

ÇOK HUKUKLULUK VE ARACILIK/TAHKİM BAĞLAMINDA OSMANLI VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI*

Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM**

Özet: Uzun dönem farklı kıtalarda hüküm süren Osmanlı, arkasında çok yüklü ve geniş bir miras bırakmıştır. İç karışıklığın hüküm sürdüğü Ortadoğu'da, barışı sağlamış ve farklı kültürlerin bir arada yaşamasını başarabilmiştir. Bu başarının arkasında yer alan temel normlardan birisi hukuktur. Zira hukuka güvenin yok olduğu ortamlarda anarşi ve eşkıyalık hüküm sürer. Uzun dönem barış içerisinde farklı din, dil ve ırkları bir arada tutmayı başaran Osmanlı'nın en temel dinamiklerinden birisi millet sistemi anlayışına uygun olan çok hukukluluktur. Osmanlı'da farklı dinlere mensup bireyler özel hukuk alanında kendi hukuk sistemlerine uygun yargılanabilmekteydiler. Günümüzde, İngiltere'de de benzer bir sisteme hakem anlayışı içerisinde kapı aralanmıştır. Çağdaş Türk hukukunda da alternatif çözüm yolları aranmaktadır. Hakemlik sistemi ve son dönemlerde avukatlara verilen yetkiler, bu gelişimin en temel göstergeleridir. Biz bu çalışmada, Osmanlı'nın çok hukukluk anlayışı ile adaletin işleyişini, çağdaş Türk hukuku ile mukayeseli inceleyeceğiz.

Anahtar kelimeler: Çok hukukluluk, hukuk mirası, adalet, barış.

A Comparative Study of The Ottoman and the Modern Turkish Legal Systems in the Context of Legal Pluralism and Arbitration/Mediation

Abstract: Ottoman Empire, which had long term influence on several different continents, left behind a huge legacy. It was able to bring peace and coexistence of different cultures in the Middle East which is now full of civil strife. Law was one of the main fundamentals behind this success. This is because anarchy and banditry prevails when the trust of people to law diminishes. One of the fundamental elements for the peace and tranquility between different religions, languages and races in the Ottoman Empire was the legal pluralism under the millet system. In the Ottoman Empire, individuals who belong to different religions were given the right to go to their own religious law courts in private law related disputes. Contemporarily, the similar system is progressing in England under the pretexts of arbitration. Contemporary Turkish law is also looking for the alternative dispute resolution methods. Arbitration and the entitlements of the lawyers in the private legal disputes are the main indicators of this progress. This study will examine Ottoman legal pluralism, the legal process and the modern Turkish law in comparative perspective.

Keywords: Legal pluralism, legal legacy, justice, peace.

* Bu makale, Kırıkkale Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi tarafından 26-27 Nisan 2016 tarihinde düzenlenen Bütün Yönleriyle Osmanlıca ve Mirası Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan "Osmanlı'nın Hukuk Mirası" adlı tebliğin geliştirilip gözden geçirilerek ve konu bütünlüğü açısından 'adaletin işleyişi' başlığında işlenen konuların çıkarılarak ele alınmış şeklidir. Makalenin bu şekli almasına katkı sunan isimlerini bilmediğimiz hakemlere teşekkür ederiz.

** Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi, Şanlıurfa, recepcigdem@yahoo.co.uk

GİRİŞ¹

Toplumları ayakta tutan bazı dinamikler vardır. Bunların arasında, ortak tarih, din, dil ve hukuk temel sütunları teşkil eder. Irkları, cinsiyetleri, din, dil ve hukukları farklı olan milletlerin barış için yaşamalarını sağlamak çok zordur. İmparatorluklar içerisinde uzun dönem bunu başarabilmiş olanlar çok azdır. Osmanlı altı asır bunu başarabilmiş, bugün küresel güçlerin gövde gösterisine dönüştüğü ve iç savaşın hüküm sürdüğü coğrafyaları bir arada tutabilmiş ve dinlerini,² mabetlerini,³ haklarını, hukuklarını,⁴ kimliklerini koruyabilmiştir. Bunu başarabilen bir toplumun ve devletin dinamiklerini incelemek, günümüz sorunlarının çözümüne de ışık tutabilecektir. Bu dinamikler arasında yer alan en temel kural adaletin sağlanması, toplumun hukuksal kararları içtenlikle kabul edebilmesi, hak ve adaletin sağlandığına olan inancını koruyabilmesidir.⁵ Bunu sağlamanın en te-

- 1 Bu makale, Kırıkkale Üniversitesi, İslami ilimler fakültesi tarafından 26-27 Nisan 2016 tarihinde düzenlenen 'Bütün yönleriyle Osmanlıca ve Mirası uluslararası sempozyumu'nda sunulan 'Osmanlı'nın hukuk mirası,' adlı tebliğin geliştirilip gözden geçirilerek ve konu bütünlüğü açısından 'adaletin işleyişi' başlığında işlenen konuların çıkarılarak ele alınmış şeklindedir. Makalenin bu şekli almasına katkı sunan isimlerini bilmediğimiz hakemlere teşekkür ederiz.
- 2 Hıristiyanların mezhep değiştirmesinin yasaklanması, bu yasağın kaldırılması ve kendi içlerinde rekabet anlayışı için bkz. Türkan, Ahmet, 'Tanzimat'tan sonra (1839) Kütahya'daki Hıristiyanların dini-idari durumları ve yaşadıkları tartışmalı meseleler', *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Kütahya Özel Sayısı, (2014), s. 111-136.
- 3 İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında, Gayrimüslimlere ait mabetlerin hukuki statüsü hakkında bkz. Akman, Mehmet, 'Kilise ve havraların İslam-Osmanlı hukuk tarihindeki yeri', *İLAM Araştırma Dergisi*, C. I, S. 2 (1996), s. 133-144.
- 4 Gayrimüslimlere verilen hakları elinden alanlar için Kanuni Sultan Süleyman şöyle beddua etmiştir: '*...emirânme-i sultan olanlar veyahud vüzerây-ı izâm ve ulemâ ve sulehâdan mîr-i mîrân ve mîr-livâ ve voyvodaları ve beytü'l-mal ve kassâm âdemleri ve vakf mütevellileri ve subaşları ve zuema ve erbâb-ı tımar ve müteferrika ve çavuş ve sipahi ve yeniçeri ve sâir ehl-i örf tâifesi ve kapım kullarından ve Hazret-i Resul-i Ekrem sallallahu aleyhi ve selem hazretlerinin ümmetinden her kim Hazret-i Ömer hazretlerinin ahidnâme-i hümayûn ve merhûm babam Sultan Selim Han aleyhi'rahmeti ve'r-ırdvân hazretlerinin hatt-ı hümayûnları sa' âdet-makrûnları ve hala verilen hatt-ı hümayûnlar sa' âdet-makrûn ve fesh eylemek murad olur ise Allahu teâlanın hışmına ve azabına mesûl olalar deyu...*' Satış, İhsan, '8 Numaralı (Kamame) Kilise Defteri'nin tanıtımı ve fihristi', *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 5, S. 21 (2012), s. 310.
- 5 Yetkin, Osmanlı toplumunda hukuk devleti anlayışının klasik dönemde olmadığını şöyle iddia etmektedir: '*Hükümdar aklına gelen her şeyi yapma kudretine sahiptir. Her yaptığı doğrudur. Ona sürüden muhalefet edilemez. Yanılmaz sayılır, çünkü kişiliği kutsaldır. Tebaanın mukadderatı onun aklına bağlıdır. Ferdin devlet idaresinde hissesi yoktur.*' Bu görüşe katılmak güçtür. Zira kendisinin belirttiği gibi, hukuk devleti anlayışı; hukuk güvenliğinin ve temel hak ve özgürlüklerin sağlandığı, hukuk ilkelerinin halk tarafından bilinebilir olduğunu ifade eder. Osmanlı mahkeme kayıtlarının incelenmesi Osmanlı toplumunda bu şartların mevcut olduğunu göstermektedir. Ayrıca Padişah, hukuktan kaynaklanmayan ve hukuk otoritelerince onaylanmayan yetkiyi kullanamaz. Bayındır, Yetkin'in aksine şöyle demektedir: '*Bütün bu çalışmalarım esnasında İslam hukukuna aykırı bir hükme ve uygulamaya rastlayamadım.*' Osmanlı'nın kuruluşundan itibaren hukuka riayet konusu, 3 Kasım 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda da vurgulanmıştır: '*... Cümleyle malum olduğu üzere Devlet-i aliyyemizin bidâyet-i zuhurundan beru ahkâm-i celile-i Kur'aniyye ve kavânin-i şer'iyyeye kemâliyle riayet olduğundan...*' Hukuk devleti için ayrıca, egemenliğin halktan kaynaklanması şartının konulması ise tartışılır bir konudur. Hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkesi

mel öğelerinden birisi, insanların inandığı, hem dünya hem de ahrette kendisini kurtaracağını düşündüğü veya en azından kendisine yakın hissettiği hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Çağdaş dünyada ciddi anlamda tartışılan, ancak hukukta teklik/yeknesaklık ilkesine aykırılık nedeniyle kabul görmeyen, İngiltere⁶ gibi bazı ülkelerde tahkim temelli⁷ uygulanan çok hukukluluk⁸ Osmanlı'nın kuruluşundan dağılına⁹ kadar önem verdiği temel ilkelerden birisidir. Zira bu anlayış, her ne kadar 19. Yüzyılda yabancıların Osmanlı'nın işlerine müdahalesi olarak karşımıza çıksa da, toplumların içselleştirebileceği ve birbirine saygı duyabileceği ve uzun asırlar birlikte yaşayabileceği bir sistemdir. Ayrıca, 'geciken adalet, adalet değildir'

değildir. Bu şartı koyduğumuzda halen başında dini temsil eden bir Kraliçe bulunan İngiltere'nin hukuk devleti sayılmaması gerekir ki bu doğru değildir. Ayrıca, yukarıda alıntılanan şekilde katı ve sert bir dilin kullanılması, sosyal bilimler alanında doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Yetkin, Aydın 'Osmanlı devleti'nde hukuk devletin gelişim süreci', *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 24 (2016), 380-382; Bayındır, Abdulaziz, *Osmanlı'da Yargının İşleyişi*, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, erişim tarihi: 25.1.2016.

- 6 Bulur, Alper, 'Avukatlık kanunu m. 35/a'nın alternatif uyumsuzluk çözüm yolları çerçevesinde irdelenmesi ve bir düzenleme önerisi', <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-89-626>, erişim tarihi: 31.1.2016.
- 7 Örneğin, Muslim arbitration tribunal (Müslüman tahkim mahkemesi), web sayfasında, İngiliz hukuk sistemi içerisinde, 1996 tahkim yasası temelinde İslam hukukuna göre alternatif uzlaşma mahkemesi olmak üzere 2007'de kurulduğunu ifade etmektedir. Evlilik, boşanma, miras, vasiyet, ticaret hukuku alanlarında hizmet verdiklerini belirtmektedirler. <http://www.matribunal.com/>; https://en.wikipedia.org/wiki/Muslim_Arbitration_Tribunal, erişim tarihi: 31.1.2016
- 8 Osmanlı'da Gayrimüslimler, evlenme, boşanma gibi özel hukuk ilişkilerinde kendi hukuklarına tabidirler. Bu durum belgelerde 'akdi nikâh, fesh-i nikâh ve münaziün fih olan iki zimmi arasına başkasının girmemesi, akd-i nikâh ve fesh-i nikâh maddelerinde münazaa eden iki zimmi mabeynlerinin rızalarıyla ıslah ve iktiza ederse kiliselerinde ayinleri üzerine yemin verdikte,' şeklinde formüle edilmiştir. Disiplin mahiyetindeki cezalarda da din adamları yetkilidirler. Taraflardan birisi Müslüman ise veya dava kamu hukukuna ait ise Kadı mahkemelerine gitme zorunluluğu vardı. Özel hukuk alanındaki yezekliğe rağmen, Gayrimüslimler, kadı mahkemelerini kullanmışlardır. Demir, Hande Seher, 'Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Din-Devlet İlişkilerinin Laiklik, Sekülerizm, Teokrasi ve Din Devleti Sistemleri Kapsamında İncelenmesi', s. 278, 280, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2013-3/2013-3-9.pdf>, erişim tarihi: 19.1.2016; Konan, Belkıs, 'Gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının hukuki durumuna ilişkin bir değerlendirme', *Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 64/1 (2015), s. 174-179, 184; Poş, Abdullah, 'XIX. Yüzyılın ikinci yarısında Tarsus'ta Müslim-Gayrimüslim ilişkileri', *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi dergisi*, C. 17, S. 2, (2008), s. 595, 597,602. Ayrıca bkz Yavuz, Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukukî Durumları*, Turhan kitapevi, Ankara, 2001.
- 9 Osmanlıda alınan bazı önemli kararlar hem Müslüman hem de zimmileri ilgilendiriyordu. Bu kararların uygulanması ve takibi zimmilerin din adamlarına bırakılmıştı. Örneğin, kürtajın yasaklanması ile ilgili fermanlar hem Müslümanlara hem de zimmilere yönelik alınmıştır. Doktorlar, ebeler, çocuk düşürücü ilaç vermeyecekleri konusunda yemin ettirilmişlerdir. Gayri Müslim din adamları, yasal olmayan çocuk düşürmeye neden olan dindaşları hakkında hukukun gereğini yapmaları konusunda uyarılmışlardır. Düzbakar, Ömer 'Abortion In the Islamic-Ottoman Legal Systems', *Journal of the international Society for the history of Islamic medicine*, S. 5 (2006), s. 31, <http://www.ishimj.net/ishimj/910/IISHIM%20NO.9%20PDF/05.pdf>, erişim tarihi: 20.1.2016. İslam hukukunda kürtaj ile ilgili bkz. Ucatlı, Abdulahat, *İslâm hukukunda cenine müdahalenin hükmü*, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

prensibinden hareketle hukukun hızlı ve ucuz işlemesi toplumun adalet sistemine olan inancını veya güvenini artırmaktadır. 20-30 yıl bir davanın sürmesi, bürokratik engeller, delillerin uzun yıllar toplanamaması, zaman aşımından davaların düşürülmesi, toplumun adalete olan inancını zedelemektedir.¹⁰ Osmanlıyı ayakta tutan en temel ilkelerden ikisi, insanların inançlarına uygun hukuk sistemlerini seçebilmeleri¹¹ ve hukukun hızlı işlemesi olabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, bu çalışmamızda, Osmanlıda çok hukukluluk sistemi ile adaletin işleyişini ele almaya çalışacağız. Diğer sosyolojik, ekonomik, siyasal nedenlerin incelenmesini alanın uzmanlarına bırakmaktayız.

ÇOK HUKUKLULUK

Modern hukuk anlayışı, tek hukuk sistemine vurgu yaparken,¹² postmodernist anlayış, birden fazla hukuk anlayışı bulunabileceğini, bu bağlamda evrensel bir hukuk olamayacağını savunur.¹³ Bu anlayış, çok hukukluluk kavramına kapı aralamıştır.¹⁴ Bu kavramın farklı farklı tanımları yapılmıştır. Bu tanımları ele alan

