

83340

TARTIŞMALI İLMÎ TOPLANTILAR DİZİSİ - 35

MODERNLEŞME, İSLÂM DÜNYASI ve TÜRKİYE

Milletlerarası Tartışmalı İlmî Toplantı

17-19 Kasım 2000

İstanbul

- Prof. Dr. Şerif MARDİN * Dr. İsmail KARA
Prof. Dr. Fred R. DALLMAYR * Prof. Dr. Beşir ATALAY
Prof. Dr. Grace DAVIE * Doç. Dr. Ömer ÇAHA
Prof. Dr. Ernest WOLF-GAZO * Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZEL
Dr. Parvez MANZOOR * Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Dr. Ousmane KANE * Prof. Dr. Ahmet DAVUDOĞLU

Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi Kütüphanesi	
Dem. No:	83340
Tas. No:	297.004 1100.1

ENSAR NEŞRİYAT: 68
İSLÂMÎ İLİMLER ARAŞTIRMA VAKFI
Milletlerarası Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi: 7
Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi: 35

Tebliğlerin
muhteva ve dil bakımından sorumluluğu
tebliğ sahiplerine aittir.

Editör
Prof. Dr. Sabri ORMAN

Yayına Hazırlayanlar
Dr. İsmail KURT
Seyit Ali TÜZ

Dizgi ve Mizanpaj
Selahaddin UYGUR

Baskı
Step Ajans
İstanbul-2001

ENSAR NEŞRİYAT
Süleymaniye Caddesi, 11 Beyazıt/İstanbul
Tel-Faks: +90 (0212) 513 43 41-522 46 02

TÜRKİYE'NİN HUKUKİ MODERNLEŞMESİ

Prof. Dr. M. Akif AYDIN
Marmara Üniversitesi

Türkiye'de hukukun modernleşme sürecini genelde yapıldığı gibi Tanzimat dönemiyle başlatmak yanlış olmaz sanırım. Osmanlı devletinin başlangıcından 1839'a kadar olan dönemde gerek yürürlükteki hukuk normları ve bunları uygulayan mahkemeler, gerekse bu normlara hakim felsefe bakımından köklü bir değişiklik görülmez. Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilanıyla birlikte bu alanda önce tereddütlü ve mümkün olduğu kadar geçmişle uzlaşmacı, sonra uzlaşmaya daha az önem veren adımlar atılmıştır. Mustafa Reşit Paşa'nın yapacağı hukuki düzenlemelerin şer'î yönünü aydınlatmak üzere Şeyhülislâmlıktan bir ilim adamı talep etmesi, Şeyhülislâmlığın da kendisine dönemin kanunlaştırmalarında son derecede önemli rol oynayan Ahmet Cevdet Efendi'yi (Paşa) göndermesi¹, yapılacak reformlarda yürürlükteki hukukla ve bu hukuka hakim felsefeyle uzlaşmacı bir tavır izlenmek istendiğinin göstergesidir. Nitekim Ahmet Cevdet Paşa'nın gerek Meclis-i Tanzimat bünyesinde gerekse daha sonra hazırladığı kanunlarda hep böyle bir yol izlenmiştir².

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu bunun tipik bir örneğidir. Hazırlanmasına sonradan Ahmet Cevdet Paşa'nın da

¹ Fatma Aliye, *Cevdet Paşa ve Zamanı*, Dersaadet 1332, s. 31; İbnül Emin Mahmud Kemal İnal, *Son Asır Türk Şairleri*, İstanbul 1931, I, 236

² Geniş bilgi için bk. M. Akif Aydın, "Bir hukukçu olarak Ahmed Cevdet Paşa", *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996, s. 37 v.d.

dahil olduğu Kanunname, bütün suçları değil, birinci madde-sinde açıkça ifade edildiği gibi “tayin ve icrası şer’an ülü’l-emre ait olan ta’zirin tayin ve derecâtını” düzenlemekte ve “her halde şer’an muayyen olan hukuk-ı şahsiyyeye hâlel” gelmeyeceğini de ayrıca tasrih etmektedir³. İslâm hukukunda açıkça düzenlenmiş olduğu suçlarda ise eklektik bir yol izlenmiştir. Nitekim adam öldürme suçunda maktulün veresesi var ve talep ediyorsa hukuk-i şahsiyye davaları şer’iye mahkemelerine havale edilmiştir⁴. Yine aynı tarihli ve Cevdet Paşa’nın bu defa başkanı olduğu bir heyet tarafından hazırlanan Arazi Kanunnamesi’nin mülk araziye ait esasları hali üzere bırakıp bütünüyle o zamana kadar yürürlükte olan miri arazi esaslarını kanunlaştırması hem dönemin acil ihtiyaçlarıyla hem de uzlaşmacı tavırla ilgili olsa gerektir⁵.

Nizamiye mahkemelerin ve özellikle ilk Osmanlı temyiz mahkemesi olan Divan-ı Ahkam-ı Adliyye’nin İslâm hukuk tarihinden mezalim divanları örnek alınarak ve Celaleddin Devvani’nin “Divan-ı Def’-i Mezalim” risalesinden yardım alınarak meşrulaştırılmak istenmesi⁶ de aynı çabanın ürünüdür. Son olarak Cevdet Paşa’nın büyük katkılarıyla hazırlanan ve milli bir kanun olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye örneği verilebilir⁷. Gerek Arazi Kanunnamesi gerekse Mecelle şekil olarak Batılı, muhteva olarak yerli kanunlaştırmaların başarılı örneklerinden birisidir. Yirminci asrın başlarında aile hukuku alanında hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni de bu listeye eklemek gerekir.

Buna mukabil 1850 tarihli Ticaret Kanunnamesi, 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi, 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi, 1879 tarihli Usul-i Muhakemât-ı

³ 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi’nin metni için bk. *Düstur*, Birinci Tertip, İstanbul 1289, I, 537 v.d.

⁴ Bk. Md. 170, 171, 172, 177

⁵ Geniş bilgi için bk. Ömer Lütfi Barkan, “Toprak hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnamesi”, *Tanzimat I*, İstanbul 1940, s. 321 v.d.

⁶ Cevdet Paşa, *Tezakir*, Yayımlayan: Cavid Baysun, Ankara 1967, IV, 85; Ebül Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, İstanbul 1946, s. 230

⁷ M. Akif Aydın, “Mecelle’nin hazırlanışı”, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996, s. 59 v.d.

Hukukiye Kanunuyla yine aynı tarihli Usul-i Muhakemât-i Cezaiyye Kanunu hem şekil hem muhteva itibariyle Batı'dan alınan kanun örnekleridir.

Benzer bir gelişmeyi Cumhuriyet döneminde de izlemek mümkündür. 1921 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanununun 7. maddesinde Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında "ahkam-ı şer'iyyenin tenfizi" görevinin bulunması, hazırlanacak kanunlarda, bir başka ifadeyle "Kavânin ve nizamâtın tanziminde muamelât-i nâsa erfak ve ihtiyacât-ı zamana evfak ahkâm-ı fıkhiyye ve hukukiyye ile âdâb ve muamelât"ın esas kılınacağına belirtilmesi, Cumhuriyet döneminin başlangıcında da belirli ölçüde geçmişle uzlaşmacı bir tavır içinde olunacağını izlenimi vermişti. Nitekim hazırlanan 1923 ve 1924 tarihli Aile Kanunu tasarıları birincisinde daha ağırlıklı olmak üzere esas itibariyle İslâm hukukuna dayanmaktaydı. Kurulmuş olan Mecelle Vacibât komisyonu da Mecelle merkezli bir borçlar kanunu tasarısı hazırlığı içerisindeydi. Ancak daha sonra bu tasarılar- dan ve ahkam-ı fıkhiyyeden yararlanma düşüncesinden vazgeçilmiş, medeni kanun da dahil olmak üzere uygulanmakta olan temel kanunların tamamı muhtelif Batı devletlerinden tercüme edilerek alınmış, böylece geçmişle ve bu geçmişle hakim felsefeyle bütün bağlar kopartılmıştır⁸.

Başlangıçta kendine özgü bir modernleşme örneği ortaya koyacak ümidini veren süreç, sonunda bu hedeften ayrılarak bütünüyle Batı kanun ve kurumlarının "reception"u ile sonuçlanmıştır. Burada cevabını aramamız gereken soru, Tanzimat ve Cumhuriyet döneminde Türk hukukçularının neden bize özgü bir modernleşme modeli ortaya koyamadığıdır.

Bu sorunun cevabı modernleşme sürecine etki eden faktörlerde ve Osmanlı ve Cumhuriyet hukukçularının, siyasetçilerinin ve daha genel olarak aydınlarının böyle bir model ortaya koymaya ne ölçüde hazırlıklı olduklarında ve bunu ne kadar arzu ettiklerinde yatmaktadır.

⁸ Geniş bilgi için bk. M. Akif Aydın, "Batılılaşma (Hukukta)", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1992, V, 165-167

Türk hukukun modernleşme sürecine etki eden faktörler devirlere göre kısmen farklılık gösterse de esas itibariyle birbirinden çok da ayrı değildir. Bunları dört ana grupta toplamak mümkündür.

