

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BÖLÜMÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KANUN-I ESASİ'DE YARGI FONKSİYONU

Yüksek Lisans Tezi

CİHAN TÜRKER

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BÖLÜMÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KANUN-I ESASİ'DE YARGI FONKSİYONU

Yüksek Lisans Tezi

CİHAN TÜRKER

Danışman: DOÇ.DR. MUSTAFA ŞENTOP

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
CİHAN TÜRKER'İN KANUN-İ ESASİ'DE YARGI FONKSİYONU adlı tez çalışması
,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih ve 2010-14/19 sayılı kararıyla ile
oluşturulan jüri tarafından oy birliği /oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul
edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

- Tez Savunma Tarihi : 14.12.2010
- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. MUSTAFA ŞENTOP
- 2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. RUKİYE AKKAYA
- 3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. MACİT KENANOĞLU



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLET, ANAYASA VE YARGI FONKSİYONU

I. DEVLET VE ANAYASA	4
1. Devlet	4
1.1. Devlet Kavramı ve Tanımı	4
1.2. Devletin Egemenlik ve İktidar Unsuru	5
2. Anayasaları Ortaya Çıkaran Süreç	6
2.1. İktidarın Sınırlandırılması Hakkındaki Düşünceler	6
2.2. İktidarı Sınırlandırma Amaçlı Bir Kuram: Kuvvetler Ayrılığı	8
2.2.1. Genel Olarak	8
2.2.2. Kuramın Düşünsel Temelleri İle Tarihi Süreci	8
2.3. İktidarı Sınırlandırma Amaçlı Bir Hareket: Anayasacılık Hareketi	10
3. Anayasa	11
3.1. Genel Olarak	11
3.2. Anayasa Kavramı ve Tanımı	13
3.3. Anayasaların Türleri ve İşlevi	14
II. YARGI FONKSİYONU	15
1. Genel Olarak	15
2. Yargı Kavramı ve Tanımı	16
3. Yargı Fonksiyonu	18
3.1. Yargı Fonksiyonunun Tanımı	18
3.2. Yargı Fonksiyonunun Özellikleri	19
4. İslam'da Yargı (Kaza) Fonksiyonu	21
4.1. İslam'da Yargı Fonksiyonunun Özellikleri	22
4.2. İslam Anayasa Hukuku Açısından Yargı Fonksiyonunun Yeri ve Özelliği	24

İKİNCİ BÖLÜM
OSMANLI KLASİK DÖNEMİNDE YARGI FONKSİYONU

I. OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI	28
1. Genel Olarak	28
2. Şer’i Hukuk	29
3. Örfi Hukuk	31
4. Şer’i Hukuk – Örfi Hukuk İlişkisi	31
II. KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGI FONKSİYONU VE ÖZELLİKLERİ	33
1. Genel Olarak	33
1.1. Yargı Yetkisi	33
1.2. Yargı Sistemi	35
2. Yargı Fonksiyonu İle Görevli Organlar	36
2.1. Şer’iye Mahkemesi	36
2.1.1. Genel Olarak	36
2.1.2. Kadı ve Kadı Yardımcıları	37
2.2. Divan-ı Hümayun ve Diğer Divanlar	40
2.3. Kazaskerlik Mahkemesi ve Diğer Mahkemeler	43
3. Klasik Dönem Osmanlı Yargı Fonksiyonunun Özellikleri	46
3.1. Yargı Bağımsızlığı	46
3.1.1. Merkez ve Padişah Karşısında Yargının Bağımsızlığı	46
3.1.2. Taşra ve Ehl-i Örf Karşısında Yargının Bağımsızlığı	47
3.1.3. Yargı Karşısında Yargının Bağımsızlığı	48
3.2. Yargının Sahip Olduğu Teminatlar	50
3.2.1. Kadı’nın Tayini	50
3.2.2. Kadı’nın Yer ve Görev Bakımından Yetkisi	51
3.2.3. Kadılık Süresi	53
3.2.4. Kadı’nın Teftiş ve Azli	54
3.2.5. Kadı’nın Mali Durumu	56
3.3. Yargının Denetimi	57
3.3.1. Genel Olarak	57
3.3.2. Denetim Vasıtaları	57
3.3.2.1. Merkezi İdare Tarafından Denetim	57
3.3.2.2. Şühûdu’l-Hâl Tarafından Denetim	58
3.3.2.3. Yargı Yolu İle Denetim	59
3.3.2.4. Fetva Yolu İle Denetim	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN-İ ESASİ VE YARGI FONKSİYONU

I. TANZİMAT DÖNEMİ (KANUN-İ ESASİ'YE DOĞRU) OSMANLI YARGI FONKSİYONU	61
1. Genel Olarak	61
2. Tanzimat Dönemi Yargı Reformlarını Hazırlayan Nedenler	62
3. Tanzimat Dönemi'ne Doğru (1789 – 1839) Kadılar ve Yargı Fonksiyonu	65
4. Tanzimat'tan Sonra (1839-1876) Şer'iyeye Mahkemeleri, Kadılar ve Yargı Fonksiyonu	68
5. Yargıda Düalite	70
II. KANUN-İ ESASİ VE İLANI	71
1. Kanun-i Esasi'yi Hazırlayan Nedenler	71
2. Kanun-i Esasi'nin Hazırlanması ve İlan Edilmesi	77
3. Kanun-i Esasi'nin Anayasal Niteliği ve Değeri	82
III. KANUN-İ ESASİ VE YARGI FONKSİYONU	84
1. Kanun-i Esasi'de Yetkilerin Düzenlenişi	84
1.1. Yasama ve Yürütme Yetkileri	85
1.2. Yargı Yetkisi	86
2. Kanun'î Esasi'de Yargıya İlişkin Düzenlemeler	87
3. Kanun-i Esasi'de Mahkemeler ve Yargı Fonksiyonu	90
3.1. Nizamiye Mahkemeleri ve Yargı Fonksiyonu	90
3.1.1. Nizamiye Mahkemelerindeki Görevliler: Toplu Hâkim Sistemi	92
3.1.2. Hakimlere Sağlanan Teminatlar	93
3.1.2.1. Hakimlerin Seçim ve Tâyin Usulü, Terfii ve Maaşı.....	93
3.1.2.2. Hakimlerin Denetimi: Hakimlerin Teftişi	94
3.2. Şer'iyeye Mahkemeleri ve Yargı Fonksiyonu	95
3.2.1. Şer'iyeye Mahkemelerindeki Görevliler: Kadılar (Şer'î Hâkimler) ve Kadıların Yardımcıları	97
3.2.2. Kadılara Sağlanan Teminatlar	98
3.2.2.1. Kadıların Tâyin Usulü, Görev Süresi ve Terfii	98
3.2.2.2. Kadıların Denetimi: Kadıların Teftiş ve Azli	99
3.2.3. Şer'iyeye Mahkemelerinin Kaldırılması	101
3.3. Yargı Fonksiyonu İle Görevli Diğer Organlar	103
4. Kanun-i Esasi'de Yargı Bağımsızlığı	106
5. 1909 Değişiklikleri ve Yargı	108
SONUÇ	110
KAYNAKÇA	113

KISALTMALAR

<i>a.g.e.</i>	Adı geçen eser
<i>a.g.m.</i>	Adı geçen makale
<i>Any.</i>	Anayasa
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜDTCF	Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<i>Bkz.</i>	Bakınız
<i>Bsk.</i>	Baskı
<i>C.</i>	Cilt
<i>Çev.</i>	Çeviren
DA	Diyanet İslam Ansiklopedisi
<i>Dn.</i>	Dipnot
<i>Ed.</i>	Editör
<i>f.</i>	Fıkra
<i>Fak.</i>	Fakülte
<i>Fs.</i>	Fasikül
<i>Haz.</i>	Hazırlayan
İA	İslam Ansiklopedisi
İHAD	İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İÜ	İstanbul Üniversitesi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<i>İÜHFM</i>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<i>KE</i>	Kanun-i Esasi
<i>MAA</i>	Mecelle-i Ahkamı Adliye
<i>Md.</i>	Madde
<i>MEB</i>	Milli Eğitim Basımevi
<i>s.</i>	Sayfa
<i>ss.</i>	Sayfa sıralaması
<i>Sy.</i>	Sayı
<i>TDV</i>	Türkiye Diyanet Vakfı
<i>Ter.</i>	Tertip
<i>TTK</i>	Türk Tarih Kurumu
<i>Ünv.</i>	Üniversite
<i>Vb.</i>	Ve benzeri
<i>Vd.</i>	Ve devamı
<i>Vs.</i>	Ve sair
<i>Yay.</i>	Yayımları

GİRİŞ

Yargı fonksiyonu, her türlü müdahaleden bağımsız biçimde, kesin olarak hüküm vermek demektir. Kesin hükümle birlikte hakkın tespiti ve bu sayede adaletin tesisi sağlanır. Bunu sağlamak için de yargının bağımsızlığını gerçekleştirmek, bu amaçla yargıya bir takım güvenceler sunmak gerekir.

Yargı fonksiyonu, hakkı tespit ettiği ve bu sayede adaletin tesisini sağladığı için, bir hukuk düzeninin en önemli fonksiyonudur. Yargıdan yoksun bir toplum, millet ya da devlet olmamıştır. Milletler medenileştikçe yargı meselesi üzerinde durarak divanlar, hakem ve hakem heyetleri, geçici ve daimî mahkemeler kurmuşlardır. İnsanlık tarihi bir bakıma yargı tarihidir. Bu tarih bazı zamanlarda adil bir tarih, bazı zamanlarda ise haksız ve zalim bir tarih olmuştur. Bu ise yargı fonksiyonunun ifası ile doğrudan alakalı bir durumdur.

Yargı fonksiyonu öylesine bir araçtır ki ifa biçimine göre adaleti de egemen kılmıştır zulmü de. Özellikle iktidarı elinde bulunduran otorite olarak devletin tarih sahnesine çıkması ile birlikte yargının önemi daha da artmıştır. Yargı bazı zaman ve zeminlerde otoriteler karşısında iktidarı sınırlandırma ve adaleti tesis etme işlevi görmüşken, diğer bazı zaman ve zeminlerde ise otoritenin emrinde ve zulmün aracı haline gelmiştir. Özellikle değişmez hukuk kurallarına sahip olmayan, bu nedenle temelsiz bir hukuki zemine sahip olan toplumlarda yargı çoğu zaman otorite sahibinin elinde baskı aracına dönüşmüştür. Sokrates, Jean D'arc, Severtus, Ebu'l Kalam Azad gibi isimler, yargının da zulmün bir aracı olabileceğinin kanıtı olarak tarihe geçmişlerdir. Bilhassa engizisyon mahkemeleri ile bu acı tecrübeyi yaşamış olan Batı'da, bir şekilde iktidarı sınırlamanın yolları aranmıştır. Bu amaçla kadimden beri iktidarı sınırlamanın yöntemleri hakkında fikirler ortaya atılmıştır. Anayasacılık hareketleri ve kurallar manzumesi anlamındaki anayasalar, bu fikirlerin neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Bu yönde bir arayış İslam hukuk düzenlerinde görülmemiştir. Bunun iki temel nedeni vardır. Birincisi İslam hukuk düzenlerinde değişmez kurallar vardır ve

bunlar başta kitap ve sünnet olmak üzere şer'i hukuk ile sabittir. İkincisi, İslam hukuk düzenlerinde devlet, başta şur'a kuralı olmak üzere yukarıda sözünü ettiğimiz şer'i hukuk dâhilindeki kurallarla sınırlı bir iktidara sahiptir. Ne var ki uygulamada bu sınırların ihlal edildiği olmuştur.

Bir devlet ancak adalet ile ayakta durabilir. Bu nedenle adalet, bir devletin inancı olmalıdır. Adalet ancak bağımsız ve güvencelere bağlanmış bir yargı fonksiyonu vasıtası ile tesis edilebilir. Osmanlı Devleti'nde de adalete çok büyük önem verildiğinden, yargı fonksiyonu özenle ifa edilmiştir. İslam hukukunu esas alan Osmanlı'da yargı, yürütmenin müdahalesinden bağımsız bir fonksiyondur. Nitekim Osmanlı'da yürütme, İslâm hukukunun temel kuralları ve maslahatla sınırlıdır.

Osmanlı klasik döneminde şer'i ve örfi hukuk için, şer'iyeye adıyla tek mahkeme teşkil edilmiştir. Bu mahkeme ile özdeşleşmiş olan kadı, yargı fonksiyonunu en yoğun biçimde ifa eden kişidir. Osmanlı kadısı mahalli yöneticilerin müdahalesinden de bağımsızdır ve bu yöneticiler kadıyı yargılayamaz. Askeri ve İdari makamlar kadı'nın kararlarını tenfizle görevli olup, kadı'nın haberi olmadan kimseyi hapsedemezler. Kadı, aynı zamanda diğer yargı organlarının müdahalesinden de bağımsızdır.

On yedinci asırdan sonra devletin kurumlarında görülen bozukluk, özellikle medrese kurumunun özgünlüğünü yitirmesi nedeni ile kadılık kurumuna da sıçramıştır. Yargı da, yaşanan durgunluk ve gerilemeden nasibini almıştır. Osmanlı Devleti, yaşadığı durgunluk ve gerilemeden kurtulmak amacıyla, 'Tanzimat Dönemi' olarak bilinen on dokuzuncu asırda, bütün kurum ve kuralları ile yenilik hareketlerine girişmiştir. Ordunun yenilenmesi amacıyla pratik nedenlerle başlayan bu yenilik hareketleri, pratik nedenler ve kurumlarla sınırlı kalmamış, özellikle hukukun Batılılaşması ile yazılı alanlara da kaymış, böylece yoğun bir kanunlaştırma faaliyeti gerçekleşmiştir. İşte 1876 tarihli Kanun-i Esasi de, Batılılaşma ile başlayan kanunlaştırma faaliyetinin bir sonucudur.

Kanun-i Esasi, Osmanlı Devleti'nin, modern anlamda kurallar manzumesi olarak, yazılı ilk anayasası kabul edilir. Bu anayasada yargıya ilişkin hükümler 'Mehâkim' başlığı altında düzenlenmiştir. Aslında bu anayasadaki hükümlerin (ilke ve

kurallar) ekseriyeti, Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde hem mevzuatta düzenlenmiş, hem de mevcut hukuk düzeninde fiili olarak uygulanmış hükümlerdir. Bu bakımdan bir anlamda yargıya ilişkin fiili uygulama ile de sabit ilke ve kurallar anayasal düzleme taşınmıştır.

Bu araştırmada, Kanun-i Esasi'de yargı fonksiyonu, anayasa hukuku tarihimiz açısından incelenmeye çalışılmıştır.

Tezimizin ilk bölümünü, kavram çalışması gibi kabul ederek “devlet, anayasa ve yargı fonksiyonu” kavramlarını ele aldık. Tezimizde, devlet kavramına ve devletin egemenlik ve iktidar unsurlarına kısaca değindikten sonra, sınırlı iktidarı gerçekleştirmek amacı ile ortaya atılan ve anayasaların ortaya çıkmasında birer basamak olarak düşünebileceğimiz kuvvetler ayrılığı kuramı ve anayasacılık hareketlerini de kısaca ele aldık.

Tezimizin ikinci bölümünde, Osmanlı klasik dönemi yargı fonksiyonunu ele aldık. Bu bölümde ilk olarak Osmanlı Hukukunun yapısına kısaca değindikten sonra Osmanlı yargı fonksiyonunu ve özelliklerini inceledik. Bu bağlamda yargı fonksiyonunun özellikleri olarak Osmanlı'da yargının bağımsız olup olmadığı meselesini, yargının ne tür teminatlara sahip olduğunu ve bu arada yargının nasıl denetlendiğini de ele aldık ve değerlendirdik.

Üçüncü bölümde ilk olarak Tanzimat'a doğru ve Tanzimat'tan sonra, kadıların durumu ile birlikte yargı fonksiyonuna ilişkin yaşanmış olan gelişmeleri ele aldık. Sonrasında Kanun-i Esasi'yi hazırlayan şartlar da değindikten sonra, Kanun-ı Esasi'de yargı fonksiyonu ve bu anayasada yargıya ilişkin esasların ne şekilde düzenlenmiş olduğunu inceledik ve değerlendirdik. Kanun-i Esasi, 87. Maddesi ile ihtilafların çözüm yeri olarak, nizami davalar için nizamiye mahkemelerini ve şer'i davalar içinse şer'iyeye mahkemelerini aynı hükümde zikretmiştir. Biz de bu döneme ilişkin yargı fonksiyonunu, nizamiye mahkemeleri ve bu mahkemede görevli hâkimler ile şer'iyeye mahkemeleri ve bu mahkemelerde görevli kadıyı esas alarak ve adli yapıda düalist bir yapı arz eden bu iki mahkemeyi ayrı ayrı ele alarak inceledik. Bu arada yargı fonksiyonu ile görevli diğer organlara da değindik.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLET, ANAYASA VE YARGI FONKSİYONU

I. DEVLET VE ANAYASA

Devletin kuvvet ve yetkilerini ortaya koyan, devlet tüzel kişiliğinin iradesini açıklayan çeşitli organlar vardır. Bu organlar, bir teşkilat bütünlüğü içerisinde devlet iktidarını kullanarak; “yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları”nı yerine getirir¹. Bu fonksiyonlar da devletin aynı (kuvvetlerin birliği) ya da ayrı (kuvvetlerin ayrılığı) organlarında belirir. İşte İdari teşkilatlanma içerisinde devletin yargı fonksiyonu, bağımsız mahkemelerden oluşmuş yargı organları tarafından ifa edilir. Bu bakımdan da ‘anayasa hukuku’nun konusunu teşkil eder. Yargı fonksiyonu konusuna geçmeden önce kısaca ‘devlet’i izah edeceğiz. Bununla birlikte “İktidarın sınırlandırılması, kuvvetler ayrılığı ve anayasacılık hareketleri” bağlamında, ‘anayasa’ kavramına da temas edeceğiz. Böylece ‘devlet’ten başlayıp ‘anayasa’ya geleceğiz.

1. Devlet

1.1. Devlet Kavramı ve Tanımı

Arapçada ‘devlet’ ya da ‘dület’, bir halden başka bir hale dönmek, dolaşmak, nöbetleşe birbiri ardınca gelmek, üstün gelmek, zafer kazanmak anlamlarına gelmektedir ve çoğulu ‘düvel’dir². İbn Haldun’un Mukaddimesi başta olmak üzere klasik kaynaklarda, devlet kelimesi de kullanılmış olmakla birlikte, gerçek anlamda devleti ifade etmek üzere ‘mülk’ kelimesi kullanılmıştır³. ‘Mülk’ kelimesinin yerini zamanla ‘devlet’ kelimesi almıştır⁴.

¹ Ali Fuat Başgil, Esas teşkilat hukuku: Türkiye siyasi rejimi ve anayasa prensipleri, Cilt (C.) 1, Fasikül (Fs.) 2, Baha Matbaası, İstanbul 1960, sayfa (s.) 273; Hüseyin Hatemi, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yayınları (Yay.), İstanbul 1989, s. 302.

² Ahmet Davutoğlu, “Devlet”, DİA, C. 9, ss. 234-240, TDV, İstanbul 1994, s. 234.

³ İbn Haldun, Mukaddime I, Haz: Süleyman Uludağ, Dergah Yay., 1. Bsk., İstanbul 1982, s. 479 vd.; Ümit Hassan, İbn Haldun’un Metodu ve Siyaset Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 223 vd.

⁴ Devlet kelimesinin önceki anlamları ile geçirdiği anlam değişiklikleri hakkında kısa bilgi için bkz. Başgil, Fs. 1, s. 125 vd.

Devletin tanımını yapabilmek için devletin unsurlarını ele almak gerekir. Devletin unsurları kabaca belli bir insan topluluğu, belli bir ülke, hakimiyet, kişilik ve merkezleşmiş bir teşkilattır⁵. Devletin meydana gelebilmesi için, “bütün unsurların bir arada varlığı” gerekir⁶. Dolayısıyla bu unsurlardan birinin dahi bulunmaması halinde, devlet denilen siyasal organizasyon meydana gelmez. Bu unsurlardan hareketle devleti tanımlayacak olursak “devlet, belirli bir ülkeye yerleşmiş olan belirli bir insan topluluğunun, müşterek hukuki ve siyasi düzenini bir merkezde toplayan ve temsil eden şahsiyete ve hakimiyete malik bir teşkilat halinde görünüşüdür”⁷. Devlet, hakimiyete (egemenliğe) malik bir teşkilat olması sayesinde, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını ifa etmektedir.

1.2. Devletin Egemenlik ve İktidar Unsuru

Bahsi geçen unsurlardan ‘egemenlik ve iktidar unsuru’ çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Zira kurallar manzumesi anlamındaki anayasalar, daha çok bu unsurlar üzerinden yapılan tartışmaların bir sonucu olmuştur. Ayrıca yasama ve yürütme ile birlikte yargı fonksiyonu, egemenliğin kullanımı (iktidar) ile sağlanmaktadır.

Egemenlik; statik, potansiyel ve soyut olan asli ve üstün bir yetki ve güç demektir. Buna karşılık iktidar; egemenliğin kullanılması ve uygulanması demektir. İktidarın kullanımı ise siyasal, sosyal ve hukuki gücü elinde bulunduran devlet tarafından, yasama, yürütme ve yargı yetkileri kullanılarak⁸ gerçekleşir. Böylece soyut, statik ve potansiyel bir halde olan ‘egemenlik’, somut, dinamik ve kinetik bir hal alarak ‘iktidar’a dönüşür⁹. Tabir yerinde ise egemenlik zararsız ve uysal haldeki uyuyan dev gibi iken, iktidar bu devin uyanmış hali gibidir ve bu devin zararlılığı, gücünü ve yetkilerini kullanma ve uygulama biçimi ile ilgilidir.

Biçimi veya rejimi ne olursa olsun, devlet isimli objenin yapısında totaliter ve

⁵ Kubalı, Devlet Ana Hukuku Dersleri, C. I, Fs. 1, Adnan Kitapevi, İstanbul 1946, s. 181 vd.; Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, Sıralar Matbaası, İstanbul 1959, s. 179 vd.

⁶ İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yay., 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 55.

⁷ Kubalı, Esas Teşkilat, s. 30; Anahukuku, s. 180.

⁸ Kaboğlu, s. 70; Kaboğlu’na göre, devletin ‘yetki yetkisini’ elinde bulundurma ve aynı zamanda yetkileri (yasama, yürütme, yargı) paylaşırma iktidarına sahip olma özelliği vardır ki bu özellik egemenliği somutlaştırır.

⁹ Egemenlik ve iktidar kavramlarının geniş izahı için bkz. Tarık Zafer Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Ekin Yay, 5. Bsk, İstanbul 1982, s. 152 vd.

otoriter eğilim hep mevcuttur. Bu mevcudiyetin devleti, zorbalık ve keyfiliğe dolayısıyla haksızlık ve adaletsizliğe sevk etmemesi için de bütün birimleri ile devletin hukuka bağlı kılınması gerekir. Bunun için de hukukun kamusal yaşama egemen olması gerekmektedir. Devlet, hukukun üstünlüğü ile sınırlanmalı, hukukun üstünlüğü siyasi düzenin temeli kabul edilmelidir. Bu sınırlamanın amacı, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır. Çünkü iktidar tekelleşmesinin olduğu yerde zorbalığın ortaya çıkması pek olasıdır¹⁰.

Devlet iktidarını sınırlandırma çabaları ile amaçlanan, özgür olarak, eşit biçimde ve güven içinde yaşamak, siyasi iktidarın otoriter ve totaliter eğilimlerle yönlendirilmesine engel olmak ve kamusal yaşamı keyfiliğe kapalı tutmaktır. Bu nedenle iktidarı sınırlandırma amacı ile çeşitli yöntemler ve düşünceler ifade edilmiş, kuvvetler ayrılığı gibi kuramlar ortaya atılmış ve anayasacılık hareketleri gibi hareketler gerçekleşmiştir. Bütün bunların birikimi iledir ki kurallar manzumesi anlamında anayasalar tarih sahnesine çıkmıştır. Bu rücein Ne var ki iktidarı sınırlandırma ve temel hak ve özgürlükleri güvenceye alma süreci anayasaların ortaya çıkması ile son bulmamış, son asırdaki uluslar arası nitelikteki belgeler ile bu süreç devam etmiştir.

2. Anayasaları Ortaya Çıkaran Süreç

2.1. İktidarın Sınırlandırılması Hakkındaki Düşünceler

Mutlak bir güç olarak düşünülen devlet iktidarının sınırsız bir iktidar olmadığı, bu iktidarın üstünde, onu kayıtlayan belirli bazı kuralların olduğu ileri sürülmüş ve devlet iktidarının her şeyi yapma yeteneğinde bir güç olmadığı yönünde önemli düşünceler ifade edilmiştir.

Sokrates devlet iktidarının sınırlandırılması bakımından, üstün ve ruhani hak ve adalet esaslarını dile getirmiştir. Platon, devlet iktidarını örf ve adetlerle sınırlandırırken, aynı zamanda erdem, ahlak ve hareket güzelliğini sağlamak için çıkarılan yasaların da iktidarı sınırlandırma aracı olduğunu söylemiştir¹¹. Aristo, iktidarın ruhani yasalarla sınırlandırılması yanında, yasaların üstünlüğünü sağlamakla,

¹⁰ Leslie Lipson, Siyasetin Temel Sorunları, Çev: Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2005, s. 301.

¹¹ Yahya Kazım Zabunoğlu, Devlet Kudretinin Sınırlanması, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yay., Ankara 1963, s. 36.

yöneticilerin görevlerini iyi niyetle yerine getiren erdemli birer yurttaş gibi davranmaları halinde yönetimlerin yozlaşmasının engelleneceği kanısındadır¹².

Polybios, iktidarın sınırlandırılması yöntemi için yönetim şekline bahsetmiş ve monarşi, aristokrasi ve cumhuriyetin özelliklerinden oluşan karma bir yönetimi önermiştir. Böylece her bir iktidar diğerini durduracaktır¹³. Cicero da, Polybios ile aynı görüştedir¹⁴.

İktidarın kaynağını ruhani olarak gören ve bu nedenle iktidarın kullanılmasının ruhani esaslara uygun olması gerektiğini ifade eden Aguinolu Thomas, iktidarın doğal hukukla sınırlandırılacağını, iktidarın yalnız insanların gereksinimlerini gidermeye yaradığı zaman meşru sayılabileceğini, iktidarın onu elinde bulunduranın kötü kullanımını önleyecek biçimde bir düzene kavuşturulması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁵.

Mutlak iktidarın savunucusu oldukları halde Bodin ve Hobbes da, iktidarın sınırlandırılması hakkında görüş ifade etmişlerdir. Bodin, iktidarın sınırlandırılması konusunda doğal ve ruhani hukuku, hükümdarı sınırlandıran bir unsur olarak görmüştür¹⁶. Hobbes da siyasi iktidarın sınırını kişinin vazgeçilmez haklarına dokunmamak, hatta onları korumak olarak belirlemiştir¹⁷. Son olarak Rousseau da sosyal sözleşme kuramını, iktidarın sınırlarının belirlenmesinde kullanarak, toplumu ortak faydaya uygun bir oluşum olarak görmüş, toplumun ortak çıkarına göre yönetilmesi gereğinden söz ederek ortak faydayı iktidarın sınırı olarak belirlemiştir¹⁸.

Bu düşünceler, anayasacılığı hazırlayan veya anayasacılığın gelişmesine katkıda bulunmuş olan düşüncelerdir. Ne var ki anayasacılığın gelişmesine katkıda bulunmuş düşünceler bunlarla sınırlı değildir. İleride kuvvetler ayrılığı bahsinde değineceğimiz Montesquieu ve Locke gibi düşünürlerin de, özellikle kuvvetler ayrılığı kuramından hareketle, düşünceleri olmuştur.

¹² İlhan Akın, Kamu Hukuku, Beta Yay., 5. Baskı, İstanbul 1987, s. 23.

¹³ Recai Galip Okandan, Roma Amme Hukuku, İstanbul Üniv. Yay., İstanbul 1944, s. 332-333.

¹⁴ Okandan, s. 339 vd.

¹⁵ Zabunoğlu, s. 38; Akın, s. 57.

¹⁶ Zabunoğlu, s. 46.

¹⁷ Zabunoğlu, s. 50.

¹⁸ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Kitap II, Bölüm IV, Çev: Vedat Günyol, Çan Yay., 2. Bsk, İstanbul 1965, s. 41.

2.2. İktidarı Sınırlandırma Amaçlı Bir Kuram: Kuvvetler Ayrılığı

2.2.1. Genel Olarak

Kuvvetler ayrılığı, mutlak iktidarlara karşı kişi özgürlüklerini güvence altına alma amacına yönelik olarak ortaya çıkan bir kuramdır¹⁹. Güçler ayrılığı olarak da ifade edilen kuvvetler ayrılığı kuramı aynı zamanda fonksiyonlar ayrılığı anlamına da gelir. İktidarın kötüye kullanımını önlemek amacı ile tasavvur edilen kuvvetler ayrılığı, devletin her bir fonksiyonunun (yasama, yürütme ve yargı) ayrı ve birbirinden bağımsız organlar tarafından yerine getirilmesini öngörür²⁰.

Bu kuram ile amaçlanan özgürlüktür. Gücü elinde bulunduran yöneticinin bu gücünü kötüye kullanma ihtimali her zaman için vardır. Bu amaçla, despot yönetimlere karşı özgürlüklerin teminatı olarak düşünülmüş, tartışılmış ve geliştirilmiş olan kuvvetler ayrılığı kuramı ile temel hak ve özgürlüklerin korumaya alınması amaçlanır. Bu koruma da iktidarın bazı esaslarla kayıtlanması, dolayısıyla sınırlanması ile olur.

2.2.2. Kuramın Düşünsel Temelleri ile Tarihi Süreci

Tanrı, kral ya da ulus... Egemenliğin kaynağı kim olursa olsun, bütün zamanlarda insanlar için özgürlük ve sınırlı iktidar vazgeçilmez olmuştur. İktidarın sınırlandırılması gereği, bu gereğin usulü, bu usulün hangi aygıtlarla gerçekleştirilebileceği hakkında görüşler ifade edilmiştir. Bu görüşlerden en önemlisi, hakkında en çok konuşulanı ise, egemen olandan kaynaklanan kamu yetkilerinin dengeli, uyumlu ve kontrollü çalışması için ayrı ayrı temsili ellerde toplanması biçimindeki görüştür. Bu görüşün kavramsal izahı kuvvetler ayrılığıdır. Böylece kuvvetler ayrılığı kuramı, iktidarın sınırlandırılması aygıtlarından biri haline gelmiştir. Kuramın düşünsel temeli denince akla ilk olarak Aristoteles, J. Locke ve Montesquieu gelmektedir.

Aristoteles, devletin üç fonksiyonu üzerinde durmuş ve bu üç fonksiyonun ayrı

¹⁹ Bihterin Dinçkol, "Karma Yönetimden Kuvvetler Ayrılığına İktidarın Paylaşımı", Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, ss. 921-934, Beta Yay., İstanbul 2006, s. 921.

²⁰ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi Yay., 5. Bsk., Ankara 2003, s. 16.

organlara verilmesi gereğini savunmuştur²¹. Aristoteles, devlet fonksiyonlarının çeşitleri üzerinde durmuş, ancak bu fonksiyonlar arasında denge ve fren ilişkisi (check and balans) olup olmadığı üzerinde durmamıştır²². Buna rağmen, devlet içindeki çeşitli fonksiyonları birbirinden ayırması, kuvvetler ayrılığı kuramının temellerini attığını göstermektedir.

İngiliz düşünürü Locke, modern anayasacılık tarihinde kuvvetler ayrılığı kuramını, bir özgürlük güvencesi olarak ve günümüz anlamına uygun gelecek biçimde ilk gündeme getiren kişidir²³. Locke, yasama ile yürütmenin birbirinden ayrı olması gerektiği üzerinde durmuş, özgürlüğün güvencesi için yasama ve yürütme iktidarlarının farklı organlarda olması gereğine vurgu yapmıştır. Çünkü yasama kuvvetini elinde bulunduran, kanunları kendine uygulamama veya onları kendi özel çıkarını kayıracak şekilde kullanma eğilimine girebilir. Bu nedenle, yasamanın yaptığı kanunları uygulama görevi ayrı bir kuvvete, yürütmeye ait olmalıdır. Böylece sınırlı iktidar kurulabilecektir.

Locke'a göre yargı bir kuvvet olarak kabul edilmez. Çünkü yargıçlar yasama organının yapacağı yasalara göre anlaşmazlıkları gidereceklerinden kendilerinin yasaya bağlı olmaları gerekir²⁴. Yargıyı yasalarla bağlarken yargılama işlemlerini yürütmenin işlemlerinden biri olarak kabul eder. Çünkü yargı işlemleri de yürütme işlemleri gibi süreklidir ve yasaların yerine getirilmesini içerir²⁵. Locke, yargısal korumadan ziyade, direnme ve devrim hakkı üzerinde durmuştur²⁶.

Locke'dan sonra kuvvetler ayrılığı teorisini ele alan önemli diğer düşünür Montesquieu'dur. Konuyu bütün önemi ve açıklığı ile en esaslı biçimde ortaya koyması ve siyasal özgürlüğün tek güvencesinin devletin kuvvetler ayrılığı düşüncesine uygun şekilde örgütlenmesi ile sağlanabileceği fikri, Montesquieu'nun temel ve ayırıcı

²¹ Erdoğan, s. 16

²² Dinçkol, s. 922.

²³ Erdoğan, s. 200.

²⁴ İlhan Akipek, "Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Amil Olan Fikirler", AÜHFD, C. IX, Sy. 1-2, Ankara 1952, s. 181.

²⁵ Cemil Oktay, Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği, Anayasa Yargısı Sempozyumu, ss. 215-257, Ankara 1984, s. 217; Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Dicle Üniv. Hukuk Fak. Yay., Diyarbakır 1989, s. 4.

²⁶ Ayferi Göze, "XVII. Ve XVIII. Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme", İÜHFM, C. XXXV, İstanbul 1970, s. 121 vd.

özelliğidir²⁷. Montesquieu'ya göre, bir devlette üç çeşit yetki vardır: Yasama yetkisi, yürütme yetkisi ve yargı yetkisi. Montesquieu'ya göre, yönetilenlerin özgürlüklerini güvence altına almak amacı ile yasama, yürütme ve yargı yetkisi tek bir elde toplanmamalı, bu yetkiler birbirinden ayrı organlara ait olmalıdır. Çünkü yönetilenlerin özgürlüklerinin güvence altına alınması, kuvvetlerin birbirini frenlemesi ve hatta sınırlandırması biçimindeki bir iktidarlar dengesinden başka bir yol ile sağlanamaz²⁸. Görüldüğü üzere Montesquieu'nun siyasi kuramı, bir kuvvetin diğer bir kuvveti frenlemesi esasına dayanır.

Montesquieu yargıyı ayrı bir kuvvet olarak belirtmek ve önemini takdir etmekle beraber, diğer güçlerle birleşmesi halinde özgürlük için onun da tehlikeli olabileceğine dikkat çekmiştir²⁹. Bu nedenle yargılama iktidarının hem yasamadan hem de yürütmeden ayrılmasını gerekli görmüştür. Aksi halde, yargı gücü yasama ile birleşirse hâkim aynı zamanda kanun koyucu olacağı için, hukukta -kişilerin hak ve yükümlülüklerinde- bir belirsizlik ortaya çıkar ve yurttaşların hayat ve hürriyetleri keyfi bir denetime bırakılmış olurdu. Bundan dolayı, hâkimlerin kanunların lafzını konuşturmadan daha fazlasını yapamamaları gerekir. Keza, yargı gücünün yürütmeye birleşmesi durumu da tehlikelidir. Çünkü böyle bir durumda yargıçlar şiddet ve baskıya başvurabilirler³⁰.

Görüldüğü gibi, kuvvetler ayrılığı kuramının düşünsel temelleri, devlet iktidarının keyfi kullanımını sınırlamak ve özgürlükleri güvence altına almak amacını ortaya koymaktadır. Bu sayede 'sınırlı iktidar' gerçekleştirilebilecektir. Ancak bunun bir kuram olduğu ve dolayısıyla ortaya tarihi tecrübeden yoksun bir farazi olduğu unutulmamalıdır. Bunun gibi doğal hukuk ve doğal haklar öğretisi, insan hakları öğretisi ve sosyal sözleşme teorisi de birer farazidir. Fakat anayasacılığın gelişmesine katkı yapmış³¹ ve 'sınırlı iktidarı' amaçlamış temel düşünceler olmaları hasebiyle önem arz etmektedirler.

²⁷ A. Fuat Başgil, Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, Hak Kitapevi, İstanbul 1946, s. 80; Akipek, a. g. m., s. 181-182.

²⁸ Akın, s. 150.

²⁹ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine I, Çev: Fehmi Baldaş, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1963, s. 297 vd.

³⁰ Montesquieu, s. 297 vd.

³¹ Geniş bilgi için bkz. Erdoğan, s. 12 vd.

2.3. İktidarı Sınırlandırma Amaçlı Bir Hareket: Anayasacılık Hareketi

Modern anayasacılık hareketi monarşik mutlakiyetçiliğe karşı siyasi özgürlüğü gerçekleştirme amacıyla yeniçağın başlarında ortaya çıkmıştır³². Biçimi ne olursa olsun, “modern devletlerin birliklerini sağlamasıyla birlikte yoğunlaşan iktidara bir tepki olarak”³³ gelişen anayasacılığın özünde, devlet iktidarının sınırlandırılması ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin devlet karşısında güvence altına alınması isteği vardır. Böylece devletin temel organlarının görev ve yetkileri anayasa tarafından düzenlenmiş ve vatandaşların temel hak ve özgürlükleri anayasada sayılmış olur ki bu, devletin sınırlandırıldığı ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunduğu anlamına gelir.

Modern anayasacılığın temel argümanlarını, John Locke ve Montesquieu ortaya koymuştur. Locke, yönetimin doğal haklara riayet etme görev ve yükümlülüğü üzerinde yoğunlaşırken Montesquieu, kuvvetler ayrılığının önemine dikkat çekmiştir³⁴. Bunlardan özellikle kuvvetler ayrılığı anayasacılığın en önemli unsurlarından biridir ve anayasacılık başlangıçta bir kuvvetler ayrılığı teorisi olarak ortaya çıkmıştır³⁵.

3. Anayasa

3.1. Genel Olarak

Anayasa teriminin başlıca üç anlama geldiği iddia edilmiştir. Buna göre “anayasa terimi ilk anlamda bir ülkedeki üstün hukuk gücünü haiz olan bir metni ifade eder. İkinci anlamda bir ülkede belli bir andaki fiili devlet sistemini, yani yaşayan anayasayı belirtir. Üçüncü anlamda anayasacılık ve anayasal devlet felsefesini, kısaca devletin sınırlanması düşüncesini ifade eder”³⁶.

Anayasa terimi ilk bakışta ‘yasaların anası’ çağrışımını yapmakta ve ülkedeki hukuk sisteminin kaynağı olduğu düşüncesini akla getirmektedir. Oysa anayasa, kanunların kendisinden türetildiği bir kaynak olmayıp, esas itibarıyla “siyasi alana

³² Erdoğan, s. 8.

³³ Erdoğan, s. 8.

³⁴ Erdoğan, s. 10.

³⁵ Erdoğan, s. 16.

³⁶ Erdoğan, s. 3.

ilişkindir”³⁷. Anayasaların, kanun yapmanın kurallarını belirlemesi ve kanunların anayasal normlara aykırı olmaması, kanunların anayasadan türediği anlamına gelmez. Ayrıca ‘anayasalar’ dan evvel ‘yasalar’ hukuk düzenlerinde varlık kazanmıştır. Anayasal normların ayırt edici özelliği, devlet iktidarını sınırlaması ve birey özgürlüklerini güvence altına almaya hizmet edebilecek nitelikte olmasıdır³⁸. Anayasaların asli hedefi, temel özgürlükleri korumak üzere devleti sınırlayan ilkeler koymak, devleti ilke ve kurallarla bağlamaktır.

Yine üstün hukuki gücü haiz kurallar manzumesi anlamında kullanabileceğimiz ‘anayasa’ ile ‘anayasa hukuku’nu birbirinden ayırt etmek gerekir. “Anayasa hukuku, anayasanın olduğu yerde olur” kanısı yanlıştır. Doğrusu, “devletin olduğu yerde anayasa hukuku vardır” biçiminde olmalıdır. Çünkü herhangi bir hukuk düzeninde, kurallar manzumesi anlamında bir anayasanın mevcut olması, anayasanın bu kurallardan ibaret olduğu anlamına gelmez. İkinci olarak, kurallar manzumesi anlamında anayasa yoksa bile bu, söz konusu hukuk düzeninde anayasa hukuku olmadığı anlamına gelmez. İktidarı elinde bulunduran devlet ile özgürlüklerin sahibi bireyin varlığı, bir hukuk düzeninde anayasa hukukunu kendiliğinden zorunlu kılar. Anayasa hukukunun başlıca iki konusu vardır: Bunlardan birincisi devletin temel organlarıyla; ikincisi ise vatandaşların temel hak ve özgürlükleri ile ilgilidir. İlk olarak anayasa hukuku; yasama, yürütme ve yargıdan oluşan devletin temel organlarının, kuruluşunu, işleyişini ve bu organlar arasındaki karşılıklı ilişkileri inceler ve bunu düzenleme konusu yaparak, kurallara bağlar³⁹. İkinci olarak anayasa hukuku; vatandaşların devlet karşısındaki temel hak ve özgürlüklerini inceler ve bunu da yine düzenleme konusu yaparak, kurallara bağlar⁴⁰. Bu bağlamda örneğin İslam hukuk düzenlerinde ve bir İslam hukuk düzeni olan Osmanlı’da, kurallar manzumesi anlamında ‘anayasa’ yoktur. Ancak ‘anayasa hukuku’ (hukuk-i esasiye) vardır. Zira Osmanlı’da da devletin temel organlarının (yasama, yürütme ve yargı) kuruluşunu, işleyişini ve bu organlar arasındaki karşılıklı ilişkileri düzenleyen kurallar getirilmiştir. Keza vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen, bunları tespit eden kurallar

³⁷ Erdoğan, s. 3.

³⁸ Erdoğan, s. 4.

³⁹ “Kurumsal Anayasa Hukuku”. Bkz. Kaboğlu, s. 38.

⁴⁰ “Özgürlükler Anayasa Hukuku”. Bkz. Kaboğlu, s. 38-39.

da olmuştur. Üstelik bunlar, yasama organının müdahalesi dışında, kitap ve sünnet ile muhafaza edilmiştir.

3.2. Anayasa Kavramı ve Tanımı

Türkçedeki ‘anayasa’ kelimesi, Batı dillerindeki *constitution* kelimesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır⁴¹. *Constitution* kelimesinin Türkçe anlamı; temel yapı, terkip, teşkil etme, oluşturma ile nizamname, tüzük ve anayasadır⁴². Türkçede *constitution* kelimesinin karşılığı olarak, “kanun-i esasi, teşkilat-ı esasiye kanunu ve anayasa” kelimeleri kullanılmıştır⁴³.

Anayasa kavramı ‘maddi anlamda anayasa’ ve ‘şekli anlamda anayasa’ olmak üzere başlıca iki değişik anlamda tanımlanmaktadır.

Maddi anlamda anayasa, devletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanır. Buna göre bir kuralın içeriği, devletin temel organlarının kuruluşu ve işleyişi ile ilgili ise, o kural anayasal niteliktedir.

Şekli anlamda anayasa ise normlar hiyerarşisinde en üst sırada yer alan, kanunlardan farklı ve daha zor bir usulle konulup değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, bir kuralın anayasa kuralı olup olmadığına, kuralın içeriğine bakılarak karar verilmez. Önemli olan kuralın bulunduğu yer ile yapılış veya değiştiriliş şeklidir. Bir kural, normlar hiyerarşisinin en üst sırasında yer alıyorsa ve kanunlardan daha zor değiştirilebiliyorsa, içeriği ne olursa olsun bir anayasa kuralıdır.

Anayasa kavramının 1700’lü yılların sonlarında ortaya çıktığı ve yeryüzünün ilk anayasasının 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Bundan sonra hazırlanmış olan anayasalar, şekli anlamda anayasa tanımına uyan kurallar manzumesidir. Bu dönem anayasalar, anayasacılık hareketinin

⁴¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yay., 15. Bsk., Bursa 2010, s. 7; *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi Yay., 2. Bsk, Bursa 1999, s. 31.

⁴² Nuri Özbalkan, *Büyük İngilizce – Türkçe Genel Sözlük*, C. 1, Alfa Yay., İstanbul 1999, s. 719.

⁴³ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 7; *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, s. 132.

⁴⁴ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 18.

