

TÜRKİYE'DE HUKUKİ POZİTİVİZM

Prof. Dr. Adnan GÜRİZ*

I - OSMANLI DÖNEMİ

Osmanlı hukuk hayatının en belirgin özelliklerinden birisi hükümdarın ülke içinde en yüksek otorite olması ve siyasi, askeri, idari ve dini yetkilerin onun kişiliğinde toplanmasıdır. Başka bir ifade ile günümüzde yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri olarak ifade edilebilecek güçler de hükümdarın kişiliğinde birleşmiş bulunuyordu. (1)

Osmanlı devletinin yönetim biçimi bakımından mutlak monarşi niteliği taşıdığı hususunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Osmanlı devletinde kuvvetler ayrılığı değil, kuvvetler birliği esası geçerli bulunuyordu. Devletin ana fonksiyonları ve yetkileri hükümdarın elinde toplanmıştı. Divanı Humayun devletin bütün görevlerinin toplandığı birleştirildiği bir kuruldur. Padişah, Divanı Humayun toplantısına katılmasa bile bu Divan padişah adına bütün devlet görevlerini yürütmektedir. (2)

Osmanlı hükümdarı yalnızca dünyevi değil, aynı zamanda ruhani yetkilerin de sahibidir. Devlet hükümdarın fiziki varlığı ile temsil ve ifade olunur. Devlet, hükümdardan ayrı bir hukuki varlık ve kişilik değildir. (3).

Kanun vaz etmek Osmanlı hükümdarının kişisel yetkisi sayılıyordu. Kanun çıkarmanın padişahın kişisel hakkı ve yetkisi olduğunu gösteren en açık örneklerden birisi kanunların onları çıkaran padişahların hükümdarlık süresince uygulanması ve padişahın ölümünden

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

(1) Barkan, Ömer Lütfi, XV ve XVI inci Asırlarda Osmanlı imparatorluğunda Ziraat Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Birinci Cilt, 1943, s. XLIII

(2) Akşin, Sina. Türkiye Tarihi, Cilt 2, Osmanlı Devleti 1300-1600, 1988, s. 84.

(3) Okandan, R.G. Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, 3. Bası, 1959, s. 23; özçelik, Selçuk. Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, 2. Cilt, I. Kitap, 1976, s. 31

sonra yerine, geçen padişahın kanunları ve nizamları ancak gerekli görürse tastik etmesi, uygun görmediği takdirde aynı usulle tâdil edilmiş veya tamamen değiştirilmiş yeni kanunları ve toplum hayatını düzenleyen metinleri çıkarabilmesidir. (4).

Osmanlı tahtında bir değişiklik olduğu takdirde tahta çıkan hükümdar, padişahlığını yabancı ülkelere duyurduğu gibi, ülke yöneticilerine ve kadılara da tahta çıkışını fermanlar göndererek bildirirdi. Bu fermanlarda, hükümdar emrinin ulaşmasından sonra camilerde hutbe okunması, kalelerden top atılması, şehir ve kasabaların ışıklandırılması ve bu şekilde tahta meydana gelen değişikliğin halka duyurulması bildirilirdi. Bütün beratlar (imtîyaznameler) tahta çıkan hükümdarın ismi ile yenilenirdi. (5)

İstanbulun fethi ile birlikte Osmanlı hükümdarı tam ve mutlak iktidar sahibi olmuştur. Fuad Köprülü'nün kanısına göre Osmanlı Devleti, Orta Çağda mutlak monarşinin İlk örneğini Avrupalılara vermişti. (6) İstanbul'un alınmasından sonra Doğu Roma İmparatorlarının "imperium" anlayışının Osmanlı Devleti egemenlik uygulamasında etkinlik kazandığı da dikkati çekmektedir. Osmanlı hükümdarlık ailesinin erkek üyelerinin egemenlikte paylan olduğu kabul edilmekle birlikte, bu görüş yalnızca tahta çıkmak konusunda etkili olmaktadır. Yavuz Sultan Selim'in Mısır'ı fethetmesi ve halifelik unvanını saltanat unvanına katması Osmanlı hükümdarının yetkilerini hiç olmazsa teorik olarak daha da geliştirmiş ve pekiştirmiştir. (7)

Osmanlı egemenlik anlayışında tek kişinin yönetmesi esası kabul edilmiştir. Devleti, bu tek kişinin varlığı temsil ediyordu. Dolayısıyla devlet bakımından hükümdardan ayrı bir hukuki varlık, aynı bir hukuki kişilik söz konusu değildi.

Devlet, onu meydana getiren unsurlar bakımından da ifadesini hükümdarın kişiliğinde bulmaktadır. Çünkü devleti oluşturan üstün iktidar ve halk unsurlarının sahibi hükümdardır. Bunlar hükümdarın kişiliğinde anlam kazanmaktadır. (8)

(4) Barkan, Ömer Lütfi. XV ve XVI inci Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Birinci Cilt, 1943, s. XIV

(5) İnalçık, Halil. The Ottoman Empire, The Classical Age, 1300-1600, London 1973, s. 62

(6) Köprülü, Fuad. Les institutions juridiques Turques au moyen age, 1937, s. 41.

(7) üçok, Çoşkun, Mumcu, Ahmet. Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, Ankara 1902, s. 196-198.

(8) Okandan, Recai Galip. Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, 3. Bası, 1977, s. 23

Hükümdara itaat edilmesi görüşü, Kur'an da da belirtilmiştir. Nisâ Suresinin 59 uncu ayetinde “Ey inananlar, Allah’a itaat edin, Peygambere ve sizden buyruk sahibi olanlara itaat edin.” ifadesi yer almıştır. Osmanlı hayatında hükümdara itaatin hem dini bir ödev, hem de toplumda huzurun ve barışın sağlanması için gerekli olduğu üzerinde durulmuştur. XV- yüzyılın ikinci yarısında Tursun Bey hükümdar iktidarının mutlak niteliğini ve ona itaat edilmesi gereğini şu şekilde açıklamıştı: “Hükümdar olmazsa insanlar barış içinde yaşayamazlar, yok olur giderler. Tanrı bu İktidarı sadece hükümdara vermiştir. Düzenin devamı hükümdara mutlak itaati gerektirir.” (9)

Pir Mehmet Efendi padişaha itaat etmenin gereğini düzenin korunması amacıyla 1621 yılında şöyle belirtmiştir: “.....nizamı memleket için emri âliye itaat vecibedir...” (10)

Ülkede nizamın sağlanması ve korunması için hükümdara İtaat edilmesi görüşünü İslam devlet anlayışı da desteklemiştir. Çünkü İslam anlayışına göre, peygamber, müslümanların başkanı, hâkimi, kadısı, şeriat sahibi, imamı ve kumandanıdır. Kulluk peygambere itaat ve saygı ile olabilir. Peygambere itaat bir borç olduğu gibi buyruk sahiplerine (ulülemre) de itaat edilmesi gerekir- Çünkü, buyruk sahipleri (ulülemr) Allahın emir ve iradesinin aracıdır. Emir sahibi görevini şeriat hükümlerine göre yetiştirdiği yerlerde ve konularda kendisi yapar. Yetiştirmediği yerlere naip ve vekiller gönderir. Bütün memurlar ulülemri yani buyruk sahiplerini temsil ettikleri için onlara hesap vermekle yükümlüdürler. Buyruk sahipleri (ulülemr) ise ancak Allaha ve vicdanına karşı sorumludur. (11)

Osmanlı hükümdarlarının halife Unvanına 1517 yılından itibaren sahip olmaları tartışmalıdır. BİR rivayete göre, son halife Mütevekkil halifelik haklarını Yavuz Sultan Selim ile haleflerine devretmiştir. Mukaddes emanetler İstanbul’a getirilmiş ve Saraya konulmuştur. İstanbul ve Edirne’nin halifelik makamı olarak belirtilmesi bu görüşü doğrulamaktadır. Buna karşı son halife Mütevekkil’in Kahire’ye dönerek 1543 yılına kadar halifelik görevine devam etmesi ve Osmanlı saltanat ailesinin Peygamber ailesi ile akrabalık bağlarının olmaması nedeniyle Osmanlı padişahları Yavuz Sultan Selim’den I’inci Abdülhamid’e kadar devam eden dönemde halifelik sıfatını üstlenmemiş-

(9) İnalçık, Halil. The Ottoman Empire, The Classical Age, 1300-1600, 1973, s. 68.

(10) Anhegger, R.-İnalçık, H. Kanunnamei Sultani Ber Mucebi Örfi Osmani, II Mehmet ve II Beyazid Devirlerine ait Yasakname ve Kanunnameler, 1956, s. X

(11) Ansay, Sabri Şakin Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3» Baskı, 1958, s, 308, 309,

lerdir. (12) 1774 yılında imzalanan Kaynarca Antlaşmasında Ostnanlı hükümdarının devletler hukuku bakımından ilk kez kendisinin müslümanların halifesi olduğunu ve Osmanlı sınırları dışındaki müslümanların “halife” ünvanı dolayısıyla kendisine bağlılık yükümlülüğü olduğunu ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. (13)

Osmanlı hükümdarının, örfi hukuk alanında son söze sahip olduğu konusunda hiçbir kuşku yoktur. Gene Osmanlı hükümdarının dini başkan yani halife olmasına rağmen şer’i konulara müdahale hususunda ihtiyatlı davrandığı bilinmektedir. Bununla birlikte bu konuda daha doğru olan yorum Osmanlı hükümdarının şer’i alanda da teorik olarak son sözü söyleyebileceğidir. Kemal Paşazade’nin bir fetvasında yer alan aşağıdaki beyan Osmanlı padişahının dünyevi ve dini başkanlıklarının birbirini tamamladığını göstermektedir: (14) “Şer’an caiz değildir ve hem men olunmuştur canibi sultandan”

Osmanlı yönetiminin çıkardığı kanunlarla İslam hukukunu haza değiştirdiği görülmektedir. Kanuni Sultan Süleyman döneminde yayınlanan 1540 tarihli Erzurum Kanunu, zina suçu ile ilgili islâmi ceza esasının para cezasına dönüştürüldüğünü göstermektedir: “... Ve zina iden ki evli olsa âlâ hallüden üçyüz ve mutavassıt -ül-halden iki yüz ve ednadan yüz. Ve zina iden ergen olsa bu itibar üzere ikiyüz ve yüz elli ve yüz akça alman.”(15) Buna benzer bir hüküm zina suçu ile ilgili olarak Bozok (Yozgat) kanunnamesinde dikkati çekmektedir. Gene Kanuni Sultan Süleyman döneminde yayınlandığı tahmin edilen bu kanunname zina suçu ile ilgili şu hüküm dikkati çekmektedir: “Her kim zina itse şer’an örfen isbat olsa ergense on iki altun alma evli ise recm olmazsa onbeş ahun alma.” (16) Hırsızlıkla ilgili olarak Bozok kanunnamesinde bulunan bir hükümde İslam ceza ilkesinin örfi nitelikli devlet hukuku tarafından değiştirildiğinin kanıtı sayılabilir: “Ve her kim at oğrılasa ve katır oğrılasa eli kesilmezse

(12) Shaw, Stanford. Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye Birinci Cilt, 1982, s. 129; Akşın, Sina. Türkiye Tarihi, 2, Osmanlı Devleti 1300-1600, 1988, s. 11, 12.

(13) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, 1958, s. 309, not 65.

(14) Anhegger, R-inalcık, H. Kanunname-i Sultani Ber Mucebi örfi Osmani, II. Mehmet ve II. Beyazıt Devirlerine ait Yasakname ve Kanunameler, 1956, s. X

(15) Barkan, Ömer Lütfü XV ve XVI. asırlarda Osmanlı imparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, 1943, s. 71

(16) Barkan, Ömer Lütfü. XV ve XVI. asırlarda Osmanlı imparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuk' ve Mali Esasları, 1943, s. 125

on sekiz al tun alma. Ve deve oğnlasa eli kesilmezse yirmi altun alı-
na.” (17)

Osmanlı hükümdarının yargı organını da denetim altında bu-
lundurduğu , kendi bölgesinde zulmü Önleyemeyen kadıların görev-
lerinden uzaklaştırılacaklarını gösteren Nigbolu Kanunnamesinden
anlaşılmaktadır. Kanuni Sultan Süleyman döneminde yayınlanan bu
kanunnamede şu hüküm dikkati çekmektedir: “Ve eğer kadılar vi-
layete zulm olduğun bilüp def eylemezler ise def eylemeğe kadir ol-
madığı vakit dergâh-ı mu'allaya (Saraya) arzeyelemeyecek olur ise
sebeb-i azl ola” (18)

Osmanlı hükümdarları da kendi yetkilerinin şeriatla bağlılık
dışında mutlak olduğunu kabul ediyorlardı. Devletin ıslahı yolunda-
ki çabaları ile ün yapan II. Mahmut (1784—1839)'un XIX. yüzyılda
padişahlara gösterilmesi gerekli itaat hakkında şeyhülislam yazdır-
dığı eserde bazı hadisler toplanarak “Emirilmüminin sakat bir ha-
beşi bile olsa ona itaat etmek lazımdır. Tebasma çevir ve cefa ederse
buna sabretmelidir. Ancak dini mübini tahrif ve tağyir ederse onu
katletmek icab eder’ denilmiştir. (19)

Bununla birlikte unutmamak gerekir ki özellikle Osmanlı im-
paratorluğunun son zamanlarında Abdülaziz, V. Murat ve II. Abdül-
hamit şeyhülislam fetvaları ile idaresizliklerinden, akıl hastalıkların-
dan, zulüm ve istibdadlarından ve diğer nedenlerden dolayı hal edil-
mişlerdir. (20)

İslam bilginleri devletin başı olan kimseye itaat için bazı şartlar
aramışlardır. Müslümanların bu şartlara sahip devlet başkanına itaat
borcu üzerinde durulmuştur. XV. yüzyılda Tursun Bey adaletin
devletin sürekliliği için temel unsur olduğunu belirtmiştir. Adaletsiz
bir toplum ona göre varlığını sürdüremez (21)’ Bu arada meşru ve
âdil olmayan emre itaat edilmeyeceği de bazan belirtilmiştir. Mecelle’-
nin 58 inci maddesinde “Raiyye yani teba üzerinde tasarruf masla-
hata menuttur” hükmü yer almıştır. (22) Bu esasın padişah İradesine

(17) Barkan, Ömer Lütfi, XV ve XVI. asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai
Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, 1943, s. 124.

(18) Barkan, Ömer Lütfi. XV ve XVI. asırlarda Osmanlı imparatorlusunda Zirai Eko-
nominin Hukuki ve Mali Esasları, 1943, s. 270

(19) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı 1958, s. 309.

(20) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, 1958, s. 309.

(21) İnalçık, Halil. The Ottoman Empire, The Classical Age, 1300-1600, 1973, s. 68

(22) Berki, Ali Himmet. Mecelle, 1959, s. 13

uygun hareket etmenin gerekli olduğu çünkü padişahın tasarruflarının işin gereğine göre olacağı şeklinde yorumlanması mümkündür. Ancak bu esas daha başka biçimde de yorumlanmıştır. Bu değişik yoruma göre, ¹ ‘yönetenlerin, yönetilenler hakkındaki icraatı onların hak ve menfaatlerini ihlâl etmeyecek mahiyette işlerin düzenlenmesi ile kabil olacaktır. Raiyye, hükümdarın mezhebinden hariç de bulunsa ölçü değişmez, adalet icapları şaşmaz.’ (23)

İslam hukukçuları halife olmak için gerekli şartları saptamışlardır. Bu şartlara göre halife âdil olmalıdır, karar verebilmek için içtihad sahibi olmaya yeter bilgisi bulunmalıdır, hisce, usça, bedence bir eksiği olmamalıdır. Halkı yönetme ve memleketi koruma bakımından yetenekli olmalıdır. (24) Başka bir yoruma göre halifenin âdil olması, şeriatın gösterdiği yolda yürümesi, kebairden olan fiillerden hiçbirini işlememesi ve segaifden olan fiilleri işlemeyi âdet edinmemesi gereklidir. Bundan başka akli melekelerine sahip olması, görme hassasına malik bulunması, el ve ayak gibi uzuvlardan yoksun bulunmaması, ilim sahibi olması, erkek cinsiyetinden olması, esir olmaması, reşid ve ergin olması, yiğit ve cesur olması gibi şartlara da sahip olması gerekmektedir. (25) Ancak halifenin Kureyşlerden olmasının gerekip gerekmediği hususunda İslam bilginleri arasında uyuşmazlık vardır. (26) Halifenin liyakat ve iktidarını gördüğü birini kendisine halef olarak aday göstermesi de caizdir. Buna velayeti ahd denilir ki, Osmanlı imparatorluğunda bu surede saltanata veraset usulünce aday olan kimseye veliahd denilmiştir. (27)

Halifeye itaat konusundaki görüş, halifeye itaatin onun adaletle yönetmesine bağlı olduğu ve buna aykırı davranan ve halifelik şartlarından yoksun bulunan halifenin hal ve azi edilebileceği şeklinde ifade edilmiştir. (28)

Bununla birlikte Osmanlı uygulamasında hükümdarın teorik ve pratik açıdan ancak Tann’ya karşı sorumlu bulunması fikri egemen olmuştur. (29)

(23) Gür, Refik. Mecelle, 3. Basım, 1977, 153

(24) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, 1958, s. 309.

(25) özçelik, Selçuk. Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, 2. Cilt I. Kitap, 1976, s. 22-30.

(26) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, 1958, s. 31)9.

(27) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, 1958, s. 310

(28) Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, 1958, s. 308, 309.

(29) Okandan, Recal Galip, Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, 1977, s. 27

XV. yüzyıl sonlarından itibaren Osmanlı hükümdarlarının yalnızca kendi yetkilerine dayanarak hukuki düzenlemeler yaptıkları bilinmektedir. Bu düzenlemeler özel hukuktan çok kamu hukuku alanında görülmektedir. Kanunların ise “sultanın emri, sultanın kanunudur” anlayışını yansıttığı ve ferman şeklinde yayınlandığı bilinmektedir. (30) Osmanlı uygulamasında ferman nişancı tarafından üzerine konulan tuğra ile doğruluğu belirlenen hükümdar emrini ifade etmektedir. (31)

Osmanlı devletinde yürürlüğe konulan kanunları üç kategori içinde değerlendirmek imkanı vardır.

Birinci olarak hükümdarın Özel konularda çıkardığı fermanlar görülmektedir. Dağınık nitelik taşıyan bu kurallar zaman zaman bir araya getirilmiş ve **kanunname** adı verilen metinler oluşmuştur.'

ikinci olarak belirli bir bölgeyi ya da gurubu, örneğin Belli bir sanatı icra edenleri ilgilendiren **emirnameler** vardır.

Üçüncü kategoriye bütün imparatorlukta uygulanan **genel kanunnameler** oluşturmaktadır. (32)

Osmanlı hukuk metinleri arasında yukarıda gösterilen hükümdarın kendi otoritesine dayanarak çıkardığı emirleri ifade için kullanılan kanun deyişimi daha çok örfi kanunları göstermektedir. Bunlara “**Örfi tavanın**” ismi veriliyordu. Maliye, idare, ceza gibi hukuk alanlarında padişahın emir ve fermanları ile vaz edilen esasların aynen veya özetlenerek bir araya toplanması suretiyle oluşturulan metinlere “kanunname” denilmiştir. Bazan kanun yerine “**yasak**” ve “**kanunname**” yerine “**yasakname**” terimlerinin kullanıldığı dikkati çekmektedir.

Yasaknameler, bir taraftan belirli bir işe ait kanun ve yasak kurallarını, diğer taraftan bunlara verilen cezaları ve yasak kula tanıtılan yetkileri açıklayan metinlerdir. Yasaknamelerin çoğunda bir yasak kulan tayin edildiği görülmektedir. Subaşı ve kadı da, kânun ve nizamların uygulanmasına yardım etmekle görevlendirilmektedirler. Yasaknamelerde, bir kuralın uygulanması için zorlama veya bazı şeylerin men edilmesi fikri dikkati çekmektedir. Yasak kulan bazı teşhir cezalarını uygulamaya yetkisi bulunmaktadır. Yasağa tayin edilen kulan eline yetkilerini gösteren ayrı bir padişah hükmü de verilme-

(30) İnalçık, Halil. The Ottoman Em pire, The Classical Age 1300-1600, 1973, s. 70

(31) Heyd, Uriel. Studies in Old Ottoman Criminal Law, 1973 s, 338

(32) İnalçık, Halil. The Ottoman Empire, The Classical Age, 13ÜCM600, 1973, s* 71

tedir. (33) Yasaknamelere örnek olarak madenlerin işletilmesi, tuz çıkarılması, hazine gelirlerinin toplanması konusundaki kanun ve nizamlar gösterilebilir.

Berat ise bir yasak kula veya emin bir kişiye görevlerine ait kanun ve nizamları açıkça bildirmek ve bu konularda kendisini yetkili kılmak üzere verilen emirlerdir. Bunlar, verilen görevle ilgili yetkileri ve yükümlülükleri gösterdikleri için iç hukuk açısından özel bir Önem taşırlar. **Âmil**, padişah beratı aldığı gibi, yetkilerini daha kapsamlı biçimde bildiren bir yasaknameveya kanunname de isteyebilirdi. (34).

Osmanlı kanunlarının başında çoğu zaman şu ifade bulunuyordu: "... bu kanun atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evladı kirâmmı neslen ve badeneslen bununla âmil olalar..." (35) Bu ibare Osmanlı kanunlarının hükümdarın İradesini yansıttığını; kanunlarda devamlılık ilkesinin de aynı kanunların değişik hükümdarlar tarafından benimsenmesi suretiyle uygulanmakta olduğunu göstermektedir.

Osmanlı devletinde vergi konusu ve nüfus yazımı yeni kanunlar çıkarılmasının önemli nedenlerinden birisi olmuştur. Ancak yeni fethedilen yerlerde ilk önce bölgenin eski örflerinin ve kanunlarının araştırılması yoluna gidildiği bilinmektedir- Fethedilen yerlerde çoğu kez eski kanunları yürürlükten kaldırma yöntemi tercih edilmemiştir. Yeni bir sistemin birdenbire yürürlüğe konulmasının huzursuzluk yaratacağı göz önünde tutuluyordu. Bundan başka deneyimler, Osmanlı yönetimine, yeni bir sistemin birdenbire uygulamaya konulmasının vergi gelirinde azalmaya yol açabileceğini göstermişti. Vergi ile ilgili yazım yapıldıktan sonra Osmanlı hukuk ilkelerine ve şeriata aykırı uygulamalara son verilmesi tercih ediliyordu. Doğu Anadolu'nun 1517-1518 yıllarında fethedilmeğinden, Irak'm 1537 de alınmasından sonra Osm anlılar Akkoyunlu yönetici Uzun Has an'm kanunlarını yürürlükte bırakmışlardı. Benzer şekilde Memlûk Sultanı Kayıtbay'ın Mısır ve Suriye için çıkardığı kanunlar da yürürlükten kaldırılmamıştı. Ancak 1540 yılından sonra tipik olarak nitelendirilebilecek Osmanlı kanunları Akkoyunlu Kanunu yerine uygulamaya konulmuştur. (36)

(33) Anhegger, R-İnalçık, H. Kanunname-i Sultani Ber Mucebi Örfi Osmani, II.

Mehmet ve II. Beyazid Devirlerine ait yasakname ve kanunnameler, 1956, s. XVI

(34) Anhegger, R. -İnalçık, H. Kanunname! Sultani Ber Mucebi Osmani, II. Mehmet ve II. Beyazid Devirlerine ait yasakname ve kanunnameler, 1956, s. XIV, XV.

(35) Okandan, Recai Galip. Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, 1977, s. 30

(36) İnalçık, Halil. The Ottoman Empire, The Classical Age, 1300-1600, 1973, s. 71

Özel hukuk konulan ilke olarak, şer'î hukuk tarafından düzenlenmiştir. Osmanlı hükümdarları, şer'î konulara daha az karışmakla birlikte dini hukukun uygulanmasında da onların yetki sahibi oldukları unutulmamalıdır. (37) Özel hukuk uygulamasında **analitik** (çözümleyici, tahlili) metod değil, **kıyas** (analogia) önem taşımıştır. Kıyas bir şeyin başka bir şeyle takdir edilmesi, değerlendirilmesi olarak anlaşılmıştır. İlk sorun, mesele-i asliye, kıyas yoluyla çözülmesi gereken sorun mesele-i kıyasiye olarak isimlendirilmiştir. (38) Çözümü belirli ilke ve kurallara bağlayan bu yöntemin tümevarıma, olaydan kurala değil; tümdengelimci kuraldan olaya yönelen bir yaklaşıma sahip bulunduğu açıktır.

Yargı alanına müdahale hususunda Osmanlı hükümdarlarının fazla istekli olmadıkları bilinmektedir. Ancak Osmanlı hukukuna ait bir uygulama türü olan adaletnâmeler üzerinde durulmasında yarar vardır- Adaletnâme, idare makamlarının halka zulmetmelerini ve haksız muamelelerini önlemek veya tahta çıktığı zaman yapacağı şeyleri bildirmek için padişahların kadılarına gönderdikleri yazılı emirlere verilen isimdir (39), Adaletnâmeler bazan kadıların haksız cezalarını hafifletmek amacı ile çıkarılmıştır. Ayrıca hatalı idari tasarrufların da adaletnâme yöntemi ile düzeltildiği bilinmektedir. Örneğin, yüksek ve haksız alman vergiler de adaletnâme yoluyla düzeltiliyordu. (40)

Adaletnâmelerin yazılma biçimi, bunların hükümdarın kişisel iradesini yansıttığını göstermektedir. "... Sultan ...■ efendimizden adalet için sâdır olan hattı humayun suretidir... mucibince amel oluna sureti hattı hümayundur..." gibi İfadeler XVIII. yüzyıl adaletnâmelerinde görülmektedir. (41)

Adaletnâmelerin yayınlanmasına XIX. yüzyılda da devam edilmiştir. Devlet otoritesini temsil edenlerin bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, kanun, hak ve adalete aykırı davranmalarını olağanüstü nitelikli tedbirlerle yasaklayan adaletnâmelerin beyanname biçimindeki padişah emirleri olduğu görülmektedir. Adaletnâmelerin üçüncü kişiye değil, adaletnâmeye muhatap olan kişiye yöneldiği anlaşıl-

(37) Schacht, Joseph. An Introduction to Islamic Law, 1964, s. 91

(38) Sava Paşa. İslam Hukuk Nazariyatı Hakkında bir Etüd. Çev: Acıkan, Baha Cilt 2, 1956, s. 192

(39) Okyanus, Ansiklopedisi Türkçe Sözlük, cilt I, 1971, s. 16

(40) İnalcık, Halil, The Ottoman Empire, The Classical Age, 1300-1600, 1973, s. 75

(41) özkaya, Yücel. XVIII. yüzyılda Çıkarılan adaletnâmelere göre, Türkiye'nin iç durumu, Belleten, Cilt 38, sayı 151, 1974. s. 452.

maktadır. Adaletnâmenin ihtiva ettiği emir, imparatorlukta bütün yöneticilere hitap ettiği gibi bazan belirli bir bölgenin idarecilerine de hitap edebiliyordu. (42)

Adaletnâmenin gereklerine uymayan kadının ve diğer yöneticilerin, görevlerine devam bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ösmanlı hükümdarına bağlı bulunmaları dolayısıyla görevlerini sürdüremeyecekleri açıktır.

Adaletnâme uygulaması Osmanlı hükümdarlarının yasama ve yürütme fonksiyonunu yerine getirme yanında yargı faaliyetini de denetlediklerinin bir kanıtı sayılabilir.

Fatih Sultan Mehmet tarafından kendisinin mutlak vekili olarak nitelendirilen veziri âzam (43) da zulüm ve haksızlık yapılmaması konusunda yöneticilere bazı emirler gönderiyordu. Sadrazam tarafından gönderilen bu emirlere **adalet emri** deniliyordu. Bu uygulama da devlerin padişahattan sonra gelen en önemli görevlisinin hukuk hayatı ile ilgili müdahalesinin bir ifadesi olarak değerlendirilebilir.

Osmanlı hükümdarları ilk Önceleri sadece “*Bey*” olarak isimlendirilmişlerdir. I. Murat “**hüdavendigâr**”, I. Bayazıd (Yıldırım Bay azı t) “**Sultan**” olarak tanınmıştır- (44) Başlangıçta Osmanlı sultanları “**Sultan-ı Rum**” olarak biliniyorlardı. Kanuni Sultan Süleyman ise kendisini “**Padişahı İslâm**” olarak nitelendirmiş ve bu unvanı “**Rum Sultan**” unvanı yerine kullanmıştır. (45)

Osmanlı devletinde hükümdar, şeriatla teorik olarak bağlı bulunuyordu. Ancak hükümdarın şeriatla bağlı olması onun iktidarının sınırlandırıldığı olarak yorumlanmayabilir. B. Lewis’e göre, hükümdar teorik olarak şeriatı korumakla yükümlüdür. Ancak gerçekte Şeriat hükümdara mutlak yetkiler tanıyordu. Bundan başka hükümdarın çıkardığı fermanların, kanunların, şeriata uygunluğunu veya aykırılığını denetleyecek bir organ mevcut değildi. (46)

Hükümdarlar, Osmanlı devletinde iktidarlarının kapsadığı çeşitli unsurlar arasında denge sağlamaya özen göstermişlerdir. Bu-

(42) İnalçık, Halil. Adaletnâmeler, Türk Tarih Belgeleri Dergisi Cilt 2, Sayı 3-4, 1967, s. 49, 86

(43) Akşin, Sina. Türkiye Tarihi, 2, Osmanlı Devleti, 1300-1600, 1988, s. 84

(44) Akşin, Sina, Türkiye Tarihi, 2, Osmanlı Devleti, 1300-1600, 1988, s. 35

(45) Lewis, Bernard. İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı, Çev: Önal, Nihal. 1975, s. 63, 64

(46) Lewis, Bernard. İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı, Çev: önal, Nihal, 1975, s. 52

nunla birlikte siyasi iktidarın bulunduğu her yerde denge sağlama olayının da gündeme geldiği unutulmamak gerekir.