Birinci grupta ticari ve sosyal hayattaki değişikliklerin hukuka kaçınılmaz yansımaları yer alır. Ondokuzuncu asır Osmanlı devletinde ticari ve iktisadi faaliyetlerinin önemli ölçüde arttığı bir asırdır. Sanayi devrimi Batı'da önemli ölçüde üretim fazlası meydana getirince bir taraftan bu fazlalığı eritecek bir tüketim modeli ve sosyal hayat tarzı ortaya çıkmış, diğer taraftan da bu şekilde eritilemeyen fazlalığı dış ülkelere ve sömürgelere ihraç etme zarureti belirmiştir. Dış ülkelere ve sömürgelere Batı hayat tarzının empoze edilmesinin ve bunun gerektirdiği tüketim artışının sağlanmasının altında yatan esas sebep budur.

İngiltere'yle yapılan ve karşılıklı gümrük indirimini getiren 1838 tarihli Baltalimanı sözleşmesi, bunu takiben diğer Batılı devletlerle yapılan antlaşmalar Batı'dan yapılan ithalatı ve ticari faaliyetleri önemli ölçüde artırmıştır⁹. Bu artış hukuki/ticari işlemler, şirketler, çek-poliçe, kredi, faiz, kambiyo v.s. alanlarda yeni hukuki düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Özellikle klasik dönemin şirket anlayışının o şekliyle sanayi toplumunun ihtiyaçlarına cevap vermesi mümkün olamazdı. 1850 tarihli Ticaret Kanunname-i Hümayunu, 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi, 1869-1876 tarihli Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye bu ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Öte yandan ondokuzuncu asır sadece ticari ve iktisadi faaliyetlerde önemli gelişmelerin görüldüğü bir asır değildir. Bunun yanı sıra sosyal ve kültürel hayatta da köklü değişiklikler görülür. Bu değişiklikler aile, kadın, evlenme ve boşanma anlayışına da önemli ölçüde etki etmiş ve bunları değiştirmiştir. Bunun evlenme, boşanma, neseb, miras gibi alanlara yansımaları kaçınılmazdı. Nitekim 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ve 1917

⁹ Söz gelişi 1836-1853 yılları arasında İngiltere ve İrlanda'yla yapılan ihracat ve ithalatın rakamsal değerleri için bk. Mübahat S. Kütükoğlu, *Osmanlı İktisadi Münasebetleri*, İstanbul 1976, II, 122-135

tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, daha sonra kabul edilen 1926 tarihli Medenî Kanun bu alanlarda köklü değişiklikler yapmıştır.

İkinci gurutta geleneksel hukuk kurumlarında, bir diğer ifadeyle mahkemelerde yeni bir düzenlemeye ve bununla bağlantılı olarak hukuki mevzuatta değişiklik yapmaya duyulan ihtiyaç yer alır. Ondokuzuncu asra gelindiğinde tek hakimli klasik Osmanlı mahkemesi, sayıları ve türleri gittikçe artan davalara yetişemez hale gelince mahkemeler arasında bir iş bölümüne gidilmesi zarureti belirdi. Nizamiye mahkemeleri bir ölçüde bu ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Öte yandan klasik dönemde belirli ölçüde Divan-ı Hümayun tarafından yerine getirilen istinaf veya temyiz işlevini yerine getirecek bir mahkemeye de şiddetle ihtiyaç vardı. Divan-ı Ahkam-ı Adliye ve bu divanın istihalesiyle oluşan Mahkeme-i Temyiz bu ihtiyacın sonunda ortaya çıkmıştır. Buna daha sonra Şer'îye Mahkemelerinde verilen kararların temyiz mercii olarak kurulan Meclis-i Tedkikât-ı Şer'iyye eklenebilir. Keza yine Divan-ı Hümayunun yerine getirdiği idari yargı işlevini, Fransız modeli örnek alınarak kurulan Şura-yı Devlet yürütmüştür.

