

PAPER DETAILS

TITLE: Türk Modernlesmesinin Özgünlüğü Sorunu: Türk Aile Hukuku Örneği

AUTHORS: Aydın AKTAY

PAGES: 93-106

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/17749>

Türk Modernleşmesinin Özgünlüğü Sorunu: Türk Aile Hukuku Örneği

Originality Problem of Turkish Modernization: The Case of Domestic Law

Aydın Aktay¹

Özet

Yakın tarih incelemelerinde üzerinde en çok durulan konulardan biri de Cumhuriyet'in öncesinde ve sonrasındaki değişim örneklerinin yorumlanmasıdır. Cumhuriyet'in ilanı ve pek çok reformla birlikte Türk medeni hukukunda yapılan bazı değişikliklerle, batı hukukundan yapılan ve sadece iktibaslara dayalı bir ithal hukuk anlayışı geliştirilmiştir. Bu hukuki düzenlemelerin aile hukuku üzerindeki etkileri bu noktada pek çok tartışma konusuna sahne olmuştur. Türk toplum yapısına ve sosyal değerlerine uygunluğu tartışılır pek çok uygulama ve hukuki argümanlar üzerindeki tartışmalara ek olarak tarih okumaları ve yorumlamaları üzerindeki oryantalist etkiler de dikkat çekicidir. Bu noktada Türk toplumunun sosyolojik gerçekliklerini batıdan yapılan bu birebir iktibaslarla şekillendirilen medeni hukukun ilişkilerine göre sorgulamak ve uygunluk durumlarını denetlemek üzere Türk Aile Hukuku üzerine yapılan tarih okumalarından ve bazı mevzuat çalışmalarından hareket etmek zorunlu olmaktadır. Bu çalışmada, bu amaç doğrultusunda Osmanlı'daki aile hukuku kararnamesi ile Türk Aile Hukuku mukayesesi ve medeni hukukun aileyi ilgilendiren son durumuna ilişkin bazı mevzuat çalışmalarından faydalanılarak bir sosyolojik değerlendirme sunulmaya çalışılacaktır. Ayrıca Osmanlı modernleşmesinin özgünlük imkanları, batı dışı modernlik tecrübesi anlamında bir zeminin varlığı sorgulanmakta bu tarz sorgulamalarla ortaya çıkan çalışmalara oryantalist etkiler tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aile Hukuku, Mevzuat Çalışmaları, Türk Aile Hukukunda Modernleşme, Hukuk-u Aile Kararnamesi, Özgün Modernleşme, Aile sosyolojisi, Oryantalizm, Güçler Ayrılığı İlkesi, Demokrasi, Sekülerlik.

¹Öğr. Gör., Sapanca Meslek Yüksek Okulu, Dış Ticaret Bölümü, aydin-aktay@hotmail.com.

Abstract

The last shape of the Turkish Civil Code, formalized by the alterations to which it exposed, requires to make a comparative commentary between the ancient religious argument-centered form and the new secular, western originated form. This comparison has also an importance to be a source of inspiration for a debate issue that will come up with important results of a socio-political comparison between both Ottoman Empire with Republic of Turkey and Western with Eastern civilizations and cultures. As generally known; with the pointed alterations done by many reforms as a result of the proclamation of the Republic, many applications and legal arguments, which are questionable to be convenient to Turkish social structure and ethics or not, are actualized. At that point of view it has been obligatory to question the sociological realities of Turkish society according to the relations of civil code that is shaped by the quotations of Western codes and start out with some legislation studies on Turkish domestic law to screen out the appropriacy. At this study in line with this purpose, a sociological evaluation is going to be tried to be presented by the help of some legislation studies of civil code concerned with the family and the comparison of Turkish Domestic Law and Ottoman's Domestic Law. Here it is also obligatory to evaluate the parameters of Turkish modernization and also some philosophical, social and political properties of the Republic founder decree.

Keywords: *Family Law, Legislation Studies, Modernization of the Turkish Family Law, Family Law-Decree, Modernization of the Original, Family Sociology, Orientalism, Separation of Powers Policy, Democracy, Secularism.*

Giriş

Türk Medeni Hukuku'nun yüzyılı aşkın bir süredir maruz kaldığı değişikliklerle şekillendirilen son durumu; dinsel argümanların merkezindeki eski yapısıyla, laik-batı eksenli yeni yapısı arasında karşılaştırmalı bir hukuk yorumunu yapmayı gerektiriyor. Bu karşılaştırma aynı zamanda Osmanlı ile Cumhuriyet; doğu ve batı medeniyetleri ile toplumları arasında da sosyal, siyasi bir mukayesenin önemli sonuçlarını verecek verimli bir tartışma konusuna da ilham kaynağı oluşturacak bir önem arz etmektedir. Bilindiği üzere Cumhuriyetin ilanı ile birlikte pek çok reformla birlikte Türk Medeni Hukuku'nda yapılan söz konusu değişikliklerle, batı hukukundan yapılan belli bazı iktibaslarla dayalı bir ithal hukuk anlayışı ile Türk toplum yapısına ve sosyal değerlerine uygunluğu tartışılır pek çok uygulama ve hukuki argümanlar hayata geçirilmiştir. Bu noktada Türk toplumunun sosyolojik gerçekliklerini batıdan yapılan iktibaslarla şekillendirilen medeni hukukun ilişkilerine göre sorgulamak ve uygunluk durumlarını denetlemek üzere Türk Aile Hukuku üzerine yapılan bazı mevzuat çalışmalarından hareket etmek zorunlu olmaktadır (ASAGEM, 1998).

Bu çalışmada, bu amaç doğrultusunda Osmanlı'daki aile hukuku kararnamesi ile Türk Aile Hukuku mukayesesi ve Medeni Hukukun aileyi ilgilendiren son durumuna ilişkin bazı mevzuat çalışmalarından faydalanılarak bir sosyolojik değerlendirme sunulmaya çalışılacaktır. Burada Türk modernleşmesinin parametrelerini, aynı zamanda Cumhuriyeti kuran iradenin bazı felsefi, sosyal ve siyasi özelliklerini de değerlendirme zorunluluğu söz konusudur.

Türk Aile Hukuku'nun geçirdiği evrimi dönemsel okumalarla anlamak mümkündür, bu durum Osmanlının batılılaşma etkisine maruz kalmaya başladığı Tanzimat dönemi okumalarıyla sınırlı değildir, aynı zamanda Osmanlının kendi doğal gelişimsel çizgisini de hatırlamayı ve bu kendilik durumuna uygun bir analizi de gerektiriyor. Aynı zamanda Cumhuriyet sonrası bazı düzenlemelerle yapısal anlamda köklü bir değişim geçiren aile kurumunun ve onu işleten hukuki mevzuatlar, uluslararası sözleşmelerle ve karşılaştırmalarla oluşan son durumunun da doğru görülmesi ve anlaşılması gerekmektedir. Bu konuda Başbakanlık Aile Araştırmalar Kurumu'nun yıllara yayılan değişik çalışmaları ilham kaynaklarımızdır (Bkz. Başbakanlık Aile Araştırmalar Kurumu Yayınları). Bu çalışmada da daha çok bu sorunlar, kavramlar ve olaylar merkezinde hareket edilmeye çalışılacaktır.

Türk (Aile) Hukuku'nun Modernleşmesi (Sekülerleşmesi) Serüveninde Atılan İlk Adımlar

Türk hukukunun modernleşme serüveni yaygın olarak Tanzimat dönemiyle başlatılır. Bu genel kanıyı haklı çıkaran durum Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan 1839'a kadar köklü bir değişiklik çabasına rastlanmamasıdır. Her ne kadar bu konuda yaygın inanış ya da düşünceler bu yönde olsa da gerek modernleşme gerekse onun göstergeleri olan sekülerleşme anlamında kurumsal değişikliklerin ilk örneklerine Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni döneminde rastlanabileceğine dair inanışlar da yok değildir. Hatta Osmanlı modernleşmesinde özgün bir yan bulmaya azmetmiş çoğu tarihçide bu iddiaya rastlanabilir.

Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni'de karşılığını bulmuş pek çok değişiklik buna yorulmuştur. Örneğin, Fatih zamanında rastlanan örfi-şeri hukuk ayrımı ile Kanuni'de modern anlamda güçler ayrılığına tekabül ettiği düşünülen Divandaki teşekkül ve güç kavgaları bu anlamda özgün dinamikler olarak sunulur ve Türk modernleşmesinde özgünlüğün imkanları olarak değerlendirilir. Ancak genel kanı özgün olmasa da Osmanlı modernleşmesini çağın gereklilikleri ile ve dışsal etkilerle açıklamada kendisini gösterir. Bu yönüyle Islahat çabalarının yoğunlaşmasına ve modernleşmenin bu noktada ivme kazanmasında en etkili dönem Tanzimat Fermanıdır. Adeta bu dönem Osmanlı Rönesans'ının ve reform hareketlerinin miladı kabul edilmektedir. Bu miladı belgeleyen en önemli gelişme olarak *Gülhane Hatt-ı Humayunu*'nun ilâmı ile birlikte başlangıçta temkinli ve tedbirli; geçmişle uzlaşmacı ve sonraları artan bir hızla uzlaşmayı arka plana iten değişiklik çabalarına da rastlanmaya başlanmıştır. Mustafa Reşit Paşa'nın; yaptığı/yapacağı hukuki düzenlemelere Şeyhülislamıktan bir ilim adamı talebi ile Ahmet Cevdet Paşa'nın bu fonksiyonu icra edecek çabalarının en önemli meyvesi olan "Mecelle"si bu dönemde Türk Hukuku'nun modernleştirilmesinde din ve geleneğin de etkisinin nasıl dikkate alındığının bir göstergesidir.

