

T.C.
FIRAT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TARİH ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUK VE TÜRKİYE’DE MEDENİ
HUKUKUN TARİHİ ÜZERİNE BİR İNCELEME
(1923-1927)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Erdal AÇIKSES

HAZIRLAYAN
Erhan TAŞ

ELAZIĞ-2014

T.C.
FIRAT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TARİH ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUK VE TÜRKİYE’DE MEDENİ HUKUKUN TARİHİ ÜZERİNE
BİR İNCELEME (1923-1927)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Erdal AÇIKSES

HAZIRLAYAN
Erhan TAŞ

Jürimiz, tarihinde yapılan tez savunma sınavı sonunda bu yüksek lisans / doktora tezini oy birliği / oy çokluğu ile başarılı saymıştır.

Jüri Üyeleri:

1. Prof. Dr. Erdal AÇIKSES
2. Prof. Dr. Rahmi DOĞANAY
3. Prof. Dr. Ali YILDIRIM

F. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun .../.../..... tarih ve sayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Doç. Dr. Zahir KIZMAZ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZET**Yüksek Lisans Tezi****Medeni Hukuk Ve Türkiye’de Medeni Hukukun Tarihi Üzerine Bir İnceleme
(1923-1927)****Erhan TAŞ****Fırat Üniversitesi****Sosyal Bilimler Enstitüsü****Tarih Anabilim Dalı****Elazığ-2014, Sayfa : X + 93**

Osmanlı Devleti’nde hukuk iki kısımdan oluşuyordu. Kaynağını dinden alan şer’i hukuk ve kaynağını örf-adetten alan örfi hukuk. Osmanlı medeni hukuku da bu çerçevede kaynağını dinden alarak gelişti ve 20. yüzyıla kadar uygulandı.

Değişen dünya şartlarına uyum sağlamak ve yeni ihtiyaçları karşılamak için 1850’li yıllarda medeni hukukun yenilenmesi amacıyla Mecelle denilen ve kaynağını fıkıhtan alan kanunlar hazırlandı. Fakat I. Dünya Savaşında ağır bir yenilgi alan Osmanlı Devleti siyasi açıdan olduğu gibi hukuki yönden de çökmek üzereydi. Çünkü Mecelle farklı dinlere mensup Osmanlı milletin ihtiyaçlarını karşılayamıyordu.

Milli Mücadelenin kazanılmasıyla dayandığı değerler açısından yeni, farklı bir devlet kuruldu ve bu devlet siyasi anlayışında ki değişiklikleri topluma ve hukuka da yansıtmaya başladı. Bu amaçla eskisinden tamamen farklı, Avrupa sistematiğine dayanan, laik, modern bir Medeni Kanun hazırlamak amacıyla komisyonlar kuruldu. Komisyonların yaptıkları çalışmalar sonucu İsviçre Medeni Kanunu bazı değişikliklerle tercüme edilerek, TBMM’de kabul edildi ve yeni Türk Medeni Kanunu olarak benimsendi.

Yeni Türk Medeni Kanunu kabul edildikten sonra doğal olarak bazı tepkilerle ve eleştirilerle karşılaştı. Çünkü din-akