



Research Article/Araştırma Makalesi

Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler¹

Changing Dynamics in Turkish Law During the Modernization Process

M. Balkan DEMİRDAL²

Öz

17. yüzyılda Batı düşün dünyasında etkisini gösteren Aydınlanma hareketi neticesinde, modernizm akımı Batı medeniyetlerinde etkili olmuş, bunun neticesinde gelişen kapitalist toplum nezdinde hukuki pozitivism kuramı sahneye çıkmıştır. Modern dünyada istikrar ve belirliliği sağlamak, bireylerin anomalik davranış ve tepkilerden arınarak herkesin kendisine verilen görevi bir saatin dişli çarkları gibi yapmasına dayanan bu iş bölümünün kusursuz işlemesi açısından klasik hukuki pozitivism düşüncesi ve bu düşünceden doğan kazuistik mantıkla yapılan kodifikasyonlar ile metafiziksel kavramların hukuk dışına itilmesi dönemin kendine özgü bakış açılarını oluşturmaktadır. Batı dünyasında ortaya çıkan bu anlayış, Doğu dünyasında da 17. ve 18. yüzyıllarda hemen etkisini göstermiştir. Bu minvalde Osmanlı Devleti'nde Batıcılık akımı hız kazanmış, hukuk alanında da değişim başlamıştır. Özellikle Osmanlı Devleti'nin çöküşü ve Cumhuriyet dönemiyle birlikte, Türk hukuku büyük ölçüde geleneksel anlayıştan uzaklaşarak modern pozitivist hukuk anlayışının etkisi altına girmiştir. Tanzimat dönemi ve ardından gelen Meşrutiyet dönemi, hukuk alanında önemli reformların yaşandığı zamanlardır. Cumhuriyet dönemiyle birlikte kanunlaştırma hareketleri hız kazanarak, geleneksellikten kopuş tam olarak gerçekleşmiştir. Bu çalışmada öncelikle Batıcılık akımının etkisi neticesinde gelenekselden modernizme geçişte Osmanlı hukuk sisteminde değişen zihniyet ve sonuçları çağın gelişmeleri ve hukuka bakışı doğrultusunda irdelenecektir. Sonrasında da Cumhuriyet döneminde geleneksellikten kopuş neticesinde ortaya konulan modern hukuk sisteminin esasları tartışılacaktır.

Jel Kodları: K10, K19, K40, K42.

Anahtar Kelimeler: Modernizm, Hukuki Pozitivism, Batıcılık, Kanunlaştırma

¹ Bu makale "Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü" adlı doktora tezinden türetilmiştir.

² Dr. Öğretim Üyesi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi, mbalkan@ohu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9277-2600.



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscaeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

Abstract

In the 17th century, the Enlightenment movement, which had an influence on Western thought, gave rise to the modernism movement, which became influential in Western civilizations. As a result, the theory of legal positivism emerged within capitalist societies. In the modern world, to ensure stability and determinacy, a system was established where individuals are expected to perform their duties like the gears of a clock, free from abnormal behavior and reactions. This system was based on classical legal positivism and the codifications made with casuistic logic, which pushed metaphysical concepts out of the realm of law. This understanding that emerged in the Western world also quickly made its impact in the Eastern world during the 17th and 18th centuries. In this context, the Westernization movement gained momentum in the Ottoman Empire, and changes began in the field of law. Especially with the collapse of the Ottoman Empire and the subsequent Republic era, Turkish law largely moved away from traditional understanding and fell under the influence of modern positivist legal thought. The Tanzimat era and the subsequent Constitutional era were times of significant reforms in the field of law. With the Republic era, the process of codification gained momentum, and a complete departure from tradition was realized. In this process, Turkish law underwent fundamental changes under the influence of modern positivist legal thought. This study will first examine the changing mindset and consequences in the Ottoman legal system due to the influence of Westernization, and then discuss the principles of the modern legal system that emerged as a result of the departure from tradition during the Republican era.

Jel Codes: K10, K19, K40, K42.

Keywords: *Modernism, Legal Positivism, Westernism, Legalization*



1. Giriş

“büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski hukuk esaslarını temelinden söküp atmak teşebbüsündeyiz”

Modern öncesi dönemlere bakıldığında Osmanlı hukuk sistemi, güçlü ordu ve güçlü ekonomi için, fethettiği topraklarda adalete önem veren bir sistem üzerine inşa edilmiştir. Bu bağlamda dualist yapıdaki Osmanlı hukuku, salt şeri hukukun emirleri üzerine şekillenmemiş, özellikle vergi hukuku, ceza hukuku gibi kamu hukuku alanlarında etkin şekilde örfi hukuku uygulamalarına salık vererek birey-devlet ilişkilerinde adaleti tesis etmeye çalışmıştır. Dolayısıyla devlet anlayışı, ekonomisi, ordusu, toplum ve toprak yapısı batıdan çok farklı olan Osmanlı devleti hukuk sisteminin klasik dönemde pragmatik ve toplumsal faydayı esas alan bir sistem geliştirdiğini söylemek mümkündür.

Ancak klasik dönem sonrası, özellikle 17. yüzyılda zayıflamaya başlayan adalet dairesi neticesinde ordu ve ekonomide başlayan bozulma, devlet yapısında da geri dönülemez bir tahribat yaratmıştır. Bu durumdan çıkabilmek ve yeniden güçlü bir yapıya kavuşma emeli neticesinde Osmanlı Devleti, her ne kadar çatışmalar olsa da, modernizmin ilkelerini benimseyen bir anlayışa sahip olmuştur. Dolayısıyla aydınlanma ile filizlenen ve 20. yüzyılın ortalarına kadar toplumsal ve sosyal alanda olduğu gibi hukuk alanında da hukuki pozitivizmle etkisini gösteren modern dünyanın etkileri, 19. yüzyılda sosyoekonomik yapısı ile beraber hukuk sistemi de kırılmaya uğrayan Osmanlı Devleti’ni etkilemiştir.

Modernleşmenin etkisi altında Osmanlı düşünce dünyasında Batıcılık akımının önemli payı bulunmaktadır. Çalışmada, Batılılaşma ya da çağdaşlaşma yerine Batıcılık teriminin kullanılmasının sebebi modernleşme hareketinin içselleştirmeden yapılmış olmasıdır. Söz konusu dönemde yapılan modernleşme çalışmaları şekli düzeyde kalmış ve geleneğin korunup ilerleme kaydedilme hedefinden uzak görünmektedir. Toplumsal hayata, devlet yönetimine ve hukuk sistemine sadece şekli olarak yansıyan bu hareket için çağdaşlaşma kavramından ziyade kanaatimizce Batıcılık kavramının kullanılması daha doğru olacaktır.

Türk hukukunun içinde olduğu serüveni anlamak bakımından Osmanlı’nın modernleşme sonrası hukuk değişimini incelemek gerekmektedir. Çalışmada Batıda modernleşme ile başlayan değişim ve hukuk zihniyetindeki farklılaşma tartışılacak ve bu değişimin Osmanlı devletinde ve hukuk zihniyetindeki etkileri ortaya konacaktır. Söz konusu değişim bir anlamda geleneksellikten kanuna yönelik olmuştur. Modernleşme ile beraber her ne kadar geleneksellikten beslenmekle beraber hukuki pozitivizmin de izlerini yansıtan Mecelle gibi kendine has düzenlemeler olsa da, esasen hukuki pozitivizmin etkili olmaya başlaması ve bu doğrultuda Osmanlı adalet ilkelerinin etkisini yitirmesi hususunda ne gibi değişimler yaşandığı irdelenecektir. Batıcılık ile beraber Osmanlı hukukunda başlayan bu değişim, etkisini Türkiye Cumhuriyeti’nde de hissettirmiştir. Cumhuriyet dönemi yaşanan değişim ile beraber günümüze değin yaşanan gelişmeler de adalet ilkeleri ve hukuk zihniyeti açısından oldukça önem arz etmektedir. Bu bağlamda Cumhuriyet dönemi yaşanan değişimler üzerinde durulacak ve Cumhuriyet döneminde klasik hukuki pozitivizmin nasıl etki ettiği araştırılacaktır.

2. Geleneksellikten Moderniteye



2.1 Batıcılık Akımının Tarihi Arka Planı ve Hukuk Alanında Atılan İlk Adımlar

Büyük Türk Savaşı olarak da bilinen Osmanlı-Avusturya Savaşı'nı sona erdiren 1699 Karlofça Antlaşması ile yaşanan büyük toprak kaybı ve Osmanlı Devletinin yönetim ve siyaset anlayışının çöküşü sonrasında, devlet içinde çözüm bekleyen en önemli sorular; neden Batı uygarlığının gerisinde kaldığı ve bu durumdan nasıl çıkılacağı olmuştur. Devlet düzeninin bozulması ve Batı uygarlığının askeri üstünlüğü ise bu sorulara cevap olarak gösterilmiştir (Mardin, 1995: 10). Bunun yanında Osmanlı devleti, bu dönemde diğer Avrupalı devletlerle imzaladığı uluslararası antlaşmalar ile bir anlamda hukukta laikleşmenin de önünü açmıştır. Söz konusu dönemde imzalanan 1718 Pasarofça ve 1739 Belgrad Antlaşmaları ve bu antlaşmalara dayanarak Tanzimat döneminde imzalanan kara ve deniz ticaret antlaşmaları, laik hukuk sistemine geçişin temellerini oluşturmuştur (Ortaylı, 2000: 91).

Bu gelişmeler neticesinde Batılılaşma hareketi başlamış ve kalemiye sınıfının öncülüğünde hukuk sisteminin yeniden inşasına yönelik çaba sarf edilmeye başlanmıştır (Mardin, 1995: 10). Söz konusu dönemde salt hukuk sisteminde değil, Osmanlı devletini tekrar ayağa kaldırmak için sosyal, kültürel, ekonomik ve idari yapıda da Batı medeniyetinden faydalanma düşüncesi ana görüş halini almıştır (Karpas, 1972: 245-246). Ancak Batılılaşmanın nasıl uygulanacağı konusunda farklı görüşler dikkat çekmektedir. Bir görüşe göre Batılılaşma, teknoloji alanında izlenmesi gereken bir yöntem olarak savunulurken, diğer görüşe göre Batılılaşmanın her yönden devletin tüm alanlarına etki etmesi gerektiği iddia edilmiştir (Okandan, 1977: 448). Batılılaşmayı her alana sirayet etmesi gereken bir akım olarak gören söz konusu düşünceye göre, Osmanlı içerisinde hukuk da yeniden yapılanmalıdır. Reform arayışları içerisinde, daha çok ikinci görüş ağır basmıştır. Bu bağlamda Osmanlı Devleti'nin bütün yapılarında ve düşünüş tarzında köklü değişiklikler olmuştur (Okandan, 1977: 449; Rubin, 2008: 2). Bu köklü değişiklikler şüphesiz hukuk sistemini de etkilemiştir ve 17. yüzyıldan itibaren hukuki pozitivizmin temel esasları Türk hukuk zihniyetinde öne çıkmaya başlamıştır (Güriz, 1999: 128).

18. yüzyılın ilk Osmanlı hükümdarı olan III. Ahmed zamanında da Batıcılık hareketi ve etkileri devam etmiştir. Söz konusu dönemde Fransız etkisi kendini fazlasıyla göstermiş (Shaw, 1976), sık sık Fransa'ya ziyaretlerde bulunulmuştur. Sadrazam İbrahim Paşa, bu dönemde Yirmisekiz Mehmet Çelebi'yi Fransa'ya yollamıştır. 14. Louis'nin özel konuğu olan Yirmisekiz Mehmet Çelebi, Sadrazam İbrahim Paşa'ya yazdığı mektuplarda; Fransa'daki fabrikalardan, modern şekilde inşa edilen kalelere, Fransa'nın sokaklarından sosyal hayatına ve ordunun yapısından ordu eğitim kurumlarına pek çok konuda bilgi vermiştir (Shaw, 1976: 235). 1734 yılında örneklerine Fransa'da ve Almanya'da rastlanılan askeri alanda teknik ve mühendislik eğitimi veren "Hendeshane" okulunun açılması, daha sonraları donanmaya ait matematik okulunun açılması gibi gelişmeler (Lewis, 1961: 48), artık Osmanlı'nın klasik kurumlarının değişmeye başladığını göstermektedir. Kısacası tüm bu gelişmeler gelen köklü reform hareketlerinin habercisi olmuştur.

Tüm bu gelişmelerin sonucunda III. Selim döneminde devleti içinde bulunduğu buhrandan çıkarmak için merkezileştirmenin güçlendirilmesi yoluyla hem toplumun her kesiminde hem de devlet yönetiminde bütünleşme sağlanmaya çalışılmıştır. Ayrıca III. Selim geleneksel dönemde hakim olan adalet dairesinin bozulmasının önüne geçilmesi adına sorunları tespit ederek, hukuk alanında da çözüm yolları da aramıştır. Örneğin III. Selim, hükümdarlığının



ilk zamanlarında Sadaret Kaimmakamı Salih Paşa'ya dünyanın siyaset ve adalet ile düzenlenebileceğini belirterek, ülkede hakim olan ehliyetsiz kişilerin önemli makamlara getirilmesi, zulüm, rüşvet gibi olumsuz gelişmelerin önüne geçilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. Nitekim III. Selim, bir Hatt-ı Hümayununda ülkede adalet dairesinin nasıl zarar gördüğünü aşağıdaki şekilde tasvir etmiştir:

“Kesret-i mezalimden alem harab oldu. Reayada takat kalmamıştır. Kadılar ve Naibler ve Voyvodalar ve Ayanlar ve Cizyedarların etmedikleri mezalim yok. Bunlar hep emanet ehline sipariş olunmadığından neş'et etmiştir.

...bu günden sonra rüşvet alıp ve zulmedip ve edenleri bilüp bigarazın ketmederseniz vallah ben elbet duyarım. Aba ve ecdadım ervahı için evladım dahi olsa kıyarım ve siyaset ederim” (Kartal, 1946'dan akt. Okandan, 1977: 51).