1858'deki "Ceza Kanunname-i Hümayunu" ve Ahmet Cevdet Paşa'nın "Arazi Kanunnamesi" bu uzlaşma çabalarının ilk örnekleridir. Nizamiye mahkemelerinin ve ilk Osmanlı temyiz mahkemesi olan "Divan-ı Ahkam-ı Adliye"nin İslam hukuk tarihinden "Mezalim Divanları" ve Celaleddin Devvani'nin "Divan-ı Def-i Mezalim" risalesinden ilham alınarak kurulmaları ve meşrulaştırılmaya çalışılmaları da ilk dönem Türk Hukuku modernleşmesinde din ve geleneğin etkisini ve bu alandaki uzlaşma çabalarını örneklendiren durumlar olmuştur (Oğuz, 2000: 198). Çeker'e göre bu dönemin modernleştirme çabalarının ana özelliği

şeklen batılı ama muhteva olarak yerli (geleneksel) bir kanunlaştırma olmasıdır. Bu çabaların Aile hukuku alanına yansıyan ilk örneği 20. asrın başlarında “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”ne rastlanmasıyla ortaya çıkar (Çeker, 1985). Ancak 1850 sonrasında *Ticaret Kanunnamesi*, *Usul-i muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi*, *Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi*, *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu*, *Usul-i Muhakemat-i Cezaiyye Kanunu* gibi kanunnameler hem şeklen hem de muhteva olarak batıdan alınan kanun örnekleridir (Aydın, 2000: 340). Ticaretle veya ceza hukuku ile ilgili düzenlemelerde hem şeklen hem de muhteva olarak batılı bir anlayış kolayca ve daha erken bir dönemde ikame edilebiliyorken; aile hukukuna yönelik iyileştirme ya da düzenlemelerde köklü bir değişikliğe rastlanmaması ya da muhteva olarak İslam toplum geleneğine sadık kalınmaya çalışılmasının değişik nedenleri vardır. Bu yazıda bunun nedenleri üzerinde durulacaktır.

1917 yılında yürürlüğe giren Aile Hukuku Kararnamesi ise üç kesimden oluşan bir komisyon tarafından formüle edilmiş ve Medeni Hukuk’un kadına verdiği tüm hakları Osmanlı kadınlarına vermiştir. Bu komisyonda yer alan üç grup Gayri Müslim temsilciler, geleneksel ulema ve modern aydınlar olmuştur. Osmanlı modernleşmesi böylece farklı toplumsal kesimlerin ihtiyaçlarını göz önünde bulunduran tarzda bir seyir izlemekteydi. Osmanlı’nın sentezci modernleşme çabasının sonucunda değişik kesimden Osmanlı aydınları ortak değerlerde buluşma noktasına gelmişlerdir. Mesela Birinci Meşrutiyet aydınlarından Batı eğitilmiş Mithat Paşa ile medrese eğitilmiş Cevdet Paşa farklı çizgilerde olmalarına rağmen benzer şeyleri savunmuşlardır. Aynı şekilde İkinci Meşrutiyet aydınlarından birbirine son derece zıt iki kutupta yer alan Abdullah Cevdet ile Said Nursi Meşrutiyet fikri etrafında gelişen benzer siyasi projeleri savunabilmişlerdir (Çaha, 2001: 15).

1920 sonrasında oldukça köklü bir değişiklik aile hukukunu temelden değiştiren bir takım radikal değişiklikler ortaya konmuştur. Bunun bu tarihlere kadar ertelenmesinin nedenlerinin temelinde Osmanlıdaki toplumsal yapı ve onu oluşturan temel dinamiklerin henüz böylesi radikal bir değişime rıza gösteremeyeceğinde aranmıştır. Ancak bununla birlikte başka nedenler de etkili olmuştur. 1923 ve 1924 tarihli aile kanun tasarıları birincisinde daha ağırlıklı olmak üzere esas itibarı ile İslam Hukukuna dayanmaktaydı. Ancak zamanla bu özelliğinden uzaklaşmıştır. Başlangıçta özgün bir modernleşme süreci yaşayacağına dair ümit veren Türk Hukuku modernleşmesi zamanla gelenekten tamamen kopacağının sinyallerini aile hukuku üzerinde de radikal değişiklikler yaparak vermeye başlamıştır. Burada cevabı aranması gereken esaslı soru:

Tanzimat ve Cumhuriyet dönemlerinde Türk Hukukçularının neden bize özgü bir modernleşme modeli ortaya koyamadıklarıdır? Bu soruya sağlıklı cevap vermenin en temel şartı Türk modernleşmesine etkide bulunan dinamikleri anlamak ve nedenleri doğru tespit etmek olacaktır. Bu nedenleri özellikle Türk hukuku özelinde belirlemek gereği de kurumsal anlamda Osmanlı modernleşmesinin ve sekülerleşme dinamiklerinin en temel göstereni olmasındandır. Ayrıca modernleşmenin aslında bir sekülerleşme etkisi olması başlı başına modernleşme sürecini aynı zamanda bir sekülerleşme süreci olarak da görmeyi gerektirmektedir.

Türk Hukukunda Modernleşme(sekülerleşme)yi Başlatan Nedenler

Türk modernleşmesinin hukuku ilgilendiren boyutuyla ilgili göze çarpan en önemli eksiklik kendine özgü bir modernleşme üretememiş olması olarak gösterilmektedir. Bunun nedenleri düşünüldüğünde ortaya çok yönlü bir nedensel çerçeve çıkmaktadır. Yine de temel nedenler olarak sıralanabilecek belli başlı noktalar vardır. Ancak bunlardan önce Türk hukukunun neden bir modernleşme sürecine girdiğini ortaya koyan bazı belirleyici noktalara değinmek gerekir. Bu noktalar:

-Dünyadaki ekonomik, siyasi ve sosyal hayattaki hızlı değişikliklerin Osmanlı hukukuna kaçınılmaz yansımaları;

-Geleneksel hukuk kurumlarında yeni bir yapısal ve niteliksel düzenlemeye ve bununla birlikte hukuki mevzuatlarda değişiklik yapılmasına duyulan acil ihtiyaç;

-Osmanlı'da mevcut mahkemelerin yapısı, hakim sayısı ve kullanılan hukuk kitaplarının dilinin (Arapça) değişen sosyal, kültürel ve siyasal duruma uygun olmaması ile yapısal bir değişikliğe duyulan acil ihtiyacın ortaya çıkması;

-Osmanlı'nın içerdiği etnik farklılık ve hakim olduğu geniş coğrafi alanla birlikte uluslar arası arenada gerek azınlıklarla gerekse dış ülkelerle siyasi ve ekonomik münasebetleriyle böylesi bir yapısal değişime ihtiyaç duyması;

-Sanayi devrimi ile birlikte Avrupa'da değişen toplumsal yapı ve ekonomik anlayışın Osmanlı devleti'ne etkilerinin artık doğrudan hissedilmeye başlanması;

-Lozan'da geleneksel hukuk ve eğitim anlayışının terk edileceğine dair verilen sözler ve yapılan anlaşmalarla bu düzenlemelerin iyice hız kazanarak oldubittiye getirilmesidir.

Türk Modernleşme Sürecindeki Büyük İhmal: Kendine Özgülük Eksikliği

Tüm bu anılan sebepler, Türk modernleşmesinin hukuka yansıyan yönlerini etkileyen sebeplerdir. Bu sebeplerin harekete geçirdiği Türk hukuk modernleşmesi sürecinin sonunun “kendine özgülük” eksikliği ile ortaya çıkmasının nedenlerini doğru anlamak ise yine modernleşmeyi başlatan ihtiyaçları hatırlayarak mümkün olacaktır. Bunun dışında; Osmanlı hukukçularının bu “kendine özgülük” modelini ortaya koyacak bir zihniyet ve gerekli bilgi birikimine sahip olamamaları da bir diğer belirleyici sebep olarak dile getirilmiştir. Örneğin; dışsal ve içsel pek çok olayın hızla Osmanlı toplumsal yapısına ve coğrafı, etnik özelliklerine etki etmesi karşısında bu dinamik etki sahasına aynı dinamizm ile karşı koyacak reflekslere sahip bir Türk (hukukçu) aydın profilinin yeterince yetiştirilememesi Türk hukuk modernleşmesinin özgülük eksikliğini bir miktar açıklamaktadır.

Yine İslam hukuku alanında istenilen nitelikte ve kıvamda kanunlaştırma yapmak için gerekli iç hazırlığın ve organizasyonunun yapılamaması ve yapılan tüm değişikliklerin bir oldubittiye getirilerek aceleyle yapılması da bunda etkili olmuştur. İlk modernleşme hamlelerinin görüldüğü klasik dönemde Aile hukuku alanında yapılması planlanan ve yapılan tüm değişikliklerde özellikle din-gelenekle uzlaşma çabalarına aşırı hassasiyet gösterilirken diğer alanlarda buna hiç hassasiyet gösterilmemesi de bunda etkili olmuştur. Bu farkın sosyal siyasi kültürel ve ekonomik nedenleri bellidir ama bu durum Osmanlı aydınının bazı alanlarda ya da kurumlarda yaptığı değişikliklerin diğer kurumlara da etkili olacağını çok da bilincinde olmadığını ya da bilinçli bir sürecin işletildiğini göstermektedir. Bu sürecin sonunda ortaya çıkan köklü değişim çabaları aslında bilinçli bir tercihin de işareti sayıla bilir belki de. Yani, aile hukukuna yönelik düzenlemelerin başlangıçta gelenekle uzlaşması ve 1920 sonrasında bir kopuşun gerçekleşmesi bu erteleme bilinci bir tercih olabileceğine dair işaretler de taşımaktadır. Yine, kendine özgülük modelinin ortaya konulamamasının nedenleri arasında sıklıkla klasik medrese ulemasının niteliklerinin çağın değerlerini anlayıp yordayacak bir potansiyele sahip olmadığı vurgulanmaktadır. Klasik fıkıh ulemasının sadece sanayi devrimi ve onun sonuçlarını yordama konusundaki eksikliği değil aynı zamanda Osmanlının İslam hukuk tecrübesinin de bu ulema tarafından yeterince anlaşılacak değerlendirilebildiği konusunda da şüpheler vardır. Örneğin, Abduh ve Efgani gibi İslam modernistlerinin eklektik hukuk yorumlarına en büyük eleştiri ve reaksiyoner tepkiler bu fıkıh ulemasından gelmiştir (Aydın, 2000: 347).

