

Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri

The Bases Of Ottoman Law And Socio-Political Dynamics Of The Reforms In Tanzimat Period

Gürsoy AKÇA - Himmet HÜLÜR *

Özet

Teorik olarak ondokuzuncu yüzyıla kadar Osmanlı devlet ve toplum yapılanmasında dinsel kuralların belirleyiciliğinden söz etmek mümkünse de, gerçekte bu kurallar din dışı toplumsal dinamiklere dayanan ilkeler aracılığıyla işlerlik kazanmışlardır. Hatta yönetim ve örgüt gibi kamusal nitelikli alanlarda toplumsal geleneği yansıtan örfi kurallar daha belirleyici olmuşlardır. Onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda Avrupa'da meydana gelen ve bütün dünyayı etkileyen sosyo-ekonomik ve sosyo-politik gelişmelerin baskısını Osmanlı ondokuzuncu yüzyılda yoğun olarak hissetmiş ve kurumsal modernleşme çabalarıyla baskılara cevap vermeye çalışmıştır. Kurumsal modernleşme çabalarının hukuksal boyutu, dünyadaki gelişmelere koşut ve bu gelişmelerin gereklerini karşılayacak modern bir hukuk sisteminin oluşturulmasını kapsamış ve bu süreç hukuksal alanda dinsel kuralların belirleyiciliğinin kısıtlanmasını beraberinde getirmiştir. Bu hukuksal sekülerleşme süreci zamanla geleneksel yaklaşımı dönüştürerek akıl ve birey eksenli modern bir hukuk anlayışının gelişimine katkı sağlamıştır. Bu bağlamda, makede ele alınan Tanzimat dönemindeki hukuksal düzenlemeler Osmanlı-Türk tarihinde bir dönüm noktasını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Osmanlı Hukuku, Osmanlı Toplumunu, Örfi Hukuk, İslam Hukuku, Tanzimat, Mecelle

Abstract

In theory, even though it can be said that religious law had been determinant in the Ottoman state and society structure until nineteenth century, in reality these rules had achieved functions through non-religious social dynamics. Even in the spheres having public character such as administration and organization, customary law reflecting tradition of the society was more determinative. In the nineteenth century Ottoman system fell under the heavy pressures of socio-economic and socio-political developments started in Europe in seventeenth and

* Arş. Gör. Dr., Selçuk Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü.

Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi.

eighteenth centuries, and it attempted at institutional modernization in order to cope with the new situation. Institutional modernization covered the development of a modern system of law in accordance with the developments all over the world and this process gave way to the limitation of religious rules and norms in legal domain. This process of legal secularization, in time transformed traditional approach and contributed to the development of a legal conception grounded on reason and individual. In this context, legal arrangements in Tanzimat period considered in this article constitute a turning point in Ottoman-Turkish history.

•

Key Words

Ottoman Law, Ottoman Society, Customary Law, Islamic Law, Tanzimat, Mejlle



GİRİŞ

Endüstrileşmenin toplumun her alanında yol açtığı değişimler hukuk sistemi alanında da yansımalarını bulmuştur. Hukuk sistemi geleneksel toplumlarda yerel ve içinde bulunduğu toplumsal düzenin bir parçasıyken, modern toplumlarda ilkece evrensel normlara doğru evrilmektedir. “Orta çağ toplumunun siyasal, toplumsal ve ekonomik yapıları değiştikçe, hukuk sisteminin yapısı, temeli ve kültürü de değişmiştir”. “Akıl Çağının hukuksal yasama çağı” haline gelmesiyle “toplumun tek bir rasyonel yasaya ihtiyacı” belirlemiştir. Modern toplumdaki “kanunlaştırma hareketi üniter, güçlü mutlakiyetçi ulus-devletin yükselişiyle koşut gelişmiştir” (Friedman 1977: 41-42). Modern toplumda geleneksel toplumdan farklı olarak devletin yapısı ve rolü, bireylerin hak ve yükümlülüklerin “sözleşme”ye dayalı olarak belirlenmesi, bağımsız bir yasanın (code) varlığıyla yakından ilişkilidir. Bağımsız bir yasanın varlığı kamusal ve özel yaşamın açık ve katılımcı olmasına bağlıdır.

Sosyolojideki klasik yaklaşımlar hukuk sistemindeki değişimi toplumsal değişimin bir boyutu olarak ele alır ve modernleşmeyle birlikte ortaya çıkan dönüşümler üzerinde yoğunlaşır. Modern olmayan toplumlarda hukuksal norm ve kurallar din ve gelenekler çerçevesinde belirlenirken, modern toplumlarda modern toplumsal düzenin gereksinimlerine göre yeniden düzenlenmektedir. Durkheim, (1964: 112-113) hukuk sistemindeki değişimi toplumsal evrimin bir parçası olarak görür. Toplumsal dayanışma biçiminin değişimine koşut olarak hukuk sistemi de evrilir, mekanik ve organik dayanışma biçimlerinden her birinin kendine özgü bir hukuk yapısı vardır. Mekanik dayanışmanın ve kolektif bilincin bir parçası olan cezalandırıcı hukuk; ahlak yasalarının içinde yer alır, daha az merkezi ve toplum içinde dağılmış bulunurken, organik dayanışmanın belirleyici olduğu toplumlarda iade edici yasa; hakimler heyeti, yönetim meclisi, danışma meclisi gibi uzmanlaşmış organlara dayanır ve yalnızca yargıçlar ve avukatlar gibi özel uzmanlar tarafından uygulanır. Weberci yaklaşım çizgisinde ise, Batı toplumlarında ortaya çıkan ekonomik gelişmeler, özellikle rasyonel biriktirme anlayışı, amaçsal rasyonel eylem ve rasyonel bürokrasi ile birlikte hukuk sisteminin de değişime uğradığı vurgulanır. Weber’in (1978: 880) görüşünde modern Batı hukukunun diğer hukuklardan ayırt edici özelliği, sistematik ve rasyonel yasamadır. Daha özel olarak, Weber (1978: 820, 822), İslam hukuku tarihinde gelenekçiler (ashabı hadis) ile akılcılar (ashabı rey) arasındaki çatışmanın sürekli olduğunu belirtir. Ona göre, hukukun sistematikleşti-

rilmesi manevi normların müdahalesiyle engellenmiştir. Bu yüzden “Mecelle gerçek anlamda bir Yasa değil Hanefi normlarının derlenmesidir”.

Herhangi bir hukuk sisteminin en önemli işlevi toplumda denetimi sağlamaktır. Hukukun sosyolojik çözümlenmesinde hükümetler, devletler veya otoritelerin belirli etkinlikleri üzerinde durulması, normların ve kuralların “nasıl yapıldığı, uygulandığı, onlara nasıl uyulduğu veya uyulmadığı, nasıl sürdürüldükleri, davranışı nasıl etkiledikleri”nin saptanması önemlidir. Hukuksal kurumların kullanılışı “talep”, “süreç” ve “yanıt”ı kapsar (Friedman 1977: 5-6, 10). Bu anlamda, modern hukuk normlarının oluşumunu anlamak, toplumun düzeninde ortaya çıkan değişimin niteliğini ve bu değişim sürecinde hukuk yapan otoritelerin ve hukuksal kurallara uyma davranışı beklenen bireylerin özelliklerinin incelenmesiyle mümkündür. Modern ulusların hukukunun modern olmayanlardan farklılıklarının temelinde teknolojinin yarattığı yeni ihtiyaçlar ve sorunlarla baş etmek için kural ve kurumlar geliştirme gereksinimleri yatmaktadır. Modern hukuk Tanrı, gelenek veya doğanın değil, insanın ürünüdür (Friedman 1977: 45).

Tarihin farklı dönemlerine bakıldığında din ve devlet ilişkilerinin üç farklı biçimde oluştuğu görülmektedir: Birincisi, devletin örgüt ve hukukuna dini kuralların, yönetimine din adamlarının hakim olması (teokrasi); ikincisi, dini örgüt ve din adamlarının devlete tabi olması, devletin bazı dinlere diğerlerine karşı daha fazla ayrıcalık vermesi; üçüncüsü, devlet ve din işlerinin birbirinden tamamen bağımsız olması (Arsal 1999: 59-60). Endüstrileşme ve modernleşmeyle birlikte din ve devlet ilişkilerinde daha çok üçüncüsü yaygın bir gelişme olarak görülmektedir. Ancak, devletin örgütsel yapısı dinden bağımsızlaşsa da dinin tamamıyla devlet denetimin dışına bulunması söz konusu değildir (Sezen 1993: 189-190). Vatandaşlarının dinsel özgürlüğünü sağlamak laik devletin öncelikleri arasındadır. Laik devlet, başkalarını kendi dinsel değerlerinin baskısı altına almak isteyen akımlara karşı koruyucu ve garantör konumundadır.

Osmanlı toplumunda ondokuzuncu yüzyıla kadar geniş bir dinsel toleransın varlığına karşın, “toplumun resmen din esasına dayanan millet denemelerine bölünmesi, vergilerin bu gruplara göre salınıp toplanması, yargı düzeninin ve eğitimin bu anlayış içinde dini cemaat liderleri tarafından, örgütlenilip yürütülmesi”, Osmanlı devletinin laik bir yapıda görülemeyeceğini gösterir (Ortaylı 2002:177). Ancak Osmanlıyı tümüyle teokratik bir sistem olarak görmek yanlıcıdır. Bunun en önemli nedenlerinden biri, İslam hukukunun özel alanda uygulanması ve kamusal yaşamın devlet otoritesi tarafından örfi hukuka bağlı olarak düzenlenmesiydi. Üstelik, Hıristiyan ve Yahudi toplulukların kendi hukuklarının oluşu Osmanlıyı çok-dinli bir devlet yapmaktaydı (Aras

2004: 1035-1036). Farklı din ve inanç gruplarının tolere edilmesi ve toplumsal yaşamın din dışı kökenlere sahip hukuk kurallarıyla düzenlenmesi laik toplumun varlığı için gerekli olan, fakat yeterli olmayan koşullardır. Ortaylı'nın (2002: 174-175, 180) belirttiği gibi, "[l]aik toplum standart ve monist (tekli) bir yönetim düzeninin ve farklı din ve cinsiyette insanların eşit koşullarla bağlı olduğu bir hukuk mevzuatının bulunduğu toplum düzeni demektir". Laikliğin gelişmesi modern/merkeziyetçi toplumun yapısal koşullarıyla yakından ilişkilidir. Osmanlı Devleti ondokuzuncu yüzyılda benimsenen merkezi, modern ve yasalara dayalı yönetim sistemine koşut olarak laikleşmiştir.

OSMANLIDA DİNİ HUKUKUN DÜNYEVİ ÇERÇEVESİ

İslam hukuku hicretten sonraki iki asır boyunca oluşma dönemini tamamlayıp kitabi hale gelmiştir. Bu hukuk, özel olarak oluşturulmuş bir yasama organına değil, İslam bilginlerinin eserlerine dayanır. Özünde hukuksal sorunların Kur-an-ı Kerim, Peygamberin sünneti ve içtihatlar çerçevesinde kurallaştırılmalarını kapsar (Barkan 1943: X-XI). İslam hukuku kavramı; Kuran ve Sünnetteki dinsel kuralları değil, bu kaynaklardaki ilkeler ışığında Müslüman toplumlarda gelişen bilgi ve yaşam tecrübeleri kökenli toplumsal hukuku ifade eder. Bu anlamda, Osmanlı hukuku İslam hukukunun bir açılımı olarak değerlendirilebilir (Bardakoğlu 1999: 412-417). İslam hukuk bilginleri dinin açık emirlerine aykırı olmamak ve toplum çıkarının gerektirmesi şartıyla örf ve adet çerçevesinde ya da bizzat kural koyarak devletin esas düzen ve örgütüyle yönetim biçiminde sultanların serbestliğini tanımuşlardır (Barkan 1943: XIII). Osmanlı'nın ihtişam dönemi şeyhülislamlarından Ebusuud Efendi hükümdarın otoritesi aracılığıyla hukuku rasyonelleştirmeye çalışmış, yasama alanında sultanın yetkesini kadılar aleyhine genişleterek, kadıların Hanefi geleneğindeki farklı görüşlerden yararlanma özgürlüklerine kayıtlar getirmiştir (Imber 2004: 118-122). Bazı tarihçiler Ebusuud'un sultanın yasama yetkisiyle ilgili bu tutumunun, İslam'da içtihat kapsının kapandığı ile ilgili görüşlerin geçersizliğini ortaya koyduğunu bu görüşlerin daha çok Oryantalist bir bakışı yansıttığını savunurlar (Gerber 1994: 89-90). Örfi hukukun ne dereceye kadar İslam hukuku içinde kabul edilebileceği, bir araya getirilmiş farklı hukuksal öğelerin hukuku ne zaman İslami olmaktan çıkaracağı ve İslam hukukunun sınırlarının nasıl çizileceği önemli sorunlardır.

Kur-an-ı Kerimde örgütlü bir devletin yönetimine ve kamusal haklara ait yok denecek kadar az kural bulunmakta, peygamberin bu alandaki uygulamaları ise, organlaşmış bir devlet yönetimi için basit ve yetersiz kalmaktaydı. Bu nedenle, her ne kadar dinsel olduğu kabul edilmiş olsa da ilk halifelerin uygu-

lamaları, fethedilen yerlerdeki yabancı yönetim biçimleri ve örgütlerinin taklit edilmesine dayanmaktaydı. Bu taklitler daha sonra İslam hukuk bilginlerince İslam hukukunun örnekleri olarak gösterilmiştir (Barkan 1943: XI-XII). Kur'an'da devlet örgütlenmesi ve yönetim biçimi hakkında bir açıklamanın olmayışı, kendisinin İslami olduğunu iddia eden yönetimlere karşı kuşkulu bir yaklaşımı beraberinde getirir. Osmanlı devletinde Saltanatın kendisini dine dayandırması, dini bir emirden kaynaklanmaktan çok dünyevi bir otorite olma amacıyla ilişkilidir. Bu anlamda din siyasal erk için araçsal bir işlev görmüştür. İnalçık'ın (2000: 27-36, 40-46) saptadığı gibi, güçlü bir devletin İslam'ın varlığı ve devamlılığı için gerekli olduğu İslam toplumlarında kabul edilmiştir. Bu siyasal güç, özellikle şer'î kuralların düzenlemediği alanlarda, bütün toplumun çıkarının öyle gerektirdiğine dayanarak şer'î uygunluğu tartışmaya açık olan kurallar koymuş ve uygulanmasını sağlamıştır. Müslüman Türk devletlerinin kurulması devlet-hukuk ilişkileri bağlamında bağımsız dünyevi otorite ve onun kanun koyması lehinde güçlü bir iradenin gelişmesini sağlamıştır. Türkler kamunun düzenlenmesini Tanrısal kut'a sahip olan sultanın hakkı olarak görürlerdi. Onlar bu devlet geleneklerini İslam kurallarıyla uzlaştırarak İslamleştirmişler ve İslam dünyasının siyasal alanına canlılık ve esneklik kazandırmışlardır.

Entelektüel ve ideolojik alanda şeriat ondokuzuncu yüzyıla kadar İslam dünyasında belirleyici olmakla birlikte işleyen bir hukuk sistemi niteliğine sahip değildi. Varlığını ve otoritesini seküler bir hukuk sistemi aracılığıyla sürdürmekteydi. Osmanlıda bu seküler hukuk sistemi, aynı zamanda tek bir hukuk kuralını da ifade eden "kanun" kavramı ile belirtilirken; hukuk kodu "kanunname" (kanun kitabı) şeklinde belirtilmiş, kanunlar feodal toplumsal yapı kökeninde, reaya ve tımar sahipleri (vergi ödeyenler-toplayanlar) ayrımı çerçevesinde şekillenmiştir (Imber 2004: 49-50). Şer'î hukuk teoride her hukuk alanına uygulanan bir sistem olmasına rağmen, pratikte, özellikle yönetim, örgüt ve kamu alanında, eski Türk yöneticilik geleneğinden ve fethedilen yerlerden alınan usul ve örgütler, siyasi/devlet hukuku alanında şer'î hukuka esneklik kazandırmıştır (Barkan 1943: XVI-XVII). Böylece, gerçekte uygulanan daha önceden hazır bulunan şer'î hukuk değil, örfi hukuksal normlara şer'î bir görünüm verilmesidir.

Örf kavramı "siyasi otorite ve icra fikrini" çağrıştırır. Nitekim Osmanlıda devletin icra kuvveti ve otoritesini kullananlara genel olarak "ehl-i örf" denilmekteydi (İnalçık: 1996: 320, 2000: 27). Şer'î kuralların uygulama alanlarıyla kanunnamelerin uygulama alanları büyük bir titizlikle ayrılmıştı. Fakat devletin örgütsel yapısının ve zamanın koşullarının gerekleri karşısında şer'î metot ve hükümlerin yetersizlikleri durumunda İslam toplumunun çıkarını korumak

adına şer'î alana müdahale edilmiştir. Müdahale ihtiyacı, İslam hukukçularının görüş birliği içinde oldukları şeriatın özüne ait meselelerden çok zamanın gereklerinden kaynaklanan ve hukukçular arasında farklı içtihatların yapıldığı alanlarda ortaya çıkmıştır. Sultan, bu görüşlerden birisini kanunlaştırarak hem İslam hukukunun gelişiminde hem de uygulama üzerinde etkili olmuştur. Miri arazi sistemine ait kanunnameler bu uygulamanın tipik örneklerini oluşturur (Barkan 1946: 715-720). Sultanın kanunlaştırma gücü, her ne kadar din adamları tarafından kabul edilmiş olsa da doğrudan dinsel bir referansa sahip değildi. Ancak dinsel dünya görüşünün amacını oluşturan “adalet” anlayışına uygundu.

Şeyhülislamın devlet örgütlenmesindeki konumları, Osmanlı geleneksel dönemindeki şer'î/örfi hukuk dengesi hakkında fikir vericidir. Klasik dönem devlet işleyişinde şeyhülislamın önemli bir konuma sahip değillerdi. Örfi hukuk alanında söz hakları yoktu. Kemalpaşazade ve Ebusuud Efendi gibi müftülerin çabalarıyla onaltıncı yüzyıldan itibaren devlet örgütündeki konum ve etkileri artmıştır. Nitekim ondokuzuncu yüzyılda Şer'iyye Nazırı olarak kabineye dahil olmuşlardır. Şeyhülislamın öneminin artışı, İmparatorluğun gerilemesine koşut olarak dinin toplumsal yaşamada daha fazla önem kazanması ve ideolojileşmesinin bir sonucudur (Ortaylı 2002: 177-178). Geleneksel dönemde müftülerin hukuksal konumu danışmanlıktan ibaretti. Kendilerine yöneltilen sorulara verdikleri fetvaların padişahça yetkilendirilmiş kurumlarca yasalaştırılmasıyla yargıda etkin olabiliyorlardı. Bu işlevsel zayıflıklarının bir yansıması olarak kadılar kadar güçlü bir örgütlenmeye de sahip değillerdi (Imber 2004: 11-12). Kadılar ise günlük hukukun uygulanışında önemli bir yere sahip olmakla birlikte hukuksal gelişime hemen hiç katkıda bulunamamışlardır. Bunun nedeni, kadıların bir dava ile ilgili kararlarının o dava konusunda bağlayıcı ve geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurmasına karşın, benzer davalara örnek oluşturmamasıydı. Osmanlı kadılarının tuttıkları ayrıntılı mahkeme kayıtları hukuksal değil yönetsel amaçlıydı (Imber 2004: 11). Teoride, Osmanlı sultanlarının mutlak iktidarları, fetva makamının *hal' fetvası* ile sınırlandırılmıştı. Fetva makamı, bu silahı ancak gerileme döneminde, itaat ve disiplini bozulmuş yenilerle dayanmak suretiyle etkin bir şekilde kullanma imkanına sahip olmuştur (Akçura 1988: 3-4). Arsal'a (1999: 79-80) göre, devletin güçlü olduğu dönemlerde Osmanlı sultanları halifelik unvanına önem vermemişler ve devlet siyasetini hilafet merkezli oluşturmamışlardır. Devletin gerileme sürecine girmesine koşut olarak devletler arası ilişkilerde bu unvanın kullanım ve vurgusunda artış gözlenmektedir. Nitekim ilk defa Küçük Kaynarca Anlaşmasında halifelik hukuku iddiasında bulunulmuştur. Bu anlamda Osmanlı gerileme dönemine

kadar teokratik bir devlet niteliği göstermezken, bu dönemden itibaren teokratik bir yapıya kaymıştır. Kunun-i Esasi'de (1876) kendini dinin koruyucusu olarak niteleyen II. Abdülhamit'le teokratikleşme zirveye ulaşmıştır. Ortaylı (2002:179) ise, hilafet unvanının yoğun kullanılmasını Aynalı Kavak Tenkihnamesi (1779) ile başlatır.

Diğer taraftan, Osmanlı hukuk sisteminin kaynağını dini hukuk temelinde açıklayan yaklaşımlar İslam dünyası ve Osmanlı hukuksal sisteminin arkasındaki anlam yapısına göndermede bulunurlar. Imber'e (2004: 47) göre, "[h]ukuk bilimi her şeyden önce Allah'ın kanununu keşfetme çabasıydı ve hukuki sorunların ince ayrıntılarla çözümlenmesi, Allah'ın iradesini kavrama ve ilahi sonsuzluğun bir anlık bakışını elde etme çabasını temsil ediyordu". Aynı şekilde Lewis (1980: 169), İslamın dini kurallarının özel ve kamusal alanda her türlü müdahaleden bağımsız olarak etkin ve yaygın bir uygulama alanı bulması konusunda Osmanlı devletinde açık bir iradenin varlığının şüphe götürmediğini, hatta yönetsel ihtiyaç alanlarının düzenlenmesinden öte anlamlar taşımayan kanunnameleri bu iradenin istisnaları olarak görmenin mümkün olmadığını iddia eder. Lewis, Osmanlı *kanununu* İslam hukukunun bir kodifikasyonu olarak kabul eder. Ona göre, kanunları bir yasama faaliyeti olarak değerlendirmek yanlıştır. Hukuk alanında Osmanlı, Şeriatın mutlak otoritesini kurmada diğer İslam ülkelerinden daha titiz davranmıştır (Lewis 1996: 109). Benzer bir şekilde, Cin ve Akgündüz'e (1990: 142-144) göre de; Osmanlı devleti İslam hukukunun uygulanmasında büyük bir duyarlılık göstermiştir. Örfi hukuk, temelde, İslam fıkhu'nun müsaade ettiği alanlarda ulul emrin şer'i kurallar ve kanunlar çerçevesinde yaptıkları belirli formalitelere dayanan bir yasama tasarrufu olup, kanunnameler ve kanunlaştırma faaliyetleri İslam hukukundan bağımsız değildir.

Şeriatın, 19. yüzyıla kadar İslam dünyasında hukuk, eğitim ve dindarlığa zemin oluşturduğunu, 19. yüzyıldan sonra ekonomik, siyasal, kültürel ve askeri alanlardaki Batı üstünlüğünün İslam dünyasında belirleyici olduğunu gözlemleyen Imber (2004: 48-49), Avrupa'dan alınan bilimsel/teknolojik unsurların kültürel bağlamlarının etkisiyle İslam hukukunun yerel örf ve adet konumuna itilerek işlevsizleştiğini, yerine kentsel karakteri ağır basan Avrupa hukuk sistemleriyle İslam hukuk ilkelerinin karışımından oluşan kanunların geçtiğini ve dinsel içeriğin modern kodlamaya tabi tutulduğunu belirtir. Öte yandan Barkan'a (1943: XIX) göre; zannedilenin aksine, şer'i hukuk XVII. yüzyıldan sonra Osmanlıda daha geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu durum, bir taraftan her şeyi şer'i hukuka uydurma çabası, diğer taraftan sultanların ilk halifelerin nüfuzuna ulaşma amacıyla İslam hukukunu yayma çabaları ve bu doğrultuda

İslam dünyasında Arapça, medreseler, hukuk bilimi ve ulemaya büyük önem atfetmeleri ile yakından ilişkilidir.

Osmanlı İmparatorluğu, “idari, mali mevzuatta araziye göre hukuk ve kanun dağınlıklığı prensibi”nden hareketle farklı zümrelerin her birine özel imtiyazlar vermişti. “[V]akıflar şeklinde idari-mali bir takım muhtariyetlerle ve her biri kendi hususi statüsüne göre idare edilen teşekküllere hükmedilen bir devlet” olmasının yanında teknik imkansızlıkları nedeniyle bütün tebaasını kapsayan genel bir örgütlenme ve yönetim kanunu oluşturmamıştır (Barkan 1946: 724-725). Ayrıca, Osmanlı devletinin sınırlarının genişlemesi, halkların ve inançların çeşitlenmesini beraberinde getirmiş, bu da hukuksal çoğulculuğu doğurmuştur. Devletin uzak kırsal bölgelerinde hukuksal işler yerel gelenekler aracılığıyla çözülmüyordu. Gayr-i Müslimler, cemaatlerine ait işlerde din görevlilerinin gözetiminde kısmi bir özerkliğe sahiptiler. Özellikle şehir ve kasabalarda yaşayanlar olmak üzere Müslüman halk sorunlarını daha çok Müslüman mahkemelerinde çözüyordu. Bu hukuksal çoğulluğa bütünlük kazandıran sultanın otoritesiydi. Yargı gücünü kullananlar (kadılar, papazlar, hahamlar vs.) yetkilerini sultanın kendilerini atamasından alıyorlardı. İslam hukukunu uygulayan ve hemen her kasabada bulunan Müslüman mahkemeleri her dinden halka açıktı. Kadılar yargısal yetkiler kadar yönetsel yetkilerle de donatılmıştı. Bu bağlamda saltanatın çevredeki temsilcisi konumundaydılar (Imber 2004: 10-11; 89). Osmanlı Devleti, gayr-i müslimlerin hukuksal durumlarını İslam hukuku temelinde belirlemişse de, Peygamber ve dört halife dönemlerine göre onlara daha sınırlı hukuksal özerklik tanımış, cemaat mahkemelerinin etkinlik alanını “ahval-i şahsiyye” ile sınırlandırmıştı. Zımmiler, şer’i kuralların uygulanmasını kabul etmek kaydıyla medeni hukuk alanında da şer’i mahkemelere başvurmak hakkına sahiptiler. Bu haklarını cemaat önderlerinin muhalefetine rağmen azımsanmayacak kadar sıklıkla kullandıkları görülmektedir. Bu durum, daha çok pratik amaçlı kazanımlardan kaynaklanmıştır. Bu bağlamda İslam hukukundan kaynaklanan kazanımlar kadar şer’i mahkemelerin kararlarının cemaat mahkemelerin bağlayıcı olmasından kaynaklanan kazanımlar da önem arz etmektedir. Ayrıca gayr-i Müslimlerin topluma adaptasyonlarının yüksekliği, bu tercihlerinde belirleyici olmuştur (Çiçek 2001: 31-49).

Osmanlı devletinin beylikten devlet olmaya evrilmesi aşamasında dahi idari, mali, siyasi ve askeri bütün örgütleri belirli prensipler çerçevesinde işlemiş, dönemin ihtiyaçlarının gereği olarak askeri örgüt diğer yapılar üzerinde belirgin bir etkiye sahip olmuştur. Örgütlenme Orhan Bey zamanında Candarlı Kara Halil’in katkılarıyla belirli temeller üzerinde yürüyen bir sistem haline gelmiştir. Bu sistemin en önemli unsurunu saltanat makamı oluşturmuş, bu makam

han, sultan, hakan ve I. Selimden itibaren de halife unvanlarıyla padişah tarafından temsil olunmuştur. Sultan, Peygamberin halefi ve bütün Müslümanların başı olarak Kur-an ve sünnetin hakim kılınmasından sorumluydu. Bu anlamda otoritesi mutlak olmayıp şer'î kurallarla sınırlandırılmıştı. Fakat sultanın şer'î kurallara uymaması dünyevi hiçbir yaptırıma tabi tutulmamış, uhrevi bir sorumluluk boyutuyla sınırlı kalmıştır. Böylece dini kurallarla düzenlenmeyen alanlar (daha çok kamu hukuku alanı) şer'î kurallardan bağımsız olarak padişah iradesine bağlı kanunlarla düzenlenmiştir. Bu durum pozitif hukukun gelişmesinde bir potansiyel olarak görülebilir. Okandan, Osmanlı-Türk toplumunun bu kendine has hükümet sistemini "teokratik bir monarşi" şeklinde isimlendirir (Okandan 1945: 37-42). İslam, Osmanlı hukuk sisteminin önemli bir kaynağı olmasına karşın, İmparatorluğun bünyesinde bulunan farklı toplum ve kültürler monist bir hukuk sisteminin uygulanmasını olanaksız kılmıştır. Ayrıca dış ve iç sosyo-politik değişimler kamu ve özel hukukun yeniden düzenlenmesini gerektirmiştir.

TANZİMAT DÖNEMİNDE HUKUKSAL YENİLİKLER

Batı Avrupa'da feodal sistemin sonuna doğru ortaya çıkan ekonomik, teknolojik ve kültürel gelişmeler, Osmanlı İmparatorluğundaki etkisini başlangıçtan itibaren göstermiş olsa da ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına girildiğinde bütün Osmanlı sistemi üzerinde köklü değişmelerin yolunu açmıştır. Hukuksal yeniliklere içeride ve dışarıda gelişen yeni koşullara uyum sağlamanın bir aracı olarak başvurulmuştur. Osmanlı Devleti yabancılara 16. yüzyıldan itibaren önceleri ekonomik ve siyasal alanlarda, daha sonra adli ve diğer alanları kapsayan ayrıcalıklar tanımıştır. Bu dönemde Batı'da tam tersi bir süreç işlemekte olup, derebeyliklerin yıkılmalarına koşut olarak ortaya çıkan monarşilerle "devletin hukukunun ülke toprakları içerisinde yerli ve yabancı herkese ayırım yapılmadan uygulanması ilkesi benimsenmiş ve giderek yerleşmişti". Bu yaklaşım Avrupa'da konsolosların yargılama işlevlerinin de sonu olmuştur (Gönen 1999: 340-341). Geleneklerin yeni ihtiyaçlar karşısında işlevsizleşmesi ve onlarla çatışması sonucunda II. Mahmut döneminden itibaren görülen ve Tanzimat döneminde yoğunlaşan kanunlaştırmalar, siyasal ve yönetsel alanlarda reform çabalarının bir sorunsalı olarak değil, Batı ile artan ilişkilerin çağdaş gerekler çerçevesinde kurallaştırılmasına yönelik çabalar olarak değerlendirilmelidir (Berkes 2002: 220-221). Tanör'ün (2001: 98) ortaya koyduğu gibi, Avrupa devletlerinin Osmanlı'nın içişlerine karışmalarını önlemek için hukuksal ve siyasal örgütlenmede yeniliklerin zorunlu hale gelmesi, merkezi devlet örgütünün etkinliğinin artırılmasının akılcı kanunlaştırmaları gerektirmesi, düzen ve güven

bunalımı yaşayan halkın sorunlarının rasyonel düzenlemeleri ihtiyaç haline getirmesi ve yeni ortaya çıkan ekonomik ilişki sistemlerinin doğurduğu ihtiyaçların dinsel kuralları işlevsiz kılması Tanzimat döneminde hukuksal meşruluk ve kanuna uygunluğun ifadesi olarak kanun kavramının yüceltilmesine neden olmuştur.

Onsekizinci yüzyıldan sonra bazı Batı devletleri eğitimin halka yayılması, ticaretin kolaylaştırılması, halkın mülkiyet hakkının tanınıp güvenceye alınması, gibi ilkelere dayanan kameralizmi, orta sınıfları geliştirici, feodalist ayrıcalıkları giderici, devletin kurumlarını güçlendirici ve milli bütünlüğü sağlayıcı olması bağlamında halkın verimliliğini artırıcı bir politika olarak uygulamıştır. Sadık Rifat Paşa ve Mustafa Reşit Paşa gibi Osmanlı devlet adamları Batı gelişmişliğinin özünü bu sistemde bulmuşlar ve Osmanlı devletinin farklı kültürel yapısının “Osmanlılık” şuuru ile bütünleştirilmesini bu sistem temelli yönetsel, ekonomik ve hukuksal reformlarda görmüşlerdi. Bu alanlarda Tanzimat döneminde oluşturulan milli nitelikli kurumlar kameralist bir ruhu yansıtır (Mardin 1997:12-13, 83-84). Ancak, yükselen milliyetçilik dalgaları İmparatorluk içinde bulunan farklı toplulukları bütünleştirmenin önündeki en büyük engel olarak kalmıştır.

