafa Akdağ (1952). "Osmanlı Müesseseleri hakkında notlar". Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi Cilt.10, S. 1-2, s.48 vd.

⁶¹⁰ Bkz. Ortaylı, 2017, a.g.k.; Akdağ, 2010, a.g.k., s.291-292; Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.113; M. Çadırcı (2013). Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.79-80.

⁶¹¹ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.113.

⁶¹² Aydın, 2017, a.g.k., s.82.

⁶¹³ İpşirli, 1994, İslâm Ansiklopedisi, C.10, s.519; Çadırcı, 2013, a.g.k., s.25, 79; Yerel bölgedeki idareciler "Ehl-i Örf" sınıfına mensupken, kadı ve mahkeme görevlileri "Ehl-i Şer" sınıfına girmektedir.

⁶¹⁴ Hasan Bey-zâde Ahmed Paşa, 2004, s.87-92: Molla Kabız olayında, Sadrazam İbrahim Paşa'nın kazaskerlere bir müdahalesi görülmektedir.

⁶¹⁵ Aydın, 2017a, a.g.k., s.79.

⁶¹⁶ İpşirli, 1994, İslâm Ansiklopedisi, a.g.k., C.10, s.520; Aydın, 2017a, a.g.k., s.81.

⁶¹⁷ Ekinci, 2001, a.g.m., s.962: Kadılar teoride padişahın olan yargı yetkisini vekaleten kullanırlar. Yani yargı alanında padişahın vekilidirler. Yetkilerinin kaynağı doğrudan padişah'tır.

⁶¹⁸ İnalçık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.149; BOA, A.{DVNSMHM.d...101/266: İlgili mühimme defteri kaydından anlaşılabacağı üzere Tatarpazarcığı halkı, memnun oldukları kadıları Mehmed'in görev süresinin uzatılmasını, Divan-ı Hümayun'dan istemektedirler. Bu da göstermektedir ki kadılar doğrudan padişahın divanına yani merkeze bağlıdır.

şikâyet edilmesinden anlaşılır⁶¹⁹. Kadı merkeze şikâyet edildiği gibi merkez tarafından teftiş edilir, merkez tarafından yargılanır ve yine merkez tarafından cezalandırılır⁶²⁰.

Ayrıca en ufak kaza için yapılan kadı atamasında bile padişahın iradesinin yer alması⁶²¹ da bu yapıyı doğrular niteliktedir. Kadıların tayinine ilişkin bütün beratlarında padişahın tuğrası bulunmaktadır⁶²². Diğer taraftan yöre insanlarının merkez ile bağlantıya kadı aracılığı ile geçmesi de⁶²³ kadının yerel yöneticilere değil, doğrudan merkeze bağlı olduğunu göstermektedir. Taşradaki en yetkili yerel yöneticinin yani eyalet beyinin, taşradaki yargı teşkilatına ilişkin şikâyetini Divan-ı Hümayun'a bildirmesi de açık bir şekilde kadının yerel yöneticilere değil doğrudan merkeze bağlı olduğunu gösterir⁶²⁴.

Yerel yönetici ilgili konu hakkında bölge kadısını teftiş edebilmek için merkezden yetkilendirme istemektedir⁶²⁵. Yerel yöneticilerin kadı üzerinde bir hiyerarşisi olsaydı, merkezden yetkilendirme almaksızın doğrudan kendisi idari denetimi gerçekleştirebilirdi. Eyalet beyinin denetim aracını çalıştırmak için merkezden talimat istemesi açıkça göstermektedir ki; kadı yerel yöneticilerden bağımsızdır.

Diğer taraftan yapılan teftiş ve yargılamalar sonucunda kadıya ceza verilmesi kararı alınırsa, bu ceza, yerel yöneticiler tarafından değil İstanbul'da merkez tarafından icra edilecektir⁶²⁶. Ancak

⁶¹⁹ Üçel-Aybet, 1994, a.g.k., s. 2151; Gerber, 1989, a.g.k., s. 269; Fendoğlu, 1994, a.g.k., s. 78; Şentop, 2005, a.g.k., s. 97; M. Aydın, 2016, a.g.k., s. 52; Akdağ, 2017, a.g.k., s. 91; Ongan, 1958, a.g.k., s. XXXIX.

⁶²⁰ Şentop, 2005, a.g.k., s. 96-97, 118; BOA, A.{DVNSMHHM.d...100/327: İlgili mühimme defteri kaydında Rumeli kazaskerinden, Samakov kazası kadısının davalarda müsamahakar davrandığı için görevinden azledilmesi istenmiştir. Görüldüğü gibi kadı, Divan-ı Hümayun tarafından teftiş edilmiş ve görevinden azledilmiştir.; BOA, A.{DVNSMHHM.d...100/343: İlgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Sarıgöl kazası müftüsü, Ağustos kazasında kadılık yapan Ali'yi yolsuzluk yaptığı gerekçesiyle Divan-ı Hümayun'a şikâyet etmiştir. Divan-ı Hümayun, bu şikâyet üzerine kadı'nın azledildiğini Rumeli kazaskerine bildirmektedir.; Mühimme Defteri 90, 1993, s. 11: İlgili mühimme defteri kaydında hakkında şikâyet olan kadı'nın ele geçirildiği yerde yargılanıp hakkında gerekenin yapılması, şeriat emrine uymaması durumunda ise İstanbul'a gönderilmesi istenmiştir. Kadı üzerinde zorlama yetkisinin sadece merkeze ait olduğu bu kayıttan anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili kadı'nın şeriat hükmüne aykırı gelmesi durumunda merkeze gönderilmesi istenmiştir. Söz konusu ifade, Osmanlı Hukuk sisteminin sahip olduğu yargı bağımsızlığı inancını güzel bir şekilde yansıtmaktadır.

⁶²¹ Akdağ, 2010, a.g.k., s. 286; Sivrikaya, 1972, a.g.m., s. 140; İlber Ortaylı (2001). "Kadı", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.24, s. 70.

⁶²² Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s. 115; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s. 126-127; Ortaylı, 2001, İslâm Ansiklopedisi, C.24, s. 70.

⁶²³ Akdağ, 2010, a.g.k., s. 287.

⁶²⁴ Ekinci, 2001, a.g.m., s. 971: Kastamonu örneği dipnot 32.

⁶²⁵ Şentop, 2005, a.g.k., s. 96.

⁶²⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.3, s. 106; Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi'nde bu husus vurgulanmaktadır: "Ve kudat ve tedris ve tevliyet ve nezaret ve hitabet ve imamet ve sair bunların gibi cihetden ve menasıbdan şunlar ki, berat-ı padişahi ile nesne tasarruf edenleri tazir etmeyeler ve habs edilecek yerde kefil var iken habs etmeyeler, dergah-ı muallaya arz edeler. Meğer ki, şen-i azim ola ve firar ihtimali ola, kefil bulunmaya habs edeler." Akgündüz, 1990, a.g.k., C.7, s. 356; Celalzade Kanunnamesi'nde de aynı husus vurgulanır: "Kaza ve tedris ve tevliyet ve meşihat ve imamet ve hitabet ve bunun emsali menasib ve cihat sahiplerine tazir lazım gelse etmeyeler. Heman bir dahi böyle etmeye deyü kadı unfle söylemek ol makulelere tazirdir ve hapis edecek yerde etmeyeler, dergah-ı muallaya arz edeler. Meğerki şeneat-ı azimleri olup kefil bulunmayub firar ihtimali ola. Ol vakit habs edeler."

yerel yöneticiler kimi zaman devletin bu genel yapısına aykırı bir şekilde yetki alanlarını genişleterek hukuk sınırlarını aşmışlar ve bölge kadısı üzerinde baskı kurmuşlardır⁶²⁷.

Yukarıda da değindiğimiz üzere kadı ve yerel yöneticiler işbirliği içerisinde çalışır⁶²⁸. Yerel yöneticilerin yargı fonksiyonu içerisindeki yetki ve görevleri kolluk ve infaz faaliyetleri ile sınırlıdır. Hukuki yargılamayı yapacak ve hükmü tesis edecek olan makam ise kadıdır. Ancak ehl-i örf mensubu görevliler, Osmanlı yargı sisteminin temelini oluşturan ve günümüz hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından olan bu esası kimi zaman ihlal ederek, yargılamayı kendileri yapmışlar ve verdikleri hüküm uyarınca da şüphelileri cezalandırmış veya serbest bırakmışlardır⁶²⁹.

Söz konusu ihlaller nedeniyle adâletnâmelerde sürekli olarak ehl-i örf uyarılmış; hiç kimsenin kadı kararı olmaksızın cezalandırılmayacağı ve yargılamanın sadece kadı tarafından yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁶³⁰. Bu belgeler ile kadıya, kanun ve şeriata göre hükmetmesini emreden belgeler birlikte değerlendirilince anlaşılmaktadır ki, ister örfi, ister şer'i olsun taşrada yargı yetkisi kadıya aittir. Söz konusu yetki aşımı ise Osmanlı Hukuk sistemine aykırıdır.

Kısacası taşradaki yerel yöneticiler kendi yetki alanlarını hukuka aykırı olarak genişletme eğilimi içerisindeyler. Ehli şer ise bu eğilimi engelleyerek onları hukuk sınırları içerisinde tutma çabası göstermektedir. İşte Osmanlı tarihinde yaşanan ehl-i şer ve ehl-i örf arasındaki çekişmenin de temel sebebi budur.

Diğer taraftan bilindiği üzere yerel yöneticiler yürütme ve icra gücünü elinde bulundurmaktadırlar. Elleri silahlı bir güç vardır. Hatta yerel yöneticiler kimi zaman bu silahlı gücü merkezi yönetime karşı yöneltecek kadar cesaretlidirler⁶³¹. Bu somut gerçekler

⁶²⁷ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.40; Abacı, 2001, a.g.k.,s.53 .

⁶²⁸ İncılık, 1973, a.g.k., s.104.

⁶²⁹ Aydın, 2017, a.g.k., s.81.

⁶³⁰ İncılık, 2009, a.g.k., s.324-328; İncılık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.149; Aydın, 2017, a.g.k., s.81.

⁶³¹ Naîmâ Mustafa Efendi (2007). Târih-i Na'îmâ. Haz. Mehmet İpşirli. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.73, 76: Eflak ve Boğdan voyvodaları isyan etmiştir.; Selânikî Mustafa Efendi, 1999, Tarih-i Selânikî, s. 143: Kırım Hanı Mehmed Giray isyan etmiştir.; İncılık, 1967, a.g.m., s.52 merkezi iktidarın yerel bölge üzerindeki otoritesinin zayıflamaya başladığı anda ehl-i örf mensupları, sahip oldukları yetkilerini ve silahlı güçlerini kötüye kullanma eğilimi göstermişlerdir. S. Gilbert (2004). Kavalalı Mehmed Ali Paşa: Son Firavun. İstanbul: Doğan Kitap; Yakut, 2005, a.g.k., s.175: Belkide bu isyanlar arasında merkezi iktidarı en çok zayıflatan Mısır valisi Kavalalı Mehmed Ali Paşa tarafından gerçekleştirilen isyandır; Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, C.2, s.146-147: Peçevi Boğdan Voyvodasının ayaklanmasından bahsetmektedir.; Münecimbaşı Ahmed B. Lütfullah, 1995, Camiü'd-Düvel, a.g.k., s.209-210: Arnavutluk valisi İskender isyan etmiştir.; Enver Ziya Karal (1983). Osmanlı Tarihi. Ankara: Türk Tarih Kurumu, C.V, s.87-88; Bülent Tanör (2011). Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 41: Rusçuk Ayanı Alemdar Mustafa Paşa, ordusuyla birlikte merkeze gelerek iktidarın yapısına doğrudan müdahale etmiştir.; Gilbert, 2004, a.g.k.: Mısır valisi Mehmed Ali Paşa, merkezi iktidara karşı ayaklanmıştır.; Akman, 1997, a.g.k., s.141-142; Kimi şehzadeler bulundukları bölgelerdeki idari güçlerini kullanarak merkezi iktidara isyan etmişlerdir.; BOA C.DH. / 74-3652-0: 09.02.1207 Tarihli dahiliye belgesi kaydında Cezzar Ahmed Paşa'nın isyanı sebebiyle azledildiği ve katline fetva alındığı

çerçevesinde ilgili dönemde taşrada görev yapan kadı'nın, yerel yöneticiler karşısındaki durumu daha da iyi anlaşılabilir. Bu noktada Osmanlı Hukuk sisteminde kadıya verilen idari görevlerin akla getirilmesi gerekir.

Hemen üst başlıkta değindiğimiz üzere, esasen bir yargı organı mensubu olan kadı, kendisine verilen geniş idari yetkilerle, yürütme gücünü de bünyesinde toplamıştır. Aydın'ın da belirttiği gibi geçmiş ve yaygın tarihi örneklerinin aksine bu örnekte yargı fonksiyonu, esasında yürütme gücünü elinde bulunduran kişide toplanmamakta, tam tersi yürütmeye ilişkin bir takım görev ve yetkiler, esasında yargı fonksiyonunun sahibi olan bir görevliye devredilmektedir⁶³². Söz konusu yürütme ve yargı güçleri hukuk devleti ilkesinin özünde yer aldığı üzere tek bir elde toplanmamalıdır. Önemli olan bu güçlerin ayrılmasıdır. Osmanlı dönemi açısından da söz konusu güçler birliğinin zararları kadılık makamı bünyesinde kendisini gösterir.

Nitekim yerel halk üzerinde bazı kadılar tarafından uygulanan zulmün⁶³³ temel sebebi de muhtemelen kadılık makamı bünyesinde toplanan bu güçtür. Bu çıkarımı III. Selim iradesini taşıyan ferman da desteklemektedir. İlgili ferman söz konusu güçler birliğinin tarihi sakıncalarına değinmekte, kadınların artık sadece yargı fonksiyonunu yerine getirmesini, yürütme fonksiyonuna karışmamasını emretmekte, aksi bir faaliyet içerisinde olan kadınların ise cezalandırılacağını belirtmektedir⁶³⁴. Bu sebeple bazı kadılar tarafından yerel halka yapılan

bildirilmiştir.; Peçevi İbrahim Efendi, 1981, Peçevi Tarihi, a.g.k., C.1, s.271-288; Hoca Sadeddin Efendi, 1974, Tacü't Tevarih, a.g.k., C.1, s.156-158, 109-114; Bkz. Sinove Gilbert (2004). Kavalalı Mehmet Ali Paşa: Son Firavun. Çev. Ali Cevat Akkoyunlu. İstanbul: Doğan Kitapçılık: Mısır valisinin gerçekleştirdiği isyan Osmanlı merkezi iktidarına en büyük zararı veren ayaklanmalardan birisidir.; Uzunçarşılı ve Karal, 1988, a.g.k., s.360; Ocak, 1998, a.g.k., s. 161-162; Bkz. Michel Balivet (2000). Şeyh Bedreddin: Tasavvuf ve İsyan. Çev. Ela Güntekin. İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı; Oruç Beğ (2008). Oruç Beğ Tarihi. Haz. Necdet Öztürk. İstanbul: Çamlıca Basım Yayın, s.50-52; Diğer taraftan, daha nadir de olsa, Şeyh Bedreddin olayında görüldüğü üzere ulema sınıfından kişilerin de merkez iktidara karşı ayaklandıkları görülebilmektedir.; Yücel Özkaya (1994). Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık. Ankara: Türk Tarih Kurumu, s.169-247: Merkezi iktidar zayıfladıkça güçlenen ayanlar giderek büyük bir tehdit olmuştur. Örneğin Rusçuk Ayanı Alemdar Mustafa Paşa merkez iktidarı değiştirecek kadar güçlüdür.; Gilbert, 2004, a.g.k.: Mısır valisi Kavalalı, merkezden bağımsız hareket etmiştir.; Akman, 1997, a.g.k., s.141-142: Bulundukları konum itibarıyla birer yerel yönetici olan şehzadeler arasında bazıları merkezi iktidara isyan etmişlerdir.; Müneccimbaşı Ahmed B. Lütfullah, 1995, Camiü'd-Düvel, a.g.k., s.195: Sivas eski beylerbeyi olan Gedik Mehmed'in, merkezi iktidarın emrinden çıkıp isyan etmesi sonucu alınan fetvaya dayanılarak katledilmesine hükmedilmiştir.; BOA, 1993, 3 Numaralı Mühimme Defteri, s.8: *"Hâliyâ oğlum Bâyezîd ba'zı ehl-i fesâd cem' idüp ferzend-i ercmend oğlum Selîm tâle bakahu üzerine gelüp ehl-i İslâm ile ceng idüp firâr itmisdür"*. 13 Ramazân sene 966 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında Kanuni Sultan Süleyman, oğlu Bayezid'in isyan etmesi sebebiyle yakalanması gerektiğini Diyerbakır Beylerbeyi'ne bildirmektedir.

⁶³² Aydın, 2017, a.g.k., s.82.

⁶³³ Oruç Beğ, 2008, Oruç Beğ Tarihi, s. 34: Yıldırım Beyazıt, rüşvet alıp yolsuzluk yapan kadınların, Yenişehir'de bir eve kapatılarak yakılmasına karar vermiştir. Ancak daha sonra ikna edilerek bu kararından vazgeçmiş ve cahil ile zalim olan kadınların tespit edilerek azledilmesini istemiştir.; Çadırcı, 2013, a.g.k., s.80-81: III. Selim'in fermanlarında, kadınlar tarafından halka yapılan zulümlerden ve hukuka aykırı işlemlerden bahsedilir.; Mumcu, 1985, a.g.k., s.118-155; Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.92.

⁶³⁴ Musa Çadırcı (1982). Tanzimat'ın İlanı Sırasında Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi. Ankara: Ankara Üniversitesi DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.XIV, s.25: II. Mahmut döneminde

zulümler⁶³⁵ ve rüşvet⁶³⁶ gibi hukuku aykırı uygulamalarda, söz konusu güçler birliğinin etkisi olduğu akıllara gelmektedir.

Merkez, yerel bölgelerde yaşanan bu çekişmelere ve hukuksuzluklara ilişkin çıkardığı fermanlarında ise bölgenin şer'i hukuk temsilcisi müftünün görüşlerini dikkate almıştır⁶³⁷.

3.2.3.2.3. Yargı görevi

Kadı mahkemelerinde yargılamalar oldukça hızlı bir şekilde gerçekleştirilmektedir⁶³⁸. Hatta bazı mahkeme kayıtları değerlendirildiğinde, mahkemeyi boş yere işgal edenlerin, mahkemeyi oyaladıkları için cezalandırıldığı olasılığı akıllara gelmektedir⁶³⁹. Diğer taraftan yine bazı

de kadıların sadece yargı işi yapmaları doğrultusunda politikalar izlenmiştir. Çadırcı, 2013, a.g.k., s.81; Ahmed Lûtfî Efendi, 1999, Vak'anüvis Ahmed Lûtfî Efendi Tarihi, a.g.k., C.I, s.165: Tokat kadısı, yönetime karışmaması için uyarılmıştır.

⁶³⁵ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.275-278; Ekinci, 2001, a.g.m., s.978 – 979.

⁶³⁶ Selânikî Mustafa Efendi, 1999, Tarih-i Selânikî, C.2, s. 826; Şeyhülislam Sun'ullah Efendi, padişah'tan kadıların rüşvet almalarının engellenmesini istemiştir. Mumcu, 1985, a.g.k., s.118-155.; Şentop, 2005, a.g.k., s.30: Örneklerine günümüzde de rastladığımız yargıçların rüşvet alması olaylarıyla, Osmanlı Hukuk sistemi içerisinde de karşılaşılmaktadır.; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.233: “Zeyd, Amr ile bir hususa müteallika davasında Bekir-i kadıya murâfaa oldukda Bekir husus-i mezbûru hükmetmek için Zeyd'den şu kadar akçe rüşvet alıp hükmeylese hükmü nâfiz olur mu? el-Cevap: Olmaz, Bekir azle müstahak olur.” Kadıların rüşvet alması durumu şeyhülislam fetvalarında da yer almış, bu suçu işleyen kadının görevinden alınacağı vurgulanmıştır.

⁶³⁷ Galal H. El-Nahal (1979). The Judicial Administration of Ottoman Egypt in the Seventeenth Century. Mineapolis & Chicago: Bibliotheca Islamica, s.23; Üçel-Aybet, 1994, a.g.k.,s. 2149.

⁶³⁸ Heyd, 1973, a.g.k., s.313; Heyd bu çalışmada Avrupalı gözlemcilerin Osmanlı ceza yargılamasının etkinliği ve çabukluğundan etkilendiklerini belirtir.; R.C. Jennings (1979) “Limitations of the Judicial Powers of the Kadı in 17th c. Ottoman Kayseri”, Studia Islamica. Brill, no 50, s.180-181; Jennings, bu çabukluğun, Osmanlı yargılamasını, batı yargılaması karşısında üstün konuma getirdiğini belirtmiştir.; Gerber, 1989, a.g.k., C.4, S. 1-3, s.287; Akman, 2004, a.g.k., s.22; Ansay, 2002, a.g.k., s.299; Demir, 2010, a.g.k., s.20-22; Osman Kaşıkçı (1997). İslam ve Osmanlı Hukuku'nda Mecelle. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.304; Ekrem Buğra Ekinci (2005). “Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”. İstanbul: Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Türk Hukuk Tarihi Sayısı, C. 3, S.5, s.417-439; Abdülaziz Bayındır (1986). İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması. İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, s.124; ; Hülya Taş (2014), XVII. Yüzyılda Ankara, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.157: Kadı mahkemesi gece gündüz çalışmaktadır.; Michele Baudier'den aktaran Üçel-Aybet, 1994, a.g.m., s.2154: Baudier'e göre: “Türklerin İmparatorluğunda refahın ve zenginliğin olmasına Allah'ın izin vermesinin en mühim sebeplerinden biri adaletin kısaca yerine getirilmesi olabilir”.; Bilindiği üzere günümüz hukuk sisteminde hükümlerin hızlı bir şekilde kesinleşmesi hedeflenmektedir. Gerekli bilgi için bkz. Sibel İncooğlu (2018). Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, s.263-293; Sibel İncooğlu (2008). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s.370-395; Güney Dinç (2006). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı. İzmir: İzmir Barosu Yayınları, s.72-100; Sezin Aktepe Artık (2014). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.249-305; Abdullah Çelik (2014). Adil Yargılanma Hakkı Rehberi. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.66-110; Yaşar Demircioğlu (2007). Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri. Ankara: Yetkin Yayınları, s.285-365; Çelik, 2007, a.g.k., s.103-119; Beccaria, 2016, a.g.k., s.129-133: Beccaria'nın da vurguladığı üzere cezanın etkinliği, ağırlığından ziyade, sürati ve mutluluğu ile doğru orantılıdır.

⁶³⁹ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.136: Turhan b. Ali Köse'nin kendisine küfrettiğini iddia eden ancak ispatlayamayan Kasım b. Mehmed'e tazir cezası verilmiştir. İlgili olayda iftira niteliğinde bir hukuka aykırı fiilin taziren cezalandırıldığı savunulabilir. Ancak söz konusu olayda zina, hırsızlık veya cinsel saldırı gibi yüz kızartıcı bir fiil isnadının olmaması akıllara mahkemenin boş yere meşgulü sebebiyle tazir cezasının verildiğini getirmektedir.; Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.120, 150, 195: Nitekim Aleksi b. Pireme'ye hırsızlık suçu isnad edenler, bu isnatlarını ispatlayamadıkları için taziren cezalandırılmışlardır. Aynı şekilde Andon b.

mahkeme kayıtlarında yer alan, tarafların sulhe teşvik edilmesinin de aynı amacı hedefleme olasılığı yüksektir⁶⁴⁰.

Osmanlı Devleti'nde bir hukuki uyuşmazlığın çözüm mercii olan kadı'nın makamı, verdiği kararlarla Osmanlı Hukuk birikiminin gelişmesine bir katkı verebilecek nitelikte değildi. Nitekim kadı tarafından verilen kararlar ileride bir başka yargılamaya emsal olmuyordu⁶⁴¹. Bunun en temel sebebi, İslam Hukuku'nun önemli bir kaynağı olan içtihat kapısının Osmanlı Devleti kurulduğu sırada kapalı olmasıydı. Bu nedenle Osmanlı kadıları, içtihat faaliyeti yapamadıkları için şer'i hukuk alanına hukuk kuralı kazandıramamıştır. Bu yönde hukuki bir etkileri olamamasına rağmen kadılar tarafından mahkeme kayıtlarının tutularak alınan kararların yazıya geçirilmesi ise idari sebeplerden kaynaklanmaktadır⁶⁴².

Diğer taraftan günümüz hukuk sisteminin önemli bir parçasını oluşturan mahkeme içtihatları, Osmanlı sisteminde oldukça farklı bir anlam taşır. Müçtehit hukukçular tarafından yapılan kıyas faaliyeti sonucu ulaşılan içtihatlar, birbirlerine aykırı olsalar bile İslam Hukuku uyarınca yürürlükte dirler ve birer İslam Hukuku kuralıdır lar. Aynı doğrultuda Osmanlı kadıları, farklı içtihatlara dayanarak aynı hukuki uyuşmazlık hakkında birbirlerinden farklı kararlar verebilirler. Kadı hükümleri açısından bir birlik aranmamaktadır⁶⁴³.

Bilindiği üzere Osmanlı Hukuk sistemi içinde Hanefi mezhebini benimsemiştir. Dolayısıyla Osmanlı kadıları da ilgili hukuki uyuşmazlıkları çözerken esasen bu mezhep hukukçularının görüşlerini dikkate alır⁶⁴⁴. Söz konusu mezhep hukukçuları arasında görüş farklılıklarının olduğu konularda ise kadı, kendi takdir hakkını kullanarak bir görüşü benimseyecek ve hukuki uyuşmazlığı çözecektir.

Todora'yu hırsızlıkla suçlayan Drani b. Kosta bu isnadını ispatlayamamış ve taziren cezalandırılmıştır. Bir başka olayda yine Kasım b. Abdullah'a hırsız diyen Hamza b. Abdullah bu isnadını ispatlayamadığı için taziren cezalandırılmıştır. Bu olaylarda taziren cezalandırmanın sebebi olarak isnat edilen suçun yüz kızartıcı olması daha ön plandadır. Kişilere küfretme ise yüz kızartıcı bir suç değildir. Nitekim kızgınlık haliyle herkes bu suçu işleyebilir. Bu unsurlar dikkate alındığında mahkemenin boş yere meşgul edilmesinin de taziren cezalandırıldığı ihtimali akıllara gelmektedir. Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.315: Nitekim bir başka kayıтта karşılıklı hakarete ilişkin yargılamada Halil b. Ali'nin küfrettiği sabit bulunup taziren cezalandırılmıştır. Fakat Halil b. Ali karşı tarafın kendisine küfrettiğine yönelik iddiasını ispatlayamamıştır. Bu isnadı sebebiyle de ayrıca ceza almamıştır. Yani ilgili isnad cezayı gerektirecek derecede yüz kızartıcı bir iftira olarak değerlendirilmemiştir.

⁶⁴⁰ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.140, 157, 165: Yeniçeri Hüseyin b. Yusuf ve Kefale ilgili hakaret davasında sulh olmuşlardır.; Arı kovanlarının mülkiyeti üzerindeki anlaşmazlığı konu edinen davada taraflar sulh olmuşlardır; İstimat adlı zımmînin evinden gümüş kadeh çalınması üzerine görülen davada taraflar sulh olmuşlardır. Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.307: Yine bir başka kayıтта taşınmaz satışına ilişkin bir itilaf sulh yoluyla çözümlenmiştir.

⁶⁴¹ Imber, 2004, s.11; Ekinci, 2001, a.g.m., s.977.

⁶⁴² Imber, 2004, s.11.

⁶⁴³ Ekinci, 2001, a.g.m., s. 975 .

⁶⁴⁴ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.224.

Diğer taraftan kadı kimi mezheplere göre bir müçtehit hukukçu olmalıdır⁶⁴⁵. Yani önüne gelen hukuki uyuşmazlık hakkında Kur'an-ı Kerim, sünnet ve icma kaynaklarında hüküm bulunmadığı durumlarda, içtihat faaliyeti ile olayı çözecek hukuk kuralını tespit edebilmelidir.

Kadı'nın müçtehit bir hukukçu olması gerektiği görüşü de aynı yaklaşıma sahiptir. Zira İslam Hukuku'nun ilk üç temel kaynağında ilgili hukuki anlaşmazlığı çözümleyecek bir hukuk kuralı bulamayan kadı, İslam Hukuku'nun dördüncü kaynağına yani içtihat faaliyetine başvuracak ve olaya uygulanacak hukuk kuralını tespit edecektir. Ancak bu noktada dikkat edilmelidir ki kadı tarafından bu ihtimalde ulaşılan kural artık bir İslam Hukuku kuralıdır. Zira kıyas yani içtihat faaliyeti, İslam Hukuku'nun bir kaynağıdır⁶⁴⁶. Ancak Kur'an, sünnet ve icma gibi bir bağlayıcılığı yoktur⁶⁴⁷.

Hukuki uyuşmazlığın önüne gelmesi durumunda kadı, ilgili uyuşmazlığı çözecek hükmü ilk önce Kur'an, sünnet ve icma kaynaklarında arayacaktır. Eğer bir hüküm tespit ederse, ilgili hukuk kuralını olaya uygulayabilmek için anlamlandıracaktır. Bu faaliyet sırasında diğer İslam hukukçularının önceki görüşlerinden birisini benimseyebileceği gibi kendisi de bir hukukçu olduğu için farklı bir sonuca da varabilecektir. Diğer olasılıkta, yani ilgili hukuki uyuşmazlığı çözecek hükmünün İslam Hukuku'nun üç temel kaynağı arasında mevcut bulunmaması durumunda ise içtihat faaliyetine girişecektir. Bu faaliyet sırasında da tıpkı günümüzde olduğu gibi hukuk sisteminin temel ilkelerini esas alır. Ayrıca yine bu aşamada da diğer hukukçuların önceki görüşlerinden yararlanır ve onlardan birisini benimseyebilir yahut kendisi de bir hukukçu olduğu için yaptığı içtihat faaliyeti sonucu farklı bir sonuca ulaşabilir.

Osmanlı Hukuk sisteminde, hukukun en temel ilkelerinden birisi olan, ispat yükünün iddiada bulunanın üzerinde olması ilkesi de mevcuttur⁶⁴⁸. Ayrıca gıyapta yargılamanın istisna olduğu da anlaşılmaktadır⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.100.

⁶⁴⁶ Aydın, 2017a, a.g.k., s.38-39; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, 2017, a.g.k., s.68-69.

⁶⁴⁷ Üçok, 1970, a.g.k., s.47.

⁶⁴⁸ Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.303, 313-314: Ölen Mahmud'dan alacak iddiasında bulunan Süleyman b. Musa'dan delil istendiğine ilişkin bir kayıt kadı mahkemesi sicilinde yer almaktadır. Hemen bir sonraki kayıta da Musa'nın bu iddiasını ispat ettiği belirtilmiştir.

⁶⁴⁹ Mecelle, 1959, a.g.k., s.285-286; Osman Öztürk (1973) Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle. İstanbul: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, s.423-424; Bayındır, 1986, a.g.k., s.101, 112; BOA, 1994, 5 Numaralı Mühimme Defteri, a.g.k., s.5, 6: 2 Muharrem 973 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında Ahi isimli zımmiyi dört hizmetlisi ile katlettiği iddia edilen Boğdan voyvodasına, ilgili davanın Brayil kadısı tarafından görüleceği bu nedenle kendisini temsil etmesi için bir vekili Brayil'e göndermesi bildirilmiştir. 5 Muharrem 973 tarihli diğer bir kayıta ise Boğdan Voyvodası Aleksandra'nın, Ahi isimli maktülün varisleri tarafından şikâyet edilmesi sebebiyle Aleksandra'nın vekilinin de getirilerek davanın görülmesi Brail kadısından istenir. Bu örnekte sanık Boğdan voyvodası görevinden ötürü başka bir yerde bulunduğu için yargılama gıyabında yapılacaktır. Ancak bu durumda da kendisini temsil etmesi için bir vekil görevlendirmesi istenmiştir. Kısacası Osmanlı Hukuk sisteminde savunma hakkının tanındığı ve bu itibarla da gıyapta yargılamanın istisnai olduğu çıkarımı yapılabilir.

3.2.3.3. *Yer yönünden ve görev yönünden yetkisi*

3.2.3.3.1. *Kadı'nın görev yönünden yetkisi*

Kadılarının görev yönünden yetkilerini, hangi uyuşmazlıklara bakmakla yetkili oldukları sorusuna verilecek olan cevap belirleyecektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere kadı kural olarak görev bölgesindeki şer'i ve örfi kaynaklı bütün uyuşmazlıklara bakmakla yetkilidir⁶⁵⁰. Ayrıca söz konusu uyuşmazlıklar açısından özel hukuk ve kamu hukuku gibi bir ayrıma da gidilmemiştir. Yani günümüz mahkemeleri bünyesinde mevcut bulunan ihtisaslaşma Osmanlı Hukuk sisteminde yoktur. Kadı; münâkehât, muâmelât, ukûbât gibi İslam Hukuku kısımlarının hepsine birden hâkim olmak zorundadır⁶⁵¹.

Diğer taraftan kadıya ait olan yetkinin taşra içerisinde görev yönünden sınırsızlığının istisnası olup olmadığı noktasında tam bir netlik yoktur. Yerel yöneticiler belirtildiği üzere taşrada kurulan divanlarda örfi dava dinlemişlerdir. Ancak kadıya kanun ve şeriata göre hükmetmesini emreden ve yerel yöneticilere yargı yetkilerinin olmadığını hatırlatan padişah fermanları da mevcuttur. Söz konusu fermanlar ile birlikte ilgili taşra divanlarında zaten kadı'nın da hazır bulunması dikkate alınınca, kadıya ait olan yetkinin görev yönünden sınırsızlığına, bu nokta açısından kesin bir istisnanın getirildiğini söylemek güçtür. Bu çerçeveden bakıldığında divanlarda dinlenen ilgili örfi davaların yargılamasının kadı tarafından gerçekleştirilmiş, yerel yöneticilerin ise söz konusu yargılamalar açısından danışman görevi ile sınırlı hareket etmiş olması muhtemeldir.

Belirtmek gerekir ki önceden de vurguladığımız üzere askeri sınıf mensuplarının işleri kural olarak kazaskerlerin görev alanı içerisindeydi. Ayrıca her daim padişah iradesi ile de dava başka bir yere sevk edilebilir⁶⁵². Bu durumlar, kadı'nın görev yönünden sınırsızlığının istisnalarıdır.

3.2.3.3.2. *Kadı'nın yer yönünden yetkisi*

Osmanlı yargı teşkilatının temel birimi kazadır⁶⁵³. Sınırları ve sayıları belirli olan bir köy topluluğunun merkez şehri konumundaki kaza, kendisine bağlı olan söz konusu bütün köylerin adli ve idari işlerini yürütür⁶⁵⁴. İşte Osmanlı kadısı da bu topluluğun merkezi konumundaki

⁶⁵⁰ İncalcık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.150; Akdağ, 2010, a.g.k., s.288; Çadırcı, 2013, a.g.k., s.79; Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.91; Taş, 2014, a.g.k., s.99.

⁶⁵¹ Aydın, 2017a, a.g.k., s.79-81; Üçok, Bozkurt ve Mumcu, 2017, a.g.k., s.60.

⁶⁵² BOA, 1994, 5 Numaralı Mühimme Defteri, a.g.k., s. 6: 5 Muharrem 973 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında Boğdan Voyvodası Aleksandra'nın Ahi isimli zimmiyi katlettiği iddiası ile maktûlün varisleri tarafından şikâyetle bulunulması üzerine, Aleksandra'nın vekilinin de getirilerek davanın Brail kadısı tarafından görülmesi emredilmiştir. Maktûlün varisleri şikâyetlerini Divan-ı Hümayun'a yapmasına rağmen padişahın divanı, davanın kazasker huzurunda değil Brail kadısı huzurunda görüleceğine karar vermiştir.

⁶⁵³ Abacı, 2001, a.g.k., s.52; Ekinci, 2001, a.g.m., s.962 .

⁶⁵⁴ Akdağ, 2010, a.g.k., s.286-287; M. Çadırcı (2007). Tanzimat Sürecinde Türkiye Ülke Yönetimi. Ankara; İmge Kitabevi, s.232.

ilgili birime atanmaktadır, yani kazaya⁶⁵⁵. Kazanın sınırları aynı zamanda kadı'nın yer yönünden yetkisinin de sınırlarını teşkil eder⁶⁵⁶. İlgili uyuşmazlık tarafları aynı kaza sınırları içerisinde değilse bu durumda uyuşmazlığın meydana geldiği yer kadısı yetkili konuma gelir⁶⁵⁷.

Kadı'nın yer yönünden yetkisi, yukarıda belirttiğimiz üzere padişah iradesiyle davanın bir başka kadıya veya merkez divanlara sevk edilmesiyle de sınırlanır. Davanın sevk edilmesini sağlayan benzer bir kurum çok daha sınırlı bir şekilde günümüzde de mevcuttur. Diğer taraftan davalı, davacının davayı açtığı kadı yönünden bir şüpheye düşerse, onun talebi dikkate alınmakta ve ilgili yargılama için davalının talep ettiği kadı yetkili kılınmaktadır⁶⁵⁸.

3.2.3.4. Denetimi

3.2.3.4.1. İdari denetim

Bütün kadıların göreve atanmasında, padişah⁶⁵⁹ ve sadrazamın yanı sıra, ilk dönemlerde kazaskerin, ilerleyen dönemlerde ise şeyhülislamın iradeleri etkili olmuştur⁶⁶⁰. Bu nedenle merkezdeki bütün bu kurumlar aslında kadının birer idari amiridir. Bu sebeple kadıyı merkezden denetleyeceklerdir.

İdari yönden doğrudan doğruya merkeze bağlanmış olan kadı için yerel düzeyde şahsına yönelik bir idari denetim ise teorik olarak öngörülmemiştir. Osmanlı Hukuk sisteminde, kadıların idari yönden denetimleri esasında sadece merkez odaklıdır. Merkezdeki Divan-ı Hümayun, şikâyetlerin yoğun olduğu bölgelere, yargılama yetkisine sahip olan bir müfettiş kadı

⁶⁵⁵ Schacht, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.7, s.147; Akdağ, 2010, a.g.k., s.287; Bilmen, 2013, a.g.k., C.8, s.222.

⁶⁵⁶ Sivrikaya, 1972, a.g.m., s.140; Taş, 2008, a.g.m., s.27; Ekinci, 2001, a.g.m., s.965; BOA, A.{DVNSMHM.d...90/218: İlgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere, bir kazaya ait davanın, başka bir kaza kadısınca görülmemesine ilişkin Rumeli Kazaskeri Abdurrahim Efendi bir belge hazırlamıştır.; BOA, A.{DVNSMHM.d...90/168: İlgili mühimme defteri kaydında da Hasan Ağa köyü aslında Karesi sancağı Timrizler nahiyesine bağlı olduğu halde yakın olmasından dolayı, Hüdavendigar sancağı Kete kadısı tarafından işlerine müdahale edildiği belirtilerek, kaza sınırlarına dayanan yer yönünden yetki kuralları tekrar vurgulanmıştır.

⁶⁵⁷ Taş, 2008, a.g.m., s.27.

⁶⁵⁸ Bayındır, 1986, a.g.k., s.95; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, 2009, Fetâvâ-yı Feyziye, s.233: “Askerî olan Zeyd-i müddeî beledî olan Amr-i müddeâ-aleyhe “Seninle kazasker huzurunda murâfaa olalım” dedikde Amr razı olmayıp “Kadı-yı belde huzurunda murâfaa olurum” demeğe kâdir olur mu? el-Cevap: Olur” ilgili fetvada davacı Zeyd’ın kazaskerde davayı açmak istemesine rağmen davalı taraf olan Amr’ın davanın bölge kadısı huzurunda açılmasını isteyebileceği belirtilmiştir.

⁶⁵⁹ Ekinci, 2001, a.g.m., s.962: Belirttiğimiz üzere kadılar, teoride padişaha ait olan yargı yetkisini pratikte padişahın vekili olarak kullanmaktadırlar. Bilindiği üzere vekâlet verenin vekil üzerinde denetim yetkisi vardır.

⁶⁶⁰ Uzunçarşılı, 2014, a.g.k., s.94-95; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.126-127; Merkezdeki yasama, yürütme ve yargı organları dışında bir kurum olan şeyhülislamın, idari denetime sahip olması teorik olarak olumlu bir gelişmedir. Bilindiği üzere bugün hâkimler üzerindeki söz konusu idari denetim; yasama, yürütme ve yargı organından ayrı, bağımsız bir kurula ihtiyaç duyar. Gerekli bilgi için bkz. Bilir, 2012, a.g.k., s.319-324; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2001, a.g.k., s.438-442; Gözübüyük, 2006, a.g.k., s.280; Bkz. İnceoğlu, 2008, a.g.k., s.219-343; Yener Ünver (1991). Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu. İstanbul: İÜHFM, C. LIII, S.1-4, s.153 ; Ünal, 1994, a.g.k., s.62-68.

göndermektedir⁶⁶¹. İlgili bölge kadılarını denetleyecek olan müfettiş, yapmış olduğu denetim ve yargılama sonuçlarını Divan-ı Hümayun'a bildirir⁶⁶². Aynı şekilde merkez, taşrada kadıyı idari yönden denetlemek için kendisi bir idari görevli gönderebileceği gibi yerel yöneticileri de görevlendirebilmektedir⁶⁶³. Bu denetim yöntemini, iki yönden ele almak gerekir.

İlk olarak yerel yöneticilere kadıları idari yönden denetleme yetkisinin verilmemesi, kadıların bağımsızlığı için gereklidir. Ancak Osmanlı Hukuk sisteminde merkezi denetimin yürütme organı tarafından yapılması, bu olumlu gelişmeyi bertaraf ederek bağımsızlığı engeller⁶⁶⁴.

Diğer taraftan ülkenin bir ucunda görev yapmakta olan kadı'nın, yerel halka zulüm etmesi veya disipline aykırı hareketlerde bulunması ihtimalinde ilgili hukuki veya idari denetimin devreye sokulması için merkezin bilgisinin sağlanması gerekecek, ardından merkez ilgili denetim aygıtlarını kullanarak kadıya ulaşacaktır. Söz konusu haberdar etme ve müdahale aşamaları, bugün için oldukça kısa bir sürede gerçekleştirilebilirken, ilgili dönem şartlarında belli bir zamana ihtiyaç duymaktadır. Bu etkenler göz önüne alındığı zaman, hukuki ve idari denetimle yetkili devlet görevlilerin, en azından merkezin müdahalesi gelene kadar daha fazla hukuka aykırı sonuçların doğmasını engellemek adına, yerel örgütlenme bünyesinde yer alması düşünülebilir.

İşte aşağıda değineceğimiz şikâyet yöntemi ile yerel halkın ilgili bölge kadısını eyalet divanına şikâyet edebilme olanağı, tam da bu işlevi yerine getirir niteliktedir. Nitekim eyalet divanlarına bütün devlet görevlileri gibi kadılar da şikâyet edilebilir⁶⁶⁵. Her ne kadar söz konusu divan mensubu yerel yöneticiler kadı'nın hiyerarşik amiri olmasalar da merkezin müdahalesi ulaşana kadar, kadı üzerinde gerekli tedbirleri alabilecek otoritededirler⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Uzunçarşılı, 1952, a.g.k., s.128; Ortaylı, 2017, a.g.k., s.212; Ekinci, 2001, a.g.m., s.969-970: Bu müfettişe, mühimme defterlerinde sıkça rastlanmaktadır.; BAO, 1993, a.g.k., s.8: 31 Ramazâni sene 966 tarihli ilgili mühimme defteri kaydında, Siverek kadısının merkeze gönderdiği mektupla, Siverek sancak beyinin ve subaşlarının zulüm ettiklerinden şikâyet etmesi üzerine, olayın araştırılması için Âmid kadısı görevlendirilmiştir.; Gerber, 1981, a.g.m., s.272.

⁶⁶² Uzunçarşılı, 1952, a.g.k., 128-129; Mumcu, 1976, a.g.k., s.86; Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.128.

⁶⁶³ Ekinci, 2001, a.g.m., s.970- 971, örnek var s.1003, dip not 145.

⁶⁶⁴ Gözler, 2011, a.g.k., s.468-470; Kemal Gözler (2011). Türk Anayasa Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.408-414; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2001, a.g.k., s.438-442; Gözübüyük, 2006, a.g.k., s.280-282; Derdiman, 2006, a.g.k., s.547-548; Derdiman, 2014, a.g.k., s.348-351: Bilindiği üzere yargı organı mensuplarının idari denetimleri bağımsız üst kurullarca gerçekleştirilmelidir.

⁶⁶⁵ Ekinci, 2001, a.g.m., s.972, 985.

⁶⁶⁶ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.7, s.356; Celalzade Kanunnamesi'nde de kadıyı merkezin yargılayıp cezalandırabileceği ancak yerel yöneticilerin firar ihtimalinde tedbiren kadıyı hapsedebilecekleri belirtilmiştir: *"Kaza ve tedris ve tevliyet ve meşihat ve imamet ve hitabet ve bunun emsali menasib ve cihat sahiplerine tazir lazım gelse etmeyeler. Heman bir dahi böyle etmeye deyü kadı unfle söylemek ol makulelere tazirdir ve hapis edecek yerde etmeyeler, dergah-ı muallaya arz edeler. Meğer ki şeneat-ı azimeleri olub kefil bulunmayub firar ihtimali ola. Ol vakit habs edeler."*; Diğer taraftan örneğin yargılamaya yönelik bir şikâyetin divanda haklı olduğu

3.2.3.4.2. Şikâyet yoluyla denetim

Kadı'ya yönelik şikâyetler, yerel halk tarafından eyâlet divanına veya merkezdeki Divan-ı Hümayun'a taşınabilirdi⁶⁶⁷. Şikâyet kavramı, hem kadı kararının hukuka uygunluk denetimini hem de kadıya yönelik idari denetimi kapsamaktadır⁶⁶⁸. Ancak bu noktada dikkat edilmelidir ki; yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, eyalet divanı bünyesinde yapılacak sınırlı denetim sadece idari niteliğe sahipken, merkezde Divan-ı Hümayun tarafından yapılacak denetim, aynı zamanda kanun yoluna benzer şekilde hukuki denetimi de kapsamaktadır. Diğer taraftan Mısır vilayeti gibi büyük eyaletlerde kurulan divanlar ise neredeyse Divan-ı Hümayun'un kopyası gibidirler ve kanun yolu benzeri bir hukuki denetimi de tıpkı Divan-ı Hümayun gibi yerine getirmişlerdir⁶⁶⁹.

Bu nokta da belirtilmesi gereken en önemli husus, kadıların denetimiyle sadece merkezin yetkili olduğudur⁶⁷⁰. Gelen şikâyet üzerine yerel yönetici, doğrudan doğruya bölge kadısının teftişe başlayamaz. Söz konusu şikâyeti merkeze bildirmeli ve ilgili teftiş faaliyeti için merkez tarafından görevlendirilmelidir. Merkez teftiş için yerel yöneticiyi görevlendirebileceği gibi bir başka kadıyı da görevlendirebilir veya merkezden bir görevli de gönderebilir⁶⁷¹.

3.2.3.4.3. Şühudü'l-hal tarafından denetim

Yargılamanın yapıldığı bölgede ikamet eden bir gurup insanının davaya katılmasını sağlayan şühudü'l-hal kurumu, her şeyden önce belirtmek gerekir ki hüküm aşamasına katılamaz⁶⁷².

kanaatine varılırsa, yerel yöneticiler ilgili hükmün icrasından kaçınabilirler. Nitekim bilindiği üzere bölgedeki icra gücü yerel yöneticilerin elindedir.

⁶⁶⁷ BOA, A.{DVNSMHH.d...40/527: 4.09.987 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Ümmühani Hatun, eski Anadolu Kazaskeri ile üvey oğlunun düzenledikleri sahte alacak senedi nedeniyle bir dava kaybetmiştir. Ümmühani tarafından yapılan şikâyet sonucu Divan-ı Hümayun'da gerçekleştirilen inceleme neticesinde, hükmün sahte belgeye dayanması gerekçesiyle, yargılamanın yenilenmesine karar verilmiştir. Anlaşılacağı üzere gelen şikâyet doğrultusunda Divan-ı Hümayun ilgili kadı hükmünü hukuka uygunluk denetimine sokmuş ve hükmün dayandığı belgenin sahte olduğunun ortaya çıkması üzerine de hükmü bozarak İstanbul Kadısı'ndan yargılamanın yenilenmesini talep etmiştir.

⁶⁶⁸ Ekinci, 2001, a.g.m., s.978-980; Hemen üst dip notta verilen örnekte yapılan şikâyet sadece hükme yöneliktir. Nitekim sahte belge düzenleyenler arasında hükmü tesis eden kadı yer almamaktadır. Diğer taraftan bu olasılığın gerçekleşmiş olması ihtimalinde ,Ümmühani tarafından yapılan şikâyet üzerine hem kadı tarafından verilen hükmün hukuka uygunluk denetimi hem de sahte belge düzenlemesine iştirak eden kadı'nın idari denetimi aynı kurul, yani Divan-ı Hümayun tarafından gerçekleştirilecektir.; BOA, A.{DVNSMHH.d...100/323: İlgili mühimme defteri kaydından anlaşılacağı üzere Payas halkı, bölgeye gitmeyerek İstanbul'da oturan kadılarının, naibleri aracılığı ile keyfi işlemler yaptıklarından şikâyetçi olmuşlardır. Bunun üzerine Divan-ı Hümayun, Anadolu Kazaskeri'nin bizzat olay yerine giderek araştırma yapmasını istemektedir.; BOA, A.{DVNSMHH.d...82/54: 22.12.1026 tarihli ilgili mühimme defteri kaydından, kendilerinden haksız yere para aldığını iddia eden kişilerin eski Aydıncık (Edincik) Kadısı Abdullah'ı, Divan-ı Hümayun'a şikâyet ettikleri anlaşılmaktadır. Söz konusu şikâyet, eski kadı'nın görevli olduğu zaman kasten yaptığı bir davranıştan dolayı idari denetime tabi tutulmasını istemektedir.

⁶⁶⁹ Ekinci, 2001, a.g.m., s.1002.

⁶⁷⁰ Şentop, 2005, a.g.k., s.96-98.

⁶⁷¹ Şentop, 2005, a.g.k., s.96.

⁶⁷² Abacı, 2001, a.g.k., s.68.

Nitekim İslam Hukuku gereğince yargılama ve hüküm sadece tek bir kadı tarafından gerçekleştirilecektir⁶⁷³. İslam Hukuku kurul şeklinde toplanan mahkemeleri kabul etmediği gibi jüri sistemiyle hükme kadı dışında başka iradelerin katılmasını da benimsememiştir. Bu nedenle şühüdül-hal Anglosakson Hukuk sisteminde yer alan ve hükmün oluşumuna doğrudan etki gösteren jüriden ayrılmaktadır⁶⁷⁴.