1808 yılında imzalanan Senedi ittifak Osmanlı hükümdarının mutlak egemenlik yetkisinin devam ettiğini kanıtlayan bir belge olarak nitelendirilebilir. (47) Senedi ittifak'ın birinci maddesi ile a'yân padişaha sadık olduklarını ilân etmişlerdir. Beşinci madde ile ise İstanbul'da isyan çıktığı zaman a'yân isyanı bastırma yükümlülüğünü üstlenmiştir. Senedi ittifakta sadrazamın **vekaleti mutlaka** sahibi olduğu da vurgulanmıştır. Bu şekilde hükümdardan sonra sadrazamın görevinin önemi açıklanmıştır. (48) Ancak kendi egemen gücünün sınırlanmasını istemeyen padişah bu metni imzalamadığı gibi, a'yândan yalnızca dört kişi bu belgeyi imzalamıştır. Dolayısıyla senedi ittifakın etkisinin ve öneminin çok sınırlı kaldığı anlaşılmaktadır. (49)

Tanzimat döneminde yayınlanan fermanların hiçbiri anayasa özelliğine sahip değildir. 1839 tarihli Tanzimat Fermanında sözü edilen hakların ve ayrıcalıkların bir lutuf niteliğini taşıdığı ve hükümdarın tek taraflı isteğini yansıttığı unutulmamalıdır. 1839 Tanzimat Fermanında yer alan "... Saltanatı seniyyemizden olan ehli İslam ve mîleli saire bu müsâdaatı şahanemize bila istisna mazhar olmak üzere ..." (50) cümlesi dikkati çekicidir. Bu cümlede bulunan "**mîsâdaatı şahane**" kelimeleri padişahın müsaade ettiği bazı hakların tebaya tanındığını göstermektedir. 1856 İslahat Fermanında, da "**vaad ve ihsan olunmuş**" kelimeleri görülmektedir. (51) Şu halde 1856 İslahat Fermanı da aslında padişahın bir "ihsanı"dır. Hükümdar verdiği hakları ve tanıdığı ayrıcalıkları her zaman geri alabilir. Onu, verdiği hakları geri almaktan vazgeçirecek bir kuvvet, bir yaptırım, hakların ve ayrıcalıkların güvencesi olabilecek bir kurum mevcut değildir. (52)

1876 Anayasasında da hükümdarın iktidarına herhangi bir sınırlama getirilmemiş, devletin teokratik niteliğine de dokunulmamış-

(47) Senedi ittifak'ın metni için bakınız. Kili, Suna-Gözübüyük, Şeref. Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze, 1985.

(48) Akşiti, Sina. Türkiye Tarihi, 3, Osmanlı Devleti, 1600-1908, 1990, s. 90, 91

(49) Senedi ittifak için bakınız. Shaw, Stanford. Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, İkinci Cilt, 1983, s. 26, 27; Özçelik, Selçuk. Esas Teşkilat Hukuku Örselleri, İkinci Cilt, Birinci Kitap, 1976, s. 48-52, Dip Not 23; Akşın, Sina Türkiye Tarihi, 3., Osmanlı Devleti, 1600-1908, 1990 s. 90, 91.

(50) Gözübüyük, Ş-Kilî, S. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 5

(51) Gözübüyük, Ş. -Kilî, S. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 8

(52) Okandan, Recai Galip. Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap 1977, s. 92

tır. Anayasanın 3. maddesi “Saltanatı seniyei Osmaniye hilafeti kübrayı islamiyeyi haiz olarak sülalei âli Osmandan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir” (53) hükmü yanında bakanların bir kayda bağlı olmaksızın hükümdar tarafından atanması esası bulunmaktadır. (54) Osmanlı devletinde başlangıçta saltanatın babadan oğula geçmesi ilkesi geçerli bulunuyordu. I. Ahmet (1590-1617) saltanatın babadan oğula geçmesini kaldırarak “ekberiyet” kuralının uygulanmasını kabul ettirmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesiyle tahta geçiş hakkı en yaşlı erkek Osmanoğlu’na tanınmıştır. (55) Böylece taht değişikliği ülkeyi karıştıran bir olay olmak özelliğini de yitirmiştir.

1876 Anayasasına göre, yürütme gücünün gerçek yapıcısı ve düzenleyicisi padişaktır. Anayasanın 7. maddesinde bakanların tayinin ve azledilmesinin, savaş ve barış ilânının, yeniden seçim yapılmak şartıyla parlamentonun feshi yetkisinin padişaha ait olduğu belirtilmiştir. (56) Parlamentonun yasama yetkisi de Anayasada açıklanan biçimiyle son derece sınırlıdır. Ayan ve Mebuslar Meclisi üyelerinin yasama yetkisi, mevcut kanunların değiştirilmesini ve yeni kanunların düzenlenmesini hükümdardan talep etmek yetkisinden ibaret bulunmaktadır. Yeni kanun çıkarılması ve kanun değişiklikleri için asıl yetkili kılınan organ ise padişahın tayin ettiği bakanlar kuruludur. (57) Bu anayasa parlamento üyelerine bakanlar kurulunu görevden düşürebilmek yetkisini de tanımamıştır.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere 1839 tarihli Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Humayunu) padişahın tek taraflı irade ürünü bir anayasa metni özelliğini taşımaktadır. Dolayısıyla bu anayasa metnini bir kendi kendini sınırlama (oto limitasyon) belgesi olarak nitelendirmek mümkündür. 1856 İslahat Fermanının da Tanzimat Fermanı ile aynı hukuki kategori içinde bulunduğu açıktır. 1876 Anayasasının, yetkilerine bazı sınırlamalar getirmekle birlikte devlet işlerinde son sözü söylemek yetkisini padişahıta bıraktığı açıktır. 1876 Anayasasının getirdiği sistemde padişahın hem hukuki, hem fiili olarak yürütme organının başı olduğunu unutmamak gerekir.

(53) Gözübüyük, Şeref-Kılı, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 27

(54) Gözübüyük, Şeref-Kılı, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 30

(55) Özçelik, Selçuk. Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, 2. Cilt I. Kitap, 1976, s. 31, 32;

Resimli Yeni Lügat ve Ansiklopedi, İbrahim Alaettin Gövsa, Cilt I, s. 46; Akşin, Sina. Türkiye Tarihi, 2. Osmanlı Devleti, 1988, s. 136.

(56) Gözübüyük, Şeref-Kılı, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 27, 28

(57) Okandan, Recai Galip. Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, 1977, s. 155, 156.

1876 Anayasasının 36 inci maddesinde parlamento toplantı halinde olmadığı zaman bakanlar kuruluna daha sonra Mebuslar Meclisine sunulmak şartıyla padişahın onayı ile muvakkat kanun çıkarmak yetkisi tanınmıştı. (58) Muvakkat kanun uygulaması aslında hükümdarın ülkeyi tek başına idare etmesi imkanını sağladığı için daha sonra çok eleştirilmiştir.

ikinci Meşrutiyetin Türk hukuk hayatında önemli dönüm noktalarından birisi olduğu ve hükümdarın ülkeyi mutlak şekilde yönetme iktidarının sona erdiği, hukuk kurallarının vazı bakımından yeni şartların bu dönemde oluştuğu söylenebilir.

1909 Anayasası ile öngörülen sistemde devletin yönetim biçimi olarak irsi monarşi devam etmektedir. Ancak 1909 Anayasası ile padişahın İktidarını sınırlayan siyasi ve hukuki bir yapı oluşturulmuştur. Artık, devletin başı olan padişaha ait geniş yetkilerin bakanlar kurulu tarafından kullanılması öngörülmektedir. Bununla birlikte egemenliğin millete ait olduğunu gösteren herhangi bir hükmün anayasa da yer almadığını belirtmek lazımdır. İkinci Meşrutiyet döneminin en önemli özelliği, bakanlar kuruluna geçen geniş siyasi ve hukuki yetkilerin, toplumu yöneten ittihat ve Terakki Partisine etkili bir yönetim tekeli sağlaması olmuştur.

Osmanlı devletinin kuruluşundan 1909 yılına kadar hükümdarların mutlak yetki sahibi olduğu görülmektedir. Osmanlı hükümdarının yetkisinin mutlaklığını gösteren çeşitli halk deyimlerine de rastlanmaktadır. Bunlardan birisi “Mağrur olma padişahım senden büyük Allah var” deyimidir. (59) Bu deyim hükümdarın otoritesinin hukuki bir sınırlanmadığını, hatta fiili sınırlarının da bulunmadığını, onun ancak Tanrı önünde sorumluluğundan söz edilebileceğini göstermektedir. Bununla birlikte halk deyimleri ve atasözleri hükümdarın icraatının da eleştiri ve muhalefetle karşılaşabileceğini belirtmektedir. Bunlardan birisi “padişahın bile arkasından kılıç sallarlar” şeklinde ifade edilmiştir. En güçlü olan padişahın yüzüne karşı kimse ağız açamaz, fakat onun arkasından bile düşmanlık gösterilerinde bulunulabilir. (60) Diğer bir deyişle, hükümdarın iktidarı da onun gücü ile sınırlı bulunmaktadır. “Hakkımızda devlet etmiş fermanı,

(58) Gözübüyük, Şeref.-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 31

(59) Demirel, Asuman. Atasözleri, 1982, s. 129

(60) Aksoy, Ömer Asım. Atasözleri Sözlüğü, I. 1981, s. 333

ferman padişahın dağlar bizimdir” (61) mısraları da hükümdarın gücünün erişebildiği yerlerde onun hukukunun geçerli olduğunu gösteren başka bir örnek sayılabilir.

Değişik kaynaklarda “padişah yasağı üç gün sürer”, “yasak dediğin üç gün sürer”, “yasağın hükmü üç gündür”, “devlet yasağı üç gün sürer” olarak gösterilen atasözleri (62) hükümdar emrinin süre bakımından geçerliği konusundaki tereddüdü gösterdiği gibi, muhtemelen hükümdarın sık sık ferman çıkarmasının ve kural değiştirmesinin sakıncasını da belirtmektedir.

Atasözlerinin ve halk deyimlerinin ulusun ortak kültür mirası içinde kendilerine özgü yeri, değeri ve önemi vardır. Atasözleri ve halk deyimleri geniş halk kitlelerinin yüzyıllar süren deneyiminin ve bu deneyime dayanan düşüncelerinin bir ifadesi olmak özelliğini taşır.