özü olan iktidarı sınırlama amacına da uygun olarak düzenlenmiş manzumelerdir. Fakat bu durum, 1700'lü yıllardan önce, devletin idari teşkilatını ve temel hak ve hürriyetleri düzenleyen ve iktidarı sınırlandırmaya yönelik kurallar ihtiva eden metinlerin bulunmadığı anlamına gelmez. Bu yönüyle 1215 tarihli Magna Charta Şartı da, maddi anlamda ve yazılı anayasal nitelikte bir belge olarak kabul edilebilir. Bunun dışında, İslam tarihinde yerini bulmuş olan Medine Vesikasının da, bugüne kadar tespit edilen tarihteki maddi anlamda ve yazılı ilk anayasal nitelikte belge olduğu da va'kadır⁴⁵. Kanımızca devletin idari teşkilatı ile bazı temel hak ve hürriyetleri ihtiva eden son iki metni de anayasal metin olarak kabul etmekte bir sakınca yoktur. Çünkü bunlar anayasa hukukuna dair kuralları içeren belgelerdir ve anayasalar bir bakıma toplum sözleşmesi sayılır⁴⁶.

3.3. Anayasaların Türleri ve İşlevi

Anayasalar, 'yazılı-yazısız' ve 'katı-yumuşak' şeklinde klasikleşmiş bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Yazılı anayasa, anayasa hukukuna dair bir takım kuralların yetkili organ tarafından *belirli bir belge* içinde toplanmasıdır. Yazısız ya da teamüli anayasa ise, toplum içinde uzunca bir süre kesintisiz olarak tekrarlanan ve bağlayıcı olduğuna inanılan uygulamalardan oluşur. Yumuşak anayasa, normal kanunlarla aynı usullerle ve aynı organlarca değiştirilebilen anayasadır. Katı anayasa ise, normal kanunlardan daha farklı organlarca ve daha zor usullerle değiştirilebilen anayasadır.

Anayasaların işlevi, bahsini ettiğimiz anayasacılık hareketlerinin özü ya da temel amacı ile ilgilidir. Anayasaların kısaca üç temel işlevi vardır. Birincisi, anayasaların devletin kuruluşunu ve işleyişini düzenleme işlevidir. İkincisi İnsan hak ve özgürlüklerini tanıma ve güvencelere bağlama işlevidir. Bunlar aynı zamanda kısaca temas ettiğimiz anayasa hukukunun da konusudur. Anayasaların üçüncü işlevi, siyasal iktidarı ve kullanılmasını sınırlandırma işlevidir ki anayasacılık hareketinin özü işte

⁴⁵ Mehmet Akif Aydın, "Anayasa", DİA, C. III, ss. 153-164, TDV, İstanbul 1991, s. 153; Muhammed Hamidullah, İslam Peygamberi, Çev: Salih Tuğ, İrfan Yay. İstanbul 2003, s. 918, M. Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yay., 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 104.

⁴⁶ Tunaya, a.g.e., s. 111.

budur⁴⁷. Bu anlamda anayasa, devlet iktidarının kullanımını sınırlayan kurallar manzumesidir⁴⁸.

II. YARGI FONKSİYONU

1. Genel Olarak

Devletin, kuvvet ve yetkilerini ortaya koyduğu, iradesini açıkladığı ve iktidarını kullandığı ya da uyguladığı fonksiyonlardan birisi de yargı fonksiyonudur. Devlet, yargı fonksiyonu ile bir durum veya işlemin hukuka uygun olup olmadığını tespit eder ve yaptırımını belirler⁴⁹. Yargı fonksiyonu ile konusu ne olursa olsun, ihtilafli durumun ortadan kaldırılması amaçlanır⁵⁰. Bu fonksiyonun en temel özelliği, bu fonksiyonu yerine getirecek olan yargı organlarının, hiçbir tesir ve baskı altında bırakılmadan, bağımsız olarak ve sadece hukuka riayet ederek, özgürce muhakeme yapabilmesi ve bu muhakeme sonucunda da bir karar verebilmesidir.

Devletin olduğu her yer ve dönemde yargı fonksiyonu bir va'kadır. Yargı fonksiyonu ne devletin ne de anayasa hareketleri ya da anayasaların bir sonucudur. Her topluluğun bulunduğu yerde bir hukuk vardır. Bu hukukun uygulanması da, sosyal düzeni sağlamaya yönelik bir takım kurallar vasıtası ile olmuştur. Sosyal hayatı düzenlemek için konulan bu kurallar ve bu kurallara bağlı işler, her zaman usulüne uygun yapılmaz veya bu kuralları uygulama, bazen farklı anlaşılır ve sonuçta anlaşmazlıklar çıkar. Bu durumda, toplum içinde çıkan anlaşmazlıkları çözecek mekanizmaların da kurulması gerekir⁵¹. İşte yargı dediğimiz mekanizma sayesinde, yürürlükteki hukuk kuralları anlaşmazlık bulunan olaya uygulanır ve kişilerin hakları tespit edilir. Sonuç olarak her toplumda anlaşmazlık görüleceğinden, yargı her zaman ve her zeminde önemli bir işlev görmektedir.

Yargının, uyuşmazlığı çözme görevinin, üç türlü olabileceğini söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi, kişilerle ve kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan

⁴⁷ Erdoğan, s. 10.

⁴⁸ Erdoğan, s. 9.

⁴⁹ Kubalı, Esas Teşkilat Hukuku, s. 284.

⁵⁰ Kubalı, s. 284.

⁵¹ Akipek, a.g.m., s. 176; Süleyman Akdemir, Devletin Unsurları ve Kuvvetler Dengesi: Sosyal Denge Modeli, C. I-II, İz Yay., İstanbul 1991, s. 207.

uyuşmazlıklardır; ikincisi, ceza hukukunun konusuna giren, kişilerle toplum arasındaki uyuşmazlıklardır; üçüncüsü de, kişilerle devlet organları ya da devlet organlarının kendi aralarında doğan uyuşmazlıklar ve anlaşmazlıklardır⁵².

Kişiler ile devlet organları arasındaki uyuşmazlığı veya anlaşmazlığı çözmeye görevinden yola çıkarak bu özelliğin yargıyı, yasama ve yürütme fonksiyonlarından ayıran en temel özellik olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca sadece kişiler ile devlet organları arasındaki ihtilaflarda değil, devlet organlarının tek taraflı muameleleri açısından da yargının önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu da devlet organlarının teşrii (yasama) ve icrai (idari veya yürütme) nitelikteki tasarruflarına karşı yargı organlarının, kontrol ve fren işlevidir⁵³. Bu işlev ile devlet iktidarını kullananların, mevcut olan hukuk kuralları çerçevesinde faaliyette bulunmaları sağlanmış olur⁵⁴ ve bu yargı denetimi ile devlet iktidarının faaliyet sahasını sınırlayan hukuk kaideleri korunur⁵⁵. Bu nedenle Yargı denetimi, hukuk devletini gerçekleştirme vasıtalarından biri olarak sayılır⁵⁶. Bu da esas olarak adli yargı, idari yargı ve anayasa yargısı alanındaki yüksek mahkemeler vasıtası ile sağlanır. Bu bağlamda yargının, yasama ve yürütme fonksiyonları gibi, “devlet iktidarını kullanmak” şeklinde bir özelliğinin yanında, “devlet iktidarını sınırlamak” şeklinde bir özelliğinin olduğunu da söyleyebiliriz.

2. Yargı Kavramı ve Tanımı

Yargı, devletin bir organı ve aynı zamanda mahkemenin icraatlarından biridir⁵⁷. Organ olarak yargı, yasama ve yürütme gibi, devletin en önemli fonksiyonlarından⁵⁸.

Yargıya ilişkin bazı tanımlar şöyledir: “Yargı, hukuk düzeninin bozulmaması ve korunması için yürütülen kamu faaliyetidir”⁵⁹. “Yargı, iddia üzerine ve hâkim karşısında hukuksal düzene etki eden bir eylem, durum ve benzeri bir iddianın olup

⁵² Tuncer Karamustafaoğlu, “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, AÜHFD, C: XXV, Sy: 3-4, Ankara 1968, s. 29.

⁵³ R. G. Okandan, Kazai Kontrol Karşısında İdare Edenlerin Serbestisi, Halk Basımevi, İstanbul 1938, s. 5.

⁵⁴ Okandan, s. 5.

⁵⁵ Muhamed Faruk En-Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Çev: Servet Armağan, Sönmez Neşriyat Yay., İstanbul 1980, s. 26.

⁵⁶ En Nebhan, s. 25-26.

⁵⁷ Hüseyin Çeliker, İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, Hacıyan Yay., İstanbul 2005, s. 51.

⁵⁸ Ferman Demirkol, Yargı Bağımsızlığı, Kazancı Kitap Yay., İstanbul 1991, s. 3.

⁵⁹ Metin Günay, İdare Hukuku, İmaj Yay., Ankara 1996, s. 11; Halil Uysal, İnsan ve Toplum Bilimleri Sözlüğü, Uysal Kitapevi Yay., Konya 1996, s. 224.

olmadığının belirlenmesi ve gerekli hukuksal yaptırımların uygulanması ve ihlal edilen hakkın yerine getirilmesinin sağlandığı devletin mahkemelerine ait faaliyetidir”⁶⁰. “Yargı, özel bir yargılama yolu izleyerek doğmuş veya doğacak bir hakla ilgili özel kararların ortaya konması görevidir”⁶¹. “Yargı, devletin özel ve özerk organlarının bir dava ile harekete geçerek bir hukukî ihtilafı devletin hâkimiyetine dayanarak, kanunlara uygun bir şekilde uyulması zorunlu ve kesin olarak bir hükümle halledip, müşahhas hadisede tatbik edilecek hukukî normu belirtmesi faaliyetidir”⁶².

İslam Hukukunda yargı, “kaza ve hüküm” kelimeleri ile ifade edilir⁶³. Bu iki kelimenin sözlük anlamları farklı olsa da, terim olarak⁶⁴ ve hukuk kavramı olarak⁶⁵ aynı manayı ve mevzuyu ifade ederler.

‘Hüküm’ kelimesi, Arapçada men etmek anlamına gelir⁶⁶. Zalimi, zulümden men ettiği için bunu yapana ‘hâkim’ denilmiştir⁶⁷. Hüküm kelimesi sözlükte, “ihtilafları halletmek”, kaza alanında “hâkimin husumeti kat’ ve hasm etmesi” demektir⁶⁸.

Kaza kelimesi ise, yargılama hukuku ve yargı kararı anlamında bir fıkıh terimidir⁶⁹. Türkçede kaza şeklinde telaffuz edilen kada’ kelimesi, Arapçada mastar olarak “sona erdirmek” anlamı etrafında toplanabilecek şekilde; “hüküm vermek, ihtiyacı gidermek, borcu veya ibadeti ifa etmek, bildirmek, tamamlamak, ilişkisi kesmek, öldürmek”, isim olarak da; “hüküm, yargı kararı, yargı görevi, yargı gücü, kader, eda, ölüm” gibi yargı kelimesinden daha geniş bir anlam yelpazesine sahiptir⁷⁰.

Kaza kelimesi, hukuk alanında ve yargı kelimesine karşılık olarak sözlükte; “ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözüme bağlama faaliyeti” olarak ifade edilir⁷¹. Mecellede

⁶⁰ Uysal, s. 224.

⁶¹ Demirkol, s. 3.

⁶² Nurullah Kunter, "Türkiye'de Kaza Kuvveti", İÜHFİM, C. XXV, Sy. 1-4, İstanbul 1960, s. 43.

⁶³ Fahrettin Atar, İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1979, s. 12; Hasan Tahsin Fendoğlu, İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı, Beyan Yay., İstanbul 1996, s. 23.

⁶⁴ Fendoğlu, s. 23.

⁶⁵ Atar, s. 12.

⁶⁶ Fendoğlu, s. 25.

⁶⁷ Fendoğlu, s. 25; Atar, s. 12.

⁶⁸ Mehmet Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rağbet Yay., İstanbul 1998, s. 159.

⁶⁹ Fahrettin Atar, “Kaza”, DİA, C. XXV, ss. 113-117, TDV, Ankara 2002, s. 113.

⁷⁰ Atar, a.g.m., s. 114.

⁷¹ Erdoğan, s. 236 ve s. 485.

kaza, hüküm ve hâkimlik manalarına gelmektedir⁷².

Kaza kelimesi ile ilgili olarak İslam Hukukçularının birleştikleri tarif şudur: “Kaza, şer’i delillere uygun olarak hasımlar arasındaki husumeti gidermek ve hukuki ihtilafları çözümlenektir”⁷³.

3. Yargı Fonksiyonu

3.1. Yargı Fonksiyonunun Tanımı

Yargı fonksiyonu, bağımsız mahkemelerin hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını kesin olarak çözüme ve karara bağlama fonksiyonudur⁷⁴.

Günümüz hukukunda yargı fonksiyonunu diğer fonksiyonlardan ayırt etmek ve bu fonksiyonu izah etmek üzere “maddi kıstas ve şekli kıstas” olmak üzere iki ölçüt önerilmiştir.

Maddî kıstasa göre yargı fonksiyonunu, bu fonksiyonu ifa eden organların, memurların ve makamların niteliğinden tamamıyla soyutlayarak tanımlamak gerekir⁷⁵. Bu kıstasa göre ortada “hukuka aykırılık iddiası”, “hukuka aykırılığı tespit” ve “müeyyide uygulama” aşamaları var ise burada yargı fonksiyonu var demektir⁷⁶. Buna göre, iddia ve tespitten sonra müeyyide uygulayan devlet fonksiyonu, yargı fonksiyonudur.

Bu kıstasa yöneltilen eleştiri ise şudur: Yürütme ve/veya idari fonksiyonda da iddia, tespit ve müeyyide aşamaları söz konusu olmaktadır. Yürütme (idare) organları da hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümlen ve karara bağlayan faaliyetlerde bulunabilirler⁷⁷. Örneğin idarenin yaptığı disiplin soruşturmaları ve cezalarını, maddi ölçütü kıstas alırsak, yargı fonksiyonuna dâhil etmemiz gerekir. Dolayısıyla bu kıstas yargı fonksiyonunu izah etmede yetersizdir.

⁷² Ali Haydar Efendi, Şerh-i Mecelle, C. IV, Çev: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem, Osmanlı Yay., İstanbul, s. 398; Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yay., İstanbul 1978, s. 405; Erdoğan, s. 236; MAA Md. 1784.

⁷³ Çeliker, s. 52.

⁷⁴ K. Gözler, “Yargı”, <http://www.anayasa.gen.tr/yargiorgani.htm>, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

⁷⁵ Duguıt’ten Aktaran: Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yay., 8. Baskı, Bursa 2010, s. 393-395; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yay., 4. Baskı, Bursa 2006, s. 15-16.

⁷⁶ Duguıt’ten Aktaran: Gözler, Anayasa Hukuku, s. 393-395; İdare Hukuku Dersleri, s. 16.

⁷⁷ Ali Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare”, İÜHFİM, C. XXXIV, Sy. 1-4, İstanbul 1969, s. 139; Günday, a.g.e., s. 10.

İkinci kıstasa göre ise bir işlem yargı organından sadır olmuşsa, yapılan işlem yargı işlemidir ve dolayısıyla yargı fonksiyonu da yargı organlarının yaptığı işlemlerden oluşur⁷⁸. Yargı organlarının da idari bir takım eylem ve işlemler gerçekleştirdiği ifade edilerek, bu kıstas da eleştirilmiştir⁷⁹. Dolayısıyla bu kıstas da yargı fonksiyonunu izah etmede tek başına yeterli değildir.

Anlaşılan yargı fonksiyonunu izah etmek üzere en sağlıklı yöntem, iki kıstasın da birleştirilmesi olacaktır: “Yargı organı” ile “iddia, tespit ve müeyyide aşamaları”. Yani ortada bir yargı organı varsa ve bu organ iddia, tespit ve müeyyide aşamalarını gerçekleştirmişse, burada yargı fonksiyonu var demektir.

3.2. Yargı Fonksiyonunun Özellikleri

Yargı fonksiyonunun amacı, hukuka bağlı kalarak ve hukuk kurallarını uygulayarak, “kamu yararını sağlamaktır”⁸⁰. Adaleti tesis etmek için, hukuka uymak gerekir. Maksat hukuka uymak olursa, kararlar adalet gözetilerek verilir.

‘**Kesin hüküm verme**’, Yargı fonksiyonunun temel/tipik özelliğidir. Bu fonksiyon ile uyuşmazlık kesin bir şekilde çözülür ve artık aksi hukuken iddia edilemeyen bir karar meydana gelir⁸¹.

Yargı fonksiyonunun en önemli özelliği ‘**bağımsızlık**’ özelliğidir⁸². Bu özellik ile yargı organlarının yargısal faaliyetleri esnasında, hiçbir etki altında kalmadan hüküm vermeleri sağlanır. Bağımsızlık hem mahkeme (organ, makam) hem de hâkim (süje) için geçerlidir⁸³. Yargının bu özelliği gereği, diğer iki kuvvetin de (yasama, yürütme) yargı kuvvetine müdahale etmemesi gerekir⁸⁴. Yargı fonksiyonunu yerine getiren organların, yani mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı sağlanmalıdır. Yargı bağımsızlığı hâkime verilmiş bir lütuf ya da hak değil, kişilerin özgürlüğünü korumaya yönelik bir tedbir, hâkime yüklenmiş bağımsız düşünme ve davranma

⁷⁸ Gözler, Anayasa Hukuku, s. 393-395; İdare Hukuku Dersleri, s. 18.

⁷⁹ Azrak, s. 140; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 393-395.

⁸⁰ Azrak, s. 152.

⁸¹ Günday, s. 11; Gözler, s. 393-395.

⁸² Azrak, s. 155; Gözler, s. 393-395.

⁸³ Fendoğlu, s. 31.

⁸⁴ Çeliker, s. 66.

sorumluluğudur⁸⁵. Yargının bağımsız olması, sınırsız ve ölçsüz olması demek değildir. Bu bağımsızlığın, “hukuka bağlı olmak, hukuka uymak” gibi bir sınırı olmalı ve yargı bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde, bağımsız ve tarafsız organlar eliyle, mahkeme ve hâkimler de denetlenebilmelidir⁸⁶.

Mahkeme ile hâkim ayrı kavramlardır⁸⁷. Hâkimlik, mahkemenin görevi dışında kalan yargılama faaliyetlerini yapan makamdır⁸⁸. Anayasamızın 9. ve 138. maddelerini incelediğinde, anayasal açıdan bağımsızlığın, hem mahkemeleri hem de hâkimleri kapsadığı görülecektir⁸⁹.

Bağımsızlıktan kastımız, makam ve süjesi ile yargının, emir ve yönlendirmelere kapalı olması gereğidir. Yargı organlarının, devlet iktidarı (otorite) ile aynışmaması gerekir. Eğer yargı organı, otoritenin müdahalesi ile yürür, otoritenin emir ve direktifleri ile işler ve otoritenin iktidarını kullanma vasıtası olursa, bağımsızlıktan söz edilemez. Kanımızca yargı fonksiyonu, diğer iki fonksiyondan farklı olarak, hem devletin bir fonksiyonu ve hem de devletin ve yönetenin karşısında bir fonksiyondur. Ancak bu durum yargının, devletin karşısında ve kendi iktidar alanında tam olarak egemen olması anlamına da gelmez⁹⁰. “Devletin ve yönetenin karşısında bir fonksiyon”dan kastımız, yasama ve yürütmenin, yargının denetimine tabi olması gereğidir.

Kuvvetleri birbirinden ayırmış olmak, kanunda ya da anayasada hâkimlerin bağımsız olduğunu vurgulamak, bağımsızlığın sağlandığı anlamına gelmez. Yargının, yasama, yürütme ve yargı organları ile çevreye karşı korunması gerekir⁹¹. Bunu sağlamak için de bir adım daha atmak ve yargıya bazı ‘**teminatlar**’ sağlamak gerekir ki

⁸⁵ Nevin Ünal Özkorkurt, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, AÜHFD, C. 57, Sy. 1, ss. 225-242, Ankara 2008, s. 227.

⁸⁶ Özkorkurt, s. 229.

⁸⁷ Fendoğlu, s. 31.

⁸⁸ Fendoğlu, s. 31.

⁸⁹ 1982 Anayasası (Any.) Madde (Md.) 9: “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” Md. 138: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler (fıkra (f) 1). Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (f. 2). Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz (f. 3). Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (f. 4). Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm> (erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

⁹⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., 8. Baskı, Ankara 2005, s. 170.

⁹¹ Fendoğlu, s. 34; Gözler, s. 393-395.

yargı fonksiyonunun bir diğere özelliğı de budur. Bu bağlamda ‘**hâkimlik teminatı**’, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamada en önemli müesseselerden biridir⁹². Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin sözde kalmaması için, hâkimlere bir takım güvenceler sağlamak gerekir.

Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını tam olarak gerçekleştirebilmek için, hâkimlerin her türlü maddî ve manevî baskıdan uzak olarak, huzur ve sükûn içinde görev yapabilmeleri için hâkimlerin kendilerine tanınan kişisel güvencelerdir⁹³. Anayasamızın 139. Maddesinde hâkimlik teminatı düzenlenmiştir⁹⁴. Hâkimlik teminatının en önemli unsuru, “hâkimlerin azlolunamaması” teminatıdır⁹⁵. Bunun dışında, “emekliye sevk edilmeme, aylık ve ödeneklerinden yoksun kılınamama ve idari görevlere atanmama”⁹⁶ teminatları da hâkimlik teminatının önemli unsurlarındandır.

Yargı organlarının bağımsızlığını sağlamak, bu organların adil olacağı garantisini vermez⁹⁷. Ancak kanuni ve anayasal düzenlemelerde yargı bağımsızlığı ilkesini vurgulamak, yargı bağımsızlığının önünü açacak düzenlemeler (hâkimlik teminatı gibi) gerçekleştirmek ve benzeri adımları atmak, adalet idesinin önündeki engellerin kalkmasına ve adil bir yargı düzenine vesile olacaktır.

4. İslam’da Yargı (Kaza) Fonksiyonu

Yargı İslam dininin bir gereğı olup, bu gereklilik, Kur’an, sünnet ve icma ile sabittir⁹⁸. Dolayısıyla İslam’da yargının meşruiyetinin delili olarak kitap, sünnet ve icma gösterilir⁹⁹.

⁹² Özbudun, s. 358-359; Gözler, s. 393-395.

⁹³ Özbudun, s. 358; Gözler, s. 393-395.

⁹⁴ 1982 Any. Md. 139: “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğere özlük haklarından yoksun kılınamaz (f. 1). Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğı kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır (f. 2). Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm> (erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

⁹⁵ Özbudun, s. 358.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 394 vd. ve s. 408 vd.

⁹⁷ Bu meseleyi ayrı bir tartışma konusu olarak görüyoruz. Yargının ve yargıçların bağımsızlığı ile ilgili yapılmış bir tartışma hakkında bkz. Bahri Savcı, “Türkiye’de Yargı Kuvveti”, Kanun-i Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, ss. 61-77, AÜSBF Yay., Ankara 1978, s. 64 vd.

⁹⁸ Ali Haydar Efendi, s. 397; Çeliker, s. 53.

⁹⁹ Hasan Ali Görgülü, “Hz. Peygamber ve Yargı Bağımsızlığı İlkesi”, SDÜ İlahiyat Fak. IV. Kutlu Doğum Sempozyumu, SDÜ İlahiyat Fakültesi Yay., ss. 153-176, Isparta 2002, s. 159.

Kur'an'da, adli işlerin adalete uygun olarak yürütülmesinden Hz. Peygamber sorumlu tutulmuş, yargı fonksiyonu, Hz. Peygamber'e¹⁰⁰ tevdi edilmiştir¹⁰¹.

Yargının dinin bir gereği olduğu konusunda sünnetten de çok sayıda delil bulunmaktadır¹⁰². Hz. Peygamberin gerek Müslümanlar arasında gerekse de Müslüman olmayanlar arasında yargılama faaliyetinde bulunduğu dair birçok örnek vardır. Nitekim Medine Vesikası'nda da Hz. Peygamberin, "son yargı mercii" olduğu, hüküm altına alınmıştır¹⁰³.

Hz. Peygamber, bizzat yargı faaliyetinde bulunmuş, arkadaşlarını (sahabeyi) yargı faaliyetinde bulunmaları için teşvik etmiş, bazı davaları kendi huzurunda arkadaşlarına gördürmüş, zaman zaman değişik yerlere hâkimler göndermiş, bu hâkimlerin, yargılama sonucunda hüküm ile yetinmemelerini ve içtihat etmelerini tavsiye etmiş ve yargıya ehil olmayanların bu göreve tayin edilmemesini istemiştir¹⁰⁴.

4.1. İslam'da Yargı Fonksiyonu'nun Özellikleri

İslam'da yargı dinin en önemli emirlerinden biri olarak kabul edilir¹⁰⁵. Ali Haydar Efendi, Mecellenin on altıncı kitabının şerhinde, yargının "sevap bir iş" olduğunu bazı hadislerle belirtmiştir¹⁰⁶. Yine İslam'da doğrulukla, adaletle hüküm vermenin, Allah'a imandan sonra farizaların en kuvvetlisi ve ibadetlerin en iyisi olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁷. "Yargılama, sağlam bir farz (fariza-ı muhkeme) ve uyulması gereken bir sünnettir."¹⁰⁸

İslam'da yargı fonksiyonu "izhari ve ihbari" bir fonksiyondur¹⁰⁹. 'İhbari'dir,

¹⁰⁰ Kur'an, Maide Suresi, Ayet 48; Yargıya ilişkin Kur'an'daki hükümler hakkında bkz. Atar, a.g.m., s. 114.

¹⁰¹ Ali Haydar Efendi, s. 397; Çeliker, 53; Atar, a.g.e., s. 15.

¹⁰² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Görgülü, s. 159 vd.

¹⁰³ Hamidullah, s. 918-919; Aydın, "Anayasa", s. 153.

¹⁰⁴ Çeliker, s. 55-56; Hz. Peygamberin yargı fonksiyonuna ilişkin söz ve davranışları hakkında detaylı bilgi için bkz. Atar, a.g.m., s. 114 vd.; Hz. Peygamberin yargı fonksiyonuna ilişkin metodu hakkında detaylı bilgi için bkz. Görgülü, s. 165 vd.

¹⁰⁵ Ebussuud Efendi, Maruzat: "...Ehem-i umur-i din olan amel-i kaza...", Aktaran: Ahmet Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C. IV, Fey Vakfı Yay., İstanbul 1992, s. 49; Ali Himmet Berki, "İslam'da Kaza Tarihi", AÜ İlahiyat Fak. Dergisi (AÜİFD), C. XVII, Sy. 13, ss. 153-167, Ankara 1969, s. 155;

¹⁰⁶ Ali Haydar Efendi, s. 397.

¹⁰⁷ Ali Haydar Efendi, s. 397; Berki, s. 155; Ebu'l Ula Mardin, "Kadı", İA, C. 6, ss. 42-46, MEB, İstanbul 1967, s. 42 vd.

¹⁰⁸ Abdüsselam Arı, "Hz. Ömer'in, Ebu Musa El-Eş'ari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", İHAD, Sy. 2, ss. 85-99, İstanbul 2003, s. 87.

¹⁰⁹ Atar, a.g.e., s. 13; Atar, a.g.m., s. 115.

çünkü yargı fonksiyonu kişilere yeni bir hak kazandırmaz. İhtilaf söz konusu olunca yargı fonksiyonu ile kişilere evvelce tanınan hak tespit edilip sahibine iade edilir. ‘İzhari’dir, çünkü yargı fonksiyonunu icra edecek olan hâkim, kişilere tanınmış olan hak ve hürriyetleri, Kur’an ve sünnet çerçevesinde ortaya koymaya, açıklamaya, izhar etmeye çalışır. Kişilere tanınan hak ve hürriyetler, Kur’an ve sünnette, açık biçimde belirtilmemişse, hâkim kendi görüşü doğrultusunda içtihat ederek, hakkı izhar etmek üzere hüküm vermek zorundadır¹¹⁰. Çünkü İslam hukuku aciz değildir ve İslam’da her türlü mesele bir esasa bağlanmış olup, sonsuz olayların çözümü için esaslar, ilkeler, sabiteler konmuştur¹¹¹. Hâkime de içtihat ve teşri salâhiyeti tanınmıştır. İctihat selahiyetini haiz olan hâkim, Kur’an ve sünnette açık bir şekilde belirtilmemiş olsa da, vaki ilkeler ve sabiteler ışığında, ilmiyle de gayret ederek önüne gelen ihtilafı çözüme kavuşturmak zorundadır. Bu zorunluluk, hukukun gelişimine de katkı yapar. Kaldı ki ihtilafın çözümü, kargaşayı engellemek için, düzeni tesis etmek için, kısaca kamu yararı için de elzemdir. Karar yanlış ya da kötü de olsa, kararsız duruma tercih edilir.

İslam’da hâkimin içtihadı, İngiliz Hukuku’nda olduğu gibi emsal teşkil edecek bir kanun niteliğinde olmayıp, diğer hâkimleri ve hatta hâkimin kendisini bile bağlayıcı nitelikte değildir¹¹². “İngiltere’de hâkimlerin verdikleri hükümler ve kararlar, emsal için kanun mahiyetini haiz olurlar. Fakat İslam’da kadı’nın (hâkimin) verdiği karar, icra edilmekle beraber emsal teşkil etmeyip, diğer davalar için kanun niteliğini kazanamaz ve diğer kadılar kendi kıyas ve içtihatları üzerine karar verirler”¹¹³.

İslam’da yargı fonksiyonu, objektif ve zahiri delillere dayalı olarak yürütülür¹¹⁴. Bu nedenle dava aleyhine sonuçlanan kişi, mahkeme kararına uymakla yükümlüdür. Bu durum hukukta istikrar, düzen ve güvenlik fikrinin neticesidir.

Bilgi, kuvvet ve feraset sahibi kadı’nın, adaleti ve kamu düzenini sağlamak için, zahire göre ve objektif delillere bağlı kalarak ve Kur’an ile sünneti esas alarak yargılama faaliyetinde bulunması gerektiğinden, verdiği kararından ötürü kadı’nın

¹¹⁰ Atar, a.g.e., s. 13.

¹¹¹ Atar, a.g.e., s. 13.

¹¹² Mevdudi, İslam’da Hükümet, Çev: Ali Genceli, Hilal Yay., Ankara 1967, s. 584-585.

¹¹³ Mevdudi, s. 584.

¹¹⁴ Atar, a.g.m., s. 115.

uhrevi sorumluluğu bulunmaz¹¹⁵. Kadı'nın verdiği kararından ötürü uhrevi sorumluluğunun bulunmayacağı Hz. Peygamberin bir sözüne¹¹⁶ nispet edilir. Bu durumun kadıya dini bir teminat sağladığını söyleyebiliriz. Ancak uhrevi sorumluluğun bulunmayacağı teminatı, kadı'nın, helali haram, haramı helal yapabileceği anlamına da gelmez¹¹⁷.

Son olarak hukuki hükmü araştıran fetva kurumunun da, yargı fonksiyonun sağlıklı biçimde işlemesi açısından çok büyük önemi vardır¹¹⁸. Fetvanın hukuki hükmü araştırma ve yargı kararını denetlemek biçimindeki işlevi, yargı fonksiyonun amacı olan adaleti sağlamayı ve kamu yararını gerçekleştirmeyi de kolaylaştırmakta, yargı fonksiyonunu sağlıklı işleyişine vesile olmaktadır. Ayrıca fetvalar, yargı faaliyetinden önce adeta süzgeç işlevi görmekte ve fetvayı alan kişinin, yargıya gitmesine engel oluşturabilmektedir. Bunda kişilerin, verilecek yargı kararının ne yönde olacağını anlamış olmalarının yanında, fetvayı veren âlimin ilmüne duyulan saygının da etkisi vardır.

4.2. İslam Anayasa Hukukunda Yargı Fonksiyonunun Yeri ve Özelliği

İslam'da yargı fonksiyonu, yasama ve yürütme ile birlikte devletin önemli bir fonksiyonudur¹¹⁹. Klasik dönem İslam hukukçuları, halifenin göreceği önemli amme işleri başlığı altında bu fonksiyonları toplamış¹²⁰ ve bunları halifenin yetki ve sorumluluğunda kabul etmişlerdir. Yargı fonksiyonu da halifenin göreceği önemli amme işlerindedir¹²¹ ve esas itibarıyla halifeye aittir¹²². Burada halifenin yargı fonksiyonunu elinde bulundurması, onda aranan içtihat derecesindeki ilim şartıyla ilgilidir¹²³. Halifenin yargı yetkisini elinde bulundurması ona kazai bir dokunulmazlık

¹¹⁵ Atar, s. 115.

¹¹⁶ “Bana ihtilaflarınızı getiriyorsunuz. Muhtemeldir ki bir kısmınız diğerine göre delillerini daha güzel ortaya koyabilir ve ben dinlediğime göre onun lehinde hükmederim. Bu şekilde kime kardeşinin bir parça hakkını alıp vermişsem onu almasın, zira ona ateşten bir parçayı vermişimdir.” Bkz. Hamidullah, s. 929; Atar, s. 115.

¹¹⁷ Hz. Ömer, Ebu Musa El-Eş'ari'ye gönderdiği mektupta: “İnsanlar arasında sulh yapılabilir; ancak haramı helal veya helali haram kılan bir sulhun yapılması caiz değildir.” Demiştir. Bkz. Arı, s. 87; Atar, s. 115.

¹¹⁸ Atar, s. 115.

¹¹⁹ Aydın, “Anayasa”, s. 159 vd.; Atar, a.g.e., s. 9; Atar, a.g.m., s. 115.

¹²⁰ Maverdi, İslam'da Devlet ve Hilafet Hukuku (El-Ahkamu's-Sultaniye), Çev: Ali Şafak, Bedir Yay., İstanbul 1994, s. 52 vd.

¹²¹ Maverdi, s. 52-53.

¹²² Aydın, s. 160.

¹²³ Aydın, s. 160.

da sağlamaz¹²⁴. Herkesin yargılandığı mahkemelerde halife de yargılanabilecektir. Çünkü halife, hukukun üstünde değildir ve hukuka rağmen bir emir vermesi de söz konusu değildir¹²⁵.

Hz. Peygamber, yargı fonksiyonunu, devletin bir fonksiyonu olarak ilan etmiş¹²⁶ ve Medine’de yargılamada bulunmuştur. Hz. Peygamber ilk zamanlarda adli, idari, askeri, siyasi vs. işlerin bütününe tek başına yürütmüş, ülkenin genişlemesi ile beraber bu görevlerin bazısını arkadaşlarına tevdi etmek zorunda kalmıştır ki yargı işleri de tevdi ettiği işlerdendir¹²⁷.

Daha sonraki İslam devletlerinde de devlet başkanları, yargı ve yürütme yetkilerini ellerinde toplamış, divanlarda halkın dava ve şikâyetlerini dinlemiş¹²⁸, bizzat yargılamada bulunmuşlardır. Bununla birlikte daha ilk dönemlerden itibaren devlet sınırlarının genişlemesi, nüfusun ve ihtilafların artması, devlet başkanlarının hukuki yeterliliklerinin bulunmaması gibi çeşitli sebeplerle, devlet fonksiyonlarının ayrılması yoluna gidilmiş, çeşitli bölgelere yargı için ayrı, yürütme için ayrı görevliler tayin edilmeye başlanmıştır¹²⁹. Hz. Peygamber, yargı görevini, çeşitli bölgeler tayin ettiği vali veya vergi memurlarına tevdi ettiği gibi, sadece yargı görevi ifa edecek hâkimler de tayin etmiştir¹³⁰. Hz. Ömer’in valilerden ayrı olarak kadı tayin ederek, idari görevlerle yargı görevini farklı kişilere tevdi ettiği bilinmektedir¹³¹. Bu uygulamanın Endülüs Emevileri ve Abbasiler zamanında önemli mesafe kat ettiği, Abbasiler’deki Kadı’l-Kudat’lık ile Endülüs Emevileri’ndeki Kadı’l-Cemaa teşkilatlarının kurulması ile yargının, yürütmenin kontrolünden kurtulduğu ve tam olarak bağımsızlığına kavuştuğu ifade edilmekte¹³², Emeviler döneminin ise bu uygulamanın istisnası olduğu vurgulanmaktadır¹³³. Anlaşılan İslam devletlerinde, idari teşkilatın yanı sıra ondan ayrı

¹²⁴ Aydın, s. 160.

¹²⁵ Osmanlı’nın en meşhur Şeyhülislamı kabul edilen Ebussuud efendi’nin meşhur “na meşru olan nesneye emri sultani olmaz” ifadesi, halife yahut devlet başkanının yerini/sınırını göstermesi bakımından önemlidir. Bkz. Akgündüz, C. I, s. 53; bu bakış açısının tam zıddı bir ifade, bir dönem İngiltere’de kral için söylenmiş olan “Kral yanılmış olamaz” ifadesidir.

¹²⁶ Atar, a.g.e., s. 15.

¹²⁷ Atar, s. 16.

¹²⁸ Aydın, s. 160.

¹²⁹ Aydın, s. 160.

¹³⁰ Atar, s. 16.

¹³¹ Atar, s. 66.

¹³² Atar, s. 23.

¹³³ Aydın, s. 160.

bir yargı teşkilatı genelde var olmuştur. Uygulama da bu yönde gelişmiştir.

Yargı yetkisi kural olarak devlet başkanının elinde bulunmuş olsa da, devlet başkanının bu yetkiyi tek başına yerine getirmesi mümkün olmayacağından, yargı fonksiyonunun icrası, devlet başkanının bizzat veya bir başkası vasıtası ile tayin edeceği kişiler (hâkimler) eliyle gerçekleşecektir¹³⁴. Devlet başkanı, mahkemeler kurarak, hâkimler tayin ederek veya ettirerek yargı fonksiyonunu yerine getirecektir. İşte bu noktada, devlet başkanı ile onun tayin ettiği hâkim arasında tesis edilecek hukuki ilişkinin niteliği önem kazanmaktadır¹³⁵. Zira Hâkimin tayini, görevden alınması, denetlenmesi, kararlarının incelenmesi (temyiz), görev alanı ve yeri bakımından sınırlandırılabilmesi hep bu ilişkinin niteliğiyle alakalı olacaktır¹³⁶.

Devlet başkanı ile kadı arasındaki hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olarak nitelendirilmektedir¹³⁷. Yargı görevini ifa edenlere, kadı ile birlikte vekil anlamında ‘nâib’ adının da verilmesi, kazâ merkezlerine ‘niyabet’ denmesi bu vekâlet ilişkisini belirtmesi açısından önemlidir¹³⁸. Devlet başkanının kadıları tayini, yetki ve görev sınırlarını belirlemesi, azl etmesi vb. vekâlet ilişkisi içinde değerlendirilmektedir.

Halifenin yargı yetkisi, daha ziyade kadıların tayini ya da görev alanlarının belirlenmesi ile sınırlı olmuş, kadı’nın görevini yürütmesi sırasında, kadıya müdahale söz konusu olmamıştır¹³⁹. Kadılar halife adına değil, kamu adına görev yapmışlar ve kadı’nın görevi, kendisini tayin eden halifenin görevden ayrılması ile sona ermemiştir¹⁴⁰.

İslam’da “Kadı’nın bağımsızlığı”, kadı için hem hak, hem de görevdir¹⁴¹. Kadı bağımsızlığının kaynağı, Kur’an ve sünnettir¹⁴². Hz. Peygamberin yargıç olarak atadığı kimselere bağımsız içtihat yetkisi vermesi¹⁴³ ve yine Hz. Peygamberin, haksızlık

¹³⁴ Mustafa Şentop, “Tanzimat’tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sy. 1, ss. 87-105, İstanbul 2006, s. 89.

¹³⁵ Şentop, s. 89.

¹³⁶ Şentop, s. 89.

¹³⁷ Maverdi, s. 62; "(h)akim, taraf-ı sultaniden icra-yı muhakemeye ve hükme vekildir." Bkz. MAA. md. 1800.

¹³⁸ Şentop, s. 90.

¹³⁹ Aydın, s. 160; Atar, s. 16.

¹⁴⁰ Atar, s. 115; Maverdi, s. 155.

¹⁴¹ Fendoğlu, s. 35.

¹⁴² Fendoğlu, s. 35.

¹⁴³ Hamidullah, s. 932.

etmişse, kendisi için de kısasın uygulanması gerektiği yönündeki beyanı¹⁴⁴, hâkimlere mali güvenceler sağlanması¹⁴⁵ bağımsız bir yargı fonksiyonunun oluşturma çabası açısından önemlidir. Bu anlamda İslam'da yargının ve yargıçların bağımsız olduğunu söylemek mümkündür.

¹⁴⁴ “Şayet ben herhangi birinizin sırtına vurmuş isem işte kısas için sırtım; şayet ben herhangi birinize hakarete bulunmuş isem oç almak için işte benim şeref ve haysiyetim; şayet ben herhangi birinizin malını almış ise işte benim mallarım.” Bkz. Hamidullah, s. 927.

¹⁴⁵ Hamidullah, s. 937.

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI KLASİK DÖNEMİNDE YARGI FONKSİYONU

I. OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI

Osmanlı Hukuku deyince, İslam Hukuku, Roma Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku gibi esasları ve kurumları ile kendine has bir hukuk sistemi anlaşılmalıdır¹⁴⁶. Osmanlı Hukuku, İslam hukukunun, tarihin belirli bir döneminde ve yeryüzünün belirli bir bölgesinde uygulanmış biçimidir¹⁴⁷.

1. Genel Olarak

Osmanlı'da, her hukukî düzenlemede, her çeşit idarî tasarrufta ve bütün yargı görevlerinde, göz önünde bulundurulması gereken iki önemli ölçü vardır: “Şer'i Şerif ve Kanun-ı Münif”¹⁴⁸. Bu iki hukukî kurallar manzumesi arasından önceliği şer'i şerif alır. Çünkü kanun-i münif'in, şer'i şerife uygun olması şarttır¹⁴⁹.

Şer'-i şerif, İslâm hukukunun kitap, sünnet ve icma gibi asli kaynakları ile sabit olan ve fıkıh kitaplarında ifadesini bulan şer'i hükümler demektir¹⁵⁰. Bu hükümler, kitap ve sünnetin yorumlanması ile bu iki kaynakta aranan bir hükmün bulunmadığı durumlarda da icma, kıyas, sahabe fetvası, istihsan, maslahat, örf gibi diğer kaynaklardan yararlanılarak ortaya konmuştur. Kitap ve sünnette bulunan hukuki esaslar, devletin esas teşkilatı ile ilgili olsun ya da olmasın temel kanun, bir nevi anayasa veya temel prensipler özelliği taşımaktadırlar¹⁵¹. Bu nedenle, kitap ve sünnetten ayrı olarak bütün kanunların üzerinde bulunan ve bu kanunların uymak zorunda olduğu bir anayasa düzenlemesi, İslam hukukunun tabii gelişiminin sonucu olarak ortaya çıkmadığından¹⁵², klasik dönem Osmanlı hukukunda, günümüz anlamı ile bir anayasa

¹⁴⁶ M. Akif Aydın, “Osmanlı'da Hukuk”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, Editör (Ed.): Ekmeleddin İhsanoğlu, IRCICA Yay., İstanbul 1994, s. 375.

¹⁴⁷ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yay., İstanbul 2008, s. 100.

¹⁴⁸ Ahmet Akgündüz, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, Timaş Yay., İstanbul 1989, s. 47; Kanunnameler, C. I, İstanbul 1990, s. 49.

¹⁴⁹ Akgündüz, Anayasa, s. 47; Kanunnameler, C. I, s. 51; Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, Türk-İslam Hukuk Tarihi, C. I, Timaş Yay., İstanbul 1990, s. 142 vd.

¹⁵⁰ Akgündüz, Anayasa, s. 47; Kanunnameler, C. I, s. 49.

¹⁵¹ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 103; Aydın, “Anayasa”, s. 154.

¹⁵² Aydın, “Anayasa”, s. 154.

düzenlenmemiştir. Fakat bu durum, Osmanlı Devleti'nde idari teşkilatın genel yapısını, organlarını, bu organların fonksiyonlarını, bu fonksiyonların işleyişini ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen esasların bulunmadığı anlamına gelmez. Bu esaslar mevcuttur, ancak bütün olarak bir belgede düzenlenmesi söz konusu olmamıştır. Düzenlenmemiş olmasının da bazı nedenleri vardır. Osmanlı'da uygulanmış olan hukuk, İslam hukukudur. İslam hukuku düzenlerinde, temel hak ve özgürlükler alanı, devletin müdahalesi veya etkisi dışında, Şer'i şerif dâhilindeki nasslar ile hüküm altına alınmış bir alandır. Dolayısıyla İslam hukuk düzenlerinde devletin temel hak ve özgürlükleri bir belgede toplamak ve düzenlemek biçiminde (tedvin) bir müdahalesi söz konusu olmamıştır. İşte bu nedenle Osmanlı'da temel hak ve özgürlüklerin tedvin edilmek sureti ile bir belgede yer verilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. İkinci olarak Osmanlı'da, idari teşkilatın yapısı ve işleyişi ile ilgili düzenlemeler daha ziyade kanun-i münif ile oluşmuş ve bu durum bir kurallar manzumesi olarak anayasaya ihtiyaç bırakmamıştır. Kanun-ı münif, İslâm hukukunun, devlet başkanına tanıdığı sınırlı yasama yetkisi sonucu, Osmanlı hukukunda bir çeşit anayasa derecesinde kabul edilen Osmanlı kanunnameleridir¹⁵³. İdari teşkilat alanını düzenlemiş olan, Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ile kanunnamelerin temelini teşkil eden ve askeri, cezai, mali, tımar müessesesi ve reaya ile ilgili genel hükümler ihtiva eden Kanunname-i Osmanî¹⁵⁴, günümüz anayasa belgelerinde düzenlenmiş olan hükümlerle benzer nitelikteki hükümleri ihtiva eden kanunnamelerdir. Bu nedenlerden ötürü, Osmanlı Devleti, şer'i hükümlerin tanzim ettiği alanlarda şer'-i şerifi, idarî alanda teşkilat kanunlarını, örfi hukuk alanında ise Kanunnâme-i Osmanî'yi temel yasa kabul ettiğinden, bütün bunları bir arada toplayan bir anayasaya yahut kanun-ı esasî'ye ihtiyaç duymamıştır¹⁵⁵. Şer'i şerif hükümlerinden meydana gelen şer'i hukuk ile kanun-i münif hükümlerinden meydana gelen örfi hukuk, Osmanlı Hukukunun temel karakteridir.