Osmanlı mahkemelerinde uygulanan mevzuat klasik dönemde Batı ile kıyaslandığında dağınık bir şekil arzetmez. Tam tersine şer'î hukuk kuralları fıkıh kitaplarında, örfi hukuk kuralları da resmi ve özel tedvinlerde, yani kanunnamelerde bir araya getirilmiş ve bütün Osmanlı ülkesinde aynı hukuki esaslar uygulanmıştır. Ancak bu dönemde ilim dilinin Arapça olması fıkıh kitaplarının bu dille yazılması sonucunu doğurmuştur. Özellikle toplu hakimli Nizamiye mahkemelerine hukuk tahsili görmemiş ve tabiatıyla Arapça da bilmeyen üyelerin atanması İslâm hukuku kurallarının bunların anlayabileceği dile ve şekle sokulmasını gerektirmiştir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin hazırlanması bu ihtiyacın sonucudur¹⁰. Yargılama hukukunun günün şartları ışığında ve Nizamiye Mahkemesinin hukukçu olmayan üyelerinin anlayabileceği tarzda yeniden düzenlenmesi ihtiyacı Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye ve Cezaiye Kanunnamelerini vücuda getirmiştir. Aynı şekilde Cezâî hükümlerden bir kısmının (had ve kışasa ait hükümler) fıkıh kitaplarında, diğerlerinin ka-

¹⁰ Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", s. 63-67

nunnamelerde yer alması ve bu kanunnamelerin son asırlarda yeni bir düzenlemeye tabi tutulmayı XVI ve XVII. asrın şekil şartları içinde kalması, keza araziye ait hükümlerde son asırlarda yapılan değişikliklerin bir kanunnamede toplanmamış bulunması bu hükümlerin yeni bir tedvinini gerektirmiştir. Ceza Kanunnamesi ve Arazi Kanunnamesi bu ihtiyaca cevap vermek üzere hazırlanmıştır.

Biraz önce sorduğumuz soruya tekrar dönmek istiyorum: Bütün bu sosyal ve hukuki ihtiyaçların gerektirdiği düzenlemeler Türk hukukunun özgün yapısı ve temel tercihleri değiştirilmeden yapılamaz, bir başka ifadeyle Türk hukuku kendine özgü bir modernleşme modeli ortaya koyamaz mıydı? Bu yapılmamış/yapılamamışsa neden yapılamamıştır?

Bunun birden fazla sebebi vardır: Birincisi klasik İslâm ve Osmanlı hukukçularının bu asırda kendine özgü bir modernleşme modeli ortaya koyacak bir zihniyete ve gerekli bilgi birikimine sahip olmamasıdır. Ondokuzuncu asır Batı'nın aksine İslâm ve Osmanlı hukukunun gelişme dönemi değildir. Nitekim Cevdet Paşa, *Mecelle*'den önceki kanunlaştırma teşebbüsü olan *Metn-i Metin*'in tamamlanmayıp yarıda kalmasını heyeti oluşturan kimselerin bu vadideki bilgi eksikliklerine bağlamaktadır. Tanzimat'ın hukuk reformları öncesinde bu vadide hemen hiçbir tartışmanın yapılmamış, reformların enine boyuna irdelenmemiş, hatta Türkçe sistematik bir İslâm hukuku kitabının yazılmamış olması bunun kanıtıdır.

Gerçi hemen hemen aynı dönemlerde Hind yarımadasında ve Mısır'da Seyyid Ahmed Han, Ubeydullah Sindî, Muhammed İkbâl, Cemalettin Efganî, Muhammed Abduh, Reşit Rıza ile İslâm hukuku alanında yeni arayışlar, söz gelimi içtihadın lüzumu, Kitap ve Sünnetin yeniden yorumlanması, icma, örf ve adet, maslahat başta olmak üzere diğer kaynakların yeni bir anlayışla değerlendirilmesi ve İslâm mezheplerinden bütünüyle yararlanma alanlarında dikkate değer tartışmalar olmuştur. Bu tartışmalar biraz daha gecikmiş olarak Türkiye'de de yapılmıştır. Hukuk-ı Aile Kararnamesinin kabulü öncesinde hukuk reformlarının ve özellikle aile kanununun alacağı şekil konusu dönemin hakim fikir cereyanları olan Batıcı, Türkçü ve İslâmcı

yazar ve alimler arasında yapılan yoğun tartışmalar, Ziya Gökalp'ın örfün İslâm hukukundaki yeri, örfe dayanan nassların örfün değişiminden etkilenmesi, şeriatın içtimaî ve naklî diye ikiye ayrılması ve içtimaî şeriatın her zaman değişime açık olması, Mansurîzâde Said'in cevazın şer'î bir hüküm olmadığı, dolayısıyla caiz olan şeylerin maslahat gerektiriyorsa yasaklanabileceği (kastettiği çok evlilikler), cevaz şer'î hüküm kabul edilse bile ülü'l-emrin cevazda tasarruf yetkisinin olduğu şeklindeki görüşleri İslâm hukukunun modernleşme sürecine doğrudan etki edecek temel konulardır¹¹.