Bilindiği üzere İslam Hukuku'nda yargılamanın aleniliği ilkesi mevcuttur⁶⁷⁵. Bu ilke kapsamında kural olarak kadı tarafından yürütülen yargılamaya izleyici olarak herkes katılabilir. Ancak şühüdül-hal, ilgili davaya yönelik olarak bazı işlevler yerine getirmektedir ki bu işlevler söz konusu kurum bünyesinde mahkemeye katılanları, sadece aleniyet ilkesi çerçevesinde yargılamayı izleyen kişilerden ayırmaktadır. İlgili işlevler iki önemli başlık altında toplanır.

Kelimenin kökünden de anlaşılacağı üzere şühüdül-hal kurumunun yerine getirdiği ilk işlev, ilgili yargılamaya şahitlik etmektir⁶⁷⁶. Burada dikkat edilmesi gereken nokta söz konusu kurumun, dava konusu hukuki uyuşmazlığa ait olan vakıalara değil bizzat kadı tarafından yürütülen yargılamaya şahitlik ettiğidir⁶⁷⁷. Yani şühüdül hal, kadı mahkemesinde yürütülen yargılamanın hukuka uygun yürütüldüğüne tanıklık eder. Anlaşılacağı üzere bu işlevi itibariyle de kadı üzerinde doğrudan doğruya bir denetimi vardır. Nitekim görevi yargılamanın hukuka uygun yürütülmesini gözetmek ve bu itibarla da hükme meşruluk kazandırmak olan bir grup insanın şahitliğinde yargılamayı yürüten kadı, hukuk kuralları dışına çıkmaktan kaçınacaktır.

Diğer taraftan ilgili mahkeme kayıtlarının içeriğine tanıklık edecek, bu kayıtların kaybolması durumunda yargılamanın şahidi olacak kişilerde bu kurul üyeleridir⁶⁷⁸.

Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz üzere İslam Hukuku'nun temel ilkelerinden birisi de şura prensibidir. Bu prensip yasama ve yürütme fonksiyonlarında geçerli olduğu gibi yargı

⁶⁷³ Ortaylı, 2017, a.g.k., s.70; Aydın, 2017a, a.g.k., s.77 .

⁶⁷⁴ Bkz. Yılmaz Öz (1913). Jüri Usulüyle Yargılama. Ankara Barosu Dergisi, S.2, s.241-245; Nasuhi Kurtoglu (1913). Amerika Birleşik Devletleri'nde Jüri Yargılaması. Ankara Barosu Dergisi, S.3, s.446-458; John D. Jackson (1995). Judge Without Jury: Diplock Trials in the Adversary System. Oxford: Oxford University Press; Randolph N. Jonakait (2003). The American Jury System. Yale University Press.

⁶⁷⁵ Ekinci, 2001, a.g.m., s.976; Akdağ, 2010, a.g.k., s.289.

⁶⁷⁶ Abacı, 2001, a.g.k., s.68-69.

⁶⁷⁷ Akdağ, 2010, a.g.k., s.289; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.116: Nitekim İstavros köyü azebinin, azeblük bedelini kefillerden talep ettiği yargılamada, Ali b. Abdullah ve Kara b. Abdullah yargılama konusu hakkında şehâdet getirerek, ilgili vakiya şahitlik etmişler ancak yargılamanın yürütülmesine şaitlik eden şühüdül hal içerisinde yer almamışlardır.; Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili, 2008, s.165: Diğer taraftan bir başka kayıta ilgili davada şahitlik eden kişilerin, "el-Mezbûrûn" ifadesiyle aynı zamanda şühüdül hal kurulunu oluşturdukları belirtilmiştir. Bu olayda kişiler hem yargılama aşamasında ilgili olaya ilişkin şahittirler hem de söz konusu yargılamanın hukuka uygun bir şekilde yürütüldüğüne şahitlik eden şühüdül hal içerisinde yer almaktadırlar.

⁶⁷⁸ Taş, 2008, a.g.m., s.31.

fonksiyonu içinde geçerlidir. Nitekim yine bahsettiğimiz üzere fetva kurumu, yargılama aşamasında kadı tarafından da başvurulabilecek bir yoldur. Hatta kadıya danışarak hükmetmesi İslam Hukuku tarafından öğüt edilmiştir⁶⁷⁹. İslam Hukuku’nda yargılamanın yapıldığı yere verilen “meclis-i şer” ismi de ilgili prensibin varlığının diğer bir işareti niteliğindedir. Nitekim bu nitelendirme, yargılamanın yapıldığı yerde bir meclis kurulduğu ifade eder⁶⁸⁰. Diğer taraftan İslam Hukuku uyarınca hükmün sadece tek kadı tarafından tesis edilmesi kuralı da dikkate alınınca bu meclis üyelerinin daha çok danışman işlevini yerine getirmekte olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ilke Osmanlı Hukuk sisteminde de yer almıştır⁶⁸¹.

Tahmin edileceği üzere kendi uzmanlık alanı olan hukuki konularda uzmanlara başvurabilen kadı, yargılamaya ilişkin uzmanlığının dışındaki teknik konularda da danışma ilkesini pek tabi kullanabilecektir⁶⁸². Kadı bu konularda uzman olan bilirkişileri yargılama aşamasında da çağırıştır⁶⁸³. Bu aşamada şühüdü’l-hal kurulunun yapısı akıllara gelir. Nitekim bölgenin ileri gelenleri, şehir kethüdası, müderrisler, ayanlar gibi donanımlı kişiler bu kurulda yer almışlardır⁶⁸⁴. Diğer taraftan yukarıda değindiğimiz üzere ilgili kurul üyeleri, yargılama konusu hukuki uyumsuzluğun niteliğine uygun bir şekilde de değişmektedir⁶⁸⁵. Örneğin bir esnafın taraf olduğu bir yargılamada şühüdü’l hal kurulunun içerisinde bir esnaf temsilcisi yer almaktadır⁶⁸⁶. Yani söz konusu yargılama aşamasında bilgisine ihtiyaç duyulabilecek kişilere kurul bünyesinde yer verilmektedir⁶⁸⁷. Bu durum da göstermektedir ki şühüdü’l-hal kurumunun ikinci önemli işlevi, İslam Hukuku’nun şura prensibi ilkesini yargı aşamasına taşımaktır. Bu niteliği itibariyle Akdağ, şühüdü’l hal’i bir “bilirkişi heyeti” olarak nitelendirmiş ve kadı’nın ilgili yargılama açısından bu kurul ile danışma içerisinde olduğunu belirtmiştir⁶⁸⁸. Halaçoğlu da bu

⁶⁷⁹ Muhammed Hamidullah (1962). İslâmın Hukuk İlmine Yardımları. İstanbul: Milliyetçiler Derneği, s.121: Nitekim Hz. Ömer tarafından Medine’de kurulan ve İslam Hukukçuları’nın oluşturduğu heyete, Medine kadısı da başvurmakta idi.

⁶⁸⁰ Taş, 2008, a.g.m., s.38.

⁶⁸¹ Silâhdar Fındıklılı Mehmet Ağa (1962). Nusretname. Sad. İsmet Parmaksızoglu. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, s.28; İdari eylem ve işlemlerde dahi danışma prensibi esastır.; Fendoğlu, 1994, a.g.k., s.67-69.

⁶⁸² Taş, 2015, a.g.k., s.159: Taş’ın Ankara’nın 41 Numaralı Şer’iyye Sicili’nden aktardığı örnekte görüleceği üzere kadı, Cennetin şikâyeti üzerine yerinde keşif için konunun uzmanı olarak bir mimar görevlendirmiştir.

⁶⁸³ Gerber, 1981, a.g.k., s.280; Taş, 2015, a.g.k., s.160: Esnaf ile ilgili bir dava söz konusu olduğunda o esnaf teşkilatını ileri gelenleri yargılamada hazır bulunmuşlardır.

⁶⁸⁴ Akdağ, 2010, a.g.k., s.289; Ekinci, 2001, a.g.m., s.976.

⁶⁸⁵ R. Özdemir (1986). Ankara Esnaf Teşkilatı (1785-1840). Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, s.165-166; Taş, 2008, a.g.m., s.34-36.

⁶⁸⁶ Özdemir, 1986, a.g.m., s.165; Taş, 2008, a.g.k., s.36; Taş, 2015, a.g.k., 160.

⁶⁸⁷ Taş, 2008, a.g.m., s.32.

⁶⁸⁸ Akdağ, 2010, a.g.k., s.289.

kurum için bilirkişilik nitelendirmesini kullanarak kadı tarafından bu kurula danışıldığını vurgulamıştır⁶⁸⁹.

Ancak belirtmek gerekir ki bu niteliği her yargılamada görme olanağı yoktur. Her türlü hukuki uyuşmazlıkta, o uyuşmazlığın uzmanının şühüdü'l hal içerisinde olduğu söylenemez. Bu durum, bölgede ilgili uyuşmazlığa ilişkin uzmanın bulunmaması gibi maddi bir imkânsızlıktan kaynaklı olabilir veya kimi durumlarda, yargılamanın yavaşlatılmaması için uzmanın hazır bulunmasına gerek görülmemiş de olabilir. Nitekim uzmanın çağırılması ve gelmesinin beklenmesi vakit alacak bir işlemdir. Diğer taraftan bazı uyuşmazlıkların basit nitelikleri sebebiyle özel bir şühüdü'l hal kurulmasına gerek görülmeden, yargılama hızlı bir şekilde sonuçlandırılmak istenmiş olabilir. Nitekim şerr'iye sicillerinde kişilerin, bazen kendi davalarından önceki yargılamanın şühüdü'l hal kurulunda yer aldıkları görülmektedir⁶⁹⁰. Yani kişi hem kendi hukuki uyuşmazlığının görülmesi için sırada beklemekte, hem de şühüdü' hal kurulunda yer alarak önceki yargılamaya şahitlik etmektedir. Bu şüphesiz usul ekonomisi amacıyla başvurulmuş bir yöntemdir. Bahsettiğimiz üzere Osmanlı Hukuk sisteminin yargılamaya ilişkin en karakteristik özelliği oldukça süratli olmasıdır. Bu özellik şühüdü'l hal kurumunun oluşumunu da muhtemelen etkilemektedir.

Kurumun ikinci işlevi olan bu danışmanlık görevi, kadı üzerinde dolaylı bir denetim kurar.. Kadı sadece kendi uzmanlık alanı dışında olan konulara ilişkin görüşleri değil uzmanlık alanı içerisinde olan hukuki görüşleri dahi değerlendirmeli ve şayet benimsemiyorsa gerekçelendirmelidir. Yani uzman kişilerin görüşleri kadıyı belli bir çerçeve içerisinde tutar. Kadının bu çerçevenin dışına çıkabilmesi için haklı gerekçeleri olmalıdır ki kararı meşru olsun. Böylece kadının yargılamaya ilişkin teknik ve hukuki konularda keyfi veya yanlış karar vermesi önlenir.

Görüldüğü gibi şühüdü'l hal kurumu, Osmanlı Hukuk sistemi içerisinde oldukça ehemmiyetli bir konuma sahiptir. Hem yargılamanın hukuka uygun yürütüldüğüne şahitlik etmesi, hem de ilgili yargılama açısından kadı'nın başvurabileceği bir danışma kurulu olması itibarıyla, daha henüz hüküm tesis edilmemişken, kadıyı hukuki denetime tabi tutar.

⁶⁸⁹ Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.124.

⁶⁹⁰ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.115: Üsküdar Emini Sinan Bey ve yerine Üsküdar Eminliğine tayin edilecek Ayas Bey, kendilerinden önce gerçekleşen nafaka tespiti yargılamasında, şühüdü'l-hal içerisinde yer almışlardır. Şüphesiz dönem itibarıyla her konuya ilişkin uzmanlaşmış kişiler bulunmamaktadır. Yani her hukuki uyuşmazlığın bir uzmanı yoktur. Diğer taraftan çoğu basit uyuşmazlık açısından buna gerek de yoktur. Nitekim bu tür uyuşmazlıklarda kişinin uzman olmaması, ona danışılmamasına engel değildir. Örneğin, ilgili yargılamada nafaka tespit ederken kadı, Sinan ve Ayas Beylerin hayat tecrübesinden yararlanabilir. Ancak Fransızca bir belgenin tercümesinin gerektiği yargılama için aynı şey söylenemez. Fransızca'yı iyi bilen bir kişi şühüdü'l halde yer almalıdır.

Diğer taraftan kurumun bu önemli işlevinin niteliği gereği kurul üyelerinin tarafsızlığına oldukça dikkat edilmiştir. Kurulu oluşturan üyelerin sosyal statü olarak uyuşmazlık tarafı kişilerle aynı düzeyde olması yönünde gösterilen tutum⁶⁹¹, tarafsızlığın sağlanması yönünde gösterilen söz konusu özenin sonucu olabilir.

3.2.3.4.3.1. *Şühud'ül-hal kurumunun niteliği*

Şühudü'l-hal kurumunun yargılamanın hukuka uygun olduğu yönünde yerine getirdiği işlev akıllara Osmanlı Hukuku uygulamasında üst mahkeme denetiminin tam olarak kurumsallaşmamış olmasını getirmektedir. Bu durumun ilk sebebi yukarıda incelediğimiz üzere, gelen şikâyetler doğrultusunda merkez kurullar tarafından gerçekleştirilen kanun yolu denetimine benzer yargılamalar olabilir. Zira bu şikâyet mekanizması nedeniyle sistemli bir üst mahkeme denetimine ihtiyaç duyulmamış olması muhtemeldir⁶⁹².

Ancak bu yönde bir ihtiyacın hissedilmemesinin bir başka temel sebebi olarak ise şühudü'l-hal kurumu akıllara gelmektedir. Nitekim kadı yargılamasının yürütüldüğü aşamada gerçekleştirilen bu denetim, kadı'nın hukuk sınırları dışına çıkmasını engellemek için oldukça etkilidir. Akdağ ve Aydın, ilgili yargılamanın hukuka uygun bir şekilde yürütüldüğüne yönelik ispatın, mahkeme kayıtlarına bu kurul üyelerinin iradesinin eklenmesiyle birlikte gerçekleştiğini ifade ederek, bu önemli işleve dikkat çekerler⁶⁹³.

Fakat bu denetimin tam bir hukuki denetim niteliğinde olabilmesi için söz konusu kurul bünyesinde hukukçuların da yer alması gerekir. Bu şekilde hukukçularında yer aldığı bir yapının, yargılamalara katılan bütün şühudü'l hal kurulları için geçerli olduğu ihtimalde; Osmanlı Hukuk sisteminin hükmün hukuka uygunluk denetimini, hükümden sonraya bırakmayıp, hükmün oluşumu aşamasına taşıdığı söylenebilir. Hukuki denetimin yargılama aşamasına taşınması, hükmün daha en başta hukuka aykırı tesis edilmesini engellemek içindir.

Ancak mevcut veriler ışığında bu yönde bir kurumsallaşmanın olduğu mutlak olarak söylenemez. Nitekim bazı şühudü'l hal heyetleri arasında hukukçular yer almasına⁶⁹⁴ rağmen

⁶⁹¹ Abacı, 2001, a.g.k., s.69; Taş, 2008, a.g.m., s.34; Jennings, 1979, a.g.k., s.161-162: Her iki araştırmacıda kurul üyelerinin sosyal düzeyi ile uyuşmazlık taraflarının sosyal düzeyleri arasındaki uyuma dikkat çekmişlerdir.”; Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2008, s.249, 254, 288, 317: Kanuni Sultan Süleyman'ın kullarını âzat ettiğine dair kadı mahkemesinde yer alan kayıtlarda şühudü'l hal üyesi olarak sadece “Vüzerâi'l-izâm” gösterilmiştir. Hemdem b. Abdullah adlı kapıkulunu âzat ettiğine ve Abaza ve Macar asıllı iki kapıkulunu azat ettiğine ilişkin kayıtlarda ise şühudü'l hal kurulunda “el-Vüzerâ” yani vezirler yer almıştır.

⁶⁹² Ekinci, 2001, a.g.m., s.974.

⁶⁹³ Akdağ, 2010, a.g.k., s.289-290; Aydın, 2017a, a.g.k., s.93, 105.