Son kertede devletin içine düştüğü bu durumdan kurtulmak için gelenekselden kopmanın elzem olduğunu savunan III. Selim (Üçok, Mumcu & Bozkurt, 1999: 266), askeri, idari ve hukuk alanında köklü değişiklikler yapmayı hedeflemiştir. III. Selim döneminin başlarında; Yeniçeri Ocağını kaldırmak, ulemanın etkisini azaltmak ve bilim sanat ticaret ve sosyal alandaki bütün reform hareketleri Nizam-ı Cedit adıyla anılırken (Tanör, 2000: 35; Karpat, 1972: 252), Nizamı Cedit hareketleri kapsamında Avrupa'nın örgütlenme sistemi ve hukuk anlayışı incelenmiştir (Zakia, 1999: 250; Türköne, 1999: 275; Quartaert, 2000: 37-39).

III. Selim, Nizamı Cedit hareketlerinin tasarılarını hazırlarken devrin ileri kişilerinden raporlar istemiştir. Bunun sebebi daha önceki yenilik hareketlerinin tek kişinin iradesine dayandığı için başarısız olmasıdır. Rapor usulü ile III. Selim, yenilik hareketlerini devletin iradesi haline getirmeye çalışmıştır (Tanör, 2000: 35). Bu bağlamda III. Selim; bu yenilikçi hareketleri ve kurumların köklü olarak değişmesi için yaptığı çalışmalardan ötürü tarihçiler tarafından Tanzimat reformlarının öncüsü sayılmaktadır (Shaw, 1968: 30-32; Akgündüz, 1986: 364). Ancak III. Selim zamanında başlayan bu yenilikçi hareket, III. Selim'in tahttan indirilip bir kez daha şeyhülislam ve yeniçerilerin düzene hakim olmaları ile son bulmuştur (Bozkurt, 1996: 43-44). Bunun sonucunda Osmanlı artık yozlaşmış olan geleneksel yapısını bir süre daha sürdürmüştür. Son kertede artık yeniçerilerin ve ulema sınıfının elinde güç bulundurduğu sürece, reformların sağlıklı bir şekilde yapılamayacağını farkına varılmıştır (Shaw, 1976: 275-276; Okandan, 1977: 55).

Devlet geleneğini değiştirecek olan reform hareketi ise II. Mahmud'un tahta çıkması ile tekrar hakim olmuştur. II. Mahmud da tıpkı III. Selim gibi, reform hareketinin, ilk olarak adalet çemberi için önemli bir unsur olan askeri alanda yapılmasına uğraş vermiştir. Dolayısıyla Yeniçeri Ocağının yerine Avrupa'daki ordu modellerinin örnek alınarak yeni bir modelleme hedeflenmiştir. Bu mücadelenin sonunda yaşanan Vak'ayı Hayriye olayı neticesinde Yeniçeri Ocağı tamamen ortadan kaldırılarak yerine modern bir ordu getirilmeye çalışılmıştır (Tanör, 2000: 65-66). Askeriyede başlayan bu değişim ile eğitimde başlayan reform hareketleri paralellik arz etmektedir. II. Mahmud, öncelikle ordu mensuplarını eğitmek için askeri okullar açtırmış, askeri sınıfa özel hastaneler inşa ettirmiş ve tıp okulları açmıştır (Zakia, 1999: 252; Türköne, 1999: 276). Ayrıca açılan “mekteb-i sibyan ve mekteb-i rüştiye” okulları modern Türkiye'deki ilk ve ortaöğretim kurumlarının öncüsü olmuştur. Ayrıca eğitimin zorunlu hale getirilmesi, tıp, mühendislik ve askeri yükseköğretim kurumlarının açılması, Fransızcanın



zorunlu ders haline getirilmesi ve yükseköğretim öğrencilerinin aynı zamanda Avrupa'ya eğitime gönderilmesi, modern bilim adamlarının yetiştirilmesinin başlangıcı olmuştur (Karpas, 1972: 256).

Yeniçerilerin gücünü kırma açısından başarılı olan reform hareketlerine karşı yukarıda belirtildiği gibi salt askeri sınıf değil, ayrıca ulema sınıfı ve şeyhülislam da Osmanlı devleti var olduğu sürece karşı durmuştur. Bunun yanında yerel yöneticilerin isyan etmesi gibi tehlikelerin de bertaraf edilmesi gerekmektedir. Tüm bu tehditlerin ortadan kaldırılması adına, II. Mahmud zamanında idari yapıda yapılan reform hareketleri dikkat çekicidir. Öncelikle Din İşleri Komisyonu ve Adalet Bakanlığı kurularak şeyhülislamın yetkileri kısıtlanmış, sadrazamlık ise kaldırılmıştır. Sadrazam yerine kurulan bakanlıkları idare edecek "Başvekillik" makamı getirilmiştir. Başvekilin erk gücü bakanlıklar arasında dağıtılarak sınırlandırılmış, bakanlıkların ve başvekilin faaliyetleri ise hükümdarın meclisi "Meclis-i Has-i Vükela" adıyla bilinen Bakanlar Meclisi tarafından denetim altında tutularak denetlenmiştir. Böylece reform hareketlerine karşı herhangi bir idari makamın karşı çıkmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır (Okandan, 1977: 61). Batıdaki "Yüksek Adalet Meclisleri" örnek alınarak 1838'de kurulan "Meclis-i Valayı Ahkam-ı Adliye" de, formel pozitivist yöntemlerle yeni çıkacak nizamnameleri ve kanunları hazırlamak için oluşturulmuş bir kurum olarak göze çarpmaktadır (Türküne, 1999: 276; Tanör, 2000:67-68; Okandan, 1977: 60).

Hem devletin merkeziyetçi yapısının güçlendirilmesi hem de klasik dönemden sonra bozulan devlet ve hukuk anlayışının düzeltilmesi adına II. Mahmud döneminde hukuk alanında da birtakım reform hareketleri başlatılmıştır (Mardin, 1995: 130). Buna göre öncelikle bazı örfi hukuka dayanan uygulamalara, modern hukukun gerekleri gereği son vermiştir. Ulemanın kamu görevlisi sıfatıyla yaptığı usulsüzlüklerin önüne geçmek, rüşveti engellemek ve devletin merkeziyetçi yapısını güçlendirmek adına 1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi ve Memurin Ceza Kanunu düzenlemeleri modern hukuk usulleri ile düzenlenerek (Mardin, 1995: 131; Ünal Özkorkut, 2008: 233-234), memurlar için suç ve cezada kanunilik ilkesi gibi modern hukukun temel ilkelerinin esas alındığı bir anlayış benimsenmiştir (Üçok, Mumcu & Bozkurt, 1999: 269-270; Ekinci, 2004: 243-244). Yine suç ve cezalarda şahsilik ilkesi doğrultusunda müsadere usulüne son verilmesi (Mumcu, 2007a: 152-153) modern ilkelerin benimsenmesine bu dönem içinde örnek gösterilebilir. Bunun neticesinde memurlar için söz konusu olan siyaseten katli uygulaması yerine memurlar için çıkarılan ceza kanunnamesinde memurlar için ayrı bir yargılama usulü benimsenmiş ve neticede müsadere usulüne son verilmiştir (Mumcu, 2007a: 154).

Hukuk alanındaki bir diğer reform hareketi, 1833 yılında yayınlanan emirname ile gerçekleştirilmek istenmiştir. Bu emirnamede, kurallara aykırı olarak görev sürelerini uzattıran hakimlere değinilmektedir. Kurallara aykırı olarak görev sürelerini uzattıran hakimlerin çoğalması neticesinde göreve atanmak için sıra bekleyen yargıçlar arasında yığılmaların olduğuna ve mağduriyetlerin doğduğuna emirnamede yer verilmiştir (Ünal Özkorkut, 2008: 233). Bu krizi aşmak adına emirnamede ancak Rumeli ya da Anadolu Kazaskerinin bildirmesi üzerine hakimlerin görev sürelerinin uzatılacağı belirtilmiştir. Bunun yanında emirnamede hakimlerin hangi vasıflara sahip olması gerektiğine yönelik hükümler de dikkat çekmektedir. Buna göre hakimlerin ehil kimseler arasından seçilmesi gerektiği, hakim olan kimsenin dikkat, özen, itidal ve insaf gibi özellikleri gözeterek görevini ifa etmesi gerektiği de vurgulanmıştır



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

(Ekinci, 2004: 242). 1834 yılında hakimlerin herhangi bir şikâyet sonucu, şikâyet haklı görülmedikçe görevlerinden azledilemeyeceklerine dair düzenleme neticesinde hakimlik teminatının kabul edildiği ve bu doğrultuda yargı bağımsızlığının korunmaya çalışıldığı görülmektedir (Ekinci, 2004: 242-243).

Görüldüğü üzere özellikle II. Mahmud dönemi ile beraber reform hareketi artık önlenemez bir dalga halini almıştır. Bu bağlamda Osmanlı hukuk anlayışının Tanzimat döneminden önce değişmeye başladığı saptamasını yapmak yanlış olmayacaktır (Lewis, 1961: 79). Batılılaşmaya karşı çıkan ulema, alternatif bir çözüm sunmadığı için devlet geleneksel sistemi içinde yavaş yavaş tasfiye edilmiş, eğitim reformu sonrasında yerlerine batıcı aydınlar gelmiştir. Son kertede geleneksel Osmanlı hukuk sistemi ve adalet anlayışı artık kırılmış, yeni bir dönemin ayak sesleri duyulmaya başlanmıştır. Tanzimata giden bu dönemde, artık batıdaki hukuki pozitivismi esas alarak bir hukuk sistemi benimsemenin ilerleme ve gelişme için zorunlu olduğu, hem İslamcılar hem de batıcı aydınlar tarafından kabul edilmiştir (Schacht, 1977: 108-113; Okandan, 1977: 63-64). Bu gelişmeler ışığında Osmanlı devleti başta olmak üzere, doğu toplumlarında modern toplum tasarımının bir parçası olarak; batı tipi kanunlaştırma hareketleri, hukukun ne olduğu, yargı teşkilatının yapılanması gibi hususlar modernizm ışığında şekillenmeye başlamıştır. Bu değişimin esas sebebi, Batı medeniyetinin daha iyi ve doğru olmasından ziyade daha güçlü olmasıdır. Bunun sonucunda Osmanlı için bu değişimin ana sebebi hayranlık değil zorunluluktur (Ekinci, 2004: 51).

2.2. Tanzimat Dönemi ve Kanunlaştırma

Comte'un fikirlerinden etkilenen Abdullah Cevdet; *"bir ikinci medeniyet yoktur: medeniyet Avrupa medeniyetidir, bunu gülü ile diken ile almak mecburidir"* diyerek tek bir medeniyet olduğunu ve bunu kabul etmenin zorunlu olduğunu vurgulamıştır (Bozkurt, 1996: 95). Tanzimat dönemi sonrasında 1880'lerde de Saffet Paşa medeni bir devlet olabilmek için Avrupa medeniyetinin esaslarının bütünüyle benimsenmesi gerektiğini vurgulamıştır (Berkes, 1964'den akt. Mardin, 1998: 47). Dolayısıyla Batılılaşma felsefesi, Osmanlı devlet örgütlenmesi başta olmak üzere, toplum yapısını ve hukuku baştan aşağıya değiştirerek geleneksellikten modernizme geçişin sağlanmasında pozitivist felsefeyi başat düşünce sistemi olarak benimsemiştir (Karpat, 1972).

Pozitivizmin kendini her alanda göstermeye başlaması ile beraber, hukuk alanında da etkisi fazlasıyla hissedilmiştir. "Kanunlaştırma" anlamına gelen tanzimat kelimesinin özellikle kullanılması ve bu döneme Tanzimat dönemi denmesi bu anlamda şaşırtıcı değildir. Hatta Tanzimat hareketinin yasama faaliyeti olarak tanımlanması, kanun egemenliğini inşa etme amacı gütmesi, hukuki pozitivismin Türk hukuk anlayışı içerisinde yükselmeye başladığını kanıtlar niteliktedir (Ortaylı, 2010: 110).

2.2.1 Tanzimatın Ruhu: Kadı Adaletinden Kopuş

Prens Sabahattin'in Tanzimatın önemine ve amacına değinirken; *"Tanzimat, eski sistemde yer alan teşkilat ve yöntemleri tamamen değiştirerek, batılı bir anlayışın benimsenmesine yöneliktir"* (Ülken, 1994) şeklindeki tespiti, Tanzimatı en iyi biçimde betimleyen ifadelerden biridir. Yukarıda değinildiği gibi "kanunlaştırma" anlamına gelen Tanzimat, bu anlayışın benimsenmesi adına hukukçulara görevler yükleyen bir dönemin kapılarını açmıştır. Sabahattin'e göre İslamiyet nasıl ki cehalet devrini kapayıp yeni bir devri başlatmışsa, Tanzimat



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

da zulüm ve cehalet devrini kapayıp adalet ve akıl devrini açmaktadır (Ülken, 1994: 197). Bu bakımdan Tanzimat döneminin yüceltilmesi ve kutsanması adına, tıpkı Fransız İhtilali'ne yüklenen görev gibi bazı aşkın değer ve görevler yüklendiği görülebilmektedir. Dolayısıyla Tanzimatın ruhunda Fransız İhtilali geleneğinin yattığını ve etkisini gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Fransız İhtilalinin etkilerini anlamak bakımından Namık Kemal'in görüşlerine bakılabilir. Ona göre;

“İslâm devleti modernleşirken Avrupa'ya körü körüne taklit etmemeli, kendi kanunlarını, inanç ve geleneklerini terk etmemelidir. Şeriatın âdil kuralları Montesquieu'nun belirttiği tabii hukuktur. Tabii hukukun temel kuralları şahsî hürriyet, eşitlik, toplanma hürriyeti, memurların sorumluluğu gibi unsurlardan oluşur. Halkın hâkimiyeti ise hükümetin halktan kaynaklanmasıdır ki bu, her ferdin hükümetin işleyişinde uyacağı kuralların açıkça belirtilmesi ve yasama erkini hükümetten alacak meşveret ilkesidir” (Bozkurt, 1996: 53).