Ancak bu tartışmaların yapıldığı dönem Osmanlı hukukunun modernleşme sürecinde önemli mesafeler alındığı, hukukun temel alanlarının kanunlaştırıldığı bir dönemdi. Dolayısıyla Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kısmi etkisinin ötesinde bu tartışmalarda serdedilen görüşlerin Osmanlı kanunlaştırmalarına bir tesiri görülmemiştir.

Bir başka ifadeyle Türkiye'de ve genel olarak İslâm aleminde hukukta modernleşme faaliyetleri bu tartışmaların önünde seyretmiştir. Söz gelimi *Mecelle*'nin hazırlanması sırasında sadece Hanefi mezhebinden yararlanılmış olması ve Kitâbü'l-Havale'de yine Hanefi hukukçulardan ama nisbeten daha az tanınan İmam Züfer'in görüşünün alınmasının doğurduğu tepki ve bunun Ahmet Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden bir süre için de olsa uzaklaştırılmasında oynadığı rol dikkate alınırsa¹², İslâm hukuku alanında istenen nitelikte bir kanunlaştırma için iç hazırlığın yeterli olmadığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki bu tartışmalar daha çok aile hukuku merkezlidir. Borçlar, ticaret ve yargılama hukuku alanında ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar ışığından yapılması gereken düzenlemelere ilişkin bir tartışma ilgili kanunların hazırlandığı sırada görülmemektedir.

Batı'da sanayi devriminin ortaya çıkardığı yeni ticaret anlayışının hukuka doğrudan yansımalarının, yine sanayi devriminin toplum yapısını değiştirmesinin hukuka dolaylı yansıma-

¹¹ M. Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985. s. 169-180

¹² Geniş bilgi için bk. M. Akif Aydın, "Mecelle'nin yürürlükten kaldırılan altıncı kitabı, Kitâbü'l-Vedîa", *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996, s. 191-195

sının doğurduğu ve doğuracağı sonuçların dönemin klasik medrese öğrenimi görmüş ulema tarafından gereği şekilde anlaşıldığı şüphelidir. En azından böyle bir anlayışın mevcut olduğunu ortaya koyan verilerden bugün için mahrumuz. Bu gelişmeler esas itibarıyla Osmanlı dışında başladığı için belirli ölçüde ulemayı mazur görmek mümkündür. Ancak bu köklü değişim fark edilmeden bunun gerektirdiği özgün düzenlemeler yapılamazdı. Bu sebeple ulema Batı'dan yapılan alıntılara çoğu kere sadece reaksiyoner bir tavır ortaya koymakla yetinmiştir.

Dönemin klasik fıkıh öğrenimi görmüş bazı hukukçularının sadece sanayi devriminin getirdiği gelişmelerden değil, İslâm hukukunun Osmanlı dönemindeki tarihi tecrübesinin ortaya koyduğu gerçeklerden de haberdar olduğunu söylemek mümkün değildir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasında her ne kadar Batıcı ve özellikle Türkçü aydınların rolü olmuşsa da kadına daha geniş boşanma hakkı, zorla yapılan evlenme ve boşanmaların geçerli olmaması, sarhoşun evlenme ve boşanmasının geçersizliği konusunda diğer mezheplerden yararlanılarak getirilen değişiklikler aslında altı asırlık bir tarihi tecrübenin ortaya çıkardığı hukuki ve sosyal problemleri çözme hedefine yönelikti. Çünkü bu süreçte bu problemler kısmen başka hukuki çareler devreye sokularak kısmen de hukuk dışı yollara başvurulmuştu. Ama bütün bu tarihî tecrübeye rağmen mesela Darülfünun muallimlerinden Sadreddin'in diğer mezheplerden yararlanılan her noktada Kararnameye Sebilürreşad dergisinde yönelttiği şiddetli tenkitler ve nihayet Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi'nin sadece üç gün süren sadrazam vekilliği sırasında Kararname'yi yürürlükten kaldırması¹³, bu tarihî tecrübenin gereği gibi bilinmediğini veya dikkate alınmadığını göstermektedir: Halbuki Kararname'nin kabul ettiği eklektik metod, Abduh başta olmak üzere geçen asrın sonu ve bu asrın başındaki reformist İslâm hukukçularının en çok önerdikleri bir yoldu ve bu bakımdan Kararname sahasında önemli bir çıkış açmıştı.

Bu şuradan da bellidir ki bu usul Osmanlı sonrası modernleşme çabalarına öncülük etmiş, daha sonra hazırlanan İsl-

¹³ Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, 221-224

lâm aile kanunları hemen hemen hep bu yolu izlemiştir. Gerek bu örnek gerekse *Mecelle*'de dönemin artan ticari faaliyetlerinde son derece önemli bir yere sahip "alacağın temliki" işlevini görmek üzere mukayyed havalede İmam Züfer'in görüşünün alınmasının gördüğü tepki, bu vadide neden özgün ve cesaretli adımlar atılmadığını belirli ölçüde izah etmektedir.