2. Şer'i Hukuk

Şer'i hukuk, geçerliliği için hiçbir kişi veya kurulun tasdikine gerek bırakmayan ve Kurban, sünnet, icmal ve kıyas gibi şer'i deliller vasıtasıyla İslam

¹⁵³ Akgündüz, Anayasa, s. 47; Kanunnameler, C. I, s. 53.

¹⁵⁴ Akgündüz, s. 48; Kanunnameler, C. I, s. 53; Cin/Akgündüz, s. 197.

¹⁵⁵ Akgündüz, s. 48.

müçtehitleri tarafından, fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan hukuki hükümleri ihtiva eder¹⁵⁶.

Osmanlı Devleti, esas itibariyle İslam hukukuna dayandığından¹⁵⁷, Osmanlı hukukunun esas aldığı kaynaklar, İslam hukukunun temel kaynaklarıdır ve bunlar iki kategoriye ayrılmaktadır. Asli kaynaklar denilen birinci kategoride Kurban-ı Kerim, Sünnet, İcmal ve Kıyas yer alırken, fer’i kaynaklar denilen ikinci kategoride ise İstihsal, Maslahat, Örf ve Adet, Şahabı Fetvası vs. yer alır¹⁵⁸. Bunlardan başta Kurban-ı Kerim ve sünnet olmak üzere birinci kategoride yer alan kaynaklarda mevcut olan hukuk kuralları, Osmanlı hukuk düzeninin değişmez alanını teşkil etmektedir. Bu bakımdan kaynakları ve bu kaynakların meydana geliş şekli ile Osmanlı hukuku, diğer hukuk düzenlerinden ayrı bir özellik gösterir¹⁵⁹. Belirli esaslar dâhilinde, Osmanlı hukukunda da yeri olmakla beraber diğer hukuk düzenlerinde genellikle örf ve âdete, devlet başkanlarının emir ve fermanlarına, ilmi ve kazan içtihatlarına veya bir heyet ya da meclisin yasama faaliyetlerine dayanır¹⁶⁰. Dolayısıyla Osmanlı Hukuku dışındaki hukuk düzenlerinde, değişmez veya değiştirilemez hukuk kurallarından müteşekkil bir alan mevcut değildir ve bu hukuk düzenleri (Roma, Anglo-Sakson vs.) genel itibariyle ve sadece değiştirilebilir hukuk kurallarından müteşekkil bir hukuk düzenini haizdir. Oysa Osmanlı hukukunda, değişmez (sabit) ve değiştirilebilir iki alan mevcuttur. Değişmez alan şer’i hukuk dâhilindeki kitap, sünnet ve icma ile sabitken, değiştirilebilir alan, genel olarak şer’i hukuk dâhilindeki hukukçuların içtihatları (hukuki görüşleri) ile kanunnamelerden oluşmaktadır. Bu durum, Osmanlı hukukunun en temel özelliğidir.

Bahsini ettiğimiz kaynaklardan meydana gelen şer’i hukuk, klasik fıkıh kitaplarında yer almıştır. İşte Osmanlı şer’i hukuk mevzuatı, mahkemelerin de müracaat kaynakları olan fıkıh kitaplarından ve sorulan sorulara verilen hukuki cevaplardan

¹⁵⁶ Akgündüz, Kanunnameler, C. I, s. 49; Erol Özbilgen, Osmanlı Hukuku’nun Yapısı, Nihal Kitabevi, İstanbul 1985, s. 43; Aydın, s. 66; Akgündüz, Anayasa, s. 49.

¹⁵⁷ 1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nda yer alan “...Devlet-i Aliyyemizin bidayet-i zuhurundan beru ahkam-ı celile-i Kur’aniyye ve kavanini şer’iyyeye kemaliyle riayet olduğundan...”, (Düstur, I. Tertip (Ter.), C. 1, 1289, s. 4-7); 1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 7. Md.’de yer alan “...ahkâmı şeriye ve kanuniyenin icrası...” (Düstur, I. Ter., C. 4, ss. 2-20, İstanbul 1299, s. 4); 64. Md.’de yer alan “Heyeti Âyan Heyeti Mebusandan verilen kavanin ve muvazene lâyhalarını tetkik ile eğer bunlardan esasen umuru diniyeye... hâlel verir bir şey görür ise...” (Düstur, I/4, s. 12) şeklindeki ifadeler Osmanlı Devleti’nde İslam hukukunun hakim olduğunu göstermektedir.

¹⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s. 31 vd.; Ekinci, s. 106 vd.; Akgündüz, s. 46 vd.

¹⁵⁹ Aydın, s. 31.

¹⁶⁰ Aydın, s. 31.

oluşan fetva kitaplarından oluşmaktadır¹⁶¹. Osmanlı hukuk mevzuatının diğer kısmını ise örfi hukuk oluşturmaktadır.

3. Örfi Hukuk

Osmanlı Devleti, İslam hukukunu esas almış olmakla birlikte, zamanın gerektirdiği düzenlemeleri ve ilaveleri yapmayı da ihmal etmemiş, hukukun üretilmesinde aktif bir tutum sergilemiştir. Bu aktif tutumun meşruiyeti ise bizatihi İslam hukukundan kaynaklanmaktadır. İslam hukukunun devlet başkanına tanıdığı takdir ve düzenleme yetkisi, Osmanlı padişahlarının ferman ve kanun yapmasına imkân sağlamıştır¹⁶². Bu imkân ile yapılan düzenlemeler bir süre sonra önemli bir yekûn da tutunca, bir bütün olarak değerlendirilmiş ve ayrı bir isimle anılmaya başlamıştır ki padişahların emir ve fermanları ile oluşan bu hukuka da örfi hukuk adı verilmiştir¹⁶³. Kanunnameler de örfi hukukun yazılı kaynaklarıdır. Kanunname yayımlama ihtiyacı, halkın kanunlara uymalarını temin etmekten ziyade kamu görevlilerinin kanunlara uymalarını temin etmek için doğmuştur. Bir kanunname nüshasının haşiyesinde kanunnamelerin hedefinin halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak olduğunun belirtilmesi, kanun hâkimiyetini sağlama amacını açıkça ortaya koymaktadır¹⁶⁴. Ayrıca kanun hâkimiyetinin sağlanması için bunların halka duyurulmasına da özen gösterilmiştir. Yine bu kanunnamelerin bir sureti de, başında kadıların bulunduğu şer'îye mahkemelerine gönderilirdi. Kanunnamelerin verdiği yetkiyi ile de kadılar, yöneticileri kontrol etmişlerdi ki Osmanlı'da merkezi yönetim bu konuda oldukça hassas davranmıştır¹⁶⁵.

4. Şer'î Hukuk - Örfi Hukuk İlişkisi

Örfi hukuk, şer'î hükümlere aykırı olamaz, aykırı olduğu takdirde ise muteber

¹⁶¹ Cin/Akgündüz, s. 142-143.

¹⁶² Aydın, s. 66; Ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz, s. 46 vd.; Ekinci, s. 162 vd.

¹⁶³ Aydın, s. 66; M. Akif Aydın, "Osmanlılar: Hukuki-Adli Yapı", DİA, C. XXXIII, ss. 515-521, TDV, İstanbul 2007, s. 515.

¹⁶⁴ Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", Çev: Selahattin Eroğlu, AÜİFD, C. XXVI, ss. 633-652, Ankara 1983, s. 635.

¹⁶⁵ "Min ba'd bu zikr olunan kavanin mucibince amel edeler, bu kanundan tecavüz eylemeyeler. Edenleri kuzat-ı vilayet men edeler. Memnu olmayanları dergah-ı muallaya arz edeler. Ve illa vilayet kadıları muateb olurlar." Bkz. Akgündüz, C. II, İstanbul 1990, s. 53.

sayılmaz¹⁶⁶. Bazı müellifler şer’i hukuk – örfi hukuk ayırımından yola çıkarak, Osmanlı hukukunda düalist bir yapının var olduğunu, Osmanlı devlet ve toplum hayatındaki uygulamada şer’î mevzuattan çok, dünyevi otorite tarafından konan kuralların (örfi sultanî) hâkim olduğunu, bu nedenle Osmanlı devletine şer’î devlet demenin pek kolay olmadığını¹⁶⁷, Osmanlılarda fikhın, dünya hislerini tatmin edemez olduğunu ve örfi hukukun, fikhın nüfuzunu gayet sınırlandırdığını¹⁶⁸, hükümdarın hakkı olan örfi hukukun, şeriatın dışındaki laik yasalar olduğunu¹⁶⁹ iddia etmişlerdir. Hâlbuki örfi hukuk, şer’i hukukun, az veya çok, hükümlerini ortadan kaldırmak veya değiştirmek ve şer’i hukuku sınırlayıp pasif hale getirmek maksadı ile ortaya çıkmamıştır. Aksine örfi hukuk, şer’i hukukun tanıdığı yetki çerçevesinde ve bu hukukun düzenleme yapmamış olduğu alanlarda bir takım hükümler vaaz etmiştir. Örfi hukuk, politik ve sosyal ihtiyaçların eseridir¹⁷⁰. Ayrıca doğrudan beşer eli ile gerçekleşmiş olması sebebi ile örfi hukukun varlığı, bu devletlerdeki sistemin laik olduğunu göstermez¹⁷¹. Bunların dışında, örfi hukuk normlarının hazırlanmasında önemli işlevleri bulunan ve bu sebeple kendilerine “müfti-i kanun” denen nişancıların medrese kökenli olup İslam hukuku öğrenimi görmüş ulemadan seçilmesi, yine örfi hukukun oluşmasında önemli bir işleve sahip olan Divan’ı Humayun’da şer’i hukukun iki önemli temsilcisinin (Rumeli ve Anadolu kazaskerleri) bulunması, örfi hukukun daha hazırlık aşamasında şer’i hukuka uyumuna dikkat edildiğini akla getirmektedir¹⁷². Kaldı ki şer’i hukuka uygunluk bizatihi padişahın da dikkat ettiği bir husustur. Osmanlı padişahlarının, şer’î hukukun ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya ve emir vermemeye, diğer alanlarda kanun koyarken de bu hukukun genel prensiplerine ters düşmemeye özen gösterdiklerini, devletin daha ilk zamanlarındaki şu olaydan anlayabiliyoruz. İlk örfi vergi olan Pazar vergisinin (bâc) konması sırasında Osman Gazi: "Bu Allah’ın emri değildir" (Hukuka aykırıdır) diyerek böyle bir vergiye karşı çıkmıştır. Ancak hukukçuların gerekçeli izahı ile bu verginin şer’î esaslara aykırı olmadığını anlayan

¹⁶⁶ Akgündüz, s. 51; Özbilgen, s. 44; Ekinci, s. 174.

¹⁶⁷ Bkz. Ömer Lütfi Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer’iliği Meselesi”, İÜHF, C. XI, Sy. 3-4, ss. 203-224, İstanbul 1945, s. 208 vd.

¹⁶⁸ Bkz. Fuat Köprülü, “Fıkıh”, İslam Ansiklopedisi (İA), C. IV, ss. 608-622, Milli Eğitim Basımevi (MEB), İstanbul 1988, s. 615.

¹⁶⁹ Bkz. Stanford Shaw, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, Çev: Mehmet Harmanlı, C. I, E Yay., İstanbul 1982, s. 193.

¹⁷⁰ Ekinci, s. 174.

¹⁷¹ Ekinci, s. 174.

¹⁷² Aydın, s. 75; Aydın, “Hukuki-Adli Yapı”, s. 516.

Osman Gazi, böyle bir verginin konmasına rıza göstermiştir¹⁷³. Bununla birlikte zaman zaman kanunname metinlerinin Şeyhülislam tarafından şer'î hukuk istikametinde kontrol edildiği ve tashihler yapıldığı gerçektir¹⁷⁴. Kapitülasyonlarda ecnebilerin şahitliğinin mahkemelerde kabul edilmesine dair hükme karşı olarak şeyhülislâm Ebussuud Efendi "Nâ-meşru olan nesneye emr-i sultanî olmaz!" (Hükümdar, hukuka aykırı bir şeyi emredemez) diyerek karşı çıkmıştır¹⁷⁵. Anlaşılan Osmanlı Padişahı'nın dediği "Dediğim Dedik!" değildi. Nitekim Padişahların, şer'î hukuku bertaraf etmek gibi bir iddiası da olmamıştır¹⁷⁶. Yine örfî hukuk çerçevesinde meydana gelen ihtilafların çözüm yerinin, aynı zamanda şer'î ihtilaflara da bakan yargı mercileri ile aynı olması da, bu iki hukukun belirli bir bütünlük içinde, birbiriyle çatışan değil, birbirini tamamlayan iki hukuk olduğunu göstermektedir.

II. KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGI FONKSİYONU VE ÖZELLİKLERİ

1. Genel Olarak

1.1. Yargı Yetkisi

İslam Hukukunda, devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları ayrı ayrı değil, bir bütün olarak değerlendirilmiş ve bu fonksiyonlar devlet başkanında toplanmıştır¹⁷⁷. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının, iktidarı sınırlamak amacı ile farklı organlar vasıtası ile yürütülmesi söz konusu olmamıştır. Ancak bu durum, devlet başkanına her şeyi yapabileceği keyfi bir konumu bağışlamamıştır. Devlet başkanının yasama, yürütme ve yargı yetkisi, hukukun temel esasları ile sınırlıdır. Bir İslam devleti olan Osmanlı Devleti'nde de bu fonksiyonların yürütülmesi, işleyişi ve birbirleri ile olan ilişkileri konusunda İslâm hukukundaki esaslara riayet edilmiştir. İslam hukukunda sınırları çizilen ve ulûl-emr'e (mü'minlerin emiri) ait olan yasama, yürütme ve yargı yetkisi, Osmanlı Devleti'nde padişahlar

¹⁷³ Aşık Paşazade Derviş Ahmed Aşık, Aşıkpaşazade Tarihi, Haz: Cemil Çiftçi, Mostar Yay., İstanbul 2008, s. 61.

¹⁷⁴ Aydın, s. 73-76; Aydın, "Hukuki-Adli Yapı", s. 516; Ekinci, s. 166.

¹⁷⁵ Akgündüz, Kanunnameler, C. IV, s. 53; Ertuğrul Düzdağ, Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanuni Devrinde Osmanlı Hayatı, Şule Yay., İstanbul 1998, s. 155-156.

¹⁷⁶ Ekinci, s. 166.

¹⁷⁷ Maverdi, s. 52 vd.; Atar, a.g.e., s. 9. vd; "Kaza", s. 115.

tarafından kullanılmıştır¹⁷⁸.

(i) Padişahın Yasama Yetkisi. Osmanlı padişahları, İslam hukukunun açıkça ve ayrıntılı olarak düzenleme yapmamış olduğu veya düzenlemesini devlet başkanına bıraktığı alanlarda İslam hukukunun temel esaslarına aykırı olmayacak şekilde¹⁷⁹ yasama yetkisini kullanarak düzenleyici bir takım işlemler gerçekleştirmişlerdir. Yeni ortaya çıkan hukuki meseleler karşısında hukukçulardan aldıkları görüşler ile fermanlar yayınlamışlar, kamu yararı gerektirdikçe bazı içtihatları tercih etmişler¹⁸⁰, gerektiğinde bu içtihatları hukuki norm biçiminde düzenlemişlerdir. Adına “kanunname” denilen bu düzenlemeler de, yukarıda bahsini ettiğimiz örfi hukuk denilen hukuki yapıyı ortaya çıkarmıştır. Bu bakımdan örfi hukukun sınırları, padişahın yasama yetkisinin de sınırlarıdır¹⁸¹.

(ii) Padişahın Yürütme Yetkisi. Osmanlı Devleti’nde yürütmenin başı padişaktır ve her türlü idari karar ve düzenleyici işlem padişahın onayından geçer. Osmanlı padişahının hukuki statüsü, İslam hukukunda devlet başkanı demek olan halifenin statüsü gibidir¹⁸². Görevi, İslâm hukukunun hükümlerini icra etmekten ibaret olan padişah, İslam hukukuna rağmen emir veremez. Padişahın emri ancak şerh’in hükümlerine uyduğu takdirde geçerlidir, aksi halde geçerli değildir¹⁸³. Padişahın yürütme yetkisi amme maslahatı ile sınırlıdır¹⁸⁴. Ayrıca şûra esası da, padişahın yasama ve yürütme yetkisini sınırlayan kurallardan birisidir ve bu bakımdan Divan-ı Hümayun’un önemli bir rolü olmuştur.

(iii) Padişahın Yargı Yetkisi. Yargı teşkilatı Rumeli, Anadolu ve Mısır olmak üzere üç bölgeye ayrılmış olan¹⁸⁵ Osmanlı Devleti’nde, yargı yetkisi padişaha aittir. Padişah yargının başıdır ve umumi vekâlet ilişkisi çerçevesinde, bütün kadınlara yargılama yetkisini padişah tevzi eder. Bununla birlikte padişahın belirli koşullar çerçevesinde kadıyı azletme yetkisi de vardır.

¹⁷⁸ Akgündüz, Anayasa, s. 51.

¹⁷⁹ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 135.

¹⁸⁰ Akgündüz, s. 51.

¹⁸¹ R. Galip Okandan, Amme Hukukumuzun Anahatları, C. I, İstanbul Üniv. Yay., İstanbul 1977, s. 24 vd.

¹⁸² Akgündüz, 53.

¹⁸³ İbn-i Abidin, Redd’ül-Muhtar, C. XII, Çev: Mehmet Savaş, Şamil Yay., s. 307.

¹⁸⁴ “Raiye ya’ni teb’a üzerine tasarruf, maslahata menuttur.” MAA, md. 58.

¹⁸⁵ Mehmet İpşirli, “Klasik Dönem Osmanlı Devlet Teşkilatı”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, Ed: Ekmeleddin İhsanoğlu, C. I, ss. 139-283, IRCICA Yay., İstanbul 1994, s. 263.

Osmanlı padişahları, sahip oldukları sınırlı yasama yetkisi ile yürütme ve yargı yetkilerini kullanırken “lâ yüs'el” yani sorumsuz değıllerdir¹⁸⁶. İlk olarak padişahın her çeşit tasarrufu, şer'î hükümlere uygun olmalıdır. Nitekim padişahın görevi de şer'i şerifi uygulamaktır. Padişahın şahsının diğler insanlardan tek farkı, onun Müslümanların temsilcisi olarak yasama, yürütme ve yargı fonksiyonuna sahip olmasıdır¹⁸⁷. Bu fonksiyonları ifası ise, İslami esasların çizdiği sınırlar çerçevesindedir.

1.2. Yargı Sistemi

İslam hukuk düzenlerindeki tek hâkimli ve tek dereceli yargı sistemi, Osmanlı'da da söz konusudur¹⁸⁸. Bununla birlikte hâkime yardımcı olmak üzere müftü gibi hukukçuların yanında, yargılama esnasında mahkemede hazır bulunan ve kadı yardımcıları olarak da adlandırılan hukukçular da olmuştur¹⁸⁹. Ancak hüküm daima tek hâkim tarafından verilmiştir.

İslam'da olduğu üzere Osmanlı'da da yargı tek dereceli olarak kabul edilmiş, davanın aynı ya da diğler bir hâkim tarafından yeniden (istinafen) görülmesi kabul edilmemişken, hukuk kuralının olaya doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol için temyizen incelenmesine ise izin verilmiştir¹⁹⁰.

Bazı müelliflerce, Osmanlı Hukuk düzenindeki şer'i hukuk ve örfi hukuk ayrımından yola çıkarak, şer'i yargı ve örfi yargı ayrımının olduğu, Divan, Şurta ve Hisbe teşkilatları tarafından yürütülen yargı faaliyetinin de örfi yargıya örnek olduğu iddia edilmiştir¹⁹¹. Hâlbuki ne İslam'da ne de Osmanlı'da, Tanzimat dönemine kadar, hukuk ikiliği yoktur. Hukuk ikiliği olmadığına göre yargısal ikilik de söz konusu olmaz. Esas olan şer'i hukuk olmakla beraber, şer'i hukuka aykırı olmamak kaydı ile örfi hukuk da mümkündür. Hukuksal ve yargısal ikilik olmadığından, mahkemeler, dolayısıyla teşkilatlanma açısından da ikilik yoktur. Bu nedenle, Tanzimat dönemine kadar, örfi ve şer'i yargı ayrımının da bir anlamı yoktur. Bu bakımdan Divan, Şurta ve

¹⁸⁶ Akgündüz, s. 57.

¹⁸⁷ Akgündüz, s. 57.

¹⁸⁸ Aydın, “Anayasa”, s. 160.

¹⁸⁹ Aydın, s. 160.

¹⁹⁰ Aydın, s. 160.

¹⁹¹ Köprülü, a.g.m., s. 614.

Hisbe gibi teşkilatları da şer'i yargı kuruluşları olarak kabul etmek gerekir¹⁹². Yargı fonksiyonu bu teşkilatlara bazı zamanlar için ve bazı yerlerde ek görev olarak verilmiştir¹⁹³. Yargı faaliyetlerini yürüttükleri sırada bağımsız olan bu kuruluşlar vasıtası ile yine birçok uyuşmazlık çözülmüş, kişilerin hakkı tespit edilmiş ve haksızlıklar ortadan kaldırılmıştır.

Netice olarak Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan Tanzimat dönemine kadar şer'i yargı usulü benimsenmiş, yargı fonksiyonu tek kadı'nın görev yaptığı şer'iyeye mahkemelerince yerine getirilmiştir. Kadı, bu mahkemenin başındaki ve yargı fonksiyonunu bizzat yürütmekle görevli kişidir. Kadı'nın başında bulunduğu şer'iyeye mahkemeleri dışında, kazaskerlerin de içinde bulunduğu Divan-ı Hümayun ve diğer divanlar ile kazaskerlik mahkemeleri ve diğer mahkemeler de önemli yargı organlarıdır.

2. Yargı Fonksiyonu ile Görevli Organlar

2.1. Şer'iyeye Mahkemesi

2.1.1. Genel Olarak

Osmanlı'da "meclis-i şer, mahfil-i şer" olarak adlandırılan klasik Osmanlı mahkemesi, Tanzimat'a kadar olan dönemde tek hâkimlidir¹⁹⁴. Çok hâkimli mahkeme yapısı İslam hukuk teorisine uygun olsa da¹⁹⁵ bir iki istisna dışında pratikte ve özellikle Osmanlı klasik döneminde pek uygulanmamıştır¹⁹⁶. Şer'iyeye mahkemeleri olarak anılan bu mahkemeler, hem şer'i hem de örfi davalarda tek yetkili mahkeme olup, bu mahkemenin görev ve yetki alanına girmeyen bir hukuki ihtilaf yok gibidir¹⁹⁷. Devletin yargı fonksiyonu, ülke genelinde yargının asıl eksenini oluşturduğundan, genel olarak bu mahkemelerce yerine getirilmiştir. Bu mahkemelerin başında ise, önceki İslam devletlerine oranla daha geniş yetkilerle donatılmış bulunan ve padişah tarafından tayin

¹⁹² Atar, s. 25.

¹⁹³ Atar, s. 23.

¹⁹⁴ M. Akif Aydın, "Mahkeme: Osmanlı Devleti'nde Mahkeme", DİA, C. XXVII, ss. 341-344, TDV, Ankara 2003, s. 341; Fethi Gedikli, "Kaza: Osmanlı Devleti'nde Kaza", DİA, C. XXV, ss. 117-119, TDV, Ankara 2002, s. 118; Abdülaziz Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İslami İlimler Araştırma Vakfı Yay., İstanbul 1986, s. 95; İlber Ortaylı, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s. 10.

¹⁹⁵ Aydın, Hukuk Tarihi s. 78; Bayındır, s. 95; MAA md. 1802.

¹⁹⁶ Aydın, "Mahkeme", s. 342; Gedikli, s. 118.

¹⁹⁷ Aydın, "Mahkeme", s. 342.

edilen kadılar yer almıştır.

2.1.2. Kadı ve Kadı Yardımcıları

Mecelle'deki düzenlemeye göre kadı, insanlar arasında meydana gelen ihtilafı meşru hükümlere göre halleden ve bu amaçla padişah tarafından tayin edilen kişidir¹⁹⁸. Yine Mecelle'deki ifade ile kadı, “yerinde karar verebilen, anlayışlı, dürüst, güvenilir, şahsiyet sahibi, sağlam iradeli olup, fıkha vakıf olan, yargılama hukukunu iyi bilen, davaları bunlara göre çözebilecek bir beceriye sahip olan”¹⁹⁹ kimsedir.

Osmanlı'da beylik döneminden beri fethedilen yerlere, hukuku temsilen bir kadı'nın tayini yerleşmiş bir kural haline gelmiştir²⁰⁰. Osmanlı Devleti'nin ilk padişahı olan Osman Gazi'nin ilk tayin ettiği iki memurdan birisi kadıdır²⁰¹. Osmanlı yargılama sisteminin merkezinde bulunan kadı, yargı yetkisinin genel ve esas yürütücüsüdür.

Kadı, her türlü şer'i ve örfi hukuk ihtilaflarına bakan bir hâkimdir.²⁰² Kadı, önüne gelen hukuki ihtilafı şer'i hukuk ile ilgili ise fıkıh kitaplarına veya fetva mecmualarına, örfi hukuk ile ilgili ise kanunnamelere yahut merkezden gelen münferit fermanlara dayanarak karara bağlardı²⁰³. Kadıların, şer'i ve örfi hukuk ayrımı olmaksızın yargı fonksiyonunu yürütmeleri, bu iki hukuk sisteminin uyumlu beraberliğini sağlamakla kalmamış, bir hukuk adamı olan kadıyı, bütün adli ve nispeten idari yapının merkezine yerleştirmiştir²⁰⁴. Bu durum, yetkili merci belirsizliğinden kaynaklanacak keyfi uygulamalar söz konusu olmadığından, yöneticilerin yönetilenler karşısındaki keyfi uygulamalarını da en aza indirmiştir²⁰⁵. Öte taraftan, şer'i ya da örfi, bir hukuk uygulaması için kadı'nın izni şart olup²⁰⁶, hukuk uygulamaları yanında vergi toplanması, tahrir yapılması gibi idari tasarrufların da kadı'nın bilgisi ile

¹⁹⁸ “Hakim, beynennas vuku bulan da'va ve muhasamayı ahkam-ı meşruyesine tevfikân fasl ve hesm için taraf-ı Sultaniden nash ve tayin buyurulan zattır.” MAA md. 1785.

¹⁹⁹ MAA md. 1792 ve 1793.

²⁰⁰ İ. Ortaylı, “Kadı: Osmanlı Devleti'nde Kadı”, DİA, C. XXIV, ss. 69-73, TDV, İstanbul 2001, s. 69.

²⁰¹ Cin/Akgündüz, s. 269.

²⁰² Kadılara aynı zamanda “hâkim ya da hâkim'üş-şer” de denmiştir. Ancak hakim tabiri kadı tabirinden daha genel manada kullanılmaktadır. Bkz. Cin/Akgündüz, s. 274; Gedikli, s. 118

²⁰³ Aydın, “Hukuki-Adli Yapı”, s. 519; Gedikli, s. 119.

²⁰⁴ Aydın, s. 342.

²⁰⁵ Aydın, s. 342.

²⁰⁶ Aydın, s. 342.

gerçekleştirilmesi gerektiği, kanunnameler ve adaletnamelerde sıkça tekrarlanmıştır²⁰⁷.

İlmiye sınıfına mensup olan kadı, Osmanlı Devleti'nin hukukçular sınıfını şahsında temsil eden meslek adamıdır²⁰⁸. Osmanlı'da İlmiye sınıfı üç kategoride görevlendirilmiştir. Bunlardan müderrisler öğretimle, müfti'ler fetva ile ve son olarak kadılar ise yargı fonksiyonu ile görevlendirilmiştir²⁰⁹. Osmanlı kadıları bu hiyerarşi içinde mutlaka gerekli medrese tahsilini yapmak ve hukuk bilgisini kazanmış olmak zorundaydılar²¹⁰. “Tahsilsiz biri sadrazam olabilirdi, ancak en küçük kazaya bile kadı olamazdı”²¹¹.

Osmanlı kadısı, adli saha ile birlikte mülki, beledi, mali ve askeri sahalardaki görevleri ile Osmanlı'da görev alanı en geniş olan memurdur²¹². Kadı, ilmiye sınıfına mensuptur, şer'i hukuk adamıdır ve aynı zamanda mülki erkân içindedir. Kadı, hem devletin yargı iktidarını kullanan ve uygulayan hem de halkın devlet karşısındaki temsilcisi ve sözcüsü durumundadır. Bu durum kadı'nın, şer'i hukuku uygulamakla vazifeli olması sebebiyledir²¹³.

Kadı'larla birlikte, yargı fonksiyonunu icra eden ve kadı yardımcıları yahut ikinci derece adliye görevlileri olarak anılan görevliler de bulunmaktadır. Bu görevlileri iki kategoriye ayırabiliriz. Birinci kategoride, yargılama sırasındaki yardımcıları vardır. Bunlar naib, şühudu'l-hal, kassam ve kâtiptir. İkinci kategoride ise, yargılamadan önceki ya da sonraki yardımcıları vardır. Bunlar da müfti, muhızır, vekil ve subaşıdır.

Naib, İslam devletlerinde hükümdar, vali, kadı gibi devlet ricalinin vekili, temsilcisi veya yardımcısıdır²¹⁴. Naibler, medrese eğitimi alarak özellikle fıkıh alanında kendi yargı dairesinde ihtilafları çözebilecek bir seviyede tahsil görmüş ilmiye mesleği

²⁰⁷ “Kadı marifeti ile narh verilmesi”, Akgündüz, Kanunnameler, C. II, s. 74; “Muhtesibin kadı marifeti ile usulsüz iş yapan esnafı cezalandırması”, s. 289; “Kadı marifeti olmadan haraç toplanmaması”, s. 348; “Kadı marifeti ile cizye toplanması”, C. III, 339-330.

²⁰⁸ Ortaylı, s. 69.

²⁰⁹ Ortaylı, s. 12.

²¹⁰ Ortaylı, s. 12; Fendoğlu, s. 128.

²¹¹ Fendoğlu, s. 128.

²¹² Ortaylı, s. 69.

²¹³ Ortaylı, s. 70.

²¹⁴ Casım Avcı ve Mehmet İpşirli, “Naib: Osmanlılar'da Naib”, DİA, C. XXXII, ss. 311-313, TDV, İstanbul 2006, s. 311.

mensubu kimselerdir²¹⁵. Kadı, eğer kendisine bu salâhiyet verilmişse, kendi yerine veya yargı mahallinin çeşitli köşelerine nâib adıyla bir vekil vazifelendirebilir²¹⁶, bu vazifelendirme de Anadolu veya Rumeli kazaskeri tarafından tasdik edilirdi²¹⁷. Kadıların verdiği yetki çerçevesinde belirli bir iş ya da belirli bir süre için tayin edilen nâibler, kadıların idari görevlerini yürütmek için de tayin edilebilirlerdi. Osmanlı Devleti'nde bazı uzak kazalara tayin olunan kadılar buraya gitmeyerek yerlerine nâib gönderirlerdi²¹⁸. Buna 'arpalık naibi' denirdi. Bunların maaşlarını kadı verdiği gibi, hükümlerinden de kadı sorumlu olurdu²¹⁹. Ne var ki sorumluluğun kadıda olması, bu uygulamanın sorunlar doğurmasına ve kadılık kurumunun yozlaşmasına engel olamamıştır²²⁰. Nitekim bu uygulama adli yapının bozulmasının başlıca nedenlerinden biri olmuştur.

Şühûdu'l-hâl, mahkemede yapılan yargılamanın gözlemcisi olan ve bu bakımdan yargılamaya müşahit sıfatı ile katılan kişidir. Mahkemelerde en az iki şühûdu'l-hâl (hâl şahitleri) hazır bulunurdu²²¹. Bu uygulamanın amacı, kişilerin adil yargılanma hakkını ve muhakemelerin aleniliğini tespit etmek içindi. Bu nedenle adil karar verilmesinde dolaylı bir etkileri vardı. Bunların muhakemenin işleyişine veya karara müdahale etmeleri söz konusu olmamıştır²²². Bu yönüyle bazı hukuk sistemlerindeki jürinin konumundan farklı bir konumda oldukları da anlaşılmaktadır²²³. Zira jürinin temel espirisi, şühûdu'l-hâl'in aksine, karar verici olmasıdır. Şer'îye sicil defterlerindeki kararların altında bu şahitlerin de imzası bulunur, bunların hazır bulunmadığı veya hükmü imzalamadığı dava muteber sayılmazdı²²⁴. Şühûdu'l-hâl olarak zaman zaman eski kadıların, hatta kazaskerlerin görev yapması bu görevin, dolayısıyla adaletin çok önemsendiğini göstermektedir²²⁵. Bu bakımdan Şühûdu'l-hâl uygulaması, yargı fonksiyonunun amacını gerçekleştirmek, yani adaletin tesisini sağlamak bakımından, son derece önemli bir uygulama olmuştur.

²¹⁵ Avcı/İpşirli, s. 312.

²¹⁶ Ekinci, s. 377.

²¹⁷ Avcı/İpşirli, s. 312.

²¹⁸ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 84; Ekinci, s. 377.

²¹⁹ Ekinci, s. 377.

²²⁰ Aydın, s. 84.

²²¹ Ekinci, s. 377.

²²² Aydın, s. 85; Ekinci, s. 377.

²²³ Aydın; s. 90; Ekinci, s. 377.

²²⁴ Ekinci, s. 377.

²²⁵ Aydın, s. 85.

Ayrıca, vefat eden kimselerin terekelerini, kadı adına taksim etmekle görevli şer’i memur demek olan **Kassamlar**²²⁶ ile kadı’nın vermiş olduğu kararları bunlar için belirlenmiş usule (sak usulü) uygun olarak deftere geçiren ve hukuk metinlerini yazma konusunda yetişmiş ve aynı tür davaların genelde aynı şekilde yazılmasında ve böylece yargılama sırasında bir eksikliğin olmamasında önemli roller üstlenmiş kimseler olan **Kâtipler**²²⁷ de, kadıların yargılama sırasındaki diğer yardımcılarıdır.

Bunlar dışında, kadılara bağlı olmamakla beraber kadıların müşaviri durumunda bulunan ve bir hukukî mesele hakkında sorulan soruya İslâm hukukuna göre cevap veren **müftiler**²²⁸, tarafların mahkemede hazır bulunmalarını temin eden, mahkemenin asayişine ve getir götür işlerine bakan **muhzırlar** (çuhadar)²²⁹, suçluları takip ederek mahkemeye çıkararak ve mahkeme kararlarının yerine getirmekle vazifeli merkezde çavuşlar ve taşrada subaşılardan²³⁰ da, diğer önemli yargı görevlileridir.

Osmanlı Devleti’nde, şer’iye mahkemeleri dışında da yargı fonksiyonu ile görevli organlar bulunmaktadır.

2.2. Divan-ı Hümayun ve Diğer Divanlar

Divan-ı Hümayun, Osmanlı devlet yönetiminde on beşinci asrın ortasından on yedinci asrın ilk yarısına kadar en önemli karar organı olmuştur²³¹. Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonu ile görevli olan Divan-ı Hümayun, en üst siyasi, idari ve yargı organıdır.

Divan-ı Hümayun, devletin en yüksek mahkemesi olup²³², yargılama kurul olarak değil, kazaskerler tarafından münferiden yapılmaktaydı²³³. Divan-ı Hümayun hem birinci derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi olarak görev yapmaktaydı²³⁴. Birinci derece mahkeme olarak, şer’i veya örfi davalarının ilk olarak görüldüğü ve kesin

²²⁶ Sait Öztürk, “Kassam”, DİA, C. XXIV, ss. 579-582, TDV, İstanbul 2001, s. 579; Cin/Akgündüz, s. 280.

²²⁷ Aydın, s. 86.

²²⁸ İkinci, s. 376.

²²⁹ İkinci, s. 378; Cin/Akgündüz, s. 280.

²³⁰ İkinci, s. 378; Cin/Akgündüz, s. 280-281.

²³¹ Ahmet Mumcu, “Divan-ı Humayun”, DİA, C. IX, ss. 430-432, TDV, İstanbul 1994, s. 430.

²³² Ahmet Mumcu, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, AÜHF Yay., Ankara 1976, s. 86.

²³³ Şentop, a.g.m., s. 112.

²³⁴ Mustafa Şentop, Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik, Klasik Yay., İstanbul 2005, s. 111.

hüküm verildiği mahkeme konumundaydı²³⁵. Bununla birlikte temyiz mercii olarak da, daha önce hakkında karar verilmiş olan davalara, verilmiş olan hükmü incelemekle sınırlı olacak şekilde, yeniden bakabilirdi. Şer'i hükümlerin Divan-ı Hümayun'da yeniden gözden geçirilmesi, davanın şartlarından olan “her iki tarafın veya vekillerinin kadı önünde hazır bulunmaları”²³⁶ şartına uymamakla birlikte, şer'i hükümlerin taraflar hazır olmadan (duruşmasız olarak) Divan-ı Hümayun'da incelenmesi, padişahın adaletsizlikleri önlemesinin, dini açıdan çok büyük bir görev olması nedeniyle doğal kabul edilmiştir²³⁷. Örfi hükümlerin Divan-ı Hümayun'da duruşma yapılmaksızın yeniden gözden geçirilmesi ise, durumun örfi hukukun niteliğine de tamamen uygun olması²³⁸ sebebi ile daha kolay olmuştur.

Divan-ı Hümayunun ilk ve asli görevi de başvuruları dinleyip halletmektir²³⁹. Başvurular ilk olarak veziriazamın önüne gelirdi. Başvuru basit ve şeriat dışında bir iş ise vezir-i azam bunu çözer, şeriatla ilgili ise, ister ilk kez görülsün ister temyizen görülsün vezir-i azam tarafından Rumeli kazaskerine havale edilirdi. Rumeli kazaskerinin işi yoğun ise veziriazamın buyruğu üzerine Anadolu kazaskeri Rumeli kazaskerine yardım ederdi. Örfi davaların ise, veziriazam tarafından görüldüğü iddia edilmiştir²⁴⁰. Hâlbuki dava çözmek hukuk bilgisi ve bu bilgiyi somut olaya uygulama becerisini gerektirmektedir. Üstelik vezir-i azam yargı ve ilmiye mesleğinden gelmiş bir kişi de değildir. Bu nedenlerle vezir-i azamın yargılama yaptığını kabul etmek doğru olmasa gerekir²⁴¹. Vezir-i azamın teorik anlamda böyle bir yetkisinin olduğu kabul edilse bile, bu yetkiyi de kazaskerler vasıtası ile kullandığı düşünülmelidir²⁴².

Divan-ı Hümayuna, hangi din ve millete mensup olursa olsun²⁴³, sosyal statüsü, yaşı, dini, dili, cinsiyeti ne olursa olsun herkes, şikâyetini yahut davasını yazı ile bildirebilir ya da bizzat üyelerin önüne çıkarak anlatabilirdi. Üyeler bütün şikâyetleri

²³⁵ Mumcu, s. 86; “Örfi hukuku yapan organın (Divan-ı Hümayun) bu hukuktan çıkan uyuşmazlıkları, ilk derece yargı yeri olarak kesin hükme bağlayabilmesi normaldir.” Bkz. Mumcu, s. 87.

²³⁶ Bayındır, s. 112.

²³⁷ Mumcu, s. 92-93.

²³⁸ Mumcu, s. 96.

²³⁹ Halil İnalçık, "Adaletname", DİA, C. I, ss. 346-347, TDV, İstanbul 1988, s. 346.

²⁴⁰ Mumcu, s. 100.

²⁴¹ Şentop, a.g.m., s. 112.

²⁴² Şentop, s. 112.

²⁴³ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilâtı, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1988, s. 13.

dinlemek zorundaydılar²⁴⁴. Divan-ı Hümayun toplantılarında genellikle kadıların şikâyet edildiği defterlerden anlaşılmaktadır²⁴⁵. Bu nedenle mehayif müfettişleri adı verilen kadılar zaman zaman çok fazla şikâyet gelen bölgelere gönderilmiş, bu müfettişler gerektiğinde oradaki kadıların yargılama yetkisini kadılardan alarak davaları görmüş ve sonucunu Divan-ı Hümayun'a bildirmişlerdir²⁴⁶.

Divan-ı Hümayunda verilen kararlar padişaha, 'arz' yolu ile bilgi verildikten sonra kesinleşirdi. Divan-ı Hümayun kararına rağmen son söz padişahındır²⁴⁷. Divan, aynı zamanda Hükümdarın genel bir danışma meclisi olup, etkinliği on yedinci asırdan sonra sadrazam lehine azalmış²⁴⁸, on sekizinci asırdan sonra fiilen ortadan kalkmıştır. Divan-ı Hümayun dışında yargı fonksiyonu ile görevli başka divanlar da olmuştur.

(i) **Cuma Divanı.** Cuma günleri vezir-i azam başkanlığında, Rumeli ve Anadolu kazaskerleri, huzur murafaası denilen bir toplantıda dava dinler ve karar verirlerdi²⁴⁹. Kazaskerin katılımı, bu divanın şer'i ve örfi hukuk alanında önemli bir yargılama görevi yaptığını göstermesi bakımından önemlidir²⁵⁰. Divan-ı Hümayun'da görülecek kadar ehemmiyetli olmayan davalar bu divanda görülürdü. Uygulamada, Divan-ı Hümayun'un yargı fonksiyonu, Cuma divanı vasıtası ile yerine getirilmiş²⁵¹, bu sayede yargı faaliyeti ile ilgili ağırlığı artan Cuma Divanı, Osmanlı yüksek mahkemesi halini almıştır²⁵². Bu nedenle olsa gerek Cuma Divanı yargı faaliyeti ile Yargıtay benzetilmektedir²⁵³. Bu divanda dava dinlemek gerekli oluyorsa Rumeli kazaskeri dava dinlerdi. Vezir-i azam izin vermedikçe, Anadolu kazaskeri dava dinleyemezdi²⁵⁴.

(ii) **Çarşamba Divanı.** Çarşamba günleri vezir-i azam başkanlığında İstanbul ve Bilâd-ı Selase (Galata, Eyüp ve Üsküdar) kadılarının davaları dinlemek için toplandıkları divandır. Bu divan da yargı faaliyeti ile istinaf mahkemesine

²⁴⁴ Mumcu, a.g.m., s. 431.

²⁴⁵ Divan-ı hümayun defterlerinin içeriği hakkında bkz. Uzunçarşılı, s. 79-110

²⁴⁶ Mumcu, a.g.e., s. 86; İ. Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1988, s. 128

²⁴⁷ Okandan, s. 37; "İslâm hukukunda devlet başkanı, kuvvetli gerekçelerle veto hakkına sahiptir." Bkz. Aydın, "Anayasa", s. 161.

²⁴⁸ Uzunçarşılı, Merkez Teşkilâtı, s. 13.

²⁴⁹ Uzunçarşılı, Merkez Teşkilâtı, s. 138-139.

²⁵⁰ Aydın, s. 87; Şentop, a.g.e., s. 132.

²⁵¹ Şentop, s. 132, 134.

²⁵² Ekinci, s. 379.

²⁵³ Cin/Akgündüz, s. 243-244.

²⁵⁴ Mumcu, a.g.m., s. 431.

benzetilmektedir²⁵⁵.

(iii) Paşa Divanı (Eyalet Divanı). Eyaletlerde Beylerbeyinin başkanlığında toplanan Paşa Divanları, mahalli bir idare mahkemesi ve kısmen de istinaf mahkemesi mahiyetinde olup, yetkileri kısıtlanmış, görevleri sınırlandırılmış küçük bir Divan-ı Hümayun gibidir²⁵⁶. Bunların kararları aleyhine Divan-ı Hümayun'da temyiz yoluna gidilebilirdi²⁵⁷.

2.3. Kazaskerlik Mahkemesi ve Diğer Mahkemeler

İslam tarihinde kazasker, askerler arasındaki davalara bakan ordu kadısı, Osmanlılarda Divan-ı Hümayun'un üyesi, yargı ve eğitim teşkilatının sorumlusudur²⁵⁸. Osmanlı'da şeyhülislamın yargı yetkisi olmadığından yargı teşkilatının başı ve ilmiye sınıfının Şeyhülislam'dan sonraki revidir²⁵⁹. Rumeli Kazaskeri ülkedeki en kıdemli kadı olup, Şeyhülislam'la giden yol buradan geçirdi²⁶⁰. Osmanlı'da yargı fonksiyonu icra etmekle görevli genel ve esas kişiler olan kadıların tayini ile yetkili kişiler de, on altıncı asrın ortalarına kadar kazaskerlerdi.

