

**DEVLET-İ ‘OSMÂNİYYEDE MUSÂDEME-İ HUKÛK VE ROMA
HUKÛKU***

**(İlm-i Hukûk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası, 1326, Cilt: IV, s. 685-
691, 902-906)**

*Conflict of Law and Roman Law in Ottoman Empire
(Journal of Jurisprudence and Comparison of Laws, 1326, Volume: IV, pp.
685-691, 902-906)*

**Kozana Dava Vekillerinden Kostantin
Çev. Seda ÖRSTEN ESİRGEN****

Hukûk-ı ‘Âile

Devlet-i ‘Osmâniyyede bulunan Rûmlar için hukûk-ı ‘âileden mütevellid münâsebât-ı kânûniyenin takriben kâffesi Roma hukûkî ahkâmı ta’yîn eder. Bu münâsebât düvel-i sâire-i mütemeddinenin ekserisinde münâsebât-ı medeniyye-i cismâniyyeden add olunub i’tibâr ve sıhhat ve fesh ve fesâd ve netâyic-i sâire-i kânûniyyesi mehâkim-i âdiyyede rü’yet ve kavânîn-i medeniyye-i ‘umûmiyye tatbîk edilmekde ise de bizde hâlâ sıfat-ı rûhâniyye ile tavsîf ve temyîz edilmekdedir. Bunun sebebi Devlet-i ‘Osmâniyyenin ekseriyetini teşkîl eden efrâd-ı İslâmiyyenin bu gibi münâsebât-ı ‘âilelerini ta’yîn eden usûl-i kavânîn ahkâm-ı şer‘iyye(dîniyye)den ‘ibâret bulunmuş olmasıdır. Buna kıyâsen efrâd-ı gayr-i

* Mâkablî: Mukâyese-i Kavânîn Mecmû‘ası nüsha 17 20 21-22
Constitution Francaise du 3 Sept. 1791 “la loi ne considere le mariage que comme contrat civil”

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
(orsten@law.ankara.edu.tr).

Müslimenin dahi bu gibi münâsebâtı ezmine-i kadîmeden berü Devlet-i ‘Osmâniyyede hükümfermâ olan fikr-i rûhânîye binâen şekli-i rûhânî-i dînî ile tenvî’ edilerek dîne müte‘allik münâsebâtdan add olunmuş ve olunmaktadır. Ortodoks mezhebinin kütüb-i dîniyyesinde nikâhın kudsiyeti zikr olunursa da bu akdin netâyic-i kânûniyyesi hep Roma hukûkuyla ta‘yîn edilir ve Roma hukûku ise hukûk-ı medeniyye-i cismâniyyedendir vak‘ian Roma hukûkunca nikâhın ta‘rîfinde hukûk-ı insâniyye ve Allahiyyenin ihtilâtı (juris divini et lumani communicatio) ta‘bîrâtı vardır. Fakat bundan maksad akd-i nikâhın ulviyyetini göstermekdir yoksa akd-i nikâhdan mütevellid münâsebât-ı kânûniyyenin bir gûna ahkâm-ı Allahiyye ile ta‘yîni için değildir. Her nasıl ise de ‘umûmiyyet i‘tibâriyle gerek Müslim ve gerek gayr-i Müslim efrâd-ı ‘Osmâniyyeye müte‘allik ve hukûk-ı ‘âileden mütevellid münâsebât-ı kânûniyye hukûk-ı rûhânî-i dîniyyeden add olunub bu husûsda cihet-i intizâm-ı ‘umûmî (ordre publique) vardır. Yani ‘âileden mütevellid münâsebât-ı kânûniyyenin tarafının ahkâm-ı dîniyye-i şahsiyyeleri ile ta‘yîn ve hükm olunması husûsu intizâm-ı ‘umûmînin bir emridir. Ve hilâfına hareket etmek memnû‘ olduğu gibi bir netîce-i kânûniyye dahi tevlid etmez gerçi bu husûsda ahkâm-ı şer‘iyye ve Roma hukûku ahkâmı mucibince intizâm-ı ‘umûmî ma‘nâsında bir ittifâk görülmekte ise de akd-i nikâhın tafsîlât ve netâyicinde intizâm-ı ‘umûmî nokta-i nazarından bu ittifâk bâkî değildir. Meselâ ahkâm-ı şer‘iyyece bir erkek aynı zamânda birden ziyâde zevce almak memnû‘ olmadığı hâlde Roma hukûku ahkâmınca kat‘iyyen memnû‘ olub emr-i intizâm-ı ‘umûmîye muhâlifdir. Kezâlik bir Müslimin Hıristiyân bir hâtûnla akd-i izdivâc etmesi câiz ise de Patrîkhâne ahkâmı mucibince bu izdivâc meşrû‘ olmayub bâtil ve ke‘en lem yekün hükmündedir. Ma‘a-hazâ Müslim bir hâtûn gayr-i Müslim bir erkekle akd-i izdivâc şer‘an câiz olmayub bu nikâhın bir netîce-i kânûniyyesi yokdur. Binâen aleyh bu tafsîlâtta nikâh maddesi husûsunda intizâm-ı ‘umûmînin bir ma‘nây-ı müttehid ve yegânesi yokdur ve Roma hukûkuyla ahkâm-ı şer‘iyyenin musâdemesi bâkîdir. Hukûk-ı ‘âileden ma‘dûd olub Roma hukûkuyla ta‘yîn eden münâsebât-ı kânûniyye ber-vech-i âtîdir. (1) Nişân (2) Nikâh (3) Zevciyyetin nikâhdan mütevellid münâsebât-ı maddiyeleri (drahoma, cihâz, nafaka) ve (4) Evlâd-ı ma‘neviyye. İş bu münâsebâtın esâsı ve mâhiyyeti ve i‘tibâr ve butlânı ve netâyic-i sâire-i kânûniyyesi Roma hukûku ahkâmıyla ta‘yîn ve hükm olunmakda etdiğinden her birinin ayrıca tedkîkine lüzûm görülmüşdür.

I

Nişân

Ahkâm-ı şer‘iyyede nişân akdine müşâbih bir akd yokdur. Binâen aleyh bu akdin sûret-i in‘ikâdı ve netâyic-i kânûniyyesi mücerred Roma hukûkuyla ta‘yîn edeceği gibi bundan mütevellid da‘vâlar dahi Patrîkhâne mecâlisinde rü‘yet olunmalıdır. Roma hukûku ahkâmınca “akd-i nişân nikâh-ı müstakbelin va‘d-i mütekâbilidir” diye ta‘rif olunur² ya‘ni tarafeyn zamân-ı müstakbelde akd-i nikâh edeceklerini yek diğerine va‘d ederler akd-i nişânın sübût ve tasdiği için eski Roma zamânında bir demir yüzüğü verilmekte etdüğü gibi şimdilik dahi tarafeynden her biri diğerine birer yüzük veya sâir zî-kıymet eşyâ vermektir. Bu eşyâya dahi nişân (arrha) ta‘bîr olunur.