Tanzimat dönemi kanunlaştırmalarında; onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda Avrupa’da meydana gelen rasyonalizm ve doğal hukuk gibi akımlar, can ve mal güvenliği, kişilik onurunun korunması ve kanun önünde eşitlik gibi sonuçları ile dolaylı, ekonomik alandaki değişimler ve Avrupa devletlerinin baskıları doğrudan etkili olmuştur. İç siyaset alanında ise, toplumsal düzeni sağlamak ve etkili bir yönetim sürdürmek için saltanatın gücünü artırma amacı, bu dönem kanunlaştırmalarında belirleyici olmuştur. Bunun yanında, düzensizlikten bunalan halkın baskısı ve hoşnutsuzluğunun da bu süreçte etkililiğinden söz etmek mümkündür (Veldet 1999: 166-169). Tanzimat dönemi fermanlarının ilanında asıl belirleyici olan büyük Avrupa Devletlerinin müdahaleleri olmuştur. Örneğin Islahat Fermanı Osmanlı Ortodoks teb’asının koruyuculuğuna soyunan Rusya’nın bu doğrultudaki isteklerini engellemek isteyen Fransızların ve İngilizlerin yönlendirmesiyle ilan edilmiştir. Fermanın millete değil sadrazama hitaben yazılmış olması bu bağlamda anlamlıdır (Okandan 1999: 114-115, Cevdet Paşa 1986: 65-66). Tanzimat döneminde Osmanlı seçkinleri üzerindeki yabancı etkilerini Cevdet Paşa (1986: 26) şu şekilde ifade eder:

... umur-ı Devlet’i müşkilata düşüren başlıca bir sebep dahi İngiliz ve Fransız sefaretlerinin Dersaadet’te nüfuz yarışına çıkışmaları hususu idi. Şöyle ki İngiliz Elçisi Canning öteden beri Babıali’nin icraatına müdahale eylerdi ... Fransa sefreti nüfuzca ana tefevvuk daiyesine düşmüş idi. Reşit Paşa öteden

beri İngiltere politikasına mail olup anın mekteb-i terbiyesinden çıkıp da sonra ana rakıyb olan Ali Paşa ile Fuat Paşa ise bütün bütün Fransa politikasına bağlandılar. Serdar- Ekrem Ömer Paşa İngilizlere mail olup Serasker-i esbak Rıza Paşa ise herkesten ziyade Fransa sefaretini ile hem-raz idi. Reşit Paşa Fransa Sefaretini okşamak ve rakıyblerine karşı bir kuvvet almak üzere Rıza Paşa'yı seraskerDarb-hor Paşa'yı Hassa müşiri ettirmiş ...

Sadrazam Ali Paşa üzerinde etkili olan ve nizamiye mahkemelerinde Fransa Medeni Kanunu'nun uygulanmasında ısrar eden Fransa elçisi Mösyö Bourée, Mecelleyi hazırlamakla görevlendirilmesinden bir yıl sonra Cevdet Paşa'nın Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nazırlığından alınıp Bursa'ya vali olarak görevlendirilmesinde ve daha sonra bu görevden de alınmasında rol oynamıştır (Mardin 1947b: 567-571). Yine Mithat Paşa'nın Fransa ve İngiltere elçilerinin etkisi ile *Şura-i Devlet Riyaseti'*nden alınarak Bağdat'a gönderilmesi, Osmanlı seçkinleri üzerindeki yabancı baskısının hangi düzeylere ulaştığını gösteren bir başka örnektir (Mardin 1947b: 568-8.dipnot). Bu bağlamda Avrupa'daki değişim sürecinden etkilenmemek mümkün değildi, ancak Avrupa devletlerinin Osmanlı üzerindeki egemenlik arzuları bir taraftan bazı seküler seçkinlerin tepkisini, diğer taraftan ise dinsel temelde bir karşıtlığın beslenmesini körüklemekteydi. Sonuçta ondokuzuncu yüzyıl hukuksal modernleşmesinde yargıya yönelik yabancı müdahaleyi önleme amacı belirleyici olmuştur (Ortaylı 2002: 182).

Tanzimat Fermanıyla, Osmanlı devlet örgütünün yeni ilkeler temelinde düzenlenmesi, bu amaçla vatandaşın huzur ve güvenliğini sağlayacak hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması ve bütün bu değişimlerin yasal dayanaklarının oluşturulması amaçlanmıştır (Abadan 1959: 12). Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun *mukaddimesinde* Hatt'ın hazırlanmasının nedenleri, Kur-an hükümleri ve şeriat kanunlarına bağlılığın özellikle son 150 yılda azalması çerçevesinde açıklanmış, devletin mevcut durumdan kurtulması için *şer-i şerife* bağlanılmasının ve yeni kanunların çıkarılmasının gereğine işaret edilmiştir. Mukaddimedden sonra temel haklar kısmında "İşbu kavanini muktaziyenin mevadd-ı esasiyesi dahi emniyyet-i can ve mahfuziyyet-i rz u namus u mal ve ta'yin-i vergi ve asakir-i mukteziyyenin suret-i celb ve müddet-i istihdamı kazıyyelerinden ibaret olub şöyle ki..." denilerek temel hakların önemine, bu haklara sahip olan kişilerin vatan ve milletlerine bağlılıklarının artacağına, aksi durumda doğalarında olmasa da ihanete bile başvurabileceklerinin vurgulanmasıyla işaret edilmiştir (Kaynar 1985: 176-177). Hatt-ı Hümayun'da temel hakların korunması ve işlerlik kazanması için ceza ve ceza usul kanunlarının çıkarılması gereği de belirtilmiştir (Kaynar 1985: 177-178):

... fi-maba'd eshab-ı cünhanın da'vaları kavanin-i şer'iyye iktizasınca alenen bervechi tetkik görülüb hükmolunmadıkça hiç kimse hakkında hafi ve celi i'dam ve tesmim muamelesi icrası caiz olmamak ve hiç kimse tarafından diğerrinin ırz u namusuna tasallut vuku bulmamak ve herkes emval ve emlakine kemal-i serbesti ile malik ve mutasarrif olarak ana bir taraftan müdahale olunmamak ... ulema ve vüzeradan ve'l-hasıl her kim olur ise olsun kavanin-i şer'iyyeye muhalif hareket edenlerin kabahat-ı sabitelerine göre te'dibat-ı layıklarının hiç rütbe ve hatıra ve gönüle bakılmıyarak icrası zımında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin ...

Kanunların halkın mutluluğunu sağlamak için yöneticilerden oluşan bir meclis tarafından can, mal ve onurun korunması ilkeleri temelinde düzenleneceğine ilişkin padişahın yeminle teminat alınması, Tanzimat'ın amaçları arasında din ve devleti yaşatmanın yanında mülk ve milletin korunmasının eklenmiş olması, devletin halka hizmet etmesi, hatta devletin varlık amacının halkın refahına bağlanması gibi ilkeler Hatt-ı Hümayun'un modern bir devlet ve hukuk anlayışını yansıtan yenilikleridir (İnalçık 1996: 356-357). Devletin tebaası üzerindeki hükümranlığının yalnızca kendi geleceğini garantiye almak için değil, tebaasının refah ve mutluluğunu sağlamak amacıyla de kullanılmaya çalışılması ve bunun hukuksal olarak düzenlenmesi modern devletin oluşumuna yönelik bir gelişme olarak görülebilir.

Halkın lehine bu olan bu gelişmelere karşın Reşit Paşa'nın yeniliklerin uygulanmasındaki hız ve kararlılığı, memurlar arasında ve halkta hoşnutsuzluklara neden olmuştu. Müslüman halk arasında fermanın tanıdığı haklarla reyanın ayaklanacağı ve kendilerinden intikam alacağına dair propagandalar dolaşıyordu. Yine Mısır valisinin isyanında Batılı devletlerle beraber hareket edilmesi hoş karşılanmamış "yönetimin gavurlaşması" şeklinde algılanmıştı. Böyle bir toplumsal ortamda Avusturya başbakanı Prens Matternich, Avusturya'nın İstanbul elçisine gönderdiği telgrafta Avrupa tarzı düşünce ve yönetim sistemlerine yönelik reform çabalarını cahillik ve hayalperestlik olarak niteleyerek, bu reform çabalarının Osmanlı Devletini yıkacağını ifade etmiş, Babıaliye ise, hükümeti İslam dini kurallarına saygı temelleri üzerine kurmasını, yabancı bir yönetim şekli için geleneği terk etmemesini, Hıristiyanlığa dayanan Batı medeniyeti kanunlarını almamalarını, almaları durumunda uygulanması için şartların oluşmasını beklemelerini öğütlemiştir. Bu telgraf yönetimde doğrudan, Müslüman halkta dolaylı reform karşıtı tepkisel gelişmelere ve reform sürecinde aksamalara neden oldu. Gayr-i müslim tebaa ise, elde ettiği haklardan yararlanmak için özellikle şikayet kanallarını kullanıp sesini yükseltmiş, hatta Osmanlı yönetiminden kurtulmak isteğine kapılarak Batılı devletlerle

din/mezhep eksenli yakınlaşma hatta bütünleşme çabaları içine girmekle bu gelişmelere katkıda bulunmuştur (Engelhardt 1999: 51-60). Yenileşme çabaları bir taraftan eski konumları zayıflayan kesimlerin daha çok dini gerekçelere dayanan tepkisine neden olurken, diğer taraftan dinsel toplulukların İmparatorlukla bütünleşmelerini sağlayamamakta, aradaki mesafe daha da artmaktaydı. İmparatorluğun farklı millet ve dinsel toplulukları kendi haline bırakmış olması, İmparatorluk çatısı altında bir kaynaşmanın gerçekleşmemiş olması bu kez de bütünlüğü sağlama yönündeki girişimleri etkisizleştirecek sonuçlar üretmişti.

Yenileşmeler, Osmanlı toplumunun bütünlüğünü korumayı amaçlamış olmasına karşın, ekonomik ve teknolojik gelişmeler, Osmanlı toplumunda yüzyıllardır birbirinden görece yalıtılmış bir halde yaşamlarını sürdüren farklı din ve toplulukların hareketlenmelerini, birbiriyle iç içe geçmelerini, birbirleri arasındaki ilişkilerin artışı beraberinde getirmesinin yanında farklılıklarını sorun olarak yaşamalarına yol açmıştır. Uluslararası ilişkilerin belirleyici hale gelmesi, farklı toplulukların ekonomik ve teknolojik olarak güçlenmelerini ve yabancı ülkelerle ittifaklar kurmalarını kuvvetlendirmiştir. Osmanlı yöneticileri bir taraftan Avrupa yayılmacılığına karşı bütünlüğü korumaya çalışırken diğer taraftan devleti modernleştirerek yeni koşullara uyum sağlama yolunu aradılar. Ancak Avrupa yayılmacılığı karşısında aydınlar ve halk arasında artan tepki, İmparatorluğun Avrupa'nın hukuksal yeniliklerinden etkili bir biçimde yararlanmasının önünü kapatmaktaydı.

Tanzimat'tan sonra yapılan hukuksal reformları kanunlaştırma faaliyetleri ve adli kurumlarda yapılan yenilikler şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Kanunlaştırma faaliyetleri, Osmanlı hukuk kurallarının kanunlar haline getirilmesi ve Batıdan, özellikle de Fransa'dan kanun aktarımı şeklinde ortaya çıkmıştır. Osmanlı hukuk kurallarının kanunlaştırılmasında Arazi Kanunnamesi (1858), Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (1868-1876) ve Hukuk-i Aile Kararnamesi (1917) hukuksal değişimin önemli aşamalarını oluşturmuştur (Aydın 1999: 493). Tanzimat'ın ilanından sonraki ceza kanunları (M. 1840, 1851 ve 1858) (bkz. Tanner 1999: 226-232), Arazi Kanunu (bkz. Barkan 1999: 369-421) ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye yerel dinamiklere dayanarak oluşturulmuşken; Kanunname-i Ticaret, Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi, Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi, Ceza Kanunname-i Hümayunu (1863), Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu ve Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Batı, özellikle de Fransa kanunlarının tam ve kısmi aktarılması yoluyla oluşturulmuştur (Veldet 1999: 175-199).

Osmanlı Devletinin çok milletli yapısı modernleşme sürecinde eşitlik ve ortaklık temelinde tüm topluma uygulanacak hukuk mevzuatının din dışı olma-

sını zorunlu kılıyordu. İslam hukuku her ne kadar, gayr-i müslimlerin iç sorunlarını cemaat mahkemelerine götürmelerini serbest bırakmışsa da, gayr-i müslimlerin Müslümanlarla olan bütün davaları şer'î mahkemelerde görülmekteydi. Şer'î mahkemelerin hükümlerini daha çok tanıklığa dayandırdıkları ve şer'î hukukta gayr-i müslimlerin Müslümanlar aleyhine tanıklıklarının geçersiz sayıldığı düşünülünce bu zorunluluk daha iyi kavranır. Bu bağlamda Tanzimat dönemindeki hukukun bireysel ilişkiler eksenli düzenlenmesi çabaları önemlidir. 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde ilk defa "suçun kanuniliği" ilkesine dayanılmıştır (Bingöl 1999: 534). Tanzimat'ın ilanından sonra kabul edilen bu kanunun belirgin niteliklerinden birisi, "liberalizm, rasyonalizm ve tabii hukuk akımları ve Fransız Devrimi'nin" etkisini taşıyor olmasıdır (Okumuş 1999: 322). Ancak bu kanunda şer'î sınırlar ihmal edilmemişti. Bunun yansısı geleneksel hukukta bulunmayan iki yenilik getiriyordu: Kanunun özel görevli bir kurul tarafından hazırlanması ve kanun önünde eşitlik. Bu kanun, modern ceza kanunlarına ait kurullarla şer'î kurulları birlikte içermesi anlamında Tanzimat döneminin düalist karakterini yansıtır. Ayrıca modern bir *code* özelliklerine de sahip değildi. Bu eksiklik 1858'de, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan yapılan aktarımla yapılan ceza yasası ile giderilmeye çalışılmıştır (Berkes 2002: 109-110, 223). Tanzimat döneminde çıkarılan ceza kanunlarıyla Gülhane Hattındaki "cezaların kanuniliği ve hakim'in hükmüne müstenit bulunması" ile "cezaların şahsiliği" ilkelerinin pratik yaşamda işlerlik kazanması amacı (Taner 1999: 224-225), bu yasa ile sağlanmaya çalışılmıştır. Ayrıca, "temyiz" kavramı, ceza yasasının ilanından sonra Meclis-i Vala'ya ceza mahkemelerinin temyiz yetkisinin verilmesi ile Osmanlı hukukuna kazandırılmıştır (Mardin 1997:132-133, Kaynar 1985:303-312). Tanzimat döneminde ceza hukukunda yapılan düzenlemelerin en önemli yanı dinsel hukukun belirleyici olduğu bir alanda, din dışı hukuk norm ve kurallarının yerleşmeye başlamasıdır.

Diğer taraftan dış ve iç ekonomik dinamikler ticaret hukukunun düzenlenmesini gerekli kılmaktaydı. Uluslararası ekonomik ilişkiler ve İmparatorluğun yeni durumlara uyum sağlaması ticari olanaklarını geliştirmesiyle yakından ilişkiliydi. İlk Ticaret Kanunundan (1850) on yıl sonra yine Fransa Kanunları kökenli yeni düzenleme ile ticaret mahkemeleri Ticaret Bakanlığına bağlanmıştır. Bu mahkemeler, şer'î muhakemenin terk edilmesi ve Şeyhülislamlıktan bağımsız olarak kurulan ilk mahkeme olmaları açısından önemlidir. *Ticaret Muhakeme Usulü Kanunu* (1861) ve *Deniz Ticaret Kanunu* (1863) bu mahkemelerin şer'î usulden ayrılmalarını sağlayarak ticari yargıda laikleşme sürecini tamamlamıştır. Bu kanunlar, Müslüman olmayanların Müslüman davalının aleyhine tanıklığını kabul etmesi bağlamında daha sonra kurulacak nizamiye mah-

kemelerinin kabullenilmesini kolaylaştırmıştır (Berkes 2002: 222, Şentop 2005: 656). Bu açıdan, “Teşkilat-ı Mehakim Kanunu” (1879) ile yargının örgütsel olarak geliştirilmesi ve yönetim karşısında daha bağımsız kılınması amaçlanmıştır (Üçok ve Mumcu 1985: 334). Bu adım, yargının bağımsızlığı yanında kanunların başarılı bir şekilde uygulanmasının sağlanmaya çalışılması açısından önemlidir, çünkü hukuk sisteminin etkili olarak işleyişi yalnızca kanun çıkarmayı değil, bu kanunların nasıl kullanıldığını ve uygulandığını da kapsar.

Tanzimat zihniyetinin bir devamı konumunda olan Islahat Fermanıyla (1856) ticaret ve cinayet davalarının karışık komisyonlara havale edilmesi ve Avrupa’nın eğitim, bilim ve sermayesinden yararlanılması ilkelerinin kabul edilmiş olması, Avrupa kurumlarının gelişimini olumlu etkilemiştir (Abadan 1959: 16-17). Islahat döneminde İngiltere, Osmanlı Devletinin yıkılmasını kaçınılmaz olarak görüyor, müdahaleden çok kaçınılmaz sonu beklemeyi tercih ediyordu. Fransa, halktaki eşitsizlikleri giderecek ıslahatların yapılması taraftarırken Rusya, İslam Dini’nin halklara yaklaşımından dolayı hukuksal eşitliğin sağlanmasının bir hayal olduğunu, bu nedenle merkezi yönetimin zayıflatılıp cemaatlere milletleşme yolunun açılması taraftarıydı (Karal 1998: 334-335). Islahat Fermanı gayr-i Müslim tebaanın merkez ve taşra yönetiminde daha fazla yer almasını sağlayarak katılımcı bir yönetim oluşturmayı, bu duruma koşut olarak gayr-i Müslim tebaanın koruyuculuğuna soyunan devletlerin müdahalelerini önlemeyi amaçlamıştır (Seyitdanlıoğlu 1999: 21). Bu anlamda Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile başlayan tebaa arasında hukuksal eşitliğin sağlanması çabaları Islahat Fermanıyla gayr-i müslim tebaanın siyasal haklar kazanmasıyla devam etmiştir. Islahat Fermanında “ yüce devletimin uyruklarının hepsi, hangi cemaatten olursa olsun, devletin hizmet ve memurluklarına kabul edilecekler, bunlar yetenek ve becerilerine göre herkes için uygulanacak kurallar uyarınca memurluklarda çalıştırılacaktır” hükmünce gayr- müslimlerin yönetim ve memuriyetlere alınmaları kabul edilmiştir (Rasim trz: 248). Karal (1998: 281) teorideki bu kazanımların pratik yaşama uygulamasında sorunlarla karşılaşıldığını belirtir. Örneğin Hıristiyanların orduya ve yüksek memuriyetlere katılımlarında hiçbir gelişme olmamıştır. Bu durum, Müslümanların kabullenme sorunlarından kaynaklandığı gibi orduya katılımı Hıristiyanlar da istememişlerdir. Ayrıca gayr-i müslimlerin çocuklarının daha yüksek bir eğitim imkan ve seviyesine sahip olmaları, eşitlik ortamında devletin önemli memuriyetlerine yerleşmeleri anlamına geldiğinden yöneticiler bu ilkeleri uygulamada isteksiz davranmışlardır. Büyük memuriyetler için Türkçe bilme şartının getirilmesi bu amaç içindir.

Mustafa Reşit Paşa'nın reform çabalarında Mısır'ın batılılaştırılmasında açık bir başarı elde etmiş olan Mehmet Ali Paşa'ya karşı Batılı devletlerin güven, destek ve hoşnutluğunu kazanma arzusu da etkili olmuştur. Batılı gözlemciler, Osmanlı reform çabalarına hep şüphe ile yaklaşmışlardır. Yeni ordunun Ruslara karşı başarısız olması, Batılılara reformlar hakkındaki düşüncelerinde haklılık kazandırmıştı. Reform çabalarındaki samimiyetini gösterme amacıyla devletin gayr-i müslim tebaadan aldığı cizyeyi kaldırması ve gayr-i Müslim tebaa için "bedel-i askeri"nin getirilmesi (Lewis 1996: 115-116, Okumuş 1999: 325), seküler nitelikli reformları önemli bir aşamaya ulaştırmıştır. Islahat Fermanından rahatsız olanlar Müslüman ve reaya arasında eski rejimden memnun olan muhafazakar kesimdi. Ermeni sarraflar ile Rum ruhban kesimi mevcut rejimdeki sosyal statülerinin sarsılmasından endişe ediyorlardı. Reayanın elitleri tarafından sömürülen gayr-i müslim halk kesimi ise, yeni düzenlemelerden habersiz oldukları halde, ruhbanlara verilen bağış ve aidatların kaldırılmasından memnun kaldılar (Engelhardt 1999: 139). Cevdet Paşa, Islahat Fermanının kabulünün Müslümanları atalarının kanlarıyla kazandıkları "millet-i hakime" konumlarını ve bu konumlarından kaynaklanan hukuksal imtiyazlarını kaybettikleri için üzdüğünü, hatta öfkeli olduğunu; gayr-müslimleri ise, raiyye konumundan "millet-i hakime" ile eşit haklara sahip kılınmaları dolayısıyla sevindirdiğini belirtir. Fakat patrik ve ruhani liderlerinin ferman gereğince devletçe görevlendirilmesi ve "*Devlet-i aliye'de ehl-islamdan sonra rumlar ve ba'dehu ermeniler ve ba'dehu yahudiler*" şeklindeki muteberlik silsilesinin kaldırılarak herkesin eşit kılınması özellikle rumları memnun etmemiş ve bu memnuniyetsizliklerini "*Devlet bizi yahudilerle beraber etti. Biz islam'ın tefevvukuna razı idik*" şeklinde ifade etmişlerdir. Fermanın okunması esnasında genele hakim olan hüznü havaya rağmen Paşa'nın "*ziyy-i islamda bulunan bir takım çelebiler*" dediği taifenin "*Teba'a-i gayr-i müslime ehl-i islam içine yayılıp mahalleler mahlul olacak emlakımızın fiatı terakki ve medeniyet tevessü*" eder düşüncesini dillendirip memnuniyetlerini ortaya koyduklarını (Cevdet Paşa 1986: 68) ifade etmesi, o dönem toplumunun zihinsel haritasını göstermesi açısından önemlidir. Islahat Fermanı'ndan sonra Avrupa'nın büyük devletleri, Osmanlı Devleti'nden fermandaki vaatlere dayanarak cemaatler şeklinde yaşayan teb'asının eşitlik temelinde kaynaştırılmasını, bütün halk için ortak bir medeni kanunun kabul edilmesini, Fransızca eğitim yapan bir lisenin açılmasını, bütün halka yönelik bir Darü'l fünun (üniversite) açılmasını ve büyük memuriyetlere Hıristiyanların atanmasını istemişlerdi. Bu isteklerden ortak medeni kanun kabul edilmesi dışındakiler Abdülaziz döneminde yerine getirilmiş; Fransızca eğitim veren Gala-

tasaray lisesi açılmış, Darülfünun kurulmuş, Hristiyanlardan nazırlar atanmıştır (Karal 1998: 281-282).

Tanzimat dönemi reform çabaları “taklitçilik” ithamından uzak kalamışken, toprak hukuku alanında “mazbut ve şuurlu” bir kanunlaştırma çabası görülmüş, “*an’anesi olan orijinal bir toprak hukukuna tekemmül ettirilmiş bir Kod temin*” edilmiştir. Bu anlamda Arazi Kanunnamesini hazırlık dönemi gayretlerini de göz önüne aldığımızda Tanzimat döneminin “en muvaffak ve halis” eseri olarak değerlendirmek mümkündür (Barkan 1999: 322-323). Arazi kanunnamesiyle (1858) kişiler tapulu topraklara sahip olarak devlet arazisini işletmek hakkına hukuken sahip olmuşlardır. Devlet, toprağı işletmekte olan çiftçilere tapularını vermekle, toprak üzerinde merkezi kontrolü sağlamayı ve ayan nüfuzunu kırıp üretimi artırmayı amaçlamıştı. Öyle ki devlet arazisini kanun dışı işletenlere dahi belirli koşullarla tapu vererek boş arazileri üretime katmaya çabalamıştır. Bütün bu niteliklerine rağmen bu kanunname mülkiyeti değil, devlet arazisinin işletilmesinde istikrar sağlanmasını, vergi mükelleflerini tesbit etmeyi ve vergi gelirlerini artırmayı amaçlamıştı. Osmanlı’nın son dönemlerindeki bu benzeri kanunnameler süregelen arazi mülkiyeti geleneğinde köklü değişimler gerçekleştirilememişlerdir. Yine de devlet, şeyh, ayan gibi geniş toprakları işletenlere tapu vermekle girişimci çiftçilere yasal bir zemin hazırlamış, küçük çiftçilere verdiği tapularla da toprak mülkiyetini desteklemiştir (Quataert 2004: 974-978). Arazi Kanunnamesi, İslam ve örfi hukuka dayanması bağlamında bir yenilik getirmemişse de bu hukuk alanlarına ait dağınık hukuk kurallarının toplanması ve Batı hukuk tekniğı ile sistematize edilmesi açısından önemlidir. İslam hukukunun teknik olarak batılılaşmasında önemli bir dönüm noktası olmuştur (Üçok ve Mumcu 1985: 324).

Tanzimat Hatt-ı Hümayunları Osmanlı toplum anlayışında köklü değişimlere neden oldu. Yeniçerilerin kaldırılması ve ulemanın toplumsal statüsünün zayıflatılmasına yönelik reformlarla İslam’ın üstünlüğü anlayışı yumuşatılırken, laik anlayışın temsilcileri olan bürokratların siyasi alandaki etkinliklerinin artmasına koşut olarak seküler toplum örgütlenmesine doğru bir dönüşüm gerçekleştirildi. Gayr-i müslim tebaa da benzer bir dönüşüm göstererek toplumsal örgütlenmelerini dinsel otoritelerden bağımsızlaştırdılar. 1850 Protestan milletinin meclis örgütlenmesi ile 1863 Gregoryan Ermenilerinin meclisleri bu dönüşümün tipik örnekleridir. Osmanlı devleti, teb’asındaki bu dönüşümü, dinsel bağlılıkların Osmanlı sadakatinin önüne geçmesine engel olma, “Osmanlılık” çatısı altında bütünleşme adına desteklemiştir (Lapidus 1996: 67), ancak seküler ve yasal bir hakimiyet anlayışıyla gücünü tekrar toparlamaya çalışan İmpara-

torluğun bütünleşmesinin önündeki en büyük engel yine seküler bir ruha sahip olan milliyetçilik akımlarının yükselişi olmuştur.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyenin oluşum sürecinde Meclis-i Tanzimat üyeleri arasından İslam hukuku temelinde bir kanun (Metn-i Metin) yapılması için bir meclis oluşturulması (1855) ve Ali Paşa'nın Girit'ten dönemin sultanına gönderdiği hiç olmazsa karma mahkemeler ve karma davalar için Fransız Medeni Kanunu'nun alınması tavsiyesini içeren layiha (30 Kasım 1867) önemli adımlar olmuştur (Aydın 2003: 232). Cevdet Paşa, fıkıh ilminin muamelat kısmından açık ibarelerle metn-i metin adında bir kitap yazılmasına vekillerin karar verdiklerini ve Meclis-i Ali-i Tanzimat üyeleri arasından Rüşti Mola Efendi başkanlığında bir cemiyet oluşturulduğunu belirtir. Böyle bir girişimin gerekçesini ise şöyle ifade eder:

Günden güne Avrupalıların Memalik-i mahruse'ye tevarüdü ziyadeleşip ale'l-husus Kırım muharebesi münasebetiyle fevkalade çoğaldı ve bu cihetle daire-i ahz ve ita vüsat buldu. Dersaadet'te ruz-merre zuhura gelende'avay-i ticareti bir mahkeme-i ticaret idare etmez oldu. Ecnebler mahakim-i şer'iyeye gitmek istemez, Müslim aleyhinde gayrü müslimin ve zımmi aleyhine müste'menin şهادeti şer'an isti'ma' olunmamak mes'alesi ise Avrupalıların nazarına pek ziyade çarpar olduğundan hıristiyanların mahakim-i şer'iyede muhakemelerine itiraz eder oldular.

Bu durumda bazı kişilerin Fransa kanunlarını tercüme edip nizamiye mahkemeleri hususunda ise Paşa " ... bir milletin kavanin-i esasiyesini böyle kalb-ü tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından bu yola gitmek caiz olamayıp ulema güruhu ise o makule alafranga efkara sapanları tekfir ederdi. Frenkler dahi '*Kanununuz ne ise meydana koyunuz. Biz de görelim ve teb'amıza bildirelim*'derler idi" devamında ise bu cemiyetin yalnız "*kitab-ül büyu*" u hazırladığını ve cemiyetin amacını tamamlayamadan dağıldığını ifade eder (Cevdet (Paşa) 1986-1-12: 62-63).

Tanzimat'tan sonra tek dereceli ve tek hakimli şer'i mahkemelerin etkinlik alanları daraltılarak çok dereceli ve toplu sisteme dayanan ticaret mahkemeleri, nizamiye mahkemeleri ve karma mahkemeler kurulmuştur. Ticaret mahkemelerinde üyelerin çoğunun yabancı olması, nizamiye mahkemelerinde başkanlar dışındaki üyelerin İslam hukuk kurallarını bilmemeleri yeni bir medeni kanunun hazırlanmasını zorunlu kılıyordu Öte yandan İslam fıkıh kitaplarından hüküm çıkarmak derin bir fıkıh kültürünü gerektiriyordu. Devletin içinde bulunduğu genel gerileme sürecinden nasibini alan medreseler şer'i bilimlerde yeterli donanıma sahip insan sorununun ortaya çıkmasına neden olmuştu. Bu ihtiyacı karşılamak için açılmış olan "*Muallimhane-i Nüvvab*" ve "*Medreset*" ul

Kuzat" gibi hukuk okulları da yetersiz kalmış, şer'î mahkemelerin hakim ihtiyaçları dahi karşılanamamıştı (Cin ve Akgündüz 1990: 172-173).

Mecelle ortaya çıktığı dönemden bağımsız değerlendirilemez. Hukuksal bağlamda bu dönem (Tanzimat) farklı kökenlerden gelen ve farklı öz-niteliklere sahip iki hukukun işlerlikte olduğu bir dönemdir. Bunlardan biri Osmanlı Devletinin ana hukuku olan İslam hukuku, diğeri, Avrupa kanunlarıdır. Avrupa kanunlarından yararlanma ihtiyacı öncelikle ticari alanda belirmişti. Batıda bu alandaki yeniliklerin (kambiyo, şirketleşmeler, sözleşme alanındaki dönüşümler vs.) İslam hukukunda karşılığı yoktu. Bu durum, yabancılarla ticari ilişkileri, özellikle bu ilişkilerde ortaya çıkan sorunların çözümünü olumsuz etkiliyordu. Bu olumsuzluğun üstesinden gelmek için Batı kanunlarının alınıp uygulanmasına başlandı. İlk Fransa Ticaret Kanunu alındı. Daha sonra ceza ve ceza usullerine, deniz ticaretine, icra işlerine ait kanunlarla bu alıntılara devam edildi. Bütün bu kanunlar medeni hukuk alanıyla ilgiliydiler ve İmparatorluğun medeni kanunu İslam hukukuna dayanmaktaydı. Bu durumda ana kanunla onun tali kısımları arasında uygulamada sorunlar çıkıyordu. Bu sorunları Osmanlı medeni kanununun "codifier" olmaması, Batı kanunlarını uygulayanların Arapça ve fıkıh ilmine ve tekniğine uzak olmaları; şer'î kanunları uygulayanların ise, Batı kanunlarının temellerinden ve hükümlerinden anlamamaları şeklinde özetlemek mümkündür (Onar 1955: 58-61).