Divan-ı Hümayun'un asıl üyesi olup burada yargıyı temsil eden ve dava dinleyen kazaskerler, Cuma Divanı'nda da dava dinlerdi. Aynı zamanda, Divan-ı Hümayun ve Cuma Divanı dışında, kendi divanlarında da dava dinlerlerdi. Bu davalar kazasker huzuruna bazen doğrudan bazen de bahsi geçen divanlardan havale yolu ile gelen davalardı²⁶¹. Padişahın fermanları ile belirtilmiş olan yahut askeri kişilerin terekelerinin taksimine ilişkin bazı davalar zorunlu olarak Kazaskerlik mahkemesinde görülmekteydi. Bunun dışında askeri kişilerin ceza ve hukuk davaları da kural olarak bu mahkemede görülürdü²⁶².

Rumeli Kazaskerliği ve Anadolu Kazaskerliği diye ayrı iki mahkeme söz konusu olmayıp, asıl ve aktif olan mahkeme, ülkenin çeşitli yerlerinden (Rumeli,

²⁵⁵ Cin/Akgündüz, s. 244.

²⁵⁶ Cin/Akgündüz, s. 282.

²⁵⁷ Cin/Akgündüz, s. 282.

²⁵⁸ Mehmet İpşirli, "Kazasker", DİA, C. XXV, ss. 140-143, Ankara 2002, s. 140.

²⁵⁹ Cin/Akgündüz, s. 272; Akgündüz, C. I, s. 226-227.

²⁶⁰ Cin/Akgündüz, s. 272; Uzunçarşılı, İlmîyye, s. 159.

²⁶¹ Şentop, s. 135.

²⁶² Kazaskerlik Mahkemesinde görülmesi zorunlu davalar hakkında bkz. Şentop, s. 140 vd.

Anadolu) gelen davaları dinleyen Rumeli Kazaskerliği mahkemesidir²⁶³. Anadolu Kazaskerliği üst mahkeme olmayıp daha ziyade Osmanlı'nın son dönemlerinde 'askeri kişilerin'²⁶⁴ davalarına bakan istisnai yetkili bir mahkeme olmuştur²⁶⁵.

Bunun dışında da, yargı fonksiyonu ile görevli bazı mahkemeler olmuştur.

(i) **Askeri Mahkemeler.** Bunlardan ilki, Yeniçeri Ağası Divânıdır. Yeniçeri Ağası, kendisine bağlı kamu görevlilerini (kapıkulu askerlerini) yargılama ve bazı cezaları doğrudan infaz etme ve bazılarını da doğrudan vezir-i azama arz etmeye yetkili idi²⁶⁶. İkincisi Kaptan Paşa Divânıdır. Kaptan-ı Derya, tersane halkına ilişkin davaları bizzat dinlerdi. Ayrıca bu davaları, ilgili semt kadısına dinletme yetkisine de sahipti²⁶⁷.

(ii) **Cemaat Mahkemeleri.** İslam yargılama hukukunda temel ilke mülkiliktir. Buna göre, İslam ülkesinde yaşayan herkese dinleri ne olursa olsun İslam hukuku uygulanır. Ne var ki din ve vicdan özgürlüğü ilkesinin bir gereği olarak zimmîlere, bazı hallerde kendi hukuklarına tabi olma imkânı tanınmıştır. Bu imkân zamanla daralarak ahvâl-î şahsiye ile sınırlı hale gelmiştir²⁶⁸. Ancak zaman zaman cemaat mahkemelerinin belirli ceza davalarına baktıkları olmuştur²⁶⁹.

Cemaat mahkemeleri, Osmanlı Devleti'ndeki zimmîlerin, ister millet olarak teşkilatlanmış bulunsunlar isterse bağımsız kilise ve cemaatler halinde bulunsunlar, din ve mezhep yönünden bağlı buldukları mahkemelerdir²⁷⁰. Bununla birlikte zimmîler, ahvâl-î şahsiyeye ilişkin davalarını isterlerse kendi cemaatlerine mahsus cemaat mahkemelerine, isterlerse de Osmanlı Devleti'nin şer'îye mahkemelerinde götürme hakkına sahiptiler²⁷¹. Cemaat mahkemesi kararları 'uygulanması zorunlu yargı kararı' niteliğinde değildir. Bu nedenle bu mahkemelerin verdiği kararlar icra gücünden mahrum olmuş, kararların uygulanması tarafların rızasına bağlı tutulmuştur. Cemaat mahkemesi kararına tarafların rıza gösterip göstermemesine devlet karışmamış, rıza

²⁶³ Gereğçeleri hakkında bkz. Şentop, s. 136 vd.

²⁶⁴ Askeri kavramı ve askeri kişilerin kimler olduğu hakkında bkz. Şentop, s.142 vd.

²⁶⁵ Şentop, s. 139.

²⁶⁶ Cin/Akgündüz, s. 282.

²⁶⁷ Cin/Akgündüz, s. 282.

²⁶⁸ M. Akif Aydın, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yay., İstanbul 1996, s. 233; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 149.

²⁶⁹ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 149.

²⁷⁰ Aydın, Araştırmalar, s. 235.

²⁷¹ Aydın, Araştırmalar, s. 235.

gösterilmediği durumlarda şer'îye mahkemesine başvurma yolu her zaman açık tutulmuştur²⁷².

Cemaat mahkemesinde bir davanın görülebilmesi için mutlaka iki tarafın da zimmî olması şarttır. Bir zimmî ile bir müslümanın hukuki ihtilafında görevli mahkeme, kesin olarak şer'îye mahkemesi olmuştur²⁷³. Dolayısıyla, bu mahkemeler Tanzimat'tan önce gayrimüslimlerin bağlı bulunduğu cemaatlerin hususi mahkemeleri olmuşlardır.

(iii) **Konsolosluk Mahkemeleri.** Osmanlı Devleti'nin yabancı devletlere tanıdığı kapitülasyonlardan yararlanan yabancı devlet vatandaşları (müste'men) arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için kurulmuş olan mahkemelerdir. Bu statüdeki yabancılar, konsolosluk mahkemelerinde kendi kanunlarına göre yargılanırlardı²⁷⁴. Müste'menlerin, Osmanlı yargılama sisteminin dışında tutulması onlara adli muafiyet tanıdığı anlamına gelir. Müste'menlerle Osmanlı halkı arasındaki uyuşmazlıklarda ise görevli yargı yeri şer'îye mahkemeleri olmuştur²⁷⁵.

Bahsini ettiğimiz yargı kurumları dışında esnaf üzerinde lonca meclisleri ile muhtesiblerin, mâlî konularda defterdarların, Hz. Muhammed soyundan gelenler (seyyid ve şerifler) üzerinde nakîbüleşrafların, taşralarda tımar davalarında beylerbeyi ve sancakbeyi (paşa) divanlarının da yargı salâhiyetleri olmuştur²⁷⁶. Ancak bütün bu mahkemelerin görev alanları ve yetkileri sınırlı olmuştur. Osmanlı Devleti'nin genelinde ve yargı sisteminin merkezindeki yargı kurumu klasik Osmanlı Mahkemeleridir. Bununla birlikte, Osmanlı Devleti'nde bütün ihtilafların yargı sistemi içinde çözüldüğünü düşünmemek gerekir. Bir kısım ihtilafın, müftü yahut bölgenin saygın ilim adamının hakemliğinde yargıya intikal etmeden uzlaşma yolu ile çözüldüğü, benzer bir rolü tarikat şeyhlerinin, lonca yetkililerinin veya mahalli liderlerin de oynadığı tarihi bir gerçektir²⁷⁷ ki günümüzde de Anadolu'nun birçok yerinde kullanılmakta olan bir yöntemdir.

²⁷² Aydın, "Mahkeme", s. 342.

²⁷³ Aydın, s. 151.

²⁷⁴ Aydın, s. 155; Aydın, "Mahkeme", s. 342.

²⁷⁵ Aydın, s. 155.

²⁷⁶ Ekinci, s. 380; Cin/Akgündüz, s. 282.

²⁷⁷ Aydın, "Hukuki-Adli Yapı", s. 519.

3. Klasik Dönem Osmanlı Yargı Fonksiyonunun Özellikleri

3.1. Yargı Bağımsızlığı

Osmanlı'da yargının bağımsızlığı, esasında kadı'nın bağımsızlığı demektir. Doğrudan doğruya halife veya baş kadı tarafından tayin edilen ve bölgelerindeki yöneticilerden bağımsız olarak yargı görevini yerine getiren ve yine doğrudan merkeze karşı sorumlu ve ona muhatap olan kadılardan oluşan adli teşkilat İslam devletlerinde daima karşılaşılan bir hukukî vakıa olmuştur²⁷⁸. Bu durum, Osmanlı Devleti'nde de kendine özgü kurumları ile devam etmiştir.

3.1.1. Merkez ve Padişah Karşısında Yargının Bağımsızlığı

Osmanlı'da merkezi idarenin başında padişah vardır. Osmanlı Devleti'nde, İslam hukuk sistemi esas alınmış olduğundan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının bir bütün olarak değerlendirildiğini ve bu fonksiyonların padişahta toplandığını ifade etmiştik. Bu fonksiyonlar bizzat padişah tarafından icra edildiği gibi, padişahın vekâleti ile işin ehli kimseler tarafından da icra edilmiştir. Dolayısıyla Osmanlı'da padişahın, bu fonksiyonların icrasına doğrudan ve dolaylı etkisi olmuştur. Bu etki ise müphem değildir. Yani padişahın fonksiyonların icrasına olan etkisinin ne şekilde olacağı, hukuki sınırlar çerçevesinde, bellidir.

(i) Yasama Yetkisini Elinde Bulunduran Padişah Karşısında Yargının Bağımsızlığı. Osmanlı'da padişahın yasama yetkisi, bazı kaynaklar ile sınırlıdır. Padişah, herhangi bir konuda düzenleyici işlem yapacaksa, bu kaynaklara riayet etmek durumundadır. Bu kaynaklardan ilk ikisi Kur'an ve sünnettir. Bu iki kaynak, zamana ve mekâna göre değişmeyecek hukuki esasları ile hukukun değişmez alanını teşkil etmektedirler. Söz konusu değişmez alanda yargının korunmasına ve bağımsızlığına ilişkin temel esaslar da mevcuttur. Bu esasların bir kısmına birinci bölümde değinmiştik.

İşte diğer İslam Hukuk düzenlerinde olduğu üzere Osmanlı'da da Padişah, yargıya ilişkin düzenleyici herhangi bir işlemi, mevcut esasların aksine olmayacak

²⁷⁸ Aydın, s. 79.

şekilde ve bu esaslar çerçevesinde gerçekleştirmiştir. Üstelik Padişahın sınırlı olduğu ve kendisine riayet edilen kaynaklar bunlardan ibaret değildir. Yukarıda bahsi geçen kaynaklar ışığında, icma ve İslam hukukçularının kıyası da diğer iki kaynaktır. Bununla birlikte mezhep imamlarının ve bilhassa Ebu Hanefi'nin hukuki görüşleri de, Osmanlı Devleti tarafından kendisine riayet edilen önemli kaynaklar arasındadır. Görüldüğü gibi Padişahın yasama yetkisi, gittikçe daralmıştır. Üstelik bu kaynaklar, Padişahın yasama faaliyetinin de kaynağıdır. Dolayısıyla Osmanlı padişahları, yargıya ilişkin düzenleyici bir işlemi yaparken, sırasıyla yukarıda bahsini ettiğimiz kaynaklara riayet etmişlerdir. Bu bakımdan Osmanlı'da yasamanın yargıya müdahalesi, bahsini ettiğimiz kaynaklar ışığındadır ve bu kaynaklar ile sınırlıdır.

(ii) Yürütme Yetkisini Elinde Bulunduran Padişah Karşısında Yargının Bağımsızlığı. Bahsini ettiğimiz üzere yürütme kuvveti de kendisine riayet edilen kaynaklardaki üst kaideler ile sınırlıdır. Osmanlı'da padişah ile kadı arasındaki ilişki, 'vekâlet ilişkisi'dir²⁷⁹. Bu ilişkinin gereği olarak kadı, padişahın talimatlarıyla bağlı olup²⁸⁰ zaman, mekân ve muayyen hususlarla sınırlanabilirdi. Kadı'nın tayini, görev alanı ve yeri, görevden alınması ve denetlenmesi²⁸¹, padişah'ın işlemi ile gerçekleştirilmiştir. Ancak padişahın talimat ve işlemleri, şer'i ve örfi hukuka uygun olmak zorundadır. Bu bağlamda padişahın yargıya, dolayısıyla kadılara müdahalesi, vekâlet ilişkisi çerçevesinde mümkün olup, bu müdahale keyfi değildir ve önceden belirli hukuki kaideler çerçevesindedir.

3.1.2. Taşra ve Ehl-i Örf Karşısında Yargının Bağımsızlığı

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarına kadar taşra yönetiminde kadı'nın etkinliği 'ehl-i örf'e²⁸² nazaran daha fazla olmuştur. Kadı'nın, taşra yönetiminde görevli olan beylerbeyi ve sancakbeyi gibi ehl-i örf'ten emir alması söz konusu olmayıp, aralarında herhangi bir ast üst ilişkisi yoktur²⁸³. Ancak adli saha dışındaki mülki, beledi, mali ve askeri sahaları da kapsayan görev ve yetkileri ile kadı, ehl-i örf karşısında daha

²⁷⁹ Şentop, a.g.m., s. 90; MAA md. 1800.

²⁸⁰ Fendoğlu, s. 196.

²⁸¹ İlerde, 'Yargının Sahip Olduğu Teminatlar' ve 'Yargının Denetimi' başlığı altında ele alınacaktır.

²⁸² Osmanlı hukukunda kadı, müftü, müderris gibi şer'î hukukun temsilcilerine ehl-i şer'; hukuki kararları uygulayan idarecilere ise ehl-i örf denilmektedir. Bkz. Akgündüz, Kanunnameler, C. I, s. 87.

²⁸³ Ortaylı, s. 45; Aydın, s. 79.

etkili ve saygın konumdadır. Osmanlı'da Tanzimat dönemine kadar yargı ve yürütme birbirinden ayrılmaz fonksiyonlar olarak görülmüş, yargı ile birlikte yürütme fonksiyonu da kadıda birleşmiştir. Ancak bu fonksiyonların, yürütme fonksiyonunu üstlenen kimsede değil de, yargı fonksiyonunu üstlenen kimsede olması, hukuk devletini gerçekleştirme hedefi bakımından önemlidir²⁸⁴.

Osmanlı'da kadıya kimse müdahale edemez, kadı'nın dahli olmadan yöneticiler (ehl-i örf) kimseyi hapsedemezdi²⁸⁵. Ehl-i örfün yetkisi, kadı'nın verdiği yetkiyi infaz etmekle sınırlıydı. Askeri denilen devlet memurlarının müdahalesi karşısında kadı'nın, doğrudan merkeze şikâyet edebilmesi²⁸⁶, kadı'nın bağımsızlığı açısından önemli bir teminat olmuştur. Bununla birlikte, beylerbeyi ve sancakbeylerinin askeri denilen devlet memurlarıyla ilgili bazı davalarda hazır bulunmaları, ancak muhakemeye müdahale etmemeleri de kadıların bağımsızlığını göstermesi bakımından önemlidir²⁸⁷.

Şer'i meselelerle ilgili karar verme yetkisi ise istisnasız kadıya aittir. Yönetici, kadı'nın işine karışamaz, mevcut kadıdan ayrı bir kadı da tayin edemez. İbn Abidin'e göre, "Sultan, bir şehre veya bir bölgeye 'emir' tayin etse ve ona din ve dünya işlerinde gerekli olan uygulama için yetki verse, bu durumda vereceği hükümler geçerlidir. Ama o 'emir' ile birlikte bölgeye bir de 'kadı' tayin etmiş ise, bu durumda 'emir'in vereceği hükümler geçerli olmaz. Çünkü şer'i hükümleri uygulama yetkisi 'emir'e değil, 'kadı'ya verilmiştir"²⁸⁸.

3.1.3. Yargı Karşısında Yargı'nın Bağımsızlığı

Yargının bağımsızlığından söz edebilmek için, mahkemelerin ve hâkimlerin de birbirlerine karşı korunması ve karşılıklı bağımsızlıklarının sağlanması gerekir. Osmanlı'da kadılar eşit statüde olup, aralarında adli hiyerarşi söz konusu değildi²⁸⁹.

²⁸⁴ Aydın, s. 83.

²⁸⁵ "Ve kadı marifeti olmadın kimesneyi ehl-i örf habs edüp incitmeye" bkz. Akgündüz, C. IV, s. 305.

²⁸⁶ İnalçık, "Mahkeme", s. 149-150.

²⁸⁷ Aydın, s. 80.

²⁸⁸ İbn Abidin, s. 274.

²⁸⁹ Ekinci, s. 372.

Kadılar arasındaki farklılıklar kıdem, maaş ve rütbe bakımındandı²⁹⁰.

Osmanlı'da yargı fonksiyonu yerine getirilirken bazı temel esaslar gözetilmiştir. Bu esaslar ile yargının bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmıştır. Bu esasların ilki, kadıların '**şer'i ve örfi hukuk ile bağlı olması**'dır. Kadı ihtilafı halletmek için gereken hükmü önce şer'i hukukta arayacak, burada bulamadığı takdirde örfi hukuka bakacaktır. Osmanlı kadısı bundan başka hiçbir şeyle ve hiç kimseyle bağlı olmamıştır.

Yargının, diğer yargı organları karşısında bağımsızlığını sağlamaya yönelik ikinci esas, kadı'nın '**içtihat hürriyeti**'dir. Kadı, ilgili hükmü şer'i ve örfi hukuk sahasında bulamaz ise kendi içtihadı ile hükmeder. Bu hürriyet, İslam hukukunun hâkime tanıdığı içtihat etme hürriyetinden kaynaklanmıştır. Bu hürriyet ile kadılar birbirlerinin içtihadı karşısında bağımsızdırlar²⁹¹. Hatta bu bağımsızlık, önceki içtihatları bakımından da söz konusudur. Bu bakımdan Divan-ı hümayun yahut başka bir mahkemenin içtihadı, kadı için bağlayıcı değildir. Kadı, içtihat etmesi gerekiyorsa eğer, hukuki bilgisi ile somut olay hakkında hükmünü vermelidir. Bunun için diğer hukukçulardan (müftülerden) fetva da (hukuki görüş) isteyebilir. Ancak bu fetva ile de bağlı değildir.

Yargının diğer yargı organları karşısında bağımsızlığını sağlamaya yönelik diğer bir esas, kadıların '**yer bakımından sınırlandırılması**'dır. Osmanlı'da kadıların tayin edildiği coğrafi bölge, aynı zamanda önceden sınırları kesin olarak belirlenmiş bir yargı çevresidir ve kadı'nın yer bakımından yetkili olacağı alan, önceden hukuki bir işlemle teminat altına alınmıştır. Önceden hukuki bir işlem ile belirlenmiş olan bu yargı çevresi, aynı zamanda kadıların gelirlerinin de sınırlarıdır. Böylece bir başka kadıya tahsis edilmiş yargı çevresinde yargılama yapmak ve o kadının bir kısım hâsılatını almak, hukuka aykırı hale getirilmiştir. Bu sayede kadılar birbirlerinin sınırlarına dokunamamış, her bir kadı başka bir kadı'nın müdahalesi olmadan kendi yargı çevresinde bağımsızlığını sağlamıştır.

²⁹⁰ Ekinci, s. 372.

²⁹¹ MAA md. 16: "İçtihad ile içtihad nakzolunmaz."

3.2. Yargının Sahip Oluğu Teminatlar

Bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayabilmek için hâkime bazı güvencelerin sağlanması gerekir. Hâkime sağlanacak olan güvencelerle, yargılama görevinin her türlü baskıdan uzak bir şekilde yerine getirilmesi sağlanır. Günümüzde ‘**hâkimlik teminatı**’ olarak anılan bu güvenceler “yer, görev ve mali” bakımlardan teminat olarak karşımıza çıkar. Özellikle hâkimlerin kim tarafından ve nasıl atandığı, yargı bağımsızlığı açısından önem taşıyan husustur. Ancak bundan da önemli olan husus, hâkimlerin görevine kim tarafından ve nasıl son verildiği hususudur.

Osmanlı’da yargı yetkisi padişaha ait olup padişah bu yetkisini, tek başına yerine getirmesi mümkün olmayacağından, bizzat yahut bir başkası vasıtası ile tayin edeceği kadılar eli ile yerine getirmiştir. Diğer İslam devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti’nde de padişahlar, mahkemeler kurarak, kadılar tayin ederek veya ettirerek yargı fonksiyonunu yerine getirmişlerdir. Yine Osmanlı’da, padişahın görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, görevi sona eren padişahın onayı ile tayin edilen kadıların görevi sona ermemiştir. Bu durum, kadıların padişah adına değil kamu adına faaliyet yürüttüklerini ve kadılara yetki bakımından teminat sağlandığını göstermesi bakımından önemlidir.

Osmanlı’da padişah ile kadı arasındaki ilişkinin, ‘vekâlet ilişkisi’ olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda kadı’nın tayini, görevden alınması, denetlenmesi, kararlarının incelenmesi (temyiz), görev alanı ve yeri bakımından sınırlandırılabilmesi, vekâlet ilişkisinin niteliğiyle alakalı olagelmıştır.

3.2.1. Kadı’nın Tayini

Kadı olabilmek için medreselerin yüksek kısmından mezun olmak²⁹², bazı sınavlardan geçmek ve Kazaskerlik divanında, kadılık stajını yapmak gerekirdi²⁹³. Belirli süre müderrislik yapanlar ise stajdan muaf tutulur ve doğrudan kadı olarak atanırdı²⁹⁴.

²⁹² Ekinci, s. 369.

²⁹³ Fendoğlu, s. 240.

²⁹⁴ Şentop, s. 87; Fendoğlu, s. 240-241.

Osmanlı devletinde kadı tayinleri, on altıncı asrın ortalarından itibaren mevleviyetlere (eyalet kadılıklarına) tayinde şeyhülislamın yetkisini istisna tutarsak eğer, kazaskerler tarafından gerçekleştirilirdi²⁹⁵. Kadılıklarda değişiklikler, kadıların tayin ve azilleri, hüküm sahalarının sınırlanması veya sınırlamanın kaldırılması, kazaskerin teklifi (arzı) ile ve padişahın onayı ile gerçekleşmekteydi²⁹⁶. Kadıların tayini mutlaka padişah beratı ile olur, kadıların tayin, yol ve nakil işlemlerini Anadolu ve Rumeli kazaskerlerinin daireleri yapardı²⁹⁷. Bunun için de kadı mesleğe intisab ettiğinde bu dairelerden birini seçecek, seçtiği dairede işlemler ‘rûzname’ denilen deftere kaydedilecek ve artık kadı’nın meslekteki terfi ve özlük işleri bu dairece yürütülecekti²⁹⁸. Kadı’nın tayini bu deftere işlenmemişse elindeki berat hükümsüz olup iptali gerekirdi²⁹⁹. Aynı şekilde beratsız görev yapan kadı’nın tayin işlemi butlan ile maluldür. Anlaşılan Osmanlı’da kurallara son derece riayet edilmiş, aşamalar disiplinli biçimde yürütülmüş, ilminde son derece iyi olsa da gerekli işlemler yapılmadan hiç kimse kadı olarak tayin edilmemiştir. Bu durum, hâkimlik mesleğinin hukuki düzenlemeler ile teminat altına alınmış olduğunu göstermektedir. Vali ve beylerbeyi olan kişiler dâhil Kazasker arzı Padişah onayı dışında hiç kimse kadı atayamaz yahut onları görevden alamazdı³⁰⁰.

3.2.2. Kadı’nın Yer ve Görev Bakımından Yetkisi

Padişah, vekâlet ilişkisinin gereği olarak, kadıların görev yerini, görev alanını ve bu görevin kapsamını belirlemek yetkisine sahipti³⁰¹. Padişah, tayin sırasında belli şartlarla kadıyı, belli davalara bakmak veya bakmamak, belli coğrafi sınırlar içinde yargılama yapmak ve belli süreyle görev yapmak şeklinde sınırlayabilirdi³⁰².

Yargı görevinin icra edileceği coğrafi alanla ilgili sınırlamalar, her kadı tayininde ayrıca belirtilmemiş, bunun yerine yargı çevrelerinin önceden belirlenmesi,

²⁹⁵ Şentop, a.g.e., s. 87.

²⁹⁶ Uzunçarşılı, İlmiye, s. 87; Halil İnalcık, “Mahkeme: Osmanlılarda”, İA, C. VII ss. 149-151, MEB, İstanbul 1988, s. 149; Fendoğlu, s. 244-246; “Hakim, ... taraf-ı Sultaniden nasb ve tayin buyurulan zattır.”, bkz. MAA md. 1785.

²⁹⁷ Ortaylı, “Kadı”, s. 70.

²⁹⁸ Ortaylı, s. 70.

²⁹⁹ Ortaylı, s. 70.

³⁰⁰ Abdülaziz Bayındır, “Osmanlı Adli Teşkilatı”, Yeni Türkiye, C. XXXI, Sy. 6 (Osmanlı Özel Sayısı I), ss. 667-698, İstanbul 2000, s. 673.

³⁰¹ MAA md. 1801: “Kazâ, zeman ve mekan ile ve bazı husûsatın istisnası ile tekayyüd ve tahassüs eder.” Ayrıca bkz. MAA m. 1803, 1807.

³⁰² Şentop, a.g.m., s. 91.

başka bir ifade ile ‘kaza’ teşkili suretiyle sınırları belli yargı çevreleri oluşturulmuştu³⁰³. Yargı çevrelerinin kurulması veya değiştirilmesi ile ilgili düzenlemeler, coğrafi yakınlık, idari iş ve işlemlerin yürütülmesinde kolaylık, söz konusu çevrenin getirmesi tahmin edilen gelir gibi sebeplerle kazasker veya vezir-i azamın arzıyla ve padişahın onayıyla yapılan bir işlemle gerçekleşmekteydi³⁰⁴. Dolayısıyla, kadıların tayin edildiği coğrafi bölge, aynı zamanda sınırları önceden kesin olarak belirlenmiş bir yargı çevresidir ve kadı’nın yer bakımından yetkili olacağı alan, önceden hukuki bir işlemle teminat altına alınmıştır. Kaza daireleri, bu dairelerin kadı için getireceği hâsılat dikkate alınarak düzenlendiğinden, söz konusu yasama işlemi ile kadıların kendi yargı çevreleri hakkında azami hassasiyet göstermeleri temin edilmiştir³⁰⁵. Böylece bir başka kadıya tahsis edilmiş yargı çevresinde yargılama yapmak ve o kadının bir kısım hâsılatını almak hukuka aykırı hale getirilmiştir. Bu durum, yargı çevrelerinin korunmasının farklı bir yöntemle teminat altına alınmış olduğunu göstermektedir.

Padişah tarafından tayin suretiyle ve ona vekâleten görev yapan kadılar bu yetkilerini, padişah tarafından verilen bir yetki işleminden almaktaydılar³⁰⁶. Bu bakımdan, daha önce kadı ve hatta kazaskerlik yapmış kişilerin, fiilen görevde olmadığı zamanlarda, yargılama yetkisi bulunmamaktaydı. Dolayısıyla kadılar için asıl olanın ‘yetkisizlik’ olduğu, ‘yetki’ halinin tayin beratıyla ortaya çıkan bir istisna olduğu anlaşılmaktadır³⁰⁷. Bu beratlarla, yetkilendirme konusunda doğabilecek ihtilafların önüne geçmek amacıyla, oldukça kapsayıcı ifadelerle, kadıların yapacakları işler ve bakacakları davalar belirtilmiştir³⁰⁸.

Yine bazı genel düzenleyici işlemlerle, önceden bir kısım görevlilerin sadece belli mahkemelerde yargılanmalarına hükmedilmiş, genel mahkemelerin bu kişileri yargılamasının önüne geçilmiştir. Mesela ilmiye sınıfına mensup kişilerle ilgili davaların, kendilerine verilen beratlarla sınırlı olmak üzere bazı gayrimüslim din adamları ile ilgili davaların, benzer şekilde Osmanlı Devleti’nin yaptığı anlaşmalar ve

³⁰³ Kazaların teşkili hakkında bkz. Tuncer Baykara, "Kazâ", DİA, C. XXV, TDV, Ankara 2002, s. 119-120; "Kaza beş suretle tekayyüd eder: Zaman ile, Mekan ile, bazı hususat ile, bazı eşhas ile ve mesail-i hilafiyede bir müctehidini kavliyle amel olunmasıyla." Bkz. Ali Haydar Efendi, s. 418 vd.

³⁰⁴ Şentop, s. 95.

³⁰⁵ Şentop, s. 100.

³⁰⁶ Şentop, s. 95.

³⁰⁷ Şentop, s. 95; İnalçık, "Mahkeme", s. 149.

³⁰⁸ Şentop, s. 96; Farklı dönemlere ait kadı beratları örneği için bkz. Uzunçarşılı, İlmiye, s. 111-116.

tanıldığı imtiyazlara göre ülke sınırları içindeki yabancılar (müste'menler) hakkındaki davalar ile miktarı belli bir değer üzerinde bulunan davaların, Divan-ı Hümayun'da veya kazaskerlik mahkemelerinde yargılanabilecekleri belirtilmiştir³⁰⁹. Bu tür davalara, suistimale açık olması nedeni ile genel mahkemelerde değil de Divan-ı Hümayun veya Kazaskerlik mahkemelerinde bakılması, adil bir yargılamayı sağlama amacı gütmesi yönüyle anlaşılabilir bir durumdur. Aynı teminat ilmiye sınıfı mensubu olan kadı için de geçerli olmuştur. Kadılar ile ilgili davalar da, Kazaskerler tarafından Divan-ı Hümayun'da görülmüştür. Bazı zamanlarda kadılar, kendileriyle ilgili şikâyet ve tacizler olduğunda, padişah'tan sadır olmuş fermanlara atıf yaparak, başka bir yerde yargılanmamaları gerektiğini, cezaya ilişkin davalarının sadece Divan-ı Hümayun'da görülebileceğini belirtmişler, bu hususu teyit eden emir talep etmişlerdir³¹⁰.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür. Osmanlı kadıları, bir hukuki işlem ile aldıkları yetki ile her türlü dava ile görevlendirildikleri halde, bazı zamanlarda yine hukuki düzenlemelerle belli konu, belli kişi ya da belli miktardaki davaları görmek hususunda sınırlandırılmışlardır. Burada altı çizilmesi gereken husus, bu sınırlandırmanın sadece belli kişi ya da olaylar ile ilgili olarak değil, genel olarak herkes için ve hukuki işlemler ile gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu husus, kişi ve olaylara uygulanacak hukukun önceden belirlenmiş olması, dolayısıyla yargılama faaliyetinde hukukun üstünlüğünün teminat altına alınmış olması yönüyle önemlidir. Aynı şekilde kadıların Divan-ı Hümayun'da yargılanması da, kadıların bağımsızlığının sağlanabilmesi açısından önemli bir teminattır.

3.2.3. Kadılık Süresi

Osmanlı'da kadıların, başlangıçta sınırlı olmayan görev süreleri daha sonra kısaltılmıştı. Bu süre on yedinci asrın başlarından itibaren kaza kadılıklarında yirmi ay, mevleviyetlerde bir sene idi³¹¹. Kadılar, genelde süre sona erdikten sonra İstanbul'a döner ve Kazasker divanına devam ederlerdi. Sürenin kısa tutulmasının nedenleri arasında, kadılığa olan talebin artması ve herkese yetecek sayıda kadılığın

³⁰⁹ Çeşitli beratlar ile bu kişilerin Divan-ı Hümayun'da yargılanmaları gerektiğine dair detaylı bilgi için bkz. Şentop, s. 96 vd.

³¹⁰ Şentop, s. 96.

³¹¹ Uzunçarşılı, İlmiye, s. 94.

bulunmaması³¹², mahalli halk ile yakınlaşmalarına engel olarak kadıların tarafsızlıklarını sağlama düşüncesi ve kadıların bilgi bakımından eksikliklerini gidermek gibi bir takım nedenler gösterilmiştir³¹³. Bu yöntem ile dolaylı da olsa kadıların denetiminin sağlanacağını³¹⁴ ve kadılık görevinin liyakatli kişilerin elinde olmaya devam edeceğini³¹⁵ söyleyebiliriz. Aynı zamanda bilgi yönünden eksikliklerini gidermeleri imkânı sağlanarak, yargılama görevi ile meşgul oldukları zaman, fıkıh ilminden başka bir ilim üzerinde araştırma ve inceleme yapma fırsatı bulamayan kadınlara, bu sayede diğer ilim dallarına yönelme fırsatı sunulmaktaydı³¹⁶. Bu durum, İslam hukuk düzenlerinde, kadıların birçok ilimden icazet (diploma) almış olmalarından ziyade, icazet verebilecek kadar üstün ve yetenekli olmalarına büyük önem verilmesinden kaynaklanan bir durumdur³¹⁷. Ne var ki vaziyet arzu edilen biçimde gelişmemiş, görev sürelerinin kısa tutulması yargı sisteminde olumsuzluklara yol açmış, kısa süreli bu değişimler, Osmanlı yargı sisteminin bozulmasının başlıca sebeplerinden biri olmuştur³¹⁸. On yedinci asrın başında yaklaşık on kadı'nın, bir kadı'nın görev süresinin dolmasını bekledikleri görülmüştür³¹⁹. Kadıların fiili görev sürelerinin bitmesinden yeni bir göreve tayinlerine kadar geçen süreçte maaş almamaları kadıların mahrumiyet içinde bırakmış, bu mahrumiyet bazılarının meslek ahlakına olumsuz etki yapmış³²⁰, görevlerini gereği gibi yapmalarını engellemiş, kadınlara hukuk dışı davranışlara ve yasal olmayan harcamalara yöneltmiştir. Ahmet Cevdet Paşa, belirli süreli hâkim tayininin zararlı olduğunu belirterek, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesiyle hâkimlerin belirli süre sonunda azledilmemesi gerektiğini haklı olarak belirtmiştir³²¹.

3.2.4. Kadı'nın Teftiş ve Azli

Kadıların teftiş ve azilleri de, tayinde olduğu gibi padişahın nihai işlemi ile

³¹² Aydın, "Mahkeme", s. 343.

³¹³ Fendoğlu, s. 247; Bayındır, a.g.m., s. 674.

³¹⁴ Nevin Ünal Özkorkurt, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", AÜHF, C. 57, Sy. 1, ss. 225-242, Ankara 2008, s. 233.

³¹⁵ Bayındır, s. 674.

³¹⁶ Bayındır, s. 674.

³¹⁷ Bayındır, s. 674.

³¹⁸ Fendoğlu, s. 248.

³¹⁹ Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", s. 392.

³²⁰ Aydın, "Mahkeme", s. 343.

³²¹ M. Akif Aydın ve Yusuf Halaçoğlu, "Cevdet Paşa", DİA, C. VII, ss. 443-450, TDV, İstanbul 1993, s. 447.

olmaktaydı³²². Kadı, şikâyet edilmişse ya da merkezden gerekli görülmüşse, teftiş edilir ve bu teftiş sonucu azledilebilir. Kadılar genelde, adaletsiz davranma, zulüm, irtikâp veya başka yolsuzluklar gibi sebeplerle, halkın münferiden ya da toplu olarak yaptığı şikâyet üzerine teftiş edilmiştir³²³. Şikâyet dışında kadı'nın, bir hususta merkezden gönderilen talimata cevap vermemesi ya da talimatın gereğini yerine getirmemesi de merkezin re'sen teftişe geçmesine sebep olabilmiştir³²⁴. Dolayısıyla kadıların teftişi keyfi nedenlerle değil, kamu yararı gerektirdiği için olmuştur. Önemli olan teftişi ve azli, hangi usulle kimin yaptığıdır. Çünkü kadı'nın görev teminatı bakımından önemli olan husus budur.

Gelen şikâyet üzerine ilk olarak bir ya da birkaç kadı, bazen de kadı ile beraber beylerbeyi ve sancak beyi de görevlendirilirdi³²⁵. Yapılan teftiş sonunda suçlu bulunan kadı, cezalandırılmak üzere İstanbul'a getirilirdi. Bu teftişlerle ilgili işlemlerde kazaskerlerin de önemli rolü bulunmakta, yazışmalar kazaskerin elinden geçmekte ve padişaha arz, kazaskerin kayıtları ile yapılmaktaydı³²⁶. Valiler, sancak beyi ve sair ehl-i örfün ceza vermesi ise yasaktı³²⁷. Bu teftiş iki amaçla yapılırdı. Birincisi ilgili kadı'nın suç işleyip işlemediği ve görevini kötüye kullanıp kullanmadığını ortaya çıkarmak, ikincisi de kadıların bu davranışları sebebi ile bir zarar meydana gelmişse bu zararı tazmin etmek³²⁸.

Görüldüğü üzere kadı'nın teftişi, hukukçular tarafından yapılmakta ve azlin gerekip gerekmediğine hukukçular karar vermekteydi. Bu karar daha sonra nihai işlem için padişaha sunulmaktaydı. Hukukçular tarafından sorgulanmak, ehl-i örf ile çekişme halinde olan ehl-i şer mensubu kadılar bakımından önemli bir teminattır. Yine kadıların husumet ya da karşılıklı çekişme (özellikle ehl-i örf ile) sonucu gereksiz yere şikâyet edilmelerinin önüne geçmek için, isnadın doğru çıkmaması halinde isnat sahibinin cezalandırılacağı belirtilmiş ve bazı şikâyet sahiplerinin de bu nedenle cezalandırıldığı

³²² Şentop, s. 96.

³²³ Şentop, s. 96.

³²⁴ Şentop, s. 97.

³²⁵ Şentop, s. 96.

³²⁶ Şentop, s. 96.

³²⁷ Kanunnamelerde, ehl-i örfün, özellikle ehl-i şer mensuplarına kendiliğinden ceza veremeyeceği, kefil varsa bu kimseleri hapsedemeyeceği, bunları merkeze havale etmeleri gerektiği, kefil yoksa ya da kaçma şüphesi varsa ancak hapsedileceği düzenlenmiştir. Bkz. Akgündüz, C.III, s. 106; C. VII, s. 356; C. VIII, s. 111.

³²⁸ Şentop, s. 98.

olmuştur³²⁹. Kadı'nın görev alanı dışında bırakılan davalara bakması³³⁰, kadı'nın yolsuzluk yapması, kadı'nın tayin edilmesi için gereken şartlardan birinin ortadan kalkması veya bilgisiz olduğunun anlaşılması durumları³³¹, bazı azil nedenleridir.

3.2.5. Kadı'nın Mali Durumu

Kadimden beri bütün hukuk sistemlerinde ve modern hukukta, hâkimin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamanın yollarından birisi de, hâkimlerin mali teminatını sağlamak olmuştur. İslam hukukunda hâkim ücretlerinin tatmin edici olduğu³³², Hz. Peygamber döneminde devlet memurları arasında en yüksek maaşı hâkimlerin aldığı, ikinci halife Hz. Ömer tarafından da hâkimlerin rüşvetten uzak durması için maaşlarının yüksek tutulduğu ifade edilmiştir³³³. Osmanlı Devleti'nde de Sultan Abdülaziz dönemine kadar, kadıların belli bir maaşı olmayıp³³⁴, kadılar ve diğer yargı personeli mahkeme harçları ile geçinmiştir. Sultan Abdülaziz döneminde ise kadılara maaş bağlanmıştır. Kadılar, mahkeme harçları veya daha sonra aldıkları maaşları dışında da, gündelik, resim, tımar gibi bazı gelirler de almışlardır³³⁵.

Hâkimlerin düzenli bir maaş olmadan mahkeme harçları ile geçinmeleri suüstimale açık bir uygulamadır. Çünkü böyle bir uygulamada, ekonomik anlamda belirsizlik söz konusu olacaktır. Mahkemeleşmenin olmayacağı ya da pek az olacağı zamanların, mali bakımdan hâkime sıkıntı vereceği öngörülebilirdir. Nitekim bu durum, Osmanlı'da kadıların usulsüz kazanç yöntemlerine ve haksız uygulamalara yöneltmiştir³³⁶. Buna mukabil hâkimlere düzenli maaş bağlama uygulaması, onların hiçbir şekilde usulsüzlüğe veya haksız kazanca yönelmeyeceğinin garantisini vermez. Bu durum, hâkimin ahlaki tutumu ve adalet duygusu ile de yakından alakalı bir durumdur. Ama düzenli bir gelir uygulamasının, en azından daha belirgin ve az hasarlı olacağını söyleyebiliriz.

³²⁹ Şentop, s. 97.

³³⁰ Şentop, s. 99.

³³¹ Fendoğlu, s. 254.

³³² Atar, a.g.e., s.113; Bayındır, a.g.e., s.88; Çeliker, s.258.

³³³ Fendoğlu, s. 256; Çeliker, s. 258.

³³⁴ Uzunçarşılı, İlmiye, s. 84.

³³⁵ Fendoğlu, s. 259.

³³⁶ Ortaylı, a.g.e., s. 68-69; "Kadıların irtikap ve rüşvet ile ilişkisi öteden beri söz konusu idi. Öyle ki, Yıldırım Bayezid, bu yola sapan kadıların bir yere kapatılıp yakılmalarını emretmiş, ancak Vezir-i azam Çandarlızade Ali Paşa'nın, kadıların gelirlerindeki düşüklüğün buna yol açtığı gerekçesi karşısında bundan vazgeçmiştir." Bkz. Uzunçarşılı, İlmiye, s. 84.

3.3. Yargının Denetimi

3.3.1. Genel Olarak

Yargının bağımsızlığını veya yargıya bir takım teminatları sağlamakla adalet tesis edilmiş ve hukuk devleti gerçekleşmiş olmaz. Zira tek başına bazı teminatlarla bağımsızlığı sağlanmış bir yargı, hukuk dışı ve keyfi davranılmayacağı garantisini vermez. Yargının usul ve esasları ile hukuka riayet etmesi gerekir. Hukuka aykırılık halinde de yaptırım söz konusu olur. Bunun için de yargının denetlenmesi gerekir. Her nimetin bir külfeti olacağından hareketle, yetki varsa denetim de olmalıdır. Aksi takdirde Jüristokrasi meydana gelir.

Osmanlı Devleti'nde, çeşitli denetim vasıtaları sayesinde özgün bir denetim sistemi vardı. Bu vasıtalar, “merkezi idare, yargı, şühûdu'l-hal, fetva ve kamuoyu”³³⁷ gibi vasıtalar idi. Osmanlı'da yargının denetiminden kasıt, yargı ile özdeşleşmiş olan kadı'nın denetimi demektir.

3.3.2. Denetim Vasıtaları

3.3.2.1. Merkezi İdare Tarafından Denetim

Osmanlı'da kadı, merkezi idare demek olan padişah ve divan-ı hümayun tarafından bizzat ve bunların marifeti ile mehayif müfettişlerince denetlenirdi.

Adaletnameler önemli denetim araçları olmuştur. Merkezin tepesindeki padişah tarafından yayınlanan adaletnameler³³⁸, kadıları denetim altına almak için yayınlanmıştır. Çünkü adaletnameler, yaygın hale gelmiş suüstimaller, merkeze yapılmış şikâyetler, teftişler sonucunda tespit edilmiş haksızlıklar³³⁹, kadıların görevini kötüye kullanması ve hukuka aykırı hükümler vermesi gibi sebeplerle yayınlanmışlardır. Bu yolla merkezi idare, devletin yargı iktidarını kullanan kadıların bu iktidarı kötüye kullanmasına engel olmak istemiştir. Merkez, düzenin gidişatı hakkında bihaber değildir. Padişahlar halkın şikâyet ve davalarını bizzat dinlediği gibi, halk da şikâyetini,

³³⁷ Fendoğlu, s. 261-288.

³³⁸ Adaletname örneği için bkz. Akgündüz, Kanunnameler, C. VIII, İstanbul 1994, s. 101-102.

³³⁹ İnalçık, “Adaletname”, s. 346.

sancakbeyi ya da beylerbeyine değil, doğrudan merkeze yapardı³⁴⁰. Çünkü sancakbeyi ve beylerbeyinin kadı'nın üstünde bir statüsü yoktu. Halk da bunu bildiğinden şikâyetini doğrudan merkeze yapardı³⁴¹. Böylece merkez ve hatta bizzat padişah, ülkede düzenin gidişatı hakkında bilgilenmiş ve buna göre gereken müdahaleler yapılmış oluyordu.

Yargısal denetimi yanında idari denetimi ile Divan-ı Hümayun da önemli bir denetim aracı olmuştur. Merkeze yapılan şikâyetler, merkezin talimatına cevap verilmemesi yahut talimatın gereğinin yerine getirilmemesi gibi nedenlerle bu divan harekete geçer, teftiş için bilgi seviyesi yüksek hukukçu kimseler olan Mehayif müfettişleri veya toprak kadıları (seyyar kadılıklar) görevlendirilir, bunlar şikâyetleri dinleyip mevcut bilgi ve belgeyi toplar, gerekli tahkikat ve teftişi yaptıktan sonra durumun arzı ile birlikte gerekirse ilgili kadıyı divana sevk ederlerdi³⁴².