Dolayısıyla Namık Kemal'in modern Avrupa'nın tabii hukuk ilkelerini pozitivizm içerisinde eritmesini şeriat ile bağdaştırarak, değişecek hükümet sistemi için meşruluk oluşturmaya çalıştığı söylenebilir. Namık Kemal'in bu tutumunun, Fransız İhtilali ile beraber tabii hukuk ilkeleri ve tabii hak doktrininin hukuki pozitivizme mahkum edilmesi ile paralellik arz ettiği söylenebilir. Tabii hak doktrininin benimsendiği Tanzimat Fermanı'nda, tıpkı Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile 1791 Fransa Anayasası'nda olduğu gibi yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı, vergide adaletin sağlanması, özel mülkiyetin güvence altına alınması gibi temel hak ve özgürlükler sıralanmış ve güvence altına alınmıştır (Lewis, 1961: 105; Tanör, 2000: 89-90). Bunun yanında kanunsuz suç ve ceza olmaz, kanun önünde eşitlik gibi ilkeler kabul edilmiştir.

Liberal dünyanın doğalcı (naturalistic) görüşünün hakim olmaya başlaması neticesinde, Tanzimat ile beraber Osmanlı mülk sisteminde de köklü değişiklikler dikkat çekmektedir. Tanzimat fermanında tımar sisteminin kaldırılmasına yönelik herhangi bir hüküm bulunmamasıyla beraber, Tanzimatın etkilendiği liberal insan haklarını temel alan doğalcı görüş doğrultusunda özel mülkiyet tanınmaya başlanmıştır (Darling, 2008: 24-26; Cin, 1978: 436). Bu durum; Osmanlı toplumu, toprak ve hukuk sisteminin gelenekten koparak modernizm sürecinde evrilmesinin çarpıcı örneklerinden biridir. Osmanlı devletinin bozulan ekonomisinin çaresi olarak miri arazinin özel mülk haline getirilerek, liberal modern bir hukuk ve toprak düzeninin sağlanması için çıkarılan nizamnameler, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır (Cin, 1978: 436-437). Özel mülkün esaslarını belirlemek, miri araziye ortadan kaldırmak için yapılan nizamnamelerden sonra son olarak 1858 yılında kabul edilen Arazi Kanunu, miri arazinin mülk araziye geçişini iyice kolaylaştırarak, Tanzimat ile Osmanlı toprak düzenini değiştirmek için başlayan düzenlemeler açısından son nokta olmuştur³ (Darling, 2008: 30; Cin, 1978: 438-439; Akgündüz, 1986: 369-370). Son kertede yapılan düzenlemeler ışığında, mülkiyet hakkının kutsandığı ve bireysel mülkiyetin yüceltildiği tabii hak doktrinine dayanan Batılı liberal insan

³ Bu görüşlerin aksine Ortaylı, “Kanunnamenin çok çabuk ve etkin bir biçimde özel mülkiyet düzenini gerçekleştirdiğini, hele küçük ve orta sınıf çiftliği güçlendiren etkileri olduğunu söylemek güçtür.” demektedir (Ortaylı, 2010: 122).



hakları geleneğinin Tanzimat döneminde etkili olduğu açıkça görülmektedir (Karpaz, 1972: 260; Rubin, 2008: 9).

Ancak, 1789 Fransız Devrimi her ne kadar doğal hukuk ilkelerine ve insan haklarına dayansa da, devrim sonrası ortaya konulan hukuk metinleri ve anayasalar, dönemin hukuki pozitivism anlayışına dayanmaktadır. Hukuki pozitivism ile beraber bu yazılı metinlerin dışına çıkılmaması gerektiği anlayışı hakim olmuştur. Dolayısıyla pozitif hukukun maddi varlığı ile her şeyin üstünde olduğu bir anlayış benimsenmiştir (Ağaoğulları, 2006). Dolayısıyla pozitivism etkileri neticesinde, insan hakkı ihlallerinin önüne geçilmesi veya katalog halinde sayılan temel hak ve özgürlükler dışında yeni hakların kabul edilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda Tanzimat Fermanı, bir bakıma soyut adalet ilkelerini merkeze alan bir hukuk sisteminden, belirlilik ve istikrarı baz alan bir hukuk sistemine geçişin ilanıdır. Bunun sonucunda devletin devamı için uygulanan formül olan adalet çemberi de çehre değiştirmiştir. Belli bir sistematiğe bağlı olmayan, soyut kavramlara dayanan adalet çemberinin yerini; mülkiyete önem veren, sadece yazılı belgelerde garanti alınan haklara dikkat eden ve yazılı kanunu adalet ile eşleştiren modern bir adalet döngüsü temel alınarak, tipik Kara Avrupası anlayışı hayat bulmuştur (Darling, 2008).

Başgil'in belirttiği üzere Tanzimat ile amaçlanan;

“Hukuki nizamda ve devlet teşkilatında yenilik görme arzusu ve temayüllerinin eski dinsel ve mutlakiyet örf ve ananeleriyle çarpışması, laik idare ve teşkilata doğru adım adım ilerlemesidir. Filhakika 1839'dan sonradır ki memleketimizde adli, mali, idari sahalarında yeni bir zihniyet ile kanun ve nizamnameler yapılmıştır” (Başgil, 1960: 79-82).

şeklinde özetlenebilir. Nitekim Tanzimat Fermanı'nda yer alan *“Böyle düzenleyici kurallarla hükmedilmediği sürece ne şevkete ne de ikbale ulaşamaz”* şeklindeki ifade de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır (Mardin, 1995: 132; Velidedeoğlu, 1999:173). Dolayısıyla Tanzimat sonrası Türk hukuk sisteminde yaşanan bir başka kırılma ise laik hukuk sisteminin temellerinin atılmasıdır. Tanzimat döneminde mevzuatın, ulema dışındaki bürokratlarca hazırlanması, din eğitimi almamış yargıçlardan oluşan mahkemelerin kurulması sonucunda din hukuk dışına itilmeye başlanmıştır. Yukarıda değinilen düşüncelerin etkisi neticesinde Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile birlikte hukukun yazılı hale getirilmesi, hakların sınıflandırılması ve hukukun sekülerleşmesi büyük değişimlerin önü açılmıştır⁴.

Keza Mumcu'nun, Tanzimat ile ilgili olarak;

“Hakkındaki bütün olumsuz değerlendirmelere rağmen bugün iyi kötü işleyen bir adalet mekanizmamız varsa, bunun temellerini Tanzimata kadar uzatmak hiç de yanlış değildir. Batıdaki “yasal” ve “bilimsel” adalet kavramı türk hukukuna tanzimat ile girdi” (Mumcu, 2001: 150)

yaptığı tespit, Tanzimatın, bozulan Osmanlı hukuk ve adalet anlayışı açısından bir kurtarıcı rolü üstlendiğini iddia etmektedir.

⁴ Tanzimat Fermanı'nın sekülerleşmenin aksine şeriata dayandığı ile ilgili aksi görüş için bkz. Türköne, 1999: 278-281.



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

Tanzimatın fikri temellerine bakıldığında, geleneğin yadsınarak modern dünyaya adapte olmak için başta hukuk olmak üzere, ekonomi ve sosyo-kültürel alanlarda bir dönüşüm başlatmak esas gayeyi oluşturmaktadır. Bunun yanında daha ılıman denebilecek, geleneksel ile modernite arasında bir konum alan görüşler de dikkat çekmektedir. Türkiye’de pozitizmin öncülerinden olan Ahmet Rıza, dinin ve maneviyata yönelmenin ilerleme ve gelişmeye engel olduğunu belirtmesine rağmen; şer’i kurallara uymamanın da zararlarına değinerek, şer’i hükümlerin hukuk alanında önemine vurgu yapmıştır. Ahmet Rıza, İslamı savunarak ve şer’i hükümlerin önemine vurgu yaparak dini her alanda görünür yapmaktan ziyade, adalet ve insanlığı savunmak istediğini belirtmiştir (Otacı, 2010: 50). Dolayısıyla Ahmet Rıza’nın geleneksel ile modernite arasında bir konum aldığı söylenebilmektedir.

Bir diğer görüşe göre Tanzimat dönemi yapılan çalışmalar esasen Osmanlının özüne dönme çalışmasıdır. Nitekim bu görüşte olanlar, Tanzimat Fermanı’nın başında yer alan;

“Osmanlı devleti, yüzlerce yıl İslam esaslarına uyularak ve bu nedenle çok güçlü ve dirlikli bir yaşam sürmüştür. Ama ne yazık ki son yüz elli yıldan beri çeşitli nedenlerle Şeriat esaslarına uyulmaz olmuştur. Böylece kuvvet ve refahın yerini zaaf ve fakirliğe terk etmiş ve çöküş başlamıştır. Halbuki Şeriat dahilinde idare olunmayan devlet yaşayamaz. Gerekli önlemler alınırsa tekrar yükselme yoluna girilebilir.”

ifadelerine dikkat çekerek, Tanzimat Fermanı’nda şeriata uyulmamasının çöküş sebebi olarak gösterildiğini belirtmektedirler. Ancak unutulmamalıdır ki Tanzimat Fermanı’nın başında söz konusu ifadenin yer almasının esas sebebi, ulemanın ve şeriat yanlılarının tepkisini azaltmaktır. Son kertede esasen Max Weber’in Türk modernleşmesi sürecinde Tanzimat ile ilgili görüşleri dönemin ruhunu tahlil etmek açısından önem arz etmektedir.

Weber, Osmanlı geleneksel hukuk zihniyetinde keyfilik ve belirsizliğin hakim olduğunu “kadı adaleti” söylemi üzerinden betimlemiştir. Ona göre Tanzimat ve sonrasında modern zamanlardan esinlenilerek yapılan reform hareketleri istikrar ve belirliliğin sağlanması adına son derece önemlidir (Mardin, 1998: 46; Gerber, 1994: 27). Weber, Osmanlının legal formalizme yönelmesi ve yeni mahkemelerin kurulması sonucunda; Avrupa hukuk sistemlerinde gözlemlenen sistematikleşme ve profesyonelleşmenin, 19. yüzyılda Osmanlı hukuk sisteminde filizlenmeye başladığını vurgulamıştır (Rubin, 2011: 84; Darling, 2008: 29; Karpat, 1972: 257; Rubin, 2008: 3). Dolayısıyla Weber, kapitalist topluma hakim olan istikrar ve belirlilik şiarının hakim olması için Tanzimatın dinamiklerini olumlu karşılamıştır. Bu bağlamda Tanzimat; keyfilikten hukukiliğe, kanunsuzluktan meşruiyete, güvensizlikten güvenli bir hukuka geçişi ifade etmektedir (Veldet, 1940’dan akt. Özbilgen, 1985: 63-64).

Özetle denilebilir ki; hem soyut kavramların somutlaştırılması hem de hukuk alanında belirliliği sağlama adına; Tanzimat dönemi ile beraber, Batı tipi kanunlaştırma hareketleri ve Batı tipi hukuk anlayışı tamamen hakim olmuştur. Mecelle ortaya çıkana kadar, Osmanlı hukuk sisteminin Batılılaştırılması ve hukuk evrimi farklı boyutlarda ele alınabilir. Hukuk zihniyetinin değişiminde kilometre taşları olan bu değişimler; Ticaret Mahkemelerinin ortaya çıkışı, yeni ceza hukuku düzenlemesini zorunlu kılan şartlar ve sonunda Mecelle’nin ortaya çıkışı ile sonuçlanan modern hukuk sistematğine geçiştir (Mardin, 1995: 123-124; Kaşıkçı, 1997: 46-47).



2.2.2 Hukukta İstikrar ve Belirlilik: Kodifikasyon Hareketleri

Temel olarak aydınlanma felsefesinden etkilenen ve manevi unsurları pozitif bilimdeki gibi yadsıyarak sosyal bilimlerde salt akla, gözleme dayanan anlayışa sahip Batıcılık düşüncesi, hukuk alanında da pozitivizmi esas alan bir anlayış geliştirmiştir. Batı uygarlığının hukuk alanında benimsediği formel mantığa dayalı pozitivizmin bir ürünü olan kodifikasyonlar, Türk aydınının ilgisini çekmiştir. Örneğin Şinasi, batıdaki kanunları mucizevi bir gelişme olarak görmüştür (Darling, 2008: 27). Aydınlanma görüşünün temsilcisi ve laik düşüncenin öncüsü olan Şinasi'ye göre girilen yeni dönemde esas olan akıl ve kanundur. Buna ek olarak Şinasi, yeni dönemde hak, adalet, halk, bilgelik gibi değerlerin de önemine değinmektedir. Şinasi her ne kadar akıl ile adalet arasında ilişki kurup, akıl ve adaletin birbirlerini tamamlayan değerler olduğunu öne sürse de zulümden kurtulmak için en önemli unsurun kanuna uygun hareket etmek olduğunu belirtmektedir (Ülken, 1994: 66).

Mardin, Tanzimat dönemi için *"kanunların, tüzüklerin ve yöntemeliklerin bolluğu ile dikkat çeken bir dönem"* ifadelerini kullanmaktadır (Mardin, 1998: 45). Gerçekten de Tanzimat, çağdaşlaşma adına kanunlaştırma hareketlerinin başladığı ve bu kanunlaştırma hareketinin çağdaşlaşmanın özü olduğu bir dönem olmuştur (Berkes, 1978: 221; Bozkurt, 1996: 48). Dolayısıyla Tanzimat dönemi'ndeki kodifikasyon çalışmalarında, Kara Avrupası'nda o dönem etkili olan formel pozitivist hukuk mantığı etkili olmuş ve Türk hukuk sistemi bu mantık üzerine inşa edilmeye başlanmıştır (Üçok, Mumcu & Bozkurt, 1999: 263). Dolayısıyla Mecelle öncesinde yukarıdaki bölümde kısaca değinildiği gibi Ticaret ve Ceza hukuku alanlarında önemli reformlar getirilmiş, yargı örgütü modern hukuk düzenine uygun bir şekilde dizayn edilmiştir.

