

TANZİMAT DÖNEMİ HUKUKTA MODERNLEŞME

Güher ULU*

ÖZ

Tanzimat dönemi, Osmanlı İmparatorluğu'nun 19. yüzyılın zorlayıcı koşullarına uyum sağlamak için geçirdiği değişimi ifade eder. Tanzimat döneminin en önemli yönü ise, Osmanlı'nın hukuk alanında gerçekleştirdiği değişimdir. Bu değişim, Batı hukuku yönünde olmuş; böylelikle Cumhuriyet dönemi hukuk anlayışından günümüze uzanan hukuk sisteminin temelleri bu dönemde atılmıştır. Önce anayasal belgeler olan Tanzimat ve Islahat Fermanları ile temel ilkeler kabul edilmiş, ardından bu ilkeler gözetilerek Batı hukukuna ait kanunlardan bazıları Osmanlı hukuk düzenine bütün halinde alınmıştır. Bu süreçte, hukukta Batılılaşma sağlanırken hala eskiyi koruma anlayışı nedeniyle *ikili (dualist)* yapıda bir hukuk sistemi kurulmuştur. Oysaki söz konusu temel belgelerde “eşitlik ilkesi” kabul edilmiştir. Bu çelişkinin, değişimin Osmanlı'nın kendi içinden gelen dinamiklerle değil, buna mecbur olmasına neden olan dış dinamikler ile gerçekleşmiş olmasından kaynaklandığı kabul edilmektedir. Osmanlı Devleti'nin hukukta modernleşmesi kendine özgülükten büyük oranda uzak niteliktedir denebilir. İkili yapıdaki hukuk sistemi, farklı dinlerin gözetilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Batı hukukuna dayalı hukuk ve adalet sistemi tesis edilmeye çalışılırken şeriat mahkemeleri yetkileri sınırlı da olsa varlığı korundu. Buna karşılık bu dönemde, günümüz kamu hukukunun ve özellikle idare hukukunun temelleri atılmıştır. Bunlardan en önemlisi modern anlamda kanun anlayışının kabul edilmesi olmuştur. Osmanlı hukukundaki kanun anlamı terkedilmiş ve Batı hukukundaki “*code*” kavramı benimsenmiştir. Bu anlayış, günümüz hukukunda geçerli olan “kanuni idare ilkesi”nin kaynağıdır. İdari teşkilat alanındaki düzenlemelerde kural olarak merkezi idare anlayışı benimsendi. Bu dönemde, yerel yönetimler tam olarak bugünkü anlamıyla oluşturulmamışsa da, doğuşu için gerekli ortamın hazırlandığı kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Hukuku, Modernleşme, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı

MODERNIZATION IN LAW DURING THE TANZİMAT ERA

ABSTRACT

Tanzimat refers to the change that the Ottoman Empire had undergone adapting to the challenging conditions of the 19th century. The most distinctive aspect of Tanzimat took place in Ottoman's law. This change has also been in the direction of Western law. In this manner, the foundations of the legal system extending from the establishment of Republican period to the present were laid in this period. First of all, by the constitutional documents, “Tanzimat and Islahat Edicts”, the basic legal principles were accepted. Then, considering these principles, the codes of Western law were adopted in Ottoman law almost as a whole. However, this change resulted in the formation of a *dualist* legal system in which the concept of preserving the old was still carried, as in the direction of Westernization. In spite of the fact that the “principle of equality” has been established in the Edicts, it is acknowledged that this contradiction is due to the change did not occur with the internal dynamics coming from the Ottoman Empire itself, but with the external dynamics. For this reason, the modernization of the Ottoman law is far from specific to itself. The dual legal system is emerged as a result of the discrimination on religious grounds. While trying to establish a legal and justice system based on Western law, the sharia courts were preserved with a limited jurisdiction. On the other hand, in this era, the foundations of modern public law and especially administrative law were laid. The most important of these changes was the acceptance the concept of “code” in the modern sense. This understanding is the source of the “legal administration principle” which is valid in present law. The central administration approach was adopted in principle by the regulations of administrative organization. In this era, even if local administrations have not been created in the exact sense of today, it is still considered to have prepared the ground for their emergence.

Keywords: Modernization in Ottoman Law, Tanzimat Edict (Imperial Edict of Reorganization), Islahat Edict

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku A.B.D., Bursa, guherulu@uludag.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8174-6925>.

GİRİŞ

Türk hukuku için Osmanlı'nın 19. yüzyılı ayrı bir önem taşır. Çünkü ülkemizde modern hukuk sistemi bu dönemde oluşturulmaya başlanmıştır. Tanzimat dönemi ise, Osmanlı kurumlarının, toplum yaşayışının ve hukukun modernleşmesinde başlangıçtır. Elbette Tanzimat Fermanı öncesi birtakım yenilikler yapılmıştır; fakat bunların hiçbiri Tanzimat kadar çok yönlü ve derinlemesine olmamıştır. Tanzimat'ın getirdiği değişiklikleri bütünüyle Batılılaşma yönüyle analiz etmek oldukça güçtür. Eski ve gelenekçi bir devlet olan Osmanlı'nın değişimi de kolay olmamıştır. Mevcut yapısını koruma isteği hukukta da kendini göstermiş, bunun sonucunda *düalist (ikili)* yapıda bir hukuk sistemi ortaya çıkmıştır. Burada “*Osmanlı hukuku tam olarak modernleşmiş midir?*” sorusu sorulmalıdır. Bu soruya cevap verebilmek için modernleşme kavramı açıklanacak ve hukukta modern olanın tespitine çalışılacaktır. Modern olanı tespit ederken karşıt hal olan Osmanlı klasik hukuk yapısının da bilinmesi gerektiğinden bu konuda da her bölümde karşılaştırmalı olarak eski hukuk sisteminin temel özellikleri belirtilecektir.

Makalenin konusu “*Tanzimat dönemi hukukta modernleşme*” olduğundan söz konusu çalışma hukukla ilgili olacaktır. İktisat, tarih, siyaset bilimleri gibi hukuk dışı konular inceleme konusu dışında kalacaktır. Böylelikle çalışmada, “yöntem bağdaştırmacılığı (*syncrétisme*) reddedilmektedir. Kelsen'in ifadesiyle hukuk bilimi “saf (*Reine, pure*)” olmalı; yani kendisine yabancı tüm unsurlardan kurtulmalıdır (1999). Örneğin, bir kanunun kabul nedenleri arasında diplomatik bir ilişki yatıyorsa; bu, çalışma konusunun dışındadır. Bu, tarih ve siyaset biliminin ele alacağı bir konudur. Sonuçta ortaya çıkan ferman, kanun gibi belgelerin hukuk alanında ne ifade ettiğinin tespiti ve tahlili yapılacaktır. Çalışma konusu, hukuki modernleşmenin doğum nedeni değil; hukuk biliminin konusunu oluşturması bakımından doğum anından itibaren Osmanlı hukuku için niteliğinin ne olduğudur.

Çalışmanın zamansal olarak kapsamını belirlemek amacıyla Osmanlı'da Tanzimat döneminin, asıl adıyla *Tanzimat-ı Hayriye*'nin hangi zaman aralığını kapsadığını tespit etmek gerekir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, Osmanlı'nın modernleşmesi ve dolayısıyla hukukta modernleşme, 19. yüzyılı kapsamaktadır ve Osmanlı'nın sona ermesine kadar da devam etmiştir. Ayrıca Tanzimat'ın “modernleşme” kavramı karşısında asıl anlamının ne olduğu ortaya konulacaktır. Devam eden ana başlıklarda ise, önce *Tanzimat Fermanı* olarak anılan *Gülhane Hatt-ı Hümayunu* ve *Islahat Fermanı*'nin hukuki nitelikleri, sonrasında Osmanlı'nın hukuk yapısını temel değişikliklere uğratan kanunlaştırma hareketleri incelenecektir. Bu kanunlarla getirilen yenilikler ise, ilk defa Tanzimat döneminde görülen özel hukuk-kamu hukuku ayırımı altında sunulacaktır.

Tanzimat-ı Hayriye ve modernleşmenin ikili anlamı

Tanzimat, “tanzim” yani “nizam” sözcüğünün çoğuludur. *Nizam*, “düzen”; *tanzim*, “düzenleme” demektir. Tanzimat ise, sözcük anlamıyla “düzenlemeler” demektir. Bu nedenle de Tanzimat dönemi için öğretilerde de İngilizce karşılık olarak “*Ottoman reform era*” veya “*Ottoman reform movement*” kullanılsa da İngilizce sözlükte “tanzimat”ın Türkçe anlamının “*reorganization*” gösterilmektedir (Britannica). Büyük Türkçe Sözlük'te “tanzimat” kelimesinin karşılığı bir dönem olarak kabul edilmekte ve dönemin başlangıç tarihi belirli olup bitişi bir tarih ile sınırlandırılmamaktadır** *Tanzimat*'ın semantik anlamından yola çıkılarak Osmanlı'da yeni düzeni getiren tüm dönemi kapsar şekilde inceleme yapmak mümkündür.

Müfredatta Tanzimat dönemi, 1839'da *Gülhane Hatt-ı Hümayunu*'nun ilanı ile başlayıp 1876'da *Meşrutiyet*'in ilanı ile sona ermiş kabul edilmektedir. Çalışmada, bu zaman aralığı kabul edilmiştir. Dönemi III. Selim ile başlatan ve Osmanlı Devleti'nin sona erdiği 1922 tarihine kadar olan aralığı kabul edenler de vardır (Arslan, 1992: 15). Tanzimat'ı modernleşme hareketinin başlangıcı olarak kabul edip Cumhuriyet devrimleri ile birlikte bugüne kadar devam ettiğini söylemek bile mümkündür. Osmanlı modernleşmesi Tanzimat devrinden ibaret değildir; bu olgu daha geçmişe uzanır. Aslında

** “*Sultan Abdülmecit zamanında, 1839'da Gülhane Hatt-ı Hümayunu adıyla anılan bir fermanla ilan edilen, yönetimi iyileştirme tasarısı ve bu iyileştirmenin yapıldığı dönem*”. Büyük Türkçe Sözlük'teki diğer tanım: “*1839'da Reşit Paşa'nın öncülüğünde devlet yönetiminde, toplumsal yaşayışta, düşünde Batı'ya yöneliş dönemine verilen ad*” (Türk Dil Kurumu, TDK).

Osmanlı'nın Batı medeniyetine yakınlaşmayı kesin olarak kabul ettiği tarih 1789 *Nizam-ı Cedid* hareketidir (Karal, 1988: VIII, 192). Oysaki Tanzimat ayrı bir dönemdir. Tanzimat'ta modernleşme Osmanlı modernleşmesinin bütünü değildir. Bu tarih aralıkları ile ayrı ayrı adlandırılan dönemler hep Osmanlı Devleti'ne yeni bir düzen vermek isteyen anlayışların eseridir. Ortak tek nokta, değişim isteği, yani reformdur. Buna karşılık bu değişimlerin anlayış ve başı çeken fikirleri farklıdır, nitelik olarak Batı'ya dönük olsa da nicelik olarak kapsamı ve etkisi her dönemde farklıdır. Hatta bir dönemin olumsuzlukları öteki döneme, yeni atılım ve değişim hareketine esin olmuştur. Tanzimat'ın 1839 ile başlayıp 1876 ile sınırlandırılması keyfi değildir. Bir kere hukuk bakımından, Tanzimat 18. yüzyıl ıslahatlarından ayrılır. Çünkü ilk *resepsiyon* Tanzimat'la başlamıştır ve 1839 yılından itibaren Tanzimatçılarca yapılan düzenlemeler önceki dönemlerin aksine hukuk, iktisat, maliye, ulaşım, haberleşme, askerlik, eğitim, devlet yönetimi, diploması gibi alanları kapsamıyla çok yönlüdür (Üçok, Mumcu, Bozkurt, 2002: 271, 305). Tanzimat'tan önce yapılan ıslahatlarda devleti kuvvetlendirmeye çalışanlar, Osmanlı düşünce sisteminden ayrılmayarak Batı'nın sadece teknik üstünlüklerini, özellikle askeri alandaki tekniklerini alarak ıslahatın mümkün olduğuna inanmışlardır. Tanzimat'ta ise, Batı düşünce sisteminin bütünü ile teması geçilmiştir. Karal, 17. yüzyılda Batı'dan matbaanın alınmasına karşılık yabancı dildeki kitapların çevirisine önem verilmemesini bu zihniyete tipik bir örnek olarak göstermektedir (1988: 194).

Zamansal olarak içeriğin sınırları tespit edildiğine göre, *hukukta modernleşme* ile ne kastedildiği de açıklanmaya ihtiyaç duyar. Bunun için öncelikle “modernleşme” kavramı ele alınmalıdır. Bu kavram, söz konusu dönemin bakışından, özellikle hukuk bağlamından yola çıkılarak tanımlanacaktır. Aksi halde *modernleşme*, felsefenin de ele aldığı bir araştırma konusudur.

Modernleşme, Fransızca bir kelime olan ve “*moderne*” kökünden gelen “*modernisation*”un Türkçe'deki karşılığıdır (Saraç, 1999). Çağdaşlaşma, asrileşme, yenileşme, yani çağa uygun hale gelmek demektir. Geri kalmış toplumların ekonomi, bilim, ekin, toplumsal düzenleniş alanlarında günümüz bilim ve uygulayımının olanak verdiği en gelişkin aşamaya gelme çaba ve özlemlerini anlatan geniş kapsamlı toplumsal akımdır (TDK).

Tarih ve siyaset bilimi alanındaki çalışmalara bakıldığında, Osmanlı dönemi ıslahat hareketlerinin *modernleşme* dışında, *çağdaşlaşma*, *batılılaşma*, *asrileşme* hatta *secularizm* ile adlandırıldığı görülür. Ortaylı hem “modernleşme” hem “batılılaşma” sözcüklerini kullanır (2003). Berkes, Osmanlı'nın değişim süreci için *secularizmi* karşılaması ölçütünde *çağdaşlaşma* sözcüğünü kullanmaktadır (2007). Berkes'in klasik Osmanlı'da nedenlerini bulduğu ve günümüz Türkiye'sinin de dâhil olduğu modernleşme sürecini anlatan farklı bir bakış açısı vardır. Bu sözcüğü kullanması da bilinçlidir. Yazara göre, Osmanlı'nın çağdaşlaşması, İslam kültürünü içinde barındıran Osmanlı geleneğinin terkiyle gerçekleşmektedir. Bu süreçte Osmanlı'da *gelenek* kavramı yerine *ilerleme* kavramı yerleşmektedir. Berkes bu tespiti yaparken hukuktaki değişimi de vurgulamaktadır. Değişen Osmanlı sistemi ilkelerinden biri de toplum dışında ve üstünde devlet anlayışıdır ve bu anlayışın yerine *yasal devlet* yani *hukuk devleti* kavramı gelmiştir.

İnalçık, Tanzimat döneminin bir *garplaşma* hareketini içine aldığı belirtmekte; fakat bu dönemin sadece *garplaşma* hareketinden ibaret olmadığını, Tanzimat'ın Osmanlı'nın bütün 19. yüzyıl tarihini izah eden temel hadise olduğunu yazmaktadır (Seyitdanlıoğlu, İnalçık, 2006: 14). Bu demektir ki, Tanzimat'ta Osmanlı sadece Batılılaşmamıştır, kendine özgü bir değişim geçirmiştir. Abadan ise, “*Tanzimat 'bir ıslahat hareketidir', yahut 'Garplaşma başlangıcıdır' denmekle 'illet' değil 'araz' üzerinde durulmuş; henüz tam teşhis konmamış bir dert hakkında aleltlak ve umumi bir tedavi metodunun ismini ileri sürmüş oluyor. Bu ise Tanzimat hareketinin, diğer ıslahat teşebbüslerine nazaran fark ve mümeyyiz vasfını belirtmeye kafi değildir*” demektedir (2006: 39).

Ortaylı *tanzimat* sözcüğünün “*reorganizasyon* (yeniden düzenleme, yeniden yapılanma)”u karşılamak için kullanılmış olduğunu belirtmiş ve bununla hukuki yapının ıslahı ile kanun ve düzen getirilmesinin kastedildiği ve hatta Osmanlı İmparatorluğu'nun bu dönemini gözleyen yabancıların bile Tanzimat'ın karşılığı olarak *legislatione* deyimini kullandıklarını belirtmektedir (2003: 111). Bu vakıa, Tanzimat'ta Osmanlı hukuk düzeninin modernleşmesinin ön planda olduğunu göstermektedir.

Sayılan tanımlardan daha da işlevsel bir tanım Velidedeoğlu'na aittir (1940). Yazara göre, Osmanlı'da Tanzimat “meşruiyet”in ifadesidir. Tanzimat, Osmanlı Devleti'nde o zamana kadar hüküm sürmüş olan keyfilikten hukukiliğe, kanunsuzluktan meşruiyete, emniyetsizlikten emniyete geçişi ifade eder ve meşruiyeti sağlayan ise, hukuk nizamını tesis edici belirli ve kati hukuk kurallarıdır. Devamında açıklaması şöyledir: “*Bir cemiyette her şahıs diğer bir şahısla veya devletle olan münasebet ve muamelelerinin neticelerini önceden kat'i surette bilir ve bütün münasebatının, herkesin müsavi surette tabi olduğu nizamlara bağlı bulunduğu hissini emniyetle duyarsa, o memlekette ‘meşruiyet’ teessüs etmiş demektir*” (Velidedeoğlu, 1940:5). Bu sayede Tanzimat'ın yeni bir hukuk düzeni ihdas etmek demek olduğu daha net görülmektedir. Bu hukuk düzeni ise, *hukuk devletini* ihtiva eden hukuk düzenidir.

Tanzimat kelimesinin başka bir saikle kullanıldığını iddia eden diğer görüş ise daha dikkat çekicidir. Buna göre, “tanzimat” kelimesi bir paroladır. Zira o dönemde halen, Avrupalılaşmaya çalışılsa da Osmanlı eski dini medeniyetini ve hukuk felsefesini devam ettirmektedir (Eryılmaz, 1992: 92). Kanun koyma yetkisi Allah'tadır ve Tanzimat'ta yapılan kanunlar, nizamnameler “tanzimi” niteliktedir ve “*asıl kanunun ilahi kaynaklı olduğu ve beşer tarafından vaz'edilen şeyin, ancak ‘nizam’ ve ‘tanzimat’ olabileceği görüşü yine hakimdir*” (Eryılmaz, 1992: 92). İşte “*Tanzimatın bu ikili yönü, Cumhuriyet'e kadar kurumları ve normları şekillendirmede etkili*” (Eryılmaz, 1992: 92) olmuştur. Bu tespit, Tanzimat'ta yaratılan *ikili yapıdaki (düalist)* hukuk sistemine neden olan anlayışın en başından, dönemin adında var olduğunun göstergesidir.

“Batılılaşma” sözcüğünün kullanım nedeni ise basittir. Osmanlı modernleşmesi Batı yönünde olmuştur. Peki Osmanlı'ya göre modern olan neden Batı'dır? Bu Batı gibi olmak meselesi bir yüzyıla yakın Türkiye'de tarih ve siyaset düşünürlerinin meşgul olduğu bir konudur. Ortaylı bu kavramın ülkemizde 18. yüzyıldan beri rahatsız edici olduğunu ve Demokles'in Kılıcı gibi hissedildiğini ifade etmektedir (2003: 17). “Batı nedir?” ya da “neden Batı?” sorusuna cevap hep tartışılmalıdır. Ortaylı'ya göre, Batı, “*değişimi fark eden ve ona müdahale etmeye kalkan bir bilinçtir*”. Değişmeyen toplum yoktur; fakat yazara göre Batı, yani Avrupa bu değişim bilincine erken varmıştır ve haklı olarak bu devinimi kendine mal etmiştir. İşte bugün geri kalmış toplumların Batı yönünde modernleşmesinin nedeni budur.

Osmanlı dönemindeki söz konusu Batılılaşma konusunda, olumsuz yönde eleştiriler mevcuttur. Bunu Osmanlı'nın Avrupa'ya karşı yenilgisi olarak görenler vardır. Bir görüşe göre, tüm bu reformlar, gönüllü olarak değil, Avrupa'nın müdahalesiyle oluşan bir zorunlulukla yapılmıştır (Timur, 1985: 140, Tunaya, 1985: 142). Berkes ise, bütün dünyada Batı Avrupa geleneğinin etkili olduğunu ve bundan dolayı çağdaşlaşmanın Batı Avrupa geleneğine göre yürümekte olduğunu belirtmektedir (Berkes, 2007: 27). Bugün için Batılılaşmak dünya için zorunluluktur ve bu yolda gitmeyenler varlıklarını yitirecektir; fakat yazar, var olmak için Batılılaşmak gerektiğini söylese de bu yolda devam edenlerin benliklerini kaybettiklerini de eklemektedir.