Öte yandan Türkiye'de İslâm hukuku alanında reform isteyen görüş sahipleri bir iki istisna dışında esasen İslâm hukukunun toplumda yaşamasını samimiyetle istiyor değillerdi. Osmanlı hukukunun devamından yana olanlar veya İslâmcı denilen kesim, bu tekliflere, biraz da samimi bir arayışın ürünü olarak görmedikleri için reaksiyoner ve apologetic yaklaşmışlardır. Bu tavır da tartışmaların verimli bir neticeye münce olmasının önlemiştir. Kabul etmek gerekir ki böyle bir ortamda yerleşmiş hukuki yapı içinde yeni arayışlara yönelmek ve bunu o hukuk sisteminin temel tercihlerini bozmayacak, ancak günün ihtiyacına da cevap verecek bir biçimde ortaya koymak zordur. Tanzimat sonrası dönemde Türk hukukunun kendine özgü bir modernleşme modeli ortaya koyamamasında bu zorluğun önemli bir payı vardır.

Bu sebeple eski kurumlar görev ve etki alanları daraltılarak muhafaza edilmiş, yenileri bunlardan ayrı olarak inşa edilmiştir. Klasik hukuk öğrenimi veren medreselerin kendi haline terk edilip mekteb-i hukukun açılması, şer'îye mahkemelerinin yanısıra nizamiye mahkemelerinin kurulması, şeyhulislâmlığın yanına adliye nezaretinin tesisi ve şer'îye mahkemelerinin birinciye, nizamiye mahkemelerinin ikinciye bağlanması bu zorlukların ortaya çıkardığı bir düalizmdir. Açıkça görülüyor ki mevcut yapı içinde reform yapmak daha zor yanına yenisini yapmak daha kolay görülmüştür. Bu da zamanla eskilerin bütünüyle tasfiyesi sonucunu doğurmuştur. Böylece gerekli olan değil, kolay olan yol seçilmiştir. Türkiye'nin kendine özgü bir modernleşme örneği ortaya koyamamasının sırrı belki de burada yatmaktadır.

Bu düalizmi sadece karşılaşılan zorluklarla izah etmek de mümkün değildir. II. Mahmut'tan itibaren ilmiye-seyfiye-kalemiye üçlüsü içinde ilmiyenin kalemiye lehinde güç ve

zemin kaybettiği bir vakıdır. Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılmasının bu üç odak arasındaki dengeyi bürokrasi lehine bozduğu söylenebilir. Bu sebeple Tanzimat dönemi reformlarının gerçekleştirilen Meclis-i Vâlâ, Meclis-i Tanzimât gibi meclislerin içinde ulema etkin bir biçimde yer almamıştır. Bu sebeple devlete verilen yeni şekilde ulemanın etkinliğinin eskiye nisbetle az olmasına dikkat edilmiştir denebilir¹⁴. Yukarıda izah edildiği üzere klasik kurumların olduğu gibi bırakılıp yanlarına yenilerinin açılması eski kurumları yeni ihtiyaçlara göre şekillenme zorluğunun yanısıra ulemanın etkisini bunlardan uzak tutma arzusuyla da açıklanabilir. Ulemanın etkisini azaltmak düşüncesinin Batı tipi modernleşmeye yönelmede Cumhuriyet dönemi hukuk reformlarında da rol oynadığı daha sonra görülecektir.

Türk modernleşmesine yol açan faktörlerin üçüncü grubunda Osmanlı Devletini ve Türkiye Cumhuriyetini yöneten seçkinlerin Batılılaşma arzuları yer alır. Gerek ondokuzuncu gerekçe yirminci asırda Batı'nın ticaret, sanayi, bilim ve hukuk alanında katetmiş olduğu mesafe Osmanlı ve Cumhuriyet seçkinlerini derinden etkilemiştir. Önceki dönemde hasta adamı kurtarmak, sonraki dönemde ise genç Cumhuriyete dinamizm ve güç vermek için hukuk da dahil her alanda Batılılaşma fikri ağır basmıştır. Bu cereyan, başlangıçta tereddütlü bir yol izlerken gittikçe Batı hukukunun bütünüyle alınması yönünde bir tercihe yönelmiştir. Böyle bir tercihte kendi hukukunu oluşturmanın zorluklarını aşmak yerine prefabrike Batı kanunlarının alınmasının döneminin ricaline daha kolay gelmesi de rol oynamıştır.

Döneme hâkim olan reformist mantığın uzun süreli bir hazırlık sürecine bile katlanmayı göze alamadığı, İsviçre Medeni Kanunu'nun tek bir mütercim tarafından yapılabilecek tercümesinin beklenmeyip bölümler halinde alelacele tercüme edilmesinden ve aynı terim veya kurum için zaman zaman farklı karşılıkların kullanılmasına aldırış edilmemesinden veya fark edilmesinden de bellidir. Öte yandan Cumhuriyet seçkinlerinin belli bir tarihten itibaren hukuku, kurmayı düşledikleri Batı tipi

¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için Ahmet Cihan'ın *Modernleşme Döneminde Osmanlı Uleması* adlı yayımlanmamış doktora tezine bakılabilir (İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü 1994).

bir toplum modelini hayata geçirmenin uygun enstrümanlarından birisi olarak görmeleri de bütünüyle Batı modelinde bir kanunlaştırmaya yönelmelerinde etkili olmuştur.

Ulemanın sanayi devriminin hukuka doğrudan veya dolaylı yansımasının farkında olmamaları gibi özellikle Cumhuriyet döneminin reformist hukukçuları da hukukla sosyal yapı, kültür ve milli kimlik arasındaki ilişkinin farkında değillerdir. Dönemin reformist adliye vekili Mahmut Esat açıkça şunu demektedir: "Türk ihtilalinin kararı Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendine maletmek, benimsemektir"¹⁵ Yine Mahmud Esad'a göre hedefimiz Batı'yı kendimize uydurmak değil, kendimizi Batı'ya uydurmaktır.

Dönemin hukukçuları genelde kanunların sosyal yapıya uyması gerektiğini, böyle olmayanların yaşama şansının bulunmadığını kabul etmekle beraber, Cumhuriyet dönemi modernleşmesinin bunun istisnası olduğu, burada hedefin kanunların sosyal yapıya uyması değil, sosyal yapının kanunlara göre şekillenmesi tarzında olduğunu ve böyle de olması gerektiğini söylerler. Bu sebeple Türkiye'nin hukukta modernleşme süreci hukuk realitesine bir meydan okuma özelliğini taşır. Belki de bu meydan okumanın kısa vadedeki sonuçlarını gözlerden gizlemek için Türkiye'deki hukuk sosyologları mevcut hukuki yapının uygulamasına yönelik bir saha araştırmasına sıcak bakmamışlar, ortaya çıkacak sonuçtan adeta korkmuşlardır.

Köklü ve hukuk realitesine uygun çözümler yerine çok mecbur kalındıkça palyatif tedbirlerle problem çözülmeye çalışılmıştır. Dini nikah gerçeğinin kabul edilmesi yerine her onbeş yirmi senede bir, sadece bu şekilde evlenen ve çocuk sahibi olan ebeveynler için özel nüfus tashihi kanunlarının çıkarılması ve bu evliliklerden doğan çocukların nüfusa kaydedilmesi buna örnek gösterilebilir.

Türkiye'de hukukun modernleşmesi sürecini başlatan ve kendisi bakımından başarıyla tamamlatan en önemli faktör, Batının bu yöndeki etki ve baskısıdır. Tanzimat'ın ilanından

¹⁵ Mahmut Esat Bozkurt, "Medenî kanun nasıl hazırlandı", *Medenî Kanun'un XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul 1944, s. 11

İslahat Fermanı'nın neşrine, II. Meşrutiyet'ten Cumhuriyet dönemi hukuk reformlarına varıncaya kadar modernleşme sürecinin en temel değişiklikleri Batı devletlerinin etki ve baskısı veya onları hoşnut etmek düşüncesiyle yapılmıştır. Batıyı böyle etkileyici, bu yetmeyince baskıcı bir tavır almaya iten etkenlerin başında ticari ve ekonomik menfaatleri gelir. Yukarıda belirttiğimiz üzere sanayi inkılabı sebebiyle ulaştığı üretim fazlasını eritmek üzere Osmanlı devletinde büyük ve verimli bir pazar bulan Batı, buralara kendi tacirlerinin alışık olduğu hukuki düzenleme ile girmeyi kendisi bakımından elverişli bulmuştur. Bu sebeple kendi istekleri doğrultusunda mahkemelerin kurulmasını, kendi ticari mevzuatının alınmasını ısrarla talep etmiştir.