Avrupa'da modernleşme ile beraber ortaya çıkan kapitalist toplumun ticaret sahasına yansımaları sonucunda ticaret hayatında yeni gelişmelerin yaşanması, Osmanlı toplum yapısına da yansımış ve ticaret alanının düzenlenmesi hususunda bir zorunluluk doğmuştur. Bu minvalde 19. yüzyılın başlarında Osmanlı devleti içerisinde ticaret hayatında Avrupa'ya uyum sağlamak adına bir dönüşüm başlamıştır (Mardin, 1995: 124-125; Tanör, 2000: 98-99). Bu doğrultuda 1838'de kurulan Osmanlı Ticaret ve Ziraat Meclisi, 1839 yılında Ticaret Bakanlığı olarak teşkilatlanarak bakanlık içinde bir birim olarak düzenlenmiş, kurumsallaşma adına önemli adımlar atılmıştır (Mardin, 1995). 1841 yılından sonra Bakanlığa bağlı olan Ticaret Meclisi; Avrupa ile ticaret izni almış gayrimüslim Osmanlı tacirleri, ticari senet alıp satanlar ve yabancı tacirler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara bakan bir ticaret mahkemesine dönüşmüştür. Söz konusu şekilde teşkilatlanarak modern bir organizasyona bürünen mahkeme için modern bir mevzuat yapılanmasına gidilmesi bu dönemde zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Ticaret Kanunu'nun ilanı bu dönemde ulemanın sert itirazları ile reddedilmiştir. Ancak daha sonra 1850 yılında, Osmanlı vatandaşlarının hem kendi hem de yabancı vatandaşlarla aralarında çıkacak uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacak, özel komisyonların kurulması gerçekleşmiştir. Böylece Karma mahkemelerin şeyhülislama danışarak Avrupa ticaret kanununa ilişkin hükümleri uygulamasının yerine, şeyhülislama müraacatın salt müslümanlara ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili sınırlanması sağlanmıştır (Mardin, 1995: 128-129). Bu gelişmelerden sonra Avrupa Devletleri ile ticari ilişkileri kolaylaştırmak ve batılı tarzda düzenlemek adına, 1850 yılında, ulemanın etkisinden bağımsız düzenlenen, Osmanlı Ticaret Kanunu ilan edilerek ticaret hukuku alanında ilk kodifikasyon hareketi



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

başlamıştır (Lewis, 1961: 112-114; Karpaz, 1972: 258). Kanun, 1807 Fransız Ticaret Kanununun I. ve III. bölümlerinin tercüme edilerek resepsiyon⁵ yoluyla oluşturulmuştur (Mardin, 1995: 129; Mahmesani, 2009: 59). Daha sonra 1856 yılında yürürlüğe giren Kanunname-i Ticaret ve 1864 yılında temelini Fransız Deniz Ticaret Kanunundan alan Kanunname-i Hümayunu Ticareti Bahriye de yine Fransız etkisi ile çıkarılan ve Batı tipi kanunlaştırma hareketlerine örnek kanunlar olarak yeni hukuk sisteminde yerlerini almışlardır (Mahmesani, 2009: 60). Ticaret kanunu ile faiz kabul edilmiş, İslam hukukunda bulunmayan tüzel kişilikler şirketler nezdinde hayat bulmuş ve ticari davalarda din ve mezhep ayrımı ortadan kaldırılmıştır (Ortaylı, 2010: 141). Neticede Osmanlı ticaret ilkeleri ile Avrupa arasında tek tiplilik ve istikrar sağlanmıştır.

Özel hukukta başlayan bu modernleşme hareketi, ceza hukukuna da sirayet ederek, geleneksellikten moderniteye geçiş başlamış ve hukuki pozitivizmin hakim olduğu formel mantığı temel alarak hazırlanacak kanunların temelleri ceza hukuku alanında atılmıştır. Nitekim 1840 yılında, yaklaşık Tanzimat Fermanı'ndan 7 ay sonra ilk Ceza Kanunu yürürlüğe konmuştur. 1840 tarihli Ceza Kanununun giriş kısmında Tanzimat Fermanı'na atıf yapılmış, kanununun hazırlanma sebebi olarak Tanzimat Fermanı işaret edilmiş; bir anlamda kanunun dayanağı olarak Tanzimat Fermanı gösterilmiştir (Berkes, 1978: 196). Ceza hukuku alanındaki modern pozitivist anlayışın hayat bulduğu bu reform çalışmasına yönelik tepkiler genellikle olumlu olmuştur. Bunun temel olarak iki sebebi bulunmaktadır. Birincisi, Osmanlı hukukunda örfi hukukun etkin olarak kendine alan bulduğu başlıca alanlardan birisi ceza hukukudur. İslam hukukunun tanımadığı suçlar, örfi hukuk düzenlemeleri ile Osmanlı hukuk sisteminde kendine yer bulmuştur ya da İslam hukukunun öngördüğü recm, kol kesme gibi yaptırım türleri, Osmanlı ceza sisteminde uygulanmamıştır. Dolayısıyla İslam hukukunun etkinliğinin az olduğu bir alan olan ceza hukukunda modern anlamda düzenlemelerin yapılması fazla tepki doğurmayacaktır (Rubin, 2011: 24). Bir diğer sebep ise Tanzimat Fermanı'nda belirtildiği üzere Osmanlı devletinde bireylerin kanun hükümlerine göre değil, örfi hukuk düzenlemeleri ve bu hükümleri uygulayacak kadıların geniş takdir yetkisine göre cezalandırmalarının keyfilikçe yol açacağı düşünülmesidir. Bu sakıncayı önlemek adına ilk olarak ceza hukuku alanında hukuki pozitivizmin hakim olduğu düzenlemeler yapılarak istikrar ve belirliliğin sağlanacağı düşünülmüştür (Mumcu, 2007b: 196). Ancak bu görüşe rağmen Miller, ceza kanununun kabulünü, bireyleri korumak ve güvenliklerini sağlamaktan öte, devleti ve kurumlarını modernleştirme politikası olarak görmektedir (Miller, 2005'den akt. Rubin, 2008: 12). 1840 tarihli Ceza Kanunu'nun en dikkat çekici özelliği ise hakime herhangi bir takdir hakkı tanınmamış olmasıdır. Kanun içerisinde her suça tek ceza verilmiş, böylece hâkim her olayı ayrı ayrı kendi içindeki koşullara göre değerlendirip, cezayı artırma ya da azaltma yetkisinden mahrum bırakılmıştır (Taner, 1999: 227-228). Bu bağlamda söz konusu kanunun hazırlanırken tıpkı Fransa'daki gibi takdir hakkını yok sayarak, formel pozitivist mantığın hakim olduğu bir anlayışın benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Daha sonra 1851 yılında çıkarılan Ceza Kanunu'nda ise tek ceza prensibinden vazgeçilmiştir. Bu minvalde bazı maddelerde süre belirtilmeden hapis cezası getirilmiştir. Örnek olarak kadın

⁵ Burada "benimseme" ya da "iktibas" yerine "resepsiyon" sözcüğünün kullanılması daha isabetli olacaktır. İktibas, seçerek almak, benimseme ise yabancı bir hukuk kuralının alındıktan sonra benimsenmesi sürecini de içermektedir. Oysa "resepsiyon" yabancı bir kanunun ya da kanunların seçilerek ya da benimsenip benimsenmediğine bakılmaksızın toptan alınıp kabul edilmesini ifade etmektedir. Ayrıntı için bkz. (Can, 1982).



katillerin ıslah olana kadar hapsedilmesi ile ilgili birinci faslın 15. maddesinde düzenlenen cezada, hukuk uygulayıcıları için hükümlünün ne zaman ıslah olduğu ile ilgili bir takdir alanı açıldığı söylenebilir. Yine değnek darbı cezasında da 3'ten 79'a kadar kaç değnek vurulacağı ile ilgili hakime takdir yetkisi tanınmıştır (Taner, 1999).

Ceza alanındaki bu kodifikasyon hareketleri neticesinde 1858 yılında Fransız Ceza Kanunundan resepsiyon yöntemi ile benimsenen "Ceza Kanunname-i Hümayunu" yürürlüğe konmuştur. 1858 tarihli kanunu için iktibas yerine resepsiyon kavramını kullanmamızın nedeni, büyük ölçüde 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun aynen tercüme edilmesinden dolayıdır. Ancak 1858 tarihli Ceza Kanununun; 1810 Fransız Ceza Kanununa göre 200 kadar az maddeden oluşması, Osmanlı ve İslam ceza hukukundan hükümler eklenmesi ve teşebbüsle ilgili olarak Fransız ceza anlayışının benimsenmemesi nedeniyle 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun birebir çevirisi olmadığını öne süren görüşler de bulunmaktadır (Akgündüz, 1987: 164). 1858 tarihli Ceza Kanunu, 1840 ve 1851 tarihli kanunlara nazaran çok daha ayrıntılı hükümler içeren kazuistik bir özellik taşımaktadır. Yazılı kural hukuktur şiarının hakim olduğu bu dönemde, doğadaki her vakayı en ince ayrıntısına kadar kanunlaştırma içgüdüğü baskın olduğundan söz konusu yöntemin benimsendiği söylenebilir. Ayrıca 1858 tarihli Ceza Kanunu, 1840 ve 1851 tarihli kanunlara göre seküler niteliği ağır basan özelliklere sahiptir (Taner, 1999: 230-231). Ancak hakim olan bu görüşe rağmen Akgündüz, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un İslam hukukuna aykırı düşmeyen bir nitelik taşıdığını savunmuştur. Akgündüz, 1858 tarihli Kanunun komisiyon mazbatasından yola çıkarak, kanunun İslam hukukunu temel aldığını savunmuştur (Akgündüz, 1987: 156-158). Akgündüz'ün görüşü kanaatimizce isabetli değildir. Zira 19. yüzyılın ikinci yarısında başlayan modernizm ile geleneksellik arasındaki çatışmada, Osmanlı devleti içerisinde ulemanın baskısı gözardı edilmemelidir. Bunun sonucunda kodifikasyon sürecinde geleneksellik ile modernlik arasında ikircikli bir tutum izlenmiştir.

Maddi hukuk alanında yüzünü Batıya dönen Osmanlı hukuku, usul hukuku alanında da benzer bir yöntem benimsemiştir. Yargılama hukuku ile ilgili hazırlanan 1879 tarihli "Usulü Muhakeme-i Hukukiye" ve "Usulü Muhakeme-i Cezaiye" kanunlarının da menşei Fransa'dır. Söz konusu kanunlar, Fransa'nın ilgili mevzuatlarının birebir kopyası niteliğinde olduğundan yine usul hukuku alanında da iktibastan çok resepsiyon usulünün benimsendiği söylenebilir (Ekinci, 2004: 61). İlgili kanunların kabulü ile şer'i mahkemelerin yanında, Fransız modeline göre oluşturulmuş nizamiye mahkemeleri de örfi-islami hukuk ile batılı Fransız hukuku arasında orta yolu bularak yargılamalarda etkin bir şekilde yetkili ve görevli olarak çalışmaya başlamıştır (Rubin, 2011; Şimşirgil & Ekinci, 2008: 50; Rubin, 2008: 12-13). Bu minvalde Nizamiye mahkemelerinin görevleri; tüm Osmanlı tebaasının şeriat, azınlık, ticaret ve konsolosluk mahkemelerinin yargı alanları dışında kalan ceza ve hukuk alanındaki tüm davalarına bakmak olmuştur (Velidedeoğlu, 1999: 198). Bunun yanında, kapütilyasyonlar vasıtası ile kurulmuş olan konsolosluk mahkemeleri ile azınlıkların dini ve kişisel durumlarıyla ilgili uyuşmazlıkları çözmekle görevli azınlık mahkemeleri de Osmanlı hukuk sisteminde yer almıştır. Hem yapılan düzenlemeler hem de yenilenen yargı örgütü neticesinde amaç istikrarlı ve belirliliğe uygun bir hukuk anlayışını hayata geçirmek iken; mahkemelere yetiştirilecek yeterli nitelikte eleman olmaması, farklı mahkemelerde farklı mevzuatların kullanılması gibi



etkenler neticesinde, hukuk; belirsiz, istikrarsız ve adaleti sağlamaktan uzak bir görünüme bürünmüştür.

3. Üçüncü Yol ya da Bir Uzlaşma Çabası: Mecelle

Tanzimat dönemi öncesi ve sonrasında katı hukuki pozitivizm, geleneksellikten moderniteye geçişte Osmanlı döneminde hakim duruma gelmiştir. Dönemin alimi ve aynı zamanda Mecelle'nin mimarı olan Ahmed Cevdet Paşa'nın fikirlerinde de hukuki pozitivizmin baskın unsurlarını bulmak mümkündür. Öncelikle Ahmed Cevdet Paşa, Osmanlı hukukunun üç bölümden oluştuğunu belirtmiştir. Birinci bölüm konusu adalet olan ve tüm varlık dünyasını ilgilendiren tabii hukuk, şeriat kısmıdır. İkinci bölüm, insanlar arasında hakkaniyeti gerçekleştirecek olan İslamda fıkıh denilen müşterek hukuk, üçüncü bölüm ise Osmanlı'nın ülke genelinde nizamı sağlamasına yarayacak olan pozitif hukuk, yani kanunlar olacaktır. Ancak dönemin etkisiyle Ahmed Cevdet Paşa'nın istikrar ve belirliliğe ağırlık vererek, bu üçlü arasında nizamı sağlama fonksiyonuna ağırlık verdiği görülebilir. Bu bağlamda Ahmed Cevdet Paşa, dönemindeki hukuki pozitivizmi esas alan görüşlerden etkilenerek metafizik kavramları bir anlamda maddi boyuta taşıyarak açıklamaya çalışan bir alim olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim dini inanç gibi maneviyata yönelik kavramları maddi dünyanın yöntemleri ile açıklama gerekliliğini hissederek, inançların doğa bilimi ile açıklanabileceğini iddia etmiştir (Rubin, 2011: 30). Dolayısıyla Ahmed Cevdet Paşa için geleneksel hukuk ilkeleri ile modern yöntemle kaleme alınmış yazılı hukuku uzlaştırmak istediği söylenebilir (Mardin, 1995: 134; Şimşirgil & Ekinci, 2008: 38-39). Bu uzlaştırma isteğinin yanında, Ahmed Cevdet Paşa'nın Tanzimatın geleneksel yönünü temsil ettiği unutulmamalıdır. Ahmed Cevdet Paşa'nın fikirlerine bakıldığında İslamiyetin hiçbir reforma ihtiyaç duymayan üstün bir düzen getirdiği daima vurgulanmıştır (Ortaylı, 2010: 112). Bu bağlamda Ahmed Cevdet Paşa'nın asıl emeli; değişen dünya düzeni ile İslamiyeti uzlaştırarak sağlıklı bir sentez yapmak ve bu anlayış doğrultusunda hukuk, devlet ve sosyal hayatı restore etmektir.

