

Fıkıhtan Kanuna: Osmanlı Son Döneminde Hukuktaki Yapısal Değişmeler

Ömer Faruk Ocakoęlu¹
Kırklareli Üniversitesi

Öz: Hukuk sistemlerinin farklılıklarına ilişkin en ayırıcı vasfı, belki de, hukuk yapım yöntemlerinde aramak gerekir. Zira hukuk yapım yöntemine ilişkin hukuk sistemlerinin sahip olduğu özellikler onların en temel yapısal unsurlarını içerir. Kaynak, kaynakla ilişki, sistemin bütünlüğünün ve tutarlılığının nasıl sağlandığına ilişkin bir dizi yapısal problem aslında hukuk yapım yöntemiyle doğrudan ilişkilidir. Özellikle bir hukuk sisteminin toplumsal düzeni sağlama işlevi çerçevesinde kurumsallaşması ve bu kurumsallaşma içerisinde bir hukuki gelenek üretmesi çok anlamlı ve önemlidir. Bu çerçevede Watson; (1) örf ve adet, (2) hukuki emsal, (3) hukuk uzmanlarının düşünceleri ve (4) kanun yapma şeklinde dört tür hukuk yapım yönteminden bahseder. Gelenek ve ona bağlılık bu yöntemleri birbirinden ayıran en temel vasıftır. Watson, bu bağlamda bir geleneğe sahip olma ve ona bağlı kalma hususunda en zayıf yöntemin kanun yapım yöntemi olduğu görüşündedir. Dolayısıyla Osmanlı son döneminde bu yöntemler içerisinde emsal hukuku içerisinde gösterilebilecek fıkıhtan (her ne kadar tam örtüşmese de) kanun yapma yönteminin en somut örneği olan modern kıta Avrupası hukukuna doğru yaşanan hukuki değişim önem kazanmaktadır. Bu çalışmada bu temel ayırmadan hareketle Osmanlı son döneminde yaşanan hukuki değişme sürecinin temel dinamikleri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı • fıkıh • hukuki değişme • hukuk yapma • kodifikasyon

1 Ömer Faruk Ocakoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Kırklareli Üniversitesi, Fen Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü, Kırklareli. Eposta: ocakogluomer@gmail.com

Atıf: Ocakoğlu, Ö. F. (2019). Fıkıhtan kanuna: Osmanlı son döneminde hukuktaki yapısal değişmeler. *Toplumsal Değişim*, 1, 141–164.

Bu alışmada Tanzimat ncesi, Tanzimat dönemi ve sonrasında yoğunlaşan hukuki değişim dinamiği, hukuk yapım yöntemlerinde görülen değişme bağlamında ele alınmıştır. Bu süreçte klasik fıkıh geleneği içerisinde geliştirilen ve çeşitli mezhebi farklılıklarıyla fıkıh usulü eserlerinde yöntem boyutu ele alınan hukuk yapım türü köklü bir değişime uğramış görünmektedir. Klasik fıkıh usulü içerisinde içtihat olarak kavramsallaştırılan hükümlerin kaynak boyutundan ortaya çıkartılma usulüne; uygulama boyutundan bağlayıcılık hususlarına kadar özgün yapısına ilişkin temel hususların bu dönemde köklü değişimlere uğradığını görürüz. Hukuk yapım yöntemine ilişkin değişim bu döneme ana karakteristiğini vermiştir. Bedir'in (2004) ifadesiyle fıkıhın erken dönem mezhepler bünyesinde teşekkülünden sonraki en köklü değişme, on dokuzuncu yüzyılda kanunlaştırma süreçleriyle birlikte hukuk yapım yöntemindeki değişmedir. Tanzimat dönemi öncesinde özellikle meclisler aracılığı ile başlayan hukuk yapım süreç ve yöntemlerine ilişkin değişimin mahiyet, yönelim ve motivasyon boyutları çerçevesinde değerlendirilmesi önemlidir. Bir süreç dâhilinde öncelikle idari işleyişe dair hukuki düzenlemelerin hukuk yapım yöntemi açısından farklılaşması şeklinde ortaya çıkan bu durumun giderek fıkıhtan hukuka doğru yaşanan dönüşümün, yapısal unsurlar üzerinden, nasıl ilerlediği gösterilmeye gayret edilmiştir.

Alan Watson, "Hukuksal Evrim ve Kanun Yapma" (2011) başlıklı makalesinde hukuk yapım yöntemi olarak örf ve adet, hukukî emsal, hukuk uzmanlarının düşünceleri ve kanun yapma şeklinde dört tür yöntemden bahseder. Bu hukuk yapım yöntemlerinin her birinin nasıl işlediğine ilişkin ayrıntılı bilgilere yer verir. Buna karşın Watson için asıl vurgulanmayı hak eden durum ise kanun yapma yönteminin tüm bu yöntemler içerisinde mevcut hukuk geleneğine en az bağlı yöntem olma özelliği göstermesidir. Watson bu durumu daha belirginleştirmek için teker teker hukuk yapım yöntemlerinin kendi hukuk geleneklerine bağlı kalma mekanizmalarını çözümlemeye girişir. Hukuk uzmanlarının ve yargıçların hukuk yapım ameliyesi içerisine girdiklerinde, her ne kadar oportünist bir yön bulunsa da, yine de kendilerinden görüşlerini doğrulayacak bir sebep beklentisinin karşılanması gerektiği bilinciyle hareket ettiklerinden bahseder. Örf ve det hukuk yapım yönteminde, sistemin en zayıf noktası olarak düşünülebilecek örf ve detin bulunmaması durumunda bile yargıç, örf ve detin bulunduğuna karar vererek hükmü kendi geleneği içerisinde tutmaya çalışır. Emsal kararlar² üzerinden bir hukuk yapım yönteminin cari olduğu sistemde yargıçlar bir hukuki yeniliğe yönelebilirler ama bunu da hem davanın gerçeklerine hem de sistemin kurallarına dikkat ederek yapmak durumundadırlar. Oysa Watson'a göre (2011, s. 232);

Kanun yapma farklıdır. Mevcut âdetlere hiç uymayabilir ve hatta teorik olarak, herhangi hukukî bir geleneğe de uymayabilir. Kanun yapma, hukuk sistemini yeniden oluşturabilir.

2 Fıkıhın hükümleri mft tarafından formüle edilen hayli iyi düşünülmüş cevapların oluşturduğu fıkıh yazılarında bulunur. Mahkemelerde verilen emsal kararlarda değil. Bu bakımdan Fıkıh bu dörtlü kategorizasyonda emsal karara yakın olmakla birlikte ondan farklıdır (bk. Hallaq, 2019, s. 105).

Kanun yapma; parlamenterlerin, diktatörlerin veya kralların işidir. Onların da hukukî âdetleri bilmeye ya da hukukî âdetlere saygılı olmaya ihtiyaçları yoktur. Kanun yapma sırasında zorlamalar kadar yaratıcılık da ortaya çıkabilir. Toplum, kanunlardaki değişiklikler için diğer hukuk yapma yöntemlerine oranla çok daha fazla baskı yapabilir. Buna ilâveten kanun yapma, toplumun özel bir ekonomik, dinî veya politik yola sevk edilmesi için en iyi yöntemdir.

Kanun yapma yöntemine ilişkin yukarıdaki alıntıda Watson, tarihsel bir ayrıma gitmeksizin ve ekonomi politiğin etkisinden bahsetmeksizin ikircikli bir dil kullanır. Bir taraftan hukuki geleneğe bağlı olmama vasfına yani keyfiliğe vurgu yaparken hemen devamında yaratıcılık vasfından bahseder. Kanun yapma yönteminin diğer yöntemlere göre toplumsal baskıya çok daha fazla açık olduğu tespitinin hemen devamında toplumsal kontrol için en iyi yöntemin de kanun yapma yöntemi olduğu belirtilir. Watson'un burada kullandığı ikircikli dilin makalenin devamında işlevsel bir karşılığı olduğu görülür. Yani Watson kanun yapmanın toplumsal ve hukuksal değişmelere her ne kadar yöntemler içerisinde en fazla imkân vereni olsa da Batı için sınırlı etkisinden Batı dışı dünya için ise olumlu örneklerinden bahseder. Handiyse bu ayrımda kanun yapma yöntemi Batı için hukuksal geleneklere bağlılık konusunda oldukça kayıtlı bir uygulama ile ilerlerken Batı dışı toplumlar için devrimsel ve yenilikçi adımların atıldığı örnekler üzerinden ele alınır. Örneklerden biri de Atatürk başlığı altında 1926 Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe konmasıdır. Burada kanun yapma yöntemi, Batı için geçerli olan hukuk gelenekleriyle daha fazla bağlı olma tespitini taşıyan analizden ayrılarak Batı dışı bir toplum olarak görülen Türkiye için demokrasiyi hedefleyen yenilikçi bir adım olarak genel değerlendirmeden ayrılarak analize tabi tutulmaktadır (Watson, 2011, s. 248). Burada Watson'un kafasında handiyse büyük harfle "gelenek"e sahip olma ve ona bağlı kalma Batı'ya ait bir vasfımsı gibi bir ön kabulden hareket edilmektedir. Dolayısıyla hukuk alanında da Batı dışı toplumlarda hukuksal geleneğe bağlılığı en zayıf yöntem olan kanun yapma yöntemi, orada var olan eksiklik ve irrasyonellik vasıflarını taşıyan hukuk mekanizmalarından kurtulmak ve ilerlemeci bir adım atmak için en uygun olanıdır.

Bu ve buna benzer okuma biçimleri toplumumuz için hukuk yapım alanında yaşanan tarihsel sürecin motivasyonlarını, aktörlerini ve mekanizmalarını daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymayı elzem kılmaktadır. Bu makalede, on dokuzuncu yüzyılda yoğun bir hukuki değişim sürecinin içerisine giren Osmanlı devleti özelinde yaşanan durumun yönü, biçimi ve temel dinamikleri ortaya konmaya çalışılmıştır. Öncelikli amaç, hukuk yapım süreçlerinde yöntem açısından nasıl bir değişimin yaşandığını göstermek ve bunun aktörler üzerindeki motivasyon unsurlarının neler olduğunu tespit etmeye çalışmak olacaktır. Çalışmada temel problem alanları Osmanlı son dönemi hukuk yapım yöntemindeki değişimin dinamiklerini belirlemeye çalışmak ve bunu hem hukuk sistemi açısından hem de hukuk ve toplum ilişkisi bağlamında ortaya çıkardığı sonuçlardır.