Türk atasözleri içinde devlet hukukuna itaat edilmesi gerektiğini savunan en ünlüsü “şeriatın kestiği parmak acımaz” şeklinde belirtilmiştir. Bu atasözü, devletin kanunlarına ve buyruklarına itaat edilmesinin gerekli ve zorunlu olduğunu açıklamaktadır. Osmanlı ceza hukuku konusunda kapsamlı bir inceleme yapan Heyd’in kanısına göre bu atasözü haklı (yani dini hukuka uygun) cezaya gücünilemeyeceği biçiminde yorumlanmak gerekir. (63) Heyd’e göre, yalnızca şeriatın öngördüğü cezalar bakımından değil, fakat yöneticilerin uyguladıkları cezalar bakımından da aynı esas geçerlidir. Başka bir deyişle, Osmanlı devletinde hukuk uygulamasına saygı gösterilmesi gerektiği fikri egemendi. Hatta idam cezalana bile sükunetle karşılanır, direnme ya da kaçma gibi tepkiler görülmezdi. (64) En yüksek devlet görevlileri hakkında ölüm cezaları uygulamasında da aynı durum dikkati çekmektedir. Zaten “şeriatın kestiği parmak acımaz” atasözü, “kanun ne buyuruyorsa ona boyun eğilir” şeklinde yorumlanmış ve anlaşılmıştır. (65) “Sen evvela buyruk tutmayı Öğren, ondan sonra buyurursun” atasözü de aynı şekilde devletin emirlerine ve yasaklarına uyulması anlamını taşımaktadır. (66) “Şeriatın kılıcı uzundur”

(61) Güney, Eflatun Cem. Halk Şiiri Antolojisi, 2. Basılış, 1950 s. 101.

(62) Aksoy, Ömer Asım. Atasözleri Sözlüğü, I. 1981, s. 333; Oy, Aydın. Tarih Boyunca Atasözleri, 1972, s. 322; Ertan, Ali. Atasözleri, 1952, s. 63

(63) Heyd, Uriel. Studies in Old Ottoman Criminal Law, 1973, s. 312.

(64) Bkz, Akşın, Sina. Türkiye Tarihi, Cilt 2, Osmanlı Devleti, 1300-1600, 1988, s. 3

(65) Aksoy, Ömer Asım. Atasözleri Sözlüğü, I, 1981, s. 334, Oy, Aydın. Tarih Boyunca Atasözleri, 1972, s. 315.

(66) Oy, Aydın. Tarih Boyunca Atasözleri, 1972, s. 219

deyimi şeriatın uygulayıcısı devlet olduğuna göre, devlet hukukunun etkinliğini göstermekte ve bu hukuka uyulmasını öngörmektedir. (67)

Şimdiye kadar açıklanan atasözleri, devlet hukukunun üstünlüğü ve bu hukuka uymanın gerekliliği anlayışının Ostnanh toplum hayatında etkin olduğunu göstermektedir. Hukukun hükümdarın iradesi aracılığı ile meydana getirildiği, hatta hukuku yaratan tek gücün hükümdarın iradesi olduğu anlayışı Osmanlı hukuk hayatında belirgin bir özelliğe sahip bulunmaktadır. Bu nitelikleri ile Osmanlı hukuk anlayışının **iradeci pozitivist** olduğu söylenebilir. “Emir demiri keser” atasözü de emir yani irade unsuruna ağırlık veren özelliği ile aynı iradeci pozitivist görüşü yansıtmaktadır.

Osmanlı hayatında devlet hukukunun-kî hükümdarın emirlerinden oluşuyordu- üstünlüğü ve bu hukuka uyulmasının gerekliliği şeklindeki yaklaşımın, pozitif hukuk düzeninin üstünlüğü ve ona uymanın ödev sayıldığı manasında anlaşılmaya elverişli bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

1909 yılında ikinci Meşrutiyetin ilânına kadar olan dönemde, tabii hukuk veya hukukun insanın akıl yoluyla bulabildiği evrensel ilkelerden oluştuğu biçimindeki bir rasyonalizme tesadüf edilmediği açıktır. Tersine gerek hukuk hayatı ile ilgili bulgular, halk atasözleri ve deyimleri, hukuk kuralının hükümdarın İradesini yansıtan bir içerikte anlaşıldığını başka bir ifade ile Osmanlı hukuk hayatında iradeci pozitivizmin geçerli olduğunu göstermektedir. Osmanlı hukuku, hukuk kuralının içeriği ister olumlu (emir), ister olumsuz (yasak) bir davranış biçimini gösterebilir, hukukun daima padişahın kişisel iradesinin bir ifadesi olduğunu kabul etmiştir. Yasama, yürütme ve yargı yetkileri padişahın kişiliğinde toplanmıştır. Tahta çıkan her hükümdarın, eski hukuk kurallarından değiştirmediklerinin geçerli olduğunu yabancı ülke elçilerine ve memleket içindeki yöneticilere bildirmesi, **iradeci pozitivizmin** geçerli olduğunu kanıtlamaktadır. Bundan başka Osmanlı hukuk hayatında varlığı anlaşılan **iradeci pozitivism**, Alman hukuki pozitivismi gibi soyut devlet iradesi kavramına değil, İngiliz hukuki pozitivismi gibi yöneticinin kişisel İradesi kavramına önem ve öncelik vermiştir. Bu şekli ile Osmanlı hukuki pozitivisminin, Alman pozitivismi ile değil, İngiliz hukuki pozitivismi ile yakın bir paralellik ilişkisi içinde bulunduğu dikkati çekmektedir. Hukuku sosyal hayatın ve dayanışmanın sonucu sayan Fransız hukuki pozitivismi

(67) Eyuboğlu, E>K. Onüçüncü Yüzyıldan Günümüze Kadar Şiirde ve Halk Dilinde Atasözleri ve Deyimler, 1973, s* 219»

ile Osmanlı hukuk görüşü arasında herhangi bir yakınlığın söz konusu olmadığı bu vesile ile ayrıca belirtilebilir.

Osm.anlı hükümdarı, kadıların tayini ve azli konusunda yetki sahibi olduğu gibi, gerektiğinde kadıların ve yerel yöneticilerin hak-sızlıklarını gideren “adaletnameler” çıkarma yoluna da gitmiştir. Bu durum hükümdarın yargı konusunda da büyük etkinliğe sahip olduğunu göstermektedir. Halk, hükümdar otoritesinin üstünde ancak Tanrı iradesinin bulunduğunu ve hükümdarın sorumluluğunun ancak Tanrı önünde ve kendi vicdanına karşı olduğunu benimsemiştir. Osmanlı hukuki pozitivizmi üzerinde dururken, Osmanlı devletinde padişahın devletle eş anlamlı olması sorununa da değinmek gerekir. Osmanlı hükümdarı için asıl önemli sorunu devlet İşlerinin oluşturduğu, dinle ilgili meselelerin ikinci planda kaldığı söylenebilir. (68) Osmanlı hükümdarları Tann’ı temsil etmek gibi bir iddianın sahibi olmamışlardır. Tanrı önünde onların diğer insanlar gibi kul oldukları anlayışının egemen olduğu söylenebilir. Zaten Osmanlı hükümdarının. ayırıcı özelliği dini sıfatından çok, devletin başı olmasıdır. “Baş, başa, başlar da devlete bağlıdır” atasözü hükümdarın devletin yüce temsilcisi olmasını vurguladığı gibi “Mühür kimde ise Süleyman odur” atasözü de bir işde kim yetkili ise onun baş olduğunu, sözün onda bittiğini ve onun buyruğunun geçtiğini açıklamaktadır. (69) Sahip olduğu halifelik nedeniyle Osmanlı hükümdarının “Peygamber postunda oturduğu” (70) bazan vurgulanmış olsa bile aslında padişah herhangi bir kişiden farksızdır, özellikle doğa kanunları bakımından bu böyledir. Bunun en açık kanıtı insanların ortak kaderi olan Ölüm olayıdır. “Padişah da olsa er kişi niyetine derler” deyimini bunu göstermektedir.

Osmanlı hükümdarlarının kendi dünyevi güçlerini göstermek konusunda dikkatli davrandıkları da unutulmamalıdır. Bunun bir yöntemi de hükümdarın diğer insanlardan mümkün olduğu, kadar uzak kalmasıdır. Fatih kanunnamesinde hükümdarın başkaları ile yemek yememesi esasının yer aldığı bu vesile ile belirtilebilir. (71) Türk atasözleri ve deyimleri hükümdarın teklifi ve yönetimin ortak kabul etmeyeceği esasına dikkati çekmektedir. “Dokuz abdal bir kilim-

(68) Zelyut, Rıza. Osmanlıda Karşı Düşünce, 1986, s. 83

(69) Aksoy, Ömer Asım. Atasözleri ve Deyimler Sözlüğü, Cilt I, 1984, s. 321.

(70) Akgün, Seçil. Halifeliğin Kaldırılması ve Laiklik, (tarihsiz) s. 26

(71) Akşın, Sina. Türkiye Tarihi, Cilt 2, Osmanlı Devleti, 1300-1600, 1988, s. 7

de uyur, iki padişah bir iklim sığmaz” deyimi tek kişinin yönetiminin eşyanın tabiatına uygun olduğu görüşünü yansıtmaktadır.

Osmanlı yönetiminde üzerinde durulan başka bir ilke devletin “ebed müddet” oluşudur. Bu anlayışın gerisinde devlet düzeninin olduğu gibi korunması, devam ettirilmesi anlayışı saklı bulunmaktadır. Çünkü Osmanlı hayat anlayışına göre, ideal olan değişme ve devrim değildir, “nizam” yani düzendir ve onun korunmasıdır. (72) Fatih kanunnamesinde “nizam-ı âlem”in korunması fikri özel ve önemli bir yere sahip bulunmaktadır. Osmanlı devlet görüşünün nizamın korunmasına ayrı bir yer verdiği görüşünde herhangi bir yanlışlık yoktur. (73) Düzenin yani nizamın korunması fikri Osmanlı hayatında o kadar önemli bir yere sahip olmuştur ki, devletin İslahı için çareler düşünüldüğü dönemlerde bile, nizamın korunmasının gerektiği, bütün kötülüklerin nizamın muhafaza edilmemesinden ileri geldiği savunulmuştur. Örneğin, Koçi Bey, IV. Murat (1612—1640)’a sunduğu risalede yönetimde görülen bozulmanın başlıca nedeninin eski kanun ve nizamlara uyulmaması olduğunu savunmuştur. (74) Hatta 1839 Tanzimat Fermanında bile eski düzenin bozulmasından şikayet edildiği unutulmamalıdır. (75)