⁶⁹⁴ Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s. 116: İstavros köyü azebinin, azeblük bedelini kefillerden talep ettiği yargılamada şühudü'l hal içerisinde Murad Fakih ve Ahmed Fakih isimli iki İslam Hukukçusu bulunmaktadır. İlgili yargılamada hukukçuların hazır bulunması söz konusu uyuşmazlığın öneminden kaynaklı olabilir. Nitekim yukarıda verdiğimiz örnekte, kendi sıralarından önceki nafaka tespiti yargılamasında Sinan ve Ayas Beyler şühudü'l halde yer almışlar, ardından da kendilerini ilgilendiren kısma geçilmiştir. Yani nafaka tespiti için özel bir

bu durum, bütün davaları kapsamına alacak şekilde bir uygulama alanı bulamamıştır⁶⁹⁵. Osmanlı Hukuk sisteminin amaç edindiği usul ekonomisi, her yargılamada hukukçunun yer almamasının sebebi olabilir. Nitekim belirttiğimiz üzere kimi basit uyuşmazlıklar için gerek görülmemiş ve bu uyuşmazlıkların süratle sonuçlandırılmak istenmiş olması ihtimali yüksektir. Fakat bu ihtimalde de akıllara fetva kurumu getirilmelidir. Nitekim fetva kurumuna sadece yargılamayı yapan kadı değil, uyuşmazlık tarafları da başvurabilirler. Osmanlı döneminde fetva kurumunun kurumsallaşarak güçlendiğini önceden belirtmiştik. Kural olarak fetva kadıyı her ne kadar bağlamasa da gücü itibarıyla onu oldukça etkilemektedir. Bu nedenle kadı şayet fetva dışında bir karar verecekse bu kararını iyi bir şekilde gerekçelendirir⁶⁹⁶. Aksi bir durumda, fetva dışına çıkan kadıların sorumluluklarının doğacağı Divan-ı Hümayun kararlarında belirtilmiştir⁶⁹⁷. Fetva kurumundan kaynaklı söz konusu etki sayesinde hukuka aykırılıklar azalmakta, kadıların maddi hukuk açısından keyfî kararlar vermesi engellenmektedir. Bu itibarla da aslında fetva kurumu, özellikle şeyhülislam fetvaları, Osmanlı Hukuk sisteminde hukuk birliğinin sağlanmasına hizmet eder.

Diğer taraftan önceden de belirttiğimiz üzere taraflar veya kadı, fetva kurumuna başvurma hakkına sahiptir, ancak kimse bu kuruma başvurmak zorunda değildir. Yani önceden ilgili uyuşmazlık hakkında şeyhülislam tarafından çıkarılan bir fetva yoksa ve ne taraflar ne de kadı tarafından fetva verilmesi için müftüye başvurulmamışsa söz konusu etki ilgili yargılama açısından gerçekleşmeyecektir. Ancak diğer taraftan Ch. d'Arvieux, müftünün çoğu yargılamalarda bulunduğunu ve zorlu davalarda bilgisine başvurulduğunu aktarmıştır⁶⁹⁸. Diğer taraftan İslam Hukuku'nun uygulamasında da yargılama aşamasında bir İslam hukukçusunun

uzmana gerek görülmemiş sonraki celsenin taraflarının katılımı yeterli görülmüştür. Diğer uyuşmazlığın şühudü'l hal heyetini oluşturan kişilerin ise ne önceki ne de sonraki yargılama ile ilişkileri yoktur. Murad Fakih ve Ahmed Fakih de dâhil olmak üzere isimleri geçen şühudü'l hal üyeleri sadece ilgili yargılama için gelmişlerdir. Ayrıca yine diğer uyuşmazlıkların aksine *"gayruhum mine'l-müslimîni'l-hâzırîn ve'n-nâzırîn"* ifadesinde şühudü'l hal heyetinin kalabalığına bu itibarla da ilgili uyuşmazlığın diğerlerine nazaran daha önemli olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda Osmanlı Hukuk sisteminde hızlı yargılamanın oldukça önemli olması sebebiyle, her yargılama için hukukçunun hazır bulunmasına ihtiyaç duyulmadığı, sadece önemli uyuşmazlıklara ilişkin yargılamaların hukuki denetimi için hukukçuların çağırıldığı çıkarımı yapılabilir. Taş, 2015, a.g.k., s.160: Taş'ın Ankara'nın 19, 41 ve 64 Numaralı Şerhiye Sicillerinden yaptığı aktarım uyarınca, şühudü'l-hâl içerisinde eski kadıların yer aldığı bir çok örnek yargılama bulunmaktadır. Taş bu durumun, yargılama işlerinden uzak kalmak istemeyen ma'zûliyet dönemindeki eski kadıların kendi istekleri ile gerçekleştiği yönünde bir yorum yapmıştır. Ancak yine kendisinin de vurguladığı gibi her ne sebeple gerçekleşmiş olursa olsun ilgili yargılamalarda dava konusu hukuki meseleler hakkında fikir alışverişi olmuştur.

⁶⁹⁵ Taş, 2008, a.g.m., s.33.

⁶⁹⁶ Ekinci, 2001, a.g.m., s.976.

⁶⁹⁷ Ekinci, 2001, a.g.m., s.975.

⁶⁹⁸ Chevalier d'Arvieux, s.445'den aktaran Üçel-Aybet, 1994, a.g.m., s.2152.

yer aldığı örnekler mevcuttur. Nitekim Kufe kadısı, yargılama sırasında hukukçulardan oluşan bir gurubu hazır bulundurmuştur⁶⁹⁹.

Kısaca ilgili yargılama açısından her zaman fetva alınmamakta ve şühudü'l hal içerisinde her zaman bir hukukçu yer almamaktadır.

3.2.3.4.4. Kamu denetimi

Osmanlı şer'i mahkemelerinde yargılamalar aleni olarak yapılmaktaydı⁷⁰⁰. Kapalı kapılar ardında yapılan yargılamaların meşruluğu her zaman tartışmalıdır. Alenilik ilkesi sayesinde, yargılamanın hukuka uygunluğu kamu tarafından denetlenir.

3.2.3.4.5. Fetva'nın etkisi

Kadı tarafından veya taraflarca kendisine danışılan müftü de ilgili yargılama açısından bir danışman niteliğindeydi, ancak onun şühudü'l hal üyelerinden farkı müftü kural olarak “meclis-i şer” de yer almaz, görüşünü yargılamanın gerçekleştiği mekânın dışından beyan ederdi⁷⁰¹.

3.3. Diğer Mahkemeler

3.3.1. Gayrimüslimlerin statüsü

3.3.1.1. Zimmiler

Müslümanlığı seçmeyip, İslam devleti ile zimmet antlaşması yaparak, Dar'ül-İslam'da yaşamaya başlayan gayrimüslimlere zimmi⁷⁰² denilir⁷⁰³. Osmanlı ile yaptıkları zimmet

⁶⁹⁹ Atar, 2003, a.g.m., s.122.

⁷⁰⁰ Halaçoğlu, 1995, a.g.k., s.124.

⁷⁰¹ Akdağ, 2010, a.g.k., s.291.

⁷⁰² Devellioğlu, 2010, a.g.k., s.1384: “zimmî: İslâm Devleti tebaasından olan ve haraç veren Hristiyanlar, Yahudiler.”

⁷⁰³ Kemal Paşa-Zâde (1996). Tevarih-i Âl-i Osman. Haz. Şefaettin Severcan. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi., s.LXIV: “Bosna diyarınınserdar-ı sipeh-saları Hüsrev Beğden ulak geldi irdi. Sirem adasında olan bika-ı haşin ve kıla-ı metinden Erik nam kalanun dizdarının kirdar-ı saadet-fercamı cadde-i itaata girdi, hisarı teslim idüb merasim-i hizmet-i ehl-i zimmet ü inkiyadı takdim itdi, diyü haber virdi.”; Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.422-423; Gülnihal Bozkurt (1987). “İslam Hukuku'nda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, Kudret Ayiter'e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-4, s.115; Fendoğlu, 1994, a.g.k., s.59-61; Salih Tuğ (1969). İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri. İstanbul: İrfan, s.16-20; Aydın, 2017, a.g.k., s.141; Bilindiği üzere zimmiler, Osmanlı Hukuk sisteminde Müslümanlardan daha farklı bir statüye sahiptirler. Gerekli bilgi için bkz. Günihâl Bozkurt (1996). Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.48-51; Bazı hukuk kurallarında, zimmiler için cezaların yarısı uygulanacağı belirtilmiştir Üçok, 1947, a.g.m., s.68; Yakut, 2015, a.g.k., 77-78; Özkorkut, 2009, a.g.k., s.131-132; Bozkurt, 1987, a.g.k., s.25; Akgündüz, 1990, a.g.k., C.IV, s. 3300: “Ve eğer bir kişinin kasd ile gözin veya dışın çıkarsa, kısâs etseler, cürm alınmaya. Ve eğer kısâs etmeseler veya kısâs lâzım olmasa, ganî olursa iki yüz akçe cürm alına.” “Ve eğer bu mezkûrât âharden (kefereden) veya kul taifesinden sâdır olsa, nisf-ı cürm alına.” Görüldüğü gibi Kanuni Sultan Süleymana ait ilgili örfi hukuk kuralında zimmi failden yarı oranında para cezası alınacağı belirtilmiştir. İlgili kanunda dini inanç dikkate alınarak zimmiler lehine bir farklılık öngörülmüştür.; Ancak bilindiği üzere günümüz hukuk sistemi uyarınca çıkarılan yasalar genel nitelikte olmalı ve bütün benzer olaylar için aynı hükmü sevk etmelidirler. Gerekli bilgi için bkz. Soysal, 2011, a.g.k., s.240; Gözübüyük, 2006, a.g.k., s.168; Hayek, 2008, a.g.k., s.83-87; Carl Schmitt (2008). Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı. Çev. Bilal Canatan. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları, s.140-145; Marmor, 2008, a.g.k., s.173; Erdoğan, 2001, a.g.k., s.106; Çağdaş, 2009, a.g.k., s.29; Detaylı bilgi için bkz. Merih Öden (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları; Hayek,

antlaşması uyarınca; zimmîler, İslam Hukuku'nun sağladığı nizama uymayı ve askerlik yapmamaları karşılığında cizye denilen vergiyi vereceklerini taahhüt etmekteyken, Osmanlı'da onlara, can ve mal güvenliklerini sağlayacağını taahhüt etmekte, din ve vicdan hürriyeti vaat etmektedir⁷⁰⁴.

3.3.1.2. Müstemenler

Müstemenler, zimmîlerin aksine bir İslam ülkesi tebaası değildir⁷⁰⁵. Onlar, İslam Devleti'nden almış oldukları izin dâhilinde, daha çok ticari olmak üzere, farklı sebeplere dayalı olarak geçici bir süre Dar'ül-İslam'da bulunmaktadırlar⁷⁰⁶.

3.3.1.3. Tabi oldukları mahkemeler

Kapitülasyonlar ile gayrimüslimlere verilen imtiyazlardan biri de Konsolosluk Mahkemeleridir. 1535 yılında verilen ilk imtiyaz, sadece Fransız uyruğunda olan müstemenlerle sınırlıyken ilerleyen zaman içerisinde imtiyaz verilen ülkelerin giderek genişlemesini takiben, en son aşamada artık bütün müstemenlerin kendi aralarında yaşadıkları hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak Konsolosluk Mahkemeleri görev yapmıştır⁷⁰⁷. Müstemenler ile Osmanlı tebaasından birisi arasında yaşanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise kural olarak Osmanlı Mahkemeleridir⁷⁰⁸. Ancak bu gibi durumlarda da müstemenlere, mensubu oldukları ülkenin elçiliğinden bir görevlinin yargılama esnasında hazır bulunması, tercüman olmadan yargılama yapılmaması gibi bazı ayrıcalıklar tanınmıştır⁷⁰⁹. Diğer taraftan bu ana kurala aykırı olarak, bazı hukuki uyuşmazlıkların, Osmanlı tebaasından birini ilgilendirmesine rağmen, konsolosluk mahkemeleri tarafından görüldüğü de olmuştur⁷¹⁰.

2008, a.g.k., s.83-87; Adnan Küçük (2008). Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları, s.367-368.

⁷⁰⁴ Gülnihal Bozkurt (1989). Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu. Ankara: Türk Tarih Kurumu, s.7-8; İhsan Karataş (2009). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Toplum Hayatı. İstanbul: Gökkuş, s. 20-26; Aydın, 2017, a.g.k., s.141; Bilal Eryılmaz (1988). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Tebanın Yönetimi. İzmir: Güçbirliği Yayıncılık, s.8-15.

⁷⁰⁵ Turgay Akkuş (2010). Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e Bursa Kent Tarihinde Gayrimüslimler. İstanbul: Libra Kitapçılık ve Yayıncılık, s.18-19.

⁷⁰⁶ Fendoğlu, 1994, a.g.k., s.62; Akkuş, 2010, a.g.k, s.19; Bilmen, 2013, a.g.k., C.3, s.432-433.

⁷⁰⁷ İnalçık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.22, s.246; Aydın, 2017, a.g.k., s.80, 151; Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342.

⁷⁰⁸ Aydın, 2017, a.g.k., s.151; BOA, A.}DVN.26/88: Divan-ı Hümayun kalemine ait 25.06.1263 tarihli ilgili kayıta, Osmanlı tebaası limoncu Yani, İngiliz tebaası müstemen Diyonisya's'tan olan alacağına ilişkin hukuki uyuşmazlığın Rumeli kazaskeri huzurunda görülmesini talep etmektedir. İlgili uyuşmazlık taraflarından birisi Osmanlı tebaası olduğu için artık kadı mahkemeleri yetkilidir. Nitekim Yani de uyuşmazlığın aslında bir kadı olan Rumeli kazaskeri huzurunda görülmesini talep etmektedir.

⁷⁰⁹ Yılmaz Altuğ (1971). Yabancıların Hukuki Durumu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 63; İnalçık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.22, s.246.

⁷¹⁰ Aydın, 2017, a.g.k., s.151; İnalçık, 1997, İslâm Ansiklopedisi, C.22, s.246.

Dini lider sıfatına sahip olmayan⁷¹¹, zimmî statüsündeki diğer Osmanlı tebaası gayrimüslimlerin ceza davaları, şer'îyye mahkemelerinde görülürken⁷¹², hukuk davalarının çözüm mercii ise ilgili uyuşmazlık tarafı gayrimüslimlerin yapacağı tercihe göre belli olacaktır⁷¹³. Bu imkân dâhilinde gayrimüslimler aralarındaki özel hukuku ilgilendiren anlaşmazlıkları, şer'îyye mahkemelerine götürebilecekleri gibi isterlerse cemaat mahkemelerine de götürebilirler⁷¹⁴. Bu durum İslam Hukuku'nun mülkiliği yani İslam toprakları üzerinde yaşayan herkese uygulanacağı ve İslam ülkesinde gerçekleşen her türlü hukuki uyuşmazlığın şer'îyye mahkemeleri huzurunda çözüleceği ilkesinin bir istisnasıdır. Bu istisna doğrudan İslam Hukuku'nun birinci ana kaynağı Kuran'ı Kerim'den kaynaklanır⁷¹⁵. İlgili hükümler uyarınca İslam Hukuku, din ve vicdan hürriyeti ilkesini kabul etmiştir⁷¹⁶. İşte İslam Hukukçuları da özel hukuka ilişkin hükümlerin gayrimüslimlere uygulanmasının, bu hürriyeti ihlal edeceğini söylerler⁷¹⁷.

Bu noktada iki zımminin taraf oldukları hukuki uyuşmazlığın kadı mahkemesine mi yoksa cemaat mahkemesine mi götürüleceğine kimin karar vereceği sorusu akıllara gelmektedir. Bunun için taraflardan herhangi birisinin kadı mahkemesine gitmek istemesi yeterlidir⁷¹⁸.

Hz. Peygamber döneminde, kimi cezai nitelikteki davalarda Yahudilere kendi hukuklarının uygulamasına ilişkin örnekler olmasına rağmen, din ve vicdan hürriyeti ilkesinden kaynaklanan, gayrimüslimlere kendi hukuklarının uygulanacağı esası, kapsam olarak zamanla daralmış ve bu esasın sadece özel hukuk ile sınırlı olacağı kabul edilmiştir⁷¹⁹.

Osmanlıda da aynı dar kapsam geçerlidir. Nitekim cemaat mahkemelerinin cezai uyuşmazlık çözme yetkisi, esasen aforoz etme gibi dini cezalandırmalar ile sınırlıdır⁷²⁰. Diğer taraftan

⁷¹¹ Aydın, 2017, a.g.k., s.80: Dini liderler Divan-ı Hümayun'da yargılanırdı.

⁷¹² Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.122: Osmanlı tebaası zimmî Nikola, Osmanlı tebaası Müslüman Hamza'nın kendisini darp ettiği şikâyeti ile Üsküdar Mahkemesine başvurmuştur.; Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 2008, s.140: Zimmî Marya ve Panayot, kendilerine küfreden Sosora'yı kadı mahkemesine şikâyet etmişlerdir.

⁷¹³ Bozkurt, 1989, a.g.k., s.14-15; Akkuş, 2010, a.g.k., s.19; Aydın, 2017, a.g.k., s.80.

⁷¹⁴ Yavuz Ercan (1988). Kudüs Ermeni Patrikhanesi. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu, s.15-48; Atar, 1991, a.g.k., s.224; Aydın, 2017, a.g.k., s.80; T. Tankut Soykan (2000). Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler. İstanbul: Ütopya Kitabevi, s.101-127.

⁷¹⁵ Bakara Suresi, 256. Ayet: " Dinde zorlama yoktur. Çünkü doğruluk sapıklıktan iyice ayrılmıştır. O hâlde, kim tâğûtu tanımayıp Allah'a inanırsa, kopmak bilmeyen sapasağlam bir kulpa yapışmıştır. Allah, hakkıyla iştiridir, hakkıyla bilendir."; Yunus Suresi 99. Ayet: " Eğer Rabbin dileseydi, yeryüzünde bulunanların hepsi elbette topyekûn iman ederlerdi. Böyle iken sen mi mü'min olsunlar diye, insanları zorlayacaksın?" .