Ahmed Cevdet Paşa, yapılacak kanunlaştırma hareketi sürecinde ulemanın tepkisinden çekinmiştir. Bu bağlamda Ahmed Cevdet Paşa, klasik Osmanlı hukuk ilkelerini yadsımayarak ulemanın tepki göstermesinin önüne geçmeye çalışmıştır. Bu yüzden Ahmed Cevdet Paşa, geleneksel hukuk öncüllerine dayanan modern bir hukuk mevzuatı ile orta yolu bulmaya çalışmıştır (Mardin, 1995: 140). Ahmed Cevdet Paşa, dinin gerektirdiği bazı ön kabulleri toptan reddetmemektedir. Ahmed Cevdet Paşa'ya göre din, çoğu zaman mantık bilimi ve doğal bilimlerinin doğruları ile açıklanıp doğrulanabilir. Bunun yanında din ile ilgili bazı kabuller, her ne kadar doğal bilimlerin özüne aykırı olsa da, reddedilemeyecek hususlar olarak kabul edilmelidir. Ancak Ahmed Cevdet Paşa'nın pozitif bilim yöntemleri ile dini uzlaştırma çabasından dolayı hem gelenekselcilerin hem de modernistlerin eleştirilerine maruz kaldığı görülmektedir (Şimşirgil & Ekinci, 2008: 40). Onun bu çabasından dolayı Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi tarafından istenmeyen adam ilan edilirken; geleneksel ilkelere dayanmaya çalışarak dengeyi sağlamaya çalışması da Batıcılar tarafından eleştirilmiştir. Bunun sonucunda ulema ile Batıcılar olmak üzere iki taraftan gelen eleştiriler neticesinde ilk kitabı 1868 yılında çıkarılan Mecellenin, son kitabı 1876 yılında tamamlanabilmiştir (Mardin, 1995: 141; Rubin, 2011: 30).



Geleneksellik ile modernite arasında hangi yolun seçileceği ya da bir sentez mi yapılması gerekliliği üzerine tartışmalar, esasen Osmanlı Batıcılık hareketleri dönemi boyunca sürmüştür. Bu tartışma kuşkusuz hukuk alanına da yansımıştır. Nitekim Mecelle'nin yürürlüğü öncesinde, ihtiyaç duyulan Osmanlı Medeni Kanunu'nun batıdan alınıp uyarlanacağı mı yoksa Osmanlıya özgü bir kanun mu yapılacağı dönemin hukukçuları arasında tartışılmıştır. Ali Paşa'nın öncülüğünde bir kesim, Osmanlı Medeni Kanunu'nun 1804 Fransız Medeni Kanunu'nun birebir tercüme edilip resepsiyon usulü benimsenerek hazırlanması gerektiğini savunurken (Kaşıkçı, 1997: 61-64), Ahmet Cevdet Paşa, yukarıda değindiğimiz kendine ait tefekkür dünyasının etkisi ile; kanun mantığı bağlamında batıya dayanan, ancak içerik olarak Osmanlı hukuk anlayışını yansıtan milli bir kanun yapılması gerektiğini vurgulamıştır (Şimşirgil & Ekinci, 2008; Kaşıkçı, 1997; Berkes, 1978: 197-199; Velidedeoğlu, 1999; Bozkurt, 1996: 160). Nitekim Osmanlı hukukun geleneksel ilkeleri ile hukuki pozitivizmi uzlaştırma çabası, Osmanlı batılılaşma döneminde Mecelle'de açıkça görülmektedir. Bu doğrultuda Mecelle, Hanefi mezhebine ait olan fıkıh kitaplarının medeni hayata yönelik hükümlerinin bir araya getirildiği ve kodifiye edildiği bir kanun kitabı olarak karşımıza çıkmaktadır (Aydın, 2006: 20; Akgündüz, 1986: 365-366; Şimşirgil & Ekinci, 2008: 58).

Tıpkı Ahmet Cevdet Paşa'nın hukuk görüşlerinde olduğu gibi Mecelle'de de hukukun nizamı sağlama yüzü ağır basmaktadır. Mecelle'de, Hanefi mezhebi içinde en tanınmış hukukçuların içtihatlarına yer verilerek, hukuk sisteminde belirlilik ve istikrar sağlanmaya çalışılmış; dolayısıyla hem diğer mezheplerin pratik çözümleri gözardı edilmiş hem de Hanefi mezhebi içinde farklı içtihatlar yer verilmemiştir (Kaşıkçı, 1997: 73). Ancak ulemanın tutuculuğu ve muhafazakar tutumunu gözden kaçırmamak gerekmektedir. Ahmed Cevdet Paşa, Mecelle'nin hazırlanması sürecinde Hanefi mezhebi içinde farklı görüşlere yer vermek istemesine rağmen; ulemanın Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf haricinde diğer görüşlere tepki göstermesi ve hatta bu tartışmalar sonucunda bir süre Ahmed Cevdet Paşa'nın görevinden azledilmesi gibi olaylar, Ahmed Cevdet Paşa'nın farklı içtihatlar yer vermek istemesi noktasında elini kolunu bağlamıştır⁶ (Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, 2014: 46). Bu bağlamda Mecelle'nin dini yönünün ağır bastığı iddia edilebilir. Hatta 1926 tarihli Türk Medeni Kanununun gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir. Ancak Lozan görüşmelerinin alt komisyonunda Türk temsilci heyetinin Mecelle'yi dini bir kanunlaştırma olarak nitelendirmediği de gözden kaçmamalıdır (Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, 2014: 49).

Dönemin ruhunda var olan istikrar ve belirlilik şiarı neticesinde Mecelle ile amaçlanan da mahkemelerden çıkacak kararlara ortak bir temel vermektir. Bunun haricinde din-bilim ikileminden kurtulmak için de, fetvalar ile mahkemelerden çıkacak kararlar arasındaki çelişkilere son vermek de bir diğer amacı oluşturur (Ülken, 1994: 74; Mahmesani, 2009: 61). Bunun bir sonucu olarak da Mecelle, genel ilkelerin yanında, kazuistik bir metotla, her bir

⁶ Mecelle sonrası 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi bu sorunun üstesinden gelmeyi başarmıştır. Mecelle'nin boşluk bıraktığı kişi ve aile hukuku alanında düzenlemelere yer veren Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde diğer Sünni mezheplerden de yararlanılarak aile hukuku alanında teklik ve istikrar sağlanmaya çalışılmıştır. Kararname, istikrar ve belirliliği sağlamaya çalışırken farklı inançların esaslarını da korumayı amaçlamıştır. Buna göre Müslüman erkekler aynı anda dört kadınla nikahlanabilirken, Hristiyan inancına göre evli bir erkeğin başka bir kadınla nikah kıyması batıl sayılmıştır. Yine Musevilerde bir kimsenin kardeşinin, o kimsenin kızıyla evlenmesi yasak değildir hükmü bulunmakta iken Müslümanlarda bu duruma izin verilmemiştir (Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, 2014: 47-48).



sorunun ayrı ayrı ele alınıp irdelendiği, şartlarının belirlendiği bir kanun görünümündedir (Karakoç, 1994: 92-93). Mecelle'nin bu özelliğinden ötürü Şimşirgil ve Ekinci, kazuistik metotta her mesele için ayrı düzenlemeler yapılmasından ötürü, Mecelle'nin "daha ince ve adaletli" hükümler getirmeye elverişli olduğunu belirtmişlerdir (Şimşirgil & Ekinci, 2008: 71). Ancak genel ilkelerin belirlenip yargıca takdir yetkisi tanımaktan öte kazuistik metodun getirdiği hukuk zihniyeti, düzenleme yapılmayan alanda yargıçların elini kolunu bağlamaktadır. Ayrıca genel ilkelerin belirlenmesi yerine çok geniş bir sahada her olay için ilke koymaya kalkmak da toplumun değişen ihtiyaçlarına cevap verememekte; dolayısıyla hukuku hantallaştırmaktadır.

Mecelle'nin kazuistik metoda dayanmadığını, kendine has bir kodifikasyon metodunu benimsediğini öne süren görüşler de bulunmaktadır (Akgündüz, 1986: 91; Karakoç, 2014: 93). Akgündüz ve Kaşıkçı, Mecelle'nin hem kazuistik hem de mücerret metoda, karma bir sisteme dayandığını öne sürmektedirler. Bu iki farklı kodifikasyon yönteminden ise mücerret sisteminin daha ağır bastığını belirtmişlerdir (Kaşıkçı, 1997: 37-38; Akgündüz, 1986). Akgündüz, iddiasını güçlendirmek için Mecelle'nin kazuistik olduğunu iddia edenlerin madde sayısı üzerinden görüşlerini temellendirdiğini belirtmektedir. Akgündüz'e göre Mecelle 1851 maddeden oluşmasına rağmen bu maddelerin ilk 100 maddesi külli kaideler, 400 küsür maddesi usul hukuku, 250-300 maddesi ticaret hukuku, 1100 maddesi ise eşya ve borçlar hukuku ile ilgilidir (Akgündüz, 1986: 366-367). Ancak Mecelle'nin genel muhtevasına ve temel ilkelere bakıldığında bu savların yetersiz olduğu söylenebilir.

Yukarıda değinildiği gibi Mecelle, hukuk sistemi olarak doğu-batı arasında bir sentez yaratma girişimi sonucu ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla formel mantığa dayanan pozitivist bir anlayışı yansıtsa da Mecelle'de temel ilkelerin belirlenmesi dikkat çekicidir. Mecelle'nin başında yer alan ve "kavaid-i külliye"⁷ yani ilkeler bütünü olarak adlandırılan ilk 99 maddesi, Osmanlı klasik döneminde ortaya konulan ilkelerin tasniflendirilmiş halinden meydana gelmektedir (Gür, 2015: 13-14). Mecelle'nin söz konusu temel ilkeleri, salt belli bir hukuki mesele ile ilgili çözüm sunmaktan öte, genel olarak hukukun uygulanmasında ve farklı olaylara ilişkin hangi prensiplerin uygulanarak değere ulaşılabileceğini göstermek açısından yol gösterici niteliktedir (Akgündüz, 1986: 91-92). Mecelle'de yer alan bu ilkelerin birçoğu esasen şeri hukuktan ziyade genel ahlaki değere dayanmaktadır. "Akitlerde esas olan, maksat ve anlamdır, kelimeler ve sözün yapısı değildir" (3. madde) "şüphe ile kesin bilgi ortadan kalkmaz" (4. madde), "zaruretler kendi miktarınca takdir olunur" (22. madde), "zaruretler memnu olan şeyi mübah kılar" (21. madde), "mani zail olunca memnu avdet eder" (24. madde), "alması memnu olan şeyin vermesi de memnudur" (34. madde) ve "zamanların değişmesiyle hükümler de değişir" (39. madde) gibi hükümler ahlaki değer içeren ilkelere örnek gösterilebilir (Belgesay, 1963: 27). Ancak ilkelerin kazuistik bir yöntem benimsenerek düzenlendiği dikkatlerden kaçmamalıdır. Özellikle genel külli kaideleri belirleyerek hakime yorum ve takdir hakkı tanımaktan çok aynı ilkelere farklı maddelerde farklı olaylar için yer verilmesi dikkat çekicidir. Buna göre genel ilkelerin her biri tek bir maddede belirtilerek istisnaları aynı maddede farklı fıkralarda düzenlenmemiş, farklı maddelerde ayrı ayrı olaylar dikkate alınarak tekrar kaleme alınmıştır (Şimşirgil & Ekinci, 2008: 74). Örnek olarak söze bağlılık ilkesi 57, 82, 83, 99 ve 100.

⁷ Kavaid, kaidenin çoğuludur. Kaide ise her ne kadar kural anlamında kullanılsa da esasen ilke, prensip anlamına gelmektedir. Külli ise konunun tümü bütünü anlamına gelir. Dolayısıyla Kavaid-i külliye, prensipler ya da ilkeler bütünü şeklinde anlaşılmalıdır (Akgündüz, 1986: 91).



maddelerde, zorunluluk hali 21, 22, 23, 25, 32, 33. maddelerde, iştirakle ilgili ilke 34, 35, 89, 90, 92, 93. maddelerde tekrar tekrar olaya göre düzenlenerek, genel ilkeyi belirlemekten çok kazuistik bir şekilde olay olay değerlendirilmiştir. Dolayısıyla söz konusu ilkeler hakimin kanunu yorumlamasını sağlayacak nitelikte olmaktan çok, hangi olayda hangi maddenin uygulanacağını belirtmektedir. Bunun bir sebebi de Mecelle'nin hazırlandığı dönemde niteliksiz mahkeme üyelerinin görev almasıdır. Nizamiye mahkemelerine başkan dışında hukukçu olmayan niteliksiz üyeler atandığından, söz konusu mahkemelerde uygulanacak Mecelle, yorumlamadan ziyade her olaya uygulanacak ilkenin belirlendiği, yoruma açık olmayan, hâkime takdir hakkını kısıtlayan ve bu şekilde kolaylık sağlayamayı düşünen bir zihniyet ile kaleme alınmıştır (Akgündüz, 1986: 374; Şimşirgil & Ekinci, 2008: 61; Rubin, 2008: 10). Kazuistik ya da meseleci metodu temel alan bu zihniyet ile kanun, tüm ihtimalleri dikkate alarak, ayrıntılı bir şekilde kaleme alınarak karşımıza çıkmaktadır (Kaşıkçı, 2007: 236-237; Şimşirgil & Ekinci, 2008: 71).

Bu tip evrensel ilkelerin Mecelle içerisinde yer alması kuşkusuz olumludur. Ancak kanunların yorumlanması ve hakimin takdir yetkisi ve karar alması hususunda bu ilkelere ne kadar dayanılabildiği ve hakimin bu ilkeler doğrultusunda yorum yapabilme yetisine sahip olup olmadığını bakılmalıdır. Mecelle'de külli kaidelerin bağlayıcılığı ile ilgili Esbab-ı Mucibe Mazbatası'na bakıldığında katı pozitivizme benzer bir anlayışın egemen olduğu görülmektedir. Buna göre külli kaidelerin uygulanması, hükme esas teşkil etmesi zorunlu değildir. Hâkimi ilkelere uymaya zorlayacak hiçbir güç yoktur (Şimşirgil & Ekinci, 2008: 63-64; Berkes, 1978: 199; Velidedeoğlu, 1999: 191-194). Ayrıca kavaid-i külliye kısmında birbirlerine zıt esasların olması da dikkat çekmektedir. Örneğin, Mecelle'nin 50. maddesinde yer alan "asıl hükümsüz olduğunda fer'i de hükümsüz olur" hükmü ile 81. maddede "asıl sabit olmadığı halde fer'in sabit olduğu vardır" kaideleri birbirleri ile çelişkili ilkeler olarak yer almaktadır (Belgesay, 1963: 26).