Osmanlı hukuk hayatında adaletin korunması ve gerçekleştirilmesine önem verildiği görülmektedir. Tursun Bey hükümdarın temel özelliklerinden söz ederken adalet, sabır, soğukkanlılık ve akıl üzerinde durmaktadır. Sıralamada ilk yerin adalete verilmesi dikkati çekicidir. (76) Ancak adalet üzerinde durulurken adaletin içeriğinin belirtilmesi için de çaba harcanmıştır. Burada savunulan temel görüş zulüm olmamasıdır. (77) Yöneticinin yetenekleri üzerinde durulurken Kabusname’de vurgulanan İlk ilke adalet olmuştur. Ahmet Rifat’ın Tasviri Ahlâk isimli eserinde adalet, “zulmün zıddı ve her hakkı hak edene vermek istek ve iradesi” olarak tanımlanmıştır.. (78) Gene aynı eserde âdil ve İnsaflı olanın zulüm yoluna başvurmayacağı açıklanmıştır. (79) Zulmün atasözleri ve halk deyimleri tarafından da kınılandığı görülmektedir: “Mazlum ahi yerde kalmaz”; “zalim ettiğini

(72) Ohri, İskender. Anadolu’nun öyküsü, 4. Basım, 1987, s. 114

(73) Ohri, İskender. Anadolu’nun öyküsü, 4. Basım, 1987, s. 117

(74) Akşın, Sina. Türkiye Tarihi, Cilt 3, Osmanlı Devleti, 1300-1600, 1990, s. 22

(75) Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 3

(76) Lewis, Bernard. İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı, Çev.: önal, Nihal. 1975, s. 50

(77) Kabusname, Cilt I Hazırlayan; özkınmlı, Atilla (tarihsiz) s. 27, 46

(78) Ahmet Rifat. Tasviri Ahlâk, Hazırlayan: Algul, Hüseyin (tarihsiz) s. 21

(79) Ahmet Rifat. Tasviri Ahlâk, Hazırlayan: Algül, Hüseyin, (tarihsiz) s. 22

bulur.”; “zalimin ettiği yanına kalmaz”; “zulüm ile cihan yıkar, kazma kürekle yıkılmaz”; “alma mazlum ahım çıkar aheste aheste” (80); “zalimin şemi, sabaha dayanmaz”; “zulüm ile âbad olanın akibeti berbad olur”; “zulüm ile Bağdat viran olur.”

Osmanlı hukuki pozitivizminde hükümdarın toplumun merkezinde bulunduğu görüşünün önemli yere sahip olduğu şüphesizdir. Rüşdiye’lerde okutulan ahlak dersinin temel kitabı olan Gülistan bu konuda bazı ip uçlarını vermektedir. Gülistan’da hükümdarın memleketin iyiliğini bildiği üzerinde durulmaktadır. Ayrıca tebanın padişaha karşı mutlak itaat, mal, can ve hatta ırz fedakarlığı ile bağlı ve mükellef olduğu belirtilmiştir. Fakat hükümdar tebaya karşı hiçbir vazife ile mükellef değildir. Bütün haklar hükümdarın, bütün vazifeler tebanındır. (81) Ricaut’a göre, padişaha karşı olan itaat Osmanlı toplumunda tebaya dini bir vecibe olarak öğretilmektedir. (82)

Osmanlı toplumunun temel değerleri olarak egemenliğin sahibi olan padişah, mevcut nizamın korunması fikri ve teokratik devlet yapısı dikkati çeker. Bununla birlikte Osmanlı toplumunda hukuk uygulaması aracılığı ile şer’i hukukta devlet yönetimi tarafından, değişiklikler yapıldığı yukarıda açıklanmıştır. Bu da Osmanlı toplum yapısının katı anlamda teokratik olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğunu gösterir.

Ömer Lütfi Barkan, Osmanlı hukuk düzeni ile ilgili olarak Alman Tarihçi Hukuk Okulunun öngördüğü şekilde örf ve âdet kurallarının tedrici gelişiminin söz konusu olduğu kanısındadır. Ona göre, “Osmanlı kanunları” sistemli bir kanunlaştırma hareketinin ifadesi olmaktan çok, hukuki gerçekliğin gelişmesinde rol oynayan etkenlerin incelenmesi ve bu gelişmeye uygun çözümlerin kanunlar haline getirilmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Ömer Lütfi Barkan, özellikle, idare hukuku ile mali hukuk bakımından herhangi bir sistemin toptan kabulünün söz konusu olmadığını, teokratik (dini) ilkelerin uygulamaya konulması şeklinde sistemli bir kanunlaştırmanın da görülmediğini belirtmektedir. (83)

(80) Oy, Aydın. Tarih Boyunca Atasözleri, 1972, s. 305.

(81) Aġaoġiu, Ahmet, üç Medeniyet, 1972, s. 65, 69; Mardin, Şerif, İdeoloji, 2. Baskı, 1982, s. 22

(82) Ricaut, Türklerin Siyasi Düsturları, Hazırlayan: Uzman, M. Reşat, (tarihsiz) s. 19.

(83) Barkan, Ömer Lütfi. XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı imparatorluġunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Birinci Cilt, 1943, s. LXIV

Ömer Lütfi Barkan'a göre, Osmanlı hukuk düzeninde ve kanunlarında eski Türk ve İslam devletlerinden gelen unsurlar yanında Bizans İmparatorluğunun ortak kültür ve egemenlik alanını teşkil eden bazı Balkan memleketlerinden ve Adriyatik sahilleri, Macaristan gibi daha çok batı feodalitesinin etkisi altında kalan memleketlerden gelen bazı tesirler de rol oynamıştır. Ömer Lütfi Barkan'm gösterdiği kanıtlar, Osmanlı hukuk sisteminde fethedilen yerlerdeki halka bir süre eski hukuklarının uygulandığını, halkta huzursuzluğa neden olmamak ve vergi gelirinde düşmeyi önlemek gibi pratik amaçların geçerli bulunduğunu göstermektedir. Osmanlı hükümdarlarının fethedilen yerlerdeki hukuku uygun gördükleri takdirde tedricen değiştirdikleri bir gerçektir. Bundan da önemli olan Osmanlı hükümdarlarının yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini kendi kişiliklerinde toplamaları ve hiç olmazsa teorik olarak istedikleri kuralları vaz etmek yetkisine sahip olmalarıdır. Şeriat esaslarının ve yerel örflerin bu yetkinin kullanılmasını bazan engellemiş olması **iradeci pozitivism** Osmanlı hukukunun temelini oluşturduğu gerçeğini değiştirmez.

II - CUMHURİYET DÖNEMİ

Cumhuriyet döneminin en Önemli hukuki özellikleri egemenliğin millete ait olduğunun kabulü, **iradeci pozitivist** Osmanlı hukuk uygulamasından **normativist pozitivist** hukuk uygulamasına geçiş ve teokratik toplum düzeni yerine laik sosyal düzen fikrinin benimsenmesidir. Bu süreç içinde saltanatın ve hilafetin kaldırılması, egemenliğin millete intikal etmesi ve milletin kendi temsilcileri aracılığı ile yönetilmesi benimsendiği gibi, kanunların anayasaya uygun olarak milletin temsilcileri tarafından yapılması da kabul edilmiştir.

1921 tarihli Anayasanın en önemli özelliği I inci maddesindeki hükümde ortaya çıkmaktadır. Buna göre "hâkimiyet bilakaydü şart milletindir, idare usulü halkm mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir." (84) Böylece egemenliğin padişahtan millete geçtiği belirtilmiştir. Egemenliğin millete ait olması ilkesinin Avrupa'da gerçekleşmesinde tabii hukuk akımının etkinliği dikkate alınırsa, Türkiye'de de 1921 Anayasası ile tabii hukuk akımının savunduğu bir ilkenin resmi bir anayasa belgesine ilk kez yansdığı anlaşılmaktadır.

Kurtuluş Savaşının kazanılmasından sonra "Osmanlı imparatorluğunun münkariz olduğuna yeni Türk Hükümetinin Osmanlı

(84) Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 93

imparatorluğu yerine kaim olup, onun hududu milli dahilinde yeni varisi olduğuna ve Teşkilatı Esasiye Kanunu ile hukuku hükümrani milletin nefesine verildiğinden İstanbuldaki padişahlığın ma'düm (yok olduğuna) ve tarihe müntakil bulunduğu ve İstanbul'da meşru bir hükümet mevcut olmayıp, İstanbul ve civarının Büyük Millet Meclisine ait “bulduğuna Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca 1922 yılında karar verilmiştir. (85) Gene 1922 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisinin kabul ettiği bir kararla, egemenliğin padişaktan alınıp millete verildiği ve o zamandanberi Osmanlı imparatorluğunun tarihe intikal ettiği ve o gündenberi padişahlığın kaldırılmış olduğu açıklanmıştır. (86)

Egemenliğin millete geçmesinin ve padişahlığın kaldırılmasının tabii sonucu Cumhuriyetin ilân edilmesi idi. 29 Ekim 1923 tarihinde kabul edilen bir kanunla Anayasa'nın I inci maddesi değiştirilmiş “Türkiye Devletinin hükümet şekli cumhuriyetir” esası kabul edilmiştir. 1924 yılında hilafetin kaldırılması hakkındaki kanunun kabulü ile birlikte hukukun laikleştirilmesi yolunda en önemli adım atılmıştır. (87)

Tabii hukuk görüşünün Türk kamu hukukunda etkinlik kazandığının açık kanıtlarını 1924 Anayasasında bulmak kabildir. 1924 Anayasasının 70 inci maddesinde “Türklerin tabii haklarından” söz edildiği gibi aynı Anayasanın 68 inci maddesinde de hürriyetin tabii bir hak olarak nitelendirildiği, tabii hukukçu yaklaşıma uygun olarak yorumlandığı ve değerlendirildiği görülmektedir. Bu madde şu şekilde yazılmıştır:

“Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet başkasına zarar vermeyecek herşeyi yapabilmektir.

Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı başkalarının hürriyeti sinidir. Bu sınırı ancak kanun çizer.” (88)

Bununla birlikte 1961 ve 1982 Anayasalarında tabii hukuk ve tabii haklar deyimlerinin yer almadığı görülmektedir. Ancak 1961 Anayasasının 10 uncu maddesinde bulunan “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir” ifadesi tabii hukuk kelimelerini içermese de tabii hukukçuların savunduğu hakların ve hürriyetlerin “dokunulmazlığı, devre-

(85) Gözü büyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 98

(86) Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 99, 100

(87) Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 108.

