

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 21, 2016 (Bahar)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editör	Ali Adem Yörük
Sekreterlik	Furkan Şahan
Baskı	Mikyasa Basım Yayın Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti Örnektepe Mahallesi, Pazaraltı Sokak No: 96 Beyoğlu/İstanbul 0212 528 95 28
Baskı Tarihi	Ekim 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 21 • 2016 (Bahar)

İçindekiler

Mi'yâr-ı Adâlet'in Ceza Hukuku Deęeri <i>Mustafa Avcı</i>	5
Osmanlı Gayrimüslim Tebaanın Divân-ı Hümâyun'da Hak Araması (1695- 1724 Arasında) <i>Ensar Köse</i>	45
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Hukuk Reformu Metinleri - Giriş Ve İlk Metin: Kont Ostrorog'un Kişi Hürriyetleriyle İlgili 1907 Tarihli Raporu <i>Ali Adem Yörük</i>	81
İlk 20 Sayı - Fihrist ve Dizin (2006-2015)	95

Belgeler/Notlar

HUKUK REFORMU METİNLERİ - GİRİŞ VE İLK METİN: KONT OSTROROG'UN KİŞİ HÜRRİYETLERİYLE İLGİLİ 1907 TARİHLİ RAPORU*

Ali Adem Yörük**

Hukuk alanındaki ıslah çabaları; Tanzimat döneminde, özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleştirilen veya düşünce/girişim aşamasında kalan ıslahatların en önemli kalemlerinden birini oluşturur. Bu türden ıslah çabaları, uluslararası gelişmelerden medeniyet algısına, yeni siyasal rejim arayışlarından devlet teşkilatına, bilim/eğitim anlayışından din telakkisine ve gündelik hayata... farklı alanlardaki gelişmelere nisbetle ortaya çıkmanın yanı sıra girişim aşamasından itibaren, bu alanlar üzerinde kısa veya uzun vadede, doğrudan veya dolaylı, çok yönlü dönüştürücü etkiler göstermiştir. Hukuk ve reform kavramlarının uzak ve yakın tarihini gözden uzak tutmamakla beraber bu çabaları, işlevselliğinden ve kapsayıcılığında ötürü “hukuk reformu” başlığı altında mütalaa edebiliriz. Bu çerçevede çoğunluğu hukuk mesleklerinden birine mensup, yerli-yabancı, resmî-sivil farklı siyasal-sosyal konumlardaki kişiler tarafından reformları konu alan, durum tespiti yapan ve öneriler sunan birçok metin kaleme alınmıştır. Kanaatimizce bu metinler ile yazarlarının tanınması; bu bağlamda reform ve ıslahat başta olmak üzere merkezi

* Bu çalışmayla ilgili görüşlerine başvurduğum, yardımlarını aldığım hocalarım Prof. Dr. İsmail Kara ile Prof. Dr. Fethi Gedikli'ye, ayrıca Muhammed İkbâl İmamoğlu, Mahmud Esad Kalıpçı, Rıdvan Abdurrahman Demirtaş ve Furkan Şahan'a müteşekkirim.

** Dr. Öğr. Ü., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

kavramların soruşturulması, Türk hukuk tarihi yazımına katkı sağlayacaktır.

Bu çalışma, dönem metinlerinde sıkça karşılaşılan “ıslahat-ı adliye” çerçevesindeki çabaları ve üretilen metinleri bütünüyle kapsamına almaktadır. “Islahat-ı adliye” tabiri, daha çok hukukun tahakkuk süreçlerine, mahkemelere veya uygulamaya atfen kullanılmış olmakla beraber hukuk reformuna karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Dönemin bu konularda söz sahibi şahsiyetlerinin bu geniş anlamı da dikkate aldıkları görülür. Tabirin mahkeme teşkilatından yargılama usullerine, kanun tadili çalışmalarına, hukuk mesleklerine ve hukuk eğitime doğru genişleyen bir kullanım alanı vardır. Geniş anlamda “ıslahat-ı adliye”nin hukuk reformu ile büyük oranda örtüştüğü söylenebilirse de bu çalışmada kapsamın, “ıslahat-ı adliye”den de daha geniş tutulduğunu belirtmeliyim. Zira bugünden bakıldığında, hukuk düzenini bütünüyle kuşatabilmek için dönem hukukçularının “ıslahat-ı adliye” tasavvurlarını aşan alanlara da dikkatle eğilmek gerekmektedir. Hukuk meslekleri, hukuk bilimi, hukuk düşüncesi, kanunlar, mahkemeler, hukuk eğitimi, hukuk branşlarının, kurum ve kavramların gelişimi gibi konular etrafındaki metinleri bir başlık altında değerlendirmek ve bunları ilişkilendirmek, bütüncül bir resme ulaşabilmek için elzem görünmektedir.