3.3.2.2. *Şühûdu'l-Hâl Tarafından Denetim*

Kadı yardımcılarında biri olarak değindiğimiz Şühûdu'l-hâl, yargılamaya gözlemci sıfatı ile katılan ve bölgenin ileri gelenleri arasından seçilen kişilerden oluşan bir heyettir. Bunların muhakemenin işleyişine veya karara müdahale etmeleri söz konusu olmazdı³⁴³. Bu heyetin varlığı ile hâkimin tarafsızlığı denetlenmekteydi³⁴⁴. Bu uygulamanın amacı, adil yargılanma hakkını ve muhakemelerin aleniliğini sağlamaktı. Bu şekilde adil karar verilmesine dolaylı bir etkileri söz konusu olmaktaydı. Şer'îye sicil defterlerindeki kararların altında bu şahitlerin de imzası bulunur, bunların hazır bulunmadığı veya hükmü imzalamadığı dava muteber sayılmazdı³⁴⁵. Şühûdu'l-hâl olarak zaman zaman eski kadıların, hatta kazaskerlerin görev yapması³⁴⁶, adil düzenin temini ve temin edilen adil düzenin korunması bakımından yargı denetiminin önemsendiğini göstermektedir.

³⁴⁰ Fendoğlu, s. 267, 269.

³⁴¹ Toplumda hak arama bilincinin yerleşmiş olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

³⁴² Detaylı bilgi için bkz. Uzunçarşılı, İlmiye, s. 126 vd.

³⁴³ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 85; Ekinci, s. 377.

³⁴⁴ Özkorkurt, s. 234.

³⁴⁵ Ekinci, s. 377.

³⁴⁶ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 85.

3.3.2.3. *Yargı Yolu İle Denetim*

Osmanlı'da kadıların yargısal denetime tabi tutulmaları da söz konusu olup, kadı'nın kararına yapılan itiraz durumunda ya da kararın açık bir şekilde hukuka aykırı olduğu durumlarda davanın yeniden görülmesi mümkündür. Diğer İslam hukuk düzenlerinde Divan-ı Mezalim tarafından yapılan bu denetim, Osmanlı Devleti'nde klasik dönemde Divan-ı Hümayun tarafından yapılmıştır. Esasında Osmanlı yargı sistemi tek dereceli olup sistematik anlamda bir temyiz sistemi yoktur. Mahalli (yerel) mahkemenin verdiği karar kesin olup, ceza davaları hariç olmak üzere, verildiği andan itibaren bir üst mahkemenin tasdikine gerek olmaksızın işlerlik kazanırdı³⁴⁷. Ancak Divan-ı Hümayun, yüksek mahkeme sıfatı ile mahalli mahkemelerin kararlarına yapılan itirazı kontrol edebilmekteydi. Bu kontrol de idari değil adli, siyasi değil hukuki bir kontrol idi. Zira bu kontrol hukuki esaslar çerçevesinde ve hukukçu kimseler olan kazaskerler tarafından yapılmaktaydı³⁴⁸. Kontrol edilen kararda, hukuka aykırılık tespit edilmişse bu karar bozulurdu. Böylece davaya yeniden bakılması için ilgili dava, ya kararı veren kadıya yahut başka bir kadıya havale edilir ya da Divan-ı Hümayun'da kazasker marifeti ile yeni bir hüküm verilirdi.

3.3.2.4. *Fetva Yolu İle Denetim*

Fetva, fihhi bir meselenin dini-hukuki hükmünü açıklayan cevaptır³⁴⁹. Fetvayı veren kişiye müftü denmiştir³⁵⁰. Hiyerarşik anlamda en üsteki müftü ise ulemanın reisi konumundaki şeyhülislamdır. Diğer İslam devletlerinde olduğu gibi Osmanlı'da da mahkemenin işleyişi³⁵¹ ve dolaylı da olsa yargının denetimi ve yargı için önemli bir bilgi kaynağı teşkil etmesi³⁵² bakımından fetvanın önemli bir işlevi olmuştur. Müftüler, kendilerine sorulan dini-hukuki sorulara somut olayla ilgilenmeden sadece teorik temelde cevap vererek, bazı ihtilafların yargıya intikal etmeden çözülmesini sağlamıştır³⁵³. Nitekim fetva, yargı öncesi adeta süzgeç vazifesi görmekteydi ki fetvayı alan kişinin, mahkemeye gitmesine gerek kalmayabilirdi. Bu yönüyle hukukun

³⁴⁷ Aydın, "Mahkeme", s. 342.

³⁴⁸ Şentop, a.g.e., s. 111 vd.

³⁴⁹ Atar, "Fetva", DİA, C. XII, ss. 486-496, TDV, İstanbul 1995, s. 486.

³⁵⁰ Atar, s. 487.

³⁵¹ Aydın, "Mahkeme", s. 343.

³⁵² Gedikli, "Kaza", s. 119.

³⁵³ Aydın, "Mahkeme", s. 343; Gedikli, "Kaza", s. 119.

üretilmesi bakımından önemli bir işlevi bulunan bu fetvalar, kadıların uygulamalarını dolaylı yoldan etkilemiş ve onlara belirli ölçüde yön vermiştir³⁵⁴. Müftülerden ve bilhassa Şeyhülislam'dan sadır olan fetvalar, kadıların kendilerini ilmi bakımdan kontrol etmelerini de sağlamıştır. Bununla birlikte taraflar, müftüden aldıkları fetvaları mahkemeye ibraz edebilir, aynı zamanda kadı da müftüden ilgili hukuki ihtilaf hakkında fetva sorabilirdi³⁵⁵. Fetvalar kadılar için bağlayıcı olmasa da kadılar, fetvalara uygun karar vermeye özen göstermişlerdir. Çünkü kadı'nın fetvaya uygun karar vermemesi, hukuka aykırı karar verdiğiine kuvvetli bir karine teşkil eder ve bu da kararın bozulmasına sebep olurdu³⁵⁶. Fetvalar ilmi bir faaliyetin sonucu olduğundan, fetva yolu ile yargı denetimi için 'ilmi denetim'³⁵⁷ tabirini kullanabiliriz.

³⁵⁴ Aydın, "Mahkeme", s. 343.

³⁵⁵ Ekinci, s. 376; Bayındır, a.g.m., s. 670; MAA md. 1811.

³⁵⁶ Aydın, "Mahkeme", s. 343.

³⁵⁷ Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", s. 413.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN-İ ESASİ VE YARGI FONKSİYONU

I. TANZİMAT DÖNEMİ (KANUN-İ ESASİ'YE DOĞRU) OSMANLI YARGI FONKSİYONU

1. Genel Olarak

Tanzimat döneminin tam olarak hangi tarihleri kapsadığı hakkında ortak bir kanaat yoktur. Ekseriyet bu dönemi Gülhane Hattı Hümayun'un ilanından başlatıp Cumhuriyet'in ilanına kadar götürür. Biz bu kısımda "Dar Anlamda Tanzimat Devri"³⁵⁸ olarak da adlandırılan 1839 – 1876 yıllarını esas olarak alacağız. Ancak bununla beraber, bir bakıma "Tanzimat'ın kökleri"³⁵⁹ olarak kabul ettiğimiz III. Selim ve II. Mahmut Dönemlerine de değineceğiz.

Tanzimat dönemine kadar yargı fonksiyonu, klasik diye ifade edilen ilk beş asırda esaslı bir değişikliğe uğramadan, İslam'ın ilk dönemlerinden beri değişmemiş olan mahkemelerce klasik yorumu içinde ifa edilmiş³⁶⁰ ve Tanzimat dönemine kadar, yeknesak bir seyir izlemiştir. Tanzimat dönemi ile birlikte bu klasik yorum ve yeknesaklık değişmeye başlamıştır.

On sekizinci asra doğru, Osmanlı Devleti'nin zamanla askerî, siyâsî ve malî bakımdan güç kaybetmesine paralel olarak sosyal alanda da çözüme başlamış ve yargı da bu çözülmeye nasibini almıştı. Klasik devirde uzun yıllar çok iyi işleyen yargı fonksiyonu devletin bütün unsurlarındaki bozulmayla beraber zayıflamıştı. Hukuk kurallarına uymakta görülen gevşeklik, rüşvet ve iltimasın yayılması, yargı fonksiyonunun ehil olmayanlarca ifa edilmesi gibi bazı gelişmeler bu zayıflamanın önemli nedenlerindendi. Bu durum da ülkede yargıya olan güveni zedelemekteydi. Alınan bazı tedbirler de işe yaramamış, bozulmanın önüne geçilememişti. Bu şekilde on

³⁵⁸ Halil Cin, "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri", 150. Yılında Tanzimat, ss. 11-32, Haz: Hakkı DursunYıldız, TTK Yay., Ankara 1992, s. 12.

³⁵⁹ E. Buğra Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri: (Tanzimat ve Sonrası), Arı Sanat Yay., İstanbul 2004, s. 20.

³⁶⁰ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 419.

dokuzuncu asrın başına gelinmişti. Yöneticiler, dışarıdaki gelişmeleri yakından takibe almış³⁶¹, bu arada Avrupa'ya öğrenciler gönderilmişti. Bu öğrenciler vasıtası ile de devletin yöneticileri, pek çok müessesede olduğu gibi hukuk düzenine ve özellikle yargı organlarına ilişkin yeni düzenleme yapmak gereğine inanmışlar, bu inancın gereği olarak da kurum ve kuralları ile yargıda önemli reformlar yapmışlardı. Böylece bir asır kadar süren ve 'Tanzimat Dönemi' olarak hafızalara kazınan on dokuzuncu asırda, kurum ve kuralları ile yargı sistemi, önemli reformlarla esaslı değişikliklere uğramış, Batılı şekil ve muhtevada bir takım yeni kurallar ve kurumlar düzenlenmişti. Bu düzenlemeler, Tanzimat ile başlayan ve Cumhuriyet döneminde doruğa ulaşan Batılılaşma hareketlerinin bir neticesidir³⁶². Yargı sistemi de Batılılaşma hareketlerinden nasibini almış, Tanzimat dönemi boyunca yargı alanında önemli reformlar yapılmıştır. Bu reformlar ise içeriden ve/veya dışarıdan bazı nedenlerle yapılmıştı.

2. Tanzimat Dönemi Yargı Reformlarını Hazırlayan Nedenler

(i) *Ticarî ve İktisadi Hayattaki Gelişmeler.* On dokuzuncu asrın başlarında sanayi devrimini gerçekleştiren Batı'da, ticari ve iktisadi hayatta büyük bir hareketlilik başlamış, yeni üretim teknikleri ile bol miktarda ucuz mal üretilmiştir. Bol ve ucuz olan bu mallar Batılı ülkeleri yeni pazar arayışlarına itmiş, bu bakımdan Osmanlı devleti Batılı ülkelerin dikkatini çekmişti. 1838 yılında İngiltere ile yapılan Balta Limanı Antlaşmasını, Batılı devletlerle yapılan diğer antlaşmalar izlemiş, bu yeni durum Osmanlı Devleti ile Batılı devletlerin ticari ilişkilerini büyük ölçüde artırmıştı. Bu sebeple pek çok Avrupalı tüccar Osmanlı ülkesine gelip gitmeye, hatta yerleşmeye başlamıştı. Yeni ticaret şirketleri kurulmasıyla birlikte bu şirketler arasında başlayan rekabet bazı uyuşmazlıkları da beraberinde getirmişti. Batılı tüccarlar Osmanlı teb'asıyla aralarında doğan ihtilaflarını bu alandaki hızlı gelişmeleri takip edemeyen ve dolayısıyla ticarî örfleri pek bilemeyen kadı mahkemeleri önüne götürmek yerine tüccar hakemlere (tüccar ve vekillerden mürekkep meclisler) havale etmeyi tercih

³⁶¹ İlber Ortaylı, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Timaş Yay., İstanbul 2009, s. 18. Vd.; Ekinci, s. 28.

³⁶² "Hukukun batılılaşmasından kastımız, hukuki yapıyı Batı şekil ve normlarına uydurma hareketidir." Bkz. Aydın, "Batılılaşma - Hukukta", DİA, C. V, ss. 162-167, TDV, İstanbul 1992, s. 162.

etmişlerdi³⁶³. Bu gelişmeler üzerine devlet, bu işi düzene sokmak ve en azından kontrol etmek amacıyla ticaret davalarına bakan ve üyeleri arasında yabancıların da bulunduğu yargı meclisleri kurmuştu, böylece bu düzenleme ile ilk defa şer'îye mahkemelerinin yetkileri sınırlandırılmıştı.

(ii) **Hukuki İhtiyaç.** İktisadi, ticarî ve sosyal hayattaki değişiklikler de yargıya ilişkin bir takım düzenlemeleri zorunlu hale getirmiştir. Toplum hayatındaki bu değişikliklerle birlikte mahkemelere intikal eden dava sayısı artmış ve çeşitlenmiştir³⁶⁴. Tek dereceli ve tek hâkimli klasik Osmanlı yargı teşkilatı ile karşılanamayacak boyutlara varan bu artış, Tanzimat döneminde yeni mahkemelerin kurulmasını gerekli kılmıştır. Tanzimat'tan hemen sonra ticaret mahkemelerinin kurulması yolunda atılan adımlar, 1864'de Nizamiye Mahkemelerinin kurulmaya başlanması, bundan kısa bir süre sonra 1868'de bu mahkemelerin temyiz mahkemesi olarak Divân-ı Ahkam-ı Adliyenin kurulması bu ihtiyaca cevap vermek düşüncesiyledir³⁶⁵. On dokuzuncu asrın sonlarına doğru da Şer'îye Mahkemelerinin temyiz mahkemesi olarak Meclis-i Tetkikat-ı Şer'îye'nin kurulması da bu gelişmenin bir sonucudur. Yine on dokuzuncu asrın ilk yarısında ülkede yaygın bir hal alan zulüm, rüşvet gibi hukuka aykırı davranışların önlenmesi için bir takım tedbirler getirilmiş ve bu yolda kanunname geleneğine uyularak ceza kanunları çıkarılmıştı³⁶⁶. Reformların önemli bir göstergesini teşkil eden bu kanunların uygulanması için de yeni bazı yargı kurumlarına ihtiyaç duyulmuş, bu amaçla Batılı tipteki ceza meclisleri kurulmuştu.

(iii) **Batı'nın Tesir ve Baskısı.** Bu dönemdeki yargıya ilişkin düzenlemelerin en önemli sebeplerinden biri de Batı'nın bu yöndeki tesir ve baskısıdır. Tanzimat dönemi, neredeyse her alanda Batı'nın etkisinin yoğun biçimde hissedildiği bir dönemdir. On dokuzuncu asır Batı'da bir takım hukuki düzenlemelerin ve bilhassa kanunlaştırmaların yoğun biçimde yapıldığı bir asırdır. Bu gelişmelerden Osmanlı Devleti de etkilenmiştir. Başta Fransa olmak üzere bazı Avrupa devletlerinin, kendi kanunlarını ve hukuk düzenlerini alması için Osmanlı Devleti'ne sürekli baskı yapmaları, bu etkiyi kaçınılmaz hale getirmiştir. Özellikle yukarıda bahsini ettiğimiz

³⁶³ Ekinci, s. 50; Mustafa Reşit Belgesay, "Tanzimat ve Adliye Teşkilatı", Tanzimat 1, MEB Yay., İstanbul 1999, s. 213.

³⁶⁴ Aydın, Hukuk Tarihi, s. 421.

³⁶⁵ Aydın, Araştırmalar, s. 63-64.

³⁶⁶ Ekinci, s. 42.

ticari gelişmeler üzerine Batılı devletler ticaret mevzuatının Batı'dan alınmasına ve böylece kendi tacirlerinin, alışık oldukları bir hukukî ortamda ticaret yapmalarına büyük önem vermişlerdi. Batıdan alınan ilk kanunun Ticaret Kanunnâmesi, kurulan ilk mahkemelerin yerli ve yabancı tüccarların katılımıyla oluşturulan karma ticaret mahkemeleri olması bu nedenledir³⁶⁷. Yine Osmanlı devletindeki gayrimüslim azınlıkları özellikle kamusal haklar bakımından himaye etme arzusu da Batılı devletlerin bu dönemdeki hukuk reformlarına yönelik müdahalelerinin bir başka sebebini oluşturmaktadır³⁶⁸. Fransızlar Katolik, İngilizler Protestan ve Ruslar da Ortodoks hıristiyanların hamisi olarak bu azınlıkların kamusal hakları konusunda Osmanlı Devleti'ne sürekli baskı yapmaya başlamışlardı. Tanzimat ve özellikle Islahat Fermanı bu baskıları hafifletmek ve Batılı devletleri teskin etmek düşüncesiyle hazırlanmıştı. Diğer taraftan Batılı devletler yargı organlarına yönelik düzenlenmeler için de ısrarcı olmuşlar ve Osmanlı mahkemelerinin, kendi mahkemeleri örnek alınarak, yeniden düzenlenmesini istemişlerdi. Tanzimat döneminde önce ticaret mahkemelerinin bunu takiben de nizamiye mahkemelerinin kurulması ve kurulma şekli büyük ölçüde bu baskıların sonucudur³⁶⁹. O günkü şartlar içinde mahkemelere iyi yetişmiş bir hâkim bulamazken, sayıları beş ile yedi arasında değişen toplu hâkimli mahkemelerin kuruluşunu başka türlü izah etmek mümkün değildir³⁷⁰. Bu baskıların bir diğer sebebi de itibar sağlama arzusudur. Başta Fransa olmak üzere Batılı devletler, kendi kanunlarını ve yargı düzenini Osmanlı Devleti'ne ihraç ederek bundan kendileri için hukukî itibar sağlamayı amaçlamışlardır.

(iv) **Merkezî Otoriteyi Güçlendirme Arzusu.** Avrupa devletlerinin baskısı ile birlikte, Tanzimat ve Islahat Fermanlarındaki vaatlerin gereği olarak düzenlenen yeni kanunların uygulanması için de yeni yargı mercilerine ihtiyaç duyulmuş, bu amaçla nizamiye mahkemeleri adı verilen mahkemeler kurulmuştur. Bu döneme kadar kadılar, yargı fonksiyonu ile birlikte devletin yürütme fonksiyonunu da ellerinde bulundurmışlardır. Bu dönemle birlikte yürütme yetkisi kadıların elinden alınmış, kadıların gücü bu yeni düzenlemelerle birlikte azalmaya başlamıştır. Devletin merkez dışındaki yürütme gücü daha da merkezileştirilmiş, bu merkezileştirme çabalarından

³⁶⁷ Aydın, "Batılılaşma", s. 163; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 423.

³⁶⁸ Aydın, s. 423.

³⁶⁹ Aydın, s. 423.

³⁷⁰ Aydın, "Batılılaşma", 163.

yargı gücü de nasibini almıştır. İşte merkezi otoriteyi güçlendirme çabalarından biri de nizamiye mahkemelerinin kurulmuş olmasıdır³⁷¹. Bu yeni durum ile birlikte yargı yetkisi giderek doğrudan merkeze bağlı ve ilmiye sınıfı gibi bir sınıfa mensup bulunmadıkları için siyasî ve sosyal nüfuzdan mahrum yeni memurlara (hâkimlere) intikal etmiştir³⁷².

Yukarıda kısaca değindiğimiz bu nedenler, Osmanlı Devleti'nin hukuki yapısında ve yargı alanında bir takım reformların yapılmasına yol açmıştır. Bu amaçla asırlardır var olan kurum ve kurallar yeniden düzenlenmiş, bunun yanında Batılı tarzda yepyeni bazı kurum ve kurallar da getirilmiştir. Yeni yargı kurumları ile birlikte önceki yargı kurumları da ıslah edilmeye çalışılmış, bunun yanında yeni kanunlaştırmalar da yapılmıştır. Bunların sonucunda da hukuki yapıda ve yargı sisteminde bir düalite meydana gelmiştir.

3. Tanzimat Dönemi'ne Doğru (1789 – 1839) Kadılar ve Yargı Fonksiyonu

On yedinci asırdan itibaren Osmanlı kurumlarında görülen kötü gidişat kadılık ve ona bağlı olarak nâiblik kurumunda da etkisini göstermiştir. Kadılık bölgeleri şeyhülislâm, kazasker, yüksek payeli müderrisler ve kadılar gibi bazı ulemaya, 'Arpalık' olarak verilmeye başlanmıştı³⁷³. Bu yöntem ile itibarlı ulemanın geçimlerini kolaylaştırmak amaçlanmaktaydı. Fakat bu durum bazı suistimalleri de beraberinde getirmişti. Bir kaç kaza bölgesini birden içerebilen bu arpalıkların sahibi ulema, buldukları şehirlerden ayrılmayarak, gönderdikleri bilgili ya da bilgisiz nâibler eli ile arpalıklarını yönetmeye başlamışlardı. Bunu ise daha çok arpalık olarak verilen kaza bölgesinin yetkililerinden olan bir müderrisin üzerine mahkeme nâibliği vererek yaparlardı. Bu nâibler ise kadiyi memnun edecek geliri kadiya gönderdikten sonra kendi geçimlerini sağlayacak gelirleri elde etmeye çalışırlardı³⁷⁴. Nâiblik öylesine yaygınlaşmıştı ki, on sekizinci asrın ortalarına doğru kazaların pek çoğunda kadı yerine,

³⁷¹ Ekinci, s. 48; Ekinci, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", Yeni Türkiye, C. VI, Sy. 31, ss. 764-773, Osmanlı Özel Sayısı I: Siyaset ve Teşkilat, İstanbul 2000, s. 767.

³⁷² Ekinci, a.g.m., s. 767.

³⁷³ "Arpalık uygulaması, devlet tarafından çeşitli zamanlarda ve çeşitli memurlara hizmette buldukları sürece maaşlarına ilâveten, görevden ayrıldıktan sonra ise bir nevi emekli maaşı olarak tahsis edilen ödenektir." Bkz. Cahit Baltacı, "Arpalık", DİA, C. III, ss. 392-393, TDV, İstanbul 1991.

³⁷⁴ Sedat Bingöl, Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu ve İşleyişi 1840-1876), Anadolu Üniv. Yay., Eskişehir 2004, s. 6.

vekil olarak nâibler bulunmaktaydı³⁷⁵. Bu durum on dokuzuncu asrın ilk yarısında da devam etmiştir. Örneğin Ankara sancağı üzerine yapılan bir çalışmada, sicillerde Ankara Şer'îye Mahkemesinde 'kadı' unvanıyla görev yapan bir şahsa rastlanmamıştır³⁷⁶. Çoğu ehliyetsiz, alanında eksik olan bu nâibler, bir yandan verdikleri hükümlerle adlî sistemi olumsuz yönde etkilerken, diğer yandan Anadolu'da diğer devlet görevlilerinin de yaptığı gibi kendi adlarına kanun dışı para topluyorlardı³⁷⁷. Birçok belgede, kadı ve nâiblerin yetkilerini kötüye kullanarak hukuka aykırı biçimde halktan gerekenden fazla para aldıkları, genellikle mali yetkilerin kötüye kullanıldığı ve özellikle de mahkemede işi olanlardan yüksek harçlar talep edildiği görülmektedir³⁷⁸. Yine kadılık isteyen medrese mezunlarının sayısının artması sonucu, on yedinci asrın sonlarında, bu kurumun bir düzene kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu dönemde medrese mezuniyetinin bir düzene koyulması ve hakkı olmayanlara mülâzemet verilmemesi için bazı düzenlemelere gidilmiştir³⁷⁹. Bu düzenleme çalışmaları sırasında ulema çocuklarına doğrudan mülâzemet verilmesi de kabul edilmiştir³⁸⁰. Bunun gibi adil olmayan düzenlemeler, durumu daha da kötüye sürüklemiş, alınan kararlar sistemin daha da bozulması sonucunu doğurmuştur.

Osmanlı yargı sistemi, bu yapılanma içerisinde on dokuzuncu asra girerken III. Selim ve II. Mahmut devirlerinde, ulema sınıfı hakkında süregelen bir takım zararlı gelenekleri ortadan kaldırmak ya da bu gelenekleri ıslah etmek amacıyla, ilmiyeyi ıslah için çalışmalar yapılmış, mücadele edilmesi gereken başlıca gelenek ise 'Arpalık' kurumu olmuştur.

III. Selim, giriştiği ıslahatlar içerisinde ilmiyeyi de ele alarak, ulemanın içinde bulunduğu durumu düzeltmek üzere bazı önlemler almaya çalışmıştır³⁸¹. Bu dönemde, çoğu kadı ve nâibin, görevli buldukları kaza ileri gelenleri ile anlaşarak, merkezden gönderilen idarecilere karşı tavır takınmaları ve bunun sonucunda da yöneticilere karşı ayaklanmaların meydana gelmesi ile birlikte III. Selim, ilk kez açık biçimde yürütme ile

³⁷⁵ Yücel Özkaya, Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık, TTK Yay., Ankara 1994, s. 32, 47-51.

³⁷⁶ Rıfat Özdemir, XIX. yüzyılın İlk Yansında Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay., Ankara 1986, s. 178.

³⁷⁷ Bingöl, s. 6.

³⁷⁸ A. Mumcu, Osmanlı Devletinde Rüşvet: (Özellikle Adlî Rüşvet), İnkılâp Kitabevi, İstanbul 1985, s. 126-127.

³⁷⁹ Bingöl, s. 6.

³⁸⁰ Özkaya, s.34.

³⁸¹ Uzunçarşılı, İlmiye, s. 257-258.

yargı işlerinin birbirinden ayrı tutulması yolunda çaba göstermiş, bu amaçla kadı'nın sadece hâkimlik yapması hedeflenip, yargı fonksiyonu dışındaki alanlardan çekilmesi sağlanmak istenmiştir³⁸². Fakat bu hedefin gerçekleşmesi pek de kolay olmamış, üstelik bu çabaları, III. Selim'in öldürülmesi ile sonuçlanmıştır³⁸³.

II. Mahmut devrinde de benzer ıslahat girişimleri olmuştur. II. Mahmut 1815'te yayınladığı 'Adalet Fermanı'nda, kadıların içinde bulunduğu duruma değinerek konuyu tekrar gündeme getirmişti. Fermanda özellikle kadı ve nâiblerin neden oldukları yolsuzluklar üzerinde durulmuş, kadıların 'harc-ı defter ve imza' adıyla kendi namlarına paralar aldıkları ve fakat bunun yasak olduğu belirtilmişti³⁸⁴. Bunun yanında hediye, bahşış gibi elde edilen haksız kazançlar ile rüşvet konuları, üzerinde sıklıkla durulan konular olmuştur. Bunun dışında hâkimlik mesleğinin ıslahı ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı 1833 tarihli '*emr-i âli*'de, hâkimlerin kurallara aykırı olarak görev sürelerini uzattırdıkları, bu nedenle yargı mesleğinde yığılmaların yaşandığı açıklandıktan sonra, bunun önüne geçmek amacı ile süre uzatılması gerekiyorsa eğer bunun ancak kazaskerlerin bildirim ve şeyhülislamın işaretini üzerine padişah fermanı ile mümkün olabileceği esasına yer verilmişti³⁸⁵. Yine 1834 tarihinde hâkimlerin istifa etmedikçe veya kendilerinden bir şikâyet olmadıkça görevlerinden azledilemeyeceği, şikâyet olursa da bunun kazasker yahut başka hukukçular marifeti ile teftiş edileceği esası getirilmişti³⁸⁶. Yayımlanan emirlerle kadıların nasıl davranması gerektiği sıklıkla hatırlatılmış ise de arzu edilen sonuçlar alınamamıştı³⁸⁷. Bu yüzden 1838 tarihli '*Tarîk-i ilmiyyeye Dâir Ceza Kanûnnâme-i Hümâyûnu*'³⁸⁸ adı ile yeni bir kanun neşredilerek ilmiye sınıfına bir düzen verilmek istenmiştir. Bu kanunda yer alan hükümlerin çoğu rüşvetle mücadeleyle ilişkindi. Bununla birlikte atamalarda göz önüne alınması gereken ilkeler ve yapılacak sınavların niteliği de bu kanunda düzenlenen konular arasındaydı³⁸⁹.

³⁸² Musa Çadırcı, "Tanzimatın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli Tarîk-i İlmiyyeye Dair Ceza Kanunnâmesi ", AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XIV, Ayrı Basım, ss. 139-161, AÜDTCF Basımevi, Ankara 1983, s. 140.

³⁸³ Çadırcı, s. 139.

³⁸⁴ Bingöl, s. 22.

³⁸⁵ Ekinci, s. 242.

³⁸⁶ Ekinci, s. 242-243.

³⁸⁷ Çadırcı, s. 142.

³⁸⁸ Bkz. Çadırcı, s. 139-161.

³⁸⁹ Geniş açıklama için bkz. Çadırcı, s. 139 vd.; kanun metni için bkz. Çadırcı, s. 144 vd.

Tüm bu çabalara rağmen ilmiye sınıfı ve kadılık kurumu bu olumsuzluklardan bütünüyle kurtulamamıştır. Bu çabaların en önemli sonucu, Tanzimat'ın hemen öncesinde, yargı işleri ile yürütme işlerinin birbirinden ayrılmaya başlaması ve kadı'nın yürütmeye ilişkin fonksiyonunun giderek azalıp, sadece yargı fonksiyonu ile görevli bir 'hâkim' durumuna gelmiş olmasıydı³⁹⁰. Bu süreçte, şehirlerin belediye ve asayiş ile ilgili işleri merkezde İhtisab Nezareti ve taşrada ihtisab müdürlüklerine, şehrin imar ve iskân işleri 1831 yılında kurulan Ebniye-i Hâssa Müdürlüğü'ne, vakıflara dair işler Evkaf Nezâreti'ne ve taşraların mali ve idari işler ise buralara gönderilen muhassıllara verilmişti³⁹¹. Böylece kadılar, tüm mülki ve beledi yetkilerden sıyrılarak sadece yargı yetkisi ile baş başa bırakılmıştı. Buna mukabil şimdiye kadar yargı yetkisi bulunmayan ve sadece istişari bir makam olan şeyhülislamlık, ülkedeki mahkemelerin en üst mercii ve kadıların tayin edilip hükümlerinin kontrol edildiği bir yüksek mahkeme durumuna getirilmişti³⁹².

4. Tanzimat'tan Sonra (1839-1876) Şer'îye Mahkemeleri, Kadılar ve Yargı Fonksiyonu

Yukarıda değinmiş olduğumuz Osmanlı Devleti'nin çöküşünü frenlemek, Osmanlı ülkesinde yaşayan gayrimüslim teb'ayı korumak ve bu nedenle devlet üzerinde yoğunlaşan iç ve dış baskıları önlemek gibi bazı nedenlerle Osmanlı Tarihinde yeni bir devir başlamıştır. Mustafa Reşid Paşa ve arkadaşları, padişah Abdülmecid'i ikna etmiş ve neticede Osmanlı ülkesinde hak ve adaletin yeniden tesisine hizmet edecek olan 3 Kasım 1839 (26 Şa'ban 1259) tarihli *Gülhâne Hatt-ı Hümayûnu* (Tanzimat Fermanı) ilân edilmiştir. Bu belge, 'düzenlemeler' demek olan Tanzimat devrinin açılış belgesidir. Batılılaşma tarihimiz açısından önemli bir yer işgal eden bu belge, hukuki yapıda ve yargı alanında da yeni düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmuştur³⁹³. Bazı yargı organlarının kurulması, ilk iki ceza kanununun kabulü ve benzeri hukukî düzenlemeler, bu fermanda yer alan vaatlerin bir sonucudur³⁹⁴. Bu belgede yer alan vaatlerin temelinde adaleti tesis etmek amacı vardır. Bu amaçla birçok ıslahat

³⁹⁰ Ekinci, s. 240-241.

³⁹¹ Ekinci, s. 241.

³⁹² Ekinci, s. 241.

³⁹³ Cin, a.g.m., s. 12.

³⁹⁴ "...memâlik-i mahrûsamızın hüsn-i idaresi zımnında bâzı kavânîn-i cedide vaz' ve tesisi lâzım ve mühim görülerek...", Bkz. Düstur, I/1), s. 4-7.

yapılmıştır. Tanzimat'ın ilanına kadar hukuki, idari, cezai, askeri, mali ve her çeşit davaya bakan şer'îye mahkemeleri, asli ve genel mahkemelerdi. Bu zamandan sonra ise yeni mahkemelerin kurulması ile birlikte şer'îye mahkemelerin görev alanı gittikçe daralmış³⁹⁵ ve İkinci Meşrutiyet'ten sonra şer'îye mahkemeleri asli ve genel mahkemeler olmaktan çıkmışlardı.

Tanzimat dönemi ile yoğunlaşan yenilik hareketleri ve değişim, kadıları da etkilemişti. III. Selim ve II. Mahmut dönemlerinde kurumun ıslahına yönelik yapılan çalışmaların sonucu olarak kadıların görev ve yetkilerinde bir daralma başlamış, bu dönemlerde yapılan ıslahat çalışmalarının sonucunda kadıların yargı yetkisi dışında sahip oldukları idarî, beledî ve malî yetkiler de kadılardan alınmış ve kadılar yalnızca dava görmekle sınırlandırılmışlardı. Tanzimat dönemi ile birlikte kadıların konumu daha da zayıflamış, idari yetkilerin alınması sürecine, yargıya ilişkin yetkilerin zayıflaması süreci de eklenmişti. Böylece Tanzimat'tan sonraki düzenlemelerle birlikte kadıların yargıya ilişkin fonksiyonları da daralmaya başlamıştı. İşte Osmanlı kadısının yetki ve görev hacmini asıl azaltan süreç, yargıya ilişkin fonksiyonunun daralması ile olmuştu³⁹⁶. Bu daralma ise idare, ceza ve ticaret hukuku gibi alanlarda Batılı (Fransız) mevzuatın alınması ve bu mevzuatı uygulamak üzere Avrupa'dan ilhamla nizamiye adıyla yeni mahkemelerinin kurulması ve yine ceza ve bidayet mahkemelerinin, vilâyetlerde ise temyiz divanlarının kurulması ile gerçekleşmişti. Böylece şer'îye mahkemeleri, nikâh, tereke taksimi, talâk, alacak ve borç gibi ahval-ı şahsiye ile sınırlı bir faaliyet çerçevesine hapsedilmişti. Bununla birlikte asrın sonlarına doğru yargı sistemine Kâtib-i âdillik, avukatlık ve savcılık gibi kurumların girmesi de, şer'îye mahkemelerinin ve kadının yetki ve konumunu zayıflatan nedenler arasındaydı³⁹⁷. Bu daralma şer'îye mahkemeleri bakımındandı. Buna karşılık kadılar, şer'îye mahkemelerinin yanı sıra nizamiye mahkemelerinde de üstelik başkan sıfatı ile görev yapmışlardı. Ülkede nizamiye mahkemelerinde hâkimlik yapacak başka hukukçu bulunmadığından bu mahkemelerin başkanlığı da zorunlu olarak yine kadılara verilmiş, böylece kadılar hem klasik şer'îye mahkemelerinde, hem de nizamiye mahkemelerinde görev yapmışlardı. Bu gelişmelerle birlikte kadıların durumu iyileştirilmeye çalışılmış,

³⁹⁵ Engelhard, s. 258.

³⁹⁶ Ortaylı, "Kadı", s. 72.

³⁹⁷ Ortaylı, s. 72.

bunların rütbe ve dereceleri, tayin ve terfileri ile ilgili bir dizi ıslahata girişilmişti. Bu mesleğe ehil kimselerden imtihanla tayin yapılması, önceleri mahkeme hâsılatıyla geçinen kadınlara artık diğer memurlarla beraber maaş bağlanması, kadınlara görev yerlerine ancak zorunlu durumlarda ve ehil kimselerden naip gönderebilmesi gibi yeni esaslar getirilmişti³⁹⁸. 1854'de Muallimhane-i Nüvvab adıyla (sonraki isimleri Mekteb-i Nüvvab, daha sonra da Medrese-i Kudat) bir hukuk okulu açılarak, kadınlara buradan mezun olması şartı aranmaya başlanmıştı³⁹⁹. İkinci Meşrutiyet'ten sonra kadınlara konuları yeniden hukukî düzenlemeye konu olmuştur. 1917 yılında şer'îye mahkemeleri Şeyhülislamlıktan alınarak Adliye Nezareti'ne bağlanmış, böylece kabineden de çıkartılan şeyhülislâm eskiden olduğu gibi sadece fetva fonksiyonuyla sınırlandırılmıştı. Cumhuriyetten sonra ise laik hukuk sistemine geçilmiş ve dolayısıyla artık kendilerine ihtiyaç duyulmayan şer'îye mahkemeleri bütünüyle kaldırılmıştır⁴⁰⁰.

5. Yargı'da Düalite

Osmanlı hukuk tarihinde mahkeme yapısındaki en köklü değişiklik, hukuk alanındaki Batılılaşma hareketlerine de paralel olarak⁴⁰¹, Tanzimat sonrasında meydana gelmiştir. Bu dönemde tek hâkimli klasik Osmanlı mahkemesinin yerini giderek toplu hâkimli mahkemeler almaya başlamıştır. Bu husustaki ilk değişiklik, şer'îye mahkemelerinden ayrı ve toplu hâkimli bir yapılanma olarak, ticaret mahkemeleri ile ceza mahkemelerinin kurulması ile gerçekleşmiştir. Daha sonra nizamiye mahkemeleri adı altında toplanmış olan bu mahkemeler, şer'îye mahkemeleri dışında yargı fonksiyonu ile görevli diğer mahkemeler olarak Osmanlı hukuk düzenine girmiştir. Adli teşkilat alanına ilişkin yapılan bu düzenlemelerle birlikte Osmanlı hukukuna istinaf ve toplu hâkim gibi müesseseler de girmiştir. Bu tür müesseseler Osmanlı devletine ve hukukuna dolayısıyla İslam hukukuna yabancı olmakla birlikte, bu hukuk düzenine aykırı müesseseler değildir. Bu bakımdan yeni müesseselerin düzenlenmesinde bir problem yoktur. Problem bu müesseselerin işleyişinin adaletin tesisi için yeterli olup olmadığı, işlevini hukuka uygun biçimde yerine getirip getiremeyeceğidir. Çünkü bu müesseseler beraberinde hâkim ihtiyacı doğurmuştur. Hâkim ihtiyacını karşılamak ise

³⁹⁸ Ekinci, a.g.m., s. 770; Ekinci, s. 256-267.

³⁹⁹ Ortaylı, s. 72; Ekinci, s. 258.

⁴⁰⁰ Ekinci, s. 297-298.

⁴⁰¹ Aydın, "Batılılaşma", s. 164.

ehil kişilerin sayısının yetersizliği nedeni ile ehil olmayana verilmiştir. Bu nedenle de Tanzimat'ın temel hedeflerinden olan adaleti tesis etmek düşüncesi ile yapılan düzenleme, düzenlemelerin içi doldurulamadığı için ters tepmiştir. Diğer taraftan ticaret mahkemeleri ve sonrasında nizamiye mahkemelerinin kuruluşunda, Batı'nın belirli bir rol ve baskısının bulunduğu açıktır. Şer'iyeye mahkemelerinde ihtiyaçlara göre vazife bakımından yeni bir yapılanmaya gidilmesi yerine nizamiye mahkemelerinin kurulması, bu baskı ile açıklanabilir bir durumdur⁴⁰². Üstelik bu mahkemeler toplu hâkimli olarak düzenlenirken, bunun dönemin şartlarına ne kadar uyduğu ve ihtiyaca ne ölçüde cevap verdiği de dikkate alınmamıştır. Bunun sonucunda birçok kaza, sancak ve vilâyette hiçbir hukuk kültürü olmayan kimseler mahkeme üyesi yapılmıştır ki bunun yargı fonksiyonunun amacı olan âdil yargının sağlanmasında büyük bir sakınca teşkil ettiği açıktır⁴⁰³. Bununla birlikte yeni mahkemelerle şer'iyeye mahkemeleri arasında görev ve yetki uyuşmazlıkları doğmuş ve bu durum devletin sonuna kadar da sürmüştür⁴⁰⁴. Böylece adli yapı (yargı fonksiyonu ile görevli mahkemeler) düalist (ikili) bir yapı arz etmiştir ki bu düaliste Tanzimat'ın temel özelliğidir. Bunu önlemek için zaman zaman her iki mahkemenin görev ve yetki sınırını belirleyen düzenlemeler neşredilmişse de devletin sonuna kadar bunda başarılı olunamamıştır⁴⁰⁵.

II. KANUN-İ ESASİ VE İLANI

1. Kanun-i Esasi'yi Hazırlayan Nedenler

Kanun-i Esasi, Tanzimat hareketlerinin en önemli ayağı olup, anayasal düzene geçiş bakımından bir dönüm noktasıdır. Kanun-i Esasi'nin ilanı, "Tanzimat ile birlikte güçlenen Babî'li'ye karşı bir muhalefet hareketi olarak ortaya çıkmış olan Yeni Osmanlılar tarafından tartışılmış olan meşrutiyet fikrinin"⁴⁰⁶ bir neticesidir. Yeni Osmanlılar, 'meşveret usulü' dedikleri parlamenter sistemi, devletin içinde bulunduğu sıkıntılara çözüm olmak üzere savunmuşlardır. Parlamenter sistemle hem Babî'li'nin keyfi uygulamalarına son verilecek hem de devlet, kendi vatandaşı olan azınlıklar konusunda maruz kaldığı dış müdahalelerin sebep olduğu sıkıntılı durumdan

⁴⁰² Aydın, "Batılılaşma", s. 164.

⁴⁰³ Aydın, s. 164.

⁴⁰⁴ Ekinci, a.g.m., s. 769.

⁴⁰⁵ Ekinci, s. 769.

⁴⁰⁶ Filiz Karaca, Osmanlı Anayasası (Kanun-i Esasi), Doğu Kütüphanesi Yay., İstanbul 2009, s. 1.

kurtulabilecekti⁴⁰⁷. Bu ise birleştirici bir rolü bulunması hasebiyle, ilan edilecek bir anayasa ile mümkün olacaktı. Zira Osmanlı İmparatorluğu çok çeşitli etnik ve dinsel kimlikleri barındırmaktaydı ve bu çeşitliliğin ayrışmaması için de hukuki her yöntem denenmeliydi. Bir anayasanın ilanı da bu amaçla tecrübe edilebilirdi. Ayrıca ilan edilecek bir anayasa ile Batı'nın, dış siyasette oldukça sıkıntılı günler geçiren Osmanlı Devleti'ne müdahalesinin de önüne geçilmiş olacaktı⁴⁰⁸. Bütün bunlar ise merkezi otoriteyi güçlendirmekle mümkün olacaktı.

Tanzimat dönemi yenilik hareketlerinin hepsinde görüldüğü üzere, Kanuni-i Esasi'nin hazırlanmasında da bir takım iç ve dış nedenler vardır. Bunların başında merkezi otoriteyi güçlendirme amacı gelmektedir. Esasında bu neden, Tanzimat dönemi yenilik hareketlerinin temel nedenidir. Bu temel nedenin derinlerinde ise “azınlıklar ve milliyetçiliğin yayılması, Batılılaşma, modernizm ve muhalefet akımları, anayasacılık hareketleri” gibi bir takım nedenler yatmaktadır.

(i) **Milliyetçilik Akımı.** Fransız İhtilâli ile beraber yayılan eşitlik, adalet, hürriyet gibi ilkelerle beraber milliyetçilik akımı, devletin güç kaybetmesi sürecini hızlandırmıştı. Avrupa'da keşifler ve sanayi inkılâbı sonrası yaşanan gelişmeler neticesinde maddi refahın artmaya başlaması karşısında Osmanlı İmparatorluğu'nda baş gösteren durgunluk ve beraberinde başlayan gerileme, Devlete karşı bir tutumu, çeşitli guruplarda cazip hale getirmişti. Toprağı elinden alınıp ayan ve derebeylerin kölesi durumuna düşen reyanın gösterdiği tepkinin seyri, milliyetçilik akımının etkisi ile değişmiş, adil bir düzen talebinin yerini özerklik, hatta bağımsızlık talepleri almıştı. Devletin güçlü olduğu dönemlerde herhangi bir problem oluşturmayan dini karakteri, milliyetçilik akımları ile beraber problem teşkil etmeye başlamıştı. Özellikle Batılı devletler, Osmanlı Devleti'nin içişlerine sürekli olarak müdahale etmiş, reyanın arazi ve vergi meseleleri ile birlikte dini hürriyet ve eşitlik talepli isyanları, bu devletlerin kışkırtmasıyla olmuştu⁴⁰⁹. Nitekim on dokuzuncu asrın ilk yarısında Yunanistan, Sırbistan, Karadağ ve Eflak-Boğdan (Romanya) ayaklanarak müstakil birer devlet haline gelmişlerdi. Bununla birlikte Mısır Meselesi, Girit İsyanı, Bulgar İsyanları ve

⁴⁰⁷ Karaca, s. 1.

⁴⁰⁸ Engelhard, s. 359.

⁴⁰⁹ İnalçık, s. 28.