⁷¹⁶ Karataş, 2009, a.g.k., s.24, 115-131.

⁷¹⁷ Aydın, 2017, a.g.k., s.144.

⁷¹⁸ Aydın, 2003, İslâm Ansiklopedisi, C.27, s.342.

⁷¹⁹ Aydın, 2017, a.g.k., s.145.

⁷²⁰ Yavuz Ercan (2001) . Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler. Ankara: Ankara Üniversitesi Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi, s.197-198; Bozkurt, 1987, a.g.k., s.26; Mumcu, 1985, a.g.k., s. 108: İdari yapı ile ilgili disiplin cezaları da

hahambaşının bir kolluk gücüne sahip bulunması ve Fener patrikhanesinde bir hapishanenin bulunması istisnaide olsa cemaat mahkemelerinin maddi ceza verebildiklerine de işaret etmektedir⁷²¹.

Galata zimmileri ile yapılan 1453 tarihli zimmet antlaşmasına göre, bu gayrimüslim topluluğun kiliselerine dokunulmayacağı ve Müslüman olmaları için baskı yapılmayacağı taahhüt edilmektedir⁷²². Diğer taraftan yine aynı tarihlerden günümüze ulaşabilen Metropolit beratı uyarınca da gayrimüslimlerin dini liderlerinin, İstanbul'un fethinden önce nasıl kendi cemaatlerine liderlik ediyorlarsa, fetihten sonra da aynı şekilde kendi dini cemaatlerine liderlik etmeye devam edebilecekleri belirtilmiştir⁷²³. Görüldüğü gibi 1453'ten günümüze kadar ulaşabilen söz konusu her iki belgede de İslamiyet'in temel ilkelerinden biri olan din ve vicdan hürriyetine vurgu yapılmıştır.

İlgili belgelerde zimmilerin cemaat mahkemelerine başvurabilecekleri açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu uygulamanın, İslam Hukuku'nun temel kurumlarından birisi olması ve temelinde yer alan din ve vicdan hürriyeti ilkesinin, söz konusu iki belgenin de özünü oluşturması unsurları dikkate alındığında, dönem itibariyle zimmilere, kendi aralarında çıkan özel hukukla ilgili uyuşmazlıklarını, kendi cemaat mahkemelerinde çözme imkânının tanındığı söylenebilir⁷²⁴.

Diğer taraftan cemaat mahkemelerine verilen bu yetkinin tıpkı İslamiyet'in ilk dönemlerinde olduğu gibi Osmanlı'nın ilk dönemlerinde de daha geniş kapsamlı olduğu çıkarımı yapılabilir. Nitekim hahambaşının bir kolluk gücüne sahip olması ve Fener Rum Patrikhanesinde bir hapishanenin bulunması, bu mahkemelerin aforoz etme gibi sınırlı dini cezaların ötesinde maddi cezalar da verebildiğini gösterir. Ancak Kudüs Ermeni Patrikhanesine gönderilen fermanlardan anlaşılacağı üzere tıpkı İslam Hukuku'nda olduğu gibi cemaatlerin söz konusu yetkisi, zaman içerisinde sadece özel hukuk alanını kapsayacak şekilde sınırlandırılmıştır⁷²⁵.

3.3.2. Yargılama benzeri yetkiler kullanan makamlar

Belli bir teşkilat veya yapı içerisinde yönetim kademesinde bulunan görevlilerin ilgili yapı sınırları içerisinde kalan kimi uyuşmazlıkları çözmesi bir yargılama faaliyetinden daha çok bir

verilmektedir. Örneğin 1577 yılında İstanbul Rum Patriği, Sakız ve Atina metropolitlerini homoseksüel oldukları için görevlerinden azletmiştir.

⁷²¹ Halil İnalcık (1982). "Ottoman Archival Materials on Millets", Christians and Jews in the Ottoman Empire. New York: Benjamin Braude – Bernard Lewis, C.I, s.440.

⁷²² Antlaşma metni için bkz. Uzunçarşılı, 2003, a.g.k., C.II, s.7-8; Akgündüz, 1990, C.I, s.477; Zeki Mesud Alsan (1950). Yeni Devletler Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.I, s.577; İlhan Lütem (1959). Devletler Hukuku Dersleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. II, s.301; Cahit Küleçi (2008). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Nizamnameleri. İstanbul: Akademi Matbaası, s. 14-15.

⁷²³ Akgündüz, 1990, C.I, s.406.

⁷²⁴ Aydın, 2017, a.g.k., s.145-147.

⁷²⁵ Bkz. Ercan, 1988, a.g.k.

hakemlik, arabuluculuk faaliyeti niteliğindedir⁷²⁶. Diğer taraftan yeniçeri ağaları ve kaptan paşalarında kendi askerleri üzerinde yargı yetkisi bulunmaktadır⁷²⁷. Söz konusu bu yetki günümüzde de mevcut bulunan disiplin mahkemelerindeki yargılamalara benzetilebilir.

SONUÇ

Çalışmanın ilk bölümü itibariyle gösterilen veriler neticesinde; hem İslam Hukuku'nun özünde hem Osmanlı Hukuku teorisinde, hem de Osmanlı toplumunda, örfi hukuk kurallarının şer'i hukuk kurallarına uygun olması gerektiği yönünde bir prensibin varlığı tespit edildi. İlgili prensip, İslam egemenlik anlayışı gereği, devlet başkanının her türlü eylem ve işleminin egemen olanın kanunlarına uygun olması gerektiği ilkesiyle de örtüştü. Söz konusu prensibin Osmanlı padişahı bünyesinde önemli bir tesiri söz konusudur. İlgili dönemde yaşayan herkes gibi padişah da eylem ve işlemlerinin şer'i hukuka uygun olması gerektiğinin farkındadır. Padişah, şer'i hukuka en azından şekli olarak uygun olma kaygısı taşır. Yani iradesiyle oluşturacağı örfi hukuk kuralı, şer'i hukuk ile en azından bir şekli bağ kurmalıdır ki Osmanlı Hukuk sistemi açısından meşru olabilsin. Şekli bağı kurabilmek içinse dikkat etmesi gereken en önemli husus, esasa yönelik ağır ihlalde bulunmaktan kaçınmaktır. Nitekim bilindiği üzere esasa yönelik ağır ihlaller, şekli bağı koparacak ve ilgili örfi hukuk kuralının meşruluğunu

⁷²⁶ Aydın, 2017, a.g.k., s.88; Ekinci, 2001, a.g.m., s.964: Osmanlı Devleti'nde yargı organının temel iskeletini oluşturan mahkemeler, şer'iyye mahkemeleriydi . Bu mahkemelerde yargılamalar kadı tarafından yürütülürdü. Ancak yargıç sıfatına sahip olmayan bazı kişilerin de görev sahalarına ilişkin kimi uyuşmazlıkları çözümlediği görülmektedir. Örneğin esnaf loncaları ve bunlar gibi meslek gurupları içerisinde çıkan küçük çaplı ve mesleki nitelikteki bazı uyuşmazlıklar, ilgili loncalar veya benzeri teşkilatın yönetim kademesinde yer alan görevliler tarafından çözülmektedir. Aynı şekilde tarikat üyeleri arasında çıkan bazı küçük çaplı uyuşmazlıklar da ilgili tarikatın idarecisi konumundaki şeyh tarafından çözümlenebilmektedir. Diğer taraftan esasında kadının idari görev alanındaki yardımcısı olarak konumlanan muhtesipler de çarşı ve pazar denetimleri sırasında, bölgenin ticari disiplin ve düzeni ile alakalı uyuşmazlık çözüp hüküm verebilmektedirler.

⁷²⁷ Akgündüz, 1990, a.g.k., C.I, s.218; Ekinci, 2001, a.g.m., s.964.

ortadan kaldıracaktır. Bu sebeple ilgili şekli kaygı, örfi hukukun, şer'i hukuktan bağımsızlaşmasını engeller. Zira iki hukuk alanının bir birlerinden bağımsız olduğunu söyleyebilmemiz için ilgili hukuk alanına kaynaklık eden iradenin diğer hukuk alanını dikkate almaması gerekir. Ancak padişah, ağır esasa aykırılıktan kaçınarak şekli bağı kurma noktasında şeri hukuku dikkate almaktadır.

Bir örfi hukuk kuralının, şer'i hukuk alanının esasına yönelik ağır bir ihlal taşıdığı olasılığı düşünüldüğünde ise bu aykırılık nedeniyle söz konusu örfi hukuk kuralıyla sınırlı olarak padişahın iradesinin şer'i hukuktan bağımsızlaştığı söylenebilecektir. Bu bağımsızlaşma birçok farklı etmeden kaynaklanmış olabilir. Kamuoyu tarafından tepki ile karşılanmış olabilir veya yine farklı birçok etmen sebebiyle tepkisiz kalınmış olma olasılığı da vardır. Ancak bahsettiğimiz ilke ve prensipler bu çıkarımın genele yayılmasını engellemektedir. Nitekim ilgili ilkeler sebebiyle padişahın iradesi her zaman şekli uygunluk kaygısı taşır. Padişah bağımsız bir irade ile örfi hukuk kuralı oluşturmamaktadır.

Diğer taraftan ilgili ilkelere rağmen uygulamada aykırılıkların görülmesi farklı bir konudur. Söz konusu ilkeye rağmen aykırılıkların meydana gelmesinin en büyük sebebi ise teoride ve pratikte var olan güçler birliğidir. Yasama, yürütme ve yargı padişahın tahtında toplanmıştır. Diğer önemli etken ise ilgili denetimi gerçekleştirecek olan şeyhülislam ve kazaskerin mesleki güvenceye sahip olmamalarıdır. Mesleki güvence, Osmanlı Hukuk sisteminin en önemli eksikliği olarak gözükmemektedir. Nitekim etkili bir denetim için neredeyse her bir unsur, yargı bağımsızlığına muhtaçtır. Yargı bağımsızlığı denetim mekanizmasının en önemli dışısidir. Onun aksaması dahi bu sistemi durduracaktır. Kadıların ve şeyhülislamın, yürütme organı tarafından istenildiğinde azledilememesi, idari denetimlerinin bağımsız bir yargı üst kurulunca gerçekleştirilmesi, kısacası mesleki güvencelerinin bulunması gerekmektedir. Nitekim bu unsurlar, söz konusu görevlilerin denetim işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri açısından ilk koşuldur. Diğer önemli bir koşul ise kuvvetler ayrılığıdır.

Osmanlı Hukuk sisteminde ise kuvvetler ayrılığı bulunmaz. Güçler birliği mevcuttur. Yürütme ile yargının veya yasama ile yargının aynı makamda toplandığı bir sistemde, yargı bağımsızlığından söz edilemez. Belirttiğimiz üzere Osmanlı Hukuk teorisinde mesleki güvencede bulunmamaktadır. Kadılar, şer'i hukuka uygunluk denetimini gerçekleştiren şeyhülislam ve yargı örgütünün başı kazaskerler, padişahın iradesi ile göreve başlarlar ve padişahın iradesi ile görevden alınırlar. Padişah istediği zaman bu görevlileri azletme yetkisine sahiptir.

Yargı kararlarının denetimi noktasında ise Osmanlı Hukuk sistemi, oldukça dikkat çekicidir. Nitekim hukuki denetim, hem kararın verilmesinden önceki yargılama aşamasında, hem de kararın verilmesinden sonra gerçekleştirilmiştir. Daha yargılama aşamasındayken hukuki denetim sağlayan kurumlar ise fetva ve şühüdü'l halidir.

Fetva kurumu kadı'nın hüküm tesis ederken daha dikkatli olmasını sağlar. Nitekim fetvada yer alan görüşle bağlı olmayan kadı, fetvayı benimsememesi durumunda kararında bunun gerekçesine yer vermelidir. Günümüz hukuk sisteminde yargılama aşamasına taşınan uzman hukukçu görüşleriyle, fetvanın teorideki bu işlevi, bu nokta açısından bir benzerlik taşımaktadır.

Şühüdü'l hal ise mahkemenin hukuka uygun yürütüldüğüne tanıklık eder. Bu işlevi nedeniyle yargıcın üzerinde bir denetim etkisi yaratır. Şühüdü'l hal huzurunda yargılamayı gerçekleştiren kadı ağır hukuka aykırılıklardan kaçınacaktır. Nitekim bu kurum sayesinde yargılamanın aleniliği işlevsel hale gelmektedir. Diğer taraftan ilgili kurulda bir hukukçunun bulunması ihtimalinde ise kadı, daha henüz yargılama aşamasındayken hukuki bir denetime tabi tutulur. Elbette ki karar verirken kurulda yer alan hukukçunun görüşüne uymak zorunda değildir. Ancak bu hukukçunun varlığı bile hukukun uygulanması noktasında, kadıyı daha dikkatli davranmaya sevk eder. Bu sayede hukuka aykırı verilen karar sayısında azalma gerçekleşeceği teorik olarak tespit edilebilir.

KAYNAKÇA

Abacı N. (2001). Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması. Ankara: Başbakanlık Basımevi.

Acar A. (2007). Bir İçtihat Kaynağı Olarak Kur'an Kıssaları. İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.10.

Ahmed Lutfi Efendi (1999). Vak'a-nüvis Ahmet Lûtfi Efendi Tarihi, Haz. Yücel Demirel. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Ahmet Cevdet Paşa (2006). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayıncılık.

Aka İ. (1994). Mirza Şahrüh ve Zamanı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Aka İ. (2014). Timur ve Devleti. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Akad M. ve Dinçkol B.V. (2006). Genel Kamu Hukuku. İstanbul: Der Yayınları.

Akdağ M. (1952). “Osmanlı Müesseseleri hakkında notlar”. Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi Cilt.10, S. 1-2.

Akdağ M. (2010). Türkiye’nin İktisadî ve İctimaî Tarihi. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Akdağ M. (2017). Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası Celali İsyânları. İstanbul: Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık.

Akgündüz A. (1986). Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı. Diyarbakır: DÜHFY.

Akgündüz A. (1988). Şer’iye Sicilleri I. İstanbul: Türk dünyası Araştırma Vakfı Yayınları.

Akgündüz A. (1990). Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları.

Akgündüz A. ve Öztürk S. (2000). Bilinmeyen Osmanlı. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.

Akgündüz A. (2006). İslam Hukuku’nda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlı’da Harem. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.

Akgündüz A. (2008). Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Yönetimi. İstanbul: TİMAŞ Yayınları.

Akgündüz A. (2009). İslam Hukuku ve Osmanlı Tatbikatı Araştırmaları. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.

Akgündüz A. (2013). İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.

Akgündüz M. (2002). XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislamlık. İstanbul: Beyan Yayıncılık.

Akkurt İ. (2014). Fetvanın Gücü. İstanbul: Yeditepe Yayınevi.

Akkuş T. (2010). Meşrutiyet’ten Cumhuriyet’e Bursa Kent Tarihinde Gayrimüslimler. İstanbul: Libra Kitapçılık ve Yayıncılık.

Akman M. (1997). Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli. İstanbul: Eren Yayıncılık

Akman M. (2004). Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması. İstanbul: Eren Yayıncılık.

Akman M. (2007). “Örf”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.34.

Aktepe Artık S. (2014). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akyıldız A. (1993). Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform. İstanbul: Eren Yayıncılık.

- Akyıldız A.** (2008). Danıştay ve Hukuk Devleti. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları
- Alsan Z. M.** (1950). Yeni Devletler Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Altuğ Y.** (1971). Yabancıların Hukuki Durumu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Anhegger R. ve İnalçık H.** (1956). Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmani: II. Mehmed ve II. Bayezid Devirlerine Ait Yasakname ve Kanunnameler. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Ansay S. Ş.** (2002). Hukuk Tarihinde İslam Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Aron R.** (1976). Demokrasi ve Totalitarizm. Çev. Vahdi Hatay, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi.
- Arsal S. M.** (1947). Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Arzt D. E.** (1990). The Application of International Human Rights Law in Islamic States, Human Rights Quarterly, Vol. 12, No.2.
- Atar F.** (2001). “Kadı”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.24.
- Atar F.** (2003). “Mahkeme”, İslâm Ansiklopedisi. Ankara. Türkiye Diyanet Vakfı, C.27.
- Atar F.** (2003). İslam Adliye Teşkilatı. Ankara: Hukuki Araştırmalar Dergisi C.6, S.13.
- Atay E. E.** (2012). İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ateş T.** (1994). Demokrasi. İstanbul: Ümit Yayıncılık.
- Atsız H.N.** (1992). Aşıkpaşaoğlu Tarihi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı.
- Avcı M.** (2000). Osmanlı Hukukunda Tutuklama. Ankara: Yeni Türkiye Dergisi, C.6, S.31.
- Avcı M.** (2004). Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar. İstanbul: Gökkuşbu.
- Avcı M.** (2008). Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş. Konya: Mimoza Yayınları.
- Avcı M.** (2010). Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler. Konya: Mimoza Yayınları.
- Avcı M.** (2014). Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler. Konya: Mimoza Yayınları.
- Aydın M. A.** (1991). “Anayasa”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.3.
- Aydın M. A.** (1993). “Ceza”, İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.7.
- Aydın M. A.** (2003). “Mahkeme”, İslâm Ansiklopedisi. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, C.27.
- Aydın M. A.** (2017a). Türk Hukuk Tarihi.(15. Baskı), İstanbul: Beta Basım.