Akd-i nişân rızâ-i tarafeynle in‘ikâd edüb³ Roma hukûkunca resm-i ‘ayn icrâsı şart değildir. Bu akdin mevâni‘i akd-i nikâhın mevâni‘i gibidir. Zirâ nişân akd-i nikâhı i‘dâd ve tehyi‘e eder bir akiddir. Ma‘a-mâfih her nişânda bulûğ-ı tarafeyn şart olmayub yedi yaşında bulunan sagîr mümeyyizler dahi akd-i nişân edebilirler. Akd-i nişânda rızâ-i tarafeyn doğrudan doğru şifâhen îcâb ve kabûl ile olduğu gibi tahrîren ve resûl ve mutavassıt tarîkiyle dahi beyân olunabilir. Akd-i nişâna tavassut eden bir şahsa nişânlanmış olan taraftan bir şey’in verilmesi ve va‘d olunub da ba‘dehu bu va‘d ifâ edilmezse va‘d edenin aleyhine bir da‘vâ tevellüd edüb⁴ merci‘-i rü‘yet Patrîkhâne mecâlisidir zirâ akd-i nişân tevâbi‘ ve teferru‘âtıyla ma‘nen cârîdir.

Akd-i nişân tarafeyni akd-i nikâha icbâr edemez. Zirâ akd-i nikâhda mâdâm ki rızâ-i tarafeyn şartdır eğer nişânlanmamış kimse akd-i nikâhı icrâdan ferâgat etmekte muhtâr olmasa idi nikâhda rızâ-i tarafeynin bir ma‘nâsı kalmaz idi. Binâen aleyh akd-i nişân bir va‘d-i mütekâbil-i mücerredir. Şu kadar ki Roma hukûkunda muharrer esbâbdan biri mevcûd olmaksızın tarafeynden biri akd-i nişânı hûd-be-hûd fesh ederse eğer nişânı veren taraf ise vermiş olduğunu ? eder ve nişânı alan taraf ise nişânı iki kat olarak taraf-ı diğere i‘âde etmeğe mecbûrdur. Kezâ nişânlılara verilen

¹ Karasa? – Hukûk-ı ‘Âile sahife 139 – Karovkiro? Hukûk-ı ‘Âile Düstûru s. 15.

² Meclis-i muhtelit mukarrerâtı 20 sene 1866

³ Armenoplu? kitab? 4 bahs 3 fıkra 12

hediyeler dahi nişânın feshinde i‘âde olunur. Bundan mâ‘dâ akd-i nişânın netâyic-i kânûniyyesi yokdur.

Bir müddet Bizans İmparatorluğu zamânında nişânın feshine bilâ-sebeeb cür’et eden tarafın ceza-i nakdî dahi vermesi ta‘yîn olunmuş idi ise de bi’l-âhire iş bu usûl akd-i nikâhdaki tarafeynin istiklâliyet ihtiyârına mugâyir görüldüğünden ilgâ olunmuştur. Meğer ki esnâ-i akd-i nişânda ceza-i nakdî tarafeynin rızâsıyla meşrût ola. Ber-vech-i meşrûh nişânın âdiyen veya iki kat olarak i‘âdesinden mâ‘dâ Roma hukûkunca tazmînât-ı sâire yokdur. Gerçi bu husûsda tazmînâtı hâvî Patrîkhâne ve Metropolîdhâne mehâkiminden sâdir olan birçok mukarrerât var ise de⁵ âdât-ı mahalliyyeye müstenid olanlardan mâ‘dâsı Roma hukûku ahkâmı hâricinde verilmiştir. Bu bâbdaki tazmînât da‘vâları olsa olsa Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûnunun 106 ncı maddesi şerâ’iti dâiresinde vâki‘ olabilür ve ol hâlde bir tarafın fesh-i nişâna sebebiyetini hâvî ve mahkeme-i ruhâniyyede sâdir olan i‘lâm nizâmiyyede beyyineden add olunmalıdır.

2

Nikâh

Ahkâm-ı şer‘iyye ta‘rîfince “nikâh (mülk-i mut‘a)yı ya‘ni nikâhına mâni‘-i şer‘i bulunmayan mer’eden recülün istimtâ‘nın hallini kasden ifâde eden bir akiddir”⁶ Roma hukûku ahkâmınca dahi akd-i nikâh “Zevc ve zevcenin ittihâdıyla bütün hayâtın iştirâki ve hukûk-ı Allahiyye ve insâniyyenin ihtilâtından i‘bâretdir”⁷.

Akd-i nikâh gerek ahkâm-ı şer‘iyye ve gerekse Roma hukûku indinde rızâ-i tarafeynle in‘ikâd eden ukûd-i âdiyyeden bulunmasına rağmen iş bu akdin ehemmiyet ve netâyic-i fevka’l-‘âdesine binâen âlem-i İslâmiyyetde ahkâm-ı dîniyye makâmında olan ahkâm-ı şer‘iyyeye mübtene ve Ortodoks âleminde dahi resm-i ‘ayn ve kudsiyetle mütelebbis bir akiddir.

Rûm Patrîkhânesi ahkâmınca şekl-i dîni (forme religieuse) ile icrâ olunmayan nikâh hadd-ı zâtında bâtil olub feshi için hükm-i hâkim lâzım değildir.

⁴ Karovkiro?– Hukûk-ı ‘Âile Düsturu 44-52 bunlara muhâlif mukarrerât 52-53

⁵ Süleyman Sırrı – Hülâsât’ül-muhtareyn s. 7

⁶ Pandekte – Kitâb – 23 bahs 2 fıkra 1§1

Usûlü dâiresinde icrâ kılınan bir akd-i izdivâcıyla zevce zevcin taht-ı hâkimiyetine girmekle ‘umûmiyyet i‘tibâriyle zevceteyn beynindeki münâsebât-ı nikâhiye-i kânûniyye zevcin tâbi‘ olduğu hukûkla ta‘yîn eder⁸ binâen aleyh zevceteyn Rûm mezhebine mensûb ise beynindeki nikâhdan mütevellid kâffe-i münâsebât-ı kânûniyye Roma hukûkuyla ta‘yîn edeceği gibi farzâ zevc Rûm ve zevce Ermeni veya Latin olacak olursa yine Roma hukûkuyla hükm olunacaktır. Kâ‘ide-i ânifeye binâen bu gibi husûsların rü‘yetine salâhiyyetdâr bulunan mahkeme dahi Rûm Patrîkhânesi mehâkimidir. Fakat bu kâide yalnız şekl ve şerâ‘it-i kânûniyye dâiresinde icrâ kılınub sahîh ve mu‘teber akd-i nikâh hakkındadır. Yoksa sıhhat ve i‘tibârına hükm olunmak lâzım gelen nikâh ihtilâfâtında tarafeynin ehliyeti ve mevânî‘in mevcûdiyeti gibi mesâ‘ilde her iki tarafın kavânîn-i şahsiyyeleri nazar-ı i‘tibâra alınmalıdır. Bu gibi mesâ‘ilden dolayı akd-i nikâhın feshine hem zevc ve hem de zevcenin tâbi‘ olduğu mahkeme-i ruhâniyyeleri salâhiyyetdârdır. Zîrâ tarafeynden birinin ahkâm-ı şahsiyyelerince akd-i vâki‘ bâtil veya fâsid olursa velev ki taraf-ı diğerk ahkâmınca böyle olmasa bile yine nikâh mefkûddur. Nikâhda tarafeynin ehliyet ve şerâ‘it-i şahsiyyesi tam olmalıdır.