Hersek İsyanı Osmanlı Devleti'ni çok uğraştırmış ve devlet yönetimini yabancı devletlerin müdahalesine açık hale getiren olaylar olmuşlardı⁴¹⁰. Yaşanan bu süreç, çözüm yollarının araştırılması sonucunu doğurmuştu. Yapılan tartışmalar ve araştırmalar Osmanlı Devleti'nin gündemine, 'modernleşme' ve 'batılılaşma' gibi fikirleri sokmuştu. Belki de Avrupa'nın yükselen değer olması ve "egemen dünya merkezi" durumuna gelmesi, modernleşmede Batı'nın örnek alınmasını zorunlu kılmıştı⁴¹¹. İlk olarak III. Selim ile başlayan yenilik hareketleri için kurumları ve uygulamaları ile Avrupa, örnek bir zemin olarak görülmüş ve yenilikler, Avrupa merkezli yapılmıştı. Böylece pratik bir takım nedenlerle Osmanlı'nın Batılılaşma serüveni başlamıştı. Bütün bu gelişmeler neticesinde pratik nedenlerle şekli alanda başlayan Batılılaşma, Batıda görülen fikir akımlarının da etkisi ile birlikte kanunlaştırmalar üzerinden yazılı alana da sıçramıştı.

(ii) **Batılılaşma.** Osmanlı'nın Batılılaşma serüveni, pratik nedenlerle başlamıştır. Savaş meydanlarında alışılmadık yenilgiler alan Osmanlı'nın ilk olarak askeri reformlar açısından Batı'ya yönelmesi, Batılılaşma serüveninin pratik nedenlerle başladığının göstergesidir. Ne var ki Batı'ya yönelme süreci askeri reformlar ile sınırlı kalmamış, bunu tıp ve mühendislik başta olmak üzere eğitim alanında yapılan reformlar ile maliye alanında yapılan reformlar izlemiştir. Neticede, Batılı devletlere yönelik askerî alanda başlayan ilgi, beraberinde Batılı devletlerin yapısını, kurumlarını, yönetim şekillerini inceleme gereğini doğurmuş ve bir kısım devlet adamları yerinde araştırmalar yapmak üzere Avrupa'ya gönderilmiştir. Avrupa'ya gönderilen idarecilerin padişahlara sunmuş olduğu raporlar, askerî alanda başlayan batılılaşmanın, yönetimin her kademesine ve hukuka da sirayet etmesine yol açmıştır⁴¹².

Hukukta Batılılaşma, on dokuzuncu asırda başlamış ve Cumhuriyet dönemindeki hukuk inkılâpları ile doruğa ulaşmış bir harekettir. Bu hareket ile devletin siyasi ve hukuki yapısı, Batı şekil ve normlarına uydurulmaya çalışılmıştır⁴¹³. Özellikle kanunlaştırma hareketlerinde, Batılılaşmanın etkisi yoğun biçimde hissedilmeye başlamıştır. Batı'da kanunlaştırma asrı olarak bilinen On dokuzuncu asırda Batılı devletler, sistematik hukuk ilminin gelişmesini de arkalarına alarak, siyasi ve hukuki

⁴¹⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Enver Ziya Karal, Osmanlı Tarihi, C. VII, 3. Baskı, TTK Yay., Ankara 1983, s. 3-101.

⁴¹¹ Ortaylı, a.g.e., s. 31.

⁴¹² Ortaylı, s. 27.

⁴¹³ Aydın, "Batılılaşma", s. 162.

birliği sağlamak amacıyla kanunlaştırma faaliyeti içine girmiřlerdir⁴¹⁴. Oysa Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma faaliyeti, Batı'daki kadar acil bir kanunlaştırmaya ihtiyaç olmadığı halde ve Batı'daki cereyanın etkisinde kalınması nedeni ile olmuřtur⁴¹⁵. Özellikle Tanzimat Fermanı'nın ilanından (1839) Kanun-i Esasi'nin ilanına (1876) kadar olan dönemde yoğun kanunlaştırma faaliyeti yaşanmıştır. Bu kanunlaştırma faaliyetleri Kanun-ı Esasi'ye giden yolda önemli rol oynamıřlardır⁴¹⁶. Pratik ihtiyaçlarla şekli alanda başlayan Batılılaşma serüveni, artık iyiden iyiye Batılı ve milli kanunlaştırmalarla yazılı alana da kaymaya başlamıştır. Kanunlaştırma faaliyeti ile birlikte sürdürölen Anayasa yapma çalışmaları da, Batı'ya yönelişin yazılı alanlara da kaydığını göstermesi bakımından önemlidir.

(iii) *Anayasacılık Hareketleri ve Osmanlı'ya Etkisi.* Kanun-i Esasi'yi doğuran nedenlerden birisi de, Batı'da ortaya çıkan ve özünde siyasal iktidarı sınırlandırma işlevi olan, anayasacılık hareketidir. Çalışmamızın ilk bölümünde değindiğimiz üzere anayasacılık hareketi Batı'da monarşik mutlakiyetçiliğe karşı siyasi özgürlüğü gerçekleştirme amacıyla yeniçağın başlarında ortaya çıkmıştır. Fransız İhtilâli'nin de etkisiyle, on dokuzuncu asrın ilk yarısında, Avrupa'da anayasalı yönetimler giderek yaygınlaşmıştır. Özellikle Balkan eyaletlerinde yaşanan anayasacılık hareketleri Osmanlı Devleti'nin anayasalı düzene geçmesinde etkili olmuştur. Belçika 1830, Fransa ve İtalya 1848, Prusya ise 1850'de anayasalı sisteme geçmişlerdir. Balkanlarda ise önce Eflak ve Boğdan Prenslikleri bir araya gelerek 1831-1832'de 'Organik Nizamname' adlı anayasal metni kabul etmişlerdi. İki prensliğin birleşmesiyle 1859'da kurulan ve 1861'de Osmanlı Devleti tarafından onaylanan Romanya Anayasası da 1864'te plebisite (halkın tercihine sunma) sunularak kabul edilmişti. Aynı şekilde Sırbistan'da 1869'da kabul edilen ve anayasal monarşiye geçişi sağlayan anayasa da Osmanlı devleti tarafından onaylanmıştır. Yine Yunanistan'da kabul edilen 1864 Anayasası, Balkanlar'daki ilk ciddi parlamenter rejim uygulaması olması bakımından önemlidir. Son olarak Islahat Fermanı'nın gereği olarak Osmanlı milletlerinin (cemaatler) kendi iç yönetimlerini düzenlemek için hazırladıkları ve Osmanlı Hükümeti

⁴¹⁴ Aydın, s. 162.

⁴¹⁵ Aydın, s. 162.

⁴¹⁶ E. Buğra Ekinci, "Kanun-u Esâsi'nin İlânını Hazırlayan Şartlar", Selçuk Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C. VI, Sy. 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), Konya 1998, s. 512-514.

tarafından onaylanarak yürürlüğe giren nizamnameleri de zikretmek gerekir. Bunlar ‘1862 Rum Patrikliği Nizamı’, ‘1863 Ermeni Patrikliği Nizamı’ ve ‘1865 Hahamhane Nizamı’dır. Cemaatlerin, kendi dillerinde ‘anayasa’ adını verdikleri bu nizamnameler vasıtası ile her millet için genel meclisler ve eyaletlerde bölgesel meclisler kurulmuştu⁴¹⁷. Böylece Osmanlı Devleti içindeki unsurlar eliyle meclis ve anayasa kavramları, siyasal pratiğe girmiş oluyordu⁴¹⁸. Buna karşılık merkezi yönetim de temelde reayanın haklarını güvence altına almak amacı ile bir taraftan anayasal nitelikte fermanlar ilan ediyor, diğer taraftan kanunlaştırma faaliyeti yürütüyordu. Nihayet 1876 yılında bu faaliyetlerin bir devamı ve Batı’da cereyan eden anayasacılık hareketlerinin bir parçası olarak Kanun-i Esasi ilan edilmişti.

Kanun-i Esasi’nin ilanında, Batılı devletlerde görülen anayasal hareketlerde olduğu gibi halk hareketini de arkasına alan sistemli fikir akımlarının (liberalizm, Rasyonalizm ve ferdiyetçilik gibi) etkisi yoktur. Kanun-i Esasi, kaynağında halkın olmadığı bir belgedir. Ancak bu belgenin ilan edilmesinde muhalefet hareketlerinin etkisi büyüktür. Bu bağlamda Kanun-i Esasi, Batı kaynaklı fikir akımlarının etkisinde kalan ve ülkede rejim değişikliği ve anayasa isteyen bir zümrenin zorlaması ve çalışmalarıyla ilan edilmiş olan bir belgedir⁴¹⁹. Bu bakımdan Kanun-i Esasi’yi doğuran nedenlerden birisi de muhalefet hareketleridir.

(iv) **Muhalefet Hareketleri.** Tanzimat dönemi, merkeze karşı muhalefet hareketlerinin olduğu bir dönemdir. Dönemin tipik muhalefeti, dış güçler tarafından özel olarak desteklenen ve ayrı bir devlet kurmak isteyen gayrimüslim azınlıklardır. Ne var ki muhalefet hareketleri bununla sınırlı değildir.

Batılı fikirler lehinde oluşan elverişli ortamlarla birlikte, Batılı fikirleri savunanların sayısı artmaya başlamıştı. Bu arada devlet tarafından Avrupa’ya gönderilen öğrenciler de, Avrupalı fikirleri benimseyerek bu fikirlerin yerleşmesinde motor görevini üstlenmişlerdi⁴²⁰. Böylece Yeni Osmanlılar hareketi ortaya çıkmıştı. 1865 yılında teşkilatlanan bu harekete Şinasi, Namık Kemal, Ziya Paşa, Ali Suâvî ve Ebuzziya Tevfik önderlik ediyorlardı. Bu isimler, Padişaha ve rejime ağır eleştirilerde

⁴¹⁷ Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yay., 17. Baskı, İstanbul 2008, s. 131.

⁴¹⁸ Osmanlı Devleti bünyesindeki unsurların anayasacılık hareketleri için bkz. Tanör, s. 129-132.

⁴¹⁹ Okandan, s. 144-145.

⁴²⁰ Ekinci, a.g.m., s. 524-525.

bulunuyorlar, Tanzimat reformlarını yeterli görmeyip, devletin mevcut sisteminin değişmesini ve meşrutî monarşiye geçilmesini savunuyorlardı. Hareket, cemiyet halini alıp toplantılar yapmaya da başlayınca hükümet takibata girişmiş, bunun üzerine Namık Kemal ve Ziya Paşa Avrupa'ya kaçmışlardı.

Başta İngiltere'de bulunan Yeni Osmanlılar daha sonra Jön Türkler ismini alarak İngiltere'den Fransa'ya geçmişler ve çeşitli gazeteler çıkartarak fikirlerini yaymaya çalışmışlardır. Ne var ki bu fikirler, düzenli bir düşünce sistemi ortaya koymaktan uzak, daha çok birbirinden kopuk belli başlı talepler üzerinden yürümüştür. Bu fikirler meşrutiyetin ilanı, hak ve hürriyetlerin tanınması ve azınlık hakları gibi noktalarda toplanmıştır. Jön Türkler, Avrupa'da aydınlanma çağı ve bilhassa Fransız ihtilâli ile yayılan fikirlerden çok etkilenmişlerdir. Avrupa'da yayınladıkları gazetelerde, ülkenin içinde bulunduğu sıkıntılardan kurtulmasının tek yolunun meşrutiyetin ilan edilmesi ve hürriyetin getirilmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bunlar, padişahın haklarının sınırlanması, sarayın da kanunlara karşı sorumlu olması, yasama ve yürütmenin ayrılması ve seçimle belirlenecek bir meclis oluşturulması gerektiği biçiminde özetlenebilecek bazı fikirleri yaymaya çalışmışlardır. Bu gelişmelerle birlikte ülkede siyasi tenkit devri başlamış, halkın siyasete ilgisi artmış ve Jön Türkler, iktidar karşısında muhalif faaliyetler sergilemişlerdi. Jön Türkler programlarını tam olarak gerçekleştirememiş olsalar da, Şûrâ-yı Devlet ile vilayet düzeninin kurulmasında ve nihayet meşrutiyetin ilanında önemli rol oynamışlardır⁴²¹.

Kanun-i Esasi'nin kabulüne ve Birinci Meşrutiyet döneminin başlamasına yol açan gelişmelerin başında da bir muhalefet hareketi gelir. 10 Mayıs 1876'da ortaya çıkan Medrese öğrencilerinin (talebe-i ulûm) hareketi, halktan da destek görünce Sultan Abdülaziz yönetici kadroda bir takım değişiklikler yapmıştır. Sadrazam Mahmud Nedim Paşa ve Şeyhülislâm Hasan Fehmi Efendi'yi azletmek zorunda kalan padişah, bunların yerlerine Mütercim Rüşdü Paşa'yı sadrazam, İmâm-ı Sultanî Hayrullah Efendi'yi de şeyhülislâm olarak tayin etmiştir. Bu arada seraskerliğe de Hüseyin Avni Paşa getirilmiş, Midhat Paşa ise Şûrâ-yı Devlet başkanı olarak Hey'et-i Vükelâ'da yer almıştır. Talebe-i ulûm hareketinin arkasında, iktidarı ele geçiren meşrutiyet yanlısı bu

⁴²¹ Karal, s. 297-315.

ekibin bulunduğunu gösteren bir hayli kanıt vardır⁴²². Daha sonra yine bu ekip tarafından Sultan Abdülaziz tahttan indirilerek yerine Şehzade Murad geçirilmiş, üç ay sonra da V. Murad'ın yerine II. Abdülhamid tahta çıkarılmıştır. Bu seçimde II. Abdülhamid'in Kanun-i Esasi'ye ve Meşrutiyet'e taraftar oluşunun veya böyle bir görüntü vermesinin etkisi vardır⁴²³. Bu esnada Midhat Paşa da bir kanun-i esasi hazırlığına başlamıştır.

Kanun-i Esasi'nin ilanında, diğer Yeni Osmanlıların aksine bürokrasiden gelen ve devlet yönetimi konusunda oldukça deneyimli bir politikacı olan Mithat Paşa'nın önemli bir rolü vardır. Padişahın yetkilerinin bir anayasa ve meclis aracılığıyla sınırlandırılması fikri, ideolojik açıdan Yeni Osmanlıların, pratik açıdan da Tanzimat'ın yetiştirdiği bürokratların çabalarıyla yerleşmiş, dönemin siyasi ve sosyal şartlarının etkisi ve Mithat Paşa ve diğer bürokratların destekleri ile Kanun-i Esasi'nin ilanı sağlanmıştır.

Netice itibariyle Osmanlı Devleti'nin Batılılaşma serüveni pratik nedenlerle başlayan, zorunlu ve dış zorlamalardan çok içerideki problemlere çare bulma telaşı ile başlayan bir süreçtir⁴²⁴. Bu süreç "Devleti bulunduğu durumdan nasıl kurtarabiliriz?" sorusunun cevabının arandığı, bu konuda çokça tartışmanın yaşandığı bir süreçtir. Bu sürecin ardından yapılan uygulamalar neticesinde, Batılılaşma serüveni yazılı alanlara da kaymış, bu bağlamda başta yöneticiler olmak üzere herkesin uyacağı kanunlar yapılmıştır. Bu kanunlaştırma faaliyetlerini, padişahın yetkilerinin belirlendiği ve kısıtlandığı, herkesin üzerinde olan bir anayasa (Kanun-i Esasi) fikri izlemiştir.

2. Kanun-i Esasi'nin Hazırlanması ve İlan Edilmesi

Osmanlı Devleti, yukarıda anlattığımız bu ağır şartlar altında 1876 yılına girmişti. Hersek isyanı, Bulgaristan ihtilâli, Selanik vakası gibi olaylarla yabancı devletlerin müdahaleleri iyice artmış ve Avrupa kamuoyunda da Osmanlı aleyhtarı bir durum hâkimdi. Balkanlar'daki bu son gelişmeler, zaten son derece olumsuz şartlar içinde bulunan Osmanlı İmparatorluğu'nun her tarafında büyük tepkilerin doğmasına neden olmuştu. Özellikle İstanbul halkı gidişattan oldukça rahatsızdı. Hem kamuoyuna

⁴²² M. Akif Aydın, "Kanun-i Esasi", DİA, C. XXIV, ss. 328-330, TDV, İstanbul 2001, s. 329.

⁴²³ Aydın, s. 329; Karaca, s. 6.

⁴²⁴ Tanör, s. 33-38; Ortaylı, s. 28.

hem de içinde vükelânın da bulunduğu birçok devlet adamına göre bütün bu olanların sorumlusu, Rus yanlısı politika izleyen Mahmut Nedim Paşa'ydı. Nedim Paşanın, Avni Paşa'yı Bursa valiliğine göndermesi ve Mithat Paşa'yı da Adliye Nâzırlığı'ndan azletmesi üzerine, Nedim Paşa'ya muhalif olan devlet adamları harekete geçmiş ve bunlar, çoğunluğu Rumelili olup, buradaki olaylardan aileleri etkilenen medrese talebelerini ayaklanmaya teşvik etmişlerdir (Talebe-i ulum Hareketi). Neticede ayaklanan medrese talebelerine halkın da katılmasıyla birlikte ayaklanma büyümüş ve kalabalık Babıâli önüne gelerek Sadrâzam Nedim Paşa ve Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi'yi istemediklerini bildirmişlerdir. Bu durum karşısında padişah, Nedim Paşa'yı azletmek zorunda kalmış ve kadroda yenilenmeye gitmişti. Böylece sadrâzamlığa Mütercim Mehmet Rüştü Paşa'yı, şeyhülislamlığa Hüseyin Hayrullah Efendi'yi, seraskerliğe Hüseyin Avni Paşa'yı getiren padişah, Mithat Paşa'yı da Vükela heyetine almıştı. Bu dört şahsiyet, karakterleri ve devlet idaresi hakkındaki fikirleri bakımından farklıydılar, ancak kendilerini sürekli olarak devletin yüksek mevkilerinden uzaklaştırmış olan Mahmut Nedim Paşa'ya düşmanlık ve kendilerine güvenmeyen ve bunu ifade etmekten çekinmeyen Sultan Abdülaziz'e güvensizlik noktalarında ise hemfikirdiler. Yeni atanan vükelâ heyeti, padişahın kendilerini mecburiyetten atadığını, bu şekilde zaman kazanmak istediğini ve imkân bulduğu anda kendilerini azlederek Mahmut Nedim Paşa'yı yeniden sadarete getireceğinden şüphe etmiyorlardı. Bu durumda mevkilerini kaybetme ve sürgüne gitmenin yanında, son ayaklanmanın faileri olarak cezalandırılmaları ihtimalini de düşünen devlet ileri gelenlerinden Mithat Paşa, serasker Hüseyin Avni Paşa, şeyhülislam Hasan Hayrullah, Bahriye Nazırı Kayserili Ahmet Paşa, Askerî Şûra Reisi Redif Paşa, Fetva Emîni Filibeli Kara Halil Efendi ve Askerî Mektep Kumandanı Süleyman Paşa ve Veliht Murad Efendi, Sultan Abdülaziz'in tahttan indirilmesi hususunda anlaştılar. Bunların arasından sadece Mithat Paşa ve Süleyman Paşa meşrutiyet taraftarı idi. Diğerlerinin derdi daha ziyade kişisel çıkarlardı. Neticede Fetva Emîni Kara Halil'e 'hal fetvası' yazdırılarak 29 Mayıs 1876'da saray kuşatılmış ve culûs topları atılarak dairesinden çıkarılan Şehzade Murad'a biat olunmuştu⁴²⁵.

⁴²⁵ Karal, s. 101-110; Tanör, s. 124-126; Karaca, s. 3.

Taht değişikliğine karar veren devlet ileri gelenleri, Sultan Abdülaziz'i değiştirmek konusunda hemfikir olmalarına rağmen, meşrutiyeti ilan etme noktasında farklı fikirlere sahiptiler. Sadrazam Mehmet Rüştü Paşa meşrutiyet idaresinin Osmanlı İmparatorluğu'nda uygulanamayacağına inanıyor ve millete hürriyet verilmesinin zararlı olacağını iddia ediyordu. Serasker Hüseyin Avni Paşa, idarenin eski şeklinin muhafazası şartıyla yeniliğe taraftardı. Mithat Paşa ise, devletin düştüğü kötü durumdan ancak meşrutiyet idaresiyle kurtulabileceğini düşünüyordu.

Tahta çıkan Sultan V. Murad, Sadrâzam Mehmet Rüştü Paşa ve hükümetinde herhangi bir değişiklik yapmadı. Bu arada Mithat Paşa, cülûs sebebiyle yayınlanan hatt-ı hümayunda, darbenin gerçek gayesi olan meşrutiyetin ilanı ve millet meclisi teşkili gibi meselelerin yer almasını sağlayamamıştı. Devlet ileri gelenlerinin arasındaki görüş ayrılığının da etkisiyle padişah, meşrutiyet ve millet meclisi yerine kötü durumdaki devlet işlerinin ıslah edilmesi gerektiğini söyleyerek Mithat Paşa'yı hayal kırıklığına uğratmıştı. Bu durum, içte ve dışta meşrutiyetin ilanını bekleyenler tarafından da memnuniyetsizlikle karşılandı ve meşrutiyet ile ilgili büyük bir tartışma başladı. Bu tartışmalar sırasında gelen Sultan Abdülaziz'in ölüm haberi tedirginliği arttırmıştı. Sultan Abdülaziz'in ölümünden hemen sonra, Sultan Abdülaziz'in ölümünden Serasker Hüseyin Avni Paşa'yı sorumlu tutan Çerkes Hasan'ın, Mithat Paşa'nın konağında toplanan vükelâ meclisini basarak Hüseyin Avni Paşa ve Hâriciye Nâzırı Raşit Paşa'yı öldürmesi ile tedirginlik iyice artmıştı⁴²⁶. Sultan V. Murat'ın da ruhî bir depresyona girmesiyle de Sadrazam Mehmet Rüştü Paşa derhal vükelâ meclisini toplantıya çağırmış ve toplantıda, Sultan V. Murat'ın tahttan indirilmesine ve Abdülhamid Efendi'nin meşruti yönetim taraftarı olması halinde tahta çıkarılmasına, aksi takdirde saltanat makamına Mehmet Reşat Efendi'nin getirilmesine karar verilmişti. Bunun üzerine Mithat Paşa, Şehzade Abdülhamid Efendi ile bir görüşme gerçekleştirmişti. Görüşmede, cülûs ve Kanun-i Esasi'nin ilanı meselesi konuşulmuş ve Şehzade Abdülhamid Kanun-i Esasi'yi ilan edeceğine dair söz vermişti. Bunun üzerine 31 Ağustos 1876'da Şehzade II. Abdülhamid'e biat edilmişti⁴²⁷.

⁴²⁶ Karal, s. 355-360; Okandan, s. 130-131; Karaca, s. 5.

⁴²⁷ Okandan, s. 133-134; Karaca, s. 6.

Mithat Paşa'nın da şiddetli arzularıyla meşrutî rejim ve Kanun-i Esasî meselesini gündemine alan II. Abdülhamit, önce böyle bir anayasa hazırlamanın ve belli konularda yasama yetkisine sahip bir meclis kurmanın, Osmanlı hukukunun temeli olan "Şer'-i Şerife" aykırı olup olmadığını öğrenmek için, yetkili İslâm hukukçularından konuyla ilgili lâyhalarını kendisine arz etmelerini istemişti⁴²⁸. Bu hususta iki farklı kanaat oluşmuştu. Birinci kanaat 'Kavanin-i siyâset' veya 'usul' denilen böyle bir anayasa hazırlamanın ve bu anayasaya göre kurulan meclisin çıkardığı kanunlara uymanın İslâm hukukuna aykırı olduğu yönündedir. Bu kanaatte olanlar, hazırlanacak anayasanın açıkça şer'î hükümlere aykırı kanunlar yapılmasına yol açacağını zikretmişlerdir, ancak pek de tasvip görmemişlerdir⁴²⁹. İkinci kanaat ülûl-emre tanınan sınırlı yasama yetkisi dairesinde kalmak ve mevcut şer'î hükümlere aykırı olmamak şartıyla 'şûra meclisi' mahiyetinde bir yasama meclisi kurmak ve bunun esaslarını düzenleyen ve usul denilen bir kanun-i esasi hazırlamanın caiz olacağı yönündedir. Hatta bu kanaat sahiplerine göre böyle bir anayasa hazırlamak bir bakıma zaruridir⁴³⁰. Bunlardan ikinci kanaat ağır basmıştı. Tahta çıktığı zaman, ülkenin içinde bulunduğu şartları çok iyi bilen II. Abdülhamid de aslında, bu ağır şartların sorumluluğunu paylaşacak organların olacağı meşrutî sisteme taraftar bulunmaktaydı. Bu amaçla vükelâyı toplayarak, mutlak idarede sorumluluğun padişahda olduğunu, meşrutiyet idaresinde ise vükelânın sorumlu olacağını söyleyerek bir meclis kurulmasına taraftar olduğunu ifade etmişti.

Bu arada balkanlar iyice karışmıştı. Sırbistan ve Karadağ, Osmanlı Devleti'ne savaş ilan etmişti. Osmanlı'nın bu savaştan galip çıkması karşısında Rusya, hemen müdahale etmiş ve Babiâli'yi mütareke yapmaya zorlamıştı. Rusya'nın diplomatik müdahalesiyle iki aylık bir ateşkes antlaşması yapılması ve bölgede Rusya'nın panslavist politikasının güç kazanma ihtimali üzerine bunu kendi politikası bakımından tehlikeli gören İngiltere, Balkanlar'daki ihtilâfları görüşmek üzere devletlerarası bir konferansın toplanmasını istemişti. Neticede Osmanlı Devleti İstanbul'da bir konferans toplanmasına razı oldu. Konferansa Osmanlı Devleti, Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya, Almanya ve İtalya katıldı. Konferansta hem Balkan sorunları hem de

⁴²⁸ Akgündüz, Anayasa, s. 81.

⁴²⁹ Akgündüz, s. 81.

⁴³⁰ Akgündüz, s. 82.

Osmanlı Devleti'nden istenen yenilik çalışmaları ele alınacaktı. Başta Mithat Paşa olmak üzere meşrutiyet taraftarı olan bazı devlet ileri gelenleri, meşrutiyetin konferanstan önce ilanı için yoğun çaba harcamışlardı. Bu çabanın amacı, azınlıkları kullanarak içişlerine karışan dış devletlere teminat göstererek konferanstan doğabilecek olumsuz sonuçları engellemektir⁴³¹.

Sultan II. Abdülhamid'in tahta geçmesiyle Kanun-i Esasi'nin hazırlanması çalışmaları başlatılmıştı. Dönemin şartları gereği Genç Osmanlılar ve Mithat Paşa dâhil hiç kimsenin, Kanun-i Esasi'yi bir meclisin hazırlaması gerektiği yönünde talebi olmamıştı. En kestirme ve tek yol, Kanun-i Esasi'nin padişah tarafından hazırlattırılmasıydı. Padişah bütün vükelâyı mesuliyete ortak edebilmek için Said Paşa'ya tercüme ettirdiği Fransız Kanun-i Esasi'sini nazırlara göndererek maddeler hakkındaki mütalaalarını bildirmelerini istemişti. Daha sonra da nihai metni hazırlamak üzere Meclis-i Mahsûs adı altında Midhat Paşa'nın başkanlığında ulema, asker ve bürokratlardan oluşan bir komisyon kurulmuştu. Bu komisyon, Batı anayasalarından da yararlanarak bir tasarı hazırladı. Sonuçta hazırlanan tasarı Hey'et-i Vükelâ'da görüşülerek kabul edildi ve padişahın onayına sunuldu⁴³².

Devam eden Tersane Konferansı'na katılan Avrupalı devletlere Kanun-i Esasi'nin ilanını, Hariciye Nazırı Safvet Paşa açıklamıştı. Safvet Paşa konuşmasında padişahın yeni bir rejim olarak meşrutiyet rejimini ilan ettiğini, İmparatorluğu oluşturan unsurların özgürlüklerinin bu yeni idare şekli ile güvence altına alındığını ve böylesine bir devrim karşısında bu toplantıya artık gerek kalmadığını açıklamış ve konuşmasından sonra Osmanlı delegeleri ile toplantıyı terk etmişlerdi. Ancak bu durum, Tersane Konferansı'na katılan devletler tarafından dikkate alınmamış, dolayısıyla Kanun-i Esasi'den beklenen ilk netice alınamamıştı⁴³³.

Kanun-i Esasi'nin ilânı aslında Tanzimat ve Islahat Fermanları ile belli ölçüde benzerlik gösterir. Tanzimat Fermanı Mısır meselesinde, Islahat Fermanı ise Kırım savaşıdan sonra toplanan Paris Konferansı'nda Batılı devletlerin desteğini sağlama amacına yöneliktir. Ancak Kanun-i Esasi'nin ilânını bütünüyle dış sebeplere bağlamak

⁴³¹ Karal, Osmanlı Tarihi, C. VIII, 2. Bsk., TTK Yay., Ankara 1983, s. 27-28.

⁴³² Okandan, s. 134-143; Tanör, s. 132-133; Aydın, "Kanun-i Esasi", s. 329.

⁴³³ Engelhard, s. 462-463; Tanör, s. 150.

doğru değildir. Hem içerde hem de dışarıda yaşanan süreç incelediğinde, meşrutiyetin ilanının, karşı konulamaz tarihi bir zaruret olarak doğduğu görülecektir. Dolayısıyla, meşrutiyet sistemi ile birlikte kabul edilen Kanun-i Esasi'yi, halka padişah tarafından tek taraflı olarak verilen bir lütuf ya da dar bir grubun darbesinin neticesi olarak görmek yanlış bir kanaat olacaktır. Kanun-i Esasi, dönemin şartlarının tezahürüdür. Kanun-i Esasi, bir bakıma Tanzimat'la başlayan Batılılaşma ve modernleşme sürecinin tabii bir devamıdır⁴³⁴. Ancak anayasanın ilnında dış dinamiklerin rolünün i dinamiklerin rolünden fazla olması bu hareketin sonraki dönemlerde sürekli bir yükselme seyri takip etmesini engellemiřtir⁴³⁵.

3. Kanun-i Esasi'nin Anayasal Niteliği ve Değeri

Kanun-i Esasi'nin anayasal niteliği tartışılmıştır. Başgil'e göre, "Kanun-i Esasi, bir anayasanın taşıması gereken bütün vasıfları taşıdığından mahiyeti bakımından bir anayasadır. Fakat hazırlanması ve ilanında takip edilen usul bakımından bir fermandır. Kanun-i Esasi, halkı temsil eden bir kurucu meclis ya da parlamento tarafından hazırlanmamış, padişahın tek taraflı bir işleminden doğmuştur. Bu nedenle biçimi itibarıyla 'ferman anayasa'dır"⁴³⁶.

Okandan'a göre, "Kanun-i Esasi, şekil olarak anayasa niteliğine sahip değildir. Çünkü Kanun-i Esasi, millet tarafından, milletin seçtiği kimseler tarafından, bağımsız bir yasama organı veya bir kurucu meclis tarafından tanzim ve kabul edilmiş değildir. Ayrıca muhteva açısından da anayasa niteliğine sahip değildir. Çünkü her yönden hükümdarın hak ve yetkilerini teyide ve takviyeye hizmet eyleyen bu kanunla, fertlere sağlanan haklar, siyasî ve hukukî müeyyidelerden, bu hususta hatıra gelebilecek ihtimallerden uzak tutulmuş ve aksine bu hakların icabında ortadan kaldırılabilmeleri hususunda padişaha önemli imknlar sağlanmıştır"⁴³⁷.

Tanör'e göre, "Kanun-i Esasi, ayanın ağzından çıkmış gibi yazılmış olan Senedi İttifak ve padişah adına kaleme alınan Tanzimat Fermanı'nın aksine, objektif bir yasa dili ile ve hukuki bir terminoloji kullanılarak kaleme alınmıştır. şekil olarak da

⁴³⁴ Aydın, s. 329.

⁴³⁵ Aydın, s. 329.

⁴³⁶ Başgil, a.g.e., Fs. 1, s. 94 vd.

⁴³⁷ Okandan, s.146 vd.

modern anayasalarda olan bölüm ve maddelerden oluşmaktadır”⁴³⁸. Tanör’e göre, “Kanun-i Esasi, gerçek bir meşrutiyete geçişi değil ama mutlakıyetten çıkışı ifade eder. Monarşi, kendini sınırlayarak mutlak olmaktan çıkıp ılımlı, anayasalı ve parlamentolu hale gelmekte, ama henüz gerçekten meşruti, anayasal ve parlamenter bir niteliğe kavuşmuş olmamaktadır”⁴³⁹.

Gözler’e göre, “Kanun-i Esasi’nin niteliği hakkındaki yorumlar, ‘anayasa’dan ne anlaşıldığı ile yakından ilgilidir. Buna göre anayasalar biri ‘maddi’ diğeri ‘şekli’ olmak üzere iki değişik anlamda tanımlanmaktadır. Maddî anlamda anayasa, devlet organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bireylerin devlet karşısında sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri belirleyen, yazılı veya teamülî kuralların bütünü olarak tanımlanır ve bu anlamıyla Kanun-i Esasi, maddi kıstas itibariyle tam olarak anayasal niteliktedir. Çünkü Kanun-i Esasi bir yandan devlet organları arasındaki ilişkileri, diğeryandan da vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenlemektedir. Şekli anlamda anayasa ise, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden ve kanunlardan farklı ve daha üstün bir usulle konulan ve değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünüdür ve bu anlamıyla Kanun-i Esasi, şekli kıstas itibariyle de anayasal niteliktedir. Çünkü bir kere, Kanun-i Esasi kendisinin üstünlüğünü ve bağlayıcılığını açıkça ilân etmektedir. 115’inci maddeye göre, ‘Kanun-i Esasi’nin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil ve icradan ıskat edilemez’. Diğeryandan Kanun-i Esasi’nin 116. maddesi Kanun-i Esasi’nin değiştirilme usulünü öngörmüştür. Bu maddeye göre, Kanun-i Esasi değişiklik teklifinin kabul edilmesi için sırasıyla Meclis-i Mebusanın ve Meclis-i Âyanın üye tamsayılarının üçte iki oy çokluğu gerekir. Bu demektir ki, Kanun-i Esasi kanunlardan zor değiştirilebilir bir metindir. Dolayısıyla Kanun-i Esasi’yi şekli kıstasa göre bir anayasa olarak kabul etmek zorundayız”⁴⁴⁰.

Kanun-i Esasi ile tam anlamıyla meşrutî, anayasal ve parlâmenter bir sistem kurulamamıştır. Yasama yetkisinin kullanılmasında hala Padişahın büyük rolü bulunmaktadır. Çünkü kanun teklifinin görüşülebilmesi için padişahın izni ve yürürlüğe girmesi için de onayı gerekmektedir. Bakanlar Kurulu, parlamentoya karşı değil,

⁴³⁸ Tanör, s. 134.

⁴³⁹ Tanör; s. 149.

⁴⁴⁰ Kemal Gözler, “Kanun-u Esasi”, www.anayasa.gen.tr/kanunuesasi.htm, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

padişaha karşı sorumludur. Özetle yasama ve yürütme fonksiyonu hâlâ büyük ölçüde padişaha bağımlıdır. Bu iki fonksiyon bakımından padişahın anlamlı bir şekilde sınırlandırılmış olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle de anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılığı ve katılığı soyut kalmakta ve bir anlam ifade etmemektedir. Tanör'e göre Kanun-i Esasi, egemenliğin kaynağı ve kullanılışı bakımından köklü bir farklılık getirmediğinden, meşruti-demokratik yasama ve yürütme organları oluşturmadığından ve yasama-yürütme ilişkilerini padişahın iradesine bıraktığından, anayasanın üstünlüğü ve korunmasına ilişkin hükümler tersine bir işlev kazanmakta ve bu anayasanın demokratikleşmesini zorlaştırmaktadır⁴⁴¹. Bizce de Kanun-i Esasi, kaynağı, yöntemi ve kuvvetlerin padişah karşısındaki durumu bakımından demokratik değildir. Ancak Kanun-i Esasi'nin demokratik olmaması, anayasal nitelikte olmadığı anlamına gelmez. Bu tartışmada önemli olan noktalardan biri de yetki meselesi olmalıdır. Anayasalar yasama yetkisinin bir sonucudur ve yasama organının bir tasarrufudur. Osmanlı Devleti'nde de padişah yasama yetkisini haiz olan bir kişidir. Bu bakımdan padişahın anayasa hazırlamak ve ilan etmek gibi bir yetkisi de vardır. Bu durum günümüzde parlamentolar tarafından hazırlanan metinlerin Cumhurbaşkanlarınca onaylanması ve anayasa olarak ilan edilmesi durumundan çok da farklı değildir. Bununla birlikte kaynağında bir halk hareketinin olmaması ya da toplumsal bir mutabakat ile hazırlanmamış olması Kanun-i Esasi'nin anayasal niteliğine hanel getirmez. Çünkü bunlar anayasa yapmak için şart değildir. Kaldı ki kaynağında halk hareketi olan anayasalar çok sınırlı olmakla beraber günümüzde dahi toplumsal mutabakat ile hazırlanmış bir anayasa neredeyse yoktur. Bu nedenlerle Kanun-i Esasi bir anayasadır.

III. KANUN-İ ESASİ VE YARGI FONKSİYONU

1. Kanun-i Esasi'de Yetkilerin Düzenlenişi

7 Zilhicce 1293/23 Aralık 1876'da ilan edilen Kanun-ı Esasi, Memalik-i Devlet-i Osmaniye (Md.1-7), Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuk-ı Umumiyesi (Md.8-26), Vükela-yı Devlet (Md. 27-38), Memurin (Md. 39-41), Meclis-i Umumi (Md. 42-59), Heyet-i Ayan (Md. 60-64), Heyet-i Mebusan (Md. 65-80), Mehâkim

⁴⁴¹ Tanör, s. 148.

(Md. 81–91), Divan-ı Ali (Md. 92–95), Umur-u Maliye (Md. 96–107), Vilayat (Md. 108–112), Mevad-dı Şetta (Md. 113–119) olmak üzere 12 başlık ve 119 maddeden oluşmaktadır⁴⁴².

Kanun-i Esasi'de yasama yetkisi 42 ila 80. Maddelerde, yürütme yetkisi başta 27 ila 38. Maddeler olmak üzere ve özellikle padişahın yürütme yetkisi olmak üzere yürütme yetkisine ilişkin çeşitli maddelerde ve son olarak yargı yetkisi de 81 ila 91. Maddelerde ve ayrı başlıklar altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Osmanlı'da yasama, yürütme ve yargı yetkileri ilk defa ayrı başlıklar içerisinde ve bir bütünün içerisinde düzenlenmiş şekilde, resmi bir belge altında toplanmıştır.

1.1. Yasama ve Yürütme Yetkileri

1876 tarihli Kanun-i Esasiye göre **yasama yetkisi**, Meclis-i Umumi'ye (KE md. 42-59) verilmiştir. Bu da 'hey'et-i a'yan' (KE md. 60–64) ve 'hey'et-i meb'usan' (KE md. 65–80) adıyla iki ayrı meclisten oluşmuştur. Meclis-i umumî, yeni kanunlar yapmak veya mevcut kanunlardan birini ta'dil etmek yetkisine sahiptir⁴⁴³. Şûrâ-yı Devlet tarafından hazırlanan kanun lâyhaları, önce halkın oylarıyla seçilen üyelerden teşekkül eden heyet-i mebûsân'a gelir. Heyet-i Mebûsân'da müzâkere edildikten sonra⁴⁴⁴, padişahın kayd-ı hayat şartıyla ve idarî yahut ilmi açıdan tecrübeli olan şahıslar arasından seçtiği ve sayıları meclis-i mebûsân'ın üçte birini geçmeyen üyelerden müteşekkil, heyet-i ayan'a gönderilir. Heyet-i ayan, kanun lâyhalarını şer'î hükümlere, anayasaya ve bazı temel esaslara uygunluk açısından inceler (KE md. 60 - 64). Kabul edilen kanun lâyhaları padişahın tasdikinden sonra (irade-i seniyye taalluk edince) yürürlüğe girer (KE md. 54)⁴⁴⁵. Kanun önerisini Bakanlar Kurulu ve kendi görevleriyle ilgili olarak da meclisler yapar. Hükümet ile meclis arasında ihtilaf çıkarsa padişah, hükümet veya meclisi feshedebilir. Özellikle yasama meclisinin tasarrufları üzerinde padişahın mutlak vetosu vardır. 1876 tarihli Anayasa'da Hükümet (Heyet-i Vükela)

⁴⁴² Düstur, I/4, s. 4–20.

⁴⁴³ "...kavanin-i mevcûdeden birinin tâdilini istidaya salâhiyetleri olmağla..." Düstur, I/4, md. 53, s. 10.

⁴⁴⁴ "Şûrâ-yı Devlet'te bil-müzâkere tanzim olunacak kavanin lâyhaları, Hey'et-i Meb'ûsân'da ba'dehû hey'et-i Ayân'da tetkik ve kabul olunduktan sonra..." Düstur, I/4, md. 54, s. 10.

⁴⁴⁵ "...icray-ı ahkâmına irade-i seniyye-i hazret-i padişahı müteallik buyurulur ise, düstur'ülamel olur..." Düstur, I/4, md. 54, s. 10.

parlamentoya değil padişaha karşı sorumludur. Bu durum, 1909 tadili ile değiştirilmiştir.

1876 tarihli Kanun-i Esasi'ye göre **yürütme yetkisi** iki farklı organa verilmiştir: Padişah (devlet başkanı) ve heyet-i vükela (Bakanlar kurulu – hükümet). Yürütmenin başı, ekber evlat esasına göre başa getirilen ve aynı zamanda halife de olan padişaktır (KE md. 3, 4, 5). Padişah tarafından seçilen heyet-i vükela (Bakanlar Kurulu), meclise değil, padişah'a karşı sorumludur. Zira bunların azli, padişaha ait bir yetkidir⁴⁴⁶. Güvenoyu sistemi yoktur ve padişah sorumsuzdur⁴⁴⁷. Meclis tatilde iken Padişahın kanun-u muvakkat çıkarma yetkisi de vardır.

1.2. Yargı Yetkisi

On yedi ve on sekizinci asırlarda, diğer bütün kurumlarda başlayan bozulma süreci, medreseleri de etkisi altına almaya başlamış ve bu durum medreselerin eğitim fonksiyonunda tamiri imkânsız yaralara yol açmıştı. Medreselerin bu durumu, haliyle kadılar üzerinden Osmanlı Yargı fonksiyonunu da olumsuz biçimde etkilemişti. Bu olumsuzluğa karşın, kadıların yönetim işlerine karışmamaları, hediye, bahşiş ve rüşvet almamaları konusunda zaman zaman uyarıldıkları olmuştu. Nitekim 12 Aralık 1838 tarihli "*Tarik-i İlmiyeye Dair-Ceza Kanunnamesi*" bu amaçla çıkarılmış bir kanundur⁴⁴⁸. Ancak yapılan bu düzenleme pek de etkili olamamış, olumlu sonuçlar vermemiştir. Bunun üzerine Tanzimat'tan sonra da yargıya ilişkin, 1864 tarihli *Vilayet Nizamnamesi* gibi önemli bazı düzenlemeler de yapılmış, bu nizamnameden sonra da Osmanlı yargı düzeni, kurum ve fonksiyonu bakımından çeşitli değişikliklere uğramıştır. Yine *Mecelle*'de de, yargı fonksiyonuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve bu vaziyet ile 1876 yılına gelinmiştir.

Kanun-i Esasi'ye göre **yargı yetkisi** bağımsız mahkemeler olan nizamiye mahkemeleri ve şer'îye mahkemeleri eli ile yürütülecektir (KE md. 86 ve 87). Bu anayasada 'yargı'dan, şekli anlamda bir kuvvet olarak bahsedilmemiş ve yargıya ilişkin düzenlemeler (yargı organları, yetkileri ve fonksiyonları) 'Mehâkim (Mahkemeler)'

⁴⁴⁶ "Vükelânın azil ve nasbı..., hukuk-ı mukaddes-i padişahî cümlesindedir." Düstur, md. 7, I/4, s. 4.

⁴⁴⁷ "Zât-ı Hazret-i Padişahî'nin nefis-i hümayunu mukaddes ve gayr-i mes'uldür." Düstur, md. 5, I/4, s. 4.

⁴⁴⁸ Çadırcı, a.g.m., s. 139-143.

başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak anayasada yargı organlarının bağımsızlığına, hâkimler için bazı teminatlara ve yasal yargılama ilkelerini koruyucu asgari güvencelere yer verilmiş olması nedeniyle mahkemeler, adeta ayrı bir kuvvet görünümündedir. Bu anayasadaki yargıya ilişkin düzenlemeler, bir anayasa olması sebebi ile genel, kısa ve özdür. Yargı ve yargı fonksiyonuna ilişkin detaylı düzenlemeler ileriki dönemlerde neşredilen kanunlar vasıtası ile sağlanmıştır. Bilhassa nizamiye mahkemeleri ve bu mahkemelerin hâkimlerine ilişkin olarak neşredilen 1879 tarihli *Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilât Kanunu* ile şer'îye mahkemeleri ve bu mahkemelerin hâkimlerine (kadınlara) ilişkin olarak neşredilen 1913 tarihli *Hükkâm-ı Şer'* ve *Memurîn-i Şer'îye Kanun-ı Muvakkati* bu bağlamda önemli iki düzenlemedir.