Hukuk Tasavvurunun Değişmesi

Osmanlı Devleti için on dokuzuncu yüzyılda devlete yeniden nizam verilmesinin en önemli boyutunu, kurumlarıyla ve mevzuatlarıyla birlikte modern, merkeziyetçi bir bürokratik yapının oluşturulması ve bunun içinde işleyeceği yasal düzenin kurulması oluşturur. Yeni kurumların ihdası ve bu kurumların görevlerinin ve yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi hukuk marifetiyle gerçekleştirilebilecek düzenlemelerdir. Modern anlamda bürokrasinin inşasının ağır ağır söz konusu olduğu bu dönemin hukuk alanında buna bağlı olarak başlangıçta mevcut klasik Osmanlı hukuk sisteminin içerisinde geliştirilen reflekslerle, daha sonra eklektik müdahalelerle ve nihayetinde kanunlaştırma pratiği ile karşılandığı görülecektir. Zira İslam hukuku temelde Weber'in eksiklik olarak gördüğü kazuistik metoda sahip bir hukuk sistemidir.³ Bu durum mevcut hukukun modern anlamda bürokratik merkeziyetçi bir devlet yapısının inşasında kendine özgü yapısını bozmadan dâhil olmasının zaten başlangıçta bunu üretememesi eksikliği ile açıklanması anlamına geliyordu. Edmund Burke'nin Fransız İhtilali ve sonrasında ortaya çıkan devlet ve hukuk modelinin İngiltere'yi etkilememesi yönündeki muhafazakâr söylemi de aslında tam da bu bozucu etkiye karşı dillendirilmiştir. Osmanlı'da buna benzer bir söylemi ve bu söyleme içkin hukuk çalışmalarını, mecburen daha uzlaşmacı bir ton kullanarak Ahmet Cevdet Paşa üstlenecek ve üretecektir (Gencer, 2011).

Batılılaşma, en başta, bir devlet projesi olarak devletin kendisini modern devlet formuna dönüştürmesine ilişkin bir sürecin işletilmesi anlamına gelmektedir. Lakin bu süreç, en azından Kıta Avrupası modeline uygun ilerlediğinde formel, yani yasalar hâlinde düzenlenmiş ve rasyonel, yani ilahi referanslarından arınmış bir hukuk sistemi ile de ilişkili bir durumdur. Bu noktada bu yönde sonuçlar doğuran sürecin, her ne kadar tamamen bunun amaçlandığını iddia etmek güç olsa da, ara mekanizmalar olarak meclislerin devreye girmesiyle başlatılabilir. Öncelikle Meşveret meclisleri daha sonra ise Tanzimat meclisleri⁴ artık sadece idari işler yani yürütmeye dair alanlarla ilgili olarak değil, bizzat yasama yani hukuk yaratma alanıyla da ilgilenmeye başlamıştır. Bu durum, Osmanlı hukuk sisteminin karma bir şekilde kodifikasyon ve

3 Weber'in düşüncesinde, bilindiği gibi, rasyonel, sistematik bir hukuk tıpkı kapitalizmde olduğu gibi yalnızca Batıda gelişme göstermiştir. Bu tespiti Weber'in İslam hukuku ve Mecelle ile ilgili yaptığı şu analizde açık bir biçimde görebiliriz: “Yine de, kutsal gelenek tarafından iddia edilen evrensellik, kaçınılmaz yeniliklerin ya neredeyse her zaman özel bir durumda bazen iyi niyetle bazen de hileyle alınan bir *fetva* ya da birkaç rakip Ortodoks ekolün tartışmacı vaka çözümleme yöntemi tarafından desteklenmek zorunda olduğu gerçeğiyle sonuçlandı. Bu unsurların sonucu olarak hukuk düşüncesinin formel rasyonelliğinin bahsedilen yetersizliği ile birlikte hukuk birliği ve tutarlılığını amaçlayan sistematik yasa yapımı imkansızdı. Bu nedenle 1869'da ilan edilmeye başlanan Türk Kanunnamesi gerçek anlamda bir Kanun değildir; bu açıkça Hanefi normlarının derlenmesidir. Bu gidişatın ekonomik örgütlenme konusunda önemli sonuçları olduğunu göreceğiz.” bk. Weber (2012, s. 187).

4 Makalemizde meclisler meselesi hukuk yapım biçimine, istedik veya sosyal bilimlerde ihmal edilmemesi gereken istenmedik sonuç boyutuna girmeksizin –ki bu çok geniş e kapsamlı bir çalışmanın konusudur– etkisi bağlamında değinilmektedir. Gerek meşveret düşüncesi gerekse Meşveret ve Tanzimat Meclisleri hukuk tarihi bakımından birçok çalışma söz konusudur. Daha geniş bilgi için bk. Akyıldız (2003a; 2003b) ve Ceylan (1998). Daha geniş literatür taraması için bk. Ceylan (2005).

resepsiyon girişimleriyle köklü bir şekilde yeniden tanzim edildiği bir süreci beraberinde getirmiştir.⁵

On dokuzuncu yüzyıl, Osmanlı İmparatorluğu ile Batı'nın bir taraftan askerî ve siyasi, diğer taraftan iktisadi ve ilmi alanlarda yoğun bir şekilde karşı karşıya gelmesi ile birlikte birçok alanda olduğu gibi hukuk tasavvurunda da köklü değişikliklere yol açan toplumsal, kültürel ve entelektüel değişmelere sahne olmuştur. Bu dönemde yaşanan hukuki değişimin hem konu hem de kurum temelinde sürekliliklerini ve farklılıklarını görmek için bu süreçte yoğun bir şekilde dolaşımda olan ve tartışmaların kendileri etrafında sürdürüldüğü dört kavram söz konusudur. Hukuk alanını ilgilendiren kavramlardan özgün İslami kavramlar olarak “şeriat” ve “fıkıh”, daha çok Tanzimat süreci ile birlikte yeni bir anlam yüküyle kullanıma sokulan “hukuk” ve Osmanlı tecrübesinin de beslediği ama Batı hukuk formunun en belirgin uzantısı olarak karşımıza çıkan “kanun” bu dört kavramı oluşturur (Bedir, 2011, s. 18–20).⁶

Şeriat, ister ahlaki ve dinî isterse hukuki olsun insanın eylemlerini düzenleyen ilahî hükümler anlamına gelir. Fıkıh ise bazen şeriat ile aynı anlamda kullanılsa da daha çok şeriata ait hükümleri açıklama ilmi olarak bir disipline işaret eder. Bedir'in ifadesiyle “Fıkıh, hükümlerin insanî boyutunu temsil eder ve açıklarken şeriat ahkâmın ilahî boyutunu temsil eder.” (Bedir, 2011 s. 21). Kanun ise hem İslam hem de Batı hukuk dünyasında kullanılan ortak bir kavramdır. Lakin İslam ve Osmanlı tecrübesinde bu kavram daha çok hem kaynak hem de yöntem olarak fıkıhtan beslenen ve fıkıhın içerisinde kalarak daha düzenli ve basit olan kuralları ifade ediyordu. Oysa Tanzimat döneminde başlangıçta eklektik bir biçimde de olsa kanundan kast edilen anlam Avrupa hukukundan alınan hukuk kurallarını ifade etmeye başlamıştır. Buna ilave olarak bu dönemdeki kanundan, merkezileşen devletin, idari kabiliyetini arttırmak için yöneldiği salt biçimsel bir tercihten ziyade bürokratların ve elitlerin ürettiği yasalar anlaşılmalıdır.

Diğer taraftan “hukuk” ise İngilizce “law” ve Fransızca “droit” kavramının karşılığı olarak Tanzimat sonrasında kullanılmaya başlanmıştır ve modern Batı hukukundan

5 Tanzimat sonrası kanunlaştırma süreçleriyle ilgili en kapsamlı çalışmalardan biri Gülnihal Bozkurt'a aittir. Konuyu Tanzimat'tan Cumhuriyet'e resepsiyon yoluyla yapılan kanunlaştırmalarla sınırlı bir şekilde ele alan Bozkurt, bu çalışmaya iki temel nedenden dolayı yöneldiğini belirtir: İlki Cumhuriyet dönemi resepsiyon yolu ile gerçekleştirilen köklü hukuk devriminin Tanzimat süreci ile ilişkisini kurarak tarihsel sürekliliğini göstermeye çalışmaktır. İkinci neden ise bir toplumun başka toplumların hukuk sistemlerinden etkilenmesinin sadece Türklere özgü bir olay ve bir prestij sorunu olmadığını; bilakis hem bir toplumun farklı tarihsel kesitlerinde farklı hukuk sistemlerini benimsemiş olmasından hem de çeşitli toplumların benzer etkilenme süreçlerine girmiş olmalarından hareketle ortaya koymaya çalışmaktadır. Türkiye'nin modernleşme süreçlerinden de baştan beri mukayese bakımından dikkat kesilinen Japon örneği, hukuki değişim konusunda da ilk elde akla gelen örneklerdir. Bozkurt da kitabında bir bölümü bu örneğe ayırmıştır (bk. Bozkurt, 2010).

6 Bu kavramsal ayrımlar çerçevesinde fıkıhın paradigmatic bir çerçevede değerlendirilmesi hakkında bk. Hallaq (2019, s. 96-129).

mülhemdir.⁷ Bu kavramsal analizi aynı zamanda Tanzimat ile birlikte hızlanan hukuk alanındaki kurumsal değişimle birlikte de okumak gerekir. On dokuzuncu yüzyıla ve özellikle de Tanzimat’a kadar Osmanlı hukuk sistemi, ilmiye sınıfının geleneksel kodlarla uygulayıcılarını yetiştirdiğı ve Şeyhülislamlık makamınca da idari işlerini yürüttüğü bir yapıya sahiptir. Klasik fıkıh eğitimi alan ve ilmiye sınıfına dâhil olan kişiler devletin elindeki yargılama tekeli ni “kadı” sıfatıyla üstlenirlerdi. Devletin resmî hukuk uygulayıcısı olarak kadıların yanında resmî yargılama süreçleri önce-sinde tarafların ihtilaflarını danıştıkları bir fetva eminliğı⁸ müessesesi de mevcuttur.

Bu klasik yapının özgünlüğünü sağlayan hukukun kaynağı, ajanları ve yapısı olmak üzere üç unsur söz konusudur. Hukukun kaynağı noktasında hatırlanması gereken Osmanlı’nın İslam hukukunun uygulandığı bir devlet oluşudur. İslam hukuku ise bilindiğı gibi ilahi kaynaklı bir hukuktur. Yani hukukun ana gövdesini şeriat adı verilen temel dinî naslardan çıkarılan hükümler oluşturur. Bu hükümlerin sınırlarını çizdiği alanda diğer hukuk kaynakları da hukukî problemlerin çözümünde işlev görürler. Yine bu hükümlerin belli bir disiplin çerçevesinde ele alınması ise fıkıh disiplinini içerisinde gerçekleştirmiştir. Şeriat ile toplumsal hayat arasındaki bağı kuran fıkıh ameliyesi kendi içerisinde farklı ekoller ortaya çıkartmıştır. Fıkıh içerisinde bu farklı ekoller ise mezhep olarak adlandırılır.⁹ Klasik dönemde İslam hukukunun toplumsal ve siyasal alana tahvili mezhepler üzerinden gerçekleştirmiştir. Osmanlı uygulaması da büyük ölçüde bundan istisna değildir. Lakin bu uygulamanın altı çizilmesi gereken en önemli özelliklerinden birini, devletin toplumsal alanda hukuki ihtilafların ön hukuk mekanizması olarak farklı din ve mezhep hukuklarınca çözüme kavuşturulmasına esneklik göstermesi (Velidedeoğlu, 1940, s. 167), ama ihtilafların çözümünün nihai mercisinin kadılık müessesesi olmasıdır. Lakin bu esneklik, Kenanoğlu’na göre (2012, s. 202), tarafların aralarındaki anlaşmazlıkları bu yerel unsur ve imkânlarla çözemeyip devletin çözümünü talep etmelerine kadardır. Zimmîlerin birçok konuda kadının kararını tercih etmeleri de bunu güçlendirir.