3

Roma Hukûkunun Hudûd-ı Hükm ve Tevsi‘i

Mesrûdât-ı sâbıkadan müstebân oluyor ki Roma hukûku ‘an-asl Devlet-i ‘Osmâniyyede bulunan efrâd-ı Rûmiyyeye mahsûs olmak üzere vaz‘ ve mer‘iyyeti kabûl olunmuş bir usûl-i kavânîndir. Fakat bir cemiyet, bir devlet içerisinde yaşayan eşhâs münferid ve müteferrik sûrette yaşamak kâbil olmadığından hem millet hem mezheb olan eşhâsdan mâ‘adâ eşhâs-ı sâire ile dahî münâsebât-ı kânûniyyede bulunuyorlar. Şu hâlde aslen ve esâsen Roma hukûkuna tâbi‘ bir münâsebet-i kânûniyyede Rûmlardan mâ‘adâ mezâhib-i sâireye mensûb efrâd-ı ‘Osmâniyyeden diğerk bir şahıs dahi bulunacak olursa hangi kânûn tatbîk olunacak? Mesela Rûm vasiyetnâmesinde zikri câiz olan bir ‘akâr mûsaleh tarafından bir İslâm veya Museviye satılır bi‘l-âhire verese-i sâire tarafından vasiyetnâmenin butlânına dair mûsaleh aleyhine merci‘-i ‘â‘idinde bir da‘vâ ikâme olunur ve da‘vânın neticesinde dahi vasiyetnâmenin feshine hükm edilir. Bu husûsda müşterî bulunan İslâm veya

⁷ Bar-Internationales Priv.Rechtg. 77.

Musevinin mevki‘-i kânûniyyesi neden ibâretidir? Kendi hakkını hangi kânûnla müdafâ‘a edecektir? Verese beynindeki da‘vâya hakk-ı duhûl ve itirâzı var mıdır? Bâ-husûs mûsaleh şahs-ı vâhid olub da ba‘de‘l-bey‘ fevt olsa husûmet-i da‘vâda ve ta‘yîn-i merci‘de hangi kânûn tatbîk olunacaktır?

Bu bâbda ittihâz olunacak esâs hukûk-ı husûsiye-i düvel kavaidi olmalıdır? Zirâ hukûk-ı husûsiye-i düvel kavâidi yalnız iki devlet tebe‘ası arasındaki tekevvün eden münâsebât-ı kânûniyyenin ta‘yînine değil belki bir devlet hudûdî dâhilinde iki veya ziyâde memleketin kavânîn-i muhtelifesinin musâdemesine veya memâlik-i müteferrikada olmayub aynı mülkde ve lakin münâsebât-ı kânûniyyeleri kavânîn-i muhtelifi ile ta‘yîn edilen birkaç sunûf ahâlîye mahsûsdur.⁹

Roma hukûku yalnız Rûm milletine mensûb efrâd-ı ‘Osmâniyyenin ba‘zı münâsebâtını ta‘yîn için vaz‘ olunmuş bir usûl-i husûsiye ve istisnâ‘iyye ise de bu husûsiyyet ve istisnâ‘iyyet eşhâsa (ratione personae) müte‘allik olmayub envâ‘-ı münâsebât ve mevâdda (ratione materiae) mütedâ‘irdir. Binâen aleyh Roma hukûkuyla ta‘yîn olunması makbûl bulunan bir münâsebet-ı kânûniyyede velev Rûmlardan olmasun efrâd-ı ‘Osmâniyyeden her kim ki bulunursa ol münâsebât ve madde-i kânûniyyeye dâimâ Roma hukûkuyla hükm olunacaktır. Şu hâlde tebe‘a-i ecnebiyeden biri dahi Devlet-i ‘Osmâniyyede böyle bir münâsebet-i kânûniyyede bulunacak olursa kavânîn-i sâire-i ‘Osmâniyyeye tâbi‘ bulunması mümkün olduğu kadar Roma hukûkuna dahi tâbi‘ bulunacaktır.

Bu kâide ile beraber şunu da zikr etmeli ki Roma hukûkuyla te‘ayyün eden mevâdd Rûmların ahvâl-i şahsiyyelerine müte‘allik bulundukca artık (statut personnel) ta‘bîr edilen hukûk-ı şahsiyyeden add olunur ki bu cihetce Roma hukûkunun eşhâsa dahi ta‘alluku vardır. Meselâ ahvâl-i nikâh ve nesebde olduğu gibi bu münâsebâtda ister Devlet-i ‘Osmâniyyenin dâhilinde ister hâricinde olsun hukûk-ı husûsiye-i düvel kavâidi tatbîk olunacak ve efrâd-ı Rûmiyye-i ‘Osmâniyye hakkında hukûk-ı şahsiyye i‘tibâriyle dâimâ Roma hukûku esâsı ittihâz olunacaktır şu kadar var ki Roma hukûku esâsen bir sınıf-ı ahâlîye mahsûs olmak üzere vaz‘ ve kabûl edilmekle bir kanûn-ı mahsûs ve istisnâ‘î demek olub Roma hukûkuyla ta‘yîn edilegelen bir

⁸ Bar-internationales Privat und Strafrecht p. 22
Asser-Rivier – Droit international privé p 4

münâsebet-i kânûniyyeye merbût olan mevâdd ve münâsebât-ı sâirede mâ-bihî't-tatbîk olan kavânîn dâimâ kavânîn-i 'Osmâniyye-i 'umûmiyyedir. Meselâ Roma hukûkunda mürûr-ı zamân on beş senedir. Vaz' ettiğimiz kâideye tevfiân meselâ vasiyetnâme ve cihâz gibi de'âvide mürûr-ı zamân on beş sene olub bu müddetin mürûrundan sonra bu da'vâlar istimâ' olunmamalıdır kezâlik bu gibi de'âvide zuhûr edecek bulûğ mesâ'iline dahi yine kavânîn-i 'umûmiyye-i 'Osmâniyye ile hüküm edilmelidir.

4

Roma Hukûku Ahkâmının Tatbikiyle Mükellef Hükâm

Evvelce arz edildiği vech üzere Roma hukûku kavânîn-i mevzû'a-i 'Osmâniyyedendir fakat eşhâs ve mevâdd i'tibâriyla takyîd edilmiş bir nev'î hukûk-ı husûsiyye ve istisnâ'ıyyedir şu hâlde tatbikiyle mükellef olan hâkim kimdir? Acaba Roma hukûkunun tatbikine bi'l-cümle hükâm-ı 'Osmâniyye mecbûr ve salâhiyyetdâr mıdır? Bu bâbdaki kavânîn-i mevzû'a tatbik olunacak hukûk hakkında bir gûnâ sarâhati havî değildir. Gerek Patrîkhâne meclis-i muhtelit vezâ'ifi hakkındaki nizâmnamenin üçüncü maddesi ve gerekse 22 Kânûn-ı sâni 306 tarihli tahrîrât-ı sâmiye zikr ve ta'dâd eyledikleri mevâdd ve münâsebât-ı kânûniyye husûsunda Patrîkhâne mecâlisinin yalnız salâhiyyet-i 'adliyesini ta'yîn edüb yoksa bu husûsâtda tatbik olunacak nev'î hukûkdan bâhis değildirlere. Lakin ânifen zikr ettiğimiz esbâb-ı târihiyye ve ictimâ'ıyyeden dolayı Patrîkhâne mehâkim ve mecâlisini teşkil eden hükâm behemehâl Roma hukûkunun tatbikiyle mükellef ve mecbûrdur. Bu kâide nazariyât kabîlinden olmayub ahîren neşr ile Rûm Patrîk ve Metropolîdhânelerinde mevki'-i icrâiye vaz' olunan usûl-i muhâkemât-ı hukûkiye ta'limâtname-i dâhilînin ikinci kitâbın üçüncü maddesinde tasrîh kılınmıştır zâten bu mehâkimin hukûku (lex fori) Roma hukûkudur binâen aleyh bir hâkim berây-ı rü'yet huzûruna götürülen bir husûsda dâimâ kendi hukûkunu tatbik edecektir fakat bu kâide mutlak değildir. Tarafeyn Rûm olub da derdest-i rü'yet bulunan madde eğer rü'yeti kavânîn-i mahsûsa-ı sâire ile Patrîkhâneye tevdi' olunmuş mevâddan ise a'lel-'umûm Roma hukûku tatbik olunacaktır lakin bu mevâddın rü'yeti esnâsında sarâhaten veya zımnen Patrîkhâne salâhiyyet-i 'adliyesine verilmemiş bir münâsebet veya madde zuhûr edecek olursa bunda kavânîn-i 'umûmiyye-i 'Osmâniyyenin ahkâmı tatbik olunacak ve bunu tatbik edecek

hâkim dahî madde-i asliyeyi rü’yet eden hâkimdir (fer‘ asla tâbi‘dir – Mecelle madde 48-49-50)

Patrîkhâne salâhiyyet-i kazâsına verilmiş bir madde esâs da‘vâ olarak mehâkim-i sâire-i ‘Osmâniyyeye ikâme edildikde bu mehâkim Roma hukûkunun tatbîkine vazîfedâr mıdır? Tarafeynin her ikisi Rûm cemaâtine mensûblardan ise mâdâm ki esâsen bu gibi de‘âviyi rü’yete sarâhat-i kanûniyye ile yalnız Patrîkhâne mehâkimi vazîfedârdır sarâhat-i kanûniyyeye muhâlif ve salâhiyyet hâricinde olmak üzere verilecek hükm ister mahkeme-i şer‘iyyeden ister mahkeme-i nizâmiyyeden olsun ke‘en lem yekûn hükmünde ve binâen aleyh iş bu mes‘elede mehâkim-i mezkûre Roma hukûkunun tatbîkine ne vazîfedâr ve ne de mecbûrdur tarafeynin ikisi de yine Rûm olub ve lakin rü’yet edilecek madde esâs da‘vâyı teşkil etmeyüb mesâ‘il-i fer‘iyyeden ise (meselâ bir vârisin nikâhdan meşrû‘iyyet nesli, cihâza rabt edilmiş bir mâlın hâl-i kânûniyyesi gibi) bu mes‘elede tefrîk olunmalıdır. Esâs madde mehâkim-i şer‘iyyede rü’yet edilirse hâkim-i şer‘i yalnız ahkâm-ı şer‘iye ile hükm etmeğe me‘zûn bulunduğundan kendisince ma‘dûm bir hukûkla bi’t-tabî‘ hükm edemez ve’l-hâsıl mehâkim-i şer‘iyyenin hiçbir vakit Roma hukûkunun tatbîkine ne hak ve ne de vazîfesi yoktur.

Eğer esâs madde mehâkim-i nizâmiyyede derdest-i rü’yet ise gerçi bu mes‘elede Roma hukûkunun kavânîn-i mevzû‘a-i ‘Osmâniyyeden bulunması kâidesine binâen mes‘ele-i fer‘iyyenin dahi Roma hukûkunun tatbîki şartıyla madde-i asliyeyi rü’yet eden mahkeme-i nizâmiyye tarafından rü’yet ve hükm edilmesi bi-hakkın ve kaviyyen dermiyân ve iddiâ edilebilirse de şimdiye kadar ittihâz edilmiş usûle nazaran bu gibi mevâdd mesâ‘il-i müste‘hireden add olunarak mâhiyeti bâ-tezkire Patrîk ve Metropolîdhânelerden sû‘âl edilir veyahud (nâdiren) tarafeyne mes‘ele-i fer‘iyyenin halli zımnında merci‘-i ‘â‘idine mürâca‘ât etmeleri bi’t-tenbîh madde-i asliyenin rü’yeti ta‘lîk edilir,

Kezâlik tarafeynden biri Rûmdan gayri olub da mehâkim-i nizâmiyyede böyle bir mes‘ele-i fer‘iye zuhûr ederse yine Roma hukûku tatbîk olunmak şartıyla mes‘ele-i fer‘iyyenin madde-i asliyeyi rü’yet eden mahkeme tarafından hall ü fasl olunması lâzım gelir fikrindeyiz. Meğer ki bu mes‘ele aslen ve esâsen mesâ‘il-i ruhâniyyeden olmaya (meselâ nikâhda sıhhat ve i‘tibâr ruhâni mes‘elesine gibi) zirâ Patrîkhâneye verilen salâhiyyet-i kazâ bir

salâhiyyet-i fevka'l-âdedir ve sırf kendi cemâati mensubînine münhasırdır. 22 Kanûn-ı sâni 306 tarihli tahrîrât-ı sâmi de fikrimizi te'yid eder. Ve vasiyetnâmelere mütedâ'ir bir fikre vardırır – vâkı'a Patrîkhâne mehâkimi tarafından lâ-ekall biri Rûm olan da'vâları kabûl ve rü'yet ederlerse de (Talîmât-nâme-i dâhili kitâb 2 madde 8) zât-ı mâhiyet i'tibâriyle ruhânî olmayan bu gibi mesâ'ilde ha'iz-i salâhiyyet değildirler.

İşte iş bu ma'rûzâtdan müstebân oluyor ki Roma hukûku ahkâmının tatbîkiyle mükellef yalnız Patrîkhâne mehâkimi olmayub hükkâm-ı nizâmîyye-i 'Osmâniyye dahi kısmen mükellefdir.

5

Devlet-i 'Osmâniyyede Roma Hukûkuyla Ta'yîn Eden Münâsebât-ı Kanûniyye

Tanzîmât-ı Hayriye va'kasıyla Devlet-i 'Osmâniyye şekl-i dünyevî-i medenîyi (forme civil) almazdan evvel içinde yaşayan bi'l-cümle tebe'a ve efrâd-ı Rûmiyye-i 'Osmâniyyenin takrîben bi'l-'umûm münâsebât-ı kanûniyyeleri Patrîkhâne mecâlisinde rü'yet ve fasl olunarak bunlardan hususât-ı 'adliyyede Roma hukûku tatbîk edildiği misillu ba'zılarında 'adât ve te'amül-i kadîme dahi hükm edilmekte idi. Evvel zamanlarda henüz hâkimiyet-i düveliyye nazariyesi zemîni mahdûd olub teşkîlât-ı mehâkim dahi mevki'-i icrâ'iyye konmamış ettiğinden mecâlis-i ruhâniyyede rü'yet ve fasl edilen hususât meyânında bazen mezheb esâsından pek uzak bulunan mesâ'il-i idâre ve cezâiye bile rü'yet olunduğu müverrahdır (Nouradja d'Ohson vesairleri). Sudûr eden kararlar dahi bir gûna şekl-i usûlü lâbis olmaksızın Patrîk veya Metropolidlerin ihbâr ve ricâsı üzerine evvel zamân me'mûrîn-i devlet tarafından heman icrâ olunurdu. Bu hususâtda tarafeynden biri bazen Rûmdan gayri dahi bulunmuş olduğu yine evvel zamân müverrihlerinden hikâye olunmaktadır¹⁰ fakat kuvây-i devletin teşkîlâtı ve a'lel-'umûm ruh-ı medenî-i cismâni devletimizde dahi terakkî ettikçe tefrîk-i vezâ'if ve ta'yîn-i hudûd-ı salâhiyyet mesâ'ili dahi hâtıra gelmeğe başlamışdır. Bir taraftan Gülhâne Hatt-ı Hümâyûnuyla bi'l-âhire hatt-ı mezkûrun ahkâmını tekrar ve te'yid eden hatt-ı şerîf (1856) ve diğer taraftan düvel-i mu'azzama ile vukû' bulan Paris ve Berlin mu'âhedeleriyle imtiyazât-ı mezhebiye bir şekl-i 'umûmiyyede taht-ı te'mîne alınmış ise de

⁹ Eleftriyyadi? – İmtiyâzat sahife 199

ânifen zikr ettiğimiz umûr-ı ‘adliyedeki ‘adem-i intizâmın devâmı kâbil olamazdı. Birbirini müte‘âkib sudûr eden irâdât-ı seniyye ve kavânîn ve sâir mu‘âmelât-ı resmiyye ile Patrîkhânelerin salâhiyyet-i ‘adliyesini ta‘yîn ve ta‘rîf eden kavânîn ve evâmir-i müte‘allike müte‘addid ise de bunlardan başlıcaları “Rûm Patrîkhânesi Nizâmnâme-i ‘Umûmîsi”¹¹ ve mer‘iyyet-i ahkâmına irâde-i seniyye sudûr eden 22 kanûn-ı sâni 1306 târîhli tahrîrât-ı sâmiîdir. İş bu nizâmnâme ve evâmirle efrâd-ı Rûmîyye Patrîkhânenin salâhiyyet-i kazâsına tâbi‘ olan münâsebât-ı kânûniyyelerinin envâ‘ı ta‘yîn ve tahdîd ve ta‘dâd edilerek yoksa mâ-bihi’-t-tasdîk olacak usûl-i hukûk yine ta‘yîn olunmuş ve bu mes‘ele yine eskisi gibi meskût anh bırakılmışdır. Bu nizâmâtla Patrîkhâne salâhiyyet-i ‘adliyesine tâbi‘ olacak husûsât-ı ‘adliye hutût-ı ‘umûmiyye ile şöylece tahdîd ve ikiye taksîm edilebilir: (1) Rûmların hukûk-ı ‘âilesine (droit de famille) müte‘allik takrîben kâffe-i münâsebât-ı kânûniyye (2) Vasiyetnâmeye müstenid hukûk-ı irsiye (droit d’heritage par testament)

Zikri sabıkât eden nizâmat ve evâmirde iş bu iki kısım-ı münâsebât-ı kânûniyyeden mâ‘ada Patrîkhâneye verilip meselâ mektebler ve manastır vesâir mü‘essesât-ı hayriyenin idâre ve nezâretiyle eşhâs-ı ruhâniyye hakkında usûl-i muhâkemât-ı hukûkiyye (yemîn) ve cezâiyyeye (sûret-i celb) müte‘allik ba‘zı ahkâm mevcûd ise de bunlar mevzû‘a-ı bahsimiz olan Roma hukûkuyla te‘ayyün etmeyüb sadedimiz hâricinde bulunduğundan bu mesâ‘ilin tedkikinden sarf-ı nazar olunacaktır.

Nizâmât-ı mezkûre ile vaz‘ olunan esâs iktizâsınca zikr edildiği veche üzere Rûmların hukûk-ı ‘âile ve vasiyetden mütevellid münâsebât-ı kânûniyyesi Patrîkhâne mehâkim ve mecâlisinin salâhiyyet-i kazâsına tâbi‘ olmasına binâen Roma hukûkunun ahkâmıyla te‘ayyün edib şu kadar var ki 22 Kânûn-ı sâni 306 târîhli tahrîrât-ı sâmiyyede sarâhaten mezkûr olduğu gibi vasiyetnâme tarîkiyle verese bulunanlar meyânında tebe‘a-i ecnebiye veya cemâ‘at-ı saireye mensûb veyahûd şahs-ı sâlis bulunan tebe‘a-i ecnebiye ve ‘Osmâniyyeden biri tarafından nez‘ edilen emvâl-i memlûke-i menkûle ve gayr-i menkûle ve evkâf ve arâzi-i emîriyye bulunacak olursa bu gibi vasiyetnâmelerden münba‘is da‘vâların merci-i rû‘yet ve faslı mehâkim-i sâire-i ‘Osmâniyye olacaktır.

¹⁰ Düstûr Cild 3 sahîfe 902-937

Sadeleştirilmiş Metin
OSMANLI DEVLETİ'NDE
KANUNLAR İHTİLAFI VE ROMA HUKUKU
Aile Hukuku

Osmanlı Devleti'nde bulunan Rumlar için aile hukukundan doğan kanunî ilişkilerin hemen hemen hepsini Roma hukuku hükümleri belirler. Bu ilişkiler, diğer medenî devletlerin çoğunda maddî medenî ilişkilerden sayılıp, itibar, sıhhat, fesih, fesad ve diğer kanunî sonuçları adi mahkemelerde görülmekte ve genel medenî kanunlar uygulanmakta ise de, bizde hâlâ ruhanî olarak nitelendirilmekte ve ayırt edilmektedir. Bunun sebebi, Osmanlı Devleti'nin çoğunluğunu oluşturan Müslümanların bu gibi aile ilişkilerini belirleyen kanunların şer'i hükümlerden oluşmasıdır. Buna karşılık, gayrimüslimlerin bu gibi ilişkileri, eski zamandan beri Osmanlı Devleti'nde hüküm süren ruhanî fikre dayanarak, dinî şekil ile çeşitlendirilerek, dine dair ilişkilerden sayılmış ve sayılmaktadır. Ortodoks mezhebinin dinî kitaplarında nikâhın kutsallığından söz edilirse de, bu akdın kanunî sonucu, hep Roma hukukuyla belirlenir ve Roma hukuku cismanî medeni hukuktandır. Gerçekten Roma hukukunca nikâhın tanımında, dinî ve dünyevî hukukun karışması vardır. Fakat bundan maksat, nikâh akdinin yüceliğini göstermektir; yoksa nikâh akdinden doğan kanunî ilişkilerin hiçbir şekilde şer'i hükümlerle belirlenmesi için değildir. Gerek Müslim, gerek gayrimüslim Osmanlılara ilişkin ve aile hukukundan doğan kanunî ilişkiler, genel itibarıyla dinî hukuktan sayılmakta; bu hususun kamu düzeni (ordre publique) yönü de bulunmaktadır. Yani aileden doğan kanunî ilişkilerin taraflarının şahsî dinî hükümleri ile belirlenmesi ve hükmolunması hususu, kamu düzeninin bir emridir. Aksine hareket etmek yasak olduğu gibi, kanunî bir sonuç da doğurmaz. Gerçi bu hususta şer'i hükümler ve Roma hukuku hükümleri açısından kamu düzeni anlamında bir ittifak görülmeğe de; bu ittifak, nikâh akdinin ayrıntı ve sonuçlarında mevcut değildir. Mesela bir erkeğin aynı anda birden fazla eş alması şer'i hükümlere göre yasak olmadığı halde; Roma hukukuna göre kesin olarak yasak olup, kamu düzenine aykırıdır. Aynı şekilde bir Müslümanın Hıristiyan bir kadınla evlenmesi caiz ise de; Patrikhane hükümleri gereğince bu evlilik meşru olmayıp, geçersiz ve yok hükmündedir. Bununla beraber, Müslüman bir

kadının gayrimüslim bir erkekle evlenmesi şer’an caiz olmayıp; bu nikâhın kanunî bir sonucu yoktur. Dolayısıyla bu ayrıntılarda nikâh konusunda kamu düzeninde bir anlaşma yoktur ve Roma hukukuyla şer’i hükümlerin çatışması daimidir. Aile hukukundan sayılarak, Roma hukukuyla belirlenen kanunî ilişkiler aşağıdaki gibidir: (1) Nişan, (2) Nikâh, (3) Eşlerin nikâhtan doğan maddî ilişkileri (drahoma, cihaz, nafaka), (4) Manevi çocuklar. Bu ilişkilerin esası, niteliği, itibar, butlanı ve diğer kanunî sonuçlarına, Roma hukuku hükümlerine göre hükmolunduğundan, her birinin ayrı incelenmesi gerekli görülmüştür.

1

Nişân

Şer’i hükümlerde nişan akdine benzeyen bir akit yoktur. Dolayısıyla bu akdin kurulma şekli ve kanunî sonuçları, yalnızca Roma hukukuyla belirleneceği gibi; doğacak davalar Patrikhane meclisinde görülmelidir. Roma hukukuna göre “nişan akdi, müstakbel nikâhın karşılıklı vaat edilmesidir” diye tarif olunur; yani taraflar ileriki bir zamanda nikâh akdini gerçekleştireceklerini birbirlerine vaat ederler. Nişan akdinin kurulması için eski Roma’da demir bir yüzük verilmekteyken; şimdi de taraflardan her biri diğerine bir yüzük veya kıymetli benzer bir eşya vermektedir. Bu eşya, nişan (arrha) olarak nitelendirilir.

Nişan akdi, tarafların rızasıyla kurulup, Roma hukukunca aynı şekilde icrası şart değildir. Bu akdin engelleri, nikâh engelleri gibidir. Zira nişan, nikâh akdini hazırlayan bir akittir. Bununla beraber, her nişanda tarafların buluşu şart olmayıp, yedi yaşındaki mümeyyiz küçükler dahi nişan akdini gerçekleştirebilirler. Nişan akdinde tarafların rızası doğrudan doğruya sözlü olarak icap ve kabul ile olduğu gibi; yazılı şekilde elçi ve aracı yoluyla da beyan edilebilir. Nişan akdine aracılık eden bir şahsa, nişanlanmış olan taraftan bir şeyin verilmesi vaat olunup da, sonradan bu vaat yerine getirilmezse; vaat edenin aleyhine bir dava doğup, davayı göreceк merci Patrikhane meclisleridir. Zira nişan akdi, tâbi olanları ve teferruatıyla manen geçerlidir.

Nişan akdi, tarafları nikâh akdine zorlayamaz. Çünkü nikâh akdinde tarafların rızaları şart olduğuna göre, eğer nişanlanmamış kimse nikâh akdini yerine getirmekten feragat etmekte özgür olmasaydı, nikâhta tarafların

rızalarının bir anlamı kalmazdı. Bundan dolayı nişan akdi, tek başına karşılıklı bir vaattir. Şu kadar ki, Roma hukukunda yazılı sebeplerden biri bulunmaksızın taraflardan biri, nişan akdini kendi başına feshederse, eğer nişanı veren taraf ise, vermiş olduğunu ? eder; nişanı alan taraf ise, nişanı iki kat olarak diğer tarafa iade etmeye mecburdur. Aynı biçimde nişanlılara verilen hediyeler dahi, nişanın feshinde iade olunur. Bundan başka, nişan akdinin kanunî sonucu yoktur.

Bir dönem Bizans İmparatorluğu'nda nişanı sebepsiz fesheden tarafın nakdî ceza vermesi kabul edilmişse de; sonradan bu usul, nikâh akdindeki tarafların bağımsızlığına aykırı görüldüğünden kaldırılmıştır. Meğer ki nişan akdi sırasında nakdî ceza, tarafların rızası şartına bağlı olsun. Açıklandığı gibi, nişanın adet olan şekilde veya iki kat olarak iadesinden başka, Roma hukukunda başka tazminat yoktur. Her ne kadar bu hususta, Patrikhane ve Metropolithane mahkemelerinden verilen tazminatı havi birçok karar varsa da; yerel adetlere dayananlar dışında, Roma hukuku hükümleri dışında verilmiştir. Bu babdaki tazminat davaları, olsa olsa Usul-i Muhakemat-ı Hukukiyye Kanunu'nun 106. maddesi şartları çerçevesinde gerçekleşebilir ve o halde bir tarafın nişan feshine sebep olmasını içeren ve ruhanî mahkemeden alınan ilam, nizamiyede delil kabul edilmelidir.

2

Nikâh

Şer'i hükümlere göre nikâh, mülk-i mut'ayı yani nikâhına şer'i bir engel bulunmayan kadından erkeğin faydalanmasını ifade eden bir akittir. Roma hukuku hükümlerince nikâh akdi, erkek ile kadının hayata ortaklığı ile dinî ve dünyevî hukukun karışmasından ibarettir.

Nikâh akdi, gerek şer'i hükümler, gerek Roma hukuku açısından tarafların rızasıyla gerçekleşen adi akitlerden olmasına rağmen; önem ve olağanüstü sonuçlarına dayanarak, İslam dünyasında dinî hükümlerden olan, şer'i hükümlere dayalı ve Ortodoks dünyasında dahi aynı usul ve kutsallıkla oluşmuş bir akittir.

Rum Patrikhanesi hükümlerine göre, dinî şekilde gerçekleşmeyen nikâh, aslında batıl olup, feshi için hâkim kararı gerekli değildir.

Usulüne göre gerçekleştirilen bir nikâh akdiyle kadın, erkeğin egemenliği altına girmekle, genel itibariyle eşler arasındaki kanunî nikâh ilişkileri, erkeğin tâbi olduğu hukuk belirler. Bundan dolayı eşler Rum mezhebine mensup ise, aralarındaki nikâhtan doğan kanunî ilişkilerin tamamını Roma hukuku belirlerken; erkek Rum, kadın Ermeni veya Latin olacak olursa, yine Roma hukukuna göre hükmolunacaktır. Yukarıdaki kurala dayanarak, bu gibi hususların çözümünde yetkili olan mahkeme, Rum Patrikhanesi mahkemeleridir. Fakat bu kural, yalnız kanunî şekil ve şartlar dâhilinde gerçekleşip, sahih ve geçerli nikâh akdi hakkındadır. Yoksa sıhhat ve itibarına hükmolunması gereken nikâh uyuşmazlıklarında, tarafların ehliyeti ve engellerin varlığı gibi meselelerde, her iki tarafın şahsî kanunları dikkate alınmalıdır. Bu gibi meselelerden dolayı, nikâh akdinin feshine hem erkek, hem de kadının tâbi olduğu ruhanî mahkemeler yetkilidir. Çünkü taraflardan birinin şahsî hükümlerince gerçekleşen akit, batıl veya fasid olursa; her ne kadar diğer tarafın hükümlerine göre böyle olmasa bile, nikâh yok hükmündedir. Nikâhta tarafların ehliyet ve şahsî şartları tam olmalıdır.