Kavaid-i Külliye bölümü gibi hakimlerde bulunması gereken vasıflarla alakalı maddeler incelendiğinde de yine evrensel yargı etiğine ilişkin ilkelerin benimsendiği söylenebilir. Hakimin niteliklerinin sayıldığı 1792. maddeye göre hakim olan kişi; hakim (yüksek ahlaklı, akıllı sahibi, hikmet sahibi), fehim (kavrama yeteneği yüksek, anlayışlı, halkın örf ve adetlerini bilen), müstakim (namuslu, hileye tamah etmeyen, rüşvet almayan) ve emin (inanılır, güvenilir, itimat edilen), mekin (temkinli) ve metin (dayanıklı) olmalıdır (Akcan, 2014: 16-18; Gür, 2015: 49-50). Ayrıca 1793 ve 1794. maddelerde de hakimin vasıfları ile ilgili hükümler bulunmaktadır. 1793. maddeye göre hâkim, hukuki konularda bilgili ve bunları önüne gelen davaya tatbik etme konusunda muhakeme yeteneğine sahip olmalıdır. 1794. maddeye göre ise hakim, iyi ile kötüyü ayırt etme niteliğine sahip olmalıdır. 1795. ile 1799. maddeler arasında ise adil yargılanma hakkının teminatı olan, yargı etiğinin temel ilkelerinden hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine yer verilmiştir (Kaşıkçı, 1997: 297; Ünal Özkorkut, 2008: 232). Buna göre hakim; mahkeme meclisinde alışveriş veya şakalaşma gibi meclisin azametini giderecek (gölgeleyecek) fiil ve hareketlerden sakınmalı (md. 1795), taraflardan hiçbirinin hediyesini kabul etmemeli (md.1796), birbirini mahkemeye veren taraflardan hiçbirinin ziyafetine gitmemeli (md.1797), mahkeme esnasında taraflardan yalnız birini hanesine kabul veya hüküm sırasında biriyle yalnız kalmak veya taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret eylemek veya taraflardan birine gizli lakırdı veya diğerinin bilmediği lisanla söz söylemek gibi töhmet ve



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır (md. 1798). 1799. maddede ise, eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre hakim yargılama esnasında her iki tarafa da eşit mesafede durarak adaletli davranmalıdır. Mecelle'nin 1808. maddesinde ise hakimin lehine karar verdiği kişinin hakimin usul ve fürundan birisi, eşi, karar verilecek malda ortağı, özel hizmetçisi veya nafakasıyla geçinen kimse olmaması gerektiği düzenlenmiştir (Akcan, 2014: 20-21; Ünal Özkorkut, 2008:232). Ayrıca hakimde; üzüntü, sıkıntı, açlık, uykusuzluk gibi sağlık problemleri bulunması durumunda, doğru değerlendirmeyi sağlıklı yapamayacağı için davaya bakmaması gerektiği 1812. maddede düzenlenmiştir (Kaşıkçı, 1997:297).

Yargılama etiği ile ilgili yukarıda yer verilen hükümler kuşkusuz olumlu niteliktedir. Ancak söz konusu ilkelerin Mecelle'de yer almasını yeterli saymak doğru olmayacaktır. Yargı etiğine ilişkin ilkeler, günümüzde modern hukuk sistemlerinde de kabul edilmiş olmalarına rağmen, yargılama faaliyetinin durağanlaşmasına ve kanun hukuktur anlayışı neticesinde hukukun adaletten uzaklaşmasına mani olamamışlardır. Bu bağlamda önemli olanın ilkelerin pratik anlamda uygulanma gücü ve ülkedeki genel hukuk zihniyeti olduğu aşıkardır. Dolayısıyla Yargılama ilkeleri ve hakimin vasıflarında belirlenen olumlu niteliklere rağmen genel olarak bakıldığında Mecelle, modern Batı medeniyetinin getirdiği hukuk anlayışı olan hukuki pozitivizm ekseninde yer almaktadır (Mardin, 1998: 46; Rubin, 2011: 30). Mecelle'nin geleneksel olan ile pozitivizm arasında uzlaşma yapmaktan uzaklaşarak söz konusu eksene girmesinin önemli sebeplerinden birisi Batı uygarlığının baskısı olmuştur. Batı medeniyeti, kapitalist mantık ve pozitivist felsefe çerçevesinde; hem Osmanlı içerisinde etkinliğini artırmak hem de batılı ülkeler açısından pazar konumunda olan Osmanlı ile ticari ilişkilerin kapitalist mantığın istediği düzeyde istikrara kavuşması için, geleneksel hukuk anlayışını temel alan bir sistem yerine kazuistik usule dayanan pozitivist bir kodifikasyon çalışmasını desteklemiştir (Kaşıkçı, 2007: 223-224).

Son kertede yapıldığı ilk zamanlarda takdir toplayan ve batı tipinde bir kanunlaştırma hareketi olarak görülerek, Türk hukuk sisteminde önemli bir gelişme olarak nitelendirilen Mecelle, zaman geçtikçe, çeşitli olaylara karşı ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir. Bu son derece doğaldır. Çünkü tüm insan ilişkilerinin kurallara bağlanması mümkün değildir (Dinçkol, 2003: 173). Dolayısıyla geleneksel olan ile yeni hukuk zihniyetinin karması olma yolunda Türk hukuk sistemi için bir fırsat olan Mecelle, kazuistik yöntemle katı pozitivizmi hakim kılması sonucunda beklentileri karşılayamamıştır.

4. Cumhuriyet Dönemi Modern Türk Hukuk Zihniyetinin İnşası

İç dinamiklerini kullanarak kendi hukukunu yenileyemeyen devletlerin başvurduğu bir yöntem olan resepsiyon, toptan veya kısmi olabilir. Tanzimat sonrası hukuk alanında kısmi resepsiyon hareketleri ile başlayan Batıcılık hareketi, Cumhuriyet döneminde toplu resepsiyon hareketlerine doğru evrilmiştir (Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, 2014: 46). Dolayısıyla eski hukuk sistem ve anlayışından radikal bir kopuş yaşanmış, yabancı hukuk anlayış ve sistemlerinin toptan kabulü gerçekleşmiştir (Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, 2014: 49). Bu bağlamda Cumhuriyet döneminde, bir yandan Türk ulusunun kendi kültür ve benlik anlayışı ile batı medeniyetinin kültür anlayışının kaynaşarak çağdaşlaşacağı hedefi konulmakta, öte yandan da çağdaş medeniyetin salt Batı medeniyeti olarak algılanması sonucu eskiye yönelik



her şey reddedilmektedir. Böylelikle farklı ülkelerden iktibas edilen hukuk normalarının birbirleriyle uyum sorunu yaşayıp yaşamayacağı dikkate alınmadan ve bu parçaların tutarlı bir bütünlük oluşturup oluşturmayacağı irdelenmeden formel mantığa dayanan klasik pozitivistin hakim olduğu yeni bir hukuk anlayışı üzerine yoğunlaşmıştır.

Kuşkusuz Cumhuriyet'in kurulduğu yıllarda hukuki pozitivistin tercih edilme sebebi, salt Batı uygarlığında genel kabul görmesinden dolayı değildir. Cumhuriyet döneminin en belirgin özellikleri milli egemenlik anlayışı ve laikliktir (Güriz, 1999: 129). Dolayısıyla toplumun ve devletin üstündeki din baskısını kaldırmak için, pozitivist en uygun yöntem olarak görülmüştür. Bu bağlamda hukuk içinde Osmanlı hukukunun iyi veya kötü olsun tüm etki, yöntem ve ilkelerini temizleyerek arındırılmış bir hukuk ve devlet düzeni sağlamak, Cumhuriyet rejimi açısından ana hedeflerden biri olmuştur. Nitekim Atatürk; *"hukukta idare-i maslahat ve hurafelere merbutiyet milletleri uyanmaktan men eden en ağır kabustur. Türk milleti, üzerinde kâbus bulunduramaz"* demek suretiyle, İslam hukukunun tüm izlerini silerek, dönemin batı uygarlığının başlıca yöntemi olan hukuki pozitivistin izlenmesi gerektiğini vurgulamıştır (Otaç, 2010: 55).

Katı hukuki pozitivistin Cumhuriyet döneminde kabul edilmesi ile ilgili en net örnek 1924 Anayasası'nda bulunmaktadır. 1924 Anayasası'nın 26. maddesine göre;

"Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, Devletlerle sözleşme, andlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak, genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar."

hükmü getirilmiştir. Görüldüğü üzere yasama organının görevleri sayılırken kanunları yorumlama görevi sadece yasamaya bırakılmış, yargıya böyle bir yetki tanınmamıştır. Yani hakimlerin kanunu yorumlama yetkisi bulunmamakta, sadece önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili kanun hükmünü olaya uygulamakla görevlendirilmişlerdir. Dolayısıyla 1924 Anayasası'na göre hakimler tıpkı 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu ve Prusya Devleti Umumi Yasasındaki gibi takdir hakları ve yorumlama yetkileri olmadan tekniker olarak görev yapacaklardır.

Burdaki dikkat çekici nokta, Cumhuriyet tarihinde katı hukuki pozitivistine yönelik, dini değer yargıları ile örf ve adete dayanan tarihçi hukuk okulunun mağlup edilmesi olarak algılanmaktadır. Yani muassır medeniyet seviyesine ulaşmak ve muassır bir medeniyetin ihtiyaçlarını karşılamak için eskiye dair tüm geleneklerin yok sayılması gerektiği için Türk hukuk zihniyeti hukuki pozitivistine yönelmiştir. Dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt, tarihçi hukuk okulunun dayandığı esasların Almanya'da bile uygulama alanı bulmadığını ortaya koyarak⁸, Osmanlı hukuk sisteminin genel esaslarının topyekün reddedilerek, formel mantıkla

⁸ Bozkurt, Türk Medeni Kanununun hazırlanma aşamasında yazdığı gerekçede Almanya'daki durumu şu şekilde belirtmiştir:

"Alman Kanunu Medenîsinin tatbikinden evvel Almanya, hukukî ahkâm noktasından merkezde Bizansın (1500) sene evvel yapılmış Roma Hukukuna tâbi idi. Bu hukuka, bir de millî hukukun millî ve mahallî metinleri inzımm ediyordu. Şarkta ve şimalde Roma Hukuku ve mahallî metinlerle karışık bir halde Prusya Hukuku vardı. Mütebaki



oluşturulmuş modern bir hukuk sistemi yaratmanın zorunluluğuna değinmiştir. Örf ve adete bağlı bir hukuk için;

“Örf ve âdete ve göreneklere sureti mutlakada bağlı kalmak davası da beşeriyeti en iptidaî vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. Hiçbir mütemeddin millet böyle bir akide etrafında kalmamış ve hayatın icabatına tevfiği hareketle zaman zaman kendini bağlayan örf ve âdetleri yıkmakta tereddüt etmemiştir”

yorumunu yapan Bozkurt, Almanya, Fransa, İsviçre gibi çağdaş batılı ülkelerde de örf ve adete dayanan hukuk anlayışından vazgeçilerek, modern hukuk anlayışına geçildiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla Bozkurt’un tespitlerinde Osmanlı hukuk sistemini tarihçi hukuk ekolü anlayışı ile örtüştürdüğü açıkça görülmektedir. Bozkurt’un Osmanlı hukuk sisteminin beslendiği ekol olarak tarihçi hukuk okulunu görerek hukuki pozitivismeye yönelmeye çalışması, tarihçi hukuk ile hukuki pozitivism arasındaki ilişki bağlamında da eleştirilebilir. Bilindiği üzere tarihçi hukuk anlayışının benimsediği hukukun inşasında son aşama kodifikasyon aşamasıdır. Bu aşamaya gelene kadar ortaya konulup, hukukçular tarafından düzenlenen örf adet kuralları, kodifikasyon aşaması ile beraber yazılı hukuku oluşturmaktadır. Yazılı hukukun oluşması ile beraber, hukuk artık bu yazılı kodlardan ibaret olacaktır. Yani hukuk artık durağandır. Yani kaynağı farklı olmakla beraber, işleyişi ve hukuk mantığı açısından tarihçi hukuk anlayışı bir anlamda hukuki pozitivism anlayışı ile paralellikler sergilemektedir. Dolayısıyla hukuki pozitivism metod olarak tarihçi hukuk okulunun daha önce hazırlayıp sunduğu hukuk anlayışından ayrılmamaktadır (Rommen, 1998: 110). Bu bağlamda Bozkurt’un tarihçi hukuk anlayışının terkedilip, bilimsel olarak nitelendirdiği pozitivismeye yönelmesi gerektiği konusundaki düşüncesi, aslında hukukun kaynağını açıklamak haricinde yöntem olarak aynı şeyi dile getiren iki benzer görüşten birinin terkedilip diğerine yönelmekten başka bir anlam taşımamaktadır.