O halde, Tanzimat dönemi Osmanlı Devleti, Batı hukukunu alırken ne kadar Osmanlı geleneğinin hukuk ilkelerinden feda etmiştir tespit etmek gerekir. Tanzimat dönemi hukuk alanında yapılan değişimin, öteki medeniyete göre değişim olması nedeniyle de sancılı ve zor olduğu, başarısızlıklar içerdiği kabul edilmelidir. Osmanlı Devleti hep Batı ile birlikte yaşamış, fakat Batı yönünde ıslahat yapmaya çok sonraları başlamıştır. Ne zaman ki duraklama ve gerileme yaşanmıştır, değişim isteği bunu takip etmiştir. Tarihe bakıldığında ilk düzeltmeler askeri alanda olmuştur. Çünkü bu, en çabuk hissedilen, somut, elle tutulur başarısızlık alanıdır. Daha sonra ordunun finansmanda yaşanan güçlükler nedeniyle klasik Osmanlı maliyesi terk edilmiş, mali ve idari alanda düzeltmelere gidilmiştir.

Ortaylı'nın da belirttiği gibi “*Osmanlı Batılılaşması zihnî bir dönüşümden çok, reel durumun bir sonucu olarak şekillenmiştir*” (2008: 100). Yazara göre, Osmanlı'da Batılılaşma ve modernleşme pozitivist ve akılcı bir saikle değil, fonksiyonel nitelikte olmuştur ve Osmanlı'nın amacı Batı medeniyetini öğrenmek, benimsemek ve ona dönüşmek değildir. Dolayısıyla hukuk alanındaki modernleşme de bu niteliktedir. Çünkü yazar, hukuk alanındaki reformların, “*Batı hukukunu alalım*

da Batılı olalım’ denilerek” yapılmadığını belirtmektedir. Hukuk alanındaki düzenlemeler de Batılı olmak için değil, reel zorunluluklardandır. Zira Osmanlı, dünya ile olan yakın ilişkilerinden dolayı hukukunu Batıyla uyumlu hale getirmelidir.

Kısacası çağdaşları ile uyum içinde olma çabasıyla tarih sahnesinde etkinliğini yeniden sağlamayı amaçlayan Osmanlı Devleti, ne kadar Batı olursa o kadar modernleşecektir. Baskın olan Batı’dır, Batı yönünde modernleşecektir. Hukuk alanında yaptığı düzenlemeler de Batı yönünde olacaktır. Osmanlı, Tanzimat döneminde kurumları ve toplumuyla yaşadığı bu seferberlikte ne kadar Batı, ne kadar modern olmuştur? Geleneğini ne kadar terk etmiştir? Hukuk alanında bu değişimi nasıl gerçekleştirmiştir? “1839’da Gülhane’de Fermanı okuyanlar, Tanzimat-ı Hayriye diye ‘hayırlı düzenlemelerin yapılacağı hayırlı bir devir’ açtıklarını ileri sürüyorlardı” (Ortaylı, 2003: 100). Hukuk alanında Tanzimat Osmanlı için hangi hayırlı düzenlemeleri beraberinde getirmiştir?

Tanzimat ve Islahat Fermanlarının Osmanlı hukukunun modernleşmesine katkıları

Tanzimat döneminin temel hukuk metinleri Tanzimat ve Islahat Fermanlarıdır. Bu fermanlar, dönemin getirdiği hukuksal yapının ilk adımları olduğu gibi temel ilkeleri de içerir. Bu nedenle fermanların hukuki tahlili, dönemin ihdas ettiği hukuki modernleşmeyi açıklamakta en geniş çerçeveyi çizmektedir.

Tanzimat Fermanı’nın hukuki tahlili

Tanzimat dönemi, 3 Kasım 1839 günü Tanzimat Fermanı’nın ilanı ile başlamıştır. “*Tanzimat’ terimi, Gülhane hattında geçen prensiplere dayanan düzeni anlatır*” (Karal, 1988: 171). Bu nedenle Tanzimat dönemi Osmanlı hukukundaki değişim, bu Ferman’ın hukuki niteliği, biçimi ve hükümleri ile açıklanmaya başlanabilir.

Tanzimat Fermanı’nın hukuki niteliği ve biçimi

Ferman biçimsel bakımdan diğer fermanlardan farklı değildir. “*Padişahın belli konulardaki düşünce ve buyruklarını göstermektedir*” (Üçok vd., 2002: 273). Padişahın ağzından kaleme alınmıştır (Tanör, 2002: 85). Hukuki biçimi, isminden de anlaşıldığı üzere, “ferman (*octroi*)”dır; “misak (*pacte*)” değildir. Çünkü iki taraflı değil, tek taraflıdır. *Octroi*, “verme, bahşetme, ihsan” demektir (Saraç, 1999). Hükümdar Ferman’da, tebaasına tek taraflı olarak birtakım haklar bahşetmekte, ihsan etmektedir (Gözler, 2018: 36).

Anayasa hukuku açısından öğretilerde Tanzimat Fermanı’nın hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Kubalı’ya göre, Ferman anayasal nitelikte bir belge değildir (1960: 57-59). Çünkü Ferman, anayasal belgelerin biçimsel özellikleri olan bölümlere, maddelere ve sistematığe sahip değildir. İçeriği bakımından da devletin kuruluş, işleyiş ve devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralları ihtiva etmemektedir. Yani bu görüş, şekli bakımından da içerik bakımından da Ferman’ın anayasal belge olmadığını ileri sürmektedir. Bu belge bir tür insan ve yurttaş hakları bildirisi. Bir başka görüşe göre de Ferman bir anayasa değildir; ama anayasal belgedir. Bu görüş, anayasanın “*devletin temel kuruluşu ve devlet organlarının birbirleriyle olan ilişkilerini, çalışmalarını gösteren ana hukuk belgesi*” olduğu belirtmektedir (Üçok, vd., 2002: 273). Oysa Ferman’da bu içerik yoktur. Bununla birlikte “*modern anayasalardaki en temel ilkeleri (yani can, ırz, mal güvenliğini) de taşımaktadır*”. Bundan dolayı da bu görüş, Ferman’ın anayasal bir belge olduğunu kabul etmektedir.

Seyitdanlıoğlu, Ferman’ın “*sultan tarafından tebaaya verilmiş bir irade-i seniyye, bir lütuf*” (2006: 259) olduğunu, bu önüyle bir *charte*, yani bir ferman ve dolayısıyla bir anayasa niteliği taşımadığını kabul etmektedir. Burada dikkati çeken bilgi, yazarın Ferman’ı anayasa olarak kabul etmemesinin nedeninin sadece “ferman (*octroi*)” biçiminde yapılmasına bağlamış olmasıdır. Oysa anayasa hukuku kuramına göre, “ferman (*octroi*)”, anayasa yapma usullerinden biri olan *monokratik usul* türüdür (Gözler, 2007: 32-33). Buna karşılık Seyitdanlıoğlu, Ferman’ın temel hak ve özgürlüklere yer vermesi nedeniyle, “*anayasal özellikler taşıyan yarı anayasal belge (semi-constitutional) bir belge*” olduğunu da kabul etmektedir. Burada yazar ayrıca, “*Meclis-i Ahkam-ı Adliye*”yi öngörmesini Ferman’ın yarı anayasal niteliğini güçlendiren unsur olduğunu yazmaktadır. Yazarın neden Ferman’ı *anayasal belge* değil de *yarı anayasal belge* olarak kabul ettiği açık argümanlarla anlaşılamamaktadır.

Karal (2006), Ferman'ın bir anayasal belge olmasından öte, *anayasa* olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, bu Ferman'ın anayasal niteliğini tespit ederken 20. yüzyıl anayasalarına değil, 19. yüzyıl anayasalarına bakılmalıdır ve buna göre de Ferman 19. yüzyıl anayasalarındaki özellikleri taşımaktadır. “*Hükümdarın ve hükümetin keyfi işlerine son verilmesi, halkın doğal haklarının eşit olarak tanınması, Meclis-i Ahkam-ı Adliye'nin yasa hazırlama ve devlet giderlerini denetlemeyle görevlendirilmesi*” gibi öngörülen düzenlemeler, Ferman'a anayasa niteliği kazandırmaktadır.

Berkes, Ferman'ın kesinlikle bir anayasa hatta kanun olmadığını kabul etmektedir ve açıklamaktadır: “*Avrupa'da hükümdarların kendi yetkileriyle halkın hakları arasındaki ilişkilerde değişiklikler yapılacağını vadeden, charte (senet, Latince carta) türünden bir belgedir. Buna dayanılarak ya bir anayasa yapılması yoluna gidilebilir ya da bir dizi yeni kanun hazırlanır. Tanzimatta seçilen yön ikincisi olmuştur*” (2007: 214). Berkes, Ferman'ı değerlendirirken içerik bakımından anayasalar ile benzerlikler taşıdığını, ama “*esas maddeler*” deyiminin belirsizlik yarattığını söylemektedir. Bununla birlikte yazara göre, burada bir nüans mevcuttur. Kanunların şeriata uygun olarak yapıma koşulu, yani hükümdarın iradesi yerine şeriatın ölçü olması, Tanzimat'ın asıl amacının yönetenle yönetilen arasındaki ilişkiyi düzenlemek olmadığını göstermektedir. Burada hükümdarın mutlak yetkisi hükümet karşısında kısıtlanmaktadır. Bu da belirsizlikler barındırmaktadır. Çeşitli güçlerin arasındaki çatışmalar nasıl çözülecektir?

Ortaylı ise, bazı hukukçuların Ferman'da bir anayasa karakteri aramış olmalarını yanlış bulmakta ve eklemektedir: “*Tanzimat Fermanı ne ruhen, ne de lafzen bir anayasa değildir. Ancak getirmek istediği kurumlar silsilesi itibarıyla Türkiye tarihinde anayasal bir harekettir*” (1979: 267). Abadan'a göre Ferman, her şeyden önde bir *iradei seniye*dir, “*hükümdarın salâhiyetlerini tahdit edici bir Charte'tır*” (2006: 49). Yazara göre Ferman, modern hukuka göre tam anlamıyla bir esas teşkilat kanununun özelliklerine sahip değildir. *Charte*, ferman veya misak şeklinde olabilir; fakat modern anlamda “*anayasa (esas teşkilat kanunu)*” bir kanundur. Bu ayırım ile belgelerin tertip ve yazılış tarzlarında bir farklılık doğmaktadır. Bunun dışında *Charte* hâkim olan zihniyet ile anayasaya hakim olan zihniyet farklıdır. *Charte* ile hükümdar kendi iradesiyle yetkilerine sınırlar koymakta ve kişilere hak ve imtiyazlar ihvan etmektedir. Oysa anayasalarda “*halk, kendi mukadderatının tayininde bizzat alakadar ve müessir*” olmaktadır. Böylelikle Abadan'a göre, Ferman modern anlamda anayasa değildir; ancak devlet ve birey ilişkilerini düzenleyen kurallar ve kısmen de devlet yönetimine ilişkin hükümler içermektedir ve bundan dolayı anayasal bir *charte* niteliğini taşır. Okandan da Ferman'ın anayasa olmadığı görüşündedir (1940: 19). Yazar, Tanzimat Fermanı'nın anayasal niteliği olup olmadığını, maddi ölçüte başvurarak tespit etmektedir. Yazara göre, Tanzimat dönemi tüm fermanlar, “*o zamanın hâkim olan siyasi prensiplerinde ve teşkilatında değişiklik husule getirecek hükümlere rastlanan*” şekilde yapılmamış ve padişahın mutlak yetkisinde gerçekten bir sınırlandırma getirilmemiştir (19, 20).

Tanzimat Fermanı'nın anayasal niteliği, modern hukuktaki anayasa tanımlarına göre tespit edilmelidir. Modern hukukta bugün ileri sürülen iki tanım mevcuttur: *Maddi anlamda anayasa* tanımı ve şekli anlamda anayasa tanımı. *Maddi anlamda anayasa* tanımı uyarınca, anayasa, “*devlet organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bireylerin devlet karşısında sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri belirleyen, yazılı veya teamüli kurallarının bütünüdür*” (Gözler, 2011: 106). Burada anayasa, şekli esaslara değil; metnin içeriğine, neyi düzenlediğine bakılarak tanımlanmaktadır. Öyleyse bu tanıma göre, Ferman bir anayasadır. *Şekli anlamda anayasa* tanımı uyarınca anayasa, “*normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden ve kanunlardan farklı ve daha üstün bir usulle konulan ve değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır*” (Gözler, 2011: 106). Bu tanıma göre ise Ferman, modern anlamda bir anayasa değildir. Çünkü kanunlardan üstünlüğü kabul edilmemiştir. Değiştirilme usulüne ilişkin de bir düzenleme yoktur. Yani Ferman'ın kanunlardan daha zor usullerle değiştirilmesi öngörülmemiştir.

Şekli anlamda anayasa tanımı doğru olan tanımdır. Günümüz anayasalarına bakıldığında maddi anlamda anayasa tanımı yetersiz kalmaktadır. Maddi anlamda anayasa kuralı sayılmayan konular da anayasalarda düzenlenmektedir. Öte yandan, maddi anlamda anayasa kuralı sayılan konuların da kanunla düzenlendiği görülmektedir. Öyleyse, Ferman bir anayasa değildir; fakat düzenlediği konular

itibariyle anayasa hukukunun konusuna girmektedir ve böylece anayasal bir belge niteliğini taşımaktadır. Padişah (*Monarc*) ilk defa iktidarının sınırlandırılmasını kabul etmektedir. Ayrıca tebaaya bir takım hak ve özgürlükler de tanınmaktadır. Bu yönüyle Ferman *anayasalcılık hareketinin* öncüsüdür.

Tanzimat Fermanı'nın bağlayıcılığı yani güvencesi ise Padişah'ın yeminine dayanır. Aynı yeminin ulema ve vüzerâ tarafından da yapılacağı Ferman'da öngörülmektedir. “*Bir İslam hükümdarı olan ve ayrıca kendini halife sayan padişahın yemini, gerçi bağlayıcıdır ama bu bağlayıcılık hiçbir pozitif hukuk ile güvence altına alınmış değildir*” (Üçok vd., 2002: 273). Tanör, söz konusu eksikliği belirttikten sonra Padişah'ın yemininin, yani, bu manevi yaptırımın sanıldığı kadar zayıf bir güvence olmadığını da belirtmektedir (1985: 16). Yazara göre, “*Abdülmeccid'ten sonra tahta çıkan Abdülaziz'in ve hatta II. Abdülhamid'in bile Gülhane Hatt-ı Hümayunu'undan bir 'ana kanun' gibi söz etmiş olmaları*” bunu ortaya koymaktadır. Bundan sonra her gelecek padişahın bu yemini tekrarlaması gerekmektedir. Yerine geçenin ise, “*bu yemine bağlı kalma zorunluluğu yoktur*” (Tahiroğlu, 1985: 588). Ferman'ın altında Abdülmeccid'in imzası vardır. İktidarın sınırlandırılması sadece onun şahsında doğmuştur. Bu ise, önemli bir eksiklik. Ferman'da sayılan ilkelerin, tanınan hakların güvencesi yoktur denilebilir. “*Padişahı, verdiği sözlerden caymaktan alıkoyacak bir yaptırım ya da onu denetleyecek temsili bir kurum yoktur*” (Tanör, 1985: 15). Buna karşılık Ferman, Osmanlı Devlet iktidarını sınırlayan ilk belge olması açısından büyük öneme sahiptir.

Tanzimat Fermanı'nın hükümleri ve ikili haklar sistemi

Tanzimat Fermanı, modern kanunlar gibi maddelerden oluşmamaktadır. Düz yazı şeklinde yazılmış tek bir metindir. Kurallar tam bir metnin içinde sistemsiz olarak dağınık biçimde yer almaktadır. Ferman'da ilk önce ilkeler değil, vaziyet teşhis edilmektedir. “*Osmanlı Devleti yüzlerce yıl İslam esaslarına uyularak yönetilmiş ve bu nedenle çok güçlü ve dirlikli bir yaşam sürmüştür*” (Üçok vd., 2002: 271)***. Devamında Osmanlı'nın 150 yıldır yaşadığı kötü durumun İslam esaslarına uyulmamasından kaynaklandığı ve böylelikle çöküşün başladığına işaret edilmektedir****. Bu kötü durumdan kurtulmak için yeni bir düzenin getirilmesi amacıyla bazı kanunların çıkarılması öngörülmektedir. Bu kanunların esaslarının ne olacağı da sayılmaktadır. Ferman'da tebaaya birtakım haklar tanınmıştır. Bunun dışında devlet yönetimine, yani iktidarın kullanılmasına ve sınırlandırılmasına ilişkin ilkeler getirilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde Ferman'dan önce elbette ki, bir haklar sistemi mevcuttu. Osmanlı, “*Tanrı haklar sistemi üzerinde kurulmuştu*” (Karal, 1976: 172). Yani hakların kaynağı “*şeriat veya şeriata uydurulmuş örf idi*” (Kılıçbay, 1985: 150). Buna karşılık öğretilerde sıkça dile getirildiği üzere Osmanlı hukukunun dini kuralları gibi bu haklar sistemi de günün şartlarına yetmemekteydi. Örneğin Kılıçbay, bu iki sistemin birbiriyle uyuşmadığını belirttikten sonra; Batılı laik sistemin çağdaşlaşma ve evrenselleşme karakterine sahip olduğunu, şer'i sistemin donuk, durağan ve kapalı olduğunu yazmaktadır. Bu nedenle de yazara göre, bu sistemden biri diğerini tasfiye etmek zorundaydı. Hatta yazar Tanzimatçıların, istememiş olsalar da Cumhuriyet dönemi laisizmin altyapısını sağlamış olduklarını belirtmektedir. Batı hukukunun sadece haklar bakımından değil, bütünü bakımından benimsenmesi gereklidir. Öğretilerde sıklıkla İslam hukukunun zamanın ihtiyaçlarını yetmediği dile getirilmektedir. Velidedeoğlu da İslam kaidelerinin zamanın ihtiyaçlarına yeterli gelmediğini kabul etmektedir. Hatta yazar, dini kaidelerden mutlaka ihtiyaçlar için hüküm çıkarmaya çalışanların, kendi arzularına göre bazen bir kelimedenden bir hüküm çıkarmış ve “*adalet namına adaletsizlikler*” yapılmasına sebep olduklarını belirtmektedir. Dini kaideler ne özel hukuk ne de kamu hukuku ilişkilerini düzenlemeye yeterlidir (Velidedeoğlu, 1940: 4). Tanör de “*yeni gelişen ekonomik ilişkilerin*

*** Bu husus Ferman'da şöyle kaleme alınmıştır: “*Devleti Aliyyemizin bidâyeti zuhûrundan beru ahkâm-ı celile-i kura'niyye ve kavânin-i şer'iyyeye kemaliyle ri'âyet olunduğundan saltanat-ı seniyyemizin kuvvet ve miknet ve bi'l-cümle tebaâsının refâh ve m'amûriyyeti rütbe-i gâyete vâsıl olmuş...*” (İnalçık, Seyitdanlıoğlu, 2006: 1).

**** Bu husus ise şöyle kaleme alınmıştır: “*... yüz elli sene vardır ki, gavâ'il-i müteakibe ve esbâb-ı mütenevvi'âya mebnî, ne şer'-i şerife ve ne kavânin-i münifeye inkiyâd ve imtisâl olunmamak hasebiyle evvelki kuvvet ve m'amûriyyet bi'lâkis zaaf ve fakre mubeddel olmuş...*” (İnalçık, Seyitdanlıoğlu, 2006: 1).

(ticaret, kapitalizm) dayattığı ihtiyaçlar, eski yasalarla ve özellikle din kökenli karşılanabilecek gibi değildi” şeklindeki ifadesiyle dini kuralların yetersizliğini kabul etmektedir (Tanör, 2002: 98).

Ferman bu tanrı haklar sistemini sona erdirmemiştir; fakat Batı'nın kimi haklarını da tebaasına tanıdığıdır. Bunun sonucunda *ikili haklar sistemi* ihdas edilmiştir. Karal, bu ikili sistemin “*birbirine bağışladıkları tavizlerle sözde bağdaştır göründüklerini*” ve Tanzimat adamlarının bu bağdaştırmayı sağlamak için verdikleri gayreti kanunlaştırma hareketlerinde ve yeni oluşturdukları adalet makinesinde gördüğümüzü belirtmektedir (1988: 173).

Tanzimat Ferman'ı *ırz, namus, can ve mal güvenliği ilkesini* ihdas eden hükümler içermektedir. Ferman'da tüm tebaanın can, ırz, namus, şeref ve haysiyetinin korunması ve mal güvenliğinin sağlanması, ilk olarak yerine getirilecek işlerden sayılmaktadır. Daha sonra da bu ilkelerin önemi de tek tek anlatılmaktadır (Üçok vd., 2002: 272). Ferman'da bu hak ve dokunulmazlıkların sağlanmasının önemi şöyle anlatılmaktadır: “*Dünyada candan, ırz ve namustan üstün bir şey yoktur. Bir kişi, bunları tehlikede gördüğü zaman, yaratılışında kötülüğe eğilim olmasa bile, can ve namus güvenliği için elbette bazı yollara teşebbüs edeceği ve bunun da Devlet ve memlekete zararlı olduğu görülmüştür. Kişi can ve namusundan emin olduğu zaman, doğruluktan ayrılmayacağı, iş ve gücünü devlet ve milletine hizmet için kullanacağı açıktır. Mal güvenliğini olmaması halinde ise, herkes ne devlete ve ne de milletine ısınamayıp ülkenin imarına bakmayacak ve daima endişe ıstıraptan hâli olamayacaktır. Bunun tersi, yani kişi mal ve mülkünden emin olduğu zaman kendi işi ve gücüyle uğraşır, kendisinde devlet, millet ve vatan sevgisi her gün biraz daha artar*” (Eryılmaz, 1992: 99). Görüldüğü üzere, Ferman'da sayılan hakların varlık gerekçesi, devletin dirlik ve düzeninin sağlanmasına yöneliktir. Ferman'da kötü halin düzeltilmesi ve kanunlarla bu nizamın kurulması amaçlanmaktadır. Buna paralel olarak da hakların temelinde bir doğal haklar veya sözleşme devleti fikri yer almamaktadır (Arslan, 1992: 27). Buna karşılık öğretilerde aksi görüş de sunulmuştur. Karal, “*insanların tabii haklar yönünden eşitliği, Hatt-ı Hümayun'da açık bir hüküm ile belirtilmemiş ise de, hattın zihniyetinde mevcuttur*” görüşündedir. (İnalçık, Seyitdanlıoğlu, 2006: 79). Yazara göre Ferman, Müslüman tebaa ile Hıristiyan tebaanın kanun önünde eşitliğini tanıdığı ve halk ile padişah arasındaki münasebetleri yazılı bir vesika ile belirttiği için sosyal bir kontra karakteri kazanmaktadır (Karal, 1976: 193).

Esasında Padişah'ın İslam devleti geleneğine göre, tebaasını kollamak, gözetmek ve onun refahını sağlamak zorunluluğu vardı. Ferman'da belirtilen bu ilkeler yeni değildir. “*Şeriat hükümleri de kişi haklarını korumakta ve keyfi uygulamaları reddetmekteydi*” (Eryılmaz, 1992: 100). Keza Ferman'da hakların korunması da zaten bir Avrupa hukuk sistemine dayandırılmamış, şer'i hükümlere istinat ettirilmiştir. Bu bakımdan Ferman, Müslüman halk için bir yenilik içermiyordu.

Can ve mal güvenliği, namus ve ırz dokunulmazlığı, esasen devlet hizmetinde çalışanları ilgilendiriyordu (Tanör, 2002: 90). Ferman, namusun ve ırzın korunmasını da öngörmektedir. Burada, “*namus ve ırz*”dan anlamamız gereken “*şeref ve haysiyet*”tir. Bu kavramları, dar anlamıyla kabul etmemek gerektiği de savunulmaktadır (Gözler, 2018: 32). Osmanlı'da kul sistemi mevcuttu. Reaya dışında kalan ve padişahın üzerlerinde sınırsız yetkileri olan devlet hizmetlerinde çalışanların oluşturduğu bir kul sınıfı bulunmaktaydı. “*Müsadere usulü, rütbelerin tenzili ve geri alınması, sürgüne gönderme, hep yönetici zümrenin güvenliğini zayıflatan ya da etkileyen uygulamalardı*” (Eryılmaz, 1992: 101). Bu sınıf müsadere ve yargısız mahkûm edilme, bu şekilde öldürülme tehdidi altındaydı. Kısacası Ferman'ın, mal, can, namus ve ırz güvenliği ile ilgili hükümleri, bütünüyle yönetici sınıfına yönelik gibiydi.

Ferman bu hak ve dokunulmazlıkları tamamlayan, onlara güvence sağlayan ilkeler de öngörmüştür. Bunlar modern hukuka ait ilkelerdir. Bu ilkeler Ferman'ın taşıdığı yenilikçi yöndür. Ceza yargılamasına ilişkin güvenceler, müsadere yasağı, kanunların üstünlüğü ilkesi, suçta ve cezada kanunilik, vergi adaletine ilişkin ilkeler bu ilkelerdendir.

Tanzimat Ferman'ı *mali güce göre vergi ilkesi ve devlet harcamalarının kanuniliği* ilkesini ihdas eden hükümler içermektedir. Ferman'da bugün, modern hukukta vazgeçilmez olan ve vergi adaletini

sağlayıcı, mali güce göre vergi ilkesi kabul edilmiştir. Ferman'da, iltizam usulünün kötülükleri ve haksızlıkları üzerinde de durulmuştur. Vergiler içinde en önemli aşar vergisi, bütünüyle iltizama gitmekteydi ve mültezimler bunu toplamak için halka baskı yapmaktaydı (103). Ferman'da, iltizamın kötülükleri sayılmakla birlikte, verginin devletin dirliği için gerekliliğine de işaret edilmiştir****. Devamında, oysaki hiçbir yararı görülmeyen iltizam usulünün halen yürürlükte olduğu belirtilmiştir. Ferman'da, “*âhâli-i memâlikten her ferdin emlâk ve kudretine göre bir vergi-i münâsîp t'âyin olunarak kimseden ziyâde şey alınmaması ve Devlet-i Aliyyemizin beren ve bahren masârîf-i askerîye vesâ'iresi dahî kavânîn-i icâbîyye ile tahdît ve teybin olunup ânâ göre icrâ olunması lâzimedendir*” (İncalcık, Seyitdanlıoğlu, 2006: 2) ifadesiyle, mali güce göre vergi ilkesi ile devlet harcamalarının kanuniliği ilkesi açıkça kabul edilmektedir.

Tanzimat Ferman'ında *askere alma ve askerlik sürelerine ilişkin ilkeler* yer almaktadır. Askere alınmanın kutsal bir görev olduğu belirtilip, bu önemli meselenin düzenlenmesi de öngörülmektedir. O zamana kadar askere alınmada bir sistem, kural olmadığını ve bölgelerden adaletsiz şekilde asker alındığı, bunun da düzensizliğe özellikle de tarım ve ticarete aksamaya yol açtığı belirtilmektedir. Üstelik askerlik süresinde de bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Askerler, ömür boyu askerlik yapmak zorunda kalmakta, bu da ruhi yorgunluğa ve nüfuzun azalmasına yol açmaktaydı. Ferman görüldüğü üzere bir kuralı koymadan önce nedenini de belirtmektedir. Devamında, “*her memlekette lüzûmu takdîrinde talep olunacak neferât-ı askerîye için bazı usûl-i hâsene*” (Gözler, 2018: 32) öngörülmesi gerektiğini belirtilmektedir. Yani, her memlekette gerektiğinde istenecek asker için iyi usuller getirilmesi gerekliliği bir kural olarak tesis edilmiştir. Sürenin 4 veya 5 sene olması öngörülerek daha önce belirsiz olan askerlik süresine sınır getirilmektedir. Böylelikle askerlik hizmeti tebaa için bir görevdir ve Ferman ile bu görevde adalet ve eşitlik getirilmiştir. Kılıçbay askere almada adalet ve eşitliğin sağlanması ile geniş tabanlı bir askere alma sistemi getirilmiş olduğunu yazmaktadır ve bu sayede Tanzimat öncesi tamamen halktan kopuk, ona yabancı ordunun yerine, halktan kaynaklanan bir ordu geçmiştir (1985: 150). Bu da yazara göre, Millî Mücadele'yi mümkün kılan hususlardan biridir.

Tanzimat Ferman'ında *ceza hukukuna ve ceza yargılamasına ilişkin ilkeler* yer almaktadır. Ferman ile modern ceza hukukunda bugün olmazsa olmaz ilkelerden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Bu, Ferman'da “*yasadıışı nedenlerle suçlanmama ve cezalandırılmama*” (Tanör, 2002: 89) şeklinde ifade edilmektedir. Bundan böyle, bir ceza kanunu yapılacaktır ve “*suç işleyen herkes, hatır, gönül ve rütbeye bakılmadan bu kanuna göre cezalandırılacak*”tır (Üçok vd., 2002: 272). Kanunlara uygun olarak aleni bir yargılama olmadıkça kimseye ceza verilemeyecektir. Bu, “*yargılamadan kimseye ceza verilememe*” ilkesidir (Tanör, 2002: 89). Bir kanuna dayanmadan ve yargılama olmadan kimseye ölüm cezası verilemeyecektir. Böylelikle Padişah mutlak olarak sahip olduğu örfi ceza verme yetkisinden kendisi vazgeçmektedir (Üçok vd., 2002: 273). Cezalar, şeriata ve kanuna uygun olarak, mahkemelerce saptanacaktır.

Ferman'da *müsadere yasağı* getirilmektedir. Müsadere yasağı, mülkiyet hakkını tamamlayan bir yasaktır. Ferman “*adaletine uygun olmadığından*” (Üçok vd., 2002: 272) müsadere cezasının kaldırılmasını açıkça öngörmektedir. “*Bir kimse suç işlediğinde, onun malı müsadere edilmemelidir*” (Gözler, 2018: 33). “*Ânın malını müsadere ile veresesi hukûk-ı irsîyelerinden mahrûm kılmamak*” (İncalcık, Seyitdanlıoğlu, 2006: 3) gerektiğini de belirtip, mirasçıların da mülkiyet hakkı korunmaktadır.

Tanzimat Ferman'ında *eşitlik ilkesi* kabul edilmektedir. Osmanlı'da halk, Müslümanlar ve zımmiler şeklinde iki ana gruptan oluşmaktaydı. Bunlar aynı hukuki statüye sahip değillerdi. Devlet hizmetinde çalışma hakkı, sınırlı olarak Rumlar dışında sadece Müslümanlara tanınmıştı. Devlet hizmetinde çalışanlar ise, daha da farklı bir statüye sahipti. Statüleri reaya göre avantajlar taşısa da padişahın kullarının can ve malları üzerinde mutlak bir yetkisi vardı. Reaya, yani devlet hizmetinde çalışanlar

**** “*Ve t'âyin-i vergi mâddesi dahî çünkü bir devlet muhafaza-i memâliki için elbette asker ve leşkere vesâ'ir masârîf-i muktaziyyeye muhtâc olarak bu, akçe ile idâre olunacağına ve akçe dahi tebaanın vergisiyle hasıl olacağına binâ'en bunun dahî bir hüsn-i, sûretine bakılmak ehem olup...*” (İncalcık, Seyitdanlıoğlu, 2006: 2)

dışında kalan halk, farklı statüdeydi. Bir kere onlar, padişahın kulu değildi. Devlet hizmetinde çalışanların statüleri de eşit değildi. Ulema ve askerler farklı statüdeydiler ve farklı ayrıcalık ve güvencelere sahipti (Üçok vd., 2002: 172-182). Kısacası Osmanlı'da haklar, dokunulmazlıklar herkes için aynı değildi. Mensup olunan dine veya sınıfa göre kişiler farklı hukuki statüye sahipti. Modern hukuktaki kanun önünde eşitlik ilkesi yoktu. Ferman'da, öngörülen tüm ilkelere *din ayırımı olmaksızın bütün tebaanın* yararlanması öngörülmüştür (Gözler, 2018: 33). Bu sayede Ferman öncesinde yer alan eşitsizliğe son verildi. Ayrıca Ferman'daki ilkelere göre yapılacak kanunlar da "*din farkı gözetmeksizin bütün tebaaya eşitlikle uygulanacaktır*" (Berkes, 2007: 214). Bundan böyle, Müslüman olan ve olmayanlar kanun önünde eşittirler. Sosyal sınıflar için eşitlik ilkesinin var olduğu da Tanzimat Fermanı'na ilişkin ek bir fermanda görülmektedir. Bu ek Ferman'da "*vezirden çobana kadar herkesin eşit olduğu*" (Berkes, 2007: 214) belirtilmiştir. Kısacası Ferman ekiyle birlikte, din ve sınıf ayırımı olmadan kanun önünde eşitlik ilkesini kabul etmiştir. Bu ilke, hukuk devletinin ve idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

Tanzimat Fermanı'nda *kanunların üstünlüğü ilkesi* kabul edilmiştir. Ferman'da, çıkarılacak kanunlara Padişah da dâhil herkesin uyacağı belirtilmektedir. Ferman metninde bu ilke şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Bu kanunlar, din, devlet ve ulusun hayrına olacağından, onlara asla aykırı davranmayacağım ve kutsal emanetler odasında devlet büyüklerinin önünde buna yemin edeceğim. Devlet memurları ve ulema da aynı yemini edecek*" (Üçok vd., 2002: 272). Ayrıca bu kanunlara aykırı davranma da bir kanunla suç sayılacaktır. "*Suç işleyen herkes, hatır, gönül ve rütbeye bakılmadan bu kanuna göre cezalandırılacaktır*" (Üçok vd., 2002: 272). Buradan açıkça kanunların üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği görülmektedir. Padişah dâhil, yönetici zümre de bu kanunlarla bağlı olacaktır. Kanunilik ilkesi de yine hukuk devletinin ve idare hukukunun günümüzde kabul edilen temel ilkelerinden biridir.

Ferman'da ayrıca kanunların hazırlanmasına ilişkin temel kurallar getirilmiştir. Osmanlı Devleti'nde egemenlik tamamen padişahın kişiliğinde toplanmıştı ve güçler ayrılığı ilkesi Osmanlı Devleti'ne hiçbir zaman yerleşmemişti (Üçok vd., 2002: 185). Osmanlı'da İslam hukukunun kimi kuralları padişahın yasama yetkisi dışındaydı. Bunlar, Kur'an, sünnet, icma ve kıyas yoluyla konulmuş kurallardı. Bu kurallar, inanç ve ibadete ilişkin olduğu gibi özel hukuk ve ceza hukukuna ilişkin kurallardı. Osmanlı'da sadece İslam'ın değiştirilemez kuralları varsa da yeni kural koyma ihtiyacından doğan bir kural koyma imkânı da vardı. Şeriatın özüne aykırı olmamak koşuluyla ulema, egemenlik hakkına sahip olan sultanlar, yeni kural koyma yetkisine sahipti. Osmanlı padişahının şeriata aykırı olmamak şartıyla yasama yetkisi vardı. Padişahın bu yetkisi ile koyduğu hukuka "*örfi hukuk*" deniliyordu Padişah koyduğu örfi hukuku, bir fermanla açıklardı (Üçok vd., 2002: 185-186). Yargı yetkisi ise, şeri yargı yetkisi ve örfi hukuka ilişkin yargı yetkisi olarak ikiye ayrılıyordu. Şeriata ilişkin yargı işleri ulemaca yönetiliyordu (Üçok vd., 2002: 177-178). Normal mahkemelerde kadılar, üst mahkeme olarak da kazaskerler bu görevi yerine getiriyordu (Üçok vd., 2002: 196-203). "*Örfi hukuka ilişkin konularda ise, hükümdarın yargı yetkisi sınırsız*"dı (Üçok vd., 2002: 188).

Ferman ise, kanunların hazırlanmasında bir yenilik getirmektedir. Kanunlar, "*Meclis-i Ahkâm-ı Adliye*" adında bir kurul tarafından hazırlanacaktır ve padişahın onayı ile yürürlüğe girecektir. Meclis-i Ahkâm-ı Adliye Ferman'dan hemen önce, 24 Mart 1839'de kurulmuştur. Ferman ile bu meclisin görevleri artırılmış, üye sayısı genişletilmiştir (Seyitdanlıoğlu, 2006: 260). Ayrıca askerlik işleri ile ilgili kanunların ise, II. Mahmut döneminde kurulmuş danışma meclisi olan Bab-ı Serasker-i Dar-ı Şurası'nda kararlaştırılması öngörülmüştür (Gözler, 2018: 34). Padişah bir hatt-ı hümayunu ile meclisçe görüşülüp hazırlanan kanunu tasdik edecektir. Elbette ortada henüz padişahтан ayrı, bağımsız bir yasama organı bulunmamaktadır. Yani kuvvetler ayrılığı yoktur. Yasama yetkisinin Meclis-i Ahkâm-ı Adliyeye devredildiği söylenemez (Gözler, 2018: 33). Bununla birlikte kanunun hazırlanmasında yeni bir usul öngörülmüştür. Bir kurul tarafından kanun metninin hazırlanması ve görüşülmesi "*parlamentolu rejime yönelişin bir habercisidir*" (Gözler, 2018: 32). Bu da azımsanmayacak bir yeniliktir. Ferman ile yasama organ ve fonksiyonunun gelişimi konusunda önemli bir adım atıldığı söylenebilir.

Değerlendirme

Tanzimat Fermanı, yukarıda belirtilen nedenlerle bir anayasa olmasa da modern hukuka ait ilkeler kabul eden yazılı anayasal belgedir. Bu ilkeler 1839 yılından önceki tarihlerde dile getirilmiş olabilir*****; ama ilk defa yazılı olarak hukuki bir belge ile ilan edilmektedir. Öte yandan Ferman'da, modern hukuka göre, kanun yapma şekli bakımından bir farklılık vardır. Modern hukuktaki gibi tek tek madde şeklinde ilkeler, hükümler yazmamaktadır. Tek bir metinde, kuralların kabul nedenleri, bazen de önemi belirtilmektedir. İlkeler arasında, sıra, tasnif yani bir sistem yoktur. Bunun kanun veya anayasa yapma yönteminde eksiklik olduğunu söylemek güçtür. Buna karşılık Abadan, bunu eksiklik olarak görmekte ve açıklamaktadır: “*Bu yüzden alınan tedbirlerle vazolunan esasatı muhik göstermek üzere serdedilen esbabı mucibe kılıklı mülâhazalar da birbirine karışmıştır. Eğer Ferman'da zikredilen hukukî esaslar mahiyetlerinin icap ettirdiği bir tasnife tâbi tutulup silsile halinde zikredilseydi, birkaç yerde muhtelif vesile ve formüllerle meselâ ‘can, mal, ırz’ emniyeti maddesine avdet lüzumu hâsıl olmazdı*” (2006).

Bizce, Ferman'ın bu şekli farklılığı eksiklik değildir. Yazarın aktardığı gerekçe eksikliği kabul etmek için yeter derecede önemli değildir. Kaldı ki, ilkelerin ve tanınan hakların arasında bir normatif kuvvet farkı, yani normatif hiyerarşi bulunmamaktadır. Hukuki mahiyet farkı da bu bakımdan bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir mahiyetten kasıtlı bir sıraya konulması ve tasnif edilmesi gerekmemektedir. Zaten metnin içinde ahenk mevcuttur. İddia edildiği gibi Ferman, serpiştirilmiş, karışmış ilkeler belgesi değildir. Dönemin izahını da içeren oldukça açık anlatımlı bir belgedir. Hatta halkın da anlayacağı tarzda bir hitapla kaleme alınması, belgenin halka hitaben yazılmış olmamasına rağmen halk için hükümlerin alenileşmesini sağlamaktadır. Osmanlı Devleti'nin tebaası yeni hukuk düzeninden haberdar olacaktır.

İçerik olarak değerlendirme yapılırsa, öncelikle, Ferman tebaaya eşit olarak birtakım temel haklar ve ilkeler tanınmaktadır. Bunlar modern anayasalardaki en temel ilkelerdir. “*Kişi hak ve özgürlükleri bakımından eksik ama derli toplu ilk Osmanlı listesi*” olduğu kabul edilmektedir (Tanör, 2002: 89). Yaşama hakkı, mülkiyet hakkı, insan onuruna saygı, kişi dokunulmazlığı gibi söz konusu hakları, müsadere yasağı, mali güce göre vergilendirme, devlet harcamalarının kanuniliği, yargılamanın aleniliği ve yargılama olmaksızın ceza verilememesi gibi tamamlayıcı ilkeler de getirilmiştir. Bu Osmanlı için ilktir. Eşitlik ilkesi de ayrıca bir yeniliktir. Ferman, tebaanın kanun önünde eşitliğini ilan etmektedir. Fermanın modern anayasalarda yer alan kimi hak ve özgürlükleri içermediği doğrudur. Kişi hak ve özgürlükleri için eksikliklere örnek olarak, düşünce, basın, dernek, toplanma, çalışma, sözleşme, ticaret ve sanayi konuları verilebilir; ancak bu eksiklik Ferman'ı yapanlara atfedilecek bir kusur olarak görülmemelidir. Çünkü dönemin anayasacılık hareketleri de gözlemlendiğinde, toplumun nesnel, maddi ve sosyo-ekonomik yapısı sonucu bu hak ve özgürlükler henüz gündemde değildir. Liberal akımın getirdiği bu tip özgürlüklerin henüz liberal ekonomiye geçilmemiş, burjuva sınıfı oluşmamış Osmanlı'da tanınması pek de mümkün değildir.

Padişah ilk defa kendi iktidarını sınırlandırarak bu hakları tebaasına bahşetmektedir. Bu nedenle Ferman, Türk anayasacılık hareketinde önemli bir adımdır (Gözler, 2018: 97). Padişah, bu haklara saygı göstereceğini taahhüt ederek kendi iktidarını sınırlandırmaktadır. Ayrıca yasama yetkisini sınırlandırmaya da kanunların bir meclisçe görüşülmesi ve hazırlanması fikri getirilmiştir. Örfi ceza verme yetkisini ise tamamıyla yargıya bırakmaktadır. Bu da ileri bir adımdır. Çünkü padişah kanun koyma yetkisinden vazgeçmese de örfi ceza verme yetkisinden vazgeçmektedir. Öğretide Padişah'ın Tanzimat Fermanı ile yasama yetkisini de sınırlandırdığı da ileri sürülmektedir. Bozkurt, “*Tanzimat Fermanında, Padişah kendi iradesi ile yasama ve yargı yetkilerini sınırlandırıyor. Hukuk kuralları belli kurullarla hazırlanacak, sadece onama yetkisi Padişah'ta olacaktı*” görüşündedir (1994: 272). Yazar, ayrıca bunu açıkça dile getirmektedir. Şöyle ki: “*Tanzimat Dönemi'nin en önemli özelliklerinden biri de yasama yetkisinin artık Padişahın değil bir kurul tarafından kullanılmasıdır*”

***** Ferman'da belirtilen kimi ilkenin II. Mahmut zamanında belirtilmiş düşünceler olduğu Berkes tarafından açıklanmaktadır (2007: 215). Berkes, Ferman ile ilk olarak bu ilkelerin yazılı bir senet ile açıklanmasını ve bu senedin de Sened-i İttifak'tan farklı olarak, hükümdar ile ayan arasında kalan bir sözleşme değil, hükümdar ile hükümet arasında ilan edilmiş bir sözleşme olduğunu belirtmektedir.

(1996: 134). Bu görüş eleştirilebilir. Çünkü yasa metinlerinin kurullarca hazırlanması, padişahın yasama yetkisini sınırlamamaktadır. Onama yetkisi hala padişahıdır. Tek ve mutlak yasayı kabul edecek olan padişahıdır. Bu da yasama yetkisinin halen onda olduğu anlamına gelir. Padişah'ın kurulca hazırlanan metni kabul etmek, onamak zorunluluğu yoktur. Ayrıca Ferman öncesinde, II. Mahmut zamanında kurulan Meclis-i Valay-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kanun metinlerini hazırlamak başta gelen göreviydi (Karal, 1976: 172). Yani bu, Ferman'dan önce de var olan bir usuldü. Okandan ise, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'nin, teşekkül tarzı itibarıyla temsili mahiyette bir yasama organı olmadığı görüşündedir (1968: 71). Okandan'a göre, padişahın tek taraflı olarak tebaaya birtakım haklar tanıması ile ilkelerde, siyasi ve hukuki müeyyide görülmemesi nedeniyle padişahın mutlak yetkisi sınırlandırılmamıştır. Tanzim olunan tüm fermanlarda içeriğindeki konuların gerçekleşmesini, bunlara göre konulacak kanunların üstünlüğünü gerçekten temin edecek, siyasi ve hukuki usul ve müesseselerin kurulmasını öngören bir hüküm mevcut değildir. Tanzimat Fermanı'nda da Padişah'ın kanunlara uyacağına dair yemin edeceği öngörülmüş; fakat Padişah'ın bu kanunlara ne şekilde riayet etmesi sağlanacağı düzenlenmemiştir. Öngörülen müeyyideler ise, uhrevi ve vicdanidir. Sonuç olarak, fermanların ve kanunların bağlayıcılığı için hukuki ve siyasi bir müeyyide öngörülmemesi nedeniyle, Okandan, “henüz hukuk kaidesine tâbi bir Devlet ve idare sisteminin gerçekleşme”diğini ileri sürmektedir. Böylelikle Tanzimat Fermanı'nda öngörülen kanunların bir meclisçe görüşülüp hazırlanması, padişahın yasama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmamaktadır; ama parlamentolu rejime yönelişin habercisidir.

Tanzimat Fermanı'nın bizce en önemli yeniliği ise, “kanun koyma (*codification*)” fikrini getirmiş olmasıdır. Ferman iyi düzeni, kanunlarla getirecektir ve daha da önemlisi kanunlar herkesi bağlayacaktır, eşit olarak uygulanacaktır. Kanun burada, hukukta reformu müjdelemektedir. Kanunlar, reformlar için araç olarak kullanılmıştır. Bir görüş, kanunların kabul edilmesi zorunluluğunu öngörmesi nedeniyle Tanzimat Fermanı'nı, yenileşme hareketinin başlangıcı saymaktadır (Üçok vd., 2002: 274). Bu görüşe göre, İslam hukukuna dayanması fikri kabul edilse bile kanunlarla yeni bir düzen getirilmesi fikri başlı başına reformcu ve yenilikçidir. Bunun yanında, *kanunun üstünlüğü* ilkesi kabul edilmiştir. Artık “*yasal yönetime*” geçiş söz konusudur (Tanör, 2007: 88). Bu bugünkü adıyla kanuni idare ilkesinin kabul edildiğini gösterir.

Kanun düzeninden bahseden Ferman'ın şeriata atfı yapılmaması eleştirilmektedir. Bir çelişki yaratılmıştır. Bir yandan şeriata uymama devlet gücünün kaybedilmesinin nedeni olarak gösterilmekte, diğer taraftan “*şeriata dayanmayan yeni hukuk kuralları yaratılması istenmektedir*” (Tanör, 2007: 86-87). Abadan'ın da belirttiği gibi gerçekten de “*şer'i hükümlere bağlı kalınarak yeni hükümlerin vaz'ı nasıl mümkün olabilir?*” (2006: 53). Devamında, yazar, Avrupa'daki ilerleme ve reformların toplumsal ve iktisadi şartlarda yarattığı yenilikleri karşılayacak ve bu değişikliklerden etkilenen Osmanlı'nın ihtiyaç duyacağı esasların elbette ki dini hükümlerden çıkarılamayacağını belirtmektedir. Peki, düzen, dini esaslar üzerinden mi kurulacaktır, yoksa hayatın gereklerine uygun ilkeler üzerine mi? Abadan bu sorusunu Topkapı arşivinden ulaştığı Ferman'ın taslağı niteliğinde olan belge ile aydınlatmaktadır. Bu belge Ferman'a ilişkin üç hususu aydınlatmaktadır. İlki esas teşkilata ilişkin ilkelerin getirilmesi ile ilgilidir. Çünkü bu ilkeler olmazsa ayrıntıda ne yapırsa yapılsın istenilen neticeye ulaşılamayacaktır. Memleketin kötü durumuna neden olan sadece şer'i hükümlere uyulmaması değildir. “*Türlü türlü zulümler, şiddetli muameleler, kimseden mal, can, namus emniyeti bırakmadığı için bu neticeyi davet etmiştir*”. Eski usulün tamamen kaldırılması ve yerine büsbütün yeni bir düzen getirilmesi ile devletin kudretini kazanması mümkündür. Eski düzenle bunun sağlanması mümkün değildir. Bu üç esas Ferman metnindeki ifadenin ağırbaşlılığı nedeniyle dinamizmini ve açıklığını kaybetmiştir. Şu hali almıştır: “*kavanini mukteziyenin mevaddı esasiyesi*”, “*esbabı mütenevvia*”, “*kavanini cedide*”. Bu tabirler Abadan'a göre cansız ve klişedir. Yazar, bu nedenle şer'i hükümlere ait atıflar lehine dengenin bozulmuş olduğunu kabul etmektedir. Şer'i hükümlere atfın ve bağlılığın nedeni ise, Abadan'a göre ilkesel değil, şekli ve görünüştedir. Bu sayede ulema ve tutucuların tepkisi engellenecektir.

Bizce çelişkinin varlığı kabul edilmelidir. Ferman'ın açıkça şer'i hukuka bağlılığı, kanunların şeriata aykırı olmama koşulunu öngördüğü gözetilmelidir. Şer'i hukuk halen geçerliliğini sürdürme kuvvetine sahiptir. Bu normatif güç ise, yine Padişah'ın iradesiyle verilmiştir. Ferman'ın hazırlanma aşamasındaki niyetten yola çıkılarak bu hükmün geçersizliği ileri sürülemez. Bu hüküm de Ferman'ın

İçerdiği ilkelerden biridir. Niyetin aksi yönde olması Ferman'ın bu açık hükmünün geçerliliğini etkilemez. Norm metinde, yani Ferman'da yazan metnin anlamıdır. Daha sonra yapılan kanunlar eğer şer'i hukuk kurallarına uymuyorsa, Ferman'ın bu hükmü ile çatışma oluşur. Bu, normlar çatışmasıdır. Kanunların Ferman'a uygun olması zorunluluğu bulunmaması nedeniyle Ferman'dan sonra yapılan kanunların da geçersizliği söz konusu değildir. Ferman ile ondan sonra yapılan kanunlar arasında bir hiyerarşi yoktur. Sonraki tarihli kuralın önceki tarihli kuralı ilga etmesi ilkesi gereği, Ferman'da yer alan şer'i kurala uyulması kuralı, sonrada yapılan şer'i hukuka aykırı her kanun ile ilga edilmiş olmaktadır. Meselenin hukuki çözümü, bu normlar çatışmasına ilişkin ilke ile olur.

Sonuç olarak Tanzimat Fermanı mevcut düzenin değiştirilmesini, kanunlarla yeni bir düzenin getirilmesini öngörmektedir. Bu, Ferman'ın hukukta reformu ilan eden bir belge olduğunu ortaya koymaktadır. Bu reformun, yani hukukta modernleşmenin ne yönde olacağı sorusunun cevabı ise, Ferman'ın çelişkili yönünü ortaya koymaktadır. Çünkü Ferman, bir yanda şer'i hukuka uyulması zorunluluğunu kabul etmekte, diğer yandan da Batı hukukuna ait birtakım hak ve ilkeleri, yapılacak kanunlar için esas kabul etmektedir. Bu “yeni kanunlar” ibaresi öğretilde ifade edildiği üzere, “*Osmanlı hukukunda olmayan yeni ilkeleri, yani hukukta reformu dile getirmektedir*” (Bozkurt, 1994: 48). Şer'i hukukun, öncelikle Ferman'da belirtilen ilkelerle ve Batı'nın hukukuyla çatıştığı ölçüde nasıl bir çözüm bulunacağı tamamen siyasi bir tercihtir. Tanzimat reformlarının yaratıcı ve yöneticileri, bir kısım devlet adamlarından oluşuyordu. Sonuçta bu tercihlerin sahipleri, siyasi anlamda ne halk ne de *monarctır*, merkezde yer alan kimi bürokratlardır. Bunun sonucu olarak Ortaylı “*Padişahın geleneksel mutlak otoritesi bunlar lehine kısıtlanıyordu*” düşüncesindedir (1979: 266). Yani merkezdeki bir kısım bürokratlar bilinçli veya değil, bir tercih yapmışlardır. Buna rağmen Ferman'da bir çelişki olduğu gerçektir. Hem gelenekçi hem yenilikçidir. Ortaylı da bu çelişkiyi, “*Gülhane Hatt-ı Hümayu'nunda oturmamış yeni kurumlar ve eski geleneklerin çatışmasından doğan bir düalizim vardır*”, ifadeleri ile dile getirir. Ferman'dan sonra yapılan kanunlarda aynı çelişki inşa edilmiş ve hukukta ikili bir yapı oluşturulmuştur. Bunun en açık şekilde yaşandığı diğer belge ise Islahat Fermanı'dır.

Islahat Fermanı'nın hukuki tahlili

Tanzimat döneminde çıkarılan tek ferman, Tanzimat Fermanı değildir. Hiç şüphesiz en önemlisi Tanzimat Fermanı'dır. Çünkü dönemin esaslarını çizen bir belgedir. Islahat Fermanı ise diğer önemli belgedir. Öğretilde bu Ferman'ın 1856 Paris Konferansı öncesi, Avrupa devletlerinin baskısı sonucu hazırlandığı konusunda görüş birliği vardır (Tanör, 2002: 95, Berkes, 2007: 216, Karal, 1976: 5).

Islahat Fermanı'nın hukuki niteliği ve biçimi

Islahat Fermanı da Tanzimat Fermanı gibi, padişahın tek taraflı irade açıklamasıdır. Hukuki biçimi “ferman (*octroi*)”dır. Tanzimat Fermanı için yukarıda açıklanan aynı nedenlerle bu ferman da bir anayasa değildir. Bununla birlikte Islahat Fermanı, anayasa hukukunun konusuna giren içeriğe sahip olması, yöneten ve yönetilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler içermesi nedeniyle de konusu bakımından *anayasal bir belgedir*.

Islahat Fermanı'nın hükümleri

Islahat Fermanı'nın, Tanzimat Fermanı'nın tamamlayıcısı olduğu söylenmektedir (Üçok vd. 2002: 274). Bir başka ifade de Islahat Fermanı Tanzimat Fermanı'nın genişletilmiş biçimidir (Eryılmaz, 1992: 138). Bu ifade daha doğrudur. Çünkü Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanı'nda tanınan ilkelerin tüm tebaa için geçerliliğini tekrar etmekte ve bunun yanında başka ilkelere daha yer vermektedir. Tamamlayıcısı demek doğru değildir. Çünkü Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanı'ndaki ilkeleri teyit etse de eşitlik ilkesine aykırı hükümler de içermektedir. Onu tamamlamaktan çok, onunla bu yönden normatif olarak çatışmaktadır. Tanzimat Fermanı'ndan farklı olarak, Islahat Fermanı'nda “*Kur'an'a ve eski düzene bir gönderme yoktur*” (Tanör, 2002: 96). Islahat Fermanı'nın hedefi, Müslüman halk ile Müslüman olmayan halk arasında “*her yönden eşitlik sağlamaktır*” ve bu, Ferman'daki ilkelere bakıldığında açıkça anlaşılmaktadır (Gözler, 2018: 41).

Karal'a göre, Islahat Fermanı'nı Tanzimat Fermanı'nın devamı kabul etmek, hem yayınlandığı devrin şartları bakımından hem de içerdiği yeni hükümler bakımından doğru değildir (1976: 5). İlk olarak yazara göre, “*Gülhane Hattı Hümayunu, Mustafa Reşit Paşa tarafından açık bir yabancı tesir*

görülmesizin hazırlanmış” olduğundan hazırlık safhası bakımından Islahat Fermanı farklıdır. Çünkü “Islahat Fermanının esasları Ali Paşa ile İstanbul’daki Fransız ve İngiliz Elçileri arasında kararlaştırılmıştır”. Islahat Fermanı’nda yabancı tesiri vardır. Hükümler bakımından iki ferman arasındaki farklar mevcuttur. Tanzimat Fermanı’nda “tebaanın bütününe veya bir kısmına verilen siyasi haklar mevzuu bahis değildir”. Islahat Fermanı’nda ise, “islâmlarla, islâm olmayanlar arasında mevcut eşitsizlik ortadan kaldırılmış ve İslam olmayanlara, bütün Devlet memurluklarına tayin edilmek, eyalet meclislerinde ve Meclisi Vâlâ’da temsil edilmek gibi siyasi haklar da verilmiştir”. Bunun yanında Karal, bizim vurguladığımız çelişkiyi de belirtmektedir. O da Islahat Fermanı’nda Osmanlı Devleti’nin hala teokratik yapısını terk etmemesidir. Ferman’da, vicdan hürlüğü yalnız Müslüman olmayan halka tanınmıştır. Yazar, diğer önemli fark olarak, Islahat Fermanı’nın Paris Anlaşması’nda zikredilmiş olmasını göstermektedir. Bu sayede Osmanlı Devleti’nin iç ve dış siyasetine yapılacak yabancı müdahalesine izin verilmiş olmaktadır.

Islahat Fermanı’nın diğer önemli yönü, yabancılara tanınan ekonomik haklardır. Tanör’a göre, Tanzimat Fermanı Türk-Müslüman halka bir anayasa getirmemekte ve siyasal hayatında büyük bir sıçrama yaratmamaktadır; ama Islahat Fermanı, “Hıristiyan ‘milletlerin anayasal gelişmelerinin başlangıcı’”dır (2002: 97). Yazara göre, bu belge Hıristiyan azınlıkların kendilerinin ilan etmediği bir bağımsızlık bildirisidir.

Bu çalışmada Islahat Fermanı üzerinde durulacak asıl konu ise, Ferman’ın eşitlik konusunda yarattığı karmaşadır. Tanzimat Fermanı “tüm tebaa eşittir” derken Islahat Fermanı bu eşitliği bozmaktadır. Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanı’nda tanınan ilkelerin, her din ve mezhepten tüm tebaaya tekit ve teyit etmektedir (Karal, 1976: 1). Bunun yanında, Gayrimüslim tebaaya “daha evvelden verilmiş din ve mezhep yönünden imtiyaz ve muafiyetler”in devam ettiğini de belirtmektedir. Bu, oldukça çelişkilidir. Açıkça, Tanzimat Fermanı’nın tüm tebaaya uygulanacağı belirtilmekte ve fakat din ve mezhep yönünden tanınmış eski imtiyazların gayrimüslimler için devamı öngörülmektedir. Bu eşitlik ilkesine aykırıdır ve birden çok hukuki statünün varlığı hukukta çok başlılığı yaratacaktır. Islahat Fermanı’nın diğer hükümleri de bu çok başlılığı arttırıcı niteliktedir.

Islahat Fermanı devamında, *din ve mezhep serbestliğini* tanımaktadır. Din ve mezhep değiştirmeye kimse zorlanmayacaktır (Karal, 1976: 1). İslam dininden çıkmanın da idam cezası ile cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu, *inanç özgürlüğünün* kabulü demektir. “Her din ve mezhebin törenin serbesttir” diyerek, *ibadet özgürlüğü* de kabul edilmiştir. Bu iki özgürlük de *secularizmin* birer unsurudur. Böylelikle Islahat Fermanı’nın *secüler devlet* anlayışına adım olarak önem teşkil ettiği söylenebilir.

Gayrimüslim tebaadan her cemaat sahip olduğu imtiyazları inceleyecek, ihtiyaçlarını patrikhanelerde kurulacak meclislerce kararlaştırıp, Bab-ı Aliye sunulacaktır (Karal, 1976: 1). Ayrıca patrik seçim usulü yeniden düzenlenecektir (Üçok vd., 2002: 275). Gayrimüslim cemaatlerin din görevlilerinin halktan para toplaması yasaklanmaktadır, fakat bunlara devlet maaş verecektir (Karal, 1976: 2).