3

Roma Hukukunun Yürürlük Alanının Sınırları

Roma hukuku, Osmanlı Devleti’nde bulunan Rumlara özgü olmak üzere konulmuş ve yürürlüğü kabul edilmiş bir kanun usulüdür. Fakat bir cemiyet, bir devlet içerisinde yaşayan kişilerin, tek başına ve ayrı olarak yaşamaları mümkün olmadığından, hem millet, hem mezhep olan kişilerden başka diğer kişilerle de kanunî ilişkilerde bulunuyorlar. Şu halde aslen ve esasen Roma hukukuna tabi bir kanunî ilişkide, Rumlardan başka diğer mezheplere mensup Osmanlı vatandaşlarından diğer bir şahıs bulunacak olursa, hangi kanun uygulanacak? Mesela Rum vasiyetnamesinde söz edilmesi caiz olan bir akar, kendisine vasiyet olunan kişi tarafından bir Müslüman veya Museviye satılır; sonra diğer mirasçılar tarafından vasiyetnamenin butlanına dair vasiyet olunan kişi aleyhine ait olduğu mercide bir dava açılır ve davanın sonucunda dahi vasiyetnamenin feshine hükmedilir. Bu hususta alıcı olan Müslüman veya Musevinin kanunî durumu neden ibarettir? Kendi hakkını hangi kanunla savunacaktır? Mirasçılar arasındaki davaya katılma ve itiraz hakkı var mıdır? Özellikle vasiyet olunan kişi, tek bir kişi olup da, satımdan sonra ölse; dava husumeti ve merci tayininde hangi kanun uygulanacaktır?

Bu meselede kabul edilecek esas, devletler özel hukuku kuralları olmalıdır. Çünkü devletler özel hukuku kuralları, yalnız iki ülke vatandaşı arasında ortaya çıkan kanunî ilişkilerin belirlenmesine değil; bir devlet sınırları içinde iki veya daha çok ülkenin kanunlarının ihtilafına veya ayrı ayrı ülkelerde olmayıp, aynı ülkede ancak kanunî ilişkileri çeşitli kanunlarla belirlenen birkaç sınıf halka özgüdür.

Roma hukuku, yalnız Rum milletine mensup Osmanlı vatandaşlarının bazı ilişkilerini belirlemek için konulmuş özel ve istisnaî bir kanun olsa da; kişilere (ratione personae) ilişkin olmayıp, ilişki çeşitlerine ve mallara (ratione materiae) ilişkindir. Roma hukukunun belirlediği bir kanunî ilişkide, Rum olsun olmasın, Osmanlı vatandaşlarından her kim varsa, söz konusu kanunî ilişkiye her zaman Roma hukukuyla hükmolunacaktır. Şu halde, yabancılardan biri dahi Osmanlı Devleti'nde böyle bir kanunî ilişkide bulunacak olursa, Osmanlı'nın diğer kanunlarına tabi bulunması mümkün olduğu kadar, Roma hukukuna dahi tâbi bulunacaktır.

Bu kuralla beraber şu da belirtilmelidir ki, Roma hukukuyla ortaya çıkan meseleler, Rumların şahsî durumlarına ilişkin bulundukça, artık "statut personel" tabir edilen şahsın hukukundan kabul edilir ki; bu açıdan Roma hukuku şahıslara dahi uygulanır. Mesela nikâh ve nesepte olduğu gibi, bu ilişkilerde ister Osmanlı Devleti'nin içinde, ister dışında olsun, devletler özel hukuku kuralları uygulanacak ve Rum Osmanlı vatandaşları hakkında şahsın hukuku itibariyle Roma hukuku esas kabul olunacaktır. Şu kadar var ki, Roma hukuku esas olarak bir halk sınıfına özgü olmak üzere vaz ve kabul edilen özel ve istisnaî bir kanun anlamına gelmektedir. Roma hukukuyla belirlenmekte olan bir kanunî ilişkiye bağlı konular ve diğer ilişkilerde uygulanacak kanunlar, daima genel Osmanlı kanunlarıdır. Mesela Roma hukukunda zamanaşımı on beş senedir. Bu kurala dayanarak, vasiyetname ve cihaz gibi davalarda zamanaşımı on beş sene olup; söz konusu sürenin geçmesinden sonra, bu davalar kabul olunmamalıdır. Böylece bu gibi davalarda ortaya çıkacak bulûğ konusunda dahi, yine genel Osmanlı kanunları ile hükmedilmelidir.

Roma Hukuku Hükümlerini Uygulamakla Yükümlü Hâkimler

Önceden arzedildiği üzere Roma hukuku, Osmanlı kanunlarından; fakat şahıs ve konu itibariyle sınırlandırılmış bir çeşit özel ve istisnâî hukuktur. Şu halde uygulanmasıyla yükümlü olan hâkim kimdir? Acaba Roma hukukunu uygulamaya bütün Osmanlı hâkimleri mecbur ve yetkili midir? Varolan kanunlar, uygulanacak hukuk hakkında hiçbir şekilde açık değildir. Gerek Patrikhane Karma Meclisi’nin görevleri hakkındaki Nizamname’nin üçüncü maddesi ve gerekse 22 Kanun-i sani 306 tarihli resmî yazı, kanunî ilişkiler hususunda Patrikhane meclislerinin yalnız adlî yetkisini belirlemekte; bu konularda uygulanacak hukuktan bahsetmemektedirler. Ancak yukarıda zikrettiğimiz tarihsel ve toplumsal nedenlerden dolayı, Patrikhane mahkeme ve meclislerinin hâkimleri, Roma hukukunu uygulamakla yükümlü ve mecburlardır. Bu kural, teorik olmayıp, sonradan Rum Patrik ve Metropolithanelerinde uygulamaya konulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Dâhili Talimatnamesi’nin ikinci kitabının üçüncü maddesinde açıkça belirtilmiştir. Zaten bu mahkemelerin hukuku (lex fori) Roma hukukudur. Bundan dolayı bir hâkim, önüne gelen bir konuda, daima kendi hukukunu uygulayacaktır; fakat bu kural, mutlak değildir. Taraflar Rum olup da görülmekte olan dava, diğer özel kanunlarla Patrikhaneye bırakılmış işlere ilişkin ise, genel olarak Roma hukuku uygulanacaktır. Ancak bu işlerin görülmesi sırasında açık olarak veya zımnen Patrikhanenin adlî yetkisine verilmemiş bir ilişki veya konu ortaya çıkacak olursa; burada genel Osmanlı kanunları uygulanacak ve bunu uygulayacak hâkim, asıl meseleye bakan hâkim olacaktır (fer‘ asla tâbidir – Mecelle 48-49-50).