(88) Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 128

dilmezliği, vazgeçilmezliği” anlayışım yansıtmaktadır. 1982 Anayasasının 12- maddesinin I inci fıkrasında yer alan “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” cümlesinin de aynı fikri belirttiği şüphenin dışındadır.

Türk Anayasaları içinde tabii hukukçu yaklaşımın en belirgin olduğu metin hiç şüphesiz 1924 Anayasasıdır. 1924 Anayasasının 68 inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “Her Türk, hür doğar, hür yaşar” ifadesi daha çok J.J. Rousseau’nun hürriyet anlayışım yansıtmaktadır. “Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı başkalarının hürriyet sınırır” cümlesi ise tereddüde yer vermeyecek biçimde Kant’ın hürriyet görüşünü belirtmektedir. (89)

1924 Anayasasının tabii haklar anlayışı 1961 ve 1962 Anayasalarında yerini “Temel Haklar ve Ödevler” kavramına bırakmıştır. 1961 Anayasasındaki “Sosyal ve İktisadi Haklar ve ödevler”, 1982 Anayasasında “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” şeklindeki düzenlemenin ise tabii hukuk düşüncesinin sonucu olduğu veya tabii hukukla ilgili bulunduğu söylenemez.

“Sosyal ve Ekonomik Haklar” anlayışı, XX. yüzyılda temel haklar güvence altına almak ve kişilerin sosyal ve ekonomik yaşamlarında huzur, istikrar sağlamak, yoksulluğu bertaraf etmek amacını gütmektedir. “Sosyal ve Ekonomik Haklar” anlayışını XIX. yüzyıl ekonomik hayatının ve XX. yüzyıl pratik ihtiyaçlarının ortaya çıkardığı yeni bir haklar kategorisi olarak değerlendirmek gerekir. XX. yüzyılda, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra yayınlanan birçok anayasada sosyal ve ekonomik hakların ayrı bir bölümde yer almasını tabii hukuk yaklaşımının dışında nitelendirmek uygun olacaktır.

1876 Anayasasının 11 inci maddesinde “Devleti Osmaniyenin dini, dini İslâmdır ” esası yer almıştı. (90) 1909 Anayasasında da aynı esasın korunduğu görülmektedir. Böylece Osmanlı devletinin teokratik niteliği Anayasa ile belirtilmiş ve tekrarlanmış oluyordu. 1921 Anayasasının 7 inci maddesinde “Ahkâmı şeriyenin tenfizi ... Büyük Millet Meclisine aittir. ” ve “kavanin ve nizam tanziminde ... ahkâmı fıkhiye esas ittihaz kılınır” hükümleri bulunuyordu. (91) 1923 yılında Anayasasının bazı maddelerini değiştiren kanunun 2. maddesinde de “Türkiye Devletinin dini, dini İslâmdır” esası yer al-

(89) Hin, E. Hukuk Felsefe! ve Hukuk Sosyoloji Dersleri, 1949, s. 201

(90) Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 11

(91) Gözübüyük, Şeref-K.ili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982, s. 93, 94

mıştı. (92) 1924 Anayasasının 2 inci maddesinde de varlığını koruyan bu hüküm 1928 yılında Anayasa metninden çıkarılmıştır.

1924 yılında hilafetin kaldırılmasından sonra Türk kamu hukukunda en önemli değişiklikler 1928 yılında gerçekleştirilmiştir. 1928 yılında yapılan değişiklik ile “Türkiye devletinin dini, dini İslamdır” esasları Anayasadan çıkarılmış ve yürürlükten kaldırılmıştır. Gene 1924 Anayasasında bulunan “ahkâmı şer’iyenin tenfizi” (madde 12) esasları Anayasadan çıkarıldığı gibi, milletvekillerinin and içmelerinde yer alan (madde 16) ve cumhurbaşkanının and içmesinde görülen (madde 38) dini ifadeler de 1928 yılında yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır. Böylece Türk Anayasası 1928 yılında tamamen laikleşmiştir.

1937 yılında yapılan anayasa değişikliği ile laiklik Türkiye devletinin temel niteliklerinden (madde 2) birisi olarak Anayasada anlamlı bir yere sahip olmuştur. 1961 ve 1982 Anayasalarının 2 inci maddelerinde de aynı ilke Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden birisi olarak tekrarlanmış ve doğrulanmıştır. Laikliğin Türk Anayasa hukukunda yerleşmesi ile ilgili gelişmeye kısa bir bakış, bu ilkenin ağır fakat bilinçli şekilde Türk pozitif hukukunda yerini aldığını göstermektedir.

Atatürk 1925 yılında laik ve yeni bir hukuk sistemi kurmak amacıyla şöyle açıklamıştı: “Büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski hukuk esaslarını temelden söküp atmak teşebbüsündeyiz” (93) Gene Atatürk 1925 yılında Ankara Hukuk Mektebinin (Fakültesinin) açılması dolayısıyla yaptığı konuşmada yeni hukuku uygulayacak hukukçuların yetiştirilmesine büyük önem verdiğini şöyle belirtmişti: “Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum.”

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu aile hukuku alanında (94), medeni nikah, tek kanlı evlilik, boşanmada kadın erkek eşitliği, kanunun gösterdiği nedenler bulunduğu takdirde mahkeme kararı ile boşanma, evlenme ile ilgili dini törenin medeni nikahtan önce yapılamayacağı İlkeleriyle toplumda yerleşmiş uygulamayı köklü biçimde değiştirmeyi amaçlamıştır.

(92) Gözübüyük, Şercf-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1932, s. 105

(93) Güriz, Adnan-Benedict, Peter, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, 1974, Giriş, s. VII

(94) Türk aile hukukunun temel ilkeleri konusunda bkz. öztan, Bilge. Aile Hukuku, ikinci Bası, 1983, s. 5-9

Miras hukuku ile ilgili olarak feraiz (şer’i miras hukuku) denilen, mirasçı olacak kişileri tek değerlendiren, erkeklerin tam, kadınların yarım pay almalarını öngören sistem bırakılmıştır. Medeni kanunla birlikte mirasta kadın-erkek eşitliği ilkesi uygulamaya konulmuştur.

Medeni Kanunun kabulü İle birlikte hukukun laikleştirilmesi yolunda çok Önemli bir adım atılmıştır.

Adalet Bakanı Mahmut Esat tarafından yazılan Medeni Kanun gerekçesinde “Milli sosyal hayatın düzenleyicisi olan ve yalnız ondan ilham alması gereken... bir medeni kanundan Türkiye Cumhuriyeti-nin yoksun kalması, ne yüzyılımız uygarlığının gerekleriyle, ne de Türk inkılabının içerdiği mana ve kavramla bağdaştırmam az” (95) denilmiştir.

İsviçre Medeni Kanununun niçin tercih edildiğini Adalet Bakanı Mahmut Esat bu kanunun nitelikleri üzerinde durarak şöyle açıklamaktadır: “Türk medeni kanunu, bütün medeni kanunlar arasında en yeni, en mükemmel ve en halkçı olan İsviçre Medeni Kanunundan iktibas olunmuştur.” (96)

Medeni Kanunun gerekçesinde, ülkenin değişik yerlerinde aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak verilen hükümlerin farklı olmasının ve bir-biri ile çelişmesinin adalet hayatında özlenen istikrarın sağlanmasını engellediği, adalet mekanizmasının kargaşadan kurtarılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Gene gerekçeye göre, “Çağdaş uygarlığı almak ve benimsemek karan İle yürüyen Türk Milleti, çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisi çağdaş uygarlığın gereklerine ... her ne bahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir.” (97)

Adalet Bakanı Mahmut Esat, Örf ve âdet hukukuna bağlılığın insanlığın gelişmesini olumsuz şekilde etkileyen “tehlikeli bir nazariye” olduğunu, Fransız, Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarının kabul edilmesinin, Alman Tarihçi Hukuk Okulunun “yenilgisini” gösterdiğini belirtmektedir. Bu şekilde Alman Tarihçi Hukuk Okulunun örf ve âdet hukukuna dayanarak milli hukuku geliştirme fikrinin Cumhuriyet yönetimi tarafından benimsenmediği vurgulanmaktadır (98).

(95) 743 sayılı ve 4 Ekim 1926 yürürlük tarihli Türk Medeni Kanunu Esbabı Mucibe Layihası

(96) 743 sayılı ve 4 Ekim 1926 yürürlük tarihli Türk Medeni Kanunu Esbabı Mucibe Layihası

(97) 743 sayılı ve 4 Ekim 1926 yürürlük tarihli Türk Medeni Kanunu Esbabı Mucibe Layihası

(98) 743 sayılı ve 4 Ekim 1926 yürürlük tarihli Türk Medeni Kanunu Esbabı Mucibe Layihası

Bundan başka, siyasi, sosyal, ekonomik ve milli birliğin sağlanmasının temel amaç olduğu ve bunun modem kanunların tedvini yoluyla gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir.

Gene Medeni Kanunun gerekçesinde, hukukun dini esaslara dayanması halinde vicdan hürriyetinin sağlanamayacağı, siyasi, sosyal, millî birliğin güvence altında olamayacağı ifade edilmektedir. (99) Gerekçenin sonunda Adalet Bakanı Mahmut Esat şunu belirtmektedir: “Adalet Bakanlığı, bu kanunu hazırlamakla inkılap ve tarih önünde milli vazifesini ifa ve Türk milletinin gerçek menfaatlerini ifade etmiş olduğundan şüphe etmemektedir.” (100)

Türk Medenî Kanununun gerekçesinde Alman Tarihçi Hukuk Okulunun görüşleri açıkça reddedilmekte ancak tabii hukuk okulundan söz edilmemektedir. Gerekçede özellikle belirtilen husus çağdaş toplumun hukuk kuralları ile sağlanabilecek düzenlemeye muhtaç bulunduğu ve bunun ancak modem kanunlarla gerçekleştirilebileceğidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin 23 Nisan 1920 tarihinde faaliyete başlamasından sonra çıkarılan ilk kanun Ağnam Resmî Kanunu olmuştur, özellikle Cumhuriyetin 29 Ekim 1923 günü ilân edilmesinden sonra ülkemizde yoğun ve bilinçli bir kanunlaştırma çalışması yapıldığı dikkati çekmektedir. 1926 ile 1930 yılları arasında hemen hemen bütün temel kanunlar değişik Avrupa ülkeleri kanunlarından iktibas edilmek suretiyle kabul edilmiştir. 1930 yılı sonunda Türkiye Büyük Millet Meclisinden geçen kanun sayısı 1737’ye ulaşmış bulunuyordu.