-
- 10 Osmanlı ile günümüz ceza yargılama usulünü karşılaştıran Atalay şöyle demektedir: 'Aslında günümüz ceza yargılaması hukukunda da önsoruşturmanın eksiksiz yapılıp tamamen hazır bir dosyayla müteakiben yargılanmanın tek celsede tamamlanması amaçlanmakta ise de uygulamada bu mümkün olmamaktadır. Oysaki Osmanlı şer'i mahkemeleri bunu başarmaktaydı.' Atalay, İbrahim Orkun, 'Osmanlı ceza yargılaması usulü hukuku üzerine bir deneme', s. 271 <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergisi/makale/2007-2-9.pdf>, erişim tarihi: 25.1.2016.
- 11 Bingöl'ün nizamiye mahkemelerinin kurulması için temel neden olarak Gayrimüslimlerin Müslümanların aleyhine şahitlik yapamamasını göstermesi konuyu basite indirgemek olur. Birçok nedenin yanında bu da bir neden olarak sayılabilir. Bingöl, Sedat, 'Osmanlı mahkemelerinde reform ve cerideyi mahakimdeki üst mahkeme kararları', *Tarih incelemeleri dergisi*, C. 20, S. 1, (2005), s. 20; Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı mahkemeleri*, Arisanat yayınları, İstanbul, 2004, s. 27-49.
- 12 Mehmet Yüksel, 'Modernleşme, toplumsal yaşamın hukuksallaşması ve etik', *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, S. 23, (2006), s. 222.
- 13 Sinha, Surya Prakash, 'Legal Polycentricity', *Legal Polycentricity, Consequence of Pluralism in Law*, Edit: Hanne Petersen ve Henrik Zahle, USA, 1995, s. 31-36; Yüksel, Murat, *Hukuki Plüralizm*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 70-72; Kumaş, Salih, 'Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış', *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, s. 323-345.
- 14 Çok hukukluluk ile ilgili bkz. Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975; Griffiths, John, 'What is Legal Pluralism?', *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, S. 24, (1986), s. 1-38; Merry, Sally Engle, 'Legal Pluralism', *Law and Society Review*, C. 22, S. 5. (1988), s. 872-3; Chiba, Masaji, 'Other Phases of Legal Pluralism', *Ratio Juris*, C. 11, S. 3, (1998), s. 233-239; Roberts, Simon, 'Against Legal Pluralism', *Journal of Legal Pluralism*, S. 42, (1998), s. 95-106; Vanderlinden, Jacques, 'Return to legal Pluralism: Twenty Years Later', *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, S. 28, (1989), 153-4; Tamanaha, Brian Z., 'A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism', *Journal of Law and Society*, C. 27, S. 2. (2000), s. 296-321; Care, Jennifer C. and Zorn, Jean G., "Legislating Pluralism Statutory 'Developments' in Melanesian Customary Law", *Journal of Legal Pluralism*, S. 46 (2001); Yüksel, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002; Cangızbay, Kadir, *Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi*, Liberte Yayınları, Ankara 2002; Barber, N. W., 'Legal Pluralism

ve eksikliklerine dikkat çeken Griffiths hukuki çoğulculuğu, çoklu, iç içe geçmiş, yarı bağımsız sosyal alanların gerçekliğine dayanan dinamik bir normatif heterojenlik olarak ifade eder.¹⁵

Merkezi hukuk anlayışını eleştiren Griffiths, tek hukukluluğun bir efsane olduğunu, çok hukukluluğun ise gerçek olduğunu ifade eder.¹⁶ Hükûki çoğulculuğun eski dönemlerde de varlığından bahseden Griffiths, modern hukuki çoğulculuğu sömürge dönemi ile başlatır. Çok hukukluluğun modern uygulamasının, İngilizler tarafından 1772 yılında Hindistan'da özel hukuk alanında İslam hukukuna tanınan yetki ile başladığını belirtir. Diğer sömürgeci Avrupa devletlerinin de benzer şekilde farklı yerel hukuklara yetkiler verdiğinden söz eder.¹⁷

Bu durumu yaşayan hukuk olarak niteleyen Masaji Chiba, bunun görmezden gelinemeyeceğini belirtir. Hukukun ithal edildiği ülkelerde iki farklı hukukun oluştuğunu belirtir. Asya ülkelerinde dayatılan Batı hukukunu eleştiren Chiba, hukuku ölü ve yaşayan olmak üzere ikiye ayırır. Ona göre, ithal kanunlar yöresel değerlere ve kültüre zarar vermiştir. Bazen yöresel hukuk Batı hukuku içinde asimile olurken bazen de halk kendi hukukuna sıkı sıkıya bağlanmış ve batı hukukunu reddetmiştir. Bu durumda ithal edilen kanunlar, ölü olmaya mahkum olmuşlardır. Bazı durumlarda da ithal hukuk, yöresel değerlerle çatışmayacak şekilde değişikliğe tabi tutulmuştur.¹⁸

Son dönemlerde, azınlıkları ve farklı kültürleri korumak adına çok hukukluluktan daha fazla bahsedilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, Canterbury başpiskoposu Rowan Williams, Müslümanların İngiliz adalet sistemine adapte olamadık-

and the European Union', *European Law Journal*, C. 12, S. 3, (2006), s. 306–329; Kumaş, Salih, *Çok-hukuklu sistem ve İslam hukukundaki yeri*, Yayınlanmamış doktora tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007; Benton, Lauren & Ross, J. Richard (edt), *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, NYU press, New York, 2013; Tögel, Akif, *Anayasa Hukuku Bakımından Çok Hukukluluk*, Adalet yayınları, 2016; Tögel, Akif, 'Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism', *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, (2016), s. 201-220; Dupret, Baudouin, 'Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices', *European Journal of Legal Studies*, <http://www.ejls.eu/1/14UK.htm>; Michaels, Ralf, 'Global Legal Pluralism', http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=faculty_scholarship, erişim tarihi: 20.9.2017.

15 Griffiths, basit anlamıyla çok hukukluluğun devlet tarafından tanınan farklı hukuk sistemleri olduğunu ifade etmektedir. Griffiths, 'Legal pluralism', s. 5.

16 Griffiths, 'Legal pluralism', s. 4.

17 Griffiths, 'Legal pluralism', s. 5-6.

18 Menski, F. W. *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa*, Platinum, Londra, 2000, s. 68-76; Chiba, Masaji, (ed.) *Asian Indineous law in interaction with recieved law KPI*, London+New York, 1986; Yılmaz, İ. *Dynamic plurism and the reconstruction of unofficial Muslim laws in England, Turkey and Pakistan*, Yayınlanmamış doktora tezi, SOAS, Londra, 1999; Çiğdem, Recep, *Mukayeseli hukuk (İslâm-Türk borçlar hukuku)*, Rağbet yayınları, İstanbul, 2016, s. 9.

larını, bu nedenle sosyal birlikteliği artırmak için kendi adalet sistemlerinin yani İslam hukukunun İngiltere tarafından tanınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹

İslam toplumunda çok hukukluluk anlayışı, Hz. Muhammed'in Medine'ye hicreti ile uygulanmaya başlamış bir sistemdir. Kur'an, ehl-i kitabın kendi inançlarına uygun şekilde yargılama yapılmasını açıkça belirtmiştir.²⁰ İlgili ayetler şöyledir: *'Yanlarında Allah'ın hükmü bulunan Tevrat olduğu halde seni nasıl hakem tutuyorlar ve daha sonra da [senin kararından] yüz çeviriyorlar? İşte onlar, gerçek inanan değildirlere.'*²¹ *'Tevrat'ı biz indirdik. Onda hidayet ve nur vardır. [Allah'a] teslim olmuş peygamberler, Yahudilere onunla hüküm verirlerdi. Rabbâniyyûn ve Ahbâr da'*²² *Allah'ın kitabından (Tevrat'tan) öğrendikleri (bimâ üstühfîzû) ile hükmederlerdi. Zaten onlar Allah'ın kitabına tanıklardı [onun hükümlerini biliyorlardı]. Öyleyse, insanlardan korkmayın, benden korkun, ayetlerimi basit bir ücret karşılığı satmayın [para karşılığı/rüşvet alarak, yanlış karar vermeyin]. Allah'ın indirdiği ile [Tevrat] hükmetmeyenler, kâfirlerin ta kendileridir.'*²³ *'İncil ehli, Allah'ın onda indirdiğiyle hükmetsinler. Allah'ın indirdiğiyle [İncil ile] hükmetmeyenler fasıkların/günahkarların ta kendileridir.'*²⁴

Medine site anlaşmasının²⁵ ilgili maddelerine göre de çok hukukluluk vazgeçilemez bir ilkedir. İlgili maddelerden bazıları şöyledir: *"Avf Yahudileri müminlerle beraber bir ümmet oluştururlar. Yahudilerin dinleri kendilerine, müminlerin dinleri kendilerindedir.'*²⁶ *Buna, gerek mevlâları ve gerekse bizzat kendileri dahildirler. Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikâp eder veya bir cürüm îka ederse, o sadece kendine ve aile efradına zarar vermiş olacaktır.'*²⁷ Hz. Peygamber, farklı yazışmalarında

19 <https://www.theguardian.com/uk/2008/feb/07/religion.world>, erişim tarihi: 20.9.2017.