Hanefi Mezhebi'nin geniş bir doktriner zenginliğe sahip olması, mezhebin aynı konuda farklı görüşleri içermesini doğurmuştur. Kadılar bu görüşlerden en doğru ve uygulanabilir olanını seçmede güçlüklerle karşılaşmışlardır. Mecelle bu görüşlerden uygulanabilir bir zemine sahip olanları bir araya getirmesi açısından önemlidir (Aydın 2003: 232). Mecelle, Hanefi fıkıhına ait kural ve içtihatlarla şeyhülislamın fetvalarından zamanın şartlarına ve halkın ihtiyaçlarına uygun olanların isabetle seçiminde gerekli olan bilimsel donanıma sahip kişilerin azalmasından doğan toplumsal ihtiyaca verilen bilimsel bir cevaptır (Kont eden Berki 1978: VIII, 8-9). Mecelle mazbatasında İslam fıkının dünya işlerine ait kısımlarının gelişmiş toplumların anayasalarında olduğu gibi bölümlendiğine işaret edilmiş, ticari ilişkilerdeki gelişmelere koşut olarak ortaya çıkan yeni durumlar (poliçe, iflas vs.) nedeniyle bir ticaret kanunu düzenlendiği, ticari ilişkilerde bu kanuna uyulurken diğer sorunlarda fıkının muameleat hükümlerine uyulmaya devam edildiği belirtilir. Yine medeni kanun alanında Osmanlıda pek çok düzenleme yapıldığına, fıkıh biliminin muameleat kısmının bu alandaki sorunların çözümündeki yeterliliğine işaret edilirken; Temyiz-i Hukuk mahkemelerinde şer'î davalar gibi nizamlara göre görülen maddelere de bakıldığı belirtilir, bu mahkeme kararları hakkında, hakimlerin fıkıh bilgile-

rindeki eksiklik ile yargılamalarında kanun ve nizama aykırı hareket ettikleri bağlamında şayialar çıktığı belirtilir. Ayrıca ticaret mahkemelerinde görülen davaların ticaretle ilgisiz olan kısımlarının şer'î mahkemelerde görülmesinde bazı sorunlar yaşandığı ifade olunur (Öztürk 1973: 33-34).

Cevdet Paşa, şer'î mahkemelerle nizamiye mahkemelerinin birlikte varlığından rahatsız değildi. Öyle ki, Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin kurulmasına katkı sağlamıştı. Fakat sorun divanda hangi hukuk kurallarının esas alınacağı noktasında ortaya çıktı. Fıkıh kurallarının gayr-i Müslimleri dışlayıcı ilkeleri kadar, iki hukuk kuralının birlikte uygulanması da sorunluydu. Cevdet Paşa, bir Batı medeni kanununun alınmasından çok, kültürel dinamiklerimizle uyumlu ve Hanefi fıkhına dayanan milli bir medeni kanun yapılması taraftarıydı. Onun bu düşüncesine Fransız politikasına bağlı olan ve Paşa'nın "müteferniçler" (frenk geçinenler) dediği kesim tarafından karşı çıkılmıştı. Fransız elçisinin saltanat çevresindeki etkinliği de bu dirençte belirleyici olmuştur. Onlar, Fransa Medeni Kanunu'nun alınmasını savunuyorlardı. Özellikle nizamiye mahkemelerinin şer'î kurallardan bağımsız olmasında ısrarcıydılar. Bu mücadele Paşa ve etrafındakilerin zaferi ile sonuçlanmış ve Hanefi fıkhının muamelat kurallarının zamanın gerekleri çerçevesinde yeniden şekillendirilerek "Mecelle-i Ahkam-ı adliye" adında bir kitap oluşturulmak üzere Mecelle Cemiyeti olarak anılan bir bilim topluluğu meydana getirilmiştir (Mardin 1947a: 153-156).

Mecelle modern sistematik ve rasyonel yasamanın özelliklerini bütünüyle taşıyamamasının yanında, modern toplumun temel gereksinimleriyle ilgili bir hukuksal düzenlemenin hem İslam hukuku hem de Osmanlı hukuku açısından önemini ortaya koyar. Belgesay (1946: 562-564) Mecelle hükümlerinin günümüz dili ve hukuk mantığı ile açıklanmasının Türk adli sisteminin gelişim aşamalarının, hatta günümüz hukuksal gelişmelerinin kavranması açısından önemli olduğunu belirtir. Mecelle metnindeki hükümler tekil olaylara uygulanabilir nitelikte olduklarından zaman ve koşulların değişmesinin gerektirdiği "değişebilir olma" esnekliğinden yoksun olsalar da Mecellenin genel kuralları, doğal ve modern hukukun belirli bir gelişme sürecinden sonra ulaştığı ilkelerle son derece uyumludur. Bu kuraların din ve dünya yaşamını felsefi ve ahlaki temellerle ortaya koyduğunu ifade eden Belgesay Mecellenin modern hukuk ilkelerinin kökenlerinden birisi olduğunu belirtir. Buna karşın, Mecelleye içeriden ve dışarıdan mezhepsel ve dinsel eleştiriler yöneltilmiştir. Mardin'e (1947c: 928-935) göre, Mecellenin hazırlanışında iç siyasi dengelerin korunmasında gösterilen aşırı hassasiyet diğer mezheplerin yetkin görüşlerinden ve batılı ülkelerin kanunlarından yararlanmayı engellemiş tartışmalı konularda daha geniş bir bakış açısı getirmeyi imkansızlaştırmıştır. Bu anlamda zamanın gerektirdiği

değişim iyi okunamamış, tartışmalı konulara kesin çözümler üretilememiş, Hanefi fıkının hükümleriyle yetinilmiştir. Mecelle ve uygulamasına dışardan olan saldırılar ticaret kanunlarındaki yetersizlikten dolayı genel hükümlere başvurmayı gerektirecek konularda ve gayr-i Müslimlerin karıştıkları olaylarda yoğunlaşıyordu. Bu konularda yabancılar Fransa Medeni Kanunu'nun alınmasını yüksek sesle ifade eder olmuşlardı. II. Meşrutiyetin ilanı Mecellenin ikmalî uygulamasının sürmesi adına bir fırsat olmuştur.

Tanzimat ve Mecelleyle gelen hukuksal reformlar aile hukukunu kapsamıyordu. Kadının konumu ile ilgili düzenleme devletin modernleştirilmesinin bir parçası görülmemiştir. Üstelik, aile hukuku "toplumsal cinsiyet ilişkilerini" yeniden düzenleyeceğinden bu alanda bir kanunlaştırmaya olumlu bakılmamıştır (Marcotte 2003: 155). Ancak, Hanefi Mezhebi'nin sert uygulanmasıyla kadınların boşanmalarına getirilen aşırı sınırlamanın neden olduğu sorunlar, konak ailesinden çekirdek aileye doğru yaşanan dönüşüm, bu dönem savaşlarında erkek nüfusun kayıplarının da tetiklenmesiyle kadınların iş hayatında daha fazla yer almalarına koşut olarak gelişen bireysel kimliklenme ve kültürel değişimin hızlandırdığı feminist ve kadın merkezli hareketler aile hukukunun genelinde bir düzenleme yapılması ihtiyacını artırmıştır (Aydın 1998: 314-315). Hıristiyan ve Museviler dahil imparatorluğun bütün unsurlarını kapsayan "Hukuk-i Aile Kararnamesi" (1917) ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun geç döneminde kabul edilmiştir (Üçok ve Mumcu 1985: 328). Aile Kararnamesinin çıkarılmasında kadının toplumsal yaşamda bir birey olarak yer almasının sonuçları etkili olduğu gibi; o dönemde gerçekleşen ve uzun süren savaşlarda kaybolan (akibeti tesbit edilemeyen) eşlerin geride bıraktığı kadının boşanması, geçimi vs. sorunları genel bir çözümü zorunlu kılmıştır. Aile Kararnamesinde "belli bir yaşta önce küçüklerin velileri tarafından evlendirilmemeleri, nikah akdinde kadının tek evlilik şartını ileri sürebilmesi, kadınların kocalarından mahkeme kararıyla boşanabilmeleri ve cemaat mahkemelerinin yargı yetkisinin iptali"ne karar verilmiş olması İslam hukuku alanındaki önemli değişme belirtileri olmuştur (Aydın 1999: 495-498). Aile hukukundaki gecikmenin temel nedeni özel yaşam alanında dinin etkisi ve bu alandaki yenileşmelere toplumun açık olmayışıdır. Özellikle İslam'ın bir aile dini başka bir ifadeyle aile ilgili ayrıntılı kurallara sahip olması, evlilik ve miras gibi konularda kesin kurallarının oluşu ve geleneksel toplulukların erkek egemen yapılarıyla çoğu zaman örtüşmesi bu alanda modern hukuksal düzenlemelerin zorluğuna işaret eder.

Tanzimat döneminde bireylere tanınan hakların ihlali adli ve yönetsel hiçbir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Dönemin sonuna doğru "Şuray-ı Devlet"e verilen bireylerle yöneticiler arasındaki sorunların muhakemesi yetkisi, bu mec-

lisin kararlarının sadarete onaylanması zorunluluğu (sadaret üyeleri sultan tarafından atanmaktadır) nedeniyle işlevsiz doğmuş gibidir (Okandan 1999: 119-121). Amaçlananın aksine Tanzimat Fermanıyla Osmanlı Devletinde yapısal bağlamda büyük değişimler gerçekleştirilememiştir. Ayrıca, planlananın aksine, hak ve hürriyetler özellikle Avrupa bölgesindeki gayr-i müslim unsurları toplumsal ve siyasal bütünlüğe yaklaştırmaktan çok uzaklaştırmış, çözülmeye zemin oluşturmuştur (Abadan 1959: 14-15). Tanzimat yenilikleri İmparatorluğun bütünlüğünü sağlamada başarısız olmasının nedenleri bu yeniliklerin kendinde değil o dönemin sosyo-politik koşullarında aranmalıdır. Osmanlı toplumunda Batı Avrupa kaynaklı olan yeniliklerin benimsenmesi için zaman çok erkendi, ancak uzun süreçte yenilikler hukuksal ve siyasal modernleşmenin bu güne kadar uzanan çizgisinin belirlenmesinde hayati bir role sahip olmuştur.