2. Kanun-i Esasi'de Yargıya İlişkin Düzenlemeler

1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin yargıya ilişkin düzenlemeleri ve bu düzenlemelerde yer alan güvenceler bugünün anayasalarındaki düzenlemelerden hiç de az değildir⁴⁴⁹.

(i) Hâkimlik Teminatı. Kanun-i Esasi ilk olarak hâkimlerin durumunu, 81. Madde ile netleştirmiştir. Bu madde ile hâkimlerin azlolunamayacağı hükme bağlanmış ve hâkimlerin yükselme, yer değiştirme, emeklilik gibi özlük işlerinin özel bir kanun (kanun-ı mahsus) ile düzenleneceği öngörülmüştür: "...hâkimler lâyen'azildir. ...Hâkimlerin terakkiyatı ve meslekleri ve tebdil-i memuriyetleri ve tekaüdları bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azlolunmaları dahi kanun-ı mahsus hükümüne tâbidir ve hâkimlerin ve mehâkim memurlarının matlup olan evsâfını işbu kanun irâe eder."⁴⁵⁰. Hâkimlerin azlolunamaması kuralı, 'hâkimlik teminatı'nın en önemli unsurudur. Zira yargının bağımsızlığını sağlanabilmesi, hâkimlik teminatının sağlanması ile mümkündür. Bu sebeple bu kuralın anayasal düzleme alınması çok önemlidir.

(ii) Yargı Bağımsızlığı. Kanun-i Esasi'nin 86 ve 90. Maddeleri ile hem kurumsal anlamda mahkemeler açısından hem de şahsi anlamda hâkimler açısından, yargı bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre mahkemelerin

⁴⁴⁹ Gözler, "Kanun-u Esasi", www.anayasa.gen.tr/kanunesasi.htm, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

⁴⁵⁰ Düstur, I/4, md. 81, s. 14.

bağımsızlığı, “mahkemeler her türlü müdahalattan azâdedir”⁴⁵¹ ilkesi ile açık biçimde düzenlenmiştir. Yine hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak üzere de hâkimlerin, devletin maaşlı bir başka memuriyetini kabul edemeyecekleri kuralı, “Hiçbir hâkim hâkimlik sıfatı ile devletin maaşlı bir başka memuriyetini uhdesinde cem'edemez.”⁴⁵² hükmü ile düzenlenmiştir.

(iii) Kanuni Düzenlemelerin İlanı. Kanun-i Esasi'de bazı düzenlemelerin, 81. Maddede olduğu üzere kanun ile yapılacağı vurgulanmıştır. Bu bağlamda mahkemelerin derece, görev ve yetkilerinin belirlenmesinin ve paylaşılmasının kanunla yapılacağı öngörülmektedir: “Mahkemelerin sunûf ve vezâif ve salâhiyetinin derecât ve taksimatı ve hükkâmın tanzîfi kavânine müsteniddir.”⁴⁵³ Aynı şekilde hâkimlerin atanması da yürütmenin takdirinden çıkarılıp kanuna tâbi kılınmıştır: “...Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tâyin-i mevlâ ve tahkim caizdir.”⁴⁵⁴ Yargı bağımsızlığı açısından, bir takım teminatların genel ifadelerle anayasalarda düzenlenmiş olması çok şey ifade etmez. Bu teminatların yasalar ile açılması ve netleştirilmesi gerekir. Nitekim Kanun-i Esasi de bazı düzenlemeleri kanunla düzenleyeceğini ilan etmiştir.

(iv) Yeni Kurumlar. Kanun-i Esasi ile birlikte, yargı fonksiyonunu haiz yeni kurumlar da getirilmiştir. Müddei-yi Umumî (savcılık) ve Divan-ı Ali (yüce divan) bunlardan ikisidir. Bu anayasanın 91. Maddesi ile savcılık kurumu anayasal bir nitelik kazanmış ve savcılarının görev ve derecelerinin kanunla belirleneceği hükmü getirilmiştir: “Umûr-ı cezâiyede hukuk-ı âmmeyi vikayeye memur müdde-i umûmiler bulunacak ve bunların vezâif ve derecâtı kanun ile tayin kılınacaktır.”⁴⁵⁵ Divan-ı Ali (yüce divan) isimli kurum ise, vekilleri ve temyiz mahkemesi başkan ve üyelerini ve Padişah aleyhine cürüm işleyenleri yargılamak üzere kurulmuştur⁴⁵⁶. Bu düzenlemeler aslında yargıdan ziyade yürütmeyi güçlendirme amacıyla yapılmış düzenlemelerdir.

(v) Kişilerin Yargıya İlişkin Bazı Hakları. Kanun-i Esasi ile birlikte yargısal bir takım ilke ve kurallar da anayasal düzleme taşınmıştır. İlk olarak bu anayasada,

⁴⁵¹ Düstur, I/4, md. 86, s. 15.

⁴⁵² Düstur, I/4, md. 90, s. 15.

⁴⁵³ Düstur, I/4, md. 88, s. 15.

⁴⁵⁴ Düstur, I/4, md. 89, s. 15.

⁴⁵⁵ Düstur, I/4, md. 91, s. 15.

⁴⁵⁶ Düstur, I/4, md. 92-95, s. 15-16.

‘yargılamanın alenîliği’ ilkesi anayasal düzleme taşınmıştır: “Mahkemelerde her nevi muhakeme alenen cereyan eder ve îlâmâtı neşrine mezuniyet vardır...”⁴⁵⁷. Esasında bu ilke Osmanlı yargı sisteminin temel ve kendisine riayet edilen ilkelerinden birisidir. Şühûldü'l-Hâl gibi bir kurumun varlık nedenlerinden biri ve en önemlisi de yargılamada alenîliği sağlamaktır. Yine Kanun-i Esasi’nin 83. Maddesinde “Herkes huzur-ı mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesâit-i meşrûâyı istimal edebilir.”⁴⁵⁸ hükmü ile herkesin mahkeme huzurunda meşru araçlarla hakkını arayabileceği öngörülmüştür. Kanun-i Esasi’nin 84’üncü maddesi ile mahkemelerin görevleri dâhilinde olan bir uyuşmazlığı çözmekten kaçınamayacağı ve bu uyuşmazlığı mutlak surette çözmesi gerektiği, anayasal düzleme taşınmıştır: “Bir mahkeme, vazifesi dâhilinde olan davanın her ne vesile ile olursa olsun rü’yetinden imtina edemez...”⁴⁵⁹. Esasında bu kural İslam Hukukunda ve Osmanlı’da da kadılar için vaaz edilmiş bir kuraldır. Daha önce zikrettiğimiz İslam’da kadı, önüne gelen uyuşmazlığı çözmek zorundadır, bunu çözmekten imtina edemez. Çünkü İslam hukuk ve yargı sistemi aciz değildir. Yine Kanun-i Esasi’de her davanın ait olduğu mahkemede görüleceği hükmü düzenlenmiş ve kişiler ile hükümet arasındaki davaların dahi genel mahkemelere tâbi olduğu belirtilmiştir: “Her dava ait olduğu mahkemede rü’yet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehâkim-i umûmiyeye aittir.”⁴⁶⁰. Son olarak Kanun-i Esasi’de “tabii hâkim (kanuni hâkim, olağan hâkim)” ilkesi, “Her ne nam ile olursa olsun bazı mevâdd-ı mahsûsayı rü’yet ve hükmetmek için mehâkim-i muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme ve yahut hüküm vermek salâhiyetini haiz komisyon teşkili kat’iyyen caiz değildir.”⁴⁶¹ ifadeleri ile çok açık bir şekilde düzenlenmiştir. Aynı şekilde 23. Madde ile de kanuni hâkim güvencesinin düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz: “Yapılacak usul-i muhakeme kanunu hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.”⁴⁶²

Kanun-i Esasi’de düzenlenmiş olan bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, yargıya ilişkin düzenlenmiş olan hükümler, yürürlükteki anayasamızdaki hükümler ile

⁴⁵⁷ Düstur, I/4, md. 82, s. 14.

⁴⁵⁸ Düstur, I/4, md. 83, s. 14.

⁴⁵⁹ Düstur, I/4, md. 84, s. 14-15.

⁴⁶⁰ Düstur, I/4, md. 85, s. 15.

⁴⁶¹ Düstur, I/4, md. 89, s. 15.

⁴⁶² Düstur, I/4, md. 23, s. 6.

mukayese edildiğinde pek de geri kalır yanı yoktur. Üstelik 1876 Anayasası, yargıya alanında getirdiği ilkeler, olağanüstü bir dönem olması nedeni ile mazur gösterilen 1924 Anayasasındaki düzenlemelerin oldukça ilerisindedir⁴⁶³.

3. Kanun-i Esasi’de Mahkemeler ve Yargı Fonksiyonu

Osmanlı hukuk tarihinde, hukuk alanındaki Batılılaşma hareketlerine de paralel olarak⁴⁶⁴, mahkemelerin yapısında köklü değişiklikler yapılmıştı. Bu değişikliklerin neticesinde, Tanzimat’tan sonra, tek hâkimli klasik Osmanlı mahkemesi yerini giderek toplu hâkimli mahkemelere bırakmaya başlamıştı. İlk olarak ‘Ticaret mahkemeleri’ ve ‘Karma Ceza Mahkemeleri’ ile birlikte toplu hâkimli mahkemeler Osmanlı hukuk düzenine girmiş, daha sonra bu mahkemeler ‘Nizamiye Mahkemeleri’ adı altında yargılama faaliyetini yürütmüşlerdir. Kanun-i Esasi ilan edildiğinde, yargı fonksiyonu ile görevli iki temel mahkeme, ‘Şer’iye Mahkemeleri’ ile ‘Nizamiye Mahkemeleri’ olmuştur. Bunların yanında bazı yüksek yargı organları ve ‘Cemaat Mahkemeleri’ de yargı fonksiyonu ile görevli mahkemelerdir. Ayrıca Kanun-i Esasi’nin 92 – 95. Maddelerinde düzenlenmiş olan Divan-ı Âli de, yargı yetkisini haiz organlardan biridir.

3.1. Nizamiye Mahkemeleri ve Yargı Fonksiyonu

Tanzimat ile birlikte adli yapıdaki ilk değişiklik, ticaret mahkemeleri ile Meclis-i Tahkiki olarak ortaya çıkan ceza mahkemelerinin kurulması ile başlamıştır. Bu mahkemeler daha sonra nizamiye mahkemeleri adı ile bir çatı altında toplanmıştır. Böylece Tanzimat dönemi yenilik hareketleri ile adli yapıda meydana gelen en önemli değişiklik, nizamiye mahkemelerinin kurulması ile gerçekleşmiştir.

1872 yılında neşrolunan *Mehâkim-i Nizâmiye Hakkında Nizamnâme*⁴⁶⁵ ile nizamiye mahkemeleri ülke çapında bidâyet (ilk derece mahkemesi) ve istinaf mahkemeleri olmak üzere iki dereceye ayrılmıştır. Kaymakamlık merkezi olan kazalarda bulunan ‘meclis-i deâviler’ bidâyet, livâ (kazadan büyük, vilâyetten küçük yerleşim merkezi) merkezlerindeki ‘meclis-i temyizler’ ise hem bidâyet hem istinaf, vilâyetlerdeki ‘divan-ı temyizler’ ise istinaf mahkemesi olarak dava göreceklere. Bütün

⁴⁶³ Gözler, “Kanun-u Esasi”, www.anayasa.gen.tr/kanunesasi.htm.

⁴⁶⁴ Aydın, “Batılılaşma”, s. 164.

⁴⁶⁵ Düstur, I/1, s. 352-356.

bu mahkemelerin temyiz mercii ise ‘Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’ idi. Kanun-i Esasi’deki düzenleme ile de Tanzimat’tan bu yana Osmanlı mahkemelerinin şer’iye ve nizamiye mahkemeleri olarak ikili taksimi aynen benimsenmiş, şer’i davaların şer’iye, nizami davaların nizamiye mahkemelerinde görülmesi esası benimsenmişti⁴⁶⁶. Yine 1879 yılına gelindiğinde de Osmanlı adli teşkilatında önemli değişiklikler yapılmıştı. Bilhassa bahsini ettiğimiz mahkemelerin isimlerindeki temyiz kelimesi, teknik anlamdaki temyiz kurumu ile ilgisi bulunmadığı halde⁴⁶⁷, dava taraflarının zihninde karışıklık yaratmaktaydı⁴⁶⁸. Bunu önlemek için ilk olarak 10 Nisan 1879’da bir irâde-i seniyye sadır olmuş, arkasından adli yapıda yeni bir sayfa açan 17 Haziran 1879 tarihli *Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilât Kanunu*⁴⁶⁹ (Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu) neşredilmişti. 1872 yılında neşrolunan *Mehâkim-i Nizâmiye Hakkında Nizamnâme*yi yürürlükten kaldıran bu kanun, Fransız adli teşkilatını örnek alan ve Cumhuriyet devri adliye teşkilatının da temelini teşkil eden düzenlemeler getirmiştir⁴⁷⁰. 1879 Tarihli Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu ile öncelikle nizamiye mahkemelerinin adları değiştirilmiş, divanı temyiz, meclis-i temyiz ve meclis-i deâvi tabirleri terk edilmiştir. Nitekim Divan-ı Ahkâm-ı Adliye yerine Mahkeme-i Temyiz’in kuruluşu ile temyiz kelimesi yerinde kullanılmaya başlanmış, ancak bu isimler yetki sınırlarını kesin olarak çizememiştir⁴⁷¹. Nizamiye mahkemeleri, Cumhuriyet devrindeki tek mahkemeler olmuştur. Bu teklîğe doğru giden süreç de 1924 ile başlamıştır. 1924 yılında neşredilen *Mehâkim-i Şer’iyyenin İlgasına ve Mehâkim Teşkilâtına Dâir Ahkâmı Muaddil Kanunu*⁴⁷² ile adliye teşkilâtında köklü ve önemli değişiklikler yapılmıştır. Temyiz mahkemesinin konumu korunmuş, ancak gerek görevleri ve gerekse yapısı itibariyle bu kurum yeniden düzenlenmiştir. Aynı kanun istinaf ve şer’iye mahkemelerini de kaldırmıştır. Böylece nizamiye mahkemeleri artık yeni dönemde devletin genel mahkemeleri olarak varlıklarını sürdürmüşlerdir. Üstelik bundan sonra nizamiye mahkemesi olarak anılmalarına da gerek

⁴⁶⁶ “Deavii şer’iye mehâkimi şer’iyede ve deavii nizamiye mehâkimi nizamiyede rüyet olunur.” bkz. Düstur, I/4, md. 87, s. 15.

⁴⁶⁷ Ekinci, s. 204.

⁴⁶⁸ Bingöl, s. 285.

⁴⁶⁹ Düstur, I/4, s. 245-260.

⁴⁷⁰ Belgesay, s. 216.

⁴⁷¹ Ekinci, s. 204.

⁴⁷² Düstur, III/5, s. 403-404.

kalmamıştı, çünkü eski devirde söz konusu olan düalite ortadan kalkmış, şer'îye mahkemeleri tarihe karışmıştı⁴⁷³.

3.1.1. Nizamiye Mahkemelerindeki Görevliler: Toplu Hâkim Sistemi

Nizamiye mahkemelerinde, şer'îye mahkemelerinden farklı olarak birden fazla hâkim görevliydi. Bu mahkemelerin başkanlığı da, ülkede hâkimlik yapacak başka hukukçu bulunmadığından, kadılarına verilmişti. Toplu hâkim sistemi, 1840 yılından itibaren kurulmaya başlanan nizamîye mahkemelerinde, heyet usulünün benimsenmesi ve hükme birden fazla kişinin katılmasının sağlanması ile Osmanlı hukuk düzenine girmişti. Ancak bu kişilerin bazıları, hatta başkan hariç olmak üzere bazen hiçbirisi hukukçu değildi.

Toplu hâkim sistemi, ilk defa, açık ve düzenli olacak bir şekilde Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Pratikte nizamiye mahkemelerinin başına çoğunlukla aynı zamanda kadı olan hukukçular getirilmiş, yargılamayı bunlar yapmış, diğer üyeler adeta klasik devirdeki şühûdu'l-hâl'in fonksiyonunu yerine getirmişlerdir⁴⁷⁴. Ancak bunların şühûdu'l-hâl'den bazı farkları vardı. Nizamiye mahkemelerinin üyelerini, şühûdu'l-hâl'de olduğu gibi kadı değil, hükümet tayin ederdi ve bu üyelerin yarısı yine şühûdu'l-hâl'in aksine gayrimüslim milletlerden olurdu. Ayrıca her dava için başka kimseler şühûdu'l-hâl olurdu; nizamiye mahkemeleri üyeleri ise artık daimî statüde üyelerdi⁴⁷⁵.

Toplu hâkim sistemi iyi yürümemişti. Bu nedenle hem yargılama sürecini hızlandırmak hem de eleman tasarrufu sağlamak amacı ile İkinci Meşrutiyet'ten sonra istinaf mahkemesi üye sayısı beşten üçe indirilmiş, diğer mahkemelerin ise tek hâkimle görev yapması benimsenmiştir⁴⁷⁶. Kaldı ki heyet halinde karar veren mahkemelerde bütün işleri tek bir hâkim yapmakta, diğerleri ise yalnızca kararın altını imzalamakla yetinmekteydi.

⁴⁷³ Ekinci, s. 235.

⁴⁷⁴ Ekinci, s. 218.

⁴⁷⁵ Ekinci, s. 218.

⁴⁷⁶ Ekinci, s. 220.

3.1.2. Hâkimlere Sağlanan Teminatlar

3.1.2.1. Hâkimlerin Seçim ve Tâyin Usulü, Terfii ve Maaşı

Teşkilât-ı Mehâkim Kanunu, mahkeme başkanları, üyeler ve stajyer üyelerin tayinini Adliye Nezâreti'nin bildirimine üzerine padişah iradesine tabi tutmakla beraber, hâkim olabilmek için gereken şartları da düzenlemişti ve bu şartları haiz olmayanlar hâkim tayin edilemezdi⁴⁷⁷. İlk olarak bidayet mahkemesi üyeliğine, Adliye Nâzırı, müsteşar, Mahkeme-i Temyiz veya istinaf mahkemesi başkanları ile aynı mahkemenin dâirelerinden birer üyenin bir araya gelmesiyle oluşan Adliye Nezâreti İntihab Encümeni huzurunda yapılacak imtihanı geçmiş ya da bir mahkemenin âzâ mülâzımlığı, mümeyyizliği veya zabıt kâtipliği görevlerinde dört yıl çalışmış kimselerden tâyin yapılabilirdi⁴⁷⁸. Bu kanun gereğince tayin olunacak kimsenin; iyi niyeti ile meşhur, ağır bir cezayla mahkûm olmamış, bidayet mahkemesi üyeliği için 25 yaşını doldurmuş, bu mahkemenin başkanlığı ve bir üst mahkeme olan istinaf mahkemesi üyeliği için dört yıl bidayet mahkemesi üyeliğinde bulunmuş ve 30 yaşını doldurmuş, istinaf mahkemesi başkanlığı ile Mahkeme-i Temyiz üyeliği için 40 yaşında bulunmak ve bidayet mahkemesi başkanlığı veya istinaf mahkemesi üyeliklerinde en az dört yıl çalışmış olması gerekmektedir⁴⁷⁹.

Teşkilât-ı Mehâkim Kanunu'ndan sonra çıkarılan 1882 tarihli *Adliye İntihab Encümeni Nizâmname*⁴⁸⁰ ve 1887 tarihli *Hükkâm ve sâir memurîn-i adliyenin usul-i intihab ve tâyinlerine dâir kanunu*⁴⁸¹ ile nizamiye mahkemesi üyelerinin seçim usulleri de düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu sayede yukarıdaki şartlarla birlikte bazı heyetlerin kurulacağı ve bu heyetler tarafından yapılacak sınavlar neticesinde hâkimlerin seçiminin yapılacağı düzenlenmişti.

Teşkilâtı Mehâkim Kanunu, hâkimlerin terfilerini de bir usule bağlamıştı. Buna göre mahkeme reisliğine veyahut yüksek mahkeme üyeliğine tayin olunacakların,

⁴⁷⁷ Belgesay, s. 216.

⁴⁷⁸ Ekinci, s. 221.

⁴⁷⁹ Belgesay, s. 216; Ekinci, s. 221.

⁴⁸⁰ Düstur, I/Zeyl/3, s. 101-102.

⁴⁸¹ Düstur, I/5, s. 1058-1062.

kanunun tayin ettiği bir süre kadar ilk derece mahkemelerinde hâkimlik yapmaları gerekiyordu⁴⁸².

Yine hâkimlerin maaşları da belirli bir usule bağlanmıştı. Buna göre hâkimlerin bulunduğu mevkiler üç sınıf kabul edilmiş, her bir mevkinin önem ve itibarına göre başkan ve üyelerin maaşları belirlenmişti⁴⁸³.

3.1.2.2. Hâkimlerin Denetimi: Hâkimlerin Teftişi

Teşkilât-ı Mehâkim Kanununda, nizamiye mahkemeleri hâkimlerinin gerektiği gibi çalışabilmelerini sağlamak üzere işe alıştırmaları ve devamlı kontrol altında tutulmalarını temin etmek amacıyla, adliye teftiş memurluğu kurumu düzenlenmiştir⁴⁸⁴. Buna göre adliye teftiş memurları, muhakeme usulleriyle beraber derin hukuk bilgileri olan, güvenilir ve ülkedeki yüksek şahsiyetli kimselerden Adliye Nezâreti'nin yazısı ve padişahın iradesiyle her vilâyet için tâyin olunacaktı⁴⁸⁵. Kanun-i Esasi'ye göre hâkimlere hiçbir müdahalede bulunulamaz. Böyle bir müdahale olduğunda adliye müfettişleri tarafından Adliye Nezâreti'ne bildirilirdi. Böylece Türk hukukuna ilk kez modern tarzda adliye müfettişliği görevi girmiş olmaktadır⁴⁸⁶.

1879 tarihli Teşkilatı Mehâkim kanununda yapılan bir değişiklikle, adliye müfettişlikleri kaldırılarak bunların görevi Mahkeme-i Temyiz üyelerine havale edilmiştir. Kanun-i Esasi gereği, hâkimler azledilemezler. Ancak görevini iyi bir biçimde yerine getirme iktidarında bulunmayanlar, daha sonra teftiş yetkisini de haiz olan Mahkeme-i Temyiz tarafından azledilebilirlerdi. Yine hâkimlerin bu göreve yakışmayan durumlarını kontrol ve gerektiğinde cezalandırma yetkisi Mahkeme-i Temyiz'e verilmişti. Aynı zamanda teşkilâtı mehâkim kanunu ile hâkimler hakkında ceza tayin etme yetkisi, padişahın veya padişah tarafından tayin edilen nazır veyahut diğer idare memurlarının salâhiyetinden çıkarılıp, Mahkeme-i Temyiz'e verilmişti.

Yargı bağımsızlığının sağlanması bakımında hâkimlerin kim tarafından teftiş edileceği önemli bir meseledir. Kanımızca hâkimlerin, 'derin hukuk bilgisi olan

⁴⁸² Belgesay, s. 216-217.

⁴⁸³ Ekinci, s. 221.

⁴⁸⁴ Belgesay, s. 218.

⁴⁸⁵ Belgesay, s. 218.

⁴⁸⁶ Ekinci, s. 228.

kimseler' veya 'yüksek şahsiyetli olan kimseler' gibi müphem ifadeler üzerine seçilmiş ve tayin edilmiş kimseler tarafından teftişine son verilip, hukukçulardan müteşekkil Mahkeme-i Temyiz tarafından teftiş edilmeleri yargı bağımsızlığının sağlanması yönünde önemli bir değişikliktir.

3.2. Şer'îye Mahkemeleri ve Yargı Fonksiyonu

Tanzimat'ın ilanına kadar şer'îye mahkemeleri, hukuki, idari, cezai, askeri, mali vs. her çeşit davaya bakan asli ve genel mahkemelerdi. Tanzimat'tan sonra yeni mahkemelerin kurulması ile birlikte şer'îye mahkemelerin görev alanı gittikçe daralmıştı. Bu daralma ise idare, ceza ve ticaret hukuku gibi alanlarda Batılı (Fransız) mevzuatın alınması ve bu mevzuatı uygulamak üzere Avrupa'dan ilhamla nizamiye adıyla yeni mahkemelerin kurulması ve yine ceza ve bidayet mahkemelerinin, vilâyetlerde ise temyiz divanlarının kurulması ile gerçekleşmişti. Böylece şer'îye mahkemeleri, nikâh, tereke taksimi, talâk, alacak ve borç gibi ahval-ı şahsiye ile sınırlı bir faaliyet çerçevesine hapsedilmişti⁴⁸⁷. Bununla birlikte Kâtib-i âdillik, avukatlık ve savcılık gibi kurumların asrın sonlarına doğru yargı sistemine girmesi de, şer'îye mahkemelerinin yetki ve konumunu zayıflatan nedenler arasındaydı⁴⁸⁸. Buna rağmen şer'îye mahkemelerinin asli ve genel mahkeme konumu hala devam ediyordu. Çünkü halk hukuki ihtilafını, ne olduğu belli olmayan ve üyeleri arasında gayrimüslimlerin de bulunduğu yeni mahkemelere götürmektense, eskiden beri alışageldiği şer'îye mahkemelerine götürmeyi tercih ediyordu⁴⁸⁹. Üstelik mevzuatta mahkemelerin görevlerini açık biçimde belirleyen bir düzenleme de bulunmamaktaydı. Bu belirsizlik, ilerleyen zamanlarda, 1887 tarihli *Mehâkim-i Şer'îye ve Nizâmiyenin Tefrik-i Vezâifi Hakkında İrâde Seniyye*, 1909 tarihli *İrâde-i Seniyye*⁴⁹⁰ ve 1914 tarihli *Mehâkim-i Şer'îye ve Nizâmiyenin Tefrik-i Vezâifi Hakkında Nizamnâme*⁴⁹¹ gibi çeşitli düzenlemelerin yapılmasını gerektirmiştir. Bu düzenlemelerle şer'î ve nizami mahkemeler arasındaki görev sınırlarını belirleyen düzenlemeler yapılmış, bu iki

⁴⁸⁷ Aydın, s. 344.

⁴⁸⁸ Ortaylı, s. 72.

⁴⁸⁹ Ekinci, s. 267.

⁴⁹⁰ Düstur, II/1, s. 192-193.

⁴⁹¹ Düstur, II/6, s. 1334.

mahkeme arasındaki görev ayrılığı daha da bariz bir duruma getirilmiştir⁴⁹². Özellikle İkinci Meşrutiyet'ten sonra yapılmış olan bu son iki düzenleme ile birlikte şer'iyeh mahkemeleri artık genel mahkemeler olmaktan çıkmış, bunların yerini nizamiye mahkemeleri almıştır.

Diğer taraftan Tanzimat dönemine kadar daha çok istişârî görevleri bulunan şeyhülislâmlığa, Tanzimat'tan sonra yargı görevi de verilmiş, şer'iyeh mahkemeleri ve kazaskerler ilmiye sınıfının başı olan ve artık kabineye de katılan şeyhülislâma bağlanmıştı⁴⁹³. O zamana kadar sadrazam huzurunda görülen Huzur Murafaaları da buraya nakledilmiş, böylece fetva ile yargı fonksiyonu bir araya getirilmişti⁴⁹⁴. Daha sonraki dönemlerde de nizamiye mahkemeleri adliye nezâreti'ne bağlanmış, şer'iyeh mahkemeleri ise şeyhülislâmlığa bağlı kalmayı sürdürmüştür. Şer'iyeh mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yolu mercileri olarak da, şeyhülislâmlık bünyesinde kurulan Meclis-i Tedkikat-ı Şer'iyeh ve Fetvahâne kurulmuştu.

Kanun-i Esasi'deki düzenlemeye göre, yargı fonksiyonu ile görevli mahkemelerden biri de şer'iyeh mahkemeleriydi. Kanun-i Esasi'nin ilan edildiği 1876 tarihinden sonra, 1913 yılında şer'iyeh mahkemeler ve bu mahkemelerin görevlilerine ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştı. 1876'dan bu yana yapılan düzenlemelerin hemen hepsinde, daha ziyade nizamiye mahkemeleri, hâkimlerin tayin, rütbe ve terfileri ve mahkemelerin görev alanları düzenlenmişti. 1913 tarihinde çıkarılan *Hükkâm-ı Şer' ve Memurîn-i Şer'iyeh Kanun-ı Muvakkati*, şer'î hâkim ve mahkemeler hususunda oldukça önemli değişiklikler getirmiştir⁴⁹⁵. Bu kanunun esbâb-ı mucibe lâyihasında, Osmanlı Devleti 'ndeki adlî sistem ve bu sistemdeki bozulmaların sebepleri üzerinde durulmaktaydı. Buna göre nizamiye mahkemelerine verilen emek ve gösterilen itinânın yarısı şer'iyeh mahkemelerine gösterilseydi, başta düalite olmak üzere bugün yaşanan problemler doğmayabilirdi. Yıllarca şer'iyeh mahkemeleri ikinci plana itilmiş, ihmâl edilmişti. Bununla beraber Kanun-i Esasi her iki mahkemeyi de eşit konuma getirmiş, lâyık oldukları önemi teyid etmişti.

⁴⁹² Ekinci, s. 268-269.

⁴⁹³ Ekinci, a.g.m., s. 770.

⁴⁹⁴ Ekinci, a.g.e., s. 86.

⁴⁹⁵ Düstur, II/5, s. 352-361.

3.2.1. Şer'îye Mahkemelerindeki Görevliler: Kadılar (Şer'î Hâkimler) ve Kadıların Yardımcıları

Osmanlı'da, devletin kuruluşundan beri tek hâkimli usul, şer'îye mahkemelerinin karakteristik özelliğidir. Dolayısıyla başında tek bir kadı'nın bulunduğu mahkeme yapısı, Osmanlı adli yapısının tipik özelliğidir. Bu özellik Tanzimat'tan sonra da şer'îye mahkemeleri bakımından da aynı kalmıştır. 1913 tarihli hükkam-ı şer kanununa göre de, bundan önce olduğu gibi şer'î mahkemelerde tek hâkim görev yapacak, böylece münferit hâkim usulüne devam edilecektir. Yine bu kanuna göre müşavir olan mahkemelerde bu müşavirlerin kadılarca kendilerine havale olunan işlere bakmaları, müşaviri olmayan mahkemelerin de istinabe yoluna başvurmaları, ayrıca mahkemelerin resmî dâirelerle doğrudan yazışabilmesi usulü sürecekti⁴⁹⁶.

Hükkam-ı şer kanunu, kadıların rütbelerini ise şu şekilde düzenlenmişti⁴⁹⁷: 1. Kazaskerlerle bazı mümtaz eyâlet kadıları, 2. İstanbul, Muhallefât ve Evkaf kadıları, 3. Haremeyn-i muhteremeyn (Mekke ve Medine) ile birinci, ikinci ve üçüncü sınıf eyâlet kadıları, 4. Birinci, ikinci ve üçüncü sınıf liva kadıları, 5. Birinci, ikinci ve üçüncü sınıf kaza kadıları. Bu rütbeler sadece maaş ve protokol bakımından değer taşırdı.

Yine bu dönemde, kadıların bazı yardımcıları bulunmaktadır. Bu yardımcıların başında **müftüler** gelirdi. Müftüler, meclis-i idarenin tabîî üyelerindendi. Gerek kadılardan kendilerine havale olunan şer'î meselelere ve gerekse halkın kendilerine yönelttiği şer'î sorulara gereken cevapları verir; o beldenin ulemasına başkanlık ederek medreselerin mahsus nizâm-nâmelerine uygun olarak müderrislerin en iyi şekilde memuriyet ve görev icralarına nezâret ederlerdi⁴⁹⁸. Müftüler dışında **mahkeme kâtipleri** ve **nahiye nâibleri** de, kadıların diğer yardımcılarındandır. Bunlardan mahkeme kâtipleri, idare-i vilâyât kanunu uyarınca, bağlı buldukları kadılar tarafından fıkıh, ferâiz, sakk-ı şer'î ve hüsn-i hatt bakımından imtihan edilerek başarılı olanlardan seçilir

⁴⁹⁶ Ekinci, s. 280.

⁴⁹⁷ Ekinci, s. 281.

⁴⁹⁸ Ekinci, s. 285.

ve münhal olan bu görevlere valilikçe tâyin edilirdi; nahiye naipleri ise, vilâyet, liva veya kaza kadısının vekili konumundaydı⁴⁹⁹.

3.2.2. Kadılara Sağlanan Teminatlar

3.2.2.1. Kadıların Tâyin Usulü, Görev Süresi ve Terfii

Hükkam-ı şer kanunu ile kadıların mutlak olarak Meşihat (şeyhülislamlık) tarafından tâyin edilmesi usulü, suiistimallere yol açtığı düşünüldüğünden, merkezdeki bazı kadılar dışında Meclis-i İntihab-ı Hükkâm'a verilmişti. Ayrıca İtibarî rütbelere göre kadı tâyini bertaraf edilerek ilmî rütbelere göre tâyin esası getirildi⁵⁰⁰.

Hükkam-ı şer kanunu ile kadıların tayin edildikten sonraki görev süreleri de düzenlenmişti. Kadıların süresiz olarak tayini mümkün değildi. Çünkü süresiz tayin usulünün uygulanması halinde birçok kadı'nın açıkta kalması ve bunlara mâzuliyet maaşı (işinden olması nedeni ile geçimini sağlamak üzere) verilmesi sonucu doğacaktı ve üstelik henüz mâzulîn-i ilmiye sandığı da kurulmamıştı⁵⁰¹. Bu nedenlerle kadıların şimdilik “üç sene süreyle tâyin edilmesi” usulü getirilmişti. Bu düzenlemeden sonra, mevcut Medrese-i Kudât'dan mezun olanlarla eski kanun çerçevesinde mezun hükmünde sayılanların hâkim kadrolarına yeterli geldiği görülünce, bunların süresiz olarak tâyin edilmesi, bunun dışında kalanların hâkimler sınıfına dâhil sayılabilmeleri için Mekteb-i Nüvvâb mezunlarının vaktiyle vermiş oldukları imtihanı vermeleri şartı koşulmuştu⁵⁰². Bununla beraber kadı tayin edilebilmek için Medrese-i Kudat'tan mezun olmak şartı dışında, bazı nitelikleri haiz olmak gerekiyordu. Buna göre yirmi beş yaşını doldurmuş, bir sene ve daha ağır hapis cezasıyla cezalandırılmamış ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1792 – 1794⁵⁰³. maddelerinde yazılı nitelikleri taşıyor olmak, kadı tayini için gereken şartlardı.

⁴⁹⁹ Ekinci, s. 285.

⁵⁰⁰ Ekinci, s. 278.

⁵⁰¹ Ekinci, s. 279.

⁵⁰² Ekinci, s. 280; “1908 yılında kurulan Medrese-i Kudat, 1853 yılında kurulan Muallimhane-i Nüvvâb'ın yerini almış ve şer'i hakim yetiştirmek fonksiyonu olan bir kurumdur. Bu ikisinin arasında, 1885 yılında kurulan Mekteb-i Nüvvâb da yine şer'i hakim yetiştirme fonksiyonu ifa etmiştir.” Bkz. Ekinci, s. 283.

⁵⁰³ “Hâkim, hakim, fehim, müstakîm, mekîn, metin olmalıdır.” MAA. md. 1792; “Hâkim mesâil-i şer'iyye ve fûrû-i fikhiyye ve usûl-i muhâkemeye vâkıf ve de'âvî-i vâkı'ayı onlara tatbîkan fasl ve hasma muktedir ve müteverri ve mütedeyyin olmalıdır.” MAA. md. 1793; “Hâkimin temyiz-i tâmma muktedir ve hâkimliğe ehil olmak için şehâdete ehil olması şart ve lâzımdır.” MAA. md. 1794.

Medrese-i Kudât'ı pekiyi (aliy-yülâlâ) dereceyle bitirenler birinci; iyi (âlâ) dereceyle bitirenler ikinci; orta (karîb-i âlâ) dereceyle bitirenler üçüncü derece kadılık ve vilâyet ve liva merkezi mahkeme başkâtipliklerine hak kazanacaktı. Buldukları sınıfın aşağısındaki bir görevi talep edenlerin kazandıkları hakka hâlel gelmeyecekti. Birinci ve ikinci sınıf kadılar Meşihat'ın arzı üzerine; üçüncü, dördüncü ve beşinci sınıftakiler ile müşavirler, Encümen-i İntihab'ın seçimi ve Meşihat'ın onayı üzerine irâde-i seniyye ile atanırdı. Ancak Haremeyn (Mekke ve Medine) kadınlarının tâyini için, eskiden olduğu gibi padişah fermanı gerekirdi⁵⁰⁴.

Kadıların terfii ise görevlerini iyi yapmalarına bağlıydı. Kadılar görevlerini iyi yapmaları durumunda üç senede bir üst sınıfa, boş yer varsa, terfi ederler. Hâkimlik derecelerinin başlangıcı olarak, Medrese-i Kudât'ı bitirenlerde mesleğe kabul edildikleri, buradan mezun olmayanlarda ise burada okutulan derslerin hepsinden imtihana girip başarılı oldukları tarihe itibar edilirdi⁵⁰⁵.

3.2.2.2. *Kadıların Denetimi: Kadıların Teftiş ve Azli*

Klasik dönemde kadılar, hukukî görevlerinde bir kötülükleri ortaya çıkmadıkça, adlî ve mülkî görevlerinde sorumluluk doğurucu bir tasarrufta bulunmadıkça azledilemeyecekleri gibi görevleri de değiştirilemezdi. Kadıların keyfi olarak azledilmeleri söz konusu değildi. Ancak keyfilik dışında, hukukçular tarafından (mehayif müfettişleri) yapılan teftiş ile azilleri de mümkündü.

Kanun-i Esasi'den sonra Hükkam-ı şer kanununda da kadınların azledilemeyeceği esası kural olarak getirilmiştir. Ancak bu kuralın istisnası da vardır ve kadı'nın hukuka aykırı iş ve eylemlerinden dolayı teftişi ve azli de mümkündür.

Kadıların şer'î görevleriyle ilgili gerektiğinde teftiş yaptırma yetkisi Meşihat'e (yargı görevi de olan şeyhülislamlığa) aitti. Kadılara ait evrak Encümen-i İntihab'da incelenir, Meclis-i Tedkikat-ı Şer'îye'nin de görüşü alınarak kadı'nın yargılanmasına gerek görülürse durum mazbatayla Meşihat'e bildirilir ve irâde-i seniyye ile yargılanmasına izin çıkardı. Bu durumda hakkında teftiş başlatılan kadı derhal görevden

⁵⁰⁴ Ekinci, s. 282.

⁵⁰⁵ Ekinci, s. 283.

azledilerek yerine başkası tâyin olunur, yargılama sonucunda beraat ederse ilgili kadı tekrar aynı derece ve sınıftan bir göreve verilir⁵⁰⁶.

Kadınların şahsî suçları veya adlî görevleriyle ilgili olarak yargılanmaları gerektiğinde ise bidayet ve istinaf mahkemeleri başkanları haklarında geçerli olan kural gereğince üst nizamiye mahkemesinde yargılanırdı. Ancak Adliye Nezâreti, kadının adlî göreviyle ilgili olarak yargılanmasına izin verdiğinde gerekçesini ve ayrıca daha sonra yargılama sonucunda kararı Meşihat'e bildirir, böyle yargılamaya alınan kadıya işten el çektirilirdi⁵⁰⁷.

Kadınların, korumaları gereken yüce sıfatlara aykırı hareket ettikleri veya görevlerini sebepsiz yere geciktirdikleri sabit olursa kendilerine tenbih (uyarı), tevbih (kınama), terakkiden muvakkaten ya da müebbeden men (yükselmelerinin geçici veya sürekli olarak engellenmesi), azliyle beraber iki seneye kadar yargı görevinden men etmek gibi cezalar, Encümen-i İntihab tarafından belirlenir ve Meşihat'in işaretiyle yerine getirilirdi. Bu cezaların sırasıyla uygulanmasına rağmen kadının durumunda bir değişiklik olmazsa Encümen-i İntihab kararı ve irâde-i seniyye ile görevden alınır ve artık kendisine kadılık verilmezdi⁵⁰⁸.

Şer'îye mahkemelerinin kanun yolu mercii olan Fetvahane ve Meclis-i Tedkikat-ı Şer'îye, bir kadının vermiş olduğu yargı kararlarının onda ikisini bozarsa bir sene, onda dördünü bozarsa iki sene, yarısını bozarsa o kadı üç sene terakkiden mahrum kalır, onda altısını bozarsa görevden azledilerek kendisine iki sene görev verilmez, onda altısından çoğunu bozarsa artık kadılık mesleğinden (irâde-i seniyye ile) çıkarılırdı. Bu disiplin cezalarına esas olmak üzere her mahkemede mart ayı başında geçen senenin işlerine ait bir cetvel hazırlanarak bu cetvelde, bu sene zarfında meydana gelen davalar ile hükme bağlananlar belirtilerek Meşihat'e gönderilirdi. Fetvahane ve Meclis-i Tedkikat-ı Şer'îye de her sene onayladığı veya bozduğu hükümleri ve bunları veren kadınların isimlerini bir cetvel halinde Encümen-i İntihab'a verirdi⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Ekinci, s. 284.

⁵⁰⁷ Ekinci, s. 284.

⁵⁰⁸ Ekinci, s. 284.

⁵⁰⁹ Ekinci, s. 284.

Görüldüğü gibi kadıların teftişinin, hukuki işlemler ve gerekçeler ile hukuken görevlendirilmiş kişilerce yapılması esasları söz konusudur. Ayrıca teftiş, doğrudan ya da dolaylı birden fazla kurumun veya kişinin bilgisi dâhilinde yürümektedir. Bu da aleniliği ve dolayısıyla şeffaflığı sağlamaktadır ki bu durum yargı bağımsızlığının sağlanması bakımından önemlidir.

3.2.3. Şer'îye Mahkemelerinin Kaldırılması

İttihad ve Terakki Fırkası, 1908 yılında İkinci Meşrutiyet'in ilanını sağlamış ve önceleri fiilen 1913'ten sonra da resmen, hükümeti ele geçirmişti. İttihad ve Terakki hükümeti, iktidarını da sağlamlaştırdıktan sonra ülkede, Tanzimat'la süregelen reformlardan daha cesur bir dizi reform gerçekleştirmeye başlamıştı. Bu reformların başında da hukuki ve özellikle şer'îye mahkemeleri olmak üzere adli reformlar geliyordu.

Hükümet, 1916 yılında medreselerin de içinde bulunduğu bütün öğrenim kurumlarını Maarif Nezâreti'ne bağlamış, hemen ardından şeyhülislâmın kabineden çıkarılmasıyla beraber 1917 tarihinde Kazaskerlik ve Evkaf Mahkemeleri de dâhil olmak üzere bütün şer'î mahkemeleri Adliye Nezâreti'ne bağlamıştı⁵¹⁰. Kadı ve hâkimler arasındaki statü farklılıklarının kaldırılması amacıyla da, kadıların tâyinleri de adliye nâzırı tarafından seçilmiş bir encümen tarafından gerçekleştirilecekti⁵¹¹. Diğer taraftan şer'îye mahkemeleriyle buna bağlı kurumlara ilişkin mevzuatın bu kanuna aykırı olmayan hükümleri yürürlükte kalacaktı. Bu kanun uyarınca artık şer'îye mahkemesinde verilen kararların üst kontrol mercii Mahkeme-i Temyiz'de kurulan Şer'îye Dâiresi olmuştu⁵¹². Diğer taraftan Meclis-i Tedkikat-ı Şer'îye kaldırılmış, Fetvâhâne'nin görevi ise fetva vermekle sınırlandırılmıştı.

Şer'îye mahkemelerinin Adliye Nezâreti'ne bağlayan kanunun Adliye Encümeni mazbatasında, şer'î mahkemelere ilişkin yapılan reformların gerekçesi, kamuoyunun hassasiyetinden çekinilmiş olsa gerek, uzun ve ayrıntılı biçimde ifade

⁵¹⁰ Düstur, II/9, s. 270-271.

⁵¹¹ Ekinci, s. 292.

⁵¹² Ekinci, s. 292.

edilmişti⁵¹³. Söz konusu mazbatada, devletin siyasî teşkilâtının dayandığı esasların ve hukuk anlayışının tamamen değiştiğine, kuvvetler ayrılığı prensibinin iyice yerleşerek kanun yapma kuvvetiyle kanunları icra etme kuvvetlerinin birbirinden tamamen bağımsızlaştığına, kanunları icra kuvvetinin içerdiği idare ve adliye kuvvetlerinin de ayrıldığına işaret edilerek, bu şartlarda şer'îye mahkemelerinin de uzun bir zamandan beri bağlı bulunduğu makamdan alınarak Adliye Nezâreti'ne bağlanmasının büyük bir reform olduğu vurgulanmıştır⁵¹⁴.