20 İbadet hürriyetine işaret eden bir ayet şöyledir: *"...Eğer Allah'ın, insanların bir kısmını bir kısmıyla defetmesi olmasaydı, manastırlar, kiliseler, havralar ve içlerinde Allah'ın adı çok anılan meşitler muhakkak yerle bir edilirdi..."* Kur'an, Hâc, 22/40.

21 Kur'an, Mâide, 5/43.

22 Rabbâniyyûn ve Ahbâr kavramlarının anlamları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Rabbâniyyûn, yönetici ve yargıçlar olarak açıklanırken, Ahbâr ise din bilgileri olarak verilmektedir. İbn Abbas (v. 68/687) ise Ahbâr'ı hukuk uzmanları (fakih) olarak yorumlamıştır. Hâzin, Alâeddin Ali b. Muhammed, *Lübâbü't-te'vil fi meâni't-tenzil*, mecmau't-efâsîr ile birlikte, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1979, c. 2, s. 291

23 Kur'an, Mâide, 5/44.

24 Kur'an, Mâide, 5/47.

25 Aydın, Mehmet Akif, 'Anayasa,' *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 3, s. 153; Kelebek, Mustafa, 'İslam hukuk felsefesi açısından Medine vesikası,' <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/288.pdf>, erişim tarihi: 1.2.2016.

26 Bu ifade şu ayetin yansımasıdır: 'Sizin dininiz size, benim dinim banadır'. Kur'an, *Kâfirun*, 109/6.

27 Erdem, Mehmet, 'Medine vesikası'nın maddelendirilme şekli ve türkçe çevirileri üzerine bazı mülahazalar,' *The Journal of Academic Social Science Studies*, C. 5, S. 8, (2012), s. 530 http://www.jasstudies.com/Makaleler/554561271_erdemmehmet.pdf, erişim tarihi: 1.2.2016.

Yahudi ve Hıristiyanların kendi dinlerinde kalabileceklerini, mallarına, canlarına, dinlerine ve mabetlerine dokunulmayacağını ifade etmiştir.²⁸

Ömer b. Abdulaziz (v. 101/720), Hasan Basri'ye (v. 110/728) mektup göndererek şu soruyu yöneltir: 'Zimmilerin yakın akrabaları ile evlenmeleri, şarap ve domuz sahibi olmaları konusunda müdahale etmeyen Hulefâ-i Râşidin hakkında ne dersin?' Hasan Basri şöyle cevap verir: 'İnandıkları gibi yaşamalarının serbest olması için cizye öderler. Sen buna tabi ol, yeni şeyler ihdâs etme [onlara karışma].'²⁹ İbn Hümâm (v. 861/1457) konuyu şöyle devam ettirir: 'Fetihlerden günümüze kadar, yöneticiler ve yargıçlar, onların bu tür işleri yaptıklarını bildikleri halde [yakın akrabaları ile evlenmeleri, şarap ve domuz sahibi olmaları], onlarla uğraşmadılar, bu noktada icma hasıl olmuştur.'³⁰ Yukarıdaki ifadelerden anlaşılacağı gibi, Hanefi bilginleri, Gayrimüslimlerin hukuki muhtariyete sahip olduklarını açıkça ifade etmişlerdir.³¹ Hatta Ebu Hanife'ye (v. 150/767) göre, Gayrimüslimlerden birisi nikah akdi ile ilgili, İslam mahkemesine müracaat etse, diğeri müracaat etmese, davaya bakılmaz, zira taraflardan birisi, kendi inancına göre nikaha devam etmek istemektedir, öyleyse bu hak kendisine tanınmalıdır.³²

Gradeva, Osmanlı millet³³ sistemi içinde, zimmilerin (Gayrimüslim vatandaş)³⁴ sınırlı da olsa, hukuksal ve politik muhtariyetleri olduğunu ifade etmektedir.

28 Bâberti, bu nedenle putlara tapmalarına dahi dokunulamayacağını ifade etmektedir. Ebu Yusuf, *Kitâbu'l-Harâc*, Beyrut, Dârul-marife, 1979, s. 72-73; Bâberti, *Şerhu'l-inâyê ale'l-hidâye, Fethu'l-kadir* ile birlikte, Beyrut, Dârul-fikr, t.y. c. 3, s. 413.

29 İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, Beyrut, Dârul-fikr, t.y. c. 3, s. 417.

30 İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, c. 3, s. 417.

31 Merğînânî, *Hidâye*, İstanbul, Kahraman yayınları, 1986, c. 1, s. 219; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, c. 3, s. 413- 417.

32 Bâberti, *Şerhu'l-inâyê*, c. 3, s. 416.

33 Millet kavramının Osmanlı'da ne zaman kullanılmaya başladığı konusunda farklı görüşler vardır. Bu sistemin genel hatları ile II. Mehmet devrinde İstanbul'un fethinden sonra gerçekleştiğini söyleyenler olduğu gibi I. Süleyman döneminde olduğunu söyleyenler de vardır. İlk ortaya çıkan milletin, Ortodoks Rum milleti (Rum, Sırp, Bulgar, Romen Arap Ortodokslar) olduğu söylenmektedir. Yahudiler daha sonra bu sisteme katılmışlardır. Millet ile ilişkiler, o cemaatin seçtiği ve devletin onayladığı bir dini lider ile yürütülürdü. Bu dini liderler hem vergi toplamada hem de kendi dindaşlarına özel hukuku uygulamakta yetkilidiler. Akyılmaz, Gül, 'Osmanlı devletinde Gayrimüslimlerin hukuki statüsü', <http://www.sadikcan.com/osmanli-devletinde-gayrimuslimlerin-hukuki-statusu.html>; Eser, Ümit, 'Millet sisteminin tarihi arka planı: Gayrimüslim cemaatler için özerk bir alan', *Bahkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü dergisi*, C. 13, S. 24 (2010), s. 205-206. Ayrıca bkz. Satış, 'Kilise defteri', s. 306; Konan, 'Gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının hukuki durumu', s. 173.

34 Bulgar Katoliklerin kendilerine ait yerel ve etnik bir kilise kurulması ve Fener Rum patrikliğinin yargı alanından uzaklaşarak bağımsızlaşma ve Bulgar cemaatinin din işlerini yürütme çabaları için bkz. Seyfeli, Canan, 'Osmanlı Devlet Salnamelerinde Bulgar Eksarhlığı ve Bulgar Katolikler (1847-1918)', *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, (2011), s. 157-190. Yahudiler ile ilgili bkz. Gerber, Haim, *Crossing Borders: Jews and Muslims in Ottoman Law, Economy and Society*, The ISIS Press, İstanbul, 2008.

Ortodoks din adamlarının evlenme, boşanma gibi aile hukukuna ait ve dini hükümleri ilgilendiren konularda tam adli muhtariyete sahip oldukları,³⁵ kendi kiliselerine kayıtlı olanları yargılayabildikleri ve iç yönetsel sorunları çözmeye yetkili olduklarını belirtmektedir. Taraflardan birisinin Müslüman olduğu davalar ile ceza³⁶ davalarında kadı mahkemelerine gitmelerinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.³⁷

Hıristiyan din adamlarının, kendi tebaalarının Müslüman kadı mahkemesine gitmemeleri için uyarıda buldukları, gidenler için ağır cezalar öngördüklerini belirtmekte ve 1788 tarihli şu karara atıf yapmaktadır: '*Kilise mahkeme kararlarını kabul etmeyerek, yabancı mahkemelere gidenlerin davaları bir daha kilise mahkemeleri tarafından görülmemelidir. Onlar reddedilmeli... ve kilise tarafından cezalandırılmalıdır...*'³⁸ Aynı karar kilise yetkisini ise şöyle ifade etmektedir: '*... Piskoposlar kendi bölgelerinde, Hıristiyan medeni hukukuna ait olan miras, borçlar ve diğer tüm dünyevi davaları ve tüm hukuksal problemleri çözmelidirler... Bu nedenle, Piskoposlar sadece dini hukukta değil medeni hukukta da uzman olmalı, hukuk ve akıl dışı kararlar almamalıdır.*'³⁹ Gradeva, 17. yüzyıla ait kilise mahkeme belgelerinden, özellikle şehirlerde, halk ile din adamlarının bağlılığının güçlü olduğu yerlerde, yukarıda yer aldığı şekilde davaların görüldüğünün anlaşıldığını, hatta kilise mahkemelerinin kredileri ve mal alım satımlarını kaydettiklerini ifade etmektedir.⁴⁰ Yine bu belgelerde, Hıristiyan din adamlarının, devlet yetkililerinin