1925 yılından itibaren yaygınlaşan ve dönemin özgül koşullarından kaynaklanan keskin yönelişi ifade etmek veya vurgulamak için kullanılan “hukuk inkılabı” ve “hukuk devrimi” ifadeleri, değişme/kırılma hatlarını görebilmek bakımından gereklidir. Devrim, esasen ıslah kavramını aşma ve hatta dışlama iddiası taşır. Bununla beraber bu dönemdeki reformlara da, süreklilik ve değişimin karakteri ihmal edilmeden, hukuk reformu penceresinden bakılabilir. (Adı, Osmanlı hukuk reformlarıyla özdeşleşmiş bir hukukçu olan Kont Ostorog’un II. Meşrutiyet’in ilk yıllarında kaleme aldığı adliye ıslahatı raporlarından oluşan kitabına *Pour la réforme de la justice Ottomane* (İstanbul-Pera 1909; Paris 1912) adını, Cumhuriyet’in ilk yıllarındaki “inkılap”ları yorumladığı kitabına ise *The Angora Reform* (London 1928) adını vermesi, bu bağlamda hatırlanabilir). Süreci öne çıkaran, geçiş döneminin kaygı ve tereddütlerine de açık kapı bırakan böyle bir bakış açısının; devrimde başlayıp biten, olumlu veya olumsuz tasvirlerle bezenmiş bir söylemden daha öğretici olacağı şüphesizdir. Aynı minval üzere günümüze kadar uzanan çeşitli girişimleri de hukuk reformu çatısı altında değerlendirmek, indirgemecilik tuzağına düşülmediği veya bile isteye bu yola sapılmadığı takdirde, güncel

meselelerimize fikrî ve tarihî bir derinlik katmak bakımından faydalı olabilir.

Son dönem Osmanlı hukuk literatürü içinde dikkat çeken bir kalem olan hukuk reformu metinleri, reform sürecinin ürünü olmanın ötesinde; değişimin gerçekleştiği zemini/tarihsel arkaplanı, reform sürecini ve reformları belli bir bakış açısından değerlendirmek, hatta bir tarih yorumu getirmek, durum tespiti yapıp öneriler sunmak, izlenecek yolu yordamı belirlemek, geleceğe ilişkin niyetleri dillendirmek gibi özellikler gösterir. (Son dönem Osmanlı hukuk literatürünün hemen bütünüyle reform döneminin ürünü olarak mütalaa edilebileceği; ayrıca değişimi müstakil olarak konu edinmemekle beraber dogmatik perspektifin veya aktarmacı bir anlatımın baskın olduğu metinlerde de reform çerçevesinde tahlile tabi tutulabilecek çokça unsur bulunduğu hatırd tutulmalıdır). Bu çalışma, tarihî öneminin yanı sıra günümüzde yürütülen birçok tartışmanın fideliği olarak işlev gören Tanzimat sonrası Osmanlı hukuku hakkında ilk elden bilgiler veren, süreçle ilgili içeriden değerlendirmeler sunan, tartışılması gereken yorumlar içeren, düşünce tarihi bakımından da önem taşıyan hukuk reformu metinlerinin biraraya getirilmesini amaçlamaktadır.

Bakış açısı yeni yorum imkânları sunacak şekilde değiştiril(e)mediği, metodolojik sorunlar sürgit yoklan(a)madığı, tarihçi kendi konum ve tutumunu da varestede tutmadan zamanın ve literatürün biriktirdiklerine karşı eleştirel bir konum benimse(ye)mediği, araştırmaların başta gelen açmazlarından biri gibi görünen kaynak kullanımını sorunları teşrih masasına yatırıl(a)madığı sürece tarihî metin neşirlerinin başlı başına oldukça sınırlı bir fayda sağlayabileceğinin farkındayız. Bununla beraber tarihî metinlerin güvenilir neşirleri birçok bakımdan ufuk açıcudur. Bu tür çalışmalar; kaynakların çeşitlendirilmesine, yeni bilgiler derlenmesine ve bağlantılar kurulmasına, sorular vaz edilmesine ve araştırma alanının dar kalıplardan, kademesiz/yalınkat yorumlardan arındırılmasına, daha sağlıklı ve "imkânlı" bir zemine ulaşılmasına hizmet edebilir. Hukuk reformu metinlerinin de bu istikamette sınırlı, fakat anlamlı bir katkısı olacağını umuyoruz.

Bu çalışmada, ağırlıklı olarak Osmanlı modernleşmesi sürecinde yazılmış metinlerin yayımlanması hedeflenmiş, bu dönemin uzantısı olarak erken Cumhuriyet yılları da kapsama dahil edilmiştir. Dizi boyunca yazar ve metin kısaca tanıtılacak; çalışmanın kitaplaşması aşamasında ise metinler tema ve kronoloji gözetilerek düzenlenecek; hukuk reformu fikri, metinler ve kişilerle ilgili daha detaylı incelemelere yer verilecektir. Metinler, notlandırılarak Latin

harflerine aktarılacak, sadeleştirilmeyecektir. Çeviriyazıların imlasında, dönem Türkçesinin hususiyetlerini büsbütün feda etmeden, sade bir usul takip etmeye çalışacağız. Metnin gövdesine tarafımızdan yapılan eklemeler köşeli parantez içinde gösterilecektir. Dipnotlar, metnin kaynaklık değerini arttıracaklarını düşündüğümüz yan bilgi notlarına ve metnin tashih ve tamiri için gerekli teknik notlara ayrılmıştır ve aksi belirtilmediği sürece bize aittir.

Bu sayıda, Leh asıllı Fransız hukukçu Kont Léon Ostrorog'un (1867-1932) kişi hürriyetleriyle ilgili raporunu sunuyoruz. Bu dizide başka metinlerine de yer vereceğimiz Kont Léon Ostrorog'un hayat hikâyesinin ana çizgilerini hatırlatmakta fayda vardır.