Devlet memurluğuna alımda din farkı gözetilmemesi ilkesi kabul edilmiştir (Gözler, 2018: 40). Ayrıca eyalet ve liva meclislerinde tüm milletlerden olan üyelerin seçim usullerinde güvenliği ve seçimlerin hürlüğüne sağlamak amacıyla bu meclislerin teşkili hakkındaki usuller yeniden düzenlenecektir (Karal, 1976: 2). Cemaatlerin Meclisi Valâ’da temsil edilmesi kabul edilmiştir. Bu sayede gayrimüslimlere siyasi temsil hakkı tanınmaktadır (Gözler, 2018: 41). Ayrıca din, ırk, mezhep yüzünden aşağılanma yasaklanmaktadır (Tanör, 2002: 96). Din, mezhep ve başka ayırım yapılmaksızın, tüm tebaaya sivil hatta askeri okullara girme hakkı tanınmıştır ve cemaatler eğitim ve sanat okulu açabilecektir; fakat bunların teşkili ve ders usulü yine Osmanlı Devleti tarafından teftiş edilecektir (Karal, 1976: 3).

Islahat Fermanı yargı birliğini bozan, dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir hükme sahiptir. Buna göre, ceza ve ticaret davaları, tarafların niteliğine göre karma mahkemelerde görülecektir. Bu, iki uyuşmazlık halinde öngörülmüştür. Bu uyuşmazlıklardan biri, taraflardan birinin Müslüman, karşı tarafın da gayrimüslim tebaadan olması halinde; ikincisi, taraflardan biri gayrimüslim olup karşı

tarafın yabancı olması halinde gerçekleşmektedir. İki tarafın da gayrimüslim olması halinde taraflara kendi patrikhanelerine davayı götürme imkânı tanınmaktadır. Öngörülen bu yargısal ayrıcalıkların yargılama birliğini bozduğunu kabul etmek gerekir. Söz konusu ihtilaflara uygulanacak hukuk da farklı olacaktır. Bu, iki fermanda öngörülen eşitlik ilkesini ihlal etmektedir.

Ferman'da bundan başka, haphanelerin ıslahı, işkence ve eziyeti ve buna benzer muamelelerin yasaklanması, bunları yapan veya emreden görevlilerin cezalandırılması, yabancıların Osmanlı topraklarında mülk edinmesi, rüşvetin ve yolsuzlukların önlenmesi için kanunların uygulanması, yargılamanın aleniliği ilkesi, Müslümanlar ve gayrimüslimler arasında şahitlikte eşitlik, askerlik hizmetinin gayrimüslim tebaaya da tanınması düzenlenmektedir (Eryılmaz, 1992: 139, Gözler, 2018: 40, 41). Askerlik hizmeti konusunda, ayrıca, askerlik yapmak istemeyenler için “bedel-i nakdi” öngörülmektedir (Gözler, 2018: 41). Bu gayrimüslimler için haraç vergisinin devamı sayılsa da Müslüman halk için ilk defa tanınıyordu ve askerlik mükellefiyeti konusunda eşitlik sağlamaktaydı. Islahat Fermanı vergi konusunda da tüm tebaa için eşitlik ilkesini benimsemişti. Müslüman ve gayrimüslim tüm halktan vergi alınacaktı. İltizam usulünün kaldırılması ve bunun yerine, vergilerin vasıtasız bir usulle alınması öngörülmekteydi (Karal, 1976: 4).

Islahat Fermanı için belirtilmesi gereken bir husus daha vardır. Bu da Paris Anlaşması'nda Islahat Fermanı ile ilgili bir madde bulunmasıdır. Bu maddeye göre, “*Islahat Fermanı Padişahın eseri gibi gösterilmiş ve yabancı devletlere herhangi bir müdahale hakkı verilmediği tasrih edilmiştir*” (Karal, 1976: 7). Öğretide de ifade edildiği üzere, akit ülkeler bu maddeye dayanarak, Osmanlı Devleti'ndeki Hıristiyan tebaa ile ilgili işlere müdahale edebilme imkânına sahip olmuşlardır (Karal, 1976: 7, Üçok vd. 2002: 275).

Değerlendirme

Görüldüğü üzere, Islahat Fermanı hükümleri ile açıkça, tüm tebaa için din ve mezhep farklarının kaldırılması amaçlanmaktaydı. Bu eşitlik, memurluk ve askerlik hizmetine girmede, vergi ve şahitlikte, yerel meclislerde ve Meclis-i Vala'da temsilde, sivil ve askeri okullara girmede öngörülmüyordu. Bununla birlikte bu eşitlik gayrimüslimler lehine birtakım imtiyazlarla bozulmaktaydı. Gayrimüslimlerin kendi teşkilatlarında sahip oldukları imtiyazlar -oysa bu imtiyazlar Müslüman cemaate tanınmamaktaydı (Karal, 1976: 6)- ve yargılama birliğini bozan hüküm nedeniyle tüm tebaanın eşitliği ilkesi bozulmuştur.

Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketinin Osmanlı hukukunun modernleşmesine katkıları

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat döneminin en önemli yeniliğini, bu dönemde çıkarılan kanunlar oluşturmaktadır. Bu zamana kadar Osmanlı'da “Batı'nın kurduğu modern hukuk anlamında “kanunlaştırma (*codification*)” olmamıştır. İslam hukukuna dayanan bir “kanun (*code*)” da yapılmamıştır (Onar, 1985: 580). Bu çalışmada kanun ve kanunlaştırmadan modern hukuktaki kanun ve kanunlaştırma kastedilmektedir.

Modern hukukta kanun, “*Anayasada öngörülen usullere göre, yasama organı tarafından yazılı olarak konulan uyulması zorunlu hukuk kuralı*” olarak tanımlanmaktadır (Özbilgen, 1985: 103). Batı hukukundaki kanun ile Osmanlı'nın Tanzimat öncesi kanun anlayışı birbirinden farklıdır. Elbette Osmanlı'da bu dönem öncesinde bir kısım “din ötesi (örfi)” kuralların tertiplendiği metinler mevcuttur (Tanör, 2002: 98). Bunlara kanunnameler denmiştir. Fatih Sultan Mehmet ve Sultan Süleyman dönemindeki kanunnameler bunların en önemli örnekleridir. Kanunname, örfi hukuk kurallarını içeren fermanların tek bir metin halinde toplanmasıdır. Öğretide kanunnamelerin, kanun niteliğinde olmadığı, çünkü resmi olmayıp, hatırlatma ve işleri kolaylaştırma amacı taşıdığı kabul edilmektedir (Üçok vd., 2002: 187). Başka bir görüşe göre ise kanun, “*yönetici iktidarın açıkça ve zorunlu olarak uygulanmasını istediği iradesinin yazılı bir metinde saptanmasıdır*” ve biçime ilişkin şartlar metnin yasallığı ile ilgilidir; bu yasallık şartları her siyasi rejimde değişiklik gösterir (Özbilgen, 1985: 103). Bu tanıma göre, Osmanlı'da Tanzimat öncesinde kanunların varlığını kabul etmek gerekir.

Velidedeoğlu ise, modern hukukta genel kabul görmüş bir tanım aktarmaktadır: “*Kanunlar, 'bir devlette salâhiyettar makam meselâ Millet Meclisi, yahut kral, imparator, diktatör tarafından bütün*

millet için mer'î olmak üzere konulan müeyyideli kaidelerdir" (1940: 6). Bu tanıma uyarınca, kanunnamelerinin kanun niteliğine sahip olduğu söylenebilir. Padişah tarafından konulan dini veya örfî olsun, genel nitelikteki hukuk kurallarının tertiplendiği görülmektedir. Bunlar da devlette yetkili makam olan padişah tarafından konulmuş, tüm tebaa için geçerli olan kanunlardır. Yazar, Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketini çağdaş anlamda sistematik kanunlar yapma hareketi olarak, klasik dönem Osmanlı kanunlaştırmalarından ayırmaktadır. Yazara göre, çağdaş anlamda kanunlaştırma hareketi, medeni kanun, ceza kanunu, ticaret ve usul kanunları gibi umumi nitelikte, herhangi bir hukuk sahasını, geniş, kapsamlı ve tam surette düzenleyen büyük kanunlar yapma hareketidir. İşte bu anlamda çağdaş anlamda kanunlaştırma Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'a kadar gerçekleşmemiştir.

Tanör ise, bu iki kanun anlayışındaki farkı şöyle açıklamaktadır: "*Bu dönem daha ilk günden (GHH), kanuna uyma sözü vermişti. Bu bakımdan Kanun, Tanzimat siyasal kültürünün ve hukukunun baş tacı ettiği bir kavramdı (...). Kanunlaştırma hareketi hukukî meşruluk ve kanunilik gibi temel hukuk kavramlarının ülkeye girişini de haber veriyordu*" (2002: 98). Yazar devamında, yeni ihtiyaçların eski yasalarla ve özellikle dini kurallarla karşılanamadığından, rasyonelleştirilmiş yeni yasalar yapılması gerekliliğinden bahsetmektedir. Demek ki yazara göre, yeni kanun anlayışı rasyonel nitelikte, günün ihtiyaçlarını karşılayabilecek ve kanunun üstünlüğünü içeren bir anlayıştır.

Tanzimat ve Islahat Fermanlarında zikredilen eşitlik ilkesi ve diğer ilkeler esas alınarak bir kanun düzeni getirilmesi için art arda kanunlar çıkarılmaya başlandı. Kanunlar yapılırken esas amaç, tüm tebaaya din ayrımı gözetmeksizin uygulanabilecek kuralların bulunmasıydı. Şer'î hukukun Müslüman olmayan tebaaya uygulanması mümkün değildi. Ayrıca İslam kaideleri günün getirdiği diğer ihtiyaçlara da yetmemektedir. Bu dönemde, laik hukuk sistemlerinden evrensel hukuk kurallarına ulaşılmaya çalışıldığını söyleyebiliriz. Bu anlamda Tanzimat döneminde gerçekleştirilen hukuk reformu, "kanunlaştırma (*codification*)" hareketi, bir *resepsiyon* sürecini de içermektedir. İşte bu resepsiyon kapsamında Osmanlı Devleti Batı hukukunu benimsemiştir.

"*Resepsiyon, bir toplumun kanunlarının bir başka toplum tarafından kendi kanunları olmak üzere alınmasıdır*"; "*resepsiyonda yabancılık ögesi vardır*" ve "*resepsiyon kısmi veya toptan olabilir*" (Üçok vd.: 264). Tanzimat döneminde yapılan hukuk reformu, *kısmi resepsiyon* ile gerçekleştirilmiştir. Bu dönemde eski hukuk sistemi tamamen terk edilmemiştir. Yabancı ülkelerin bazı kurum ve kuralları alınmış, fakat şer'î hukuk da varlığını sürdürmüştür. Öğretide, bu kanunlarla tek bir hukuk sisteminin oluşturulmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (Üçok vd.: 264). Buna göre, Osmanlı Devleti'nin temelini oluşturan ve değiştirilmesi mümkün olmayan dinsel hukuk kurallarının ve kapitülasyonlar kapsamında uygulanan hukuk kurallarının oluşturduğu ayrı bir hukuk düzeni vardı. Aşağıda bu sınırlar dâhilinde getirilen kanunlar incelenecektir ve bu inceleme tarih sırasına göre değil, kamu hukuku-özel hukuk ayırımına göre olacaktır.

Kamu hukuku alanında kanunlaştırmalar

Kamu hukuku alanında kanunlaştırmalar, ceza, arazi ve vatandaşlık hukuku alanlarında gerçekleşmiştir. Bu üç alan da devletin egemenlik yetkileri ile doğrudan ilgilidir. Ceza hukuku ve vatandaşlık hukuku kanunlarında Batı hukukunun etkisi vardır. Toprak Kanunu'nun yerli olması önem arz etmektedir.

Ceza Kanunu

Tanzimat Fermanı'ndan kısa bir süre sonra ilk kabul edilen kanun 3 Mayıs 1840 tarihli ceza kanunudur. Osmanlı hukukunda Padişahın örfî yetkisine dayanarak İslam hukukunda var olmayan suçları cezalandırmasına toplumca alışılmış olduğu, dolayısıyla tepkiyle karşılanmayacağı düşüncesi, kanunlaştırma hareketine ceza kanunu ile başlanmasına yol açmış olabilir (Üçok vd.: 282).

Tanzimat Fermanı'nda açıkça, getirilen ilkelerin ihlali halinde ceza verilmesi için bir ceza kanunu düzenlenmesi öngörülmekteydi. Hazırlanan ceza kanunu dayanağını Ferman'dan almaktadır. İlk olarak düzenlenme zarureti bu nedenledir (Şentop, 2004: 27). Kanun'da az miktarda Batı mevzuatından yararlanılmıştır ve esasen yerli düzenleme ağır bastığından bu Kanun'un yerli kanun olduğu kabul edilmektedir (Velidedeoğlu, 1940: 40). Kanun, Osmanlı tebaasını hiçbir ayırım

yapmadan kapsamına alan ilk kanundur. Suçlar bakımından hem şer’i hem örfi cezaları içermektedir. Bunun ceza hukuku alanında bütünlük sağladığı söylenmektedir (Üçok vd., 2002: 282).

Kanun 13 fasıl ve 1 sonuç bölümünden ve toplam 42 maddeden oluşmaktadır. Kanun, bir hattı hümayun ile yürürlüğe konulmuştur. Velidedeoğlu bu hattın, söz konusu Kanun’a, kanun vasfını verdiğini ifade etmektedir (1940: 40). Yazar bu Kanun’u, sonuç bölümü ve hattı hümayunu nedeniyle Gülhane Hattı’nın devamı olarak görmektedir. Kanun’un hattı hümayununda, Tanzimat Fermanı’na atıf yapılarak, Kanun’a uyulması zorunluluğu tekrarlanmaktadır. İlk fasılda, adam öldürme suçu ve idam cezası düzenlenmektedir. Bu bölümde ayrıca kanun önünde eşitlik ilkesi ve yargılama olmadan idam cezası verilemeyeceği hükme bağlanmıştır (Şentop, 2004: 29).

Günümüz ceza hukukunda, kanunda kişilere karşı işlenen suçların ilk fasılda düzenlenmesi gerekliliği tartışılmaktadır. Bizce, bir kanunda fasılların önceliği, kanun koyucunun bireye mi yoksa devlet otoritesine mi önem verdiğini belirlemez. Kişilere karşı işlenen suçların önceki bir fasılda düzenlenmiş olması bireyi ön planda tutan devlet siyaseti demek değildir. Tartışılması gereken, suç sayılan eylem ve buna öngörülen cezanın nitelik ve niceliğidir. Kaldı ki fasıllar arasında bir hiyerarşi yoktur. Normların değeri kanunda ön sıralarda yer almasına göre belirlenmez. Üstelik kişilere karşı işlenen suçların tümü ilk fasılda düzenlenmemiştir. Devam eden fasıllarda da bu tür suçlara ilişkin düzenleme vardır.

İkinci fasıl devlete ve hukuk düzenine karşı kişilerin kısıktırılması suçunu düzenlenmektedir (Şentop, 2004: 29). Bu suç, günümüz ceza kanunlarındaki devlete karşı suçlar kısmında düzenlenmektedir. Kanunda bu nitelikte birçok suç öngörülmemiştir. Bu suç için de idam cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla devlet iktidarı ağır bir müeyyide ile korunmaya çalışılmaktadır.

Üçüncü fasılda hakaret suçu ve darp düzenlenmektedir. Hakaret suçu için davanın taraflarına göre, yargı yetkisi farklı mahkemelere verilmiştir. Memurlar ile ulema arasındaki davalarda görevli ve yetkili mahkeme Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’dir (Şentop, 2004: 29). Böylece devlet görevlileri hakkında özel görevli mahkeme seçilmiştir. Bu, memurların yargılanmasında farklı usullerin öngörüldüğü modern hukuktaki düzenlemelere benzemektedir.

Dördüncü fasılda mülkiyet hakkı korunmaktadır. Kişilerin ve devletin malına el konulması yasaklanmaktadır (Şentop, 2004: 30). Diğer fasıllarda ise, sırasıyla rüşvet suçu, irtikap ve ihtilas suçları, devlet malına zarar verme, memurin-i hükümetin yekdiğeri umuruna müdahale etmesi -diğer bir deyişle fonksiyon gaspı^{*****} -, vergi ödemekten kaçınma, devlet memuruna muhalefet, darp veya yaralama, silah kullanma ve silahla yaralama veya ölüme sebebiyet verme, şikayet (haydutluk, soygun), amire itaat ve vazifesinden hariç umura tesaddi ve son olarak evamir ve talimat-ı hükümete adem-i riayet suçları getirilmiştir (Şentop, 2004: 30-31).

Görüldüğü üzere, madde sayısı oldukça azdır. Günümüzde ceza kanunlarında oldukça fazla madde bulunmaktadır. Bunun nedeni ceza kanunlarının kazuistik olmasıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, her suç ve cezanın açıkça ve tek tek sayılması yoluna gidilir. Bir fiil eğer kanunda açıkça suç olarak öngörülmemişse, kıyas veya geniş yorum yoluyla bu fiilin suç sayılması bu ilke gereği mümkün değildir. Modern hukukta ceza kanunlarında kıyas yasağı ve geniş yorum yapılamayacağı yönündeki ilkelerin ayrıca hükme bağlandığı görülmektedir^{*****}. O fiil, her ne kadar kişisel veya toplumsal bir menfaati ihlal etmiş olsa da kanunda suç sayılmadıkça cezasız kalacaktır. Düzenleme, ayrıntılı oldukça, kanunilik ilkesini gerçekleştirmek imkân dâhilindedir. Öğretide bu Kanun’un çok sayıda suç içermediği ifade edilmektedir. Bu nedenle, günümüz ceza kanunlarında suç sayılan birçok fiil cezasız kalmıştır. Kalpazanlık, sahtekârlık, kundakçılık, yalan yere şahitlik, yalan yere yemin, iflas, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal suçları bunlara örnektir (Şentop, 2004: 31). Öğretide

* ***** Fakat Osmanlı’da, yasama yürütme yargı ayrılığının kabul edilmediğini hatırlatalım.

***** Mevcut ceza kanunumuz olan 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 2, fıkra 3’e göre, “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

cezalandırılması gereken tüm eylemlerin kanunda yer almadığı belirtilmektedir (Üçok vd., 2002: 282). Hiç şüphesiz bu ifade, doğal hukuk teorisine ait bir yaklaşımdır. Suç, kanunen yasaklanan ve müeyyidelendirilen eylemdir. Hangi fiillerin suç olduğu, devletin suç politikasına bağlıdır. Ayrıca, pek çok suçun düzenlenmemiş olduğunu ifade eden görüş de vardır (Şentop, 2002: 31).

Bundan başka, Kanunda günümüz ceza kanunlarından farklı olarak, yargıca takdir hakkı bırakılmamıştır. Suçların cezası tektir. Arttırıcı ya da hafifletici takdiri nedenler yoktur. Oysa modern ceza kanunlarında somut olaya göre, yargıca cezaya hükmederken takdir hakkını öngören hükümler mevcuttur. Modern ceza kanunları ile bir paralellik mevcuttur. Hâkimin tarafsızlığı prensibini de öngörmektedir (Üçok vd., 2002: 282).

Bu ceza kanununu bir ikincisi takip etmiştir. 14 Temmuz 1851 tarihli Kanun-ı Cedid, daha ayrıntılı bir içeriğe sahiptir. Suçlar bakımından ilaveler olmakla birlikte büyük bir yenilik getirmediği, iki kanun arasında çok ciddi farklılık olmadığı ifade edilmektedir (Üçok vd., 2002: 282, Şentop, 2004: 35). Bu Kanun'da yeni hukuki müesseseler de kabul edilmiştir. İştirak ve tekerrür düzenlenmektedir; fakat getirdiği en önemli yenilik, kamu davası anlayışıdır (Üçok vd., 2002: 282). Mirasçının, kısas gerektiren bir suçta, faili affetse bile bunun devleti bağlamayacağı ilkesi kabul edilmiştir. Bu halde artık kamu davası söz konusudur. Günümüz hukukunda kamu davasında soruşturmayı devlet adına yapacak olan savcıdır. Oysa o dönemde, Osmanlı'da savcılık müessesesi yerleşmemiştir (Üçok vd., 2002: 282).

İki kanun arasında sistem bakımından fark vardır. Fasil sayısı 1951 tarihli Kanun'da üçtür. İlişkili olduğu düşünülen hükümlerin bir araya getirilmesi söz konusudur (Şentop, 2004: 35). Buna karşılık, olumsuz olarak, yeni kanunda eşitlik ilkesini bozucu cezalar mevcuttur. Bazı suçların cezalarında kadın ve erkek failler arasında ayırım yapılmıştır^{1*****}. Cezanın hem niteliği hem de niceliği bakımında kadın faillerin cezası daha ağırdır.

Yukarıda, ilk ceza kanununun, aslında Batı hukukundan esinlenilmiş olsa da esas itibarıyla yerli hukuk niteliği olduğunu belirtmiştik. 1840 tarihli ceza kanununda İslam hukukundaki suç ve cezalara atıf yapılması nedeniyle içerik bakımından Osmanlı geleneksel hukukunun terk edilmediğini kabul edebiliriz. 1851 tarihli ceza kanununun, aslında ilkinden büyük farklılıklar içermediğini belirtmiştik. Buna karşılık, Şentop, bu kanunun daha sistemli olduğunu ve İslam hukuku hükümlerine uyma konusunda titizlik gösterildiğini kabul edmektedir (2004: 35). Sonuç olarak birtakım eksiklikler içerse de İslam hukukuna ait ilkeler mevcutsa da artık Osmanlı hukukunda bir ceza kanunu vardır. Bu, ceza hukukunda keyfiliğin yerini kanunilik ilkesinin aldığını gösterir. Velidedeoğlu'nun belirttiği üzere, bu iki kanun birçok suçu ve cezayı düzenlemekte ve “*keyfi ceza usulüne mühim ölçüde set çekmekte*” dir (1940: 45). Bu açıdan bu kanunlar “*o devre göre oldukça mühim bir yenilik ve ilerlik arzeder*”.

Üçüncü ceza kanunu ise, Ceza Kanunname-i Hümayun'udur. 1810 tarihli Fransız ceza kanunu örnek alınarak yapılmıştır (Bozkurt, 1994: 274). Fransız ceza kanununun bir tercümesi olduğu görüşü de mevcuttur. Buna karşılık, esasları Fransız ceza kanunundan alınsa da değişiklik içerdiği de ileri sürülmektedir (Şentop, 2004: 89). Bu Kanun, İslam hukukunu savunanların tepkisiyle karşılanmıştır. Keza Tanzimat döneminde hukuk alanında yaşanan tartışmalar ve ikili hukuk yapısı, bu geleneksel Osmanlı hukukunun terk edilememesi nedeniyle yaşanmıştır. Bu kanun 52 yıl gibi uzun bir dönem yürürlükte kalmış ve 19 defa değişikliğe uğramıştır (Şentop, 2004: 37). Kanun'un, Batı hukuku veya Osmanlı geleneksel hukukuna mı ait olduğu bu değişikliklerin hepsini ele almakla mümkündür. İlk kabul edildiği zamanda, Kanun'un büyük ölçüde Fransız ceza kanunundan alındığı kabul edilmektedir. Bu kanunda batı hukukuna ait ilkelerin kabul edildiği görülmektedir, fakat şer'i hukuka ait düzenlemeler de mevcuttur.

* Katil suçuna yardımcı olan erkek failler için ceza bir seneden üç seneye kadar kürek veya pranga cezasıdır. Buna karşılık aynı suçu işleyen kadın faillere islah-ı nefis edinceye kadar hapis cezası öngörülmektedir (Şentop, 2004: 36).

Arazi Kanunu (Kanunnamei Arazi-1958)

Bu Kanun'da Batı hukukuna ait hiçbir hüküm ve etkinin olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle, Toprak kanununu, Velidedeoğlu Tanzimat'ın en *orijinal*, yani yerli kanunu olarak nitelendirmektedir (Velidedeoğlu, 1940: 44). Osmanlı'da Tanzimat'a değin, toprakla ilgili dini ve örfi kuralları derleyen genel bir kanun yapılmamıştır. Bu nedenle her ne kadar içerik bakımından yerli olsa da bu konuda kanuni bir düzenleme olarak bir yenilik teşkil etmektedir. Kanunun, içerik bakımından bir yenilik içermemesi, bu kanun yapılırken dahi şer'i hukuka aykırı düşülmemesi amacıyla Şeyhülislam'ın görüşünün alınmasıyla belli olmaktadır (Bozkurt, 1996: 150). Öğretide bu Kanun'un, "*asırları dolduran bir millî hukuk tekâmülünün neticesi*" (Bozkurt, 1996: 150) olduğundan bahisle kanunlaştırma hareketinin en önemlisi kabul edilmektedir. Kanun ile mevcut İslam ve örfi hukuk kaidelerinin önemli bir kısmı alınmakla beraber, bunun bir kısmını değiştirilmiş bir kısmını ise ilga edilmiştir.

Kanun, Osmanlı topraklarında beş tür arazi öngörmektedir. Bunlar, arazi-i memlûke, arazi-i miriye, arazi-i mevkufe, arazi-i metruke, arazi-i mevattır (Velidedeoğlu, 1940: 44-51). Bu kısımlar da ayrıca türlere ayrılmaktadır. Bu türler, özel mülkiyete tabi arazi, mülkiyeti devlette olup tasarruf hakkı özel kişilerde olan arazi, vakıf arazileri, kamu arazileri, sahihsiz arazilerdir. Miri arazi, daha sonraki değişikliklerle mülk araziye dönüşmüştür (Bozkurt, 1994: 274). Kanun önemli olarak, mirasçıların kız veya erkek çocuk olarak eşit paya sahip olmasını düzenlemektedir. Miras hakkında cinsiyet ayırımı olmaması, eşitlik ilkesini tamamlar niteliktedir. Kanun'un en çok eleştiri alan yönü, ormanların herkesin yararlanmasına bırakılmasıdır (Velidedeoğlu, 1940: 40). Bu, ormanların serbestçe katline izin veren bir hüküm; iktisadi açıdan sakıncalı görülen bir düzenlemedir. Sonuç olarak, Arazi Kanunu, yerli muhtevaya sahip, Osmanlı topraklarını sistematik biçimde düzenleyen ve böylece ihtilafları çözümleyici bir kanundur. Çeşitli değişikliklere uğramakla birlikte, 1926 tarihli Türk Medeni kanununa kadar yürürlükte kalmıştır.

Vatandaşlık hukuku

Osmanlı Devleti'nde dini ayırımı dayalı bir millet sistemi vardı. Müslüman olmayan tebaa, din veya mezheplerine göre gruplara ayrılmış ve her bir grup, bir millet oluşturmuştur (Aybay, 2004: 64). Tanzimat ve Islahat Fermanları ise, yukarıda açıkladığımız üzere, din ayırımı olmadığını kuvvetle vurgulayarak tüm tebaanın eşitliğini öngörmekteydi. Uyrukluk, vatandaşlık, devlet ile kişi arasındaki hukuki bağı ifade eder. Tanzimat'ta, Osmanlı Devleti'ndeki bu millet anlayışı yerini "Osmanlı vatandaşlığına" bırakılmaktadır. Bunun gereği olarak, vatandaşlıkla ilgili kanun kabul edilmiştir. 1869 tarihli Tabiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde, 1851 tarihli Fransız vatandaşlık kanunundan esinlenilmiştir. Osmanlı'da dini kurallardan bağımsız, din farkı gözetmeyen ilk uyrukluk düzenlemesidir (Aybay, 2004: 65).

Vatandaşlığın kazanılması bakımından "kan bağı ilkesini (*jus sanguinis*)" kabul etmiştir (Aybay, 2004: 65). Ana ve babası veya yalnız babası Osmanlı vatandaşı olan çocuklar, Osmanlı vatandaşı sayılıyordu (Aybay, 2004: 66). Yani Osmanlı topraklarında ikamet etmese de ana ve babası veya yalnız babası Osmanlı vatandaşı olan kişilerin çocukları, Osmanlı vatandaşı olacaktı. Ayrıca Kanun, Osmanlı'da ikamet eden herkesin kural olarak Osmanlı vatandaşı olduğunu kabul etmekteydi. Bu vatandaşlığın kazanılması yollarından biri değil, Osmanlı vatandaşlığına dair bir karinedir. Kanun'un 9'uncu maddesine göre, yabancı bir devletin vatandaşı olduğunu iddia edenin, bunu kanıtlaması gerekiyordu (Aybay, 2004: 66). Vatandaşlık Kanunu ayrıca modern vatandaşlık kanunlarındaki diğer, müessese ve ilkelerin çoğunu içermekteydi. Telsik (idari kararlar vatandaşlığa alınma), müsaade ile vatandaşlıktan çıkma, ıskat bunlara örnektir. Rona Aybay da Kanun'un bu yönünü belirtmekte ve "*yapıldığı zamana göre, ileri görüşlü ve oldukça liberal bir kanun*" olduğunu yazmaktadır (2004: 65).

Özel hukuk alanında kanunlaştırmalar

Özel hukuk, Tanzimat'ın hukuk alanında yarattığı ikili yapının en somut şekilde ortaya çıktığı alandır. Özel hukuk alanında Batı etkisi ile ticaret hukukunda, kısmen Osmanlı hukuku etkisi ile medeni ve borçlar hukukunda kanunlaştırmalar yapılmıştır.

Ticaret Kanunu

Ticaret hukuku alanında kanunlaştırmada Fransız hukuku etkisi vardır. Ticaret hukukunda *receptiona* gidilmesinin nedeni olarak, “İslam hukukunda ticarete ait kuralların azlığı ve işlenmemiş olması” gösterilmektedir (Üçok vd., 2002: 293). Özel hukuk alanında Tanzimat döneminde ilk çıkartılan kanun olan Kanunname-i Ticaret, 1850 yılında Fransız Ticaret Kanunu’nun bir ve ikinci bölümlerinin çevirisi yapılarak kabul edildi. Bozkurt, Kanun’un gerekçesinde Fransız Ticaret Kanunu’ndan hiç söz edilmediğini ve gerekçede “uygulanan ticaret kanunlarının hükümlerinden yararlanılarak hazırlanan tasarının, tüccar ve daha başka kimselerden kurulu bir komisyondan da geçirildiği”nin belirtildiğini yazmaktadır (1996: 151). Eryılmaz, ticaret kanunlarının Avrupalı devletlerle yapılan 1838-1840 tarihli ticaret antlaşmalarının bir sonu olduğunu belirtmektedir (1992: 228).

Kanun’a, 1860 yılında ticaret mahkemelerini düzenleyen ve Fransız Ticaret Kanunu’nun dördüncü bölümünün aynen çevirisi olan bir bölüm daha eklenmiştir (Bozkurt, 1996: 151). Ticaret mahkemelerinde uygulanacak usul içinse, 1861’de Fransız ticaret usul kanununun çevirisi “Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi” adını ile kanunlaştırılmıştır (Üçok vd., 2002: 293). Fransız ticaret kanununun deniz ticaretine ilişkin kısmı da çevrilerek “Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi” adı ile Fransız Ticaret Kanunu kabul edilmiş ve ayrıca Hollanda, Sardunya ve Prusya gibi denizci ulusların kanunlarından da yararlanılmıştır (Üçok vd., 2002: 293). Görüldüğü üzere, ticaret alanında yapılan kanunlaştırma, *ilk resepsiyon örneğidir*. Tamamen Fransız ticaret mevzuatından yararlanılmış, hatta çevirisi kanunlaştırılmıştır.

İkili yapıda hukuku yaratan bir unsur ticaret kanununun uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Ticaret kanunun boşluklarının doldurulmasında şer’i hukuk uygulanmaya çalışılmış ve güçlükler yaşanmıştır (Bozkurt, 1996: 153). Oysa Fransız hukukunda ticaret kanununun eksiklikleri, medeni kanunu ile tamamlanmaktadır (Bozkurt, 1996: 153). Osmanlı’da kanundaki eksiklikleri tamamlamada mehzaz kanunun tercih edilmemesi, onun yerine başka hukuk sistemi olan İslam hukuku uygulanması, ikili bir yapı ortaya çıkarmıştır. Biri İslam hukukuna, diğeri Batı hukukuna ait hükümlerin çatışması ve farklı uygulamanın doğması kaçınılmaz olmuştur. Eryılmaz bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Osmanlı Devleti’nde uzun zamandan beri uygulanmakta olan medeni hukuk, İslam Hukukuna dayandığı halde, Ticaret Kanunu gibi esasını medeni hukukun teşkil ettiği bazı kanunlar, Avrupa’dan alınmıştı. Böylece ana hukukun kökeni, dini ve ilahi olan İslam Hukukuna; diğerleri de kaynağı Roma Hukuku olan Avrupa Hukukuna dayanmakta idi. Bu suretle, ana hukuk (İslam Hukuku) ile O’nun kısımları içinde yer alan Ticaret Kanunu gibi diğer hukuk dalları arasında bir uyumsuzluk ortaya çıktı” (1992: 231). Bu uyumsuzluklara bir örnek olarak, faiz müessesesi verilebilir. Faizi, Batı hukuku kabul etmekte, buna karşılık İslam hukuku reddetmektedir (Üçok vd., 2002: 293). Aynı sorun ortaklıklar konusunda da yaşanmıştır. İslam hukuku adi ortaklıklar dışındakileri reddederken, yapılan ticaret kanunu Batı hukukunda olan diğer ortaklık çeşitlerini kabul etmiştir. Bundan başka çeviri yanlışlarının yapılması ve mehzaz kanunda yapılan değişikliklerin Osmanlı ticaret kanununa hiç yansıtılmaması da eleştirilen yönlerdir (Bozkurt, 1996: 153).

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu

Medeni hukuk ve borçlar hukukunu düzenleyen *Mecelle* hazırlanırken, iki grup arasında büyük bir çekişme yaşanmıştır. Bir grup Fransız *Code Civilin* kabul edilmesi için çalışırken, diğer grup yerli bir kanun hazırlanmasını istemektedir. Fransız medeni kanununu kabul etmek isteyen tarafın gerekçeleri oldukça fonksiyoneldi. Hatta Tanzimat’ın en önemli olumsuzluğunu önleyici nitelikteydi. Bu düşünce, “ülkede hukuk birliğinin yaratacağı, azınlıkların ayrılma eğilimlerini engelleyeceği” yönündeydi (Üçok vd., 2002: 290). Ayrıca bu *Code Civil* karma mahkemelerde de uygulanmakla da farklı dini hukukların uygulanmasının yarattığı sakıncalar ortadan kalkacaktı (Üçok vd., 2002: 290). Diğer grup ise, medeni kanunun Hıristiyan ülkeden alınmasını sakıncalı görmekteydi ve Müslüman halkın böyle bir kanuna uymasının zor olduğunu ileri sürmekteydi (Üçok vd., 2002: 290). Bu grubun istediği olursa, medeni kanun İslam hukuku kurallarının sistemli bir şekilde derlenmesi şeklinde olacaktı (Üçok vd., 2002: 290). Öğretide en önemli kanun olarak kabul edilen *Mecelle*, Ahmed Cevdet Paşa’nın başkanlığında “Mecelle Cemiyeti” tarafından hazırlandı (Eryılmaz, 1992: 232). İlki 1870 yılında, sonuncusu 1877 yılında yayınlanan toplam 16 kitaptan oluşmaktaydı. Tamamen yerli ve milli karakterli bir kanundur (Eryılmaz, 1992: 232). İslam hukukunda hazırlanan ilk medeni ve borçlar

kanunudur. İslam hukuku eseri olmasına karşılık, önemli esaslar içerdiğinden 1926 yılında yeni medeni kanun kabul edilinceye kadar yürürlükte kalmıştır.

İçerik olarak, *Mecelle*'de borçlar hukuku ağır gelmektedir. Hiç yeri olmadığı halde yargılama hukukuna ilişkin hükümler içerdiği görüşü ileri sürülmüştür (Üçok vd., 2002: 291). Kişi, aile, vakıf ve miras hukuku içermemektedir ve eşya hukuku hükümleri ise çok azdır (Üçok vd., 2002: 291). Oysa bunlar, modern hukuk medeni kanunlarında yer alan bölümlerdir. Bu nedenle, *Mecelle*'nin gerçek bir medeni kanun niteliği taşımadığı ileri sürülmektedir. Üstelik, bu hususlardaki boşluklar için İslam hukukuna başvurulmaya devam edilmiştir (Üçok vd., 2002: 291). *Mecelle*'nin eleştirildiği diğer yönü, içerdiği İslam hukuku kurallarının Hanefî hukuku ilkelerine dayanmasıdır (Üçok vd., 2002: 291). Sünnî mezhebe ilişkin kurallar dâhilinde hazırlanmamıştır. Onar da *Mecelle*'nin yeni hükümler içermediğini, kökeni tamamen dini ve ilahi olan fıkhîtan alınmış olduğunu, bu nedenle de *Mecelle*'nin yasama fonksiyonu sonucu olmadığını, teorik bir temele dayanmadığını belirtmektedir (1985: 582). Ayrıca hiçbir yenilik getirmemektedir, çünkü içerdiği hükümler imparatorlukta daha önce uygulanmış kurallardır. Yazara göre, bu kuralların -rey ve içtihatlar- uygulanmasının zorunlu hale gelmesinin nedeni, Padişah'ın onayıdır.

Tanzimat dönemi idari ve yargı teşkilatında yapılan reformların Osmanlı hukukunun modernleşmesine katkıları

Tanzimat döneminde, hukuk alanında yapılan kimi reformlar kanunlaştırma olmadan, ferman veya nizamnameler aracılığıyla yapılmıştır. Bunlardan özellikle idare hukuku ve yargı teşkilatı hakkındaki düzenlemeler en önemlileridir.

İdari teşkilatta yapılan reformlar

Tanzimat döneminde hem merkez teşkilatında hem de taşra örgütünde reformlar yapılmıştır. Aslında merkez teşkilatında yenilikler II. Mahmut döneminde başlamıştır. Bakanlıklar ve merkeze yardımcı olmak üzere kurulan danışma (meşveret) meclisleri “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye”, “Dar-ı Şuaya-yı Babîâli” böyledir. II. Mahmut döneminde Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, “*gerekli kararname ve nizamnameleri (tüzük) hazırlamak, yargı kararlarını temyiz etmek, idarenin icraatının yasallığını denetlemek*”, “*memurları yargulamak*” görevlerini üstlenmişti (Ortaylı, 1979: 280, Üçok vd., 2002: 269). Görüldüğü gibi bu dönemde yasama faaliyetine ilişkin görevleri vardır. Ayrıca hem bir temyiz mahkemesi hem de idari yargı yeri olarak faaliyet göstermiştir. Dar-ı Şuaya-yı Babîâli de idareyi, istişari olarak düzenlemekle görevliydi.

Tanzimat'ta ise dönem dönem Meclis-i Vâlâ tekrar düzenlenmiştir. Öncelikle, bu dönemde, Meclis-i Vâlâ daha fazla önem kazanmıştır; çünkü yeni kanunların çıkarılmasına hız verilmiştir (Eryılmaz, 1992: 178, Akyıldız, 1993: 178). Tanzimat Fermanı, yapılacak reformların tespit ve görüşülmesi görevini Meclis-i Vâlâya vermiştir. Bozkurt'un deyişiyle, Tanzimat Fermanı'nda Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye “*reform yasalarının kaynağı*” olarak belirlenmiştir (1996: 135). Ayrıca Ferman'da üye sayısının artırılması öngörülmüş ve “*üyelerin kendi fikirlerini hiç çekinmeden serbestçe söyleyebilecekleri de vurgulanmıştır*”. Akyıldız, üye sayısının artırılmasıyla kararlara daha fazla katılımın amaçlandığını yazmaktadır (1993: 198). Daha sonra çıkartılan nizamnameyle de meclisin çalışma usulleri düzenlendi. Üye sayısı ise ona çıkarıldı. Tanzimat döneminde de Meclis-i Vâlâ, yasama faaliyetine ilişkin olarak kanun ve tüzük taslaklarını hazırlama görevini sürdürdü ve Meclis-i Vâlâ'nın, hem “*temyiz mahkemesi*” olarak hem de yüksek rütbeli memurları “*yüce divan*” sıfatıyla yargılama görevleri vardı (Bozkurt, 1996: 135-136).

Burada bahsedilmesi gereken bir meclis daha vardır. Meclis-i Vâlâ, daha geniş bir katılımıla “Meclis-i Âlî-yi Umumi” adında genel bir meclis şeklinde de toplanıyordu. Akyıldız, bunu vükela ve yüksek devlet memurları olarak belirtmektedir. 22 Aralık 1839 tarihinde ise, düzeni sağlamak amacıyla, Meclis-i Vükela'nın üyeleri dışında kalanlar, Meclis-i Umûmî'den çıkarılmışlardır (1993: 185). Akyıldız, Meclis-i Umumi'nin varlık nedenini, “*kanun ve yasaların en az hata ile çıkmasını sağlamak için konunun, mümkün mertebe geniş bir platformda tartışılıp karara bağlanması düşüncesi*” diyerek açıklamaktadır. Ayrıca yazar, Karal'ın da düştüğü zamansal bir hatayı da belirtmektedir. “*Konu hakkında yazan birçok araştırmacı meclisin 1855'te kurulduğunu yazarlar*”. Oysa bu meclis

Tanzimat Meclisi kurulmadan önce de vardır. Bu genel meclis, aşağıda göreceğimiz Meclis-i Tanzimat kurulduktan sonra da toplanmaya devam etmiştir.

İlerleyen dönemde iş yoğunluğunun fazlalaşması nedeniyle 1854'te “Meclis-i Âlî-yi Tanzimat” kuruldu. Akyıldız, Meclis-i Vâlâ'nın işlerinin çokluğu ve çeşitliliği dolayısıyla “1849 senesinden itibaren işlerin çözümünün yetişemeyip meselelerin bir yıl kadar gerisinde kalmış” olduğunu yazmaktadır (1993: 212). Bu meclis, Meclis-i Vâlâ'nın yasama faaliyetine ilişkin görevlerini devraldı ve Meclis-i Vâlâ'ya, sadece idari yargı ile ilgili görevler verildi (Bozkurt, 1996: 136). 1861 yılında bir fermanla Meclis-i Vâlâ ile birleştirilerek Meclis-i Âlî-yi Tanzimat kaldırıldı ve yeni meclisin adı, “Meclis-i Ahkâm-ı Âdliyye” yapıldı. Akyıldız, iki meclisin kendilerine verilen görevlerde başarılı olamadıklarını kabul etmektedir (1993: 183). Ayrıca söz konusu Ferman'da, “*gerek Meclis-i Tanzimat ve gerek Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'mizin sureti teşekkülleri, Devletimizin şu andaki ihtiyaçlarına kâfi gelmeyip bazı güçlükler ortaya çıktığından ve bu halin düzeltilmesi çok gerekli olduğundan*” ifadeleriyle bu iki meclisin birleştirilme nedeni açıklanmıştır (Bozkurt, 1996: 137). Meclis-i Ahkâm-ı Âdliyye üç bölümden oluşmaktadır: “*Mülki İdare, Kanun ve Nizamnameler ve Muhâkemât*” (Eryılmaz, 1992: 184). Bu daireler sırasıyla; kamu idaresine ilişkin sorunların çözme, yasama faaliyetine ilişkin görevleri yürütme, divan-ı istinaf olarak mahkemelerin kararlarının inceleme ve devlet memurlarını yargılama görevlerini üstlenmişti. Böylece bir meclisin içinde yasama, yürütme ve yargı net bir biçimde ayrılarak dairelere verilmiştir.

1 Nisan 1868 yılında bir nizamname ile Meclis-i Ahkâm-ı Âdliyye kaldırılarak iki ayrı kurum getirildi: “Şûray-ı Devlet” ve “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” (Eryılmaz, 1992: 184). Şûray-ı Devlet kendi içinde beş daireye ayrılmıştır. Şûray-ı Devlet'e, kanun ve tüzük tasarılarını hazırlamak, idari ve adli mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözümlenmek, ferman veya kanunlar uyarınca belirlenen memurları yargılamak, kanun ve tüzüklerin uygulanması hakkında devlet dairelerinden gelen soruları cevaplamak, hükümetle kişiler arasındaki davalara bakmak, padişah ve bakanların kendisine ilettiği meseleler hakkında görüş bildirmek görevleri verilmişti (Ortaylı, 1979: 280-281). Görüldüğü gibi, Şûray-ı Devlet, yasama faaliyetine ilişkin olarak kanun ve tüzük tasarılarını hazırlamak yanında, uyuşmazlık mahkemesi ve idari yargı mercii olarak da görevlere sahipti.

Öğretide, Şûray-ı Devlet kurulurken “Fransız Danıştay (Conseil d'État)”nın örnek alındığı belirtilmektedir. Ayrıca Şûray-ı Devlet'te 44 üyeden 15'i gayrimüslim tebaadan gelen kişilerden oluşuyordu (Eryılmaz, 19992: 189). Şûray-ı Devlet ile kurulan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'de de gayrimüslim tebaadan üyeler mevcuttu. Üst yargı mercii olan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, hem bazı hukuk ve cinayet davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakmakla hem de temyiz mahkemesi ve istinaf mahkemesi olarak da çalışmakla görevliydi (Bozkurt, 1996: 140, Eryılmaz, 1992: 191). Bu dönemde yasama ve yargı görevleri bir meclis içinde değil, farklı iki mecliste ayrılmaktadır. Öğretide Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin temyiz bölümünün bugünkü Yargıtay'ın ilk biçimini oluşturduğu belirtilmektedir (Üçok vd., 2002: 284).

Sonuçta konulan düzenin tecrübeyle yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. En baştan itibaren sarih biçimde model alınan bir yabancı sistem yoktur. Olsa bile yerli tecrübeyle şekillenmiş değiştirilmiştir. Bu nedenle bu meclislerin Şûray-ı Devlet hariç, yerli birer müessese olduğunun kabulü gerekir. Zaten danışma (meşveret) usulü Osmanlı'da Tanzimat'tan önce mevcut bir gelenektir (Ortaylı, 1979: 280). İlk daimî meclisler II. Mahmut döneminden itibaren getirilmiştir. Tanzimat döneminde ise, bu meclislerin öneminin arttığı ve padişah'tan ayrı yasama-yürütme-yargı ayrımının oluşmaya başlamasında rol oynadığı görülmektedir. Ayrıca meclislerde önemle durulan husus, serbestçe fikirlerin ortaya konulması ve katılımın artırılmasıdır. Bu nedenle bunlar, parlamenter sistemlerdeki meclislerde serbest tartışma ve görüşme usulünün ve temsil sisteminin temellerinin atılması yönünden önemli düzenlemelerdir.

Tanzimat'ta, yerel yönetimde de idari reformlar yapılmıştır. Bu konuda önemli olduğunu düşündüğümüz iki konudaki yeniliklere değinilecektir. Bu konular ise, vilayet meclisleri ve belediyelerdir. Ortaylı yerel yönetimlerin geç Orta çağ Avrupa'sının ürünü olduğunu belirtmektedir (1985: 231). Osmanlı'nın klasik döneminde ise, yerel yönetimlerin varlığını ileri sürmek güçtür. Bu

dönemde kentlerde yönetim ve yargı görevi kadınlara verilmiştir; kentin ve eyaletlerin yönetimine katılan devamlı kurulların varlığı söz konusu değildir. Tanzimat döneminde mahalli idare bakımında yapılan değişiklikler merkezileşmek yönündedir. Tanzimat döneminde, yerel özerklik ve mahalli demokrasiyi yerleştirmek gibi bir amaç bulunmamaktadır; istenilen, kanuni ve adil bir idare kurulmasıdır (Ortaylı, 1985: 233). Tanzimat'tan önce ülke, “eyalet”, “sancak (liva)”, “kaza” ve “köy” şeklinde mülki idarelerden oluşuyordu (Eryılmaz, 1992: 192). Bu dönemde taşradaki yöneticilerin yetkileri azaltılmış ve yerel idarelerin her kademesinde Müslüman ve gayrimüslim halkın katıldığı meclisler kurulmuştur (Ortaylı, 1985: 231).

İlk yerel yönetim örneği, mali alanda yapılan reformların gereği olarak “muhasıllık meclisleri” olmuştur. Bu meclislerin başına vali düzeyinde merkezden bir “görevli (muhasıl)” atanarak, vergi toplama görevinin, vali, yerel ayan ve esnafın elinden alınması amaçlandı (Ortaylı, 2000: 32). Bu meclis, ülkemizde mahalli idare kurullarının sınırlı anlamda ilk örneği olarak kabul edilmektedir (Ortaylı, 2000: 33).

Eyalet düzeyinde yapılan ilk değişiklikler eyaletlerin başında bulunan valilerin yetkilerinin azaltılması, “Eyalet meclisi” ve “Sancak meclisi” kurulmasıdır (Eryılmaz, 1992: 193-194). 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ise, eyalet sisteminin terki ve bunun yerine vilayetlerin oluşturulmasını öngörüyordu ve ilk uygulama, Rusçuk, Vidin, Niş eyaletlerinin birleştirilmesiyle Tuna Vilayeti'nin oluşturulması olmuştur (Eryılmaz, 1992: 193-194). 1867 yılında ise, diğer eyaletler de Vilayetler Nizamnamesi ile vilayetler kurulması öngörüldü. Ayrıca Vilayet Nizamnamesi, vilayetlerde ve vilayetin kademelerinde Müslüman ve gayrimüslim halktan çoğunlukla seçimle gelen temsilcilerinden oluşan meclislerin kurulmasını öngörmüştür (Eryılmaz, 1992: 197). Bunlar “vilayet”, “liva”, “kaza idare meclisleri” ile “vilayet genel meclisleri” idi (Ortaylı, 1985: 237). Bu meclislerin görev ve yetkileri; genel olarak “*mülki, mali, hariciye, nâfia ve ziraata dair olan konuların müzakeresini yapmaktır*” (Eryılmaz, 1992: 198). Vilayet Genel Meclisi'nin bugünkü il özel idaresinin temelini teşkil ettiği belirtilmektedir (Ortaylı, 1985: 238). Ortaylı bu meclislerin, Osmanlı taşra yönetiminde, bir çeşit yerel yönetim kurumu olarak sayılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (1985: 237). Çünkü merkezi hükümetin bu meclisler üzerinde mutlak yetkisi vardı ve yerel temsilciler danışma işlevine sahipti. Yazar, devamında bu meclis gruplarının merkezi hükümet memurları üzerinde baskı oluşturduğunu, kuruluş amacı olan merkezi hükümet ve taşra eşrafını bütünleştirmek amacına paralel olarak, iki güç arasında uyum sağlandığını yazmaktadır. Sonuç olarak bu dönemde, bugünkü anlamıyla yerel yönetimler oluşturulmasa da, Ortaylı'nın belirttiği üzere, merkezîyetçilik ilkesinin güçlendiği ölçüde, yerel yönetimlerin çekirdeği oluşmuş ve yerel grupların yönetime katılması sağlanmıştır (1985: 237). Bunların modern yerel yönetimlerden en önemli farkı, tüzel kişiliğe sahip olmamalarıdır. Bu dönemdeki idari reformlar, yerel yönetimlerin doğuşu için gerekli ortamı hazırlamıştır.

Tanzimat döneminde yapılan diğer önemli yenilik ise, İstanbul'dan başlayarak diğer Anadolu şehirlerinde belediye teşkilatının kurulmasıdır (Eryılmaz, 1992: 198). Klasik dönemde, kentte adli, belediye, mülki görev ve yetkiler tek bir elde, kadıda toplanmıştı (Ortaylı, 198: 241). Kadıya görevlerinde yardımcı olan subaşı, imam, naib, muhtesip gibi görevliler vardı. (Eryılmaz, 1992: 198). 1826-1837 yıllarında, kadınların görevleri giderek azaltılmış, 1826 yılında İhtisap Nezareti'nin kurulmasıyla belediye hizmetleriyle kolluk işleri; 1836'da ise Evkaf Nezareti'nin oluşturulmasıyla da vakıf denetim işleri kadınların görevinden çıkmıştır (Eryılmaz, 1992: 198-199). Yani Tanzimat döneminden hemen önce artık belediye hizmetleri kadınların görev alanında değildir. Bu dönemde bu hizmetler çeşitli kurullara verilmiştir. Öğretide bu hizmetleri yerine getirmede bu kurulların kadınlar kadar başarılı olamadıkları not edilmektedir (Eryılmaz, 1992: 1999). 1855 yılında İstanbul'da, İhtisap Nezareti de ortadan kaldırılarak, “Şehremaneti” adıyla bir şehir teşkilatı kuruldu. Eryılmaz, bu kuruluşun resmi bir tebliğle (Takvim-i Vekayi, 2 Zilhicce 1271 tarih ve 529 sayılı nüshası) gerçekleştiğini belirterek eklemektedir: “*Daha çok Avrupa'dan gelen tavsiye ve talepler üzerine*” (1992: 200). Bu teşkilat, bir kanuna dayanarak değil, Meclis-i Vâlâ tarafından bir nizamname ile kurulmuştur (Ortaylı, 1985: 241). Bu kuruluş da kadının belediye hizmetlerini üstlenmişti. Bu teşkilatın başında “Şehremini” adıyla merkezi hükümet tarafından atanan bir devlet görevlisi bulunuyordu. Bu noktada, modern belediyelerden bu teşkilat farklıdır. Modern belediyelerde başkan ve diğer karar organları, yerel seçimlerle, şehirde oturanlar tarafından seçilerek belirlenir. Meclis ise,

Babıâlî'nin seçimi, padişahın tayini ve görevlendirmesiyle belirlenen üyelerden teşkil etmekteydi. Başkan için var olan fark meclis için de aynıdır. Görüldüğü üzere, belediyelerin karar ve icra organlarının teşkili merkez tarafından gerçekleştiriliyordu ve bu günümüzdeki belediye başkan ve meclislerinin belde halkının seçimi yoluyla belirlenmesi ilkesine karşıt nitelikteydi. Ayrıca bu örgüt, merkezi idarenin bir şubesi olarak kurulmuştu ve örgütün gelir kaynakları merkez bütçeden, hükümet bütçesinden karşılanmaktaydı (Eryılmaz, 1992: 201). Öyleyse bu belediyeler günümüz belediyeleri değildir. İdare hukukunda idari teşkilata hâkim olan temel ilkeler bu belediyeler bakımından kabul edilmemiştir. Yerinden yönetim ilkesi, ayrı kamu tüzel kişiliğe sahip olma, özerklik ilkesini barındırmayan bu belediyeler merkezi idarenin taşra teşkilatıdır. Günümüzdeki belediyeler, devlet tüzel kişiliğinden ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip, karar organları seçimle iş başına gelen, personel ve mali özerkliğe sahip kuruluşlardır. Bu nedenle, bu teşkilatın belediye olduğunu kabul etmek güçtür. Merkezin taşra teşkilatı olduğu kabul edilmelidir. Şehir yönetiminde yer alan bir kurul, bir meclis öngörülmesi, bir yenilik teşkil eder. Öğretide Şehremaneti'nden beklenen sonucun alınmadığı ve İhtisap Nezareti'ne göre bir değişiklik getirmediği belirtilmektedir (Eryılmaz, 1992: 202, Ortaylı, 1979: 296, 1985: 241). Ortaylı, Şehremini'nin “*hem çok yetkili bir despot hem de –eldeki araçların kıtlığı dolayısıyla- güçsüz bir yönetici*” olduğunu belirtmektedir (1985: 241-242). Yazar, Şehremaneti ile yenilik getirilmediğini şu cümle ile ifade etmektedir: “*İhtisab Nezaretinin ismi, Şehremanetine tebdil edilmekle, İstanbul belediye teşkilâtının esasında bir yenilik vücuda getirilmemişti. Çünkü, Şehir Meclisi'ni teşkil edecek olan ahali ve esnafın ileri gelenlerinin, bu işlerdeki vukuf ve tecrübeleri vukuf ve malumatı da ihtisab nazırlarından yukarı değildi*” (2000: 139). Bu nedenle de bir yıl sonra şehir meclisi lağvedilmiştir ve 1856 yılına kadar da bu meclis tekrar oluşturulmamıştır (Eryılmaz, 1992: 202).

1858 yılında yine İstanbul'da Galata ve Beyoğlu semtleri birleştirilerek “Altıncı Daire” adlı bir belediye teşkilatı kuruldu (Eryılmaz, 1992: 203-204). Bu belediye teşkilatı, 16 Ocak 1958'de yayınlanan resmi bir tebliğ ile kurulmuştur. Altıncı Daire ile ilgili nizamata ise, 27 Ocak 1858 tarihinde ilan edildi (Ortaylı, 2000: 143-144). Bu belediyenin isminin kökeni Fransa'nın Paris şehrinin idari teşkilatından gelmektedir. Bu, “*Tanzimat'ın mimarları olan Mustafa Reşit Paşa ile Ali Paşa'nın, Paris'in “Sixième Arrondissement” (Altıncı Daire) denilen bölgesinde kısa bir süre oturmuş olmalarından kaynaklanmaktaydı*” (Eryılmaz, 1992: 205). Ayrıca Altıncı Daire'nin yazışma dili de Fransızca'ydı. Esasen Altıncı Daire Şehremaneti'nin bir dairesi olarak kurulmuşsa da Babıâlî'ye bağlanmıştır. Babıâlî'nin seçimi ve padişahın tayini ve görevlendirmesiyle Başkanı belirleniyordu (Ortaylı, 2000: 147). Meclis üyeleri de aynı şekilde atanmaktaydı. Bu yönüyle Daire, modern farklıdır. Görevleri bakımından Babıâlî'nin denetimi altındadır, fakat belirli bir özerkliğe de sahiptir. Bazı kararları Babıâlî'nin onayına sunması gerekmez de, Ortaylı'nın belirttiği üzere bu böyle olmamıştır; “*Altıncı Daire Babıâlî'nin çok müsamaha gösterdiği bir ofis*” haline gelmiştir (Ortaylı, 2000: 147). Nitekim günümüz belediyelerinin yetkisinde yer alan imar faaliyeti konusunda Altıncı Daire'nin özerkliğe sahip olması dikkat çekicidir.

Altıncı Daire modern belediyelerden farklı olarak yargı görevi ve yetkisine sahipti. Belediye cezalarının verileceği sulh mahkemesi kurulması öngörülmüştür. Bu yargı yetkisi Şehremaneti'nde de vardır, fakat bu sefer yetki sınırları daha belirgindir (Ortaylı, 2000: 149). Bu düzenleme modern hukuktan farklı olarak, yürütme ve yargı yetkisinin ayrılmadığını göstermektedir. Nizamiye mahkemeleri kurulduğunda bu yetki Altıncı Daire'den alınmıştır (Ortaylı, 2000: 147). Gelir kaynakları bakımından Altıncı Daire, modern belediyelere bezemektedir. Esnaf ve dükkânlardan mizan resmi, bina tamir ve ruhsat harcı, emlak vergisi; tüccarlardan alınan kazanç vergisi gibi ayrıcalıklı gelir kaynaklarına sahiptir. Ortaylı, 1867 yılı bütçesinin üç milyon kuruşa ulaştığını belirterek, Daire'nin İstanbul Şehremaneti'ne göre zengin sayılan bir bütçesi olduğunu yazmaktadır (Ortaylı, 2000: 149-152). Bu gelir kaynaklarının varlığına karşılık, bütçe padişahın onayı ile yürürlüğe girmektedir. Bu nedenle, mali açıdan özerkliği tam anlamıyla yoktur. Personel bakımından ise, daha özerk bir düzenleme mevcuttu çünkü merkezin bu konudaki yetkisi memuriyet ilişkisinin kurulması ile sınırlıydı. Personel Daire meclisi tarafından seçiliyor, Babıâlî bunların memuriyetlerini onaylıyordu (Ortaylı, 2000: 147).

Görüldüğü üzere, Altıncı Daire modern nitelikte bir belediye olmasa da döneminde bir yenilik teşkil etmektedir. Şehir yönetiminde ayrı bir kurul, bir meclis oluşturulmuştur. Bu Şehremaneti'nde de

böyledir. Mali, idari konularda modern belediyelerin temelini teşkil edecek bir ilk adımdır. Bundan sonra Altıncı Daire örnek alınarak İstanbul'un diğer semtlerinde de belediyeler kurulması için 1868 yılında bir nizamname hazırlandı (Ortaylı, 2000: 157). Nizamnamenin adı, “Dersaadeti İdare-i Belediye Nizamnamesi”dir. Bu Nizamname, İstanbul'un tüm semtlerinde uygulanamamış, belediye daireleri uzun yıllar kurulamamıştır Altıncı Daire ve Tarabya ve Adalar dışında, diğer dairelerin gerçekten kurulamadığı kabul edilmektedir (Ortaylı, 2000: 161-162, Eryılmaz, 1992: 209-2100). İstanbul dışında ise, ancak 1871 yılında, İdare-i Umumiye-i Vilâyât Nizamnamesi ile belediye teşkilatı kurulmasına başlanmıştır (Eryılmaz, 1992: 212). İstanbul'da olduğu gibi bu nizamname de tam ve her yerde uygulanamamıştır. Kasaba ve köylerde belediye teşkilatını öngören Nahiyeler Nizamnamesi ile kurulmak istenilen Avrupa belediye teşkilatından uzak bir uygulama yaşanmıştır (Eryılmaz, 1992: 213).