35 Kenanoğlu, 'Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslim cemaatlerin ruhânî işlerini görmeğe yetkili patrikhânelerin ve hahambaşılığın kendi cemaat üyelerine ilişkin her tür davaya bakmaya yetkili olduğu hususunda varit olan çeşitli rivayetlerin veya peşin kabullerin hukukî bir zemini olmadığı 19. yüzyıl öncesinde klasik dönemdeki uygulamalar' ile 19. yüzyıl uygulamalarının benzer olduğunu ifade etmektedir. Kenanoğlu'nun bu konuda ulaştığı sonuç şöyledir: '*Bu düzenlemeler ve ekte sunduğumuz belgeler dikkate alındığında 19. Yüzyılda gayrimüslim cemaatlerin hukuki statüsünde klasik döneme nazaran çok büyük bir farklılığın oluşmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.*' 1280/1863 tarihli Ermeni Patriği Boğos'a verilen berata göre, Cemaat mensuplarının nikah akitleri ve boşanma işlemi patrik veya vekilleri tarafından yürütülecektir. 6 Rebiülevvel 1331/13.02.1913 tarihli İstanbul Rum Patriği Yeranos'a verilen beratta de benzer hükümler vardır. Kenanoğlu, Macit, '19. Yüzyıl Osmanlı Hukuk Sisteminde Gayrimüslim Cemaatlere Tanınan Adli Yetkiler ve Bakmaya Yetkili Oldukları Davalar', *Türk hukuku araştırmaları dergisi*, C. 1, (2008), s. 20-22.

36 Ceza davalarına konsolosluk mahkemelerinde de bakılmıştır. Konsolosluk mahkemeleri ile ilgili bkz. Kenanoğlu, M. Macit & Kenanoğlu, Figen, 'Osmanlı Hukukunda Konsolosluk Mahkemelerinin Yeri ve İtalyan Konsolosluk Mahkemesi Takrir Defterleri 1', *Türk hukuku araştırmaları dergisi*, C. 1, (2009), s. 63-339; Ekinci, *Osmanlı mahkemeleri*, s. 328.

37 Gradeva, R. 'Orthodox Christians in the Qadi Courts: The Practice of the Sofia Sheriat Court, Seventeenth Century', *Islamic law and society*, C. 4, (1997), s.41.

38 Gradeva, 'Orthodox Christians', s. 44.

39 Gradeva, 'Orthodox Christians', s. 45.

40 Gradeva, 'Orthodox Christians', s. 45.

den ve mahkemelerden, kendi hukuki yetkilerinin kullanılmasının sağlanmasını, yani davaları kendilerinin görmeleri için gerekli önlemlerin alınmasını istedikleri görülmektedir.⁴¹ Gradeva, bu konu ile ilgili şu fermana atıf yapmaktadır: ‘*Evlenme ve boşanma ile ilgili tüm konular, Varna Piskoposuna götürülmeli, mahal-le imamlarına götürülmemeli ve kadılar da kilise mahkemeleri tarafından verilen dini cezaları bozmamalıdır.*’⁴² Ona göre, kendi mahkemelerinde boşanan Hıristiyanlar, bu kararları zaman zaman kadı mahkemelerinde de kayıt ettirmişler,⁴³ böylece iki güçlü belgeye sahip olmuşlardır.⁴⁴ 1764 yılına ait bir fermanla, Yunan ve Ermeni din adamlarına, kendi cemaatlerinde problem çıkaranları cezalandırma yetkisi verilmiştir. Aynı ferman, şüpheli evliliklere kadıların bakmamasını ifade etmektedir.⁴⁵ Hıristiyanların, arabulucu olarak görev yapmış olabileceklerini ve kadı mahkemelerinde görev aldıklarını örneklerle ifade etmektedir.⁴⁶ Bütün bunlara rağmen, İslam hukukunun lehlerine olan hükümlerinden yararlanmak (mehir gibi), kadı mahkemesinin düşük masrafları ve güvenli belgeye ulaşmak veya kendi mahkeme kararlarının kendilerini tatmin etmeme gibi nedenlerle kadı mahkemelerine de Hıristiyanların başvurduklarını ifade etmektedir.⁴⁷ Hıristiyanların Müslümanlardan uzak durmaları yönünde din adamlarından gelen uyarıları dikkate almadıkları, Müslümanlarla barış içinde yaşadıkları, birlikte şirketler kurdukları, gayrimenkulleri birbirlerine sattıklarını, Müslümanlar aleyhine açtıkları bazı davaları kazandıklarını belirtmektedir.⁴⁸

1856 tarihli Islahat fermanında da Gayrimüslimlerin özel hukuk alanında muhtariyete sahip oldukları şöyle vurgulanmıştır: ‘...ve Hıristiyan vesâir tebayı gayri Müslimeden iki kimse beyninde hukuki irsiye gibi deâviyi mahsûsa sahibi dava olanlar istedikleri halde patrik ve rüesa ve mecâlis marifetiyle ru’yet olunmak üzere havale kılınması...’⁴⁹ 1891 tarihinde, Rum patrikhanesinin imtiyazât-ı kadime-i mezhebiyyesinin idâme-i mahfuziyyeti hakkında irade-i seniyye yayımlanarak, özel hukuk alanında yetkilerinin devam ettiği bildirilmiştir.⁵⁰

41 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 58.

42 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 58 (dipnot 69).

43 Tögel, ‘A Model of Legal Pluralism’, s. 201-220.

44 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 59.

45 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 62.

46 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 68.

47 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 68.

48 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 69.

49 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 314 (dipnot 4).

50 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 318.

Gradeva'nın belirttiği gibi, zimmilerin şer'iyye mahkemelerine gitmelerini engellemek için ilgililerin Osmanlı makamlarına müracaat ettikleri bilinmektedir. Bunlardan birisi şöyledir: '*Kayseri ve mulhakâtı metropolidi Yanisyon nam rahibin, akd ve feshi nikah için iki zimmi arasında ıslah etmesi elindeki berat hükümlerinden olduğu halde, bazı zimmi ve müstemenlerin (şer'i) mahkeme ve imamlar vasıtasıyla işlerini görmelerinden dolayı Hıristiyan kadın ve çocukların zarar gördüğü beyanıyla, kadı ve naiblerin bu gibi işlere karışmamaları istidasına dair İstanbul Rum patriğinin 21 Safer 1248 (1832) tarihli arzuhali.*'⁵¹

Ortaylı konuyla ilgili şu bilgiyi vermektedir: '*Gerçekten de Osmanlı İmparatorluğu tarihinde Roma İmparatorluğu'ndan sonra dini toleransın en çok görüldüğü, üstelik bu toleransın zamana ve hükümdarın kişiliğine bağlı olmaksızın kurumsallaştığı bir devlettir. Cemaatlerin sadece dini değil, iktisadi, adli ve maarife ilişkin işleri kendilerine bırakılmış, hatta ruhani liderler ve kurumlara rütbe, imtiyazlar bahşedilmiştir.*'⁵²