Patrikhanenin yargı yetkisine dahil bir konu, esas dava olarak diğer Osmanlı mahkemelerinde açıldığında, bu mahkemeler Roma hukukunu uygulamakla görevli midir? Tarafların her ikisi Rum cemaatine mensup ise, madem ki esas olarak bu gibi davaları görmeye yalnız Patrikhane mahkemelerinin görevli olduğu kanunen açıktır; buna aykırı ve yetkisiz olarak verilecek hüküm, ister şer‘î mahkemeden, ister nizamiye mahkemesinden olsun, yok hükmündedir. Bundan dolayı bu meselede söz konusu mahkemeler, Roma hukukunun uygulanmasına ne görevli, ne de mecburdur. Tarafların her ikisi de Rum olduğu, ancak görülecek konunun esas davayı oluşturmayıp, fer‘î meselelerden olduğunda (mesela bir varisin

meşruiyetten nesli, cihaza bağlanmış bir malın kanunî durumu gibi) bu meselede bir ayırım yapılmalıdır. Esas konu şer'i mahkemede görülürse, şer'i hâkim yalnız şer'i hükümlerle hükmetmeye izinli olduğundan, doğal olarak kendisince mevcut olmayan bir hukuka göre hükmedemez. Kısacası şer'i mahkemelerin Roma hukukunu uygulamaya hiçbir zaman hak ve görevi yoktur.

Eğer esas konu, nizamiye mahkemelerinde görülmekteyse, bu meselede Roma hukukunun Osmanlı kanunlarından bulunması kuralına dayanarak, fer'i meseleye dahi Roma hukukunun uygulanması şartıyla, asıl konuya bakan nizamiye mahkemesi tarafından görülüp hükmedilmesi gereği iddia edilebilirse de; şimdiye kadar kabul edilmiş usule göre, bu gibi konular geciktirici meselelerden kabul olunarak, mahiyeti tezkire ile Patrik ve Metropolithanelerden sorulur veya (nadiren) taraflara fer'i meselenin çözümü için ait olduğu merciye başvurmaları uyarısı yapılarak, asıl konunun görülmesi ertelenir.

Keza taraflardan biri Rum olmayıp, nizamiye mahkemelerinde böyle bir fer'i mesele ortaya çıkarsa; yine Roma hukuku uygulanmak şartıyla, fer'i meselenin asıl konuya bakan mahkeme tarafından sona erdirilmesi gerekir fikrindeyiz. Meğer ki, bu mesele aslen ve esasen ruhanî meselelerden olmaya (mesela nikâhta sıhhat ve itibar ruhani meselesi gibi). Zira Patrikhaneye verilen yargı yetkisi, olağanüstü bir yetkidir ve sırf kendi cemaat mensuplarına münhasırdır. 22 Kanun-i sani 306 tarihli resmî yazı da, fikrimizi teyit eder ve vasiyetnamelere ilişkin bir fikre vardırıır: Her ne kadar Patrikhane mahkemeleri, en azından biri Rum olan davaları kabul edip görseler de (Dâhili Talimatname kitap 2 madde 8), asıl mahiyeti itibariyle ruhanî olmayan bu gibi meselelerde, yetki sahibi değildirlir.

Buradan açıkça anlaşılıyor ki, Roma hukuku hükümlerini uygulamakla yalnız Patrikhane mahkemeleri yükümlü olmayıp, Osmanlı nizamiye hâkimleri dahi kısmen yükümlüdür.

5

Osmanlı Devleti'nde Roma Hukukuyla Belirlenen Kanunî İlişkiler

Tanzimat-ı Hayriye vakasıyla Osmanlı Devleti, medenî bir dünyevî şekil (forme civil) almadan önce; ülkede bulunan bütün Rumların kanunî ilişkilerinin hemen hemen hepsi Patrikhane meclislerinde görülüp

çözülerek; bunlardan adlî hususlara Roma hukuku uygulanmakta, bazılarında adetler ve eski teamüllere göre hükmedilmekteydi. Eski zamanlarda henüz devletlerin egemenliği teorisinin temeli sınırlı olup, mahkeme teşkilatı dahi uygulamaya konmamış olduğundan; ruhanî meclislerde görülüp çözülen hususlar arasında bazen mezhep esasından uzak bulunan idare ve ceza konularının bile olduğu yazılmıştır (Nouradja d’Ohson ve diğerleri). Çıkan kararlar dahi, Patrik veya Metropolitlerin ihbar ve ricası üzerine, devlet memurları tarafından hemen icra olunurdu. Bu hususlarda taraflardan birinin zaman zaman Rum olmadığı, yine tarihçiler tarafından anlatılmaktadır. Fakat devlet kuvvetlerinin teşkilatı ve herkes hakkında şahsî haklar devletimizde geliştikçe, görev ayrılığı ve yetki sınırlarının belirlenmesi gündeme gelmeye başlamıştır. Bir taraftan Gülhane Hatt-ı Hümayunu’yla, sonradan söz konusu Hattın hükümlerini tekrar ve teyit eden Hatt-ı Şerif (1856) ve diğer taraftan Büyük Devletler ile gerçekleşen Paris ve Berlin Antlaşmalarıyla, mezhep imtiyazları genel olarak sağlanmış olsa da; yukarıda belirtilen adlî işlerdeki düzensizlik devam edemezdi. Birbirini takiben ortaya çıkan İradeler ve Kanunlar ve diğer resmî işlemlerle Patrikhanelerin adlî yetkisini belirleyen ve tarif eden kanunlar ve buna ilişkin emirler çeşitlilik arzetsede de, bunlardan başlıcaları “Rum Patrikhanesi Nizamname-i Umumisi” ve hükümlerinin yürürlüğü için iradeyi içeren 22 Kanun-i sani 1306 tarihli resmî yazıdır. İş bu nizamname ve emirlerle Rum halkının Patrikhanenin yargı yetkisine tâbi olan kanunî ilişkilerinin çeşitleri belirlenerek sınırlanmış; yazılmayanlara uygulanacak hukuk usulü belirlenmiş ve bu mesele eskisi gibi belirsiz bırakılmıştır. Bu düzenlemeyle, Patrikhane adlî yetkisine tabi olacak adlî hususlar, genel olarak şöyle sınırlanıp ikiye ayrılabilir: (1) Rumların aile hukukuna (droit de famille) ilişkin yaklaşık bütün kanunî ilişkiler, (2) Vasiyetnameye dayalı miras hukuku (droit d’heritage par testament).

Bahsedilen düzenleme ve emirlerde, iş bu iki kanunî ilişkiler kısmının dışında, Patrikhaneye verilip mesela okullar ve manastır ve sair müessesat-ı hayriyenin idare ve nezaretiyle, ruhanî şahıslar hakkında hukukî (yemin) ve cezaî (celb) muhakeme usulüne ilişkin bazı hükümler bulunmakta ise de; bunlar konumuz olan Roma hukukuyla ortaya çıkmayıp, amacımızın dışında olduğundan bu meseleler incelenmeyecektir.

Söz konusu düzenlemeler ile konulan esas gereğince belirtildiği üzere, Rumların aile hukuku ve vasiyetten doğan kanunî ilişkilerinin Patrikhane mahkemeleri ve meclislerinin yargı yetkisine tâbi olması nedeniyle; Roma hukuku hükümleri geçerli olacaktır. Şu kadar var ki 22 Kanun-i sani 306 tarihli resmî yazıda açıkça belirtildiği gibi, vasiyetname yoluyla mirasçı olan yabancı veya diğer cemaatlere mensup bir kişi tarafından veya üçüncü kişi olarak bir yabancı veya bir Osmanlı tarafından el konan menkul ve gayrimenkul özel mülkler, vakıflar ve mirî arazi bulunacak olursa, bu gibi vasiyetnamelerden doğan davaların görülme merci, diğer Osmanlı mahkemeleri olacaktır.

MEVZUAT ÇEVİRİSİ / *Legislation Translation*