Yargı teşkilatındaki reformlar

Tanzimat'tan önce, Osmanlı'da üç tür mahkeme vardı: Şeriat mahkemeleri, cemaat mahkemeleri, kapitülasyon (konsolosluk) mahkemeleri. Şeriat mahkemeleri genel yetkili mahkemelerdi. Son iki mahkeme yargı birliğini bozar nitelikteydi ve egemenliğin yargı yetkisi bakımından sınırlandırılması demektir. Şeriat mahkemeleri, Müslüman tebaadaki kişiler arası ihtilafları ve Müslüman tebaadaki kişiler ile Hıristiyan tebaadaki kişiler arasındaki ihtilafları çözmek, din farkı gözetmeden ceza davalarını görmekle görevliydi (Karal, 1988: 174). Cemaat mahkemeleri, gayrimüslim tebaanın bağlı bulunduğu cemaat mahkemeleridir (Eryılmaz, 1992: 234). Konsolosluk mahkemeleri, kapitülasyonlardan yararlanan yabancı devletlerin vatandaşları arasında çıkan ihtilafları çözmekle görevliydi (Eryılmaz, 1992: 234). Yetkili yargı mercii ilgili konsolosluktu.

Tanzimat döneminde ise, bu mahkemelere Ticaret mahkemeleri ve Nizamiye mahkemeleri eklendi. Osmanlı'da bu devirden önce II. Mahmut döneminde, ticaret davaları Esnaf Localarında veya İhtisap Nezareti'nde görülüyordu (Bozkurt, 1996: 155). 1838 yılında Hariciye Nezareti'ne bağlı olarak kurulan Umur-u Nafia Meclisi ticaret davalarında görevlendirildi ve Ticaret Nezareti'nin kurulmasından sonra da bu Nezaret'e bağlı 1940 yılında bir ticaret mahkemesi kuruldu (Bozkurt, 1996: 155). Ayrıca sarraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, Maliye Nezareti'nde “Meclis-i Muhasebe” kuruldu (Eryılmaz, 1992: 234). Deniz ticareti ile anlaşmazlıklarda görevli mahkeme olarak da Liman İdaresi başkanlığında hususi meclisler kuruldu (Bozkurt, 1996: 155). 1947 yılında ise, ticaret mahkemeleri değiştirilerek görevi, Osmanlılarla yabancılar arasındaki hukuk ve ticaret davaları olan karma ticaret mahkemeleri oluşturuldu (Bozkurt, 1996: 156). Üyeleri yarı yarıya, Müslüman ve gayrimüslim Osmanlı tebaasından kişilerden oluşuyordu (Eryılmaz, 1992: 235). Devam eden yıllarda bu karma mahkemelerin sayısı arttı. Beyrut, Selanik, Kahire'deki karma ticaret mahkemeleri gibi (Bozkurt, 1996: 165). Ticaret mahkemelerinin kararları için “İstinaf-ı Devaiyi Ticaret” adıyla temyiz mercii kuruldu ve temyiz şartı, dava konusunun belli bir parasal değere ulaşmasıydı (Üçok vd., 2002: 295).

Bundan sonra, 1853 ve 1854 tarihlerinde ceza davalarına bakmak üzere “Meclis-i Tahkikat” adlı ceza mahkemeleri kuruldu (Eryılmaz, 1992: 235). Başkanı valiydi ve diğer üyeler eyalet meclislerinden veya dışarıdan vali tarafından seçiliyordu ve üyeleri arasında hem şer'i hukukun uygulayıcısı kişiler hem de sivil kişiler bulunmaktaydı. Öğretide bunun yargılama tekniğine uymadığı ileri sürülmektedir (Üçok vd., 2002: 295). Bu mahkemeler, din, mezhep, cinsiyet gözetmeksizin tüm tebaanın ceza davalarında görevli idi ve hatta Osmanlı tebaası ve yabancılar arasındaki ceza davalarında da yetkili kılınmışlardır (Eryılmaz, 1992: 236). Sadece ölüm cezaları için temyiz öngörülmüştür ve bu cezanın onayı da padişaha verilmiştir (Üçok vd., 2002, :295). Temyiz mercii yukarıda anlattığımız Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'dir. Temyizin istisnai olarak tanınması bir eksikliklerdir. Ölüm cezasının onaylanmasının padişaha bırakılmaması ise, can güvenliği konusunda Tanzimat'ın getirdiği ilkelerin ihlalini ifade eder (Üçok vd., 2002: 295). Bu noktada, Padişah'ın ceza verme yetkisinden vazgeçmediği görülmektedir.

1864 yılında çıkarılan Vilayet Nizamnamesi ile de her kademedeki mahkemeler kurulması öngörülmüştür. Şeriat ve cemaat mahkemelerinin dışında kalan bu mahkemeler daha sonra “Nizamiye mahkemeleri” olarak adlandırılmıştır (Eryılmaz, 1992: 236). Kazada “Meclis-i Devai”, sancak

merkezinde “Meclis-i Temyiz”, vilayet merkezinde ise “Divan-ı Temyiz” kuruldu (Üçok vd., 2002: 297). Görevleri ticaret, şeriat, cemaat ve konsolosluk mahkemeleri dışında kalan davalara bakmaktı (Üçok vd., 2002: 297). Müslüman ve gayrimüslim tüm tebaanın bu alandaki hukuk ve ceza davalarını çözmekler görevliydi. Böylelikle, bu mahkemeler ile şeriat ve cemaat mahkemelerinin yetki alanı sınırlandırılmıştır. Şeriat ve cemaat mahkemeleri miras, evlenme, boşanma konularında yetkili idi (Eryılmaz, 1992: 236). Nizamiye mahkemelerinin başkanı, şeriat mahkemelerinin de başkanı olan kadı idi (Eryılmaz, 1992: 236). Diğer üyeler ise, din farkı gözetmeksizin tebaadan seçilen kişilerden oluşuyordu. Böylelikle, adliye teşkilatında da ilahi kaynaklı yargı mercileri korunarak çok başlı bir yargı teşkilatı oluşturulmuştur.

SONUÇ

19. yüzyılda ilk defa değişme gereğini kabul eden Osmanlı, Tanzimat döneminde özellikle hukuk alanında seferberliğe girişmiştir; fakat İmparatorluğun geleneksel yapısı kendini en çok da bu dönem hissettirmiştir. Değişim ihtiyacının ancak Batı hukukuna ait kurallar ile karşılanacağı düşüncesi ve Osmanlı geleneği kaçınılmaz olarak çatışmıştır. Çünkü yüzyıllardır süre gelen gelenek, Batı’yı anlayan bir teori ile değişmemiş, reel nedenlerle değişme isteği doğmuştur ve değişim isteği fonksiyonel niteliktedir. Bu nedenle bu değişim, içinde zorunlu olduğu ölçüde modernleşmeyi, yani zorunlu olarak Batılılaşmayı; zorunlu olmadığı ölçüde geleneksel yapının korunmasını içermektedir. Ticaret hukuku alanında Batı hukukunun kabulü, Medeni hukuk alanında ise şer’i hukukun kabulü buna örnektir. Hatta Berkes’in belirttiği gibi bu ayırıcı anlayış medeni kanunun ismine de yansımıştır. Kanunlaştırma hareketi sürecinde, “kanun” sözcüğü eski Osmanlı dönemindeki anlamını yitirmiş, Avrupa’daki “code” sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmaya başlanmış ve fakat şeriat hukukunda kanun terimi yerine “mecelle” terimi kullanılmıştır (Berkes, 2007: 222). “Tanzimat” kelimesinin iki anlam ifade ettiği iddiası da bu nedenle azımsanmayacak bir doğruluk taşımaktadır. Batı yönünde değişirken geleneği de koruma yönündeki bu anlayış, hukukta *düalizm* sonucunu doğurmuştur. Bir yandan tüm tebaaya uygulanacak hukuk kurallarının tesisi, diğer yandan mevcut şer’i ve cemaat kurallarının korunması sağlanmıştır. Bu hem kanunlaştırma hareketine hem de adliye teşkilatının kuruluşuna yansımıştır. Hem şer’i ve cemaat mahkemeleri hem de ilahi olmayan kuralların uygulandığı nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. O halde Fermanların öngördüğü eşitlik ilkesi tesis edilememiştir.

Tanzimat’ın amaçladığı *reorganisation*un kanunlarla yapılması fikri, dönemin getirdiği esas yeniliktir. Her ne kadar henüz yasama yetkisi padişahta kalsa da padişah ve yönetici sınıfı bu kanunlarla bağlı olduğunu, *kanunların üstünlüğü ilkesini* kabul etmektedir. Bu, kanuni devletin, hukuk devletinin doğumunu ifade eder. Böylelikle Tanzimat devri, içinde gelenek ve Batı’nın çatışması ile ortaya çıkan bir çelişkiyi içerse de iktidarın keyfiliklerinin değiştirilmesi isteğini, yani keyfilikten kanuniliğe geçişi ifade eder. *Kanuni idare ilkesinin* temelleri bu döneme dayanmaktadır.

Berkes de Tanzimat dönemini ve dolayısıyla kanunlaştırma hareketini şöyle açıklamaktadır: “*Yeni kanun koyma, II. Mahmut döneminde gördüğümüz şeriat ve kanun geleneklerinden farklı olan adalet kavramının ortaya çıkmasının doğal bir sonucudur. Nasıl onun zamanında maarif sadece eğitim anlamına gelmiyor, çağdaşlaşma aracı olarak yenilikleri öğrenme anlamına geliyorsa, adliye de sadece adaleti uygulama (yani eski anlamına göre, geleneği yerinde tutma) anlamından çok, olması gerekeni gerçekleştirme aracı olarak yeni düzenleyici kurallar getirme anlamına gelecektir. Tanzimat’ın, yani ‘tanzimler’in öz anlamı da budur. Yeni kanunlar yapılması ihtiyacını zorunluluk haline getiren yalnız siyasa ve yönetim alanlarında reformlar yapma sorunu değil, Batı uygarlığı ile artan ilişkiler de çağın gereklerine göre kurallara bağlama sorunudur. Şu halde, kanunlaştırma, çağdaşlaşmanın en önemli yanı olmak gibi bir nitelik taşır. Daha doğrusu, İslam ve Osmanlı geleneklerinin doğrultusu açısından kanunlaştırma süreci, çağdaşlaşma sürecinin özüdür” (2007: 220-221). Yazarın bu açıklaması, kanunlaştırmaların gerçek yüzünü ortaya koymaktadır. Modernleşme, çağın gereklerine uyma ve bunun için yeni kurallar getirme, yeni kanun yapma yolundan geçmektedir. Kanunlaştırma, modernleşme demektir.*

Sonuç olarak Tanzimat döneminde Osmanlı hukukunun modernleşmesi, kanunlarla ihdas edilen hukuk düzeni incelenerek değerlendirilebilir. Modernleşme, kanunlaştırmadır; fakat bu kanunlarla

eski düzenin yeniden tesisi değildir. Tanzimat'ın Osmanlı hukukunun modernleşmesindeki çelişkisi işte bu bakımdandır. Geleneği koruma amacı ile eşitlik ilkesini ihlal edici ikili yapıda bir hukuk düzeni ihdas eden bu anlayış, Osmanlı hukukunun modernleşmesine kısmen, belki de tamamen engel olmuştur.

KAYNAKLAR

- Abadan Y. (2006). Tanzimat Fermanının tahlili. Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu (Der.), *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* içinde (ss.37-63). Ankara: Phoenix.
- Akyıldız A. (1993). *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında reform: 1836-1856*, İstanbul: Eren.
- Arslan A. (1992). Geleneksel Osmanlı devlet ve siyaset felsefesi ve Tanzimat, *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü, Sempozyum Bildirileri (İzmir 6-7 Kasım 1989)* içinde (ss.15-31). İzmir: Ege Üniversitesi Basımevi.
- Aybay R. (2004). *Vatandaşlık hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Berkes N. (2007). *Türkiye'de çağdaşlaşma*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Bozkurt G. (1994). *Tanzimat ve hukuk*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Bozkurt G. (1996). *Batı hukukunun Türkiye'de benimsenmesi*. Ankara: Türk tarih Kurumu.
- Eryılmaz B. (1992). *Tanzimat ve yönetimde modernleşme*. İstanbul: İşaret.
- Gözler K. (1999). *Anayasa Hukuku metodolojisi*. Bursa: Ekin.
- Gözler K. (2018). *Anayasa Hukukunun genel teorisi I*. Bursa: Ekin.
- Gözler K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin.
- İnalçık H. (2006). Tanzimat nedir? Mehmet Seyitdanlıoğlu, Halil İnalçık (Der.), *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* içinde (ss.13-35). Ankara: Phoenix.
- Karal E. Z. (1976). *Osmanlı tarihi VI, Islahat Fermanı devri 1856-1861*. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Karal, E. Z. (1988). *Osmanlı tarihi V, Nizamı Cedid ve Tanzimat devirleri 1789-1856*. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Karal, E. Z. (2006). Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda Batı'nın etkisi. Mehmet Seyitdanlıoğlu, Halil İnalçık (Der.), *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* içinde (ss.65-82). Ankara: Phoenix.
- Kelsen H. (1999). *Théorie pure du droit*. Charles Eisenmann (Çev.). Paris: LGDJ.
- Kılıçbay M. A. (1985). Osmanlı Batılılaşması. Murat Belge (Der.), *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi I* içinde (ss.147-152). İstanbul: İletişim.
- Kubalı H.N. (1960). *Türk Esas Teşkilat Hukuku dersleri*. İstanbul: Tan.
- Okandan, R. G. (1968). *Amme Hukukumuzun anahatları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Onar, S. S. (1985). İslam hukuku ve mecelle. Murat Belge (Der.), *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi III* içinde (ss.580-587). İstanbul: İletişim.
- Ortaylı İ. (1979). *Türkiye idare tarihi*. Ankara: Doğan Basımevi.
- Ortaylı İ. (1985). Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinde yerel yönetimler. Murat Belge (Der.), *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi I* içinde (ss.231-244). İstanbul: İletişim.
- Ortaylı İ. (2000). *Tanzimat Devrinde Osmanlı mahalli idareleri*. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Ortaylı İ. (2003). *İmparatorluğun en uzun yüzyılı*. İstanbul: İletişim.
- Ortaylı İ. (2008). *Tarihimiz ve biz*. İstanbul: Timaş.
- Özbilgen E. (1985). *Osmanlı hukukunun yapısı III*. İstanbul: Osmanlı Kültürü Araştırmaları: 1, Nihal Kitabevi-Sahafı.
- Saraç T. (1999). *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*. İstanbul: Adam.
- Seyitdanlıoğlu M. (2006). V. Divan-ı Hümayun'dan Meclis-i Mebusan'a Osmanlı İmparatorluğunda Yasama, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Halil İnalçık (Der.), *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* içinde (ss.255-265). Ankara: Phoenix. 2006.
- Şentop M. (2004). *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, İstanbul: Yaylacık Matbaası.
- Tahiroğlu B. (1985). Tanzimat'tan sonra kanunlaştırma hareketleri, Murat Belge (Der.), *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi III* içinde, (ss.588-601) İstanbul: İletişim.
- Tanör B. (1985). Anayasal gelişmelere toplu bir bakış, Murat Belge (Der.), *Tanzimattan'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi I* içinde (ss.10-26). İstanbul: İletişim.
- Tanör B. (2002). *Osmanlı-Türk Anayasal gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

- Tanzimat Fermanı, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Halil İncelik (Der.), *Tanzimat: Değişim sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (2006) içinde (ss1-3). Ankara: Phoenix.
- Timur T. (1985). Osmanlı ve ‘Batılılaşma’. Murat Belge (Der.), *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi I* içinde (ss.139-146). İstanbul: İletişim.
- Tunaya T. Z. (1985). Osmanlı-Batı diyalogu, Murat Belge (Der.), *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi I* içinde (ss.142-143). İstanbul: İletişim.
- Türk Dil Kurumu (TDK), *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr>.
- Üçok C., Mumcu A., Bozkurt G. (2002). *Türk Hukuk tarihi*. Ankara: Savaş.
- Velidedeoğlu H. V. (1940). *Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- Yalvaç G. (2008). *Ceza ve yargılama hukuku yasaları*. Ankara: Adalet.

Extended Abstract

Tanzimat Era is the beginning of the legal modernization in the Ottoman Empire. The word “tanzimat” means “regulations” which aimed to reorganize the Empire. There were two different conceptions. One of them was westernization, the other one was conservatism. In other words, the modernization in Ottoman had two meanings. Some regulations were made according to western law, but the others conserved the Ottoman law. As a result, a dual legal system was established. The fundamental legal texts of the Tanzimat Era were Tanzimat and Islahat Edicts. The principles in these Edicts paved the way for the codification movement. Even if there used to be a divine rights system in Ottoman law restricting the powers of the Sultan, Tanzimat Edict marks the first official declaration by the Sultan admitting the restricted nature of his powers. This was a leading step towards the constitutionalism movement. Also, some of legal principles were introduced by Tanzimat Edict: the principle of safety, dignity, and honor, right to life and property, the ability-to-pay principle of taxation and the principle of legality of state expenses, principles related to military enrollment and enrollment durations, the principle of legality of crime and punishment, the presumption of innocence, the interdiction of confiscation, the principle of equality of all without religious discrimination, the rule of law. Even if, the principle of separation of powers was not adopted completely, by assigning the duty of preparation of codes to a council called Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, an important step was taken to enhance the power of legislation. This could be perceived as a messenger of a parliamentary system. The Islahat Edict accepted the secular state understanding. This Edict aimed to ensure equality between Muslim and non-Muslim people living in Ottoman. Therefore, it is fair to conclude that constitutional developments for non-Muslim people started by Islahat Edict. In addition to this, the Edict granted privileges to minorities. This, however, was contrary to the unity of jurisdiction and the principle of equality. The modernization process continued with the codification movement. Some of these codifications were made in the form of reception which consisted of the transformation of foreign laws into domestic laws. Penal code, land code, citizenship code, commercial code, civil code, code of obligations were enacted. French law had a profound effect on the creation of these codes. However, they also partly comprised some principles belonging Ottoman law. The civil code and the code of obligations called Mecelle, which was the most original code, was based on Islamic law rules. This was one of the respects in which it was subjected to criticism. Important reforms were brought in administrative and judicial organization in Tanzimat Era. These were the first steps towards the separation of powers. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, established during the reign of Mahmut II, was reorganized and gained more important duties. It had the duties as both the court of appeal and the Supreme Court in the trial of officers such as chancellors. Then this Council was abolished and two councils, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye and Şûray-ı Devlet were established. The Councils represented high courts of judicial and administrative jurisdictions. Şûray-ı Devlet was established based on French administrative Supreme Court called Conseil d’État. The Council created Turkish administrative law. Both central and local administrative agencies were organized. Tanzimat Era reforms included mostly centralization of administrative organization but also initiative of local administrations took place with the establishment of local councils and municipal organization. In Tanzimat, regulations divided the judiciary into more than one structure for religious reasons. Sharia courts were courts with general jurisdiction and community courts had jurisdiction over disputes between non-Muslims. Also, consular courts were charged with resolving the disputes between citizens of foreign states benefiting from capitulations. This juridical organization was against the principles of secularism and equality which were accepted in Edicts. Commercial and criminal courts were common for both Muslims and

non-Muslims. The Tanzimat was the Era when The Ottoman Empire made an attempt to establish a legal order in the modern, that is, the western sense. This sense of modernization in the field of law was made possible especially by the principle of legality which was the basis of the rule of law. On the other hand, some codifications in this term re-established the previous order. Hence, a dual legal system which was both western and old, was created. As a result, the reforms made with the purpose of protecting the old order prevented the modernization of Ottoman law partly, perhaps completely. The Tanzimat Era is a summary of an empire's struggle between maintaining its origins and coordinating itself with the West. The achievement of this struggle was the acceptance of the rule of law.