Sultan Abdülmecid döneminde İstanbul'a gelen, ardından Fransa'ya yerleşen Leh mültecilerden Yüzbaşı Stanislas Ostrorog'un oğlu olan Kont Ostrorog, Paris'te hukuk öğrenimi gördü ve anonim şirketlerin kuruluşuyla ilgili mukayeseli hukuk teziyle doktorasını tamamladı. İki yıl kadar sonra, yirmili yaşlarının ikinci yarısında İstanbul'a gelerek Düyûn-ı Umumiye'de görev aldı. II. Abdülhamid döneminde saray, Babıâli ve Osmanlı matbuat çevreleriyle ilişkiler kurdu ve adını duyurdu. Mekteb-i Hukuk'ta verdiği sınav sonucunda Osmanlı topraklarında avukatlık yapma hakkı kazandı, meslek hayatında şöhreti yakaladı. Polonezköy'deki (Adampol) arazileriyle ilgili uyuşmazlıklarda Prens Adam Çartoriski'nin vârislerinin avukatlığını yaptı. Tanınmış bir Levanten ailenin kızıyla evlendi; bir kültür mahfili olarak uzun yıllar cazibesini koruyacak meşhur yalısını satın aldı, yerli ve yabancılardan oluşan seçkin/etkili bir muhit edindi. Soci  t   Asiatique ve The Royal Asiatic Society kurumlarına üye olarak Şarkiyat ve İslamiyat çalışmalarının gelişimi bakımından önemli çevrelere katıldı. Notlar ekleyerek *Ahkâmü's-Sultâniye*'nin kısmî Fransızca tercümesini yayımladı.

II. Meşrutiyet'in ilanından sonra, hukuk reformu tasavvurları çerçevesinde Kont Ostrorog'un adı öne çıkmaya başlamıştır. Akla gelen ilk kişi olmasında uluslararası aktörlerle münasebetlerinin ve "İslâm hukukuna (da) vâkıf bir Türk dostu" olarak tanınmasının payı vardır. Ostrorog, bu dönemde İttihad ve Terakki'nin ileri gelenleriyle yakın ilişkiler kurduğu gibi fırkanın programını hazırlayacak kadar Ahrar Fırkası'yla da temasta bulundu. Adliye nazırı Manyasizade Refik Bey ile hukuk reformu hakkında görüşmeler yaptı, projesini Manyasizâde'nin halefi Nâzım Paşa'ya ulaştırma imkânı buldu, nihayet Necmeddin Molla Bey'in Adliye nazırlığı döneminde Adliye Nezareti

müşavirliğine atandı. *Pour la réforme de la justice Ottomane* adlı eserinde toplayacağı raporları bu süreçte kaleme almıştır. Bir buçuk yılı aşkın bir süre yürüttüğü müşavirlik görevinden istifa ederek ayrıldı. 1913 yılının Aralık ayında atandığı Babîali birinci hukuk müşavirliği görevini ise savaş içinde makamın lağv edilmesine kadar sürdürmüştür.

Kont Ostrorog, Türkiye'de yaşadığı dönemde teknik özellikleri ağır basan, ihtiyatlı, sıkı örülmüş hukuk metinleri kaleme alırken; Türkiye'den ayrıldıktan sonra Türkler, Araplar, müslümanlar, Türkiye ve İslam konusunda izlenimlere ve ilginçliklere dayanan, deneme türüne girebilecek metinler yazmaya başlamıştır. Savaş devam ederken 1917 yılında Paris'te basılmış *Le Problème Turc* adlı kitabı (İngilizcesi *The Turkish Problem: Things Seen and a Few Deductions* adıyla 1919 yılında Londra'da yayımlandı) bu bakımdan dikkat çekicidir ve Ostrorog'un bu konulardaki anlayışı ve takip ettiği siyaset açısından kıymetli bilgi ve işaretler içermektedir. Türkçe'ye tercüme edildiği için daha çok tanınan *Angora Reform*, Londra Üniversitesi'nin 100. kuruluş yıldönümü münasebetiyle verdiği üç konferansın kitaplaştırılmasıyla ortaya çıkmıştır. Kapakta üniversitedeki "İslâm kamu hukuku ve Türk toprak hukuku" hocalığının yanı sıra Osmanlı Devleti'nin son "adliye müşaviri" olduğu da belirtilmiştir. 1930 tarihli, "Les droits de l'homme et des minorités dans le droit musulman" başlıklı son çalışmasında "müslüman Doğu" ile "hıristiyan Batı" arasında "insan hakları" üzerinden ortak bir dil inşa edilmesinin gerekliliğine işaret etmiştir. Son yıllarını Londra'da geçiren Ostrorog, zaman zaman Türkiye'yi ziyaret etmiş, ilgi ve ilişkilerini devam ettirmiştir. Cenazesi, İstanbul'a getirilerek Feriköy Katolik Mezarlığına defnedilmiştir¹.

Kont Ostrorog'un kişi hürriyetleriyle ilgili bu raporu, II. Meşrutiyet'in ilanı

¹ Kont Léon Ostrorog'un kısa hayat hikâyesi için bkz. Ali Adem Yörük, "Ostrorog, Comte Léon", *DİA*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ostorog-comte-leon>. Ostrorog'un hayat hikâyesi, İstanbul'un kültür tarihi bakımından önem taşıyan ailesi ve yalısı için ayrıca bkz. M. Şeyhmus Güzel, "Abidin Dino ile Kont Leon Ostrorog'dan Şeng Çeng'e", *Tarih ve Toplum*, XVI/91, Temmuz 1991, s. 36-41; a.mlf., "Babadan Oğullara Ostroroglar", *Tarih ve Toplum*, XVI/92, Ağustos 1991, s. 73-78. Ostrorog yalısı için ayrıca bkz. Nurhan Atasoy, *Kont Ostrorog'dan Rahmi M. Koç'a Boğaziçi'nde Bir Yalının Hikâyesi*, İstanbul 2004, s. 93-239. Hukuk reformu çalışmalarını konu alan bir yazı için bkz. M. Emin Elmacı, "Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog", *OTAM*, sy. 29, Bahar 2011, s. 1-30. Ostrorog'un metinlerini tahlil ederken "kimlikler"ini de dikkate alan bir entelektüel biyografi denemesi için bkz. Paulina Dominik, "Pour la réforme de la justice ottomane: Count Leon Walerian Ostrorog (1867-1932) and His Activities in the Final Decades of the Ottoman Empire", *Slavia Meridionalis*, sy. 17, 2017, <https://doi.org/10.11649/sm.1441>.

arefesinde, II. Meşrutiyet dönemindeki birçok reform için model alınan Rumeli ıslahatının hukuk ayağı münasebetiyle, “düvel-i muazzama” sefirlerinden birinin isteği üzerine, 1907 yılında kaleme alınmıştır. Raporun muhatabının hangi devletin sefiri olduğu açıkça belirtilmemiştir; Kont Ostrorog’un vatandaşı olduğu Fransa, farklı vesilelerle rapor verdiği İngiltere ve André Mandelstam üzerinden ilişkiler kurduğu Rusya sefirlerinden biri olabilir. Kont Ostrorog’un görüş ve faaliyetleri dikkate alındığında bu devletin İngiltere olması kuvvetle muhtemel, Almanya olamayacağı ise kesin gibidir. Bir yabancı devlet sefirinin, kişi hürriyetlerinin teminat altına alınması için ihtiyaç duyulan yeni düzenlemelerin muhatabı olarak görülmesi tek başına önemlidir. Rapor, 31 Mart hadisesinden sonra, Kont Ostrorog’un Adliye Nezareti müşavirliği görevine atanmasından önce (bu nedenle adının yanında sadece “dava vekili” yazılıdır), Haziran 1909’da, “Devr-i Sâbıkta Hürriyet-i Şahsiye” başlığıyla, dönemin seçkin hukuk dergisi *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası*’nda yayımlanmıştır².

Ostrorog, bu raporunda Osmanlı Devleti’nde kişi hürriyetlerinin korunması amacıyla yapılan düzenlemeleri ortaya koymakta, Fransa ile Osmanlı Devleti’nin ceza hukuku mevzuatlarını karşılaştırmakta, Osmanlı hukukundaki eksikliklere dikkat çekmekte, Fransız hukukunun kaynaklık değerini vurgulamakta, sonunda maddeler halinde önerilerini sıralamaktadır. Memurların ayrıcalıklı konumu meselesi üzerinde özellikle durmakta, bunun düzeltilmesini bütün önerilerin hayata geçirilebilmesinin ön şartı olarak görmektedir.

Son olarak (bütün) bu metin(ler)deki bilgi ve yorumların mutlak bir anlam taşımadığına tekrar dikkat çekmeliyim. Çok boyutlu bütün sorunlarda olduğu gibi hukuk reformu etrafındaki tartışmalarda da aktörlerin rolleri az veya çok, fakat herhalükârda nisbîdir, -kendileri aksini iddia etseler bile- mutlak değildir. Yazarların yorumları hatta aktardıkları bilgiler, “tarihsel hakikat”in tamamını değil, ancak bir yüzünü gösterebilir ve yazar açısından bir tasvir sunar; bu nedenle de bize öncelikle yazarın şahsiyeti, birikimi, bakış açısı,

² Kont Ostrorog, “Devr-i Sâbıkta Hürriyet-i Şahsiye”, *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası*, sy. 5, 31 Temmuz 1325 [13 Haziran 1909], s. 333-341. Raporun mütercimini tespit edemedik. Kont Ostrorog, yazıya şöyle bir not düşmüştür: “On Temmuz İnkılabından mukaddem sefârât-ı ecnebiyenin Makedonya’da tatbik olunacak ıslahat-ı adliye ile iştilal ettikleri malumdur. Hürriyet-i şahsiyeyi temin hususunda kavânîn-i Osmaniyenin nâkıs olduğu sefârât-ı mezkureye beyân ve iş’âr edildiğinden düvel-i muazzama süferâsından biri tarafından vukû bulan talep üzerine 1907 senesinde tahrir edilmiştir”.

irtibatları, niyetleri, çabası, hatta fikrisabitleri ve yanılıgıları hakkında bilgiler sunar. Uluslararası aktörler ile Osmanlı hükümeti ve aydınları arasında, kendi projelerinin tahakkuk etmesi için ciddi düzeyde çaba gösteren ve iddialı bir şahsiyet olarak öne çıkan Kont Ostrorog için bu hususun bilhassa belirtilmesi gerekir³.

*

Kont Ostrorog - “Devr-i Sâbıkta Hürriyet-i Şahsiye”

Hürriyet-i şahsiyeye taarruz ve tecavüz hususunda üç suret tasavvur olunabilir:

Birincisi, salâhiyet-i idareyi tecavüz; ikincisi, kuvve-i adliyenin gayr-ı muntazam ve müsamahakârâne surette ifa-yı vazife etmesi; üçüncüsü, efrâdın salâhiyet-i hususiyesini tecavüz eylemesidir.