- Aydın M. A.** (2017b). Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet. İstanbul: Klasik Yayınlar.
- Aydın M.** (2016). İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bakım S.** (2013). Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi. Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2.
- Balivet M.** (2000). Şeyh Bedreddin: Tasavvuf ve İsyan. Çev. Ela Güntekin. İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı.
- Bardakoğlu A.** (1990). "Toplum Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliye Hukuku Örneği", Zihniyet Değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu Bildirileri. Bursa: Ensar Vakfı Yayınları.
- Bardakoğlu A.** (1992). "Beyyine", İslam Ansiklopedisi, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C. 6.
- Bardakoğlu A.** (1999). "Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine", Osmanlı Ansiklopedisi. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, C.VI.
- Barkan Ö. L.** (1943), XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları Kanunlar, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türkiyat Enstitüsü Neşriyatı.
- Barkan Ö. L.** (1945). Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.21, S. 3-4.
- Barkan Ö. L.** (1975). "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", Cumhuriyetin 50. Yıl Dönümü Semineri. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Barkan Ö. L.** (1980). Türkiye'de Toprak Meselesi. İstanbul: Gözlem Yayınları.
- Barkan Ö. L.** (1997). "Kanunname", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.6.
- Barthold W.** (1984). İslam Medeniyeti Tarihi. Çev. Mehmed Fuad Köprülü. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı.
- Bayındır A.** (1986). İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması. İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı.
- Beccaria C.** (2016). Suçlar ve Cezalar Hakkında. Çev. Sami Selçuk. Ankara: İmge Kitabevi.
- Berkes N.** (1978). Türkiye'de Çağdaşlaşma. İstanbul: Doğu-Batı Yayınları.
- Berki A. H.** (1955). Hukuk Tarihinden İslam Hukuku. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları.

Bilge N. (1973). Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Bilmen Ö. N. (2013). Hukûk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Ravza Yayınları, C.1.

Bilir F. (2012). Yeni Anayasa Yeni Mutabakat. Ankara: Adalet Yayınevi.

BOA (1993). 3 Numaralı Mühimme Defteri, Dîvân-ı Humâyûn Sicilleri Dizisi: I. Ankara: T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın No: 12.

BOA (1994). 5 Numaralı Mühimme Defteri, Divan-ı Hümayun Sicilleri Dizisi II. Ankara: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı.

Bozkurt G. (1987). “İslam Hukuku’nda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, Kudret Ayıter’e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-4.

Bozkurt G. (1989). Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu. Ankara: Türk Tarih Kurumu.

Bozkurt G. (1996). Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Canatar M. (2012), “Yasa, Yasak, Yasaknâme Tabirleri”, Adâlet Kitabı, Ed.: H. İnalcık vd., Ankara: Kadim Yayınları, s.21.

Candan T. (2017). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: Yetkin Yayınları.

Cin H. ve Akgündüz A. (1989). Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları.

Coulson N. J. (1957). The State and The Individual in Islamic Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. VI.

Coulson N. J. (2016). İslam Hukuk Biliminde İhtilaf ve Gerilimler. Çev. Ferhat Koca, Ankara: Ankara Okul Yayınları.

Çadircı M. (1982). Tanzimat’ın İlanı Sırasında Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarık-i İlmiyye’ye Dair Ceza Kanunnamesi. Ankara: Ankara Üniversitesi DTCTF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.XIV.

Çadircı M. (2007). Tanzimat Sürecinde Türkiye Ülke Yönetimi. Ankara: İmge Kitabevi.

Çadircı M. (2013). Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Çağatay N. (1994). Osmanlılarda Şer’i Örfi Hukuk Kavramı ve Uygulanışı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, XII. Türk Tarih Kongresi ayrıbasım.

- Çağdaş T.** (2009). 1921-1924-1961-1982 Anayasalarının Özellikleri. İstanbul: Beta Yayın.
- Çağlar S.** (2013). Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Çağlayan R.** (2010). İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası. Ankara. Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı.
- Çağlayan R.** (2015). İdare Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çelik A.** (2007). Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çelik A.** (2014). Adil Yargılanma Hakkı Rehberi. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Çelik D.B.** (2013). “Yargıya Refik Gür’ün Penceresinden Bakmak: Yargı Eliyle Hukuk Üretimi Üzerine Bir Bilanço Denemesi”, Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar. Ed. Bertil Emrah Oder. İstanbul: XII Levha.
- Çınar A.R.** (2006). Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Çöpoğlu B.** (2009). Bolu Şer’iye Sicili: 1687-1688 Tarihli 836 No’lu Defterin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi. Bolu: BAMER Yayınları.
- Dağdaş Y. ve Berktas Z.** (2008). İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil. İstanbul: İSAM Yayınları.
- Demir A.** (2010). Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi. İzmir: Yitik Hazine Yayınları.
- Demircioğlu Y.** (2007). Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Derdiman R.C.** (2006). Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni. İstanbul: Alfa Aktüel Yayınları.
- Devellioğlu F.** (2010). Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat. Ankara: Aydın Kitabevi.
- Dimitriadis V.** (2000). “Devşirmenin Kökenleri Üzerine Düşünceler”. Osmanlı Beyliği (1300-1389). Ed. Elizabeth A. Zachariadou. Çev. Gül Çağalı Güven, İsmail Yerguz ve Tülin Altınova. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Dinç G.** (2006). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı. İzmir: İzmir Barosu Yayınları.
- Doğan M.** (1990). Tarih ve toplum: Türkiye’de Toprak Meselesi ve Toplum Yapımızın Tarihi Oluşumu. Ankara: Rehber Yayıncılık.
- Dönmez İ. K.** (2007). “Örf”, İslâm Ansiklopedisi., İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.34.

- Dönmezer S. ve Erman S.** (2018). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Düzdağ M. E.** (1972). Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı. İstanbul: Enderun Kitabevi.
- Ebu Zehra M.** (1979). İslâm Hukuku Metodolojisi “Fıkıh Usûlü”. Çev. Abdulkadir Şener. Ankara: Fon Matbaası.
- Ebü'l-Hasan el-Mâverdi** (1976). İslâm'da Hilâfet ve Devlet Hukuku, Çev. Ali Şafak. Ankara: Bedir Yayınevi.
- Ebussuud Efendi** (2013). Ma'rûzât. Haz. Pehlul Düzenli. İstanbul: Klasik Yayınları.
- Ekinci E. B.** (2001) Ateş İstidası: İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Ekinci E. B.** (2001). Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü. Ankara: Belleten, Aralık 2001, C.65, S.244.
- Ekinci E. B.** (2005). “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”. İstanbul: Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Türk Hukuk Tarihi Sayısı, C. 3, S.5.
- Ekinci E. B.** (2016). Osmanlı Hukuku.(4. Baskı), İstanbul: Arı Sanat Yayınları.
- Ekinci E. B.** (2015). İslam Hukuku Tarihi.(2. Baskı), İstanbul: Arı Sanat Yayınları, s.15.
- El-Nahal G. H.** (1979). The Judicial Administration of Ottoman Egypt in the Seventeenth Century. Mineapolis & Chicago: Bibliotheca Islamica.
- Emrah B.** (2010). Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri. İstanbul: BETA.
- Erbay C.** (1999). İslam Ceza Hukukunda İspat Vasıtaları. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.
- Ercan Y.** (1988). Kudüs Ermeni Patrikhanesi. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu.
- Ercan Y.** (2001) . Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler. Ankara: Ankara Üniversitesi Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi.
- Erdoğan M.** (2001). Anayasal Demokrasi. Ankara. Siyasal Kitabevi.
- Erdoğan M. ve Arslan Z.** (2006). İnsan Hakları. Ankara: Matus Yayınları.
- Erdoğan M.** (2007). Anayasa Hukuku. Ankara: Orion Yayınevi.
- Ergenç Ö.** (1995). Osmanlı Klasik Dönemi Kent Tarihçiliğine Katkı: XVI. Yüzyılda Ankara ve Konya, Ankara: Ankara Enstitüsü Vakfı Yayınları.
- Ergene B.** (2001), “On Ottoman Justice: Interpretations In Conflict (1600-1800)”, Studies in Islamic Law and Society. Leiden: Brill.

- Eryarsoy M. B.** (2013). İslam Devlet Yapısı. İstanbul: Beka Yayıncılık.
- Eryılmaz B.** (1988). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Tebanın Yönetimi. İzmir: Güçbirliği Yayıncılık.
- Faroqhi S.** (2010). Osmanlı İmparatorluğu ve Etrafındaki Dünya. Çev. Ayşe Berktaş. İstanbul: Kitap Yayınevi.
- Fendoğlu H. T.** (1994). Hukuk Tarihimizde Temel Haklar. Konya: Mimoza Yayınları.
- Fendoğlu H.T.** (1996). İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı. İstanbul: Beyan Yayınları.
- Freely J.** (2004). Jem Sultan. London: Harper Collins Publishers.
- Gallotta A.** (2000). "Oğuz Efsanesi ve Osmanlı Devleti'nin Kökenleri: Bir İnceleme". Osmanlı Beyliği (1300-1389). Ed. Elizabeth A. Zachariadou. Çev. Gül Çağalı Güven, İsmail Yerguz ve Tülin Altınova. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Gerber H.** (1989). Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları. Çev. Mehmet Akman. İstanbul: Hukuk Araştırmaları, C.4, S. 1-3.
- Gilbert S.** (2004). Kavalalı Mehmed Ali Paşa: Son Firavun. İstanbul: Doğan Kitap.
- Goldziher I.** (1997). "Adet", İslam Ansiklopedisi, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı.
- Gökçe T.** (1990). Osmanlı Kanunnameleri ve Bir Kanunname Sureti Hakkında. İzmir: Tarih İncelemeleri Dergisi, C.5, S.1.
- Gönenç L.** (2015). Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gözler K.** (1998). "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, Cilt 15.
- Gözler K.** (2011). Türk Anayasa Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler K.** (2012). İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Göztepe E.** (2012). "Anayasa Yargısının Meşruluğu", Demokratik Anayasa. Haz. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi. İstanbul: Metis Kitap.
- Gözübüyük Ş.** (2006). Anayasa Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük Ş. ve Tan T.** (2011). İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gunnis R.** (2014). Historic Cyprus. London: Orage Press.
- Gül C.** (2010). İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Gülener S.** (2012). Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu. İstanbul: XII Levha.
- Günelan R. vd.** (2008). İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicili. İstanbul: İSAM Yayınları.
- Halaçoğlu Y.** (1995). Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Hammer J.** (1972). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. Çev. Zuhuri Danışman. İstanbul: Zuhuri Danışman Yayınevi.
- Hammer J.** (2008) . Osmanlı Devleti Tarihi. Çev. Mehmet Ata. İstanbul: Kapı Yayınları.
- Hamidullah M.** (1962). İslâmın Hukuk İlmine Yardımları. İstanbul: Milliyetçiler Derneği.
- Hasan Beyz-zâde Ahmed Paşa** (2004). Hasan Bey-zâde Târîhi. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Hassan Ü.** (2017). Osmanlı Örgüt- İnanç-Davranış’tan Hukuk- İdeoloji’ye. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Hatemi H.** (1989). Hukuk Devleti Öğretisi. İstanbul: İşaret Yayınları.
- Hayek F. A. Von** (2008). Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti. Çev. Sevda Gültekin Göktolga ve Ali Rıza Çoban. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları.
- Heyd U.** (1973). Studies in Old Ottoman Criminal Law. Oxford: The Clarendon Press.
- Heyd U.** (1984). Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şariat. Çev. Selahâddin Eroğlu, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.26, S.1.
- Heyd U.** (1995). Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri. Çev. Fetih Gedikli. İstanbul: Hukuk Araştırmaları, C. 9, S.1-3.
- Heyd U.** (2002). Mühimme Defteri: Osmanlı İdaresini Araştırma Konusunda Temel Bir Kaynak. Çev. Ferhat Koca, Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler. Ankara: Ankara Okulu Yayınları.
- Hoca Sadeddin Efendi** (1974). Tacüt’t-Tevârih. Sad. İsmet Parmaksızoğlu. İstanbul: Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Kültür Yayınları.
- Huart C.** (1997). “Kazasker”, İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, C.6.
- Imber C.** (2000). “Osman Gazi Efsanesi”. Osmanlı Beyliği (1300-1389). Ed. Elizabeth A. Zachariadou. Çev. Gül Çağalı Güven, İsmail Yerguz ve Tülin Altınova. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.

- İmber C.** (2004), Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, çev. Murteza Bedir, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Itzkowitz N.** (2006). Osmanlı İmparatorluğu ve İslami Gelenek. İstanbul: Babil Yayınları.
- İba Ş.** (2006). Anayasa ve Siyasal Kurumlar. Ankara: Turhan Kitabevi.
- İbn Mace** (2008). Sünen-i İbn-i Mâce Tercemesi, Haz. Abdullah Parlıyan. Konya: Konya Kitapçılık.
- İlhan C.** (2011). Günümüz Türkçesiyle Mecelle. Ankara: Yetkin Yayınları.
- İlmiyye Sâlnâmesi:** Osmanlı İlmiyye Teşkilâtı ve Şeyhülslâmlar. Haz. Seyit Ali Kahraman, Ahmed Nezih Galitekin, Cevdet Dadaş, İstanbul: İşaret Yayınları.
- İnalcık H.** (1943). Osmanlılar'da Saltanat Veraseti Usulü ve Türk Hâkimiyet Telâkkisiyle İlgisi. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.1, S.1.
- İnalcık H.** (1944). Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi - Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.1, S.2.
- İnalcık H.** (1946). Osmanlı Padişahı. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.1, S.4.
- İnalcık H.** (1958). Osmanlı Hukukuna Giriş. Ankara: AÜSBFD, C.13, S.2.
- İnalcık H.** (1959). Osmanlılar'da Raiyyet Rûsûmu. Ankara: Belleten, C.33, S.92.
- İnalcık H.** (1967). Adâletnâmeler. Ankara: Türk Tarih Kurumu, Türk Tarih Belgeleri Dergisi 1965, C.2, S.3-4'den ayrı basım.
- İnalcık H.** (1969). Suleiman the Lawgiver and Ottoman Law, Archivum Ottomanicum I, Netherlands The Hague: Mouton.
- İnalcık** (1973), The Ottoman Empire: The Classical Age 1300-1600, trans by. Norman Itzkowitz ve Colin Imber. London: Phoenix.
- İnalcık H.** (1982). "Ottoman Archival Materials on Millets", Christians and Jews in the Ottoman Empire. New York: Benjamin Braude – Bernard Lewis.
- İnalcık H.** (1988), "Örf", İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.9.
- İnalcık H.** (1988). "Şikâyet Hakkı: Arz-ı Hal ve Arz-i Mahzarlar. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları, Ayrı Basım.
- İnalcık H.** (1997). "Mahkeme", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.7.
- İnalcık H.** (1999). "Osmanlı Tarihine Toplu Bir Bakış". Osmanlı Ansiklopedisi. Ankara.
- İnalcık H.** (2000). "İmtiyâzât", İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.22.

- İnalcık H.** (2001). “Kanunname”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.24.
- İnalcık H.** (2007). “Osman I”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.10.
- İnalcık H.** (2009). Devlet-i Aliyye: Osmalı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- İnalcık H.** (2010). Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- İnalcık H.** (2010). Osmanlılar. İstanbul: Timaş Yayınları.
- İnalcık H.** (2012), “Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü”, Adâlet Kitabı, Ed.: H. İnalcık vd., Ankara: Kadim Yayınları.
- İnalcık H.** (2014). Fatih Devri Üzerinde Tetkikler ve Vesikalar. Ankara: Türk Tarih Kurumu
- İnalcık H.** (2017). Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adalet. İstanbul: Kronik Kitap.
- İnanır A.** (2011). Kanuni Devrinde Osmanlı’da Hukuki Hayat, Meseleler ve Çözümleri. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- İnceoğlu S.** (2008). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- İnceoğlu S.** (2018). Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi.
- İpşirli M.** (1994). “Ehl-i Örf”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.10.
- İpşirli M.** (2000). “İlmiye”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.22.
- İpşirli M.** (2002). “Kadı”, İslâm Ansiklopedisi. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, C.25.
- İrem N.** (2012), “Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması”, Adâlet Kitabı, Ed.: H. İnalcık vd., Ankara: Kadim Yayınları, s.281; Aydın, 2017a, a.g.k., s.70.
- İstanbul Kadı Sicilleri** Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (2008). İstanbul: İSAM Yayınları.
- İstanbul Kadı Sicilleri** Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (2008). İstanbul: İSAM Yayınları.
- Jackson J. D.** (1995). Judge Without Jury: Diplock Trials in the Adversary System. Oxford: Oxford University Press.
- Jennings R.C.** (1979) “Limitations of the Judicial Powers of the Kadı in 17th c. Ottoman Kayseri”, Studia Islamica. Brill, no 50.
- Johnstone H. A. M. B.** (2009). Türkler: Karakterleri, Terbiyeleri ve Müesseseleri. Ankara: Cedit Neşriyat.
- Jonakait R. N.** (2003). The American Jury System. Yale University Press.