İslam hukuku, klasik dönemde büyük ölçüde bir mezhep bünyesinde üretilmiş, eğitimi yapılmış ve uygulanmış bir hukuk sistemidir. Dolayısıyla hukukçular faaliyetlerini öğrenim sürecinden uygulama aşamasına kadar bir mezhebe bağılı olarak gerçekleştirirler. Hukuk eğitiminin içerisinde mezhep görüşlerinin dayandığı delilleri daha iyi kavramak ve daha nitelikli bir mezhep savunusu yapmak için diğer mezhep görüşleri ve onların delillerini de öğrenirlerdi. Bu yüzden cedel ve ilm-i hilaf, fıkıh eğitiminin önemli bir parçasını oluşturmuştur. Hallaq’a göre (2004), fıkıh üzerine uzmanlaşan âlimleri yani fakihleri, uzmanlığını kazandıkları alanla ilişkileri bağı-

7 Buna uygun kullanım için bk. Suavi (1870). Fıkıh ve ilgili kavramlara benzer bir şekilde modern hukuk ilgili kavramların paradigmatik bir çerçevede değerlendirilmesi hakkında bk. Hallaq (2019, s. 51-95).

8 Örneğin klasik fakih geleneğinin son büyük temsilcisi olarak kabul edilen İbn Abidin Şam’da fetva eminliğı yapmıştır.

9 Mezhep için daha geniş bilgi için bk. Koca (2004) ve Kaya (2001).

lamında dört tipe ayırmak mümkündür. Klasik anlamda fıkıh ilmi ile meşgul dört tip şunlardır: Kadı, müftü, alim/profesör ve yazar/hukukçu. Bunlar mutlak anlamda birbirinden tamamen ayrılmış uzmanlıklar değildir. Bir hukukçunun bunlardan biri ya da bir kaçıyla meşgul olması mümkündür. Diğer taraftan bu tipolojide hukuki değişim işlevini en fazla yüklenen, Hallağ'a göre, yazar-hukukçudur. Yazar-hukukçu, şerh, karşı şerh ve haşiye gibi yazım tekniklerini kullanarak bir taraftan mensup olduğu hukuk geleneğinin aktarımını diğer taraftan yaptığı müdahale, ihmal veya öne çıkarmalarla değişimini ya da güncellenmesini sağlamaktadır.¹⁰ Bu tip hukukçuların sonuncusu Hallağ'a göre Şamlı Hanefi âlim, fakih İbn Âbidin'dir. O bir taraftan geçimini de sağlayabilmek için müftü emniyeti yaparken diğer taraftan Hanefi hukukunun başucu kitaplarından biri olan *Dürri'l-muhtar* haşiyesi *Reddü'l-muhtar* adlı meşhur eseri kaleme almıştır. Bu hacimli haşiye çalışmasıyla eş zamanlı olarak ise döneminin hukuki problemlerini açığa kavuşturduğu bugünkü anlamda geniş ve kapsamlı makale olarak düşünülebilecek risaleler telif etmiştir (Hallağ, 2004).

İslam hukuku, içtihatlarla bağlayıcı örnek kararların ortaya çıktığı, kıyas yoluyla farklı durumlara uygulanan ve mezhepler aracılığı ile de kurumsal yapısı şekillendirilen bir hukuk sistemi olarak uygulamada karşımıza, Osmanlı örneğinde de olduğu gibi, bazı kanunî düzenlemeler de çıkartır. İslam hukukunun uygulandığı bir sistemde kanunnamelerin varlığı telif edilmesi gereken bir durumdur. Zira bu kanunlaştırmaların modern Batı tipi kanunlaştırmalarla telif edilir bir özelliği söz konusu değildir. Buna yönelik izah girişimlerinden ilki, bugünkü mevcut şartlardan hareketle geçmiş değerlendirmesi yapmakta ve laik hukukun ön adımları olarak bu düzenlemeleri nitelendirmektedir. Ömer Lütfi Barkan gibi Osmanlı tarihçilerinin görüşü bu yöndedir. Diğer taraftan bu düzenlemeler, İslam hukukunun zaten idareye düzenleme yetkisi verdiği tazir gibi alanlarla ilişkili olduğu için tamamen İslam hukuku içerisinde düşünülmesi gerektiğini savunanlar söz konusudur. Mehmet Akif Aydın ise şekli ve müstakil kanunlaştırma ayrımı yaparak içtihat hukuku olan İslam hukukunun kanun hukuku hâline dönüşümünden bahsetmektedir (Aydın, 2006).

Aydın'ın bu ayrımı bir taraftan klasik dönem Osmanlı kanunnamelerini diğer taraftan Tanzimat dönemi kanunlaştırma çalışmalarını özellikle de Mecelle çalışmasını İslam hukuku içerisinde ortaya çıkan yeni şekli düzenlemeler olarak görme eğilimindedir. Lakin özellikle Tanzimat kanunlaştırmalarını ve Mecelle'yi bu çerçevede değerlendirmek oldukça güçtür. En azından İslam hukukunun kendi iç dinamiklerinden kaynaklanmayan bilakis Batı karşısındaki düşülen durum zorunluluğu ile yönelinilen bir düzenleme olduğunu teslim etmek gerekir. Yani ortaya çıkış sürecinde harici faktörler temel belirleyici rolü oynamışlardır. İşin bu yönü aynı zamanda karşı karşıya kalınan hukuk değişiminin toplumsal alanı da etkileyecek şekilde bir köklü

¹⁰Hallağ'ın geliştirdiği bu tipoloji Weberyen anlamda bir açıklama biçimidir. Saf anlamda bu tiplerden her birine bütün yönleriyle dâhil olan fıkıh uzmanı aranması anlamına gelmez. Ama onların fıkıh ile kurdukları ilişkisinin ağırlık merkezini kavramamıza yardımcı olur. Daha geniş bilgi için bk. Hallağ (2001).

değişmeye tekabül ettiği gerçeğidir. Zira bu süreçte hukuk sistemi, insan eylemlerinin dinî, ahlaki ve hukuki yönlerinin tümünü içeren fıkıhtan ve onu ortaya çıkartan referans çerçevesinden ayrılarak modern Batı hukuk formuna doğru evrilme sürecine girmiştir. Zira fıkıhtan bugün anladığımız anlamda hukuktan fazlasını kast ediliyor olunması sadece daha geniş bir ilgi alanına yönelmiş olmasından değil aynı zamanda Müslüman bireyi muhatap alması ve kendine özgü bir yönetime sahip olmasından da kaynaklanır. Onun iki ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet ile kurduğu ilişki, onu sadece hukuk kurallarından oluşan bir kanun koleksiyonu olmanın ötesine geçirir (Bedir, 2011, s. 17–32; Hassan, 1999, s. 72).

Bu durum, kanunlaştırma üzerinden bir İslam hukuku ve Batı hukuku karşılaştırmasının doğru bir karşılaştırma olmadığını gösterir. Kaldı ki modern Batı hukukunu kanun formunda düzenlenmesinden hareketle daha üst bir hukuk sistemi olarak ele almak İngiliz *Common Law* hukuk sistemi ve bunun Anglosakson dünyaya etkisi düşünüldüğünde oldukça tartışmaya açıktır. Kanunlaştırmanın, özellikle de modern Hegelyen mutlak devlet otoritesi merkezli bir hukuk sistemi kurma girişiminin, İslam hukuku ile telif edilebilir bir tarafı büyük ölçüde söz konusu değildir (Hallaq, 2019, s. 65–69). Yani İslam hukukunun gayesi hiçbir zaman yeni baştan bir hukuk sistemi kurmak olmamıştır. Kanunlaştırma faaliyetlerinde ise özellikle de modern kanunlaştırma hareketlerinde mutlak devlet otoritesine yüklenmiş hukukun pozitivist bir biçimi olarak yasama yetkisinde ve bunun neticesinde ortaya çıkan kanun koleksiyonlarından bahsetmek gerekir. Bunun aksine İslam hukuku, Allah'ın peygamberi vasıtası ve örnekliliği ile bildirdiği hükümler çerçevesinde bir yaşam teklifiyle insanı muhatap alır. Bu durum devleti değil şahsı merkeze alır ve dolayısıyla sadece hukuk ile değil bizzat yaşamın kendisiyle yani bütünüyle ilişkili olarak ortaya çıkar. İslam'ın Allah ile ilgili temel kabulü tenzih ilkesi çerçevesinde ilahi olanın özünün doğrudan anlaşılamayacağı üzerine kuruludur. Ancak bu kabul kesinlikle ilahi emirlerin bilinemeyeceği anlamına gelmez. Bu sebepten dolayı Müslümanlar arasında temel ilkelerini açık ilahi buyruklardan elde eden hukuk daha fazla ilgi çekmiş ve İslam toplumunun en karakteristik unsurunu oluşturmuştur (Anderson, 1957).

Bu durum, İslam hukuku ile diğer hukuk sistemlerini karşılaştırma esnasında oldukça sık düşölen bir hataya sebep olmuştur. Özellikle bu hata, İslam'da hukuk ilmine karşılık geldiği varsayılan fıkıhın, Batı hukuk ilmi ve sistemiyle birebir örtüştüğü varsayımından beslenir. Yukarıda da belirttiğimiz fıkıhın hukuku hem kavram hem de içerik olarak aşan boyutlarından dolayı bu kanaat ciddi problemlere neden olan bir kavram kargaşasına neden olmaktadır (Bedir, 2005, s. 27). Bu indirgemecilik ve kavram kargaşasından nasibini alan kavramlardan birisi de kanunlaştırmadır. Varsayılan örtüşmeye binaen pozitif bir hukuk sisteminde –ki bunun en üst örneği modern Kıta Avrupası hukukudur– olması gereken kanunlaştırma olgusu da dâhil her şeyin İslam hukukunda da bulunması gerektiğine yönelik bir beklenti oluşturur. Özellikle klasik

oryantalist yaklaşıma içkin Doğu'yu yokluğa mahkûm etme, yokluk ile okuma tavrı burada da karşımıza çıkar ve kanunlaştırma olgusunun olmadığı bir hukuk sistemi olarak fikhî eksik gören bir bakış açısının ortaya çıkmasına sebep olur.¹¹

Oysa fikhin “kişinin haklarını ve sorumluluklarını bilmesi” şeklindeki en geniş tanımı, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir taraftan fikhin yasama yapmak anlamında iradi bir girişim olmadığı diğer taraftan ise kişiyi muhatap almasıyla da mutlak devlet merkezli bir hukuk üretimi olmadığı belirtilmiş olmaktadır (Türcan, 2005, s. 11). Bilakis fikhî, kaynak olarak ilahi iradeye dayanması nedeniyle dinî bir hukuk sistemidir ve diğer hukuk sistemlerindeki emir ve yasakların ötesinde ahlaki ödev boyutuna da sahiptir. Bu aynı zamanda onun doğası gereği, pozitif hukuk sistemlerinde olduğu gibi en azından teorik düzeyde insana sınırsız bir hareket alanı tanımamakta ve dolayısıyla referans çerçevesi ilahi kaynaktan kopuk bir hukuk yaratımına da izin vermemektedir. Bu yüzden insan için bu dünyada yaşanabilir bir düzenin ne sadece hukuk eliyle ne de sadece ahlaki yaklaşımlarla değil, fakat bunun her ikisi ile birlikte kurulabileceği iddiasındadır (Sevig, 1951, s. 235–236).