Şer'îye mahkemelerinin Adliye Nezâreti'ne bağlanması, kamuoyunda çok büyük bir tepki ile karşılanmıştır. Ne var ki bir süre sonra İttihad ve Terakki hükümetinin düşüşüyle tekrar eski duruma dönmüş, 1920 tarihli kararname ile bütün şer'îye mahkemeleri tekrar Şeyhülislâmlığa bağlanmış ve Mahkeme-i Temyiz Şer'îye Dâiresi kaldırılmıştır. Bu kararnamenin oldukça uzun olan esbab-ı mucibe (gerekçe) lâyihası da, şer'îye mahkemelerinin Meşihat'ten alınıp Adliye Nezâreti'ne bağlanmasını büyük bir hata olarak değerlendirip şiddetle eleştirirken, tekrar niçin eski duruma döndüğünü izah etmiştir.

Esasında karşılıklı yapılan bu tasarruflar, mahkemelerin politik amaçların kurbanı olduğunu göstermekteydi. Osmanlı hukuk düzenindeki bu düalitenin, devletin zaafından istifade eden Avrupa devletlerinin baskısıyla ortaya çıktığı bir gerçektir. Öte yandan şer'îye mahkemeleri dinî bir fonksiyon görüyorsa nizamiye mahkemeleri de bundan farklı bir fonksiyon görüyor değildi. Çünkü dinî devletlerde her fonksiyon gibi yargı fonksiyonu da dinî nitelikteydi ve Osmanlı Devleti laik değil, dine dayalı bir devletti⁵¹⁵. Bu nedenle de şer'î ve nizamî mahkemelerin görev alanı ve irtibat mercii ile ilgili bu tasarrufların tamamen politik amaçlar taşıdığı ortadaydı⁵¹⁶.

İşte bu karşılıklı tasarruflar, Cumhuriyet dönemine gelmişti. Bu dönemde Ankara hükümeti, İstanbul'daki hükümetin, İstanbul'un işgal tarihi olan 16 Mart 1920 tarihinden sonraki tasarruflarının bütünüyle geçersiz olduğunu kararlaştırmış, bu sebeple şer'îye mahkemelerini tekrar Meşihat'e bağlayan söz konusu kararname, Ankara

⁵¹³ Ekinci, s. 293.

⁵¹⁴ Ekinci, s. 293.

⁵¹⁵ "Devlet-i Osmaniyenin dini Din-i İslamdır..." Bkz. Düstur, I/4, md. 11, s. 5.

⁵¹⁶ Ekinci, s. 296.

hükümetine bağlı yerlerde geçerli sayılmamıştı. Ankara hükümeti bundan sonra da hukuki ve adli yapıda bir dizi yeni düzenlemeler yapmıştı. Bu arada şer'î mahkemelere ilişkin reform konusunda da oldukça radikal bir adım atıldı. Şer'îye mahkemeleri bu defa büsbütün kaldırılarak 1924 tarihli *Mehâkim-i Şer'iyenin İlgâsına ve Mehâkim Teşkilâtına Dâir Ahkâmı Muaddil Kanun* ile şer'î mahkemeler ile Mahkeme-i Temyiz Şer'îye Dâiresi lağvedildi. Böylece nizamiye mahkemeleri, artık bu adı taşımasına gerek olmaksızın, devletin biricik genel mahkemeleri kimliğiyle varlığını sürdürecekti⁵¹⁷.

3.3. Yargı Fonksiyonu İle Görevli Diğer Organlar

(i) *Divan-ı Âli*. Divan-ı Âli, suç işledikleri iddia edilen üst düzey devlet memurlarını yargılayan bir organdır⁵¹⁸. Bu organ iki daireden oluşup bunlardan biri iddia makamı, diğeri ise yargılama yapmak ve hüküm vermekle görevli makamdır⁵¹⁹. Divan-ı Âli kararlarını çoğunlukla alır ve iddia makamında bulunanlar bu hükme katılamaz⁵²⁰. Divan-ı Âli'nin verdiği hükümler kesin olup istinaf veyahut temyizi mümkün değildir⁵²¹.

(ii) *Yüksek Yargı Organları*. 1868'de oluşturulan 'Şûra-yı Devlet' ve 'Divan-ı Ahkâm-ı Adliye (daha sonra Mahkeme-i Temyiz adıyla)' ile bir süredir şeyhülislâmlıkta yapılan huzur murafaalarının yerini alan 'Meclis-i Tedkikat-ı Şer'îye', Kanun-i Esasi'nin ilanından sonra görev yapan önemli yüksek yargı organlarıdır. Bu organlar esasında Tanzimat ile başlayan düzenlemelerin bir neticesidir. Tanzimat'tan önce şer'îye mahkemelerinin yanında Divan-ı Hümâyun, eyaletlerdeki Paşa Divanları ve benzeri organların da belli sınırlar içerisinde adlî ve idarî yargı yetkisini kullandıklarını ifade etmiştik. On sekizinci asrın sonlarına doğru bu organlar önemini kaybedince, bunların yerine yargı görevinde şer'îye mahkemelerine yardımcı olacak ve hatta çoğu sahalarda onun yerine geçecek organlar teşkil edildi. 1837 yılında kurulan ve sınırlı yasama yetkisi de bulunan '**Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye**' bu mahiyetteki yargı

⁵¹⁷ Ekinci, s. 298.

⁵¹⁸ "Vazifesi vükelâ ile Mahkeme-i Temyiz rüesâ ve azasının ve zat ve hukuk-ı şahane aleyhinde harekete ve devleti bir hal-i muhataraya ilkaya tasaddi eyleyenlerin muhâkemesidir." Bkz. Düstur, I/4, md. 92, s. 15.

⁵¹⁹ "Divan-ı Âli ikiye münkasim olup biri Daire-i ithamiye ve biri Divân-ı Hükümdür." Bkz. Düstur, I/4, md. 93, s. 15-16.

⁵²⁰ "Bu daire şikâyet olunan zevatın mütfêhem olup olmadığına sülûsan-ı ekseriyetle karar verir ve Daire-i ithamiye'de bulunanlar Divan-ı Hüküm'de bulunamaz." Bkz. Düstur, I/4, md. 94, s. 16.

⁵²¹ "...kat'iyen ve kavanin-i mevzûasına tatbikan hükmeder ve hükümleri kabil-i istinaf ve temyiz değildir." Bkz. Düstur, I/4, md. 95, s. 16.

organlarının ilkiydi. Meclis-i Vâlâ aslında Dîvân-ı Hümâyün örneğinde görüldüğü gibi çok fonksiyonlu bir kurumdur. Devletin muhtaç olduğu ıslahat projelerini ve kanun tasarılarını hazırlamasının yanı sıra özellikle mahallî mahkemelerce verilmiş ağır ceza kararlarının tekrar gözden geçirildiği bir yüksek mahkeme olarak da Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kuruluşuna kadar görev yapmıştır⁵²². 1868 yılında ise ‘Şûrâ-yı Devlet’ ve ‘Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye’ olarak ikiye ayrılmıştır.

Bunlardan **Şûrâ-yı Devlet**, kanun tasarılarını hazırlamak ve idarî yargı organı olarak görev yapmak üzere teşkilatlanmıştır⁵²³. Şûrâ-yı Devlet, ilk zamanlarda gerek memurların muhakemesi, gerekse idare ile şahıslar arasındaki ihtilaflara dair davalarda istinaf ve temyiz mahkemesi konumunda olmuştur⁵²⁴. Ne var ki 1870 yılında, idare ile şahıslar arasındaki ihtilaflara bakma görevi nizamiye mahkemelerine verilince, Şûrâ-yı Devlet yalnızca memur muhakemesi ile görevli bir organ durumuna gelmişti ki bu durum, Kanun-i Esasi'nin 85. Maddesi ile de teyid edilmiştir⁵²⁵. Ancak 1879 tarihli teşkilât kanununun genel mahkemelerin yalnızca hukukî davalara bakması, bunun dışında önüne getirilen davaları ilgili yargı merciine göndermesi gerektiğini belirten 7. Maddesi, Kanuni Esasi'nin bu hükmüyle çelişki doğurmuştu⁵²⁶. Bunu takiben 1886 yılında içtüzüğün (dâhilî nizâm-nâme) 3. maddesi değiştirilerek memurların görevleriyle ilgili olan ve Şûrâ-yı Devlet'e havale edilen davalara bidâyeten bakılması ve Memurin Muhakemesi Nizamnâmesi'ne eklenen bir fıkra gereği istinaf ve temyizi Şûrâ-yı Devlet'e ait olan davaların görülmesi işi Muhakemat Dâiresi'ne verilmiş ve aynı yıl, Şûrâ-yı Devlet'te memurların muhakemesi görevini yerine getirmek üzere bidayet mahkemesi kurulmuştur⁵²⁷. İkinci Meşrutiyet'i takiben Şûrâ-yı Devlet teşkilâtında değişik düzenlemelere gidilmişti. 1913 tarihinde memurların memuriyetlerini yerine getirirken işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargılanmaları adliye mahkemelerine devredilmiş; Şûrâ-yı Devlet Bidayet, İstinaf ve Temyiz Mahkemeleri de kaldırılmıştır. Cumhuriyet sonrasında ise Şûrâ-yı Devlet, Danıştay adını alarak genel anlamda bir üst idarî yargı merci olmuştur.

⁵²² Aydın, s. 344.

⁵²³ Engelhard, s. 254-255.

⁵²⁴ Ekinci, s. 334.

⁵²⁵ “...Eşhas ile hükümet beynindeki dâvâlar dahi mehâkim-i umûmiyeye aittir.” Bkz. Düstur, I/4, md. 85, s. 15.

⁵²⁶ Ekinci, s. 334.

⁵²⁷ Ekinci, s. 334.

Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye ise ceza ve hukuk mahkemelerinin temyiz mahkemesi olarak görev yapmak üzere teşkilâtlanmıştır. Bu mahkeme, nizami mahkemelerin üst yargı organı olup, yalnızca yargı ile görevli bir organdır ki bu durum idare ile adliyenin kesin biçimde ayrılmış olduğunu göstermektedir⁵²⁸. 1868 yılında Adliye Nezâreti'ne dönüştürülmüş olan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, 1879 tarihli teşkilat kanunu ile kaldırılmış ve yerine Mahkeme-i Temyiz teşkil edilmişti. Mahkeme-i Temyiz ise, nizamiye mahkemelerinin verdiği kararların üst kontrol merciidir.

Yine 1862 yılında, şeyülislamlığa bağlı bulunan şer'iyeye mahkemelerinin temyiz mahkemesi olarak **Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye** kurulmuş ve 1873'te yeniden düzenlenmiştir⁵²⁹. Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye, Meclis-i şer'lerden gelen dosyaların çoğalıp şeyhülislâmlık bünyesinde ayrı bir kurum oluşturulması ihtiyacından doğmuştur⁵³⁰. 1917 yılında şer'iyeye mahkemelerinin Adliye Nezâreti'ne bağlanması üzerine bu kurum devreden çıkmış ve yerini Adliye Nezâreti'ne bağlı olarak çalışan Mahkeme-i Temyiz Şer'iyeye Dairesi almıştır. Fakat daha sonra şer'iyeye mahkemelerinin tekrar şeyhülislâmlığa bağlanmasıyla Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye yine işlevsel hale getirilmiş ve bu durum Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar devam etmiştir⁵³¹.

(iii) Cemaat Mahkemeleri. Osmanlı Devleti tarafından eskiden beri gayrimüslimlere tanınmış olan bütün hak ve hürriyetlerle beraber adlî muafiyetler de Tanzimat'a kadar devam etmişti. 1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı'nda millet sistemi yeniden düzenlenerek gayrimüslim azınlıklara geniş imtiyazlar verilmesi hükmüne bağlanmıştı⁵³². Ferman, gayrimüslimlerin aralarındaki miras gibi özel davaları kendi ruhanî reis ve meclisleri huzurunda çözümlenebileceklerini bildirmekteydi⁵³³. Fakat bu hükümlerin uygulanmaması üzerine yabancı devletler Osmanlı hükümetine baskı yapmış ve bunun üzerine hükümet yeni düzenlemeler yapmıştı. Bunlardan 1875 tarihli Adalet Fermanı en önemli düzenlemeydi. Bu düzenleme ile hıristiyanlarla diğer gayrimüslimlerden farklı mezheplerde bulunanlar arasında meydana gelen davaların

⁵²⁸ Engelhard, s. 258.

⁵²⁹ Ekinci, s. 270-272.

⁵³⁰ Aydın, s. 344.

⁵³¹ Ekinci, s. 292-295.

⁵³² Ekinci, s. 314.

⁵³³ "...ve hıristiyan vesair teb'a-yı gayrimüslimeden iki kimse beyninde hukuk-ı irsiye gibi deâvi-yi mahsusa sahib-i dava olanlar istedikleri halde patrik ve rüesa ve mecâlis marifetiyle rüyet olunmak üzere havale kılınması..." Bkz. Ekinci, s. 314, dn. 4.

nizamiye mahkemelerine havale olunacağı kuralı getirilmişti⁵³⁴. İşte bu son düzenleme ile Kanun-i Esasi dönemine girilmişti. Cemaat mahkemeleri ceza gibi bazı davalar hariç olmak üzere davalara bakabilirdi ve bunların verdiği hükümler prensip olarak kesindi⁵³⁵. Bununla birlikte zimmîler isterlerse şer'îye mahkemesine de gidebilirlerdi. Bu mahkemeler, 1917 tarihli 'Hukuk-i Aile Kararnamesi'⁵³⁶ ile kaldırılarak görevleri şer'îye mahkemelerine verilmişti. Ancak 1919 yılında Hukuk-i Aile Kararnamesi kaldırılınca eski duruma dönmüştü. Lozan antlaşması ile de cemaat mahkemeleri kesin olarak kaldırılmıştı.

Yukarıda zikrettiğimiz organlar dışında, 'idare mahkemeleri'⁵³⁷ ve 'askeri mahkemeler'⁵³⁸ de yargı fonksiyonu ile görevli diğer organlardır.

4. Kanun-i Esasi'de Yargı Bağımsızlığı

Modern hukuk tekniğine ve Batı'daki şekillerine göre yapılan 1876 tarihli Anayasa'da, Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan yargı bağımsızlığı hususunda önemli bazı ilkelere yer verilmiştir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Hükümler şöyle sıralanabilir:

1- Anayasanın 81. Maddesi ile hâkimlerin meslekte ilerlemeleri, meslek değişimleri ve bir cürüm sonucunda azlolunmaları, özel yasa ile düzenlenecektir: "...Hâkimlerin terakkiyatı ve meslekleri ve tebdil-i memuriyetleri ve tekaüdleri bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azlolunmaları dahi kanun-ı mahsusu hükmüne tâbidir ve hâkimlerin ve mehâkim memurlarının matlup olan evsâfını işbu kanun irâe eder."⁵³⁹. Hâkimlerin tayin, terfi, teftiş ve azil gibi işlemlerinin, yürütmenin müdahalesi dışında bir yasama işlemi ile gerçekleştirilecek olması, hâkimlik mesleğine güvenceler sağlaması, dolayısıyla da yargının bağımsızlığının sağlanması bakımından önemlidir.

2- İlk olarak mahkemelerin bağımsızlığının anayasal zeminde düzenlenmiş olması bakımından 86. Madde önem arz etmektedir. Bu maddedeki hüküm ile mahkemelerin her türlü müdahaleden azade olduğu ifade edilmiştir. Buna göre

⁵³⁴ Ekinci, s. 314.

⁵³⁵ Ekinci, s. 323-327

⁵³⁶ Düstur, II. Ter., 9. C, s. 762-781

⁵³⁷ İdare mahkemeleri hakkında bkz. Ekinci, s. 329-337.

⁵³⁸ Askeri mahkemeler hakkında bkz. Ekinci, s. 338-347.

⁵³⁹ Düstur, Ter. 1/4, md. 81, s. 14.

mahkemelere hiçbir kişi veya kurum müdahale edemez: “Mahkemeler her türlü müdâhalâttan azadedir.”⁵⁴⁰.

3- Anayasanın 87. Maddesi ile şer'i davalar (kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukuku), şer'iyeye mahkemelerinde, nizami davalar nizamiye mahkemelerinde görülecektir: “Deavii şer'iyeye mehâkimi şer'iyede ve deavii nizamiye mehâkimi nizamiyede rüyet olunur.”⁵⁴¹. Böylece Kanun-i Esasi ile hangi uyuşmazlığın hangi mercide çözüleceği ilan edilmiştir. Bu düzenleme, şer'i ve nizami mahkemelerin, hem birbirlerine karşı hem de başka mercilere karşı bağımsızlıklarının sağlanması bakımından önemlidir. Ayrıca her iki mahkemenin hâkimleri de azledilemez.

4- Anayasanın 89. Maddesinde, her ne isim altında olursa olsun belirli mahkemeler dışında bir mahkeme ya da karar verme pozisyonunda bir komisyon ve olağanüstü mahkeme kurulamaz: “Her ne nam ile olursa olsun bazı mevâdd-ı mahsûsâyı rü'yet ve hükmetmek için mehâkim-i muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek salâhiyetini haiz komisyon teşkili kat'iyen caiz değildir...”⁵⁴². Bu düzenlemede 87. Maddede düzenlenmiş olan mahkemelerin (şer'iyeye – nizamiye mahkemeleri) bağımsızlığının sağlanması bakımından önemlidir.

5- Anayasanın 90. Maddesi ile hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak ve yine hâkimlere bazı güvenceler sağlamak üzere hâkimlerin, devletin maaşlı bir başka memuriyetini kabul edemeyecekleri kuralı getirilmiştir: “Hiçbir hâkim hâkimlik sıfatı ile devletin maaşlı bir başka memuriyetini uhdesinde cem'edemez.”⁵⁴³. Bu hüküm ile hâkimlerin, hâkimlik dışında başka bir işle meşgul olmalarının önüne geçilmek istenmiştir ki bu sayede hâkimlerin her türlü etki ve müdahaleye karşı bağımsız olmaları temin edilmeye çalışılmıştır.

6- Son olarak bu anayasanın 92. Maddesi ile hâkimlerin (büyük devlet memurları) suçları için Divan-ı Ali (Yüce Divan) Mahkemesi kurulacaktır: “Vazifesi vükelâ ile Mahkeme-i Temyiz rüesâ ve azasının ve zat ve hukuk-ı şahane aleyhinde

⁵⁴⁰ Düstur, Ter. 1/4, md. 86, s. 15.

⁵⁴¹ Düstur, Ter. 1/4, md. 87, s. 15.

⁵⁴² Düstur, Ter. 1/4, md. 89, s. 15.

⁵⁴³ Düstur, Ter. 1/4, md. 90, s. 15.

harekete ve devleti bir hal-i muhataraya ilkaya tasaddi eyleyenlerin muhâkemesidir.”⁵⁴⁴. Hâkimlerin işlediği iddia edilen suçları bakımından, sıradan vatandaşlardan farklı bir mahkemede yargılanmaları kuralı, yargının bağımsızlığını sağlamak açısından önemlidir. Ancak bu mahkemenin de yargı fonksiyonu ile görevli ve hâkimlerden müteşekkil bir yargı kurumu olması gerektiği de bir gerçektir.

Kanun-i Esasi’de düzenlenmiş olan kurallar sınırlı sayıda kalmıştır ve ayrıntılı değildir. Esasında anayasaların özelliklerinden biri de genel, kısa ve öz hükümlerle düzenlenmeleridir. Bunların kanun ile açılması, anlaşılır kılınması ve detaylandırılması gerekmektedir. Nitekim Kanun-i Esasi’de de zikredildiği üzere, daha sonradan bazı kanunlar neşredilmiş, yargının ve hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler bu kanunlarda düzenlenmiştir. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu ile 1913 tarihli Hükkam-ı Şer Kanunundaki bilhassa hâkimlerin teftiş ve azli ile ilgili hükümlerde, yargının bağımsızlığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelere nizamiye ve şer’iye mahkemeleri başlıkları altında ayrı ayrı değinmiş olduğumuzdan, bu düzenlemeleri tekrar etmeyeceğiz.

5. 1909 Değişiklikleri ve Yargı

Kanun-i Esasi’nin ilanından sonra Meclis-i Umûmî iki dönem (19 Mart 1877-28 Haziran 1877 ve 13 Aralık 1877-14 Şubat 1878 dönemleri arasında) çalışabilmiş, daha sonra İkinci Meşrutiyet’e kadar tatil edilmiştir⁵⁴⁵. Meclis-i Meb’ûsan’ın tatilinden sonra bir anlamda yürürlüğü durdurulan Kanun-i Esasi, İkinci Meşrutiyet’in ilânı üzerine tekrar yürürlüğe girmiştir. Kanun-i Esasi İkinci Meşrutiyet’in ilânını takip eden yıllarda birçok defa değişikliğe uğramıştır. 21 Ağustos 1909 yılında yapılan değişiklikler en önemli ve en köklü değişiklikler olarak tarihe geçmiştir. Bu değişiklik ile Kanun-i Esasi’deki yirmi bir madde tâdil edilmiş, bir madde tamamıyla kaldırılmış ve bu anayasaya üç madde ilâve edilmiştir. Yeni düzenleme ile birlikte 1876 anayasasında padişaha tanınan yetkilerin bir kısmı kaldırılmış, böylece Osmanlı Devleti’ne daha meşrutiyetçi bir yapı kazandırılmış ve esas itibariyle parlamenter hükümet modeli benimsenmiştir. Bu değişikliklerle kuvvetler arasında uyum ve denge

⁵⁴⁴ Düstur, Ter. 1/4, md. 92, s. 15.

⁵⁴⁵ Aydın, “Kanun-i Esasi”, s. 330.

sağlanmaya çalışılmış, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanmasına doğru önemli bir adım atılmıştır. Yürütme organı yasama karşısında siyasal açıdan sorumlu hale getirilmiş, yasama organının yürütme tarafından feshi de makul bir duruma sokulmuştur.

1876 tarihli Kanun-i Esasi'de yargıya ilişkin hükümler o dönemin koşullarına göre oldukça ileri seviyede düzenlenmiş olacak ki 1909 değişikliklerinde yargıya ilişkin hükümlerde herhangi bir değişiklik ihtiyacı hissedilmemiş, yeni bir hüküm de düzenlenmemiştir. Bu da aslında yargının meşrutiyet yanlılarınca bir sorun olarak görülmediği anlamına gelmektedir. Yargıya ilişkin düzenlemelerin kifayeti gereğinden fazla olmuş olacak ki yargı ile ilgili bir değişiklik olmamış, hatta 1924 Anayasasında yargıya ilişkin düzenlemelerde, Kanun-i Esasi'deki düzenlemelerin daha da gerisine gidilmiştir.

SONUÇ

Toplumun olduğu her yerde ve zamanda hukuk vardır. Bu hukukun uygulanması da, sosyal düzeni sağlamaya yönelik bir takım kurallar vasıtası ile olmuştur. Sosyal hayatı düzenlemek için konulan bu kurallar ve bu kurallara bağlı işler, her zaman usulüne uygun yapılmaz veya bu kuralları uygulama, bazen farklı anlaşılır ve sonuçta anlaşmazlıklar çıkar. Bu durumda, toplum içinde çıkan anlaşmazlıkları çözecek mekanizmaların da kurulması gerekir. İşte yargı mekanizması sayesinde, yürürlükteki hukuk kuralları anlaşmazlık bulunan olaya uygulanır ve kişilerin hakları tespit edilir. Bu bakımdan her toplumda anlaşmazlık görüleceğinden, yargı her zaman ve her zeminde önemli bir işlev görmektedir. Bu işlevin adaleti tesis etmeye uygun bir araç olabilmesi de devletin yargı fonksiyonunu hukuka uygun şekilde gerçekleştirmesi ile mümkündür.

Yargı fonksiyonunun en önemli özelliği ‘bağımsızlık’ özelliğidir. Bu özellik ile yargı organlarının yargısal faaliyetleri esnasında, hiçbir etki altında kalmadan hüküm vermeleri sağlanır. Bu özelliği gereğince yargıya, başta yasama ve yürütme kuvvetleri olmak üzere hiçbir kuvvetin müdahale etmemesi, bu kuvvetlere karşı müdahale yollarının kapatılması gerekir. Çünkü yargı fonksiyonunu ifa eden organların, yani mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı bu yolla sağlanabilir. Bağımsızlığı sağlayabilmek için hâkime bazı güvencelerin sağlanması gerekir. Hâkime sağlanacak olan güvencelerle, yargılama görevinin her türlü baskıdan uzak bir şekilde yerine getirilmesi sağlanır. Günümüzde ‘hâkimlik teminatı’ olarak anılan bu güvenceler “yer, görev ve mali” bakımdan teminat olarak karşımıza çıkar. Ne var ki yargının bağımsızlığını ve bu amaçla yargıya bir takım teminatlar sağlamakla adalet tesis edilmiş ve hukuk devleti gerçekleşmiş olmaz. Çünkü tek başına bazı teminatlarla bağımsızlığı sağlanmış bir yargı, hukuk dışı ve keyfi davranılmayacağı garantisini vermez. Esasında bu güvenceler hâkimlerin keyfi ve sıhhati için değil, bir hukuk toplumu ve nihayetinde hukuk devleti hedefi için gerçekleştirilmesi gereken hususlardır. Yargının da usul ve esasları ile hukuka riayet etmesi gerekir. Hukuka aykırılık halinde de yaptırım söz konusu olur. Yargının bağımsızlık ve bir takım teminatları kötüye kullanmaması için de denetlenmesi şarttır. Aksi takdirde Jüristokrasi gerçekleşir.

Osmanlı Devleti’nin klasik döneminde düalist bir hukuk yapısı yoktur. Esas

olan Şer'i hukuk olmakla beraber, Şer'i hukuka aykırı olmamak kaydı ile örfi hukuk da mümkündür. Düalist hukuk olmadığından, düalist yargı da yoktur. Kuruluşundan beri Osmanlı'da Şer'i yargı usulü benimsenmiş, yargı fonksiyonu tek kadı'nın görev yaptığı Şer'ie mahkemelerince ifa edilmiştir. Kadı, bu mahkemenin başındaki ve yargı fonksiyonunu bizzat ifa etmekle görevli kişidir. Kadı, yargı yetkisini kullanırken merkez, mahallindeki idareciler ve diğer kadılar karşısında bağımsızdır. Bu nedenle Osmanlı'da yargı bağımsızdır.

On yedinci asrın sonlarına doğru Osmanlı'da, devletin içindeki ve dışındaki ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerin ve özellikle de eğitim kurumunun bozulmasının etkisi ile hukuki ve adli yapı olumsuz biçimde etkilenmeye başlamıştır. Başta askeri yapılanma olmak üzere kurumlar zaman geçtikçe kötüye gitmiştir. Bu kötüye gidiŐi önlemek üzere bir takım düzenlemeler yapılmıştır. III. Selim devrinde, kurumların yenilenmesi gibi pratik bazı nedenlerle başlamış olan yenilik çalışmaları ve aynı zamanda Batılılaşma serüveni, II. Mahmut devri ile birlikte yazılı alanlara da kaymaya başlamıştır. Bu padişahlar devrinde yapılan yenilikler, Tanzimat Dönemi'nin de köklerini teşkil etmiştir. II. Mahmut'tan hemen sonra ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile Osmanlı devletinin sonuna kadar sürecek olan yenilik hareketleri ile dolu Tanzimat dönemi başlamıştır. Bu döneme kadar yeknesak bir seyir izleyen yargı sistemi, Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilanı ile değıŐmeye başlamıştır. Nitekim 'Tanzimat Dönemi' olarak hafızalara kazınan on dokuzuncu asırda, kurum ve kuralları ile yargı sistemi esaslı değıŐikliklere uğramış, Batılı Şekil ve muhtevada bir takım yeni kurallar ve kurumlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle birlikte, hukuki yapı ve yargı sisteminde düalist bir yapı baş göstermiştir.

Başta ordu olmak üzere bir takım kurumların yenilenmesi amacıyla pratik nedenlerle başlayan yenilik hareketleri, pratik nedenler ve kurumlarla sınırlı kalmamış, özellikle hukukun Batılılaşması ile yazılı alanlara da kaymış, böylece yoğun bir kanunlaştırma faaliyeti gerçekleşmiştir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi de bu kanunlaştırma faaliyetinin bir devamı niteliğindedir.

Kanun-i Esasi, Batı'da cereyan eden anayasacılık hareketlerinin Osmanlı'da kabul görmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, Batı'da cereyan eden, farklı kuvvetlerin

birbirini frenlemesi ile iktidarı sınırlama amacı ile ortaya çıkan kuvvetler ayrılığı prensibinin, Kanun-i Esasi ile birlikte Osmanlı Hukuk düzenine, anayasal düzlemde olmak üzere, girdiği görülmektedir. Esasında uygulaması ile birlikte Kanun-i Esasi'deki bu ilk düzenleme, özellikle yasama ve yürütme kuvvetleri bakımından, kuvvetler ayrılığı kuramından uzak bir görüntü sergilemiş olsa da, yargı kuvveti bakımından kuvvetler ayrılığı, anayasal düzlemde sağlanmıştır. Bu durum aslında Osmanlı-İslam Hukuk düzenindeki fiili uygulamanın bir yansımasıdır. Osmanlı'da devlet, adalete çok büyük önem verdiği için, yargıya ve yargı fonksiyonu ile görevli kişilere müdahale etmemek noktasında azami gayret göstermiştir. Osmanlı Devleti bu konuda hassas davranmış, özellikle ehl-i örfü, ehl-i şer karşısında neşrettiği adaletnamelerle uyarılmış ve halkı da daha çok kanunnameler ile aydınlatmaya çalışmıştır. Yargı fonksiyonunu ifa etmesi ve bu sayede adaleti ayakta tutması hasebi ile de kadınlara özen gösterilmiştir. Kadıların yargı fonksiyonu ile birlikte yürütme fonksiyonunu da ellerinde bulundurmalarının izahı bu önem olsa gerektir. Adalete gösterilen bu önemden hareketle, yargının bağımsız olması ve kadıların hiç kimsenin müdahalesi altında kalmadan yargı fonksiyonunu ifa etmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu açıdan Osmanlı'da mahkemelerin ve hâkimlerin 1876 Anayasası ile bağımsızlık kazandığını söylemek, 1876'nın öncesine gidememenin neden olacağı bir hata olur. Bu nedenle 1876'daki yargıya ilişkin düzenlemeler, Osmanlı Devleti'nin temelinde yatan ve adaleti sağlamak amacı ile yargıya verilen önem ve adaletin tesisi için gösterilen çabalardan kaynaklanan mevcut düzenlemelerin ve fiili uygulamaların, bir bakıma anayasal düzleme yansımasıdır. Yani 1876 Anayasası, yargıya ilişkin yeni bir takım kurum ve kurallar istisna olmak üzere, yepyeni, bağımsız, ileri bir yargı getirmemiştir; zaten mevzuattaki düzenlemeler ve bilhassa klasik dönemdeki fiili uygulama ile de sabit olan dinamik ve bağımsız ilke ve kurallara sahip ve fakat bir süredir olumsuz işleyen bir yargıyı düzenlemiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Abadan, Yavuz, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Ankara Üniv. Siyasal Bilgiler Fak. Yay., Ankara 1952.

Akdemir, Süleyman, *Devletin Unsurları ve Kuvvetler Dengesi: Sosyal Denge Modeli, C. I-II*, İz Yay., İstanbul 1991, s.207.

Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri: Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri, C. I*, Fey Yay., İstanbul 1990.

_, *Kanunnameler: II. Bayezid Devri Kanunnameleri, C. II*, Fey Yay., İstanbul 1990.

_, *Kanunnameler: Kanuni Sultan Süleyman Devri Kanunnameleri: I. Kısım Merkezi ve Umumi Kanunnameler, C. IV*, Fey Yay., İstanbul 1992.

_, *Kanunnameler: III. Murat ve III. Mehmed Devri Kanunnameleri, C. VIII*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul 1994.

_, *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası*, Timaş Yay., İstanbul 1989

Akın, İlhan, *Kamu Hukuku*, Beta Yay., 5. Baskı, İstanbul 1987.

Ali Haydar Efendi, *Şerh-i Mecelle, C. 4*, Çev: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem, Osmanlı Yay., İstanbul.

Aşık Paşazade Derviş Ahmed Aşiki, *Aşıkpaşazade Tarihi*, Haz: Cemil Çiftçi, Mostar Yay., İstanbul 2008.

Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1979.

Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yay., 7. Baskı, İstanbul 2009.

_, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yay., İstanbul 1996.

Başgil, Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye siyasi rejimi ve anayasa prensipleri, C. I*, Fs. 1 ve 2, Baha Matbaası, İstanbul 1960.

_, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, Hak Kitapevi, İstanbul 1946.

Bayındır, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yay., İstanbul 1986.

Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yay., İstanbul 1978.

Bingöl, Sedat, *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu ve İşleyişi 1840-1876)*, Anadolu Üniv. Yay., Eskişehir 2004.

Cin, Halil ve Akgündüz, Ahmet, *Türk-İslam Hukuk Tarihi, C. I*, Timaş Yay., İstanbul 1990.

Çeliker, Hüseyin, *İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Hacegan Yay., İstanbul 2005.

Demirkol, Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı Kitap Yay., İstanbul 1991.

Düştür, I. Tertip: C. 1, ss. 4-14, C. 3 (Zeyl), ss. 101-102, C. 4, ss. 2-20, C. 5, ss. 1058-1062; II. Tertip: C. 1, ss. 192-193, C. 5, ss. 352-361, C. 6, ss. 1334, C. 9, ss. 270-271; III. Tertip: C. 5, ss. 403-404.

Düzdağ, Ertuğrul, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanuni Devrinde Osmanlı Hayatı*, Şule Yay., İstanbul 1998.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yay., İstanbul 2008.

_, *Osmanlı Mahkemeleri: (Tanzimat ve Sonrası)*, Arı Sanat Yay., İstanbul 2004.

En-Nebhan, Muhamed, *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, Çev: Servet Armağan, Sönmez Neşriyat Yay., İstanbul 1980.

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay., İstanbul 1998.

Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Demokrasi*, Siyasal Kitapevi Yay., 5. Baskı, Ankara 2003.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yay., İstanbul 1996.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yay., 15. Baskı, Bursa 2010.

_, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi Yay., 2. Baskı, Bursa 1999.

_, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yay., 8. Baskı, Bursa 2010.

_, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yay., 4. Baskı, Bursa 2006.

_, “*Kanun-u Esasi*”, <http://www.anayasa.gen.tr/kanunuesasi.htm>, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

_, “*Yargı*”, <http://www.anayasa.gen.tr/yargiorgani.htm>, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2010).

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yay., Ankara 1996.

Hamidullah, Muhammad, *İslam Peygamberi*, çev. Salih Tuğ, İrfan Yay. İstanbul 2003.

Hassan, Ümit, *İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

Hatemi, Hüseyin, *Hukuk devleti öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1989.

İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed, *Mukaddime I*, Haz. Süleyman Uludağ, Dergah Yay., 1. Baskı, İstanbul 1982.

İbn-i Abidin, *Redd'ül-Muhtar*, C. XII, Çev: Mehmet Savaş, Şamil Yay., İstanbul 1985.

Kaboğlu, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku*, Legal Yay., 5. Baskı, İstanbul 2009.

Karaca, Filiz, *Osmanlı Anayasası (Kanun-i Esasi)*, Doğu Kütüphanesi Yay., İstanbul 2009.

Karal, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, C. VII, 3. Baskı, TTK Yay. Ankara 1983.

_, *Osmanlı Tarihi*, C. VIII, 2. Baskı, TTK Yay., Ankara 1983.

Kubalı, Hüseyin Nail, *Devlet Ana Hukuku Dersleri*, Adnan Kitapevi, İstanbul 1946.

_, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Sıralar Matbaası, İstanbul 1959.

Lipson, Leslie, *Siyasetin Temel Sorunları*, Çev: Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2005.

Maverdi, *İslam'da Devlet ve Hilafet Hukuku (El-Ahkamu's-Sultaniye)*, Çev: Ali Şafak, Bedir Yay., İstanbul 1994.

Mevdudi, *İslam'da Hükümet*, Çev: Ali Genceli, Hilal Yay., Ankara 1967.

Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, Çev: Fehmi Baldaş, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1963.

Mumcu, Ahmet, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, AÜHF Yay., Ankara 1976.

- _, *Osmanlı Devletinde Rüşvet: (Özellikle Adlî Rüşvet)*, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 1985.
- Okandan, Recai Galip, *Amme Hukukumuzun Anahatları*, C. I, İstanbul Üniv. Yay., İstanbul 1977.
- _, *Roma Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1944.
- _, *Kazai Kontrol Karşısında İdare Edenlerin Serbestisi*, Halk Basımevi, İstanbul 1938.
- Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Timaş Yay., İstanbul 2009.
- _, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- _, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Timaş Yay., 29. Baskı, İstanbul 2009.
- Özbalkan, Nuri, *Büyük İngilizce – Türkçe Genel Sözlük*, C. 1, Alfa Yay., İstanbul 1999.
- Özbilgen, Erol, *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı*, Nihal Kitabevi, İstanbul 1985.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., 8. Baskı, Ankara 2005.
- Özdemir, Rıfat, *XIX. yüzyılın İlk Yansında Ankara*, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay., Ankara 1986.
- Özkaya, Yücel, *Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık*, TTK Yay., Ankara 1994.
- Rousseau, Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi, Kitap II, Bölüm IV*, Çev: Vedat Günyol, Çan Yay., 2. Baskı, İstanbul 1965İ
- Shaw, Stanford, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, Çev: Mehmet Harmancı, C. I, E Yay., İstanbul 1982.
- Şentop, Mustafa, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, Klasik Yay., İstanbul 2005.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yay., 17. Baskı, İstanbul 2008.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Ekin Yay, 5. Baskı, İstanbul 1982.
- Turhan, Mehmet, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniv. Hukuk Fak. Yay., Diyarbakır 1989.
- Uysal, Halil, *İnsan ve Toplum Bilimleri Sözlüğü*, Uysal Kitapevi Yay., Konya 1996.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilâtı*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1988.

_, *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1988.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, *Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yay., Ankara 1963.

Diğer Kaynaklar

Akipek İlhan, “*Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Amil Olan Fikirler*”, AÜHFD, C. IX, Sy. 1-2, Ankara 1952.

Arı, Abdüsselam, “*Hz. Ömer'in, Ebu Musa El-Eş'ari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi*”, İHAD, Sy. 2, ss. 85-99, İstanbul 2003.

Atar, Fahrettin, “*Fetva*”, DİA, C. XII, ss. 486-496, TDV, İstanbul 1995.

_, “*Kaza*”, DİA, C. XXV, ss. 113-117, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara 2002.

Aydın, Mehmet Akif, “*Osmanlı'da Hukuk*”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, Ed: Ekmeleddin İhsanoğlu, IRCICA Yay., İstanbul 1994.

_, “*Anayasa*”, DİA, C. 3, ss. 153-164, TDV, İstanbul 1991.

_, “*Batılılaşma - Hukukta*”, DİA, C. V, ss. 162-167, TDV, İstanbul 1992.

_, ve Yusuf Halaçoğlu ile beraber, “*Cevdet Paşa*”, DİA, C. VII, ss. 443-450, TDV, İstanbul 1993.

_, “*Osmanlılar: Hukuki-Adli Yapı*”, DİA, C. XXXIII, ss. 515-521, TDV, İstanbul 2007.

_, “*Kanun-i Esasi*”, DİA, C. XXIV, ss. 328-330, TDV, İstanbul 2001.

_, “*Mahkeme: Osmanlı Devleti'nde Mahkeme*”, DİA, C. XXVII, ss. 341-344, TDV, Ankara 2003.

Azrak, Ali Ülkü, “*Yargı ve İdare*”, İÜHFM, C. XXXIV, Sy. 1-4, İstanbul 1969.

Baltacı, Cahit, “*Arpalık*”, DİA, C. III, ss. 392-393, TDV, İstanbul 1991

Barkan, Ömer Lütfi, “*Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi*”, İÜHFM, C. 11, Sy. 3-4, ss. 203-224, İstanbul 1945.

Bayındır, Abdülaziz, “*Osmanlı Adli Teşkilatı*”, Yeni Türkiye, C. XXXI, Sy. 6 (Osmanlı Özel Sayısı I), ss. 667-698, İstanbul 2000.

Baykara, Tuncer, "Kazâ", DİA, C. XXV, TDV, Ankara 2002.

Belgesay, Mustafa Reşit, “*Tanzimat ve Adliye Teşkilatı*”, Tanzimat 1, MEB Yay., ss. 211-220, İstanbul 1999.

Berki, Ali Himmet, “*İslam’da Kaza Tarihi*”, AÜİFD, C. XVII, Sy. 13, ss. 153-167, Ankara 1969.

Cin, Halil, “*Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri*”, 150. Yılında Tanzimat, Haz: Hakkı Dursun Yıldız, TTK Yay., s. 11-32, Ankara 1992.

Çadırcı, Musa, “*Tanzimatın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnâmesi*”, AÜDTCF Tarih Araştırmalar Dergisi, C. XIV (Ayrı Basım), ss. 139-161, AÜDTCF Basımevi, Ankara 1983.

Davutoğlu, Ahmet, “*Devlet*”, DİA, C. 9, ss. 234-240, TDV, İstanbul 1994.

Dinçkol, Bihterin, “*Karma Yönetimden Kuvvetler Ayrılığına İktidarın Paylaşımı*”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, ss. 921-934, Beta Yay., İstanbul 2006.

Ebu’l Ula Mardin, “*Kadı*”, İA, C. 6, ss. 42-46, MEB, İstanbul 1967.

Ekinci, Ekrem Buğra, “*Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri*”, Yeni Türkiye, C. VI, Sy. 31, ss. 764-773, Osmanlı Özel Sayısı I: Siyaset ve Teşkilat, İstanbul 2000.

_, “*Kanun-u Esâsî'nin İlânını Hazırlayan Şartlar*”, Selçuk Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C. VI, Sy. 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), Konya 1998.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, “*1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi (1876-1908)*”, Türkler, C. XIV, ss. 739-750, Ed: Hasan Celal Güzel ve diğerleri, Yeni Türkiye Yay., Ankara, 2002.

Gedikli, Fethi, “*Kaza: Osmanlı Devleti’nde Kaza*”, DİA, C. XXV, ss. 117-119, TDV, Ankara 2002.

Görgülü, Hasan Ali, “*Hız. Peygamber ve Yargı Bağımsızlığı İlkesi*”, SDÜ İlahiyat Fak. IV. Kutlu Doğum Sempozyumu, SDÜ İlahiyat Fakültesi Yay., ss. 153-176, Isparta 2002.

Göze, Ayferi, “*XVII. Ve XVIII. Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme*”, İÜHFM, C. XXXV, İstanbul 1970.

Heyd, Uriel, “*Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat*”, Çev: Selahattin Eroğlu, AÜİFD, C. XXVI, ss. 633-652, Ankara 1983.

İnalcık, Halil, “*Mahkeme: Osmanlılarda*”, İA, C. VII ss. 149-151, MEB, İstanbul 1988.

_, “*Adaletname*”, DİA, C. I, ss. 346-347, TDV, İstanbul 1988.

İpşirli, Mehmet, “*Klasik Dönem Osmanlı Devlet Teşkilatı*”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, Ed: Ekmeleddin İhsanoğlu, C. I, ss. 139-283, IRCICA Yay., İstanbul 1994.

_, ve Casim Avcı ile beraber, “*Naib: Osmanlılar’da Naib*”, DİA, C. XXXII, ss. 311-313, TDV, İstanbul 2006.

_, “*Kazasker*”, DİA, C. XXV, ss. 140-143, TDV, Ankara 2002.

Karamustafaoğlu, Tuncer, “*Anayasa Yargısının Önemli Sorunları*”, AÜHFD, C. XXV, Sy. 3-4, Ankara 1968.

Köprülü, Fuat, “*Fıkıh*”, İA, C. IV, ss. 608-622, MEB, İstanbul 1988.

Kunter, Nurullah, “*Türkiye’de Kaza Kuvveti*”, İÜHFM, C. XXV, Sy. 1-4, İstanbul 1960.

Mumcu, Ahmet, “*Divan-ı Humayun*”, DİA, C. IX, ss. 430-432, TDV, İstanbul 1994.

Oktay, Cemil, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği*, Anayasa Yargısı Sempozyumu, ss. 215-257, Ankara 1984.

Ortaylı, İlber, “*Kadı: Osmanlı Devleti’nde Kadı*”, DİA, C. XXIV, ss. 69-73, TDV, İstanbul 2001.

Özkorkurt, Nevin Ünal, “*Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış*”, AÜHFD, C. 57, Sy. 1, ss. 225-242, Ankara 2008.

Öztürk, Sait, “*Kassam*”, DİA, C. XXIV, ss. 579-582, TDV, İstanbul 2001.

Savcı, Bahri, “*Türkiye’de Yargı Kuvveti*”, Kanun-i Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, ss. 61-77, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara 1978.

Şentop, Mustafa, “*Tanzimat’tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi*”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 1, ss. 87-105, İstanbul 2006.

...

1982 Anayasası, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm>, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2010)