Osmanlı'da Tanzimat ile birlikte hukuk ve adliye yeniden ele alınmış, çok hukukluluk yerine hukukta teklik ve yeknesaklık prensibi esas alınmaya başlamıştır. Zimmiler her ne kadar kendi hukuklarına hala sahip olsalar da bu hukukun şer'iyye mahkemeleri aracılığı ile uygulanması gündeme gelmiş ve bu bağlamda, 1917 tarihli Osmanlı Hukuki Aile Kararnamesi hazırlanmıştır. Zimmiler, muhtariyet haklarını tamamen bu kararname ile kaybetmişlerdir. Zimmilerle ilgili yapılan düzenlemenin gerekçesi şöyle ifade edilmiştir: "... Gayrimüslimler hakkında da onların ahkâm-ı mezhebiyyesinden kavâidi lâzımeyi istihrâc ve telfik ile müşterek mesâilin cümleye âm ve şâmil olacak bir surette tedvini ve Müslümanlar hakkında yazılacak kavâidi umumiyeden ahkâmı mezhebiyyelerine ademi tevâfuku zahir olanların Gayrimüslimlere şâmil olmayacağını ve istinaden Müslim olmayanlara mahsus olarak lazimü't-tatbik olan mesâili ayrı ayrı zikir ve tashîh etmek sûretiyle onların akâid-i dîniyyelerine riâyet ve ta'dâd olunan bütün mahzurların bertaraf edilmesi kâbil olduğundan, tertîb olunan lâyihay-ı kânûniyyede bu esas takib edilmiş ve Gayrimüslimlerin ahkâmını cem ve tertîb ve tanzîm hususunda da Müslim olmayan erbâb-ı ihtisâsın ma'lumatlarından istifade edilmiştir... Mîl-i gayrimüslimeye aid mevâd ahkâmı da el-yevm hahamhâne ve patrikhânelerce mer'î ve mu-teber ahkâm-ı dîniyye cümlesinden olmakla, bunlar hakkında dahî ayrıca esbâb-ı mûcibe ityânına lüzûm görülmemiştir."⁵³

51 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 324 (dipnot 31) .

52 Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, s. 175.

53 Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 266, 269.

Kararname ile yapılan bu düzenleme, ancak bir buçuk yıl kadar yürürlükte kalabilmiş ve 1919'da yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁴ Ekinci'nin ifadesi ile 'böylece hem muhafazakâr Müslümanların hem de adli otonomisi kaldırılan zimmîlerin reaksiyonu sebebiyle bir buçuk sene sonra ilga olunmuştur.'⁵⁵ Kararnamede Hanefî mezhebi dışında görüşlere yer verilmesi, mezhep taassubu bulunan bazı ulemanın ciddi eleştirilerini beraberinde getirmiştir.

Son olarak, kilise/havra mahkeme kayıtları üzerine yapılan çalışmalar yetersiz olduğundan, istatistikî bilgiye sahip olmadığımız gibi dava türleri ve muhakeme yollarını da detaylı bilememekteyiz.⁵⁶ Bunlar üzerinde yapılacak çalışmalar, çok hukukluluğun işleyişi hakkında daha fazla bilgi sunacaktır.

TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Türk hukuk sistemi, laik ve seküler anlayışa sahip üniter hukuktur. Çok hukukluluk sisteminin tartışmaya açılması, laikliğe aykırılık olarak yorumlanmaktadır.⁵⁷ İngiltere gibi laik olan modern ülkelerde bu, bir sorun olarak görülmemekte, laikliğe aykırı olarak yorumlanmamaktadır. Bu bağlamda, isteyenlere kendi inanç sistemlerine göre hukukî problemlerini çözüme imkanı sunulmaktadır.⁵⁸

54 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 327.

55 Ekinci, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku Tarihi*, Arısanat Yayınları, İstanbul, 2006, s. 232.

56 Özet bilgi için bkz. Satış, '8 Numaralı (Kamame) Kilise Defteri'.

57 Anayasa mahkemesi 9.1.1998 günlü E: 1998/2 K: 1998/1 sayılı kararında çok hukukluluk sistemini laikliğe aykırı olarak şöyle yorumlamıştır: "Hukuku, inançlara göre ayırmak, vatandaşların birbirleriyle hukukî bağlantılar kurmalarını ve ilişkilerini geliştirmelerini zorlaştırır. İnanç farklılıklarına dayanan değişik hukukların uygulanması sosyal gelişmeyi önleyeceği gibi, ulusal bütünlüğü de bozar. Oysa, ulus olmanın koşullarından biri de hukuk ve yargı birliğinin sağlanmasıdır. Hukukun din, mezhep ve etnik farklılıklara değil, çağdaş değerlere göre düzenlenmesi gerekir. Bireylerin inançları nedeniyle farklı hukuka bağlı olmalarına yol açacak, 'çok hukukluluk'un dinî ayrımcılığa neden olacağı, akıl ve çağdaş bilime dayalı lâik düzeni sarsacağı açıktır. Böyle bir düşüncenin Anayasa ve Evrensel değerleri yansıtan İnsan Hakları Sözleşmeleri karşısında koruma görmesi olanaksızdır."

58 İngiltere 1996 tarihli tahkim kanununa göre, kişiler ceza hukuku dışında özel davalarda istediklerini hakem olarak tayin edebilmektedirler. Yahudi ve Müslüman mahkemeler de bu yasa uyarınca hareket etmektedirler. Bu yasa uyarınca, hakem kararının İngiliz mahkemelerince infaz edilebilmesi için kararın ülkenin kamu politikasına aykırılık teşkil etmemesi gerekir. 2002 tarihli boşanma yasasına göre, dini olarak evlenenlerin, boşanmalarını da dini olarak gerçekleştirmeleri mümkündür. Hatta, taraflardan birisi bunu talep ederse, bu gerçekleşinceye kadar İngiliz mahkemeleri kesin boşanmaya hükmedememektedirler. Gillian Douglas, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg and Asma Khan, *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts: Report of a Research Study funded by the AHRC*, Cardiff University, 2011, s. 16-22, 32-41; Sarah Anticoni, 'Religious marriages within England and Wales; Their celebration and dissolution', https://www.iafl.com/cms_media/files/religious_marriages_within_england_and_wales_their_celebration_and_dissolution.pdf, s. 8-9; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/27/section/1> erişim tarihi 20.9.2017.

Türk hukuk sisteminde hakem anlayışının bulunması ve avukatlara hukuki sorunları çözme yetkisi verilmesi alternatif arayışların bir ürünüdür. Avukat sorunu, örfe uygun olarak veya İslam hukuku prensiplerini gözeterek çözüme ulaştırırsa bu laikliğe aykırılık olarak yorumlanmamalıdır. Zira amaç sorunun çözülmesi ve tarafların bu çözümü kabullenmesidir. Örneğin, borçlar hukukunu ilgilendiren bir konuda, İslam hukuk ekollerinden birisinin prensiplerine uygun olarak dava çözümlense, bunun laikliğe aykırı hangi yönü bulunabilecektir?

Devletler hususi hukukunun temel prensiplerine göre, özel hukukta kişiler sıkı bağlı oldukları hukuk sisteminin kurallarına tabidirler. 5718 sayılı Milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkında kanunun konumuzla ilgili 4-1/c maddesi şöyledir: *'Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukuku uygulanır.'*⁵⁹ Bu maddenin Osmanlı için formülasyonu şöyledir: *'Osmanlı vatandaşı olup, daha sıkı bağlı bulunduğu din hükümleri bulunuyorsa, kişi özel hukukta o dinin hükümlerine tabi olur.'*

Günümüz devletlerinin birçoğu tarafından bu anlayış kabul edildiğine göre,⁶⁰ kişilerin mensubu olduğu dinin hükûkî düzenlemelerinin dikkate alınması sonucu ortaya çıkan çoğulcu hukuki yapının hukuk güvenliğine ve toplumsal düzene zarar verdiğini iddia etmek çok isabetli görülmemektedir. Zira bu çoğulcu yapıya rağmen her bir hukuk sisteminin kendi içerisinde birlik yine bulunmaktadır. Hukukta teklikten anlaşılması gereken temel ilke, aynı sistem içerisinde yer alan hakimlerin verdiği kararların öngörülebilmesi ve sonuçlarının benzer olmasıdır. Örneğin Yahudi sistemi içerisinde Hahamlar aynı olaylara aynı kararları verir ve bu kararlar önceden öngörülebilirse hukukta yeknesaklık var demektir. Weber'in kadı justice (kadı yargısı) anlayışını eleştirmesinin temel nedeni, öngörülebilirliğin olmaması ve kararların çelişkili olması varsayımına dayanmaktadır.⁶¹ Weber'in konuyla ilgili görüşünün, en azından tarihi tecrübe açısından çok

59 Bu kanunun konumuzla ilgili aile ve miras ile ilgili hükümleri şöyledir: *'Madde 13 – (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tâbidir. (2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır. (3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Madde 14 – (1) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. (2) Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir. (3) Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir. Madde 20 – (1) Miras ölenin milli hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.'*

60 Amerika birleşik devletlerindeki uygulama için bkz. Reed, A., *Anglo-American Perspectives on Private International Law*, The Edwin Mellen Press, Lewiston, N.Y., 2003.

61 Weber, Max. *The Theory of Social and Economic Organisation*, Henderson, A. and Parsons, T. (tr.), Parsons, T. (edt.), Free Press, New York, 1968, s. 324-392.

isabetli olmadığı görülmektedir.⁶² Zira Osmanlı'da hem kararlar öngörülebilme-
te hem de farklı bölgelerde bulunan yargıçlar aynı olaylarla ilgili benzer kararlar
vermektedirler. Zira kadıların resmi olarak ellerinde bir kanun kitabı olmasa da
Hanefi mezhebine ait kitaplar bulunmaktaydı.⁶³ Bu kitaplar kanun kitabı gibi yar-
gıçlara yardımcı olmaktaydı. Müftü atama beratlarında da Hanefi mezhebine göre
fetva vermek üzere atamaları yapıldığı görülmektedir. Yani hem müftüler hem
de yargıçlar karar verirken tamamen serbest olmayıp Hanefi mezhebinin sahih
görüşleri ile bağlıydılar.⁶⁴

Çok hukukluluk sisteminin tümünden kabulünün mümkün olmadığı iddia edil-
se bile en azından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 407-444 arasında düzenle-
nen tahkim sisteminin İngiltere'de olduğu gibi aktif kullanılması mümkün olabi-
lir. Başka bir ifade ile davaların hızlı şekilde sonlandırılması için en iyi çözümler-
den birisi olan sulh yani uzlaşma anlayışına katkı sağlaması için tahkim sistemine
işlerlik kazandırılabilir.⁶⁵ Hakemlerin devreye girdiği bu sistem genel olarak şöyle

-
- 62 Bu bağlamda Jennings, Weber'i eleştirmekte, kendi bulgularının Weber'i desteklemediğini, Weber'in Avrupa'nın kültürel üstünlük anlayışı ile hareket ettiğini, bunun da bilimsel bir değeri olmadığını ifade etmektedir. Gerber'de benzer ifadeler kullanılmaktadır. Jennings, R. C. 'Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri', *Studia Islamica*, C. 48, (1978), s. 137 (footnote); Gerber, Haim, *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, State University of New York Press, Albany, 1994, s. 42.
- 63 Ceza hukukunda kadıların, Fatih döneminden itibaren kanunname hükümlerini dikkate aldıkları, Sultan Süleyman zamanında kadıların ve mahkemelerin kanunnameler dağıtıldığı bazı araştırmacılar tarafından ifade edilmektedir. İslam hukukunun düzenlemediği veya ispat vasıtalarının ağırlığı nedeniyle tazir olarak farklı cezaların uygulanmasının gerekli olduğu alanlarda kanunnamelerin dikkate alındığı şeklinde kayıt koymak daha doğrudur. Örneğin, zina ile ilgili kanuni düzenlemede, 'idam/recm cezası uygulanmazsa', şeklinde kayıt bulunmaktadır. Buradan da anlaşılmaktadır ki, öncelikle İslam hukukunun hükmü esas alınacak, bu uygulanamazsa kanuni hüküm uygulanacaktır. Düzbakar, Ömer, 'Abortion In The Islamic-Ottoman Legal Systems', *Journal of the international Society for the history of Islamic medicine*, S. 5 (2006), s. 29 <http://www.ishim.net/ishimj/910/JISHIM%20NO.9%20PDF/05.pdf>, erişim tarihi: 23.1.2016; Heyd, Uriel, *Studies in old Ottoman Criminal Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1973, s. 56, 95.
- 64 Kadılar, Hanefi mezhebinin sahih görüşleri ile hükmetmek şartıyla atanmışlardır. Molla Hüsrev'in (v. 885/1480) *Dürrü'l-Hükkâm fî şerhi Gureri'l-Ahkâm* adlı eseri ile İbrahim el-Halebî'nin (v. 956/1549) *Mülteka'l-Ebhur* isimli eseri mahkemeler için kararların dayanağı olmuştur. Zaman zaman Merğînânî'nin (v. 593/1197) *Hidâye* adlı eserine müracaat ettikleri mahkeme tutanaklarından anlaşılmaktadır. Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin ilmiye Teşkilatı*, Türk tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 115 (dipnot 1); Bayındır, Abdulaziz, *Osmanlı'da Yargının İşleyişi*, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlid-a-yarginin-isleyisi.html>; Kılıç, Muharrem, 'Osmanlı fetva literatüründe gayrimüslimlere tanınan din ve ibadet özgürlüğü: Fetâvâyı Ali efendi örnekleme', *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 13, (2009), s. 63-82.
- 65 Osmanlı'da mahkemelerde bulunun şühûd'l-hâl'in bu amaca hizmet ettiği düşünülmektedir. Ayrıca, hakemler/muslihûn devreye girerek davaların kısa zamanda bitmesini sağlamışlardır. Bununla ilgili 5 Cumâd'l-ülâ 1127/9.5.1715 tarihli bir örnek şöyledir. Ruşen veledi Rayka adlı zimmiyi Ali oğlu Mehmed adlı bir kişi yaralayarak öldürür. Ölenin eşi Kersan davayı Rusçuk (Ruse) mahkemesine intikal ettirir. Ancak davalı inkar eder. Davacı şahit getirme aşamasında iken, muslihûn devreye girerek tarafları uzlaştırır ve davayı bitirir. *Bulgaristan St. St. Cyril and methodius milli kütüphanesi, R51, Verak 6B; Çiğdem, Recep,*

tanımlanmaktadır: “Bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür”⁶⁶

Alternatif çözüm yolu olarak avukatlara da bu yetki verilmiştir. Avukatlık kanununun 35/A maddesi şöyledir: ‘Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.’ Avukatların burada tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmeleri gerekmektedir.⁶⁷ Bu yetki sadece avukatlara verildiğinden,⁶⁸ başkaları tarafından yapılan sulh, ilâmlı icraya konu olamamaktadır.⁶⁹

Avukatların bu konuda yeterli donanıma sahip olup olmadıkları ile ilgili Alper şunları kaydetmektedir: “Burada üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de avukatların, söz konusu düzenleme uyarınca kendilerine verilen bu kurumsal görevi ve yetkiyi kullanabilmeleri bakımından, yeterli donanıma sahip olup olmadıklarıdır. Zira hukuk eğitiminde, avukatlık ve hakimlik staj dönemlerinde, sürekli çatışmacı yöntemlere vurgu yapılması, hukukçu olarak yetişen kişilerde, asıl olanın bu tür bir çatışmacı ve yargısal çözüm yoluna başvurmak olduğu düşüncesini

The Register of The Law Court of Istanbul 1612-1613: A Legal Analysis, Yayınlanmamış doktora tezi, Manchester Üniversitesi, 2001, s. 81-83; Bayındır, ‘Osmanlı’da Yargının İşleyişi’. Ayrıca bkz. Aslan, Nasi, *İslam yargılama hukukunda ‘şühûdü’l-hâl’ jüri: Osmanlı devri uygulaması*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999.

66 Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 198. Hakem anlayışı için bkz. Biçkin, İnci, ‘Hakem sözleşmesi ve hakem yargılaması’, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-67-282>, erişim tarihi: 27.1.2016.

67 Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 217.

68 Bulur, uzlaşma ile ilgili şu tavsiyeyi yapmaktadır: “Bir uyuşmazlıkta, en kötü sulh, en iyi davadan daha iyidir; hukuki özdeyişinden hareketle söylenebilir ki hukukçuların ve özellikle de avukatların, kendi önlerine gelen bir uyuşmazlıkta, hemen yargı organlarına başvurmayı tavsiye etmek veya yargı organlarına başvurulmuşsa bu süreci sürdürmek yerine, öncelikle anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmeleri daha yararlı olacaktır.” Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 230.