Batı'dan alınan ilk kanunun 1850 tarihli Fransız kökenli Ticaret Kanunname-i Hümayunu olması, bunu 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi'nin takip etmesi, aynı şekilde şer'iyeh mahkemelerinin yanı sıra kurulan ilk mahkemenin karma davalar için kurulan muhtelit ticaret mahkemeleri olması tesadüf değildir. Lozan Konferansı sırasında Batılı devletlerin adli kapitülasyonların kaldırılmasına razı olmamaları da kendi tacirlerinin menfaatlerini koruma düşüncesiyle olmuştur. Bu kapitülasyonların kaldırılması karşılığında yeni Türk devleti bir taraftan 5 yıllık süre için yabancı hukukçu istihdam etmeyi ve onların hukuk reformları konusundaki tavsiyelerini kabul etmeyi taahhüt etmiş, diğer taraftan da en azından Medeni Hukuk alanında muhafaza etmeyi düşündüğü geleneksel hukuki yapıdan vazgeçme sözünü vermiştir¹⁶.

Batılı devletlerin bu modernleşme sürecine bir müdahalesi de Osmanlı devleti tebaası veya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan gayrimüslim azınlıklara hukuki garantiler ve imtiyazlar temin etme maksadına yönelik olmuştur. Bununla dini/mezhebi veya etnik yakınlık duydukları gayrimüslim azınlıklar nezdinde itibar sağlamayı ve onların dinî-kültürel kimliklerini beynelmilel antlaşmalarla garanti altına almayı hedeflemişlerdir. Bunun sonucu olarak Osmanlı devleti gerek Tanzimat gerekse İslahat

¹⁶ bk. Lozan Antlaşmasıyla aynı gün (24 Temmuz 1923) imzalanan Yargı Yönetimine İlişkin Bildiri, Seha L. Meray, *Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar, Belgeler*, Ankara 1971, Takım 2, c. II, s. 105-106

fermanında gayrimüslimlerin kamu hukuku alanındaki durumlarını iyileştirici bir takım yenilikler yapmayı taahhüt etmiş, Türkiye Cumhuriyeti de Lozan Antlaşmasıyla gayrimüslim vatandaşlarının ahval-i şahsiye alanındaki bir anlamda hukuki otonomilerini kabul etmiştir (Madde: 42).

Hukukun modernleşmesinde gittikçe Batı modelinin örnek alınmasında bir önemli sebep de işte bu etki ve baskıdır. Öyle ki gerek Osmanlı gerekse Cumhuriyet ricali millî bir ihtiyaçtan ziyade bazı/çoğu kere Avrupa devletlerini hoşnut etmek için Batı modelinde reform yapma mecburiyetinde kalmışlardır. Nizamiye Mahkemelerinin Osmanlı geleneğine ve o günkü hukukçu birikimine aykırı olarak toplu hakimli olarak kurulması, üyelerinin yarısının nüfus oranına bakmaksızın gayrimüslimlerden seçilmesi, ticaret kanunnamelerinin Batı'dan alınması, gayrimüslimlere neticede Osmanlı devletinden ayrılmaları sürecinin başlatan imtiyazların verilmesi, Lozan Konferansı'nda adlî kapitülasyonların kalkması karşılığında Batı medenî Kanunu'nun alınmasının taahhüdünde bulunulması bunun tahdidi olmayan örneklerinden bir kaçıdır.

Cumhuriyet döneminde bütünüyle Batı modelinde bir modernleşme tipinin seçilmesinde İslâm hukukunu muhafaza etmenin doğuracağı siyasi mahzurlar da rol oynamıştır. Bu hukuku muhafaza etmek, bu hukukun okutulduğu medreseleri, bu hukukun uygulandığı mahkemeleri muhafaza etmeyi de gerektirecekti. Daha da önemlisi bu sahada yetişmiş olan ulemanın ülke genelinde varlığının ve etkinliğinin devam etmesi anlamına gelecekti. Yetişmişlikleri ve geleneklere bağlılıkları itibariyle bu kesimin bir taraftan geleneksel kurumlara bağlılıklarını sürdürme, diğer taraftan da Cumhuriyeti kuran seçkinlerin ilerde yapacakları reformlar için engel çıkarma riski vardı. Her ne kadar İstiklâl Harbi boyunca bu kesimle yararlı bir işbirliği yapılmışsa da bu zoraki nikâhı devam ettirmenin artık gereği kalmamıştı. Üstelik Cumhuriyeti kuran seçkinler Lozan görüşmeleri sırasında bütünüyle Batı hukukunu almakla eklektik bir yapıyı muhafaza etmek arasında kesin tercihe zorlanmışlardı. İkinciye seçmenin ilk nazarda görünmeyen siyasi sonuçları da olabilirdi. Bütün bunlar Batı yönünde tercihi kolaylaştırmıştır.