SONUÇ

Din-toplum ve din-devlet ilişkisi sosyal bilimlerin temel sorunlarından birini oluşturmuştur. Bu sorun Osmanlı-Türk tarihi açısından devletin şer'iliği-örfiliği konularında yoğunlaşmış görülmektedir. Ortaçağ toplumsal örgütlenmeleri ve imparatorluk yapılanmasına uygun olarak, geleneksel Osmanlı toplumu sosyo-ekonomik ve sosyo-politik yapılanmasında Türk gelenekleriyle İslam dinini kaynaştırmıştı. Toplum, din ekseninde millet denen ve *millet-i hakime* konumuyla Müslümanların üstte buldukları hiyerarşik inanç gruplarına bölünmüş, devletin kurumları da bu anlayış çerçevesinde belirlenmişti. Farklı din ve inançlara büyük bir toleransla yaklaşmış olmakla birlikte, toplumsal yaşamda baskın olan din kuraları devlet örgütlenmesinde aynı düzeyde etkili olmamıştır. İfade edildiği üzere bu belirleyiciliğin sınırı ve siyasal erk için mi dinin, yoksa din için mi siyasal erkin araçsallaştırıldığı geniş tartışmalarla yankı bulmuştur. Mardin'in (1997:82) gözlediği gibi, Osmanlılar teoride din ve devleti ikiz saymakla birlikte, pratikte hiçbir İslami devlette olmadığı kadar devlet öncelenmiştir. Bu durum, Osmanlıların özellikle Arap kültür çevresince İslami devletin ihmal edilerek yerine Moğol yönetimi getirilmesi şeklinde eleştirilmesine neden olmuştur.

Özel olarak, Osmanlı-Türk hukuk sisteminde dönüm noktası sayılabilecek Tanzimat reformları şeriatın yasal uygulanmasını kişisel alanla sınırlandırırken, diğer bütün alanlarda seküler, batı türü yasalar getirmeye çabalamıştır (Kielstra 1985: 14). Kimi durumlarda reformlar dini hatta Hanefi fikhı çerçevesinde sunulmasına karşın kökleri başka kaynaklara dayanmaktadır. Mecellenin yazarları yenileşmelerin yalnızca Hanefi fikhına dayalı olduğunu ileri sürmelerine karşın, Maliki, Hanbeli ve Şafi fikh okulların görüşlerine de yer verilmiştir. Os-

manlı merkezi iktidarının Hanefi olmasının yanında İmparatorlukta diğer Sünni okullar da bulunmaktaydı. Yenileşmeleri meşrulaştırmak için “kıyas”a başvurulmaktaydı, ancak kıyas aslında böyle kullanılmamakta, sadece bir hukuk ekolü ile sınırlı tutulmaktaydı. “Sorun reformları getirmektir, ancak onları İslami bir çerçevede göstermek de gerekiyordu” (Marcotte 2003: 155). Yasal yenileşmeler İmparatorluğun yönetiminde ortaya çıkan gereksinimlere çözüm bulma amaçlıydı ve daha çok seküler bir niteliğe sahipti. Ancak, dini çevrelerden gelecek tepkiler yenileşmelerin dini bir çerçevede sunulmasıyla azaltılabilirdi.

İslam toplumlarında Batıya göre daha geç ve yavaş değişime uğrayan ve içsel dinamiklerden çok dışsal gerekliliklerle hareket eden hukuk sisteminde genel olarak akılcılaşıma iki düzeyde ortaya çıkar: rasyonel bir yasa (code) sisteminin gelişmesi, geleneksel toplumlarda meşruluğun sınırlarını belirleyen dinsel norm ve kuralların modern toplumda gittikçe daha fazla akılcılaştırılması. Osmanlıdaki hukuksal yenileşmeler önemli düzeyde Batıdaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler, Fransız Devrimi ve aydınlanma düşüncesinin etkisinde ortaya konulurken, diğer taraftan Osmanlı hukukunun kaynaklarından biri olan İslam hukukunda baştan beri birbiriyle uzlaşamayan farklı yaklaşımların olması, özellikle kamu hukuku alanında belirgin İslami normların bulunmaması, buna ek olarak Türk İslam geleneğinin Arap İslam geleneğine göre daha hoşgörülü yapısı; İmparatorluk yönetiminin değişmez İslami dışsal kuraldan (şeriat) çok inancın içsel yaşantısının (hakikat) benimsendiği bir kültür üzerinde yükselmesi hukuksal yeniliklerin önün tıkamayan bağlamı oluşturmuştur..©

KAYNAKLAR

- Abadan, Yavuz 1959. "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c: xiv, s:1-4, ss. 3-37.
- Akçura, Yusuf 1988. Osmanlı Devletinin Dağılma Devri, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.
- Aras, Bulent 2004. "The Future of Liberal Islam", *Futures*, 36: 1025-1048.
- Arsal, Sadri Maksudi 1999. "Teokratik Devlet ve Laik Devlet", *Tanzimat 1*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul. ss. 59-95.
- Aydın, M. Akif 1998. "Huku-ı Aile Kararnamesi" maddesi, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, c: 18, istanbul. ss. 314-318.
- Aydın, M. Akif 1999. "İslam- Osmanlı Aile Hukukunun Kanunlaştırılması ve Huku-ı Aile Kararnamesi", *Osmanlı*, c: vı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara. ss.493-503.
- Aydın, M. Akif 2003. "Mecelle-i Ahkam-ı Adliye" maddesi, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, c: 28, Ankara. ss. 231-235.
- Bardakoğlu, Ali 1999. "Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine", *Osmanlı*, c: vı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara. ss. 412-417.
- Barkan, Ömer Lütfi 1943. *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları (Kanunlar)*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türkiyat Enstitüsü Neşriyatı, İstanbul.
- Barkan, Ömer Lütfi 1946. "Türkiyede Sultanların Teşrii Sıfat ve Selahiyetleri ve Kanunnameler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c:xı, s: 2-3, ss. 713-733.
- Barkan, Ömer Lütfi 1999. "Türk toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi", *Tanzimat 1*, Milli eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul. ss.321-421.
- Belgesay, Mustafa Reşit 1946. "Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c: xı, s: 2-3, ss.561-608.
- Berkes, Niyazi 2002. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Berki, Ali Himmet (Kontrol eden) 1978. *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yayınları, İstanbul.
- Bingöl, Sedat 1999. "Tanzimat Sonrası Taşra ve Merkezde Yargı Reformu", *Osmanlı*, c:vı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara. ss. 533-545.
- Cevdet Paşa, Ahmet 1986. (Yayınlayan Cavid Baysun), *Tezahir 1-12*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.
- Cin, Halil ve Akgündüz, Ahmet 1990. *Türk Hukuk Tarihi*, c: 1-11, Timaş Yayınları, İstanbul.

- Çiçek, Kemal 2001. "Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihî", *Pax Ottomana , Studies in Memoriam Prof Dr Nejat Göyünç*, Sota- Yeni Türkiye Yayınları, Haarlem- Ankara. ss.31-49.
- Davison, Roderic H. 1997. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform*, (Çev. Osman Akınhay), Papirüs Yayınevi, İstanbul.
- Durkheim, Emile 1964. *Division of Labor in Society*, The Free Press New York.
- Engelhardt 1999. *Tanzimat ve Türkiye*, (Çev. Ali Reşad), Kaknüs yayınları, İstanbul.
- Friedman, Lawrence M. 1977. *Law and Society: An Introduction*, Prentice-Hall, Inc., New Jersey.
- Gerber, Haim 1994. *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, State University of New York Press.
- Gönen, Yasemin Saner 1999. "Hukuki Kapitülasyonlar ve Sonuçları", *Osmanlı*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara. ss. 340-353.
- Imber, Colin 2004. *Şeriattan Kanuna*, (Çev. Murteza Bedir), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul.
- İnalçık, Halil 1996. *Osmanlı İmparatorluğu –Toplum ve Ekonomi-*, Eren Yayıncılık, İstanbul.
- İnalçık, Halil 2000. *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, Eren Yayıncılık, İstanbul.
- Karal, Enver Ziya 1998. *Osmanlı Tarihi (Islahat Fermanı Devri 1861-1876)*, c: vı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.
- Kaynar, Reşat 1985. *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.
- Kielstra, Niko 1985. *Law and Reality in Modern Islam, Islamic Dilemmas: Reformers, Nationalists and Industrialization*, Ed by Ernest Gellner, Mouton Publishers, Berlin.
- Lapidus, Ira M. 1996. *Modernizme Geçiş Sürecinde İslam Dünyası*, (Çev. İ. Safa Üstün), Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Lewis, Bernard 1980. "Türkiye: Batılılaşma" (Çev. Hamide Topçuoğlu), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c: xxxvıı, s: 1-4, ss.153-177.
- Lewis, Bernard 1996. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, (Çev. Metin Kırath), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.
- Marcotte, Roxanne D. 2003. "How Far Have Reforms Gone in Islam?", *Women's Studies International Forum*, Vol. 26, No. 2, pp. 153-166,
- Mardin, Ebul'ula 1947a. "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c: xııı, s:1, ss.115-156.
- Mardin, Ebul'ula 1947b. "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c: xııı, s:2, ss.561-597.

- Mardin, Ebul'ula 1947c. "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c: xiii, s:3, ss. 911-940.
- Mardin, Şerif 1997. *Türk Modernleşmesi*, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Okandan, Recai G. 1945. "Amme Hukukumuzda Tanzimattan Evvelki Devrin Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c:xi, s: 3-4, ss.36-64.
- Okandan Recai G. 1999. "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", *Tanzimat I*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul.
- Okumuş, Ejder 1999. *Türkiye'nin Laikleşme Sürecinde Tanzimat*, İnsan Yayınları, İstanbul.
- Onar, Sıddık Sami 1955. "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification'ı MECELLE", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c:xx, s: 1-4, ss. 57-85.
- Ortaylı, İlber 2002. *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Quataert, Donald 2004. "19. Yüzyıla Genel Bakış- Islahatlar Devri", (Çev. Süphan Andıç), *Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, c: 11, Der. H. İnalçık ve D. Quataert, Eren Yayıncılık, İstanbul.
- Öztürk, Osman 1973. *Osmanlı Hukuk Tarihinde MECELLE*, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul.
- Seyitdanlıoğlu, Mehmet V. 1999. "Divan-ı Hümayun'dan Meclis-i Meb'usan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama", *Osmanlı*, c: v1, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara. ss.17-23.
- Sezen, Yümni 1993. *Sosyoloji Açısından Din*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Şentop, Mustafa 2005. "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, c: 3, s: 5, İstanbul. ss. 647-672.
- Taner, Tahir 1999. "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat 1*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul. ss. 221-232.
- Tanör, Bülent 2001. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Üçok, Coşkun ve Mumcu, Ahmet 1985. *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınları, Ankara.
- Veldet, Hıfzı 1999. "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat 1*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul. ss. 139-209.
- Weber, Max 1978. *Economy and Society*, Volume Two, Ed by G. Roth and C. Wittich, University of California Press.