Dolayısıyla Bozkurt’un, Adalet Bakanı olduğu dönemde, modern dünyaya uygun olarak formel mantığa dayanan bir hukuk sistemi kurarak hukukta belirlilik ve istikrarı sağlamak emelinde olduğu söylenebilir. Çağdaşlaşma ve mükemmele ulaşma için batılı hukuk sistemlerinin kabulünün zorunluluk olduğuna dair Bozkurt’un bu değer yargısı, aslında Osmanlı sonrası yeni kurulan Cumhuriyet’in genel değer yargısı olarak tanımlanabilir. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun kabulünden önce 1925 yılında Mustafa Kemal Atatürk de hukuk alanındaki iktibasların asıl amacını *“büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski hukuk esaslarını temelinden söküp atmak teşebbüsündeyiz”* (Güriz & Benedict, 1974: Giriş VII) sözleriyle ortaya koymuştur. Tek eşli evlilik, kadın erkek eşitliğinin evlenme ve miras hukukunda sağlanması gibi

aksamda Fransa Hukuku mer’i idi. Alman ahalisinin %33’ü Roma Hukukuna, %43’ü Prusya Hukukuna, %7’si Saksonya hukukuna, %17’si Fransa hukukuna tâbi idi. Alman Kanunu Medenîsinin tatbikinden evvel Alman hukuk lisanı Lâtinçe, Fransızca, Yunanca ve mahallî Alman lisanlarında idi. Bavyera’da yalnız nikâh mukavelesi hakkında 70 ila 80 usul vardı. Hâkim için bu metinlerin hepsinden ayrı ayrı haberdar olma imkânı yoktu. Alman Kanunu Medenîsinin neşrinden evvel Almanya’da bir adamın herhangi bir hadisede hangi ahkâma tâbi olacağını bilmesi imkânı mevcut değildir. Almanya hukukşinasları bu binbir çeşit ve asırlardan müdevver hukuktan, Kanunu Medenî ile memleketlerini bir hamlede kurtardılar ve bütün Almanya için tek bir Kanunu Medenî yaptılar.

Kanun 3 Temmuz 1896’da neşrolundu ve Millet Meclisince toptan kabul edildi. Örf ve âdetçilere göre Alman Kanunu Medenî lâyihası pek nazârî; ve amelî noktadan kıymetsiz telâkki olundu. Halbuki tetkik neticesinde bu kanundan kendileri dahi bir tek esası oynatmak imkânı görmediler.”



hususlarda olumlu gelişmeler yaşansa da, hukukun temel mantığı ve hukuk zihniyeti bağlamında yerleşik geleneksel öncüllerin toptan dışlanarak, katı hukuki pozitivizme topyekün bir yöneliş, Türk Hukuk sistemi açısından kırılma noktasını oluşturmuştur.

Bunun yanında hukuk reformu yapılırken; yerel Türk hukukçularının hazırlayacağı yazılı kanunlar yerine yabancı kanunların iktibas edilmesinin neden tercih edildiği ile ilgili sorular elbette açıklanmaya muhtaçtır. Zaman yönünden tasarruf edilmesi, nitelikli yerel hukukçu sayısının az olması gibi nedenler öne sürülmesi (Güriz, 1999: 132) yabancı kanunların iktibasını açıklamak bakımından kanaatimizce yetersizdir. İktibasın seçilmesindeki asıl amaç, eskiye ilişkin tüm anlayışın değişmesi için geçmiş sistemin toptan reddedilmesi ve böylece salt hukuk alanında değil tüm toplum ilişkilerinde ve düşüncelerinde farklı bir anlayışın getirilmesidir. Yani burada “başarı” olarak alınan asıl kıstas, adaleti gerçekleştirip gerçekleştirmediği değil, toplumu değiştirme görevini üstlenip üstlenmediği ve kapitalist bir düzene ayak uydurup uyduramayacağı sorunudur. Hukukun modern dünyada adaleti tesis etme ve düzen sağlama işlevleri dışında toplum mühendisliğinin bir aracı olduğunu kabul eden (Güriz & Benedict, 1974) Güriz, Tanzimat döneminde bu dönüşümü sağlama bakımından yetersiz olan kodifikasyon çalışmalarının aksine, Cumhuriyet dönemindeki çalışmaların başarıya ulaştığını belirtirken, başarının kıstasını da ortaya koymaktadır.

Mumcu da Cumhuriyet dönemi Türk hukuk anlayışını benzer şekilde değerlendirmektedir. Ona göre;

“...hukuk devrimi, şu yeni esaslara dayanıyordu: Demokrasinin hedeflendiği çağdaş bir Cumhuriyet içinde laik bir siyasal düzen... İşte Türk hukuku, dinamik, atılcı ve bilimsel bir nitelik kazanma yoluna girmiştir. Eski temel kökünden değiştirilmiş, yeni esaslar akılcı bir hukukun dayanağı olmuştur. Hiç kuşkusuz ki eski Türk, İslam – Osmanlı adalet anlayışı, yani eşitlikçi ve dengeli bir adalet dağıtım anlayışı, Cumhuriyet hukukçularının da dikkat ve titizlikle uydıkları ana ilkedir.

.... hukukçuların soyundaki tarihsel adalet anlayışı, bu açıdan, özde aynı kalmakla birlikte, rengini ve dayanağını değiştirmiştir .” (Mumcu, 2001).

Dolayısıyla Mumcu için “özde aynı kalmak”tan kastının, doğal hukukun tanımladığı adalet idesi ve bu idenin getirdiği ilkelerin, 18. yüzyıldan itibaren tüm çağdaş medeniyetlerde aynı kalıplar içinde değerlendirilerek hukuki pozitivizm bağlamında düzenlenmesi anlamına geldiği söylenebilir (Mumcu, 2001: 152). Mumcu, bu hususla ilgili olarak eşitlik kavramını örnek göstermektedir. Eski türk geleneğinden beri eşitlik anlayışına önem verildiğini belirten Mumcu, Cumhuriyet ile birlikte modern hukuk devletine göre dizayn edilen bu kavramların hukuk içerisinde yer aldığını belirtmektedir. Yine Medeni Kanun’unun 1. ve 4. maddelerine bakıldığında; hakime takdir yetkisi tanındığı, yorum yollarının açık olduğu ve hakkaniyetle karar verilmesini salık verdiği de görülür. Bu bağlamda Mumcu, adalet kavramına ve unsurlarına da Cumhuriyet döneminde Anayasalarda ve ilgili kanunlarda yer verildiğini belirtmiştir (Mumcu, 2001: 156-159). Mumcu’nun doğal hukukun temel ilke ve kavramlarına pozitif hukuk içerisinde yer verildiğine dair iddialarına karşı çıkmak mümkün değildir.

Ancak eşitlik kavramı veya tabii hukukun genel ilkelerine pozitif hukukta yer verilmesi, aşkın, genel-geçer kabullerin hukuk sistemi içerisinde uygulandığını göstermemektedir. Şöyle ki günümüzde hukukun işleyişine bakıldığında yazılı hukuk ile yazılı hukukun temelinde yer alan



evrensen ilkelerin arasındaki bağlantının koptuğu açıkça görülmektedir. Bunun sonucunda da yazılı hukukta yer alan kavramlar veya ilkeler doğru ve kurucu bir yorum metodu ile yorumlanamamaktadır. Keza aynı şekilde açık bir şekilde adil olmayan ve insan hakları ile çelişen bir yazılı kural ile adalet çeliştiğinde ne yapılması gerektiği hususu da belirsizliğini korumaktadır. Son kertede Cumhuriyet dönemi hukuk oluşumu Fransız devrimi sonrası yapılan 1791 Anayasası ile insan haklarının belirlenip, insan haklarının nasıl yorumlanması gerektiğine gelince hakimin takdir hakkını kısıtlayan katı hukuki pozitivism anlayışı ile aynı kökten gelmektedir. Dolayısıyla aynı kökten gelip farklı sonuçlar beklemek hayalcilik olacaktır.

5. Sonuç

Modernizm ile birlikte Osmanlı'da başlayan Batıcılık hareketi, geleneksel hukukta hakim olan aksaklıkları düzeltmek yerine, yepyeni bir hukuk sistemi ve zihniyetinin inşasını hedef almıştır. Kanun kelimesine verilen anlam incelendiğinde, Türk hukuk anlayışındaki bu değişim açık bir şekilde görülmektedir. Nitekim "kanun" kelimesinin Osmanlı zamanında "nizam, adet, kaide" gibi anlamlarla ilişkilendirilmesi söz konusu olmuştur. Modern Batı hukukunun etkisini Türk hukuk anlayışı üzerinde göstermesi sonucunda kanun; "anayasada öngörülen usullere göre, yasama organı tarafından yazılı olarak konulan uyulması zorunlu hukuk kuralı" şeklinde tanımlanmaya başlamıştır. Bu bağlamda kanun sözcüğüne verilen anlamın soyut temeller yerine salt teknik bakımdan tanımlanması da Türk hukukunun serüveninde geldiği noktayı göstermektedir. Dolayısıyla Tanzimat dönemi ve sonrasındaki kanunlaştırma hareketlerinin hepsinde, dönemin yabancı hukukunun resepsiyon usulü ile iç hukuka aktarılarak, geleneksel ilkelerin toptan reddedilmesi ve neticede istikrarı ve belirliliği sağlama adına soyut kavramlardan elle tutulur somuta ulaşma çabası görülmektedir. Bunun sonucunda da katı pozitivismın şiarı "kanun hukuktur" anlayışının yanı sıra, hakimin takdir hakkının sınırlandırıldığı durağan bir hukuk yapısına yönelinmiştir.

Mecelle ise farklı bir konumdadır. Mecelle, tabii hukuk ilkeleri ile hukuki pozitivismın kesişim noktasını bulma amacını taşımaktadır. Ancak dönemin etkileri sonucunda bu hususu başardığını söylemek iyimser bir yorum olacaktır. Mecelle'nin yapım aşamasında gelenekçiler Mecelle'yi şeri hukukun karşısında bir konumda betimlerken, yenilikçiler de Mecelle'yi fazlasıyla dini motifler içeren bir düzenleme olduğu için eleştirmişlerdir. Dolayısıyla Mecelle her iki kanadın da tepkilerine uğradığı için iki kesimi de memnun etmeye çalışırken amacından uzaklaşmıştır. Ancak; kazuistik bir metodla kaleme alınmış olması, sayılan 99 külli kaide içerisinde aynı ilkenin farklı olaylara ilişkin uygulanması ile ilgili farklı hükümler içermesi ve bu bakımdan hakimin takdir hakkını kısıtlaması gibi özellikleri dikkate alınacak olursa, Mecelle'nin de modern kanun yöntemlerine yakın şekilde düzenlenen bir kanun olduğu söylenebilir. Aynı şekilde külli kaidelere uyulmamasının herhangi bir yaptırımının olmaması ve istikrar ve belirlilik adına salt hanefi mezhebine dayanarak diğer mezheplerin daha adil çözümler getiren hükümlerini gözardı etmesi de bu bağlamda örnek verilebilir. Böylece Weber'in belirttiği gibi Anglo-Sakson hukuk anlayışına yakın duran Osmanlı hukuk ve yargılama sistemi bütünüyle Kara Avrupası'nın hukuki pozitivism anlayışına evrilmiştir.

Tüm tartışmalara rağmen, geleneksellikten modernizme geçiş döneminde, hukuk alanındaki Batılılaşmaya olumlu bakış, hem İslamcılar hem de Batıcı aydınlar tarafından çoğunlukla kabul



edilse de, daha sonraki dönemlerde İslamcı aydınların Batılılaşmaya mesafeli durduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle Tanzimat sonrası Osmanlıların kültür erozyonuna uğradığı fikri etrafında toplanan akım, sonraları 1905 yılında Japonların Rusya'yı yenilgiye uğratması sonucunda Japon modelinden yola çıkarak, geleneksel değerlerin çağdaşlaşma ile beraber ele alınabileceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda çağdaş Batı uygarlığının tekniği ile Osmanlı'nın geleneksel değerlerini birleştirmenin mümkün olduğu özellikle 1908-1918 yılları arasında savunulmuştur. Dolayısıyla bu anlayışla bağlantılı olarak geleneksel hukuk ile çağdaş bir hukuk sisteminin sentezi düşünülmüştür. Ancak bu düşünce günün koşulları ışığında etkisini gösterememiş ve geleneklerin tamamen yadsınarak bambaşka bir sisteme geçişin önü açılmıştır. Çağdaşlaşma ile gelenekselin korunmasına yönelik fikirlerin daha sonraki yıllarda sadece İslamcı aydınlar tarafından savunulmadığını hatırlamakta fayda vardır. Sonraki dönemlerde Mihri Belli, Kemal Tahir gibi Türk sosyalizmine özgün bir bakış sunan aydınlar da, emperyalizmin önüne geçmek için; çağdaşlaşmanın, geleneklerin korunarak gerçekleştirilmesine yönelik söylemlerde bulunmuşlardır.

Osmanlı'nın son döneminde başlayan hukuk alanındaki modernleşme hareketi, Cumhuriyet döneminde hızını artırarak devam etmiştir. Cumhuriyet devriminden sonra eskiye yönelik her şeyden kopup Batı'nın hukuk anlayışına yönelmek, Türk hukuk zihniyetinde büyük kırılmalara yoş açmıştır. Benimsenen bu yeni anlayışla beraber ne hukuki pozitvizmin gerekleri tam olarak sağlanabilmiş ne de Türk hukuk geleneği korunabilmiştir. Cumhuriyet dönemi resepsiyonu neticesinde klasik pozitvizmin benimsenerek yazılı kural hukuktur şiarının geliştirilmesi ve hukukun içinden metafiziksel her türlü kavramın çıkartılması ile belirlilik ve istikrarın sağlanacağı yönündeki algı günümüzde hala varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla Cumhuriyet'in ilk yıllarında başlayan ve günümüze dek devam eden bu anlayışa eklenen devlet aklının hukukça korunması gibi uygulamalar sonucunda Türk hukuk sistemi, adaletin tesis edilmesini başaramadığı gibi hukukta belirlilik ve istikrarı sağlamaya yönelik formel mantığa dayanan katı hukuki pozitvizm görüşünün de uzağında kalmıştır. Yani bir anlamda kendi köklerinden kopuk, ancak tam manasıyla Batılı mantığa uygun bir hukuk anlayışını geliştirmekten de oldukça uzak gözükmektedir. Günümüzde mevzuatın düzenlenmesinde ve uygulanmasında daha çok devlet aklının baskın olması neticesinde, evrensel ilkelerin temel oluşturduğu meşruluktan uzaklaşmakta sonuçta da hukuka güven gittikçe kaybolmaktadır. Bu bağlamda Cumhuriyet döneminden günümüze Türk hukuk zihniyeti; hukuki pozitvizm, devlet aklı ve hukukçuların değer yargıları arasında sıkışmış bir görünüm arz etmektedir. Bu bağlamda özellikle günümüzde hukukçu, felsefeci ve insan hakları çalışan akademisyenlere düşen görev; Türk hukukunun ruhunu arayarak, adalete dayanan bu kadim geleneği yeni nesillere aktarmak ve bu doğrultuda Türk hukukunu içinde bulunduğu çıkmazdan kurtarmaktır.