Bir şahsın diğerini tevkif etmesi demek olan üçüncü suret nadiren vâki ve binâenaleyh en az haiz-i ehemmiyettir. Fakat memurîn-i idarenin keyf ü istibdad ve memurîn-i adliyenin ihmal ve müsamahasından tevellüd eden muhalif-i kanun tevkifler fevkalâde haiz-i ehemmiyet olduğundan hürriyet-i şahsiye esasını kabul eden kavâninde bu hususta kuvve-i teyidiye (ceza) vaz olunmuştur.

Hürriyet-i şahsiye kavânîn-i Osmaniyece kabul edilmiş ve bu esas, salâhiyetdâr muallimlerin telifâtıyla da teyyüd etmiştir. Ez-cümle ricâl-i Osmaniyece Babîâli hukuk müşaviri ve Mekteb-i Hukuk muallimlerinden Hakkı Beyefendi [İbrahim Hakkı Paşa] hazretleri, *Hukuk-ı İdare* nam eserinde hürriyet-i şahsiye esasını tamamiyle kabul etmiştir.

İmdi hürriyet-i şahsiye esası vâzı'-ı kanunca kabul ve pek sarih ve kat'î olarak ilmen de izah edilmiştir. Vaz olunan esasın kuvve-i teyidiyesinin de bir derece temin edilmiş bulunması elzemdir. Malumdur ki ıslahat kanunlarının bazıları Fransa kanunlarından harfiyen kopye edilmiş ve umumu pek ziyade onlara benzetilmiştir. Fakat hürriyet-i şahsiye esasını daimi ve vâcibü'r-riâye bir esas yapmak için Fransa kanunlarının tayin ettiği kuvâ-yı teyidiye (cezalar) ya bir gaflet veya garip bir endişe tesiriyle Osmanlı Ceza Kanunu muharrirlerinin nazar-ı dikkatini ya hiç celb etmemiş veya ziyadece davet

³ Bu meseleyi, Kont Ostrorog'un faaliyetleri ve anlatımları çerçevesinde, başka bir çalışmada ele almak niyetindeyim.

eylemiş olmalı ki hususât-ı sâirede Fransa Kanunu'nu madde madde takip ederlerken kuvve-i icraiyenin teaddi ve tecavüzüne karşı hürriyet-i şahsiyenin sıyânet ve müdafaası için vaz olunan maddeleri ya hiç nakletmemişler veya anlaşılmayacak bir hale ifrâğ eylemişlerdir. Osmanlı ve Fransa kanunlarından âtîye naklolunan maddelerin mütalaası kâfidir:

Osmanlı [Ceza] Kanunu'nun 103'üncü maddesi

“Mehâkim ve mecâlis erbâbından ve sair memurîn-i devletten biri, müttehem olan eşhâsa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeyi hükm veyahut icra eder ise muvakkaten kalebendlik ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları, mâ-fevkinde bulunan âmirlerinin emriyle yapmış ise bu cezalar bu emri eden kimse hakkında icra kılınır. Ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren vefat eder⁴ veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir gûne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cür'et eden memur hakkında kâtil veyahut cârih cezası dahi icra edilir”.

Fransa Ceza Kanunu'nun hürriyet-i şahsiyeye tecavüz hakkındaki ikinci faslı

“114. Devletin bir memur-ı resmîsi veya bir memurun vekili hürriyet-i şahsiyeye, tebeadan bir veya birkaç ferdin hukuk-ı medeniyesine veya Kanun-ı Esasî'ye tecavüz ve teaddi eder veya etmeyi emreyleyler ise hukuk-ı medeniyeden ıskât cezasıyla mahkum olacaktır.

Fakat mâ-fevkin i'tâsına mezun ve kendisinin müteselsilen itaate mecbur olduğu bir emrine tevfik-i hareket eylediğini ispat eylerse muaf olup mücazat i'tâ-yı emreden mâ-fevke terettüb edecektir.

115. Yüz on dördüncü maddede beyân olunan ahvâlin veya bunlardan birinin icrasını emreden veya bizzat icra eyleyen bir nazır olur; ve Sénatus-Consulte [organique] du 28 floréal an XII Kanunu'nun [18 Mayıs 1804] 63 ve 67'nci maddelerinde mezkur ihtarâttan sonra muayyen müddette cerâimi ref etmez ise nefy ve iclâ cezasına müstehak olur.

116. Kanun-ı Esasî'ye mugâyir hareketi emreden veya müsaade etmekle maznun bulunan nuzzâr imzalarının hile ve desise tertibiyle ele geçirildiğini iddia ederlerse fiili ref eyleyerek, ele geçireni ihbara mecburdurlar; aksi halde şahsen mes'ul olacaklardır.

117. 114'üncü maddede muayyen cerâimin sebebiyet verdiği zarar ve ziyan ya hukuk-ı umumiye davasıyla ma'an veya ayrıca hukuk-ı âdiye tarikiyle talep edilecek ve taleb-i vâki eşhâsa, ahvâle ve vukû bulan zarara nazaran fasl edilecek ve mutazarrır olan şahıs

⁴ Kanun metninde “vefat eder” değil, “fevt olur” şeklindedir.

kim olursa olsun zarar ve ziyan habs-i gayr-ı meşru'un her günü ve her şahıs için yirmi beş franktan aşağı olmayacaktır.

118. Nazırın veya diğer bir memur-ı resmînin imzasını sahtekârlıkla taklit etmek suretiyle Kanun-ı Esasi nakz u ihlâl edilmiş ise gerek sahtekârlar, gerek bilerek istimal edenler tamam on beş sene muvakkat kürek cezasına mahkum olacaklardır.