69 Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 227.

kuvvetlendirmektedir. Uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları uzlaştırmak, onları ortak bir noktada ve her iki taraf için de optimum fayda sağlayacak bir sonuç etrafında birleştirmek, bir maharet, zaman ve sabır işidir. Türk hukukçuları ise, böyle bir maharet ve uzmanlık için yetiştirilmemektedirler. Bu nedenle, hukukçuların eğitimindeki bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, hukuk fakültelerinin ders programlarına 'alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri', 'arabuluculuk – uzlaştırma' ve özellikle de 'müzakere teknikleri' üzerine dersler eklenmeli; ayrıca, hukukçular da mesleklerini icra ederken, çeşitli kurslarla bu konularda kendilerini geliştirmeli ve meslek içi eğitim almalıdırlar."⁷⁰ Buna ek olarak, avukatların hukuk eğitimine İslam hukuku derslerinin daha yoğun şekilde eklenmesi, onların bu alanda bilgi sahibi olmalarını ve davaların çözümüne katkı sağlamalarını kolaylaştıracaktır. Zira halkın büyük çoğunluğu Müslüman olan ülkemizde, insanların bir kısmı sorunlarının İslam hukukuna göre çözümlenmesini istemektedir.

Türkiyede basılan fetva kitapları, sorunların çözümünde yol gösterici nitelikte olabilmektedir. Bunlar analiz edildiğinde, soru soran kişilerin sorunlarının çözümünde dini referanslara önem verdikleri görülmektedir.⁷¹ Başka bir anlatımla kişiler, sorunlarının çözümünde resmi hukukun dışında alternatif çözümler de aramaktadırlar. Örneğin, resmi boşanmayı yeterli görmeyenler dini olarak da boşanmanın gerçekleşmesini istemektedirler. Aynı durum evlilik için de geçerlidir.

Şanlıurfada "cemaate gidelim" anlayışı da bunun bir yansımasıdır. Şanlıurfada ticari veya ailevi sorunlar olduğunda hızlı çözüm yolu olarak dini bilgisi ve hayat tecrübesi olduğu düşünülen kişilere gidilmekte ve onların çözüm yoluna itibar edilmektedir. Bu bağlamda, Balıklıgöl civarında yer alan Fetva meclisi adıyla bilinen kurula sık sık başvuru yapılmaktadır. Her Çarşamba günü belli saatler arasında (ikinci ile akşam arası) kişilerin sorunları kurulda dinlenmektedir. Taraflar ve deliller hazırsa sorun çözümlenmekte, aksi halde tarafların birlikte gelmeleri ve delillerini sunmaları için süre verilmektedir. Bu kurul tarafından alınan kararların, fetva olarak yayımlanmasının planlandığı dile getirilmektedir.

Müftülere nikah kıyma yetkisinin verildiği⁷² bu dönemde başka bir öneri de

70 Bulur, 'Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları', s. 228-229.

71 Bu bağlamda şu esere bakılabilir: Güneç, Halil, *Günümüz meselelerine fetvalar*, İlim Yayınları, İstanbul, t.y.

72 5490 sayılı nüfus hizmetleri kanununun 22. Maddesinin 2. Fıkrasında yapılan değişiklik şöyledir: '(2) Evlendirme memuru; belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bakanlık, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir.' Bu değişikliğin iptal talebiyle anayasa mahkemesine götürüleceği Cumhuriyet Halk Partisi yetkililerince dile getirilmiştir. Bu durumda konu anayasa mahkemesi tarafından değerlendirilecektir. Türk medeni kanununda evlilikle ilgili yeni bir düzenleme yapılmamış, iddia edildiği gibi, evlenme yaşında bir değişikliğe gidilmemiştir. Müftülüklerin yapacağı işlem, evliliğin tescili ve bunun ilgili makamlara bildirilmesidir. Müftüler de diğer memurlar

Müftülüklere hakem yetkisi verilmesidir. Bu durum kanaatimizce laikliğin ihlali olarak da değerlendirilmemelidir. Zira amaç, kişilerin sorunlarının en kısa zamanda uzlaşılı ile çözümlenmesidir. Bu durum, mahkemelerin gereksiz iş yükünden kurtulmasına da yardımcı olacaktır. Uzlaşılı yöntemi işe yaramadığında, mahkemeler her halükarda zaten devreye girecektir. Alper'in ifadesi ile *'devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünü amaçlanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözetererek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir.'*⁷³

SONUÇ

Osmanlı farklı kültür, din, dil ve ırkları 6 asır gibi uzun süre bir arada tutabilmiş, bugün anarşinin ve mezhep kavgasının hüküm sürdüğü Ortadoğu'da uzun dönem barışı sağlayabilmiştir. Bunun altında yatan sebeplerin araştırılarak topluma ve devletlere sunulması, bölgemize yeniden barış ve huzurun gelmesine katkı sağlayacağı muhakkaktır. Barış ve huzurun temel nedenleri arasında, Osmanlı'nın halkın dini ve kültürel değerlerine saygı duyması, bu değerlerin hukuk sisteminde bir yere sahip olması ve böylece yargıya güveni tesis etmesi ve insanların rahat ve huzur içinde yaşamasını temin etmiş olması sayılabilir. Gerber'in deyimi ile halk bir anlamda demokrasi kültürü ile yaşayabilmiştir.⁷⁴

Millet sistemi içerisinde her din ve kültür, bilhassa özel hukuk alanında kendi hukuk sistemini yaşatabilmiş ve dini ritüellerini rahatça yerine getirebilmiştir. Davalar en kısa sürede sonlandırılmış, gereksiz bürokrasinin önüne geçilmiş ve halkın hukuka ve devletine olan güveni sağlanmıştır. Bu durum halkın uzun dönem barış ve huzur içinde yaşamasını sağlayan belki de en önemli etkenlerden biri olmuştur.

gibi 657 ve diğer kanunlara tabi devlet memurlarıdır. Diğer memurların yapmış olduğu tescil işlemini yapmaktan başka bir görevleri bulunmamaktadır. Bunun laikliğe aykırılık teşkil ettiği yorumu, zorlama bir yorumdur. Anayasa mahkemesinin konuya bakış açısını vereceği karardan izleyebileceğiz. <https://www.cnnturk.com/son-dakika-chp-muftulere-nikah-yetkisi-veren-duzenlemeyi-anayasa-mahkemesine-gotur-uyor-erisim-tarihi:3.11.2017>.

73 Bulur, 'Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları', s. 199.

74 Gerber, Haim, *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, State University of New York Press, Albany, 1994, s. 42; Gür, A. R. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle: Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi*, Çeltut Matbaası, İstanbul, t.y. s. 7-10.

Halkın ülkesine aidiyetini arttıracığını düşünerek İngiltere’de de benzer bir uygulama başlatılmış ve hakem sistemi genişletilerek, özel hukuk alanında Yahudilere, Müslümanlara kendi dinlerine uygun çözümler üretebilmesine imkan tanınmıştır. Bu anlayış, laikliğe zarar veriyor şeklinde yorumlanmamıştır. Aksine demokratik kuralların, din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak yorumlanmaktadır.

Ülkemizde hukuk ve adalete güvenin devam etmesi; basit, ucuz ve hızlı şekilde hukuki sorunların çözümlenebilmesi için hakem ve uzlaşma anlayışının geliştirilmesi, avukatlara verilen yetkinin çözüm üretebilecek İktisadi ve İdari bilimler fakültesi mezunları ile sosyoloji, psikoloji, ilahiyat ve benzeri sosyal alanları kapsayacak şekilde genişletilmesi uygun olabilir.

İnter disiplinler çalışma alanlarının geliştirilmesi, Sosyoloji-Hukuk, İlahiyat-Hukuk, İdari bilimler-Hukuk, Hukuk-Toplum bilimler, Hukuk-Halkla ilişkiler, Sosyoloji-İlahiyat vb. yan dal eğitiminin teşvik edilmesi de hukuki sorunların çözümünde farklı uzmanlık alanlarının katkı sağlaması bağlamında faydalı olacaktır.