Kaynakça

- Ağaoğulları, M.A. (2006). *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*. Ankara: İmge Kitabevi.
- Akcan, R. (2014). *Hakimin Vasıfları*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi.
- Akgündüz, A. (1986). *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Yayınları. No.6.



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

- Akgündüz, A. (1987). 1274-1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikab Kanunnamesi. *Belleten Dergisi*, 51(199), 153-192.
- Aydın, M. A. (2006). İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim. *Türk Hukuk Araştırmaları*, (1), 11-21.
- Başgil, A. F. (1960). *Esas Teşkilat Hukuku*. C.II. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Belgesay, M. R. (1963). *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, No.1015, Hukuk Fakültesi No.211.
- Berkes, N. (1978). *Türkiye'de Çağdaşlaşma*. İstanbul: Doğu Batı Yayınları.
- Bozkurt, G. (1996). *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Can C. (1982). *Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Açısından Resepsiyon*. Yayımlanmamış Doçentlik Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Cin, H. (1978). *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*. Ankara: Kültür Bakanlığı Yayınları, No: 295, Araştırma ve İnceleme Eseri: 3.
- Darling, L. T. (2008). Islamic Empires, the Ottoman Empire and the Circle of Justice. S. A. Arjomand (Ed.), *Constitutional Politics in the Middle East: With Special Reference to Turkey, Iraq, Iran and Afghanistan* (11-32). London: Hart Publishing.
- Dinçkol, A. (2003). Hakimın Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet. *HFSA*, (9), 173-188.
- Ekinci, E. B. (2004). *Osmanlı Mahkemeleri*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi.
- Gerber, H. (1994). *State, Society and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*. State New York: University of New York Press.
- Gür, R. (2015). *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Güriz, A. & Benedict P. (1974). *Türk Hukuku ve Toplumunu Üzerine İncelemeler*. Ankara: Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları.
- Güriz, A. (1999). *Hukuk Başlangıcı* (7.Baskı). Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Karakoç, İ. (2014). Roma Özel Hukuku ile Osmanlı Özel Hukukundaki Gelişmeler Bağlamında Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Özellikleri. F. Gedikli (Ed.), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (63-116). İstanbul: XII Levha.
- Karpat, K. (1972). The Transformation of the Ottoman State, 1789-1908. *International Journal Middle East Studies*, 3(3), 243-281.
- Kaşıkcı, O. (1997). *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*. İstanbul: OSAV Vakfı Yayınları.
- Kaşıkcı, O. (2007). Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle. B. Arı & S. Aslantaş (Ed.), *Adalet Kitabı* (255-282). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

- Lewis, B. (1961). *The Emergence of Modern Turkey*. Oxford: Oxford University Press.
- Mahmesani, S. R. (2009). *İslam Hukuk Felsefesi*. Ankara: Türkiye İlahiyatçılar Birliği Vakfı.
- Mardin, Ş. (1995). *Makaleler 4: Türk Modernleşmesi*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Mardin, Ş. (1998). *Türkiye’de Din ve Siyaset*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Mumcu, A. (2001). Günümüzde Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri. A. Güriz (Ed.), *Adalet Kavramı* (145-174). Ankara: TFK Yayınları.
- Mumcu, A. (2007a). *Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl*. Ankara: Phoneix Yayınları.
- Mumcu, A. (2007b): Tanzimat Döneminde Türk Hukuku. B. Arı & S. Aslantaş (Ed.), *Adalet Kitabı* (187-207). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.
- Okandan, R.G. (1977). *Amme Hukukumuzun Anahatları*. İstanbul: İÜHF Yayınları, No.496.
- Ortaylı, İ. (2000). *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Ortaylı, İ. (2010). *Osmanlı Düşünce Dünyası ve Tarihyazımı*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, C. (2014). İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme. F. Gedikli (Ed.), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (45-54). İstanbul: XII Levha.
- Otacı, C. (2010). Sosyolojinin Osmanlı Hukukunun Romanizasyonuna Etkisi. *HFS*, (21), 35-60.
- Özbilgen, E. (1985). *Osmanlı Hukukunun Yapısı*. İstanbul: Güryay Matbaacılık.
- Quartaert, D. (2000). *Ottoman Empire, 1700-1912*. Cambridge University Press.
- Rommen, H.A. (1998). *The Natural Law*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Rubin, A. (2008). Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal. *History Compass*, (6), 1-22.
- Rubin, A. (2011). *Nizamiye Courts: Law and Modernity*. New York: Palgrave Macmillan.
- Schacht, J. (1977). *İslam Hukukuna Giriş*. Mehmet Dağ & Abdulkadir Şener (Çev.). Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları.
- Shaw, S. J. (1976). *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey Vol.1*. Cambridge University Press.
- Şimşirgil, A. & Ekinci, E. B. (2008). *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları.
- Taner, T. (1999). Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, *Tanzimat I*. No.3273, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları (221-232).
- Tanör, B. (2000). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Türköne, M. (1999). Tanzimat Fermanı ve Mehmet Sadık Rif’at Paşa, *Osmanlı Ansiklopedisi*. Ed. Güler Eren, (7), Ankara: Yeni Türkiye Yayınları (275-287).
- Üçok, C., Mumcu, A. & Bozkurt, G. (1999). *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Savaş Yayınevi.



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscaeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

Ülken, H. Z. (1994). *Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi*, İstanbul: Ülken Yayınları.

Ünal Özkorkut, N. (2008). Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış: *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(57), 225-242.

Velidedeoğlu, H. V. (1999); Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, *Tanzimat I*. No. 3273, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları (139-209).

Zakıa, Z. (1999). Sultan II. Mahmud’un (1808-1839) Reformları, *Osmanlı Ansiklopedisi*. Ed. Güler Eren, (7), Ankara: Yeni Türkiye Yayınları (250-258).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın tüm hazırlanma süreçlerinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan eder. Aksi bir durumun tespiti halinde Fiscaeconomia Dergisinin hiçbir sorumluluğu olmayıp, tüm sorumluluk çalışmanın yazarlarına aittir.

Ethical Approval: The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In the case of a contrary situation, Fiscaeconomia has no responsibility, and all responsibility belongs to the study's authors.



Changing Dynamics in Turkish Law During the Modernization Process

M. Balkan Demirdal

Extended Abstract

In the 17th century, the deterioration in the Ottoman Empire's military and economy led to irreversible damage to its state structure. In order to emerge from this situation and regain a strong structure, the Ottoman Empire began to accept the principles of modernization. Within the influence of modernization, the Westernization movement had a significant role in Ottoman intellectual thought. Therefore, the effects of the modern world, which blossomed with enlightenment and manifested itself in social and legal fields, including legal positivism, also influenced the Ottoman Empire, which experienced a socio-economic and legal system breakdown in the 19th century. The change in the Turkish legal mentality began during this period.

In this context, examining the post-modernization legal changes of the Ottomans is crucial to understand the journey of Turkish law. Therefore, it is necessary to highlight the differences in legal mindset and the changes brought about by modernization in the West, and to analyze the effects of these changes on the Ottoman state and legal mindset. This transformation, to some extent, shifted from tradition to law. Although there were unique regulations such as the Mecelle, which, while drawing from tradition, also reflected traces of legal positivism with modernization, it will be examined how legal positivism began to exert influence and the consequent changes in Ottoman principles of justice, resulting in the loss of their impact. The changes initiated in Ottoman law with Westernization have also influenced the Republic of Turkey. The developments experienced since the Republic era, along with the changes, have been significant in terms of principles of justice and legal mindset. Therefore, focusing on the changes experienced during the Republic era and examining the effects of legal positivism is extremely valuable for understanding the present day.

The study of the issues discussed above reveals that the Westernization movement initiated in the Ottoman Empire with modernism aimed not to correct the shortcomings prevailing in traditional law, but to construct an entirely new legal system and mindset. When examining the meaning attributed to the word "kanun" (law), this change in Turkish legal understanding is clearly evident. Indeed, during the Ottoman era, the term "kanun" was associated with meanings such as "order, custom, rule." As a result of the influence of modern Western law on Turkish legal understanding, the term "kanun" began to be defined as "a legal rule established in writing by the legislative organ in accordance with the procedures prescribed in the constitution, which must be obeyed." In this context, the definition of the term "kanun" in terms of formal logic rather than abstract principles also demonstrates the point reached in the journey of Turkish law. Therefore, in all the legislative movements during the Tanzimat period and beyond, the reception of foreign law of the period into domestic law, the wholesale rejection of traditional principles, and ultimately the effort to move from abstract concepts to tangible realities to ensure stability and determinacy are observed. As a result, alongside the dogma of strict positivism that "kanun is law," there has been a turn towards a casuistic, static legal structure that limits judicial discretion, fails to respond to current needs, and sidelines higher concepts such as human rights. This change initiated in the Westernization movement



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscoeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

is, in essence, natural. In modern capitalist societies, prioritizing efficiency, stability, and determinacy takes precedence above all else. Therefore, abstract concepts such as justice and natural rights have not transcended beyond being mere tools used to unlock the locks of modern times. The most striking example of this situation can be seen during the French Revolution. Despite the centrality of natural law doctrines revolving around concepts such as liberty, fraternity, and equality during the French Revolution, the wind turned in the opposite direction after the revolution. In the bourgeois era, stability and determinacy gained importance, and ultimately, abstract concepts were either pushed aside or maintained their validity only to the extent they were included in positive texts such as rights.

However, in the transition from tradition to modernism in the Ottoman Empire, the Mecelle holds a different position. The Mecelle aimed to find the intersection between natural law principles and legal positivism, serving as a legislative process that tended towards synthesis, acting as a bridge between traditional and modern law. However, it would be optimistic to say that it fully achieved this goal due to the influences of the time. Initially, during the drafting of the Mecelle, traditionalists portrayed it as opposed to Islamic law, while innovators criticized it for containing too many religious motifs. Therefore, trying to appease both sides led the Mecelle to deviate from its original purpose. However, considering its casuistic method of writing, containing different provisions regarding the application of the same principle to different cases within the listed 99 fundamental principles, and thus limiting judicial discretion, it can be said that the Mecelle was a legislative work closely resembling modern legal methods. Similarly, the absence of any sanctions for non-compliance with the fundamental principles and disregarding the fairer provisions of other schools of thought in favor of the Hanafi school based solely on stability and determinacy could be cited in this context. Thus, as Weber pointed out, the Ottoman legal and judicial system, resembling Anglo-Saxon legal understanding, entirely adopted the casuistic method of classical Black Europe, evolving into a legal positivism understanding dominated by formal logic.

Despite all the debates, it should be noted that during the transition from tradition to modernism, the favorable view of Westernization in the field of law was largely accepted by both Islamists and Western-oriented intellectuals. However, it should not be overlooked that Islamist intellectuals became more skeptical of Westernization in later periods. It should be emphasized that throughout the history of the Ottoman Empire, similar debates occurred between the ulema (religious scholars) and reformists. The ulema always opposed the reform movements initiated by the ruling class to maintain their own power, leading to rebellions and even dethroning of sultans. Essentially, the conflicts during the transition from tradition to modernism are a continuation of this ancient struggle. As a result, traditionalists who gathered around the idea that the Ottomans underwent cultural erosion after the Tanzimat reforms, in a sense, represent this ancient idea. This movement, which later took inspiration from the Japanese model following Japan's victory over Russia in 1905, emphasized that traditional values could be combined with modernization. Especially between 1908 and 1918, during the Balkan Wars and World War I, it was argued that it was possible to integrate Ottoman traditional values with the techniques of contemporary Western civilization. However, after the Ottoman Empire's defeat in these two major wars and its subsequent dissolution, it was suggested that the wholesale rejection of the old in favor of bringing in new modern



Demirdal, M. B. (2024). Modernleşme Sürecinde Türk Hukukunda Değişen Dinamikler. *Fiscaeconomia*, 8(2), 909-937. Doi: 10.25295/fsecon.1472739

institutions led to failure. Therefore, in connection with this understanding, the synthesis of traditional law with a contemporary legal system was contemplated. However, following the occupation of Istanbul and the collapse of the Ottoman Empire, due to the supporters of this idea being favorable to mandate rule, this concept could not exert its influence in the light of the circumstances of the time. In this context, with the supporters of this idea being receptive to mandate rule, it could not exert its influence in the light of the circumstances of the time. It is worth remembering that ideas advocating for the preservation of both modernization and tradition were not only championed by Islamist intellectuals. In subsequent years, intellectuals like Mihri Belli and Kemal Tahir, who offered a unique perspective on Turkish socialism, also advocated for the preservation of traditions to counter imperialism. They criticized the reforms implemented in the post-Independence Republic era in line with this perspective.

Despite all that has transpired, the modernization movement in the field of law that began in the late Ottoman period continued to gain momentum during the Republic era. Following the Republican revolution, the shift away from everything old towards embracing Western legal concepts caused significant ruptures in the Turkish legal mindset. With the adoption of this new understanding, neither were the requirements of legal positivism fully met nor was the Turkish legal tradition preserved. As a result of the reception of the Republic era, the perception that certainty and stability would be ensured by adopting classical positivism, developing the motto "written rule is law," and removing all metaphysical concepts from law persists to this day. Therefore, with the addition of practices such as the protection of the state's intellect in legal matters, which started in the early years of the Republic and continued to the present day, the Turkish legal system has not only failed to establish justice but has also remained distant from the rigid legal positivism based on formal logic aimed at ensuring certainty and stability in law. In a sense, it appears disconnected from its roots, yet far from developing a legal understanding entirely in line with Western logic. Due to the dominance of state intellect in the regulation and implementation of legislation today, there is a departure from the legitimacy based on universal principles, ultimately leading to a loss of trust in the law. In this context, from the Republic era to the present day, the Turkish legal mindset appears to be trapped between legal positivism, state intellect, and the values of legal professionals. In this context, it is particularly the duty of legal scholars, philosophers, and human rights activists today to search for the essence of Turkish law, transmit this ancient tradition based on justice to future generations, and thus liberate Turkish law from the deadlock it finds itself in.