Çeker'e göre *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*'nin hazırlanmasında her ne kadar batıcı ve özellikle Türkçü aydınların rolü olmuşsa da bu kararnameye de en büyük reaksiyonier tepki klasik fıkıh ulemasından gelmiştir (Çeker, 2000). Katkı yapma amacından çok muhafazakar bir tavrıla statükocu bir anlayışla ortaya konan bu reaksiyon; aile hukuku kararnamesi ile kadına daha geniş boşanma hakkı, zorla evlenme ve zorla boşanmanın geçersizliği; sarhoşun evlenme ve boşanmasının geçersizliği gibi bazı düzenleyici altı asırlık tecrübenin ortaya koyduğu yenilik çabalarının sürekliliğini engelleyen bir sorun üretmiştir.

Denilebilir ki söz konusu yenilikler ve içtihat çabaları sürdürülebilir ve geliştirilebilir bir imkan bulsaydı o zaman Osmanlıdan cumhuriyete uzanan modernleşme serüveni gerçekten kendine özgü bir model üretimi ile sonuçlandırılabilirdi. Ancak Osmanlıda örneği Tanzimat öncesinde görülen benzer yenilik çabalarının benzerlerine bu klasik fıkıh ulemasında rastlanmaması, İslam hukukunu donuklaştıran ve içtihat kapısını kapatarak fıkıhı donduran tavrıları da eklendiğinde Türk hukukunun kendine özgü bir modernleşme modelini neden ortaya koyamadığının bir miktar daha açıklaması bulunabilir. Sadece bu noktanın izinin sürülmesi bile Osmanlı modernleşmesinin her alanda nasıl bir özgünlük potansiyeli taşıyarak ortaya çıkabileceğini gösterecek pek çok kanıt bulmaya yeter. Sanıldığıının aksine Osmanlı, despotik bir iradedden meşrutiyete oradan da cumhuriyete uzanan bir evrilme yönüne sahip değildir ve tüm düzenlemelerini batı etkisi ile yapmamıştır. Yılmaz'a göre sadece meşrutiyet ve sonrasını izleyen dönemlerde bu özgünlük potansiyeline aykırı olacak ve çağın koşullarınca belirlenen aceleci hamlelerle Osmanlının gerçekte özgün bir modernlik olanağını kaçırdığı söylenebilir. Aile hukukuna yönelik düzenlemelerin bundan sonraki özelliği de bu yüzden çok da Osmanlı toplum yapısına özgü nitelikler taşımamıştır (Yılmaz, 2008: 11).

Bir açıklama da Cumhuriyet dönemindeki Aile hukukuna yönelik reform çabalarına karşı genel olarak; halktan ve muhafazakar aydınlar kanadından hep bir şüphe içerikli muhalefetin gösterilmesinde bulunabilir. Bugün bile örneğine rastlanabilecek bu muhalefetin arka planında bu reform çabalarının samimiyetsizlik içerdiğinin düşünülmesidir. Bu durum, modernleşme hareketlerinin veya hamlelerinin yeterli desteği almasını ve tabanını bulmasını güçleştirmiş ve sağlıklı bir yenileştirme için gerekli kamuoyu konsensüsünün oluşumunu engellemiştir. Çünkü batılılaşma yanlılarının toplumun batılılaştırılmasında çok kullanışlı bir enstrüman olarak gördükleri aile hukukuna yönelik tüm düzenleyici çabaları bu çevrelerce bu niyetleri ile birlikte değeriendiriliyordu.

Gerçekte de batılılaşma yönündeki tüm düzenleyici çabaların bir oldubittiye getirilmesi geleneksel çevrelerde müthiş bir reaksiyoner düşünce ve aynı zamanda bu çabaların samimiyetine karşı, karşı konulamaz bir şüpheyi geliştiriyordu. Tabi burada Cumhuriyet aydın ve hukukçularının Osmanlı mirasını reddetmedeki şaşılacak hevesi etkili olmuştur. Aslında görüldüğü üzere özel olarak aile hukuku genel olarak da Türk hukukunun modernleştirilmesi çabalarının Türk toplumsal yapısına özgü, özgünlük modeli ortaya koyamamasının temel nedenleri olarak sayılan bu yenileştirme çabalarındaki esas sorunlar düzenlemelerin kabulü ve uygulanmasında acelecilik ve aynı zamanda eklektik anlayışların tercihi gibi bir kolaycılığın hakim olmasında etkili olmuştur.

Bu arada genel olarak Osmanlı modernleşmesini batılılaşma tecrübesinin bir sonucu olarak gösteren yığınla tarih anlatısı ve yorumunun aksine Osmanlının tarihi boyunca anayasal öneme sahip özgün siyasi kavramlar, hukuki belgeler, idari yapılar ve siyasi tavırlar ürettiği de gözden kaçırılmaması gereken bir yöndür. Osmanlının bu yönüne atıfların azlığı meşrutiyet tecrübesi esnasında yoğun bir batı baskısı görmesi içte ve dışta batılılaşma çabalarına hizmet veren aydınların tutumu etkili olmuştur. Ancak Yılmaz'ın belirttiği gibi gerçekte Osmanlı gerek idari yapısında gerekse hukuki düzenlemelerinde batıdan daha önce belki de güçler ayrılığı ilkesini ve aile hukukuna yönelik günümüzdekine benzer düzenlemeleri harekete geçirmiştir (Yılmaz, 2008: 7).