119. Gerek mevkufine mahsus mahalde, gerek âhar bir yerde gayr-ı meşru surette icra edilen tevkifler hakkında zabita-i idare veya adliye memurlarına vukû bulan taleb-i muhikk u meşru red veya ihmal edilir ve memurîn-i mumaileyhim ef'âl-i mezkureyi mâ-fevklerine iş'âr eylediklerini ispat eyleyemezler ise hukuk-ı medeniyeden ıskât edilecek ve yüz on yedinci maddeye tevfikân tesviye edilmek üzere zarar ve ziyan ile mahkum olacaklardır.

120. Bir tevkif emri veya mahkeme hükmü veyahut hükümetin kabul ed[il]en bir emr-i muvakkati olmaksızın bir mahbusu tevkifhane, hapishane bekçi ve muhafızları, böyle bir mahbus[u] alıkoyanlar veya bir mahbus[u] müddeî-i umumî veya hakim bir emr-i mâniî olmadan zabita memuruna veya emrini hâmil olan kimseye göstermeyenler, defterlerini zabita memuruna ibraz eylemeyenler bi-gayr-ı hakkın habs-i eşhâs fiillerini irtikâb edenler gibi altı aydan iki seneye kadar hapis ve on altı franktan iki yüz franka kadar ceza-yı nakdî ile mahkum olacaklardır”.

[Hükümlerin Mukayesesi]

Osmanlı Ceza Kanunu'ndaki yüz üçüncü madde işkenceden ve Fransa Ceza Kanunu'nun yüz on dördüncü maddesi tevkif-i gayr-ı meşrudan bâhis olup birincisi ikincisinden pek ba'iddir. Fransa Ceza Kanunu'nun yüz on dördüncü maddesini takip eden maddeler ve bilhassa yüz yirminci madde-i esasiye Osmanlı Kanunu'nda açık kalmıştır. Eğer Ceza Kanunu'ndan Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'na geçildikte bu açıklık daha ziyade mûcib-i hayret olur. Zira hürriyet-i şahsiyenin masûniyeti hususunda Fransa Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nda mevcut kuvâ-yı teyidiye (cezalar), Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiyesine aynen alınmıştır. Ve bunu ispat için Fransa Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nun 603 ila 618'inci maddeleriyle Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiyesi'nin 448-462 maddelerini⁵ mukayese etmek

⁵ Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati'nin atıf yapılan 448-462. maddeleri, “Muhakemâta dairdir” başlıklı ikinci kitabın “Menâfi'-i umumiyeye dair bazı mevâdd beyânındadır” başlıklı altıncı bâbında yer alır; 448. madde “Tevkif ve hapishaneler hakkındadır” başlıklı ikinci faslın ilk maddesi, 462. madde ise “Mahbusiyet-i nâ-meşrû'aya karşı hürriyet-i şahsiyenin suret-i vikâyesi beyânındadır” başlıklı üçüncü faslın son maddesidir.

kâfidir. Bâlâdaki tafsilât hep memurîn-i devletin salâhiyet-i memuriyetlerini sû-i istimâllerine karşı vaz olunan cezalara aittir.

Eşhâs-ı âdiye tarafından hürriyet-i şahsiyeye vukû bulan taarruzât ve tecavüzâtın mücazâtı Osmanlı Ceza Kanununun 203, 204'üncü maddelerinde⁶ gösterilmiştir ki bunlar Fransa Kanun-ı Cezasının⁷ 341-344'üncü maddelerinden aynen iktibas edilmiştir.

[Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunundaki Noksanın Telifisi]

Mukaddimede beyân edildiği vechile salâhiyet-i kanuniyenin nâkısan istimâli, ve-siyyemâ tahkikatın ehemmiyetsizce cereyanı, takibâtta müsamaha vukûu ile pek çok imtidâd eden habs-i ihtiyatîlere sebebiyet verilmesi hürriyet-i şahsiyenin ihlâlini intâc eder ki bu noktada pek tabîi olarak, Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu noksandır. Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nun tahkikata taalluk eden her kısmı hemân Fransa Usul-i Cezaiyesinin harfiyen tercümesidir. Kavânîn-i Osmaniyenin tanzimine 1879 tarihinde başlandı. Adliye memurlarının hiffet ve müsamahasına karşı hürriyet-i şahsiye teminatı hususundaki noksan Fransa'da bile ancak 1897 tarihinde ikmâl edildiğinden Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'na bittabi giremedi. Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nun seksen sekizinci maddesi⁸ Fransa Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nda [1897] tarihinden mukaddem mevcut olan doksan üçüncü maddenin tamamen aynıdır. Tabir-i

⁶ Ceza Kanunname-i Hümâyûnu, 203. madde: "Her kim olur ise olsun memurîn-i hükümetin emri olmaksızın aşhab-ı töhmetin tevkifi hakkında kavânîn ve nizamâtın tayin etmiş olduğu usulün haricinde olarak bir şahsı hapis ve tevkif eyler veya rehin suretiyle saklar ise altı mahtan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur. Bu suretle hapis ve tevkif olunan veya rehin suretiyle saklanılan eşhası ihfâ için bilerek yer gösteren kimse dahi kezalik üç mahtan üç seneye kadar hapsolünür". Ceza Kanunname-i Hümâyûnu, 204. madde: "Madde-i sâbıkada mezkûr olan tevkif-i eşhas cürmünü bir kimse devlet memuru ziy u kıyafetine girerek veyahut sahte isim söyleyerek veyahut memurîn tarafından sahte emir göstererek icraya cesaret eyler ise hakkında muvakkat kürek cezası icra olunur. Kezalik tevkif olunan şahıs idam ile ihâfe olunmuş veyahut hakkında cismen eziyet ve işkence edilmiş ise buna cesaret eden şahıs her halde muvakkat kürek cezasına müstehak olur".

⁷ Metinde, "Medenîsinin".

⁸ Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati, 88. madde: "Celb müzekkeresiyle getirilen eşhâs derhal ve ihzar müzekkeresiyle getirilenler nihayet yirmi dört saat zarfında mustantik tarafından istintak olunacaktır".

diğerle her maznûnun-aleyhe esbâb-ı mûcibe tebliğ etmek ve bunlar tedkik ve münakaşa edilmeksizin tevkif edilmemek ve bir vekil hâzır bulunmaksızın isticvâb olunmamak hususlarındaki hürriyet-i şahsiye muhafazasına dair olan takayyüdât, 8 Kânunıevvel 1897 tarihinden evvel Fransa kanunlarında mevcut olmadığından bittabi kavânîn-i Osmaniyeye de alınamamıştır. Kavânîn-i Osmaniyenin hal-i hâzırıyla mukayeseye dair olan mesrudât-ı muhtasara-i sâlifeden anlaşılıyor ki kavânînin bu kısmı, gerek hukuk-ı İslâmiye ve gerek medeniyet-i hâzıra esasâtı nokta-i nazarından, âtîde muharrer olan mevâddın kabulü ile ikmâl ve hürriyet-i şahsiye esasâtı ile tevfiğ edilmiş olacaktır. Ve teklif olunan [maddelerin] tarz-ı tahriri[nin], bu mevâddın Osmanlı vâzı'-ı kanunlarının Fransa kanunlarından iktibas etmiş oldukları şekle de tamamiyle muvâfık olduğu meydandadır.

İşbu maddelerden evvel diğer bir madde vaz edilmiştir ki bu ilk madde vaz edilmediği takdirde mevâdd-ı müte'âkibeyi vaz etmek faidesiz olacaktır.

Memurîn-i hükümetin haiz oldukları kuvveti suistimâllerine karşı efrâdı muhafaza için en şiddetli kavânîn vaz edilse bile kavânîn-i mezkurenin tatbik ve suret-i müsaadekârânede icrası yine o memurlara havale edildiği halde o mevâdd-ı şedideden matlub ve muntazar olan fevâidin istihsâl edilemeyeceği pek tabiidir.

[Teklif Edilen Maddeler]

Birinci madde: Memurîn-i resmiye her ne derece ve rütbede olursa olsun ifa-yı vazife ettikleri esnada efrâd-ı ahali hakkında îkâ' edecekleri cinayet ve cünha ve kabahatten ve hasarâttan dolayı icra-yı muhakemeleri mehâkim-i âdiyeye ait olacak ve haklarında itâ edilecek olan ceza ve zarar ve ziyan kararları hükümet-i icraiyeden evvelce istihsâl-i ruhsata hâcet kalmayarak usul-i muhakeme-i âdiye mûcebince icra edilecektir.

Bütün memurîn-i hükümet ef'âl-i cürmiyelerinden ve netâicinden doğrudan doğruya ve şahsen mes'uldür.

Ef'âl-i cürmiyenin âmir-i mâ-fevki tarafından verilen emre müsteniden icra edilmiş olduğuna dair delil irâe edilse bile Kanun-ı Ceza'nın 45 ve 46'ncı maddelerinde⁹ muharrer iştirâk-i cürmî kavâidinin tatbikinden başka bir tesiri

⁹ Bu iki madde, II. Meşrutiyet döneminde değiştirilecektir. Burada, Kont Ostrorog'un atıf yaptığı ilk

haiz olamaz.

İşbu ahkâma mugâyir olan kâffe-i mevâdd-ı kanuniye mefsuhtur.

İkinci madde: Memurîn-i hükümetten biri hürriyet-i şahsiyeye tecavüzkârâne bir fiil icra veya icrasını emrederse altı aydan üç seneye kadar hapis ve bu taarruzdan mutazarrır olan şahsın zarar ve ziyanına hâlel gelmeyerek müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezasıyla mücazat olunur.

Üçüncü madde: Birinci maddede muharrer tecavüzâtтан dolayı hükmedilecek zarar ve ziyan gerek ceza ve gerek hukuk mahkemesinde talep edilebilecek, eşhâs ve ahvâl ve zarar-ı vâki nazar-ı dikkate alınacak, hilâf-ı kanun ve keyfî hapisten dolayı hükmedilecek zarar ve ziyan ve tazminat her şahıs için yevmiye birer lira-yı Osmanîden dûn olmayacaktır.

Dördüncü madde: Eğer hürriyet-i şahsiyeye tecavüz bir nazırın veya bir memurun imzasını takliden vukû bulmuş olursa mütecâsirleriyle bilerek istimâl edenler muvakkat kürek cezasının hadd-i a'zamı ile mücazat olunacaktır.

Beşinci madde: Zabıta-i idare veyahut zabıta-i adliye vazifesiyle mükellef olan memurîn hapishanelerde veyahut başka bir mahalde kanuna muhalif ve keyfî hapis hakkında kendilerine vukû bulan ihbarâtı reddedecek veya nazar-ı itibara almayarak mâ-fevkine malumat vermeyecek olursa altı aydan üç seneye kadar hapis ve bir daha bir mahkeme ve mecliste memuriyet ifa edememek üzere memuriyetten tard cezasıyla mücazat olunur ve bundan başka ikinci maddede muharrer zarar ve ziyan ile de mahkum olur.

Altıncı madde: Tevkif ve hüküm müzekkeresi olmaksızın bir kimseyi alıp tevkif eden ve onu polis memuruna veya emrini hâmil olana, müddeî-i umûmî ve hakim tarafından men edilmiş olduğunu isbat etmeden, göstermeyen ve polis memurlarına hapis ve tevkif müzekkerelerini irâe ve ibrâz etmeyen gardiyan ve kapıcılar hilâf-ı kanun habs-i eşhâs mücrimi olmak üzere altı aydan iki seneye kadar hapis ve beş liradan elli liraya kadar ceza-yı nakdî ile mahkum olacaklardır.

hallerini aktarıyoruz: Ceza Kanunname-i Hümâyûnu, 45. madde: “Bir cürmün müşterek failleri kanunun sarahati olmayan mevâdda ol cürmün fail-i müstakilli gibi mücazat olunur”. Ceza Kanunname-i Hümâyûnu, 46. madde: “Cürümde müşterek olanlar istirdâd-ı emvâl-i mesrûka ve tazminat ve mesârıf-ı sâire ifasında kefil bi'l-mal kaidesine tatbikan yekdiğerin kefilî itibar olunarak birinin kudreti olmadığı halde kudreti olandan ahz u tahsil kılınır”.

Yedinci madde: (Osmanlı Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nun seksen sekizinci maddesine¹⁰ zeyl:) Mustantık bir celb müzekkeresi ile gelen şahsı derhal ve ihzâr müzekkeresi ile tevkifhaneye getirilen şahsı en nihayet yirmi dört saat zarfında istimâ edecektir. Bu müddetin inkizâsında ser-gardiyan tarafından derhal istintakı icra ettirilmek üzere müdde-i umûmîye sevk olunur. Mustantığın reddi veya adem-i mevcudiyeti veyahut mazeret-i kanuniyesi halinde maznûnun-aleyh müdde-i umûmînin talebi ile reis-i mahkeme veya tayin edeceği aza tarafından derhal isticvâb edilir ve bunların hiçbirisi kâbil olamadığı takdirde müdde-i umûmî maznûnu derhal tahliye eder. İhzâr müzekkeresi ile getirilip fıkra-i sâbıka vechile isticvâb ve müdde-i umûmî huzuruna da sevkedilmeyerek hapis müddeti yirmi dört saatten ziyade devam ederse hilâf-ı kanun hapsedilmiş addedilecektir. Fıkra-i sâbıka ahkâmına tevfiğ-i muamele etmeyen ale'l-umûm gardiyanlar ve tevkifhane ve hapis hane memurları ve müdde-i umûmîler hürriyete tecavüz etmiş addedilerek müdde-i umûmîler veyahut müdde-i umûmîlik memurları beşinci, gardiyanlar ve sâir hapis hane memurları altıncı madde mücebince mücazat edileceklerdir. Ve her halde zabıt kitâbeti, mustantık ve müdde-i umûmî aleyhinde beşinci maddenin tatbikine hâlel gelmeyecektir.

Sekizinci madde: Maznûn birinci defa isbat-ı vücud ettiği zaman mustantık hüviyetini tayin ve kendisine isnâd olunan ef'âlî beyân ettikde maznûna ifade verip vermemekte serbest olduğunu ba'de'l-beyân muvâfakat ettiği halde ifadesini ahz eder ve mustantığın bu babdaki beyânı zabıt varakasına dercolunur. Maznûniyet devam ederse mustantık maznûnun bir dava vekili intihâb etmek hakkı olduğunu beyân eder ve eğer maznûn dava vekili intihâb etmez ve vekilin huzurunu talep ederse reis-i mahkeme bir vekil-i fahrî tayin eder. Ve bu muamelat da zabıt varakasına tahrir olunur.

Dokuzuncu madde: Eğer maznûn mevkûf kalırsa vekil ile serbestçe ihtilât edebilir ve hiçbir surette maznûn vekil ile münasebette bulunmaktan men edilemez.

Onuncu madde: Maznûn tayin ettiği avukatın ismini mustantık kâtibine veya ser-gardiyanına bildirmeye mecburdur. Mevkûf veyahut serbest bulunan maznûnun-aleyh, suret-i mahsûsada ferâgat etmedikçe dava vekili hâzır

¹⁰ Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati, 88. madde: "Celb müzekkeresiyle getirilen eşhâs derhal ve ihzar müzekkeresiyle getirilenler nihayet yirmi dört saat zarfında mustantık tarafından istintak olunacaktır".

bulunmaksızın isticvâb ve hiç kimse ile müvâcehe edilemez. Dava vekili mustantık tarafından müsaade edilmedikçe söz söyleyemez. Ve müsaade edilip de söz söylemediği takdirde keyfiyet zabıt varakasına dercolunur. Dava vekili ekalli yirmi dört saat mukaddem tezkire-i mahsûsa ile davet edilir. Evrak-ı dava maznûnun-aleyhin isticvâbından bir gün mukaddem dava vekilinin mütalaa ve tedkikine âmâde olur. Ve ittihaz edilecek her karardan vekil, kâtip marifetiyle derhal haberdar edilir.