- Jorga N.** (2005). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. İstanbul: Yeditepe Yayınevi.
- Kaboğlu İ. Ö.** (1994). Özgürlükler Hukuku. Ankara: İmge Kitabevi s.99-110.
- Kalabalık H.** (2011). İdari Yargılama Usulü Hukuku. Konya: Sayram Yayınları.
- Kantemir D.** (2003). Osmanlı İmparatorluğu'nun Yükseliş ve Çöküş Tarihi. İstanbul: Cumhuriyet Kitapları.
- Karal E. Z.** (1942). Yavuz Sultan Selim'in Oğlu Şehzade Süleyman'a Manisa Sancağını İdare Etmesi İçin Gönderdiği Siyasetname. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Karal E. Z.** (1983). Osmanlı Tarihi. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Karaman H.** (1988). "Âdet", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.1.
- Karaman H.** (2012). Mukayeseli İslam Hukuku. İstanbul: İz Yayıncılık.
- Karataş İ.** (2009). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Toplum Hayatı. İstanbul: Gökkubbe.
- Kaşıkcı O.** (1997). İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Kâtip Çelebi** (2016). Fezleke. İstanbul: Çamlıca Basım Yayın, Haz. Zeynep Aycibin.
- Kazmaz S.** (2000). Hukuk ve Devlet Yönetimi Açısından Kutadgu Bilig. Ankara: Türk Halk Kültürünü Araştırma ve Tanıtma Vakfı Yayınları.
- Kemal Paşa-Zâde** (1996). Tevarih-i Âl-i Osman. Haz. Şefaettin Severcan. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Kınross L.** (2008) Osmanlı: İmparatorluğun Yükselişi ve Çöküşü. Çev. Meral gasıralı. İstanbul: Altın Kitaplar.
- Koçi Bey** (1997). Koçi Bey Risalesi. Sad. Zuhuri Danışman. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları.
- Konan B.** (2011). Osmanlı Hukuku'nda Tecavüz Suçu. Ankara: OTAM, S.29.
- Konan B.** (2013). Osmanlı Devleti'nde İdari Yargının Gelişimi. Ankara: Statü Yayıncılık.
- Koyoma K.** (1994). Osmanlıların İlk Devirlerinde Divan-ı Hümayun, XI. Türk Tarih Kongresinden ayrı basım. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Köprülü M. F.** (1938). Orta Zaman Türk Hukuki Müesseseleri: İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur? İstanbul: Devlet Basımevi.
- Köprülü M. F.** (1986), Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri, İstanbul: Ötüken Neşriyat.

- Köprülü M.F.** (1997). “Fıkıh”, İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.4
- Köprülü M. F.** (1999). Osmanlı Devleti’nin Kuruluşu. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Kunter N., Yenisey F. ve Nuhoglu A.** (2010). Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.
- Kuru B., Arslan R. ve Yılmaz E.** (2007). Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kurtoğlu N.** (1913). Amerika Birleşik Devletleri’nde Jüri Yargılaması. Ankara Barosu Dergisi, S.3.
- Küçük A.** (2008). Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları.
- Küleci C.** (2008). Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslim Nizamnameleri. İstanbul: Akademi Matbaası.
- Kütükoğlu B.** (1993), Osmanlı İran Siyasi Münasebetleri, İstanbul: Fetih Cemiyeti Yayınları.
- Lamartine A.** (2005). Osmanlı Tarihi 1: Aşiretten Devlete. Çev. Reşat Uzmen. İstanbul: Bilge Kültür Sanat.
- Lamartine A.** (2005). Osmanlı Tarihi 2: Cihan Hâkimiyeti. Çev. Reşat Uzmen. İstanbul: Bilge Kültür Sanat.
- Levy R.** (1969). The Social Structure of Islam: Being the Second Edition of the Sociology of Islam Levy. London: Cambridge University Press.
- Lewis B.** (1988). Modern Türkiye’nin Doğuşu, Çev. Metin Kırıatlı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Luke H. C.** (2014). İdaresinde Kıbrıs. Çev. Ali Çakıroğlu, Kıbrıs: Galeri Kültür Yayınları.
- Lütem İ.** (1959). Devletler Hukuku Dersleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Lybyer A. H.** (1913). The Government of the Ottoman Empire in the Time of Suleiman the Magnificent. London: Harvard University.
- Mantran R.** (1986). 17. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul: Kuramsal, İktisadi, Toplumsal Tarih Denemesi. Çev. Mehmet Ali Kılıçbay ve Enver Özcan. Ankara: V Yayınları.
- Mantran R.** (2012). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. Çev. Server Tanilli. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Mardin Ş.** (2011). Din ve İdeoloji. İstanbul: İletişim Yayınları.

Marmor A. (2008). Hukuk Devleti ve Sınırları. Çev. Sevda Gültekin Göktolga. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları.

Mecelle (1959) Haz. Ali Himmet Berki, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Mehmed Neşri (1987). Kitâb-ı Cihan-Nümâ Neşri Tarihi. Haz. Faik Reşit Unat ve Mehmed A. Köymen. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Mehmed Neşri (1995). Kitab-ı Cihan-Numâ: Neşri Tarihi. Haz. Faik Reşit Unat ve Mehmet A. Köymen. Ankara: Türk Tarih Kurumu.

Mehmed Raşid Efendi (1865). Tarih-i Raşid. İstanbul: Matbaa-i Âmire.

Minkarizade Mevlana Dede (1859). Tercüme-i Siyasetname, Tercüme Şeyhülislam Mehmed Arif. İstanbul: Takvimhane-i Amire.

Mumcu A. (1976). Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun. Ankara: Sevinç Matbaası.

Mumcu A. (1985). Osmanlı Devleti'nde Rüşvet. Ankara: İnkılâp Kitabevi.

Mumcu A. (1985). Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl. Ankara: Birey ve Toplum Yayınları.

Mumcu A. ve Küzeci E. (2007). İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri. Ankara: Turhan Kitabevi.

Mustafa Sâfi (2003). Mustafa Sâfi'nin Zübdetü't-Tevârih'i. Haz. İbrahim Hakkı Çuhadar, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Mühimme Defteri 90 (1993). İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı.

Müneccimbaşı Ahmed B. Lütfullah (1995). Camiü'd-Düvel. Haz. Ahmet Ağırakça. İstanbul: İnsan Yayınları.

Nagata Y. (1999). Muhsin-Zade Mehmed Paşa ve Ayanlık Müessesesi. İzmir: Akademi Kitabevi.

Nâimâ Mustafa Efendi (1969). Nâimâ Târihi. Haz. Zuhuri Danışman. İstanbul : Zuhuri Danışman Yayınevi.

Nâimâ Mustafa Efendi (2007). Târih-i Na'imâ. Haz. Mehmet İpşirli. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Ocak A. Y. (1998). Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler. İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı.

Oder B. E. (2010). Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri. İstanbul: Beta Yayım.

- Okandan R. G.** (1977). Âmme Hukukumuzun Ana Hatları Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi: Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Ongan H.** (1958). Ankara'nın 1 Numaralı Şer'iyе Sicili. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Orhonlu C.** (1990). Osmanlı İmparatorluğu'nda Derbend Teşkilatı, İstanbul: Eren Yayınları.
- Orkun H. N.** (1994). Eski Türk Yazıtları. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu. Türk Dil Kurumu Yayınları.
- Ortaylı İ.** (2001). "Kadı", İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, C.24.
- Ortaylı İ.** (2017). Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı. İstanbul: Kronik Kitap.
- Oruç Beğ** (2008). Oruç Beğ Tarihi. Haz. Necdet Öztürk. İstanbul: Çamlıca Basım Yayın.
- Öden M.** (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Öz Y.** (1913). Jüri Usulüyle Yargılama. Ankara Barosu Dergisi, S.2.
- Özbilgen E.** (1985). Osmanlı Hukukunun Yapısı. İstanbul: Nihal Kitabevi.
- Özbudun E.** (2011). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özçelik S.** (1955). İslam Hukuku'na Göre Fert ve Devlet Münasebetleri, Gönensay'a Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Özdemir H.** (2010). Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. Ankara: Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, C.XIV, S.1.
- Özdemir R.** (1986). Ankara Esnaf Teşkilatı (1785-1840). Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, C.1, S.1.
- Özek M. Ç.** (1982). Devlet ve Din. İstanbul: Ada Yayınları.
- Özgen E.** (1968) Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Özkaya Y.** (1994). Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Özkaya Y.** (2010). 18. Yüzyılda Osmanlı Toplumu. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Özkorkut N. Ü.** (2008). Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış. Ankara: AÜHFD, C.57, S.1.
- Özkorkut N. Ü.** (2009). Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Özkul O.** (2005). Gelenek ve Modernite Arasında Ulemâ. İstanbul: Bir Harf Yayınları.

Öztürk O. (1973) Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle. İstanbul: İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı.

Öztürk B. ve Erdem M.R. (2008), Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Öztürk B. vd. (2016). Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Palmer A. (2002). Son Üç Yüz Yıl Osmanlı İmparatorluğu: Bir Çöküşün Tarihi, Çev. Belkıs Çorakçı. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Pamir A. (2009). Orta Asya Türk Hukukunda Töre Kavramı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2.

Peçevi İbrahim Efendi (1981). Peçevi Tarihi. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, Ankara: Kültür Bakanlığı Yayınları.

Pekcanitez H. (2017). Medeni Usul Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Raz J. (2008). Hukuk Devleti ve Erdemi. Çev. Bilal Canatan. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları.

Ricaut P. (1668). The Present State of the Ottoman Empire. London: John Starkey-Henry Brome.

Sancar M. (2000). Devlet Aklı Kışkacında Hukuk Devleti. İstanbul: İletişim Yayınları.

Saydam A. (2014). Osmanlı Medeniyeti Tarihi. İstanbul: Kitabevi.

Schacht J. (1953). The Origins of Muhammadan Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press.

Schacht J. (1986). İslam Hukuku'na Giriş. Çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

Schacht J. (1997). “Şeriat”, İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı, C.11.

Schmitt C. (2008). Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı. Çev. Bilal Canatan. Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Edt., Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük. Ankara: Adres Yayınları.

Selânikî Mustafa Efendi (1999). Tarih-i Selânikî. Haz. Mehmet İpşirli. Ankara: Türk Tarih Kurumu.

Shaw S. (1982). Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye. Çev. Mehmet Harmancı. İstanbul: E Yayınları Tarih Dizisi.

Silâhdar Fındıklılı Mehmet Ağa (1962). Nusretname. Sad. İsmet Parmaksızoglu. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi.

Sivrikaya İ. (1972). Osmanlı Devleti'nde Hukuk Kaidelerinin Gelişimi ve Tanzimat'dan Sonraki Uygulanışı, Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi I, ayrı basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Basımevi.

Solakzade Mehmed Hemdemî Çelebi (1881). Tarih-i Solakzade. İstanbul: Mahmudbey Matbaası.

Solakzâde Mehmed Hemdemî Çelebi (2016). Solakzade Tarih. Sad. Vahid Çabuk. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları.

Soykan T. T. (2000). Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler. İstanbul: Ütopya Kitabevi.

Soysal M. (1987). 100 Soruda Anayasanın Anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi.

Soysal M. (2011). Anayasaya Giriş. Ankara: İmge Kitabevi.

Stanford J. S. (1977). History of the Ottoman Empire and Modern Turkey. Cambridge: Cambridge University Press.

Subhî Mehmed Efendi (2007). Subhî Tarihi. Haz. Mesut Aydın. İstanbul: Kitabevi.

Şaban Z. (1996). İslam Hukuk İlminin Esasları. Çev. İ. Kafi Dönmez. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Şentop M. (2005). Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik. İstanbul: Klasik Yayınları.

Şentürk R. (1996). İslam Dünyasında Modernleşme ve Toplumbilim. İstanbul: İz Yayıncılık.

Şeyhülislam Feyzullah Efendi (2009). Fetâvâ-yı Feyziye. Haz. Süleyman Kaya. İstanbul: Klasik Yayınları.

Tanör B. (1994). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. İstanbul: BDS Yayınları.

Tanör B. ve Yüzbaşıoğlu N. (2001). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Tanör B. (2011). Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Taş H. (2008). Osmanlı Kadı Mahkemesindeki “Şühûdü'l-Hâl” Nasıl Değerlendirilebilir? Ankara. Bilig Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Kış. S. 44.

Taş H. (2014). XVII. Yüzyılda Ankara. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Teziç E. (2005). Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Basım.

Thomsen V. (1993). Çözülmüş Orhun Yazıtları, Çev. Vedat Köken. Ankara: Türk Dil Kurumu.

Toledo P. (2007). “Türkiye Seyahati Adlı 16. Yüzyıl Anonim İspanyol Eserine Göre Türklerdeki Esaret Sistemi”. Muhteşem Süleyman. Ed. Özlem Kumrular. İstanbul: Kitap Yayınevi.

Togan Z. V. (1981). Umumi Türk Tarihine Giriş, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları.

Tuğ S. (1969). İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri. İstanbul; İrfan.

Tursun Bey (1977). Tarih-i Ebü'l-Feth. Haz. Mertol Tulum, İstanbul: Baha Matbaası.

Tursun Bey (2013). Fetih Babası Fatih'in Tarihi (Târîh-i Ebü'l-feth). Haz. Mertol Tulum, İstanbul: Kapı Yayınları.

Tursun Bey (2014). Fatih'in Tarihi. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayınları.

Üçel-Aybet G. (1994). 16. ve 17. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Hukuk Müessesesinin Önemi. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrı Basım.

Udeh A. (1976). İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk. Çev. Akif Nuri. İstanbul: İhya Yayınları.

Uluçay M.Ç. (2016). XVII. Asırda Saruhan'da Eşkiyalık ve Halk Hareketleri. Manisa: Manisa Halkevi.

Uzunçarşılı İ. H. (1984). Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Uzunçarşılı İ. H. (1988). Osmanlı Devleti Teşkilatında Medhal. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.

Uzunçarşılı İ. H. ve Karal E. Z. (1988). Osmanlı Tarihi. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, C. 3, S.1.

Uzunçarşılı İ. H. (2003). Osmanlı Tarihi. Ankara; Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Uzunçarşılı İ. H. (2014). Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Üçok C. (1947). Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, Ankara: AÜHFD, C. 4, S.1.

Üçok C. (1970). İslam Hukuku'nun Temel Kurallarından 'İçtihatla İctihat Nakzedilmez, İmran Öktem'e Armağan. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Üçok C., Mumcu A. ve Bozkurt G. (2017). Türk Hukuk Tarihi.(19. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.

Ünal Ş. (1994). Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı. Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları.

Ünver Y. (1991). Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu. İstanbul: İÜHFM, C. LIII, S.1-4.

Werner E. (2014). Büyük Bir Devletin Doğuşu: Osmanlılar (1300-1481). İstanbul: Yordam Kitap.

Van den Boogert M. H. (2014). Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi. Çev. Ali Coşkun Tuncer. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Yakut E. (2005). Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din. İstanbul: Kitap Yayınevi.

Yakut E. (2015). Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları.(2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık

Yusuf Has Hacıp (1991). Kutadgu Bilig. Haz. Reşid Rahmeti Arat, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları.

Zinkeisen J. W. (2011). Osmanlı İmparatorluğu Tarihi. Çev. Nilüfer Epçeli, Ed. Erhan Afyoncu. İstanbul: Yeditepe Yayınevi.

Zubaida S. (2008). İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

EK

“Mehmet Çavuş’a virildi.

İstanbul Kadısı’na hüküm ki; İstanbul sâkinelerinden Ümmühani nâm Hatun rikâb-ı hümâyunuma rık’a sunub, zevci fevt olmağla cariyeden olan oğlu ve kasab mütevellisi Mehmet için, sâbıkan Anadolu Kadı’askeri olan Ahizâde Mevlâna Şemseddin ile müttefik olub Kasab

mütevellisine deyni vardır deyu mülk evimi bey' itdirub evimden olan mâmelekimi ve cevâhirimî yağma idüb ta'addi eylediler deyu şekva eylemegin sunulan rık'anın suret-i aslı, aslından ihrâc olunub sana gönderilüb husus-ı mezbûrî senünle me'an teftiş itmek için mahmiye-i Galata hâslar kadısı olan Mevlana Abidin ve sâbıkan mahrûsa-i Âmid kadısı olan Mevlana Hüseyin dahî müstakillan emr-i hümayunum irsâl olunmuşdur. Buyurdum ki; Hükm-i şerifimle vardıklarında Dergâh-ı Mu'allam Çavuşlarından Mehmet Çavuş ile âsitâne-i sa'adetim kapucularından Hacı Hamza ve Hacı Davud mübaşeretiyile tekrar ihzâr-ı husemâ idub dahî rık'ada mestur olan emvâli, şer'-i şerîf üzere onat veçhile teftiş idüb göresiz. 'arz olundığı gibi olub hilâf-ı şer'-i şerîf ta'addi olundığı vâki' ise ol bâbda muktezâ-yı şer'-i şerifle 'amel eylesin. Vukû' üzere dergâh-ı mu'allâma 'arz eylesin. “