Cumhuriyet hukukunun temel özelliği Osm anlı yönetimi döneminde görülen “emir” anlayışı yerine, hem yöneteni, hem yönetileni bağlayan “norm” anlayışını benimsemesinde kendim göstermektedir. Bu yaklaşım, soyut hukuk kuralının (normunun) yalnızca davranış ve hukuki ilişki düzenlemekle yetinmediğini kabul etmekte, aynı zamanda normu çıkaran devlet otoritesini de normla bağlı saymaktadır. Söz konusu **normativist pozitivist** görüşe uygun olarak Cumhuriyet döneminde, hukuk sistemi, cebir kullanma yetkisinin kamusallaşmasını da öngörmüştür. Hukukun öngördüğü yaptırımlar,

(99) 743 sayılı ve 4 Ekim 1926 yürürlük tarihli Türk Medeni Kanunu Esbabı Mucibe Layihası

(100) 743 sayılı ve 4 Ekim 1926 yürürlük tarihli Türk Medeni Kanunu Esbabı Mucibe Layihası

normativist görüŖe göre ancak devletin kendi görevlileri tarafından normların öngördüğü biçimde uygulanabilir. Cebir kullanma yetkisinin kamusallaşmasının aynı zamanda modern hukuk görüşüne ait bir özellik olduğu unutulmamalıdır.

1924 Anayasasının 103'üncü, 1961 Anayasasının 8 inci ve 1982 Anayasasının 12 inci maddelerinde kanunların anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet dönemi hukuku, kanun normlarının geçerliği yanında, kanunların anayasaya aykırı olmayacağı ilkesinin de benimsenmiştir. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesinin 1962 yılında kuruluşundan bu yana kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi esası yürürlüktedir.

Türk hukuk hayatının gelişme çizgisi incelendiği zaman 1923 yılında Cumhuriyetin ilânı ile birlikte daha çok İngiliz iradeci pozitivizmi ile paralellik ilişkisi içinde bulunan Osmanlı iradeci pozitivizminin terkedildiği, ünlü Avusturyalı hukukçu Kelsen'in anladığı biçimde normlar hiyerarşisinde dayanan normativist pozitifizmin benimsendiği dikkati çekmektedir. Bu arada Kelsen'in de savunduğu şekilde Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik şeklinde bir normlar hiyerarşisi sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Kanunlar anayasaya uygun olmalı, tüzükler kanunlara, yönetmelikler de tüzüklere aykırı olmamalıdır. Cumhuriyet döneminde benimsenen normlar hiyerarşisi sistemi içinde 1876 Anayasasının 36 inci maddesi ile kabul edilen ve büyük ölçüde kötüye kullanılan muvakkat kanun müessesesine yer verilmemiştir. Egemenliğin millet adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılması ilkesini ve normlar hiyerarşisini korumak Cumhuriyet hukukunun önemli bir özelliği olmuştur. Bu yüzden kanun hükmünde kararname kurumu uzun bir süre hukukçular tarafından şüphe ve güvensizlikle karşılanmıştır. Ancak özellikle sosyal ve ekonomik zorunluluklar nedeniyle 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla 1961 Anayasasının 64 üncü maddesi değiştirilmiş ve kanun hükmünde kararname sistemi hukukumuzda girmiştir. 1982 Anayasasının 91 inci maddesinde de kanun hükmünde kararname esasını yer almıştır. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini vermek, yasama organına ait bir fonksiyonun icra organına bırakılması anlamına gelmektedir. Kanun hükmünde kararnemelerin yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulması denetimi ve uygulamanın istisnailiğini sağlamak bakımından yeterli değildir. Bu nedenle Cumhuriyet hukukunun temel özelliği olan normativist hukuki pozitifizme uygunluğu sağlayabilmek için, belirli

bir süre içinde parlamento tarafından onaylanmayan kanun hükündeki kararnamelerin yürürlükten kalkacağı kabul edilmek gerekir. Bu süre sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde ilân edilen kanun hükümünde kararnameler için en fazla bir yıl, diğerleri için en çok iki yıl olabilir. Kanun hükümünde kararname kurumunun özünde taşıdığı bir başka tehlike, normcu hukuki pozitivismden çok iradeci hukuki pozitivism ve iradeci uygulamaya elverişli niteliğe sahip olmasıdır.

Türkiye'nin Cumhuriyetin ilânı ile benimsediği temel amaç hukuk normlarının parlamento tarafından çıkarılması, normlar arasında hiyerarşinin korunması, hukuk hayatında birlik, uyum ve istikrar sağlanmasıdır. Bu temel amacın Osmanlı yönetiminin ayırıcı niteliği olan İradeci pozitivismle bağdaştırılması mümkün değildir. Bundan başka, ülkemizde zaman zaman görülen ara rejimlerin doğaları gereği normcu pozitivist değil, iradeci pozitivist oldukları ve Cumhuriyet hukukunun benimsediği temel çerçeveye ters düştükleri de bir gerçektir.

Normcu pozitivist Cumhuriyet yönetiminin benimsediği temel değerlerle Osmanlı yönetiminin değerleri arasında bazı farkların bulunduğunu da unutmamak gerekir. Daha önce açıklamaya çalıştığımız gibi, Osmanlı hukuku egemenliğin hükümdara ait olduğu görüşüne dayanıyordu. Bu ilke Osmanlı devletinin altı yüz yıl süren hayat süresi içinde değişmemiştir. Buna karşı Cumhuriyetin savunduğu temel değer egemenliğin millete ait olması ve millet tarafından parlamento vasıtasıyla kullanılmasıdır- Osmanlı hukuku ayrıca nizamın (düzenin) korunmasına büyük önem vermiştir. Öyleki reform dönemlerinde bile Osmanlı tophımında eski nizamın olduğu gibi korunması fikri benimsenmiş ve statik bir hayat görüşünün savunması yapılmıştır. Buna karşı cumhuriyetin hukuk hayatı bakımından benimsediği temel değer değişmek, başkalaşmak ve çağdaşlaşmaktır. Bundan başka Osmanlı toplumunun teokratik yapısı Cumhuriyet hukukunca benimsenmiş değildir. Cumhuriyet hukuku laikliği temel değer olarak kabul etmiş ve bu ilkeyi aynı zamanda vicdan hürriyetinin de güvencesi saymıştır.

Osmanlı hukuku, dünya düzeninin ve hukukun değişmeyeceği varsayımından hareket etmiştir. Oysa normcu pozitivist cumhuriyet hukuku, laikliği başka bir ifade ile devlet hukukunun dini organizasyonun üstünde olduğunu kabul ettiği gibi, evrenin ve toplumun sürekli şekilde değiştiği dolayısıyla toplum hayatını düzenleyen hukuk kurallarının da değişmesi gerektiğini benimsemiştir.

Ülkemizde iradeci hukuki pozitivizmden normcu hukuki pozitivizme geçiş sürecinin konularına ve sorunlarına yönelik çalışmaların, dikkatleri hukuk teorisine ve onun sorunlarına çekerek hukuk incelemelerine yeni ve değişik bir canlılık getireceği söylenebilir.

Bibliyografya

Ağaoglu, Ahmed. Üç Medeniyet, 1972.

Ahmet Rifat. Tasvir-i Ahlak, Hazırlayan: Algül, Hüseyin (tarihsiz)

Akgün, Seçil. Halifeliğin Kaldırılması ve Laiklik (tarihsiz.)

Aksoy, Ömer Asım. Atasözleri Sözlüğü, I, 1981

Akşın, Sina. Türkiye Tarihi, Cilt 2, Osmanlı Devleti, 1300-1600, 1988.

Akşın, Sina. Türkiye Tarihi, Cilt 3, Osmanlı Devleti, 1600-1908, 1990

Anhegger, R-tıncılık H. Kanunname-i Ber Mucebi örfi Osmani, H- Mehmet ve II. Bayazıt Devirlerine ait Yasakname ve Kanunnameler, 1956.

Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. baskı, 1958

Barkan, Ömer Lütfü XV ve XVI inci asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Birinci Cilt, 1943.

Berki, Ali Himmet. Mecelle, 1959.

Bilge, öztan. Aile Hukuku, 2- Bası, 1983

Demirel, Asuman. Atasözleri, 1982.

Eyiiboğlu, E.K. Onüçüncü Yüzyıldan Günümüze Kadar Şiirde ve Halk Dilinde Atasözleri ve Deyimler, 1973

GÖzübüyük, Şeref-Kili, Suna. Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, 1982.

Güney, Eflatun Cem. Halk Şiiri Antolojisi, 2. Basılış, 1950

Gür, Refik. Mecelle, 3. Basım, 1977

- Hırş, E.** Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 1949
- tyasoğlu, Mercimek Ahmed.** Kabusname, Cilt I, hazırlayan: Özkırmılı, Atilla, (tarihsiz)
- İnalçık, Halil.** Adaletnameler, Türk Tarih Belgeleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 3-4, 1967
- İnalçık, Halil.** The Ottoman Empire, The Classical Age, 1300-1600, 1973.
- Kili, Suna-Gözübüyük, Şeref.** Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze, 1985
- Köprülü, Fuad.** Les institutions juridiques Turques au moyen age, 1937
- Lewis, B.** İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı, Çev.: Önal Nihal, 1975
- Mardin, Şerif.** İdeoloji, 2- Baskı, 1982
- Ohri, İskender.** Anadolu'nun Öyküsü, 4. Basım, 1987
- Okandan, Recai Galip.** Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, 3. Bası, 1977
- Oy, Aydın.** Tarih Boyunca Atasözleri, 1972
- özçelik, Selçuk.** Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, 2- Cilt, I. Kitap, 1976.
- özkaya, Yücel.** XVIII. yüzyılda çıkarılan Adaletnamelere göre Türkiye'nin iç durumu, Belleten, Cilt 38, sayı 151, 1974.
- Rıcaut,** Türklerin Siyasi Düsturları, hazırlayan: Uzman, M. Reşat, (tarihsiz)
- Sava Paşa.** Islâm Hukuk Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, Çev: Arıkan, Baha. Cilt 2, 1956
- Schacht, Joseph.** An Introduction to Islamic Law, 1964.
- Shaw, Stanford.** Osmanlı imparatorluğu ve Modern Türkiye, Birinci Cilt, 1982.
- Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet.** Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, 1982