Türk Modernleşme Tarihi Okumalarında Oryantalist Etkiler

Osmanlı modernleşmesinde özgünlük potansiyeli arayan ve alternatif bir modernleşme olanağı bulduğunu iddia eden tarih ve sosyoloji yorumlarının ortak özelliği oryantalist tarih okumalarına bir karşı koyma ve alternatif sunma hevesinin göze çarpmasıdır. Söz konusu yorumlar, oryantalizmin belli başlı ve indirgemeci doğu algısına bir karşı koyuşu da ihtiva ederler. Bu yorumlar, ayrıca Oryantalizmin; Osmanlı için gördüğü “rasyonalite eksikliği, değişime izin vermez, despotik ve tek adam yönetmelerinin egemen olduğu, demokrasi ve modern hukuka geçit vermez” şeklindeki algısına bir meydan okuma girişimleridir ve her meydan okuma girişimindeki sağduyudan yoksunluk ve duygusallık izlerini taşırlar.

Söylemsel düzenleri inşa eden süreçleri Foucault'tan öğrendiğimizde, iktidar üretme amaçlı söylemsel düzenlerin inşasında tanımlama-hükmetme formülasyonu ile çalışan bir yöntem olduğu görülür (Foucault, 1995: 11-12). Bu da özellikle oryantalist tarih okumalarında sıklıkla gördüğümüz bir durumdur.

Doğuyu tanımlama ve ondan batılı zihin formasyonunun önsel kabullerine uygun bir tablo ortaya koyan, doğu-islam tarihine bu amaçla yönelen oryantalizmin operasyonel tarih okumaları ve yorumları örnek gösterilebilir. Bu tarih okumalarının amaçladığı kendisini gösteren bir doğu imajından ziyade batılının görmek istediği tarzda bir doğu vardır. Gerçekte olan değil olunması istenen bir doğudur bu. Edward Said, buna takdim diyor (Said, 1996: 218-220). Bunu söylerken de bu takdimin sunduğu doğu tablosunu görmezden gelmenin imkansızlığına dair umutsuz ifadeler de kullanır. Buna göre batı bir söylem düzeni kurar oryantalizmle ve başkalarına düşen bu sistemin paradigmatal belirleyiciliği altında konuşmaktır. Kaçınılmaz bir kader ağı örmek gibi gelen bu duruma yönelik yine de ufak bir umuttan söz eder. O da “sabırla söylem içinde söylem üretmenin” geri bırakılmamasıdır ve bize düşen bir tek budur.

Tarih okumalarında ve yorumlamalarında rastlanan bu handikaplara ek olarak Derida’cı kavram karşılaştırma geleneğini de anmak gerekmektedir. Çünkü oryantalist okumanın en büyük sorunsallarından birisi de budur. Buna göre kavramlar biri diğerinin aleyhine işletilecek bir karşılaştırma şeklinde ve biri diğerine tahakküm kuracak şekilde çiftleştirilmektedir (Aktay, 1996: 248). Doğu-batı karşılaştırması da bu yönde işlev gören oryantalist bir okuma ürünüdür. Bu karşıtılandırmaya göre batılı, modern, seküler olan; doğulu geleneksel ve metafizik öğeler içeren kavramlara karşı konumlandırılmaktadır. Bu konumlandırmada batılı seküler ve modern olan diğerine karşı tahakküm kuran bir sempati ile sunulmaktadır. Tıpkı batının doğuya karşı tahkim edilmesine benzer bir düşünme tarzıdır bu durum. Modern düşünce formasyonu bu şekilde paradigmatal bir belirlenimle ortaya aşılmaz bir iktidar söylemi çıkartmaktadır. İşte tam da bu zorluk Osmanlı tarihi söz konusu edildiğinde tarihçilerin bu formasyonda düşünme belirlenimlerine yol açmaktadır. Tarih okumaları ve yorumları bu şekilde Osmanlıda seküler, modern temeller bulma konusunda şartlanmış şekilde çalışmaktadır.

Osmanlı siyasal ve düşünsel yapısının Eşari-Maturidi karşıtılandırılmasıyla değerlendirilmesinde; Fıkıhla tasavvufun karşıtılandırılmasında; Osmanlıdaki özgün modernleşme imkanlarının Ortodoks Gazalici anlayışta değil de tasavvufi ve heterodoks unsurlarda bulunacağına dair acele, operasyonel okumalar ve yorumlamalar hep söz konusu tarih okumalarını besleyen handikaplardır. İslam tarihindeki demokrasi ya da rasyonellik imkanlarının Mutezili ya da kelami gelenekte olumlu cevap bulması hep bundandır. Ayrıca oryantalizmin bu bakış açısından kurtulamayan tarih okumalarının giderek daha kompleksli düşünme tavırları sergiledikleri de görülür. Osmanlı modernleşmesini bu bağlamda ele alan tarih ve sosyoloji yorumlarını bu noktadan eleştiren Ömer Çaha, “*Farklı*

toplumlarda farklı siyasal modernleşmeler” düşüncesini sempatik bulan Türkiye gibi bazı Üçüncü Dünya aydınları kendi ülkelerindeki otoriter veya yarı totaliter rejimleri kendi tarihsel evrimi içinde değerlendirerek bu yönetim biçimlerinin “bir tür siyasal modernleşme” olduğunu savunurlar.