Diğer taraftan bu iki temel kaynağın yazılı olarak kayıt altına alınmış olması gerçeği, fikhin Batı tarzı bir kanunlaştırmaya ihtiyaç duymamasının önemli gerekçelerinden birini oluşturur. Sevig'in Voltaire'e atfedilen bir söz olarak naklettiği “*İnsan her konakta at değiştirirken hukuk da değiştiriyor.*” ifadesi Kıta Avrupası kanunlaştırma hareketinin hukuk toplum ilişkisindeki gerekçelerinden biri olan dağınık ve yeknesak olmayan hukuk olgusunu ortaya koyar (1951, s. 278). Schacht'ın da teslim ettiği gibi İslam hukuku ise hem yazılı hukuk kaynakları ve kendisine özgü sistemli hukuk külliyatı ile hem de hukuk uygulamasında sağladığı birlik ile bu dağınıklıktan büyük ölçüde mustarip değildir (1977, s. 100). Bu yüzden de merkezileşmiş ve devlete mutlak otorite atfedilen bir yasama faaliyetini doğurmamış hatta en özgün yönünü bu siyasi otorite dışı yapılanması oluşturmuştur.¹²

Hukuk kaynaklarının ve bunların büyük ölçüde başlangıcından beri kayıt altına alınmış olmasının yanında fikhin kanunlaştırma sürecine girmemesinin en önemli nedenlerinden birini de bir içtihat hukuku oluşudur. İctihat, daha önce de belirttiğimiz gibi, kaynaklardan hareketle şeri hüküm hakkında zannî bir hükme ulaşma çabasıdır. İctihat şeri hükme ulaşma çabası olduğundan sadece bu dünyaya ilişkin bir boyuta değil bunun yanında her hükmün ahirette hesabının verileceğine yönelik bir bilincin eşlik ettiği özel bir çabadır (Apaydın, 2000 s. 432). Dolayısıyla fikhin içtihat eksenli yapısı, aynı zamanda devlet düzenlemesi standart hukuk biçiminde formülasyonunu büyük ölçüde hem gereksiz hem de imkânsız kılmıştır (Köprülü, 1983, s. 254).

¹¹ Bu yokluk, eksiklik yaklaşımının en karakteristik örneklerinden birini Weber'in Mecelle değerlendirmesinde görebiliriz (2012, s. 187).

¹² Hallağ bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “*Müslüman yargı, bir devletin ya da diktatör bir yöneticinin hizmetinde olmayı değil, öncelikli kaygısı sosyal ve ekonomik ilişkileri ahlaki temellerde düzenlemek olan bir hukuku temin etmeyi hedefliyordu.*” (2019, s. 113).

Diğer taraftan bu durum, fıkıhın büyük ölçüde devlet erkinden bağımsız, mesleği hukuk olan ama kapalı devre bir elit zümre de oluşturmayan kişilerin eliyle özgün yapısının ortaya çıktığını gösterir (Liebesny, 1972, s. 41–42). Oysa Tanzimat’tan 1926 hukuk devrimine kadar hukuki değişimlerin ve kanunlaştırmaların arkasındaki en önemli gerekçe fıkıhın sistemli olmayan ve kanun hâlinde düzenlenmemiş yapısının hukuki istikrarsızlık ve belirsizlik doğurduğu eleştirileridir. Bu tür değerlendirmeler yukarıda belirttiğimiz fıkıh ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasında bir hukuk sistemi olmak bakımından bir eşitleme yaparak ondaki görece “eksik” yönleri bulma gayretinden kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşımın haksızlığı, içtihadın içtihadı nakzetmemesi ilkesiyle bilakis hukuki istikrarın sağlanarak sorunların çözümünde daha geniş bir imkâna sahip olunması maksadının gözetildiği, diğer taraftan devlet eliyle yasama faaliyeti olarak değil de bizzat bağımsız içtihat faaliyetiyle ortaya çıkan görüşlerin etrafında sistemleşen mezhepler vasıtasıyla uygulamaya yön verdiği gerekçeleriyle karşılanabilir (bk. Ali Haydar Efendi, 1330, s. 68–70; Mesud, 1997). Aslında kanunlaştırma faaliyetinin hukukun işlerliğini ve işlevini yitirdiği kriz dönemlerinde toplumsal değişimin bir aracı olarak kullanıldığı dönemlerde başvurulmuş bir yöntem olduğu düşünüldüğünde (Bergel, 1987–1988, s. 1078) içtihat faaliyetiyle aslında bir taraftan toplumsal sorunların değişen dünyasında daha kolay çözüm üretebilme kabiliyetine sahip olduğu, diğer taraftan da kendisine yöneltilen ithamın aksine duranlığından kurtulduğu söylenebilir.¹³

Dolayısıyla burada Tanzimat ve onun tesis ettiği kurumlar aracılığı ile hukuk alanında yaşanan değişimin gerilim hatlarını belirgin hâle getirmek yerinde olacaktır. Gerilim hatlarını açığa çıkartacak temel sorunsal ise en azından teorik düzeyde yegâne hukuk kaynağı olarak şeriatın ve hukuk disiplini olarak fıkıhın kabul edildiği yerleşik bir hukuk sisteminin değişim ve dönüşüm dinamiklerinin sorgulanmasıdır. Yani bu yerleşik hukuk sistemi hangi sebeplerin neticesinde ve hangi meşrulaştırma süreçleri dâhilinde farklı hukuk kaynaklarına ve kurumlarına alan açmak zorunda kalmıştır. Buradaki değişimin dinamikleri ve bu yönde ortaya çıkan baskının ve zorlamanın boyutları sadece hukuk alanındaki değişimin izlerini sunmakla kalmayacak aynı zamanda onun aracılığı ile toplumsal alanda hedeflenen değişimin tonu ve yönü konusunda ipuçları sunacaktır.

Tanzimat Meclislerinin Kanun Yapma İşlevi

İkinci Mahmud’un son dönemlerinde kurulan “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” meşveret meclislerinin, tabir yerindeyse, tekâmül etmiş hâli olarak kurulmuştur. Yasama ve yargı yetkileri ile donatılan Meclis-i Vâlâ, Tanzimat Fermanı ile haklar ve yükümlülükler yönünden Osmanlı tebaasının devlet ile ilişkileri belirlenip padişahın yetkileri

¹³ İçtihat faaliyetinin işlerliğini ve işlevini yitirmediği ancak mahiyet ve kapsam bakımından bir değişim ve daralmaya uğradığı hakkında daha geniş bilgi için bk. Hallaq (1984).

kendi rızasıyla sınırlanırken bu yeni prensiplere uygun yeni kurumlar da oluşturulmaya başlanmasının bir ürünüdür. Esasen Tanzimat'ın ilanından önce İkinci Mahmud'un son döneminde 24 Mart 1838 tarihinde (Takvim-i Vekâyi, 11 Muharrem 1254; Seyitdanlıoğlu, 1999) kurulmuş olsa da asıl işlevini Tanzimat ile birlikte icra etmeye başlamıştır (Seyitdanlıoğlu, 1999, s. 38–39). Yani Tanzimat Fermanı'nın temel prensiplerini hayata geçirecek bir “reform meclisi”, bir “yüksek yargı organı” olarak işlev görmüştür.¹⁴

Meclis-i Vâlâ, idari işlerde danışma, memurları yargılama ve devlet ile birey arasındaki anlaşmazlıkları çözmek üzere kurulmuştur. Meclis-i Vâlâ, “yeni yasaları hazırlamak”, “Tanzimat'ın uygulanmasına nezaret etmek” gibi önemli görev ve yetkilerin yanı sıra, bazı yargısal görev ve yetkiler ile de donatılmıştı. Meclis-i Vâlâ, öncelikli olarak yeni kurulan bürokrasinin nizam ve intizamını sağlamak üzere memurları yargılayacak ve devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakacaktı. Nitekim Tanzimat'a aykırı davranışları görülen bâzı idareciler, bu meclisçe yargılanarak çeşitli cezalara çarptırılmışlardı (Mumcu, 1994). Böylece, Tanzimat Dönemi'ne kadar genel görevli ve yetkili yargı kurumu olan şer'îye mahkemelerinin devlet işleyişine dair görev ve yetkileri, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'ye devredilmiş olmaktaydı.

Artık geçici ve düzensiz değil, sürekli ve düzenli toplanan ve daha kapsamlı reform hedefi gözetilen bir meclis söz konusudur. Buna uygun olarak Meclis-i Vâlâ'ya başkan seçimi için “re'is-i meclis bulunan Tanzimat-ı Hayriyye usulüne her veçhile ma'lûmât-ı tammesi...” şart olarak aranırken üye seçimi için buna ilaveten “ez-hercihet ma'lûmâtlı bendegân-ı Devlet-i Aliyye'den” olma şartı da aranıyordu (Seyitdanlıoğlu, 1999, s. 77–84). Meşveret meclislerindeki idari alandan hukuki alana doğru etkinlik artışı Meclis-i Vâlâ ile somutlaşmıştır. “Tanzimat'ın hâmi-i hakikisi” olarak görülen Meclis-i Vâlâ, idari işleri karara bağlama, kanuni düzenlemeler yapma, mahkeme kararlarını temyiz etme ve icraatları teftiş ve denetlenme görev ve yetkilerine sahiptir. Yani bu meclis, yargı yetkisini kullanırken kendisini sâdece idari alan ile sınırlı görmemiş; esas işlevi Tanzimat'ın hâmi-i hakikisi olarak onun getirdiği sistemi korumak ve yaşatmak amacıyla idârî dâvâlara baktığı gibi kimi zaman da ceza davalarına bakmıştır. Bu davaların aşırı yoğunluk oluşturmasıyla birlikte Meclis-i Vâlâ, bu sefer, temyiz mahkemesi işlevi görmüştür. Yerel mahkemelerin; adam öldürme, hazine gelirlerini zimmete geçirme gibi önemli davalara ilişkin kararları, Meclis-i Vâlâ'da bir kez daha görüşülmeden kesinleşmezdi (Seyitdanlıoğlu, 1999, s. 84–85).

Meclis-i Vâlâ, öyle anlaşılıyor ki, Tanzimat sürecinin hem yürütme hem de yasa-
ma bakımından en güçlü mercisi olarak ikame edilmiştir. Meclis-i Vâlâ'nın, resmi
açılışını 1840'da yaptığı düşünülünce, aynı yıl ceza kanunu düzenlemesi yapması-

¹⁴Gerek meşveret meclisleri ve gerekse Tanzimat meclislerinin varlık mücadelesi veren bir devlet için atılması gereken zaruri bir adım olduğu düşünülebilir de İngiliz sömürge yönetimi altındaki Hindistan'da “Meclis-i Şura”nın, Fransız sömürgesi altında iken Cezayir'de “Temyiz Mahkemesi”nin gördüğü işlev ve İslam hukuku açısından oynadığı dönüştürücü rol hesaba katıldığında etkisi daha iyi anlaşılacaktır. Hint ve Cezayir örneklerinin ayrıntıları için bk. Schacht (1986, s. 102–107).

nı bir proje olarak Tanzimat'ın kararlılığına yormak gerekir. Bu kararlılık, Meclis-i Vâlâ'nın işlevlerini yerine getirmede aksaklıklar yaşanmaya başlanınca 26 Eylül 1854 tarihinde Meclis-i Âlî-i Tanzimat ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye adıyla iki organ teşkil edilmesinde de görülüyor. Meclis-i Âlî-i Tanzimat, yasama ile görevlendirildi. Tanzimat reformlarının gerektirdiği bütün kânun, nizamnâme, dâhilî nizamnâmeler bundan sonra Meclis-i Tanzimat'ta hazırlanıp kararlaştırılacaktı. Yeni meclis Bakanlar Kurulu mesabesinde bir yürütme gücüne de sahiptir. Başkanı doğrudan padişaha başvurabilecekti. Meclis-i Vâlâ sadece sadaret tarafından kendisine sunulan konuları kararlaştırırken Meclis-i Tanzimat bu konuda bağımsız kılınacak ve kendi uygun gördüğü meseleleri ele alabilecekti. Meclis-i Tanzimat, üst rütbeli memurları yargılayabilecek, tanıklık etmek üzere çağırabilecek, nezaret arşivlerini incelemek üzere memurlar gönderebilecek ve Tanzimat hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilecekti. Osmanlı İmparatorluğu'nda ilk kez yasama gücü diğerlerinden üstün sayılarak denetleme yetkisine sâhip kılınmıştır.¹⁵

Böylesine geniş yetkilerle donatılan Meclis-i Tanzîmât'ın başına Tanzimat Devri'nin ünlü devlet adamlarından Âlî Paşa (1815-1871) getirildi. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye ise 1854-1861 arasında bir yüksek yargı organı (appeal court) olarak varlığını sürdürdü. Bu dönemde Meclis-i Vâlâ, aynı zamanda kanun yapma işlevini de haizdi. Ancak ağırlıklı olarak yargı fonksiyonu ön plana çıkmış; bünyesinde bulunan Deâvî Dâiresi yoluyla ceza ve idari davalara bakmıştır (Ekinci, 2004, s. 151–157; Seyitdanlioğlu, 1999, s. 120).

9 Eylül 1861'de iki meclisin yeniden birleştirilmesine karar verildi. Kuşkusuz bu birleşme ile Meclis-i Vâlâ 1868'e kadar sürecek yeni bir gelişme evresine girmişti. 1861-1868 evresinde Meclis-i Vâlâ, üç temel birime ayrıldı. Bunlardan birincisi yasama işlerini yürütecek Kânun ve Nizâmât Dâiresi, ikincisi ülke yönetiminde sadrazam ve kabineye karar alma sürecinde yardımcı bir kurul olarak düşünülmüş Umûr-ı İdâre-i Mülkiye Dâiresi, üçüncüsü ise bir yüksek temyiz mahkemesi şeklinde çalışacak olan Muhâkemat Dâiresi idi. Ahmed Cevdet Paşa bu yeni oluşumu şu şekilde tanımlamaktaydı:

Âzâsından bulunduğumuz Meclis-i Tanzîmât bu kerre Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'ye ilhak buyruldu ve Meclis-i Vâlâ'nın ayrıca bir dâiresi olmak üzere 'Kânun Dâiresi' denildi. Meclis-i Tanzimat'ın üç vazifesi vardı. Birincisi kanun yapmak, ikincisi vükelâyı muhakeme etmek, üçüncüsü kavânin ve nizâmâtın icrâatında yolsuz bir şey görürse bir kıt'a müzekkere ile makam-ı sadârete ihtar eylemektir (Ahmed Cevdet Paşa, 1991, s. 153).

Osmanlı Devleti'nde modern yüksek yargı sisteminin doğuş ve gelişiminde Meclis-i Vâlâ, 10 Mayıs 1868'de Şûrâ-yı Devlet ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye olarak iki kısma ayrılmış ve bugüne uzanan yargı teşkilatının iki önemli kurumu olarak varlıklarını sürdürmüştür.

¹⁵Meclis-i Tanzimat hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Seyitdanlioğlu (1999, s. 47–52).

Hukukun Yeniden Tanzimi Olarak Kanunlaştırma

Osmanlı Devleti'nde, özellikle Tanzimat sürecinde, değişimin merkezinde siyasi yapı, yani devletin kendisi bulunmaktadır. Meşveret Meclisleri ile başlayan hem idari hem de hukuki alanda yaşanan değişim Tanzimat ile birlikte daha fazla yoğunlaşmıştır. Bunun bu meclisler ile başlayan aynı zamanda yeni bir bürokrat tipinin ortaya çıkmaya başlamasıyla da paralellik arz ettiğini yukarıda meclis başlığı altında göstermeye çalışmıştık. Bu başlık altında aynı zamanda hukuk sisteminin ve hukuk yapma biçiminin ve mekanizmalarının da değişim içerisinde olduğu üzerinde durulmuştu. İşte bu süreç yönü, tonu ve türü daha kesinleşmiş bir şekilde Tanzimat dönemi kanunlaştırmalarıyla devam etmiştir. Bilindiği gibi Tanzimat sürecinin en önemli boyutunu, kelimenin düzenleme, nizam verme şeklindeki sözlük anlamına uygun bir şekilde, hukuki yönü oluşturur. O kadar ki Tanzimat, bazı Batılı yazarlar tarafından “legislation” kelimesiyle karşılanmış ve bu dönem bu kelimeyle anılmıştır (Şentop, 2005, s. 647). Tanzimat'ın hukuki yönünü temsil eden kurum, Meclis-i Vâlâ'yı Ahkâm-ı Adliye'dir. Meclis-i Vâlâ, yukarıda da belirttiğimiz gibi, asıl gücünü ve varlığını Tanzimat'tan alan ve görev ve yetkileri Ferman'da ayrıca belirtilen bir kurumdur. Buna göre:

... tebaa-i Saltanat-ı Seniyyemizden olan ehl-i İslam ve milel-i sâ'ire bu müsâadât-ı şâhânemize bilâ-istisna mazhâr olmak üzere can ve ırz ve namus ve mal maddelerinden hükm-i şer'î iktizasınca kâffe-i memalik-i mahrûsamız ahalisine taraf-ı şâhânemizden emniyet-i kâmile verilmiş ve diğer hususlara dahi ittifak-ı ârâ ile karar verilmesi lâzım gelmiş olmağla Meclis-i Vâlâ'yı Ahkâm-ı Adliye dahî lüzumu mertebe teksir olunarak ve vükelâ-yı ricâl-i Devlet-i Aliyyemiz dahî ba'zı tayin olunacak eyyâmda orada ictimâ' ederek ve cümlesi efkâr ve mütalâatını hiç çekinmeyüp serbestçe söyleyerek işbu emniyet-i can ve mal ve tayin-i vergi hususlarına dâ'ir kavânî-i mukteziyye bir taraftan kararlaştırılıp...

II. Mahmud'un meşveret meclislerine katılanlara yönelik olarak görüşlerini açık ve korkusuz bir şekilde ifade etmeleri ve meclisteki oylama sonucunda tasvip edilen kararı kendisinin de tasvip edeceği taahhüdünde bulunduğu fermanı, sadece meclis işleyişinde değil, devletin egemenlik paylaşımında da değişimi haber vermektedir. Tanzimat Fermanı'nda bu taahhüdün kurumsal anlamda daha kuvvetlendirilmiş olduğunu görürüz. Ferman'a ait yukarıdaki alıntıda görüldüğü gibi bu durum, güçlü ve geniş yetkileri olan Meclis-i Vâlâ gibi bir meclis eli ile yürütülecektir. Yeni idari ve hukuki düzenin ilk kurumsal mekanizması Meclis-i Vâlâ olmuştur. Meclis-i Vâlâ, hükümdarın yetkilerini kendi arzusuyla sınırlayarak devrettiği bir meclistir. Bunun anlamı, Tanzimat Fermanı ile girilen bu yeni evrede Osmanlı İmparatorluğu'nda yasama erkinin, gücünü yarı anayasal bir belgeden alan, yarı anayasal bir danışma meclisine bırakmış olmasıdır. Bu meclise Tanzimat Fermanı'nın prensiplerini uygulama ve bunlara uygun kanunları çıkarma yetkisi verilerek bir reform meclisi niteliği kazandırılmaktaydı (Seyitdanlioğlu, 1999, s. 17–23). Ferman, devletin öncelikle hukuk sisteminde ve buna bağlı olarak idari örgütleniş biçiminden tebaasıyla arasındaki ilişkiye kadar pek çok alanda köklü değişimlerin habercisiydi. Bu durumu Niyazi Berkes'in cümleleri çok net bir şekilde yansıtır.

Bu dönemde (II. Mahmud) hukuk alanında beliren bir yanda şimdiye kadar bulunmayan bir kamu hukuku alanının ilk tohumlarının atılmasında görülür. Bu zamana kadarki gelenekte, kamu hukuku ile kişi hukuku ayrımı yoktu. Bu ilk aşamada idare, ceza, eğitim ve ordu alanlarında ortaya çıkan kurallar kamu hukukunun ilkel temelleri olmuştur. Bunun asıl önemi, bu alanın dünyasallaşma kanalı rolünü oynamasıdır. Bu alan geliştikçe şeriat (ve Müslüman olmayanlar için Kilise) hukukunun alanı daralmıştır. Bunun ilk sonuçlarını ancak Tanzimat döneminde göreceğiz. Önemli olan, fakat ancak Mahmut'un hükümdarlığı süresinden sonra güçlenen önemli bir yenilik, kanun yapma işi ile görevli kişisel olmayan yasama mekanizmasının biçimlenmeye başlamasıdır ki, bu 1876'da Kanun-ı Esasi dönemine kadar süren bir yol olmuştur (Berkes, 2008, s. 178).

Bu kişisel olmayan yasama mekanizmasının kurumsal boyutu, bir önceki başlık altında, Meclis-i Meşveret, Meclis-i Vâlâ örnekleri üzerinden aktarmaya çalışıldı. Hukuk yapım süreçlerini ilgilendiren kuramsal boyutuna ise burada yer verilecektir. Tanzimat süreci, özünde, Osmanlı Devleti'nin Batı devletleri ile karşılaşması esnasında eski üstünlüğünü kaybetmesi ve giderek dış baskılara daha açık hâle gelmesi problemlerinin çözümüne yönelik girişilmiş bir süreçtir. Dolayısıyla sürecin ilerlemesinde belirleyici olan faktör batı karşısındaki bu geri kalmışlığın ve bu geri kalmışlıktan kaynaklanan beka sorunun çözüme kavuşturulmasıdır. Bu da en kısa ve kestirmesinden Batı'ya Osmanlı Devleti karşısında öne geçiren kurumların ve kurallarının alınmasıyla telafi edilebilecek bir durumdur. Bu yaklaşım tarzı en başta III. Selim'den itibaren girişilen askerî reformlarda görülür. Mevcut ordunun yapılanmasından teçhizatına kadar birçok alandaki Batılı düzenli ordu karşısında hezimete uğraması peşi sıra yenilgiye uğradığı ordu düzen ve teçhizatında yeniden örgütlendiği reformları beraberinde getirmiş gözüküyor.¹⁶ Bunun hukuk alanındaki boyutunu ise, Batılı devletlerin özellikle Fransa'nın teşviki hatta baskı unsuru olarak kullanması ile özellikle Tanzimat'tan sonraki kanunlaştırma hareketinde görürüz. Tanzimat ile birlikte hukuk yapım tekniğinde özgün İslam hukuku formundan ayrılarak meclisler eliyle kanun yapma tekniğine geçildiği için ister kodifikasyon isterse resepsiyon şeklinde olsun hukuki değişim sürecini kanunlaştırma kavramsallaştırmasıyla karşılamak açıklayıcı gözükmektedir. Üst başlık olarak kanunlaştırmanın alt başlıklarını ise mevcut İslam hukuku müktesebatından hareketle yapılan kodifikasyon ile Batı hukuk kaynaklarından tercüme yolu ile alınan hukukun alınması anlamında resepsiyon oluşturur. Tanzimat sürecindeki yoğun kanunlaştırma sürecini daha açık bir şekilde tahlil edebilmek için İslam hukuku açısından bunun taşıdığı anlam üzerinde durmak faydalıdır.

¹⁶II. Mahmut döneminde Osmanlı ordusunda görev yapan Helmuth van Molte'nin –ki daha sonra Prusya Genel Kurmay Başkanı olacaktır– yaptığı yorumda, Osmanlı ordusundan “En talihsiz eser, Rus malı ceketleri, Fransız malı mevzuatı, Belçika malı silahları, Türk malı kepleri, Macar malı eyerleri, İngiliz malı kılıçları ve her ulustan uzmanlarıyla, Avrupa modeline dayanan bir ordu yaratılmasıydı” şeklinde alaycı bir şekilde bahseder (akt., Davison, 2005, s. 32).

Resepsiyona Direnç Olarak Kodifikasyon

Kanunlaştırma sürecinin en önemli boyutunu oluşturan medeni hukukun kanunlaştırılması meselesinde iki temel görüş söz konusudur. İlki bunun kanunlaştırma yöntemiyle oluşturulması ile resepsiyon yolu ile alınması şeklinde ortaya çıkan bu iki görüşün en önemli iki temsilcisi Ahmet Cevdet Paşa ile Âli Paşa'dır. Tanzimat sonrasında Osmanlı bürokrat ve uleması bir açmaz ile karşı karşıya kaldılar. Osmanlı bürokrat ve ulemasının önünde, özellikle gayrimüslimler üzerinden, onların hukuku bahane edilerek Devlet-i Âliyye'nin egemenliğinin çiğnenmesine müsaade mi edileceği (Ortaylı, 2005, s. 180; Tanör, 2002, s. 98; Velidedeoğlu, 1940, s. 167–168) yoksa Devlet-i Âli'nin en karakteristik unsuru olan hukuk sisteminin yani fıkıhın dönüştürülmesine rıza mı gösterileceği büyük bir açmaz olarak duruyordu. Fiili olarak hukuk sisteminin ikili bir yapıya dönüştürülmesine herkesin sessiz kalarak da olsa rıza gösterdiği anlaşıyor. Bir ara formül olarak ikili hukuk yapısının ortaya çıktığı görülür. Yani bir taraftan hukuk sistemi hem kurum hem de mevzuat olarak batının nüfuz ve etkisine açılmıştır. Öncelikli olarak ceza ve ticaret hukuku gibi görece fıkıhın devlet idaresine düzenleme yetkisi verdiği alanlardan başlayarak ve bunların uygulanacağı şeri mahkemelere paralel mahkemeler kurularak süreç ikili bir yapı şeklinde işletilmeye başlanmıştır. Diğer taraftan Ahmet Cevdet Paşa'nın öncülük ettiği bir kanadın etkisiyle tam anlamıyla bir resepsiyona gidilmeksizin mevcut hukuk sisteminin müktesebatına yani fıkha dayanarak ama batı hukuk formunda bir kanunlaştırma çabası da yürütülmekteydi (Berkes, 2008, s. 220–227; Bozkurt, 2010, s. 51).

Bu durum, özellikle bir medeni kanun yapımının gerekliliği artık kaçınılmaz bir şekilde masanın üstünde halledilmesi gereken bir mesele hâline geldiğinde en üst gerilim noktasına ulaşmıştır. Yani mesele, tamamen bir yabancı kanun, özellikle de Fransız Medeni Kanunu'nun alınması ya da İslam hukukuna dayanan bir kanun hâzırlanması noktasında düğümlenmiştir (Bozkurt, 2010, s. 159; Karal, 2003, s. 171). Yani geline nokta kanunlaştırmanın kaçınılmaz olduğunda büyük oranda bir fikir birliği söz konusuken bunun resepsiyon yolu ile mi yoksa kodifikasyonun yolu ile mi yapılması gerektiği konusunda bir ihtilaf söz konusudur. Yoksa fıkıhın kendine özgü yapısının kanunlaştırma ile birlikte büyük oranda değişeceği üzerinde en azından konunun öne çıkan aktörleri bazında artık durulmamaktadır. Fıkha dayalı bir medeni kanun teklifi özellikle gayrimüslim meselesini tam anlamıyla çözüme kavuşturmuş olmayacağından; Code Civil'in resepsiyon yolu ile alınması teklifi de yabancı bir kanunun Osmanlı toplumuna uygulamasının ortaya çıkartacağı mahzurlardan dolayı tartışmalıdır (Ebu'l-ulâ Mardin, 2012, s. 61–63; Kaşıkçı, 1997, s. 71).

Medeni kanun düzeyinde ilk çalışma, 1855 tarihinde, Meclis-i Tanzimat bünyesinde oluşturulan komisyon aracılığı ile gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. "Metn-i metin" adıyla bir medeni kanun çalışması yürüten bu komisyonda Ahmet Cevdet Paşa da görevlidir. Dolayısıyla Ahmet Cevdet Paşa'nın aslında on dokuzuncu yüzyıl kanun-

laştırmalarında ve özellikle de medeni hukuk kanunlaştırmasında başından beri yer aldığı görülmektedir. Avrupa devletlerinin artan baskısı karşısında tek çıkış yolunun Fransız Code Civil'inin benimsenmesi olduğu fikri dillendirilmeye başlanmıştı. Cevdet Paşa'nın "Metn-i metin" komisyonunun kuruluş esbabında bu fikri, "milletin kavânin-i esasiyesini böyle kalp ve tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından bu yola gitmek caiz olmayıp" şeklinde eleştirmektedir (Cevdet Paşa, 1991, s. 62–63; Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası, 8. sene, no. 47; Velidedeoğlu, 1940, s. 200–201).

Cevdet Paşa'nın bu gerekçesi esaslı bir noktaya temas etmektedir. Kanunlaştırma konusunda Paşa'nın da artık kaçınılmaz olduğunu kabul ettiği bir sürece girilmiş olmakla birlikte bunun tamamıyla resepsiyon yolu ile gerçekleştirilmesi artık tümünden milletin varlığını inkar etmesi mesabesindedir. Aslında bu yöneme, Cevdet Paşa gibi Ziya Paşa, Namık Kemal, Ali Suavi gibi Yeni Osmanlıların önde gelen simaları da karşı çıkmışlardır. Tabii hukuk düşüncesine dayalı hukuk görüşlerinin en önemli temellerinden birini Tanzimat dönemi kanunlaştırmalarında İslam hukukuna dayanmayan yani resepsiyon yolu ile alınan kanunların tercih edilmesine yönelik eleştirileri oluşturmaktaydı. Hatta Namık Kemal bu tarz girişimlerin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan Nizamiye mahkemeleri gibi ikame edilen yeni yapıların bir devlette iki farklı hukuk sisteminin yürümeyeceği gerekçesiyle eleştirmiştir (Sungu, 1940, s. 800–803).

Diğer taraftan tercüme yolu ile bir medeni kanunun alınmasını savunanların görüşlerinin odak noktasını ise büyük ölçüde devletin bekası ve hâkimiyetinin tesisi meselesi oluşturmaktadır. Özellikle 1856 Paris Barış Konferansı görüşmelerinde Devlet-i âli için önemli bir sorun olan kapitülasyonların kaldırılmasına yönelik Âli Paşa'nın girişimi "Sizin kanunlarınız tek taraflıdır. Yalnız Müslümanlara göre yapılmıştır. Kanunlarınızı değiştiriniz; biz de kapitülasyonlardan vazgeçelim" cevabıyla karşılanmıştır (Karal, 2003, s. 171–172). Buna ilaveten Paris Antlaşması'nda "Fransa, Avusturya, İngiltere, Prusya ve Sardunya, Osmanlı Devleti'nin Avrupa hukuk-ı umumiyesi ve cemiyet-i menafiden hissedar olduğuna taahhüt ederler. Bunun icrası için müştereken mütekelif olurlar. Bunu ihlal eden her harekete umumi menfaati ihlal eden bir mesele nazarıyla bakacaklardır." maddesiyle Avrupa hukukuna dâhil addedilerek buna yönelik onların beklentileri çerçevesinde bir hukuki düzenlemeye yönlendirilmeye çalışılmıştır (Koçu, 1934, s. 194). Bu durum, ne kadar Osmanlı Devleti'nin varlık ve hâkimiyet meselesine çözüm sunuyorsa bir o kadar da Avrupa devletlerinin Osmanlı üzerindeki siyasi ve ekonomik nüfuzunu temin etmeye yönelik olduğu tartışmaya açıktır. Âli Paşa'nın Paris Konferansı'nda hukuk alanında mevcut İslam hukuku uygulaması sürdürüldüğü müddetçe bu durumun bir baskı unsuru olarak kullanılacağına yönelik çok açık bir şekilde aldığı mesaja ilaveten 3 Şaban 1284/30 Kasım 1867'de Girit İsyanı'yla ilgili İstanbul'a gönderdiği layihada isyanın sebeplerinden biri olarak bütün tebaaya aynı hakları tanıyan kanunların olmamasını gösteriyordu.

Bir de başlıca şikâyet bizim mahkemeler olduğundan ol babta dahi bir yol aranmak ve Mısır'da yapılmakta olduğu gibi bizde dahi Code Civile dedikleri kanunname tercüme ettirilip deâvi-i muhtelitede, mehâkim-i muhtelitede ve o kanunnameye tatbikan rüyet ettirilmek emr-i zarurî görünür. Bunun dahi ahkâm-ı celfile-i şer'-i şerife kat'an dokunmayarak sâir nizamî mahkemeler misillü tanzimi kâbil olur zan olunur (Akarlı, 1978, s. 16; Karal, 2003, s. 26; Türkgeldi, 1928, s. 127).

Görüldüğü gibi Âli Paşa çözümü, Code Civil'in tercüme edilip en azından muhtelit mahkemelerde uygulanmasından geçtiğini düşünmekte ve artık din ve mezhep paydasında sağlanan toplumsal ve siyasal düzenin vatandaşlık temelinde yeniden tanzim edilmesi gerektiğini salık vermekteydi. Bu önerilerin temelde devletin nizamında hukuk birliğinin sağlanarak azınlıklarda baş gösteren ayrılma eğiliminin önüne geçilmesinin yanında azınlıkların rahatsızlıkları gerekçe gösterilerek Avrupa devletlerinin uyguladıkları baskılara karşı korunaklı bir konum elde edilmesi hedeflendiği görülmektedir (Bozkurt, 2010, s. 160; Karal, 2003, s. 172). Bu durum aslında Tanzimat projesinin yöneldiği modern devlet yapılanmasının da kaçınılmaz sonucu olarak düşünülmelidir. Âli Paşa, Fransız maslahatgüzarı M. Outray'ın, Âli Paşa ile Ticaret Kanunu'nun yeniden düzenlenmesi esnasında Code Civil'in ona ilavelerle genişletilmesi müzakereleri yapıldığını deşifre eden telgrafında olduğu gibi, telkinleriyle Girit dönüşü Code Civil'in Arapçadan tercümesi ile ilgili olarak Said Paşa'yı görevlendirdiği anlaşılmaktadır (Ayдын, 2006, s. 76; Ebu'l-ulâ Mardin, 2012, s. 64–65).

Nihayetinde Tanzimat ile birlikte öncelikli olarak ticaret ve ceza hukuku alanında gerçekleştirilen kanunlaştırma çalışmalarının aslında medeni hukuku da kapsayıp kapsamayacağı aynı dönemde hararetli bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında medeni hukuk alanının da kanunlaştırılması ile ilgili en azından o dönemdeki etkili aktörler nezdinde bir ihtilaf söz konusu değildir. Tarafların anlaşamadıkları husus kanunun tercüme yoluyla mı yoksa mevcut hukuk müktesebatından hareketle mi code hâline getirileceği meselesidir. Kaynaklar bu meselenin çözümü için Fuad Paşa nezaretinde toplanacak bir komisyonda tarafların karşı karşıya gelmeleri ve görüşlerini serdetmeleri kararlaştırıldığı ve buna göre gerçekleşen komisyonda tarafların uzun müzakerelerde bulunduğu ve neticede medeni kanunun fıkıhtan muktebes bir şekilde düzenlenmesine ve bu düzenlemeyi yapacak bir komisyon kurulmasına karar verildiği bilgisine yer vermektedir (Bozkurt, 2010, s. 160–161). Ama komisyon müzakerelerinde tarafların hangi görüşleri serdettiklerine dair herhangi bir kayıt şimdilik bulunmamaktadır.

Direnç ve Değişme Arasında Fıkıhtan Hukuka

Tanzimat döneminde yoğunlaşarak köklü bir değişime doğru evrilen kanunlaştırma olgusu etrafında şekillenen hukuki değişimin aynı zamanda zihniyet dünyasına tekabül eden yönü önem kazanmaktadır. Hukuk yapım yönteminden başlayarak mev-

zuat, teşkilat ve aktörler noktasına varacak şekilde yaşanan hukuki değişim gerek mahiyeti gerekse işlevselliği açısından üzerinde önemle durulmayı hak edecek bir tarihsel sürece tekabül etmektedir. Hukuk yapım yöntemine ilişkin merkezi modern devlet yapılanmasına doğru evrilirken bunun gereklerini karşılamaya yönelik kurumsal bir yönü de bulunan bu gelişmenin mevcut hukuk yapım yöntemi olarak fıkıh üzerindeki en azından özgünlüğünü ortadan kaldıran sonuçları çerçevesinde ele alınmayı gerektiriyor. Özellikle modern ulus devlet yapısının mütemmim bir cüzü olarak görülebilecek modern hukuk aygıtının Fransız tipi kanun yapma yöntemine dayalı hali, toplum ve hukuk arasındaki ilişki çerçevesinde iktidara toplumsal yapı üzerinde sağlamış olduğu yüksek kontrol işlevi dolayısıyla oldukça cazip görünmektedir. Osmanlı Devleti'nin Tanzimat bürokratları da Avrupa karşısında düşülen var oluş krizine ilişkin çıkış yolunu batılılaşma projesi çerçevesinde telafi etmenin lüzumuna karar verdikleri andan itibaren gerek Tanzimat öncesinden hukuka ilişkin yapısal değişikliklere dayalı olarak gerekse kodifikasyon ve resepsiyon süreçlerini işleterek bunu temin etmeye yönelmiş gözükmemektedirler.

Bu çalışmada gerek Tanzimat süreci öncesinde gerekse sonrasında bu yönde atılan adımlar çerçevesinde hukuk yapım yöntemlerinin kurumsal değişmelerini takip ederek olayın mahiyet ve boyutlarını ortaya koymaya çalıştık. Sürecin kendisine odaklandığımızda çıkış noktası ve amacı ile süreç içerisindeki ilerlemeler ve gelgitlerin, hesaplanmamış durumların, direnç ve itiraz noktalarının varlığı ile birlikte nihayetinde fıkıhtan kanuna doğru bir gidişin söz konusu olduğundan bahsedilebilir. Bu durumun sadece hukuk yapım yöntemlerine ve süreçlerine ilişkin değil toplumsal ve siyasal örgütlenme biçimlerine ve bu yöndeki gelecek tasavvurlarına da çok yoğun bir etkisinin söz konusu olduğu aşikârdır. Bu anlamda Osmanlı için on dokuzuncu yüzyıl, Meclis-i meşveretten Tanzimat Meclislerine, kodifikasyondan resepsiyona ve nihayetinde fıkıhtan yasamaya/kanuna doğru bir hukuki değişim sürecinin adresidir. Öyle ki bu yöndeki yönelim ve eğilim bir taraftan bugüne kadar uzanacak toplum ve hukuk ilişkisi yani bir başka deyişle toplum ve iktidar ilişkisi çerçevesinde sonuçlar üretirken diğer yönüyle toplumun gelenek ve hafızasıyla ve bunlar çerçevesinde büyük ölçüde anlam kazanan toplumsal ve hukuksal düzeniyle arasında yaşanan bir kopukluğa da işaret etmektedir.

Bildirimler

- Bu makale yazarın “Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Değişmeler ve Toplumsal Etkileri” başlıklı doktora tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.
- Bu makalede çıkar çatışması olmadığı bildirilmiştir.
- Yazar, bu çalışma için finansal destek almamıştır.

From Fiqh to Legislation: Structural Changes in Law at the End of the Ottoman Period*

Ömer Faruk Ocakoęlu¹

Abstract: The most distinctive characteristic related to the diversification in the legal systems may need to be sought in the lawmaking methods because the characteristics of a legal system related to lawmaking methods include their most basic structural elements. The source, relation to the source, and the set of structural problems related to how the system's integrity and coherence are provided are in fact directly related to lawmaking methods. In particular, institutionalizing a legal system within the functional framework of providing social order and producing a legal tradition within this institutionalization are meaningful and important. Watson (year) mentioned four methods in this context: customs and practices, legal precedents, jurist opinions, and legislation. Tradition and commitment to it are the most fundamental attributes that distinguish these methods from each other. In this context, method of legislation has been shown as the weakest method in regard to having and remaining adhered to a tradition. Therefore, the legal changes experienced directly in modern continental European law, which is the most concrete example –although not exactly overlapping– of legislating other than fiqh that can be shown within precedent law included in these methods at the end of the Ottoman period, gains importance. This study attempts to address the basic dynamics of the process of legal change experienced at the end of the Ottoman period with motion from this basic distinction.

Keywords: Ottoman • fiqh • legal amendments • lawmaking • legislation

* This is an extended abstract of the paper entitled “Fıkıhtan kanuna: Osmanlı son döneminde hukuktaki yapısal değişmeler” published in *Toplumsal Değişim*.

1 **Correspondence:** Ömer Faruk Ocakoğlu (PhD.), Department of Sociology, Kırklareli University, Kırklareli 39000 Turkey. Email: ocakoluomer@gmail.com

To cite this article: Ocakoğlu, Ö. F. (2019). Fıkıhtan kanuna: Osmanlı son döneminde hukuktaki yapısal değişmeler [From fiqh to legislation: Structural changes in law at the end of the Ottoman period]. *Toplumsal Değişim*, 1, 141–164.

Perhaps the most distinctive attribute of the relationship to the diversification in legal systems needs to be sought in lawmaking methods because the characteristics that legal systems possess related to lawmaking methods contain their most basic structural elements. The source, relation to the source, and the set of structural problems related to how the system's integrity and coherence are provided are in fact directly related to lawmaking methods. In particular, institutionalizing a legal system within the functional framework of providing social order and producing a legal tradition within this institutionalization are meaningful and important. In this context, Watson (2011) spoke about four types of lawmaking methods: (1) customs and practices, (2) legal precedent, (3) jurist opinion, and (4) legislation. Tradition and commitment to it are the most basic attributes distinguishing these methods from each other. Watson is of the opinion that, on the issue of having and adhering to a tradition in this context, the weakest method is the legislative method. Therefore, the legal changes directly experienced in modern continental European law, which are the most concrete examples of legislating apart from fiqh –although not exactly overlapping– that can be shown inside precedent laws within these methods at the end of the Ottoman period, gain importance. This study has attempted to address the basic dynamics of the process of legal change experienced at the end of the Ottoman period with motion from these basic distinctions.

The types of lawmaking developed within the classical fiqh tradition at the end of the Ottoman period and whose dimensions of method have been addressed through the distinctions of various denominations in fiqh procedural works are seen to have undergone a radical change. We see basic issues related to its original structure to have undergone radical changes during this period, as well as related to the method of ascertaining verdicts from the dimension of sources, which was conceptualized as jurisprudence within the classical fiqh method, and to the issues of being legally binding from the application dimension. Changes related to lawmaking methods have given the principle characteristic to this period. According to Bedir (2011), after the formation of fiqh within the early-period indoctrination process, another radical change can be mentioned on the amount of change in lawmaking methods that advanced legislative processes in the 19th century. Evaluating changes related to the lawmaking process and methods that began particularly through councils in the pre-Tanzimat era is important within the framework of the change's dimensions of attribute, orientation, and motivation. How the situation that emerged in the form of diversifying legal regulations, particularly about administrative works within a process, gradually led the transformation that was directly experienced from fiqh to law will endeavor to be shown.

Aside from diversification being one of the most basic areas where legal systems are distinct from one another and accommodate their own unique structures,

lawmaking also comes across as a most crucial area on the point of comparing legal systems. The four categories that Watson developed according to lawmaking formats, which we mentioned above, can also be used at the same time to make a comparison. We can also mention that evaluations exist amounting to a double standard, albeit in ambivalent and specific amounts on this issue. According to Watson (2011, p. 232):

Legislation is different. It can break entirely with the existing tradition, and even, in theory, with any legal tradition. It can remake the whole of a legal system. It can be the work of parliamentarians, dictators, or kings who need have no knowledge of, or no respect for, the legal tradition... Creativity can exist, as indeed can coercion. Legislation can also best be used to direct society along particular economic, religious, or political lines. Society or sections of it can bring greater pressure for change on legislation than on other means of lawmaking.

In the above quote on the method of legislating, Watson uses ambiguous language without the historical distinction of mentioning the economic-political impact. The attribute of creativity is immediately mentioned in its continuance by being done unilaterally in the attribute unbound to legal tradition, namely arbitrariness. Immediately following the detection that legislative methods are much more accessible to social oppression than other methods, legislation is stated to be the best method for social control. The ambiguous language Watson used here is seen as a functional equivalent in the continuation of the article. Namely, Watson mentions the limited impact of legislation for the West, even though legislation provides the most opportunities within its methods for social and legal changes, and provides positive examples for the non-Western world. The legislative method is nearly discussed in this distinction over examples where revolutionary and innovative steps would be taken for non-Western societies while proceeding with a highly recorded practice on the issue of adherence to legal traditions for the West. One of these examples is the enactment of the Turkish Civil Code of 1926 under the leadership of Atatürk. Here the legislative method has undergone analysis by separating from analyses that carry more detections of being connected with valid legal traditions for the West and by separating from general evaluations as an innovative step aimed at democracy for Turkey, which is seen as a non-Western society. Here, possessing *tradition* and adhering to it are moved before a pre-acceptance as an attribute belonging to the West nearly with capital letters in Watson's mind. Consequently the legislative method, which also has adherence to legal tradition as the weakest method, is the one most suitable for getting rid of the legal mechanisms that carry the attributes of deficiency and irrationality that exist and for taking a progressive step in the field of law in non-Western societies.

This and similar styles of study make revealing in more detail the motivations, actors, and mechanisms of the historical process experienced in the field of lawmaking essential for our society. This article will attempt to touch upon the direction, format,

and basic dynamics of the situation experienced, particularly in the Ottoman State, which had entered into an intense process of legal transformation in the 19th century. The primary objective is to show how a transformation was experienced in the lawmaking processes in terms of method, and this will be an effort to determine what the motivating elements were regarding the actors. The basic problem areas in the study attempt to determine the transformational dynamics in the lawmaking method at the end of the Ottoman period, and the results will uncover this both in terms of the legal system and in the context of the relationship between law and society.

Acknowledgements

- This article is based on a doctoral dissertation written by the author and submitted in partial fulfillment of the requirements for the PhD degree at Istanbul University, Istanbul, Turkey.
- The author declares no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.
- The author received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

Kaynakça/References

- Ahmed Cevdet Paşa. (1991). *Tezâkir* (C. 13-20, C. Baysun, yay. haz.). Ankara: TTK Basımevi.
- Akarlı, E. D. (1978). *Belgelerle Tanzimat: Osmanlı sadrazamlarından Ali ve Fuad Paşaların siyasi vasiyyetnameleri*. İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları.
- Akyıldız, A. (2003). Meclis-i Meşveret. *TDV İslam ansiklopedisi* içinde (C. 28, s. 248-249). İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi.
- Akyıldız, A. (2003). Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye. *TDV İslam Ansiklopedisi* içinde (C. 28, s. 250-251). İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi.
- Ali Haydar Efendi. (1330). *Durerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (C. 1). İstanbul.
- Anderson, J. N. D. (1957). Law as a social force in Islamic culture and history. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 20(1/3), 13–40.
- Apaydın, Y. (2000). İctihad. *TDV İslam Ansiklopedisi* içinde (C. 21, s. 432–445). İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi.
- Aydın, M. A. (2006). İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde kanun hukukuna doğru geçirdiği evrim. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 1, 11–21.
- Bedir, M. (2004). *Fıkıh, mezhep ve sünnet: Hanefî fıkıh teorisinde Peygamber'in otoritesi*. İstanbul: Ensar Neşriyat.
- Bedir, M. (2005). Osmanlı öncesi Türk hukuk tarihi yazıcılığı. *TALİD*, 3(5), 27–84.
- Bedir, M. (2011). Fıkıh'tan hukuk'a: Eğitim programı yoluyla laikleşme. *Rıhle Dergisi*, 13, 17–32.
- Bergel, J. L. (1987-1988). Principal features and methods of codification. *Louisiana Law Review*, C. 48, 1071–1097.

- Berkes, N. (2008). *Türkiye’de çağdaşlaşma* (A. Kuyaş, Çev.). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Bozkurt, G. (2010). *Batı hukukunun Türkiye’de benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne resepsiyon süreci (1839-1939)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Cevdet Paşa. (1991). *Tezâkir* (C. I). Ankara: TTK Yayınları.
- Ceylan, A. (1998). *Türk hukuk tarihinde meşveret düşüncesi ve uygulaması* (Yüksek lisans tezi, İstanbul üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü). <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> adresinden edinilmiştir.
- Ceylan, A. (2005). Osmanlı Meşrutiyet öncesi merkezi meclisler literatürü [Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı]. *TALİD*, 623–646.
- Davison, R. H. (2005). *Osmanlı İmparatorluğu’nda reform, 1856-1876* (O. Akınhay, Çev.). İstanbul: Agora Kitaplığı.
- Ebul’ula Mardin. (2012). *Medeni hukuk cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- Ekinci, E. B. (2004). *Tanzimat ve sonrası Osmanlı mahkemeleri*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları.
- Gencer, B. (2011). *Hikmet kavşağında Edmund Burke ile Ahmed Cevdet*. İstanbul: Kapı Yayınları.
- Hallaq, W. B. (1984). Was the gate of ijtihad closed. *International Jurnal of Middle East Studies*, 16(1), 3–41.
- Hallaq, W. B. (2001). The author-jurist and legal change in traditional Islamic law. *Recht van de Islam*, 18, 31–75.
- Hallaq, W. B. (2004). Bir Osmanlı reform öncüsü: Örf ve hukukî değişim üzerine İbn Âbidîn (Ö. F. Ocakoglu, Çev.). *Usûl Dergisi*, 3, 159–189.
- Hallaq, W. B. (2019). *İmkânsız devlet modern çağda bir İslam devleti niçin mümkün değildir?* İstanbul: Babil Kitap.
- Hassan, A. (1999). İlk dönem İslam hukuk ilminin oluşumu (H. Songür, Çev.). İstanbul: .
- Karal, E. Z. (2003). *Osmanlı tarihi* (C. 7). Ankara: TTK Yayınları.
- Kaşıkçı, O. (1997). *İslam ve Osmanlı hukukunda mecelle*. İstanbul: OSAV Yayınları.
- Kaya, E. S. (2001). *Mezheplerin teşekkülünden sonra fıkhi istidlal* (Doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü). <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> adresinden edinilmiştir.
- Kenanoğlu, M. (2012). *Osmanlı millet sistemi mit ve gerçek*. İstanbul: Klasik Yayınları.
- Koca, F. (2004). Mezhep (Fıkıh). *TDV İslam Ansiklopedisi* içinde (C. 29, s. 537–542). İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi.
- Koçu, R. E. (1934). *Osmanlı muahedeleri ve kapitülasyonlar 1300-1920 ve Lozan Muahedesi 24 Temmuz 1923*. İstanbul: Muallim Ahmet Halit Kitaphanesi.
- Köprülü, M. F. (1983). *İslam ve Türk hukuk tarihi araştırmaları ve vakıf müessesesi*. İstanbul: Ötüken Yayınevi.
- Liebesny, H. J. (1972). Comparative legal history: Its role in the analysis of Islamic and modern Near Eastern legal institutions. *American Journal of Comparative Law*, 20, 38–52.
- Mesud, M. H. (1997). *İslam hukuk teorisi* (M. Kılıç, Çev.). İstanbul: İz Yayıncılık.
- Mumcu, A. (1994). Hukukçu gözüyle Mustafa Reşit Paşa. *Mustafa Reşit Paşa ve Dönemi Semineri Bildirileri* içinde (s. 39–48). Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Ortaylı, İ. (2005). *İmparatorluğun en uzun yüzyılı*. İstanbul: İletişim Yayınları.

- Schacht, J. (1977). *İslam hukukuna giriş* (M. Daę ve A. Şener, Çev.). Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakóltesi Yayınları.
- Schacht, J. (1986). *İslam hukukuna giriş* (M. Daę ve A. Şener, Çev.). Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakóltesi Yayınları.
- Sevig, V. R. (1951). Fıkıh ve medeni kanun. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, 5(8), 210–235.
- Seyitdanlıoğlu, M. V. (1999). *Divan-ı Hümayûn'dan Meclis-i Meb'usan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda yasama*. G. Eren (Ed.), *Osmanlı içinde* (C. 6, s. 17–23). Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- Suavi, A. (1870). İlm-i usulü'l-hukuk. *Ulûm*, 30 Nisan, 1065–1071.
- Sungu, İ. (1940). Tanzimat ve yeni Osmanlılar. *Tanzimat I içinde* (s. 800–803). İstanbul: Maarif Matbaası.
- Şentop, M. (2005). Tanzimat dönemi kanunlaştırma faaliyetleri literatürü [Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı]. *TALİD*, 3(5), 647–672.
- Takvim-i Vekâyi. 163, 11 Muharrem 1254.
- Tanör, B. (2002). *Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri*. İstanbul: YKY.
- Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası. 8. sene, no. 47.
- Türcan, T. (2005). Fıkıhtan İslam hukukuna. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6, 11–22.
- Türkgeldi, A. F. (1928). *Rical-i Mühimme-i Siyasiye*. İstanbul.
- Velidedeoğlu, H. V. (1940). Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat. *Tanzimat I içinde* (s. 139-209). İstanbul: Maarif Matbaası.
- Watson, A. (2011). Hukuksal evrim ve kanun yapma (A. E. Akyazan, Çev.). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası*, 67(1-2), 231–253.
- Weber, M. (2012). *Ekonomi ve toplum* (C. 2, L. Boyacı, Çev.). İstanbul: Yarın.