Türk Modernleşmesinin Özgünlük İmkânlarına Dair Oryantalist Okumalar

Türkiye’de son zamanlarda statükocu aydınların, yarı totaliter veya otoriter politikaları meşrulaştırma dayanağı olarak “tarihsel şartlara” ve “özgün koşullara” sıkça başvurduklarını biliyoruz. Kuşkusuz tarihsel dinamikler ve özgün koşullara dayalı bir anlayış metodolojik bir hareket noktası olarak kabul edilebilir. Bir toplumun ortaya koyduğu sosyolojik ve siyasal kurumları en iyi tahlil etme, en iyi anlama yöntemi olarak bu toplumların tarihsel geçmişlerine bakılabilir. Zira toplumların tarihsel arka planları aynı zamanda toplumların bilinç arka planını da şekillendirdiği için bilinç arka planını okumak için toplumların tarihinden başlamanın kabul edilebilir metodolojik bir tarz olduğu söylenebilir. Ancak mevcut kurumların, değerlerin, politikaların ve statükonun devamını sağlamak ve meşrulaştırmak bakımından tarihe ve özgün şartlara sığınılması kabul edilmez bir yanılgıya yol açar (Çaha, 2001: 125).

Alternatif ve kendine özgü modernlik arayışlarına her ne kadar Ömer Çaha’nın yukarıdaki itirazları ve eleştirileri merkezinde dudak bükülse de Osmanlıda modernlik serüvenini besleyen özgün dinamikleri bulmaya çalışan ve bunlara işaret eden arayışları bu şekilde küçümsemek öncelikle jakobenist ve batılılaşma ekseninde görülen modernleşmecî tarih anlatılarını beslemekten başka bir işlev görmeyecektir. Türk aile hukuku üzerine çalışan ve tarihsel referanslar eşliğinde buna dair tezlerini dillendirenlerin ortak ama bir o kadar da yanılgı ihtiva eden kanılarında Türk aile hukukuna yönelik tüm radikal değişikliklerin temelinde Türk modernleşmesinin batılılaşma ile sonuçlanan sürecinin etkisini abartırlar. Ancak son zamanlarda artan birçoklukla yeni tarih araştırma bulguları ve Osmanlıya odaklanan yeni bakış açıları durumun hiç de böyle olmadığını düşündürüyor. Bu araştırma sonuçları Osmanlı’nın 15.yüzylında başlatılan batı modernleşmesinden bağımsız bir modernleşme geleneği ve Osmanlı’ya özgünlük kazandıran bir değişme dinamiğinin varlığına işaret ediyor. Bu işaretleri en vurgulu bir biçimde dile getiren tarihçiler arasında Halil İnalcık, İlber Ortaylı, Kemal Karpat gibi Türk tarihçiler yanında Stanford Shaw gibi yabancı tarihçiler de gösterilebilir.

Söz konusu iddiayı çok büyük bir inançla savunan tarihçiler arasında bulunan Prof. Dr. Cemal Kafadar kendisi ile yapılan bir söyleşide, Türk modernleşmesinin özgün dinamiklerini Osmanlı'nın erken dönemlerine kadar götürüp ve oradan başlatarak bu iddiasını şu sözleri ile temellendirmektedir: “Bazı yargılarımız değişti. İktisadi hayatı tamamıyla yönlendiren, merkeziyetçi bir Osmanlı devleti anlayışı vardı çok uzun yıllar. Oysa esnaf teşkilatı (loncalar ve Ahiler) üzerine yapılan yeni çalışmalardan öğrendiklerimizle, toplumun uzlaşma, ittifak, gelenek ve eski alışkanlıklar üzerinden sürdürdüğü faaliyetlerini, devletin çok da fazla yönlendirmediğini düşünüyoruz şimdilerde. Benim çok önemli olduğunu düşündüğüm bir şey var: 16. yüzyıldan bu yana, Osmanlı toplumunun kendi dinamikleriyle, kendi içinden, bir modernleşme ve sekülerleşme serüveni yaşadığı. Yani bizim Batılılaşma dediğimiz olaydan çok daha önce, sosyal mekanlar etrafından anlatabileceğimiz bir sekülerleşme süreci var. Bu, Osmanlı tarihini ele alanlar tarafından pek üzerinde durulmamış, yeni bir vurgu. Tepeden inme bir modernleşme yoktur. Yani Türkiye’de modernleşmenin ve sekülerleşmenin ille de tepeden inme bir şey olarak algılanması gerekmiyor. Tarihçiler Çin’e, Hindistan’a, Osmanlı toplumuna baktıklarında tepeden inme reformculuktan bağımsız iç dinamikleri arıyor son yıllarda. Sekülerlik olsun, hürriyet kavramı olsun, anayasal düşünce olsun, acaba Batı’yı model alma, Batı’dan direkt olarak esinlenme anlamında, Batılılaşma başlamadan, bu toplumlarda, bu düşünce ve tavırların nüvesi var mıydı sorusunu soruyorlar ve verdikleri cevap, evet, önemli bir şeyler var; bu yeni çağ dediğimiz, 1500 ve 1800 arasında. Bu, bizi geçmişle barışmaya getiren bir yol olsa gerek. Bıçakla keser gibi, Cumhuriyet’i Osmanlı’dan ayırıyoruz. Cumhuriyet’i bir yandan bir kopuş olarak görüyoruz; ama bir yandan da Cumhuriyet, Türkiye’de Osmanlı tarihi çalışmalarının en çok geliştiği dönemdir” (Kafadar, 2004).

Alternatif tarih yorumları eşliğinde gerek Türk modernleşmesini gerekse onun bir nüvesi olan aile hukuku modernleşmesini anlamaya çalışmanın aslında batı dışı modernlik imkanları açısından önemli birtakım kazanımları da besleyeceği açıktır. Gerekli olanın değil, kolay olanın; doğru olanın değil hızla yapılabilecek olanın tercih edilmesi ile birlikte Türk hukuku bir ucubeye döndürülmüştür. Adeta bir yapboz tahtasına dönüşen Türk hukuku pek çok ülkeden alınan ve birebir tercümelerle yerleştirilen düzenlemeleri ihtiva eden prefabrike bir görünüm kazanmıştır.

Döneme hakim olan reformist mantığın uzun süreli bir hazırlık sürecine tahammül edemeyerek İsviçre Medeni Kanununu parça parça ve değişik kişilerce tercümelerini yaparak Türk hukukuna eklememesi ile iyice prefabrike

bir görünüm kazanan Türk hukuku özellikle aile hukuku alanında oldukça garip bir ikilemi ortaya çıkartmıştır. Çok evlilik resmi nikah boşanma miras vs. gibi konularda yüzyılı bulan bir garabet ve gerginliğe davetiye yapan bu düzenlemelerin artık Türk toplumuna özgü bir modernleşme doğurmadığı gayet açıktır. İşin daha ilginç tarafı basit saha çalışmaları ile yapılacak sosyolojik araştırmalar ve analizler Bu hukuki düzenlemelerin Türk toplumuna ne kadar uygun bir modernleşme doğurduğunu gösterecektir. Ancak yıllardır bu alanda şaşılacak derecede bir suskunluk ve atalet vardır.

Türkiye’de hukuk sosyolojisi çalışmalarının yavanlığı aslında saha araştırmaları ile kendisini gösterecek bu garabetin varlığı ile kendisini iyice gösteriyor. Bu konuda batılı normların ve hukuk anlayışlarının Türk toplumsal yapısı ile örtüşmeyen yönlerini rahatlıkla ortaya koyması beklenen sosyolojik çalışmaların yetersizliğinin nedenlerini cumhuriyet aydın ve sosyologlarının realiteden korkması ile değerlendirebilir miyiz acaba?

Kaynaklar

AKTAY, Y. (1996) Erol Göka ve Abdullah Topçuoğlu ile birlikte, *Önce Söz Vardı*, Vadi Yayınları, Ankara.

ASAGEM (2008) “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Yönelik Kanunun ve Uygulamalarının Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma”, Ankara.

ASAGEM (1991) “Aile Politikaları- Karşılaştırmalı Ülkeler Panoraması”, *Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı*, Ankara.

ASAGEM (2001) “Aileyle İlgili İki ya da Çok Taraflı Uluslar Arası Antlaşma ve Sözleşmeler”, *Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı*, Ankara.

ASAGEM (1998) “Aileye Yönelik Mevzuat”, *Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı*, Ankara.

AYDIN, M. A. (2000) “Türkiye’nin Hukukî Modernleşmesi”, *Modernleşme İslam Dünyası ve Türkiye İSAV Milletlerarası İlmi Tartışmalar Dizisi: 7*, Toplantılar Dizisi: 35, Ebru Yayınları, İstanbul.

ÇAHA, Ö. (2001) “Modernleşme, İslam Dünyası ve Türkiye”, (Derleme) *Türkiye’nin Siyasal Modernleşmesi*, İsav Kitaplığı, İstanbul.

ÇEKER, O. (1985) “Aile Hukuku Kararnamesi”, *Osmanlı Kanunları Serisi-1*, İstanbul.

FOUCAULT, M. (1995) *Ders Özetleri*, Çev. Selahattin Hilav, YKY, İstanbul.

KAFADAR, C. (2004) *Zaman Gazetesi Röportaj*, 30-04-2004.

OĞUZ, A. (2000) “Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, *Modernleşme İslam Dünyası ve Türkiye İSAV Milletlerarası İlmi Tartışmalar Dizisi-7*, Toplantılar Dizisi: 35, Ankara.

SAİD, E. (1996) *Oryantalizm*, Pınar Yayınları, Ankara.

URAL, S. S. ve KARAGÜLMEZ, A. (2003/2) *Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri*, Seçkin Yayınları, Ankara.

YILMAZ, H. (2008/1) “Osmanlı Devletinde Batılılaşma Öncesi Meşrutiyetçi Gelişmeler”, *Divan Dergisi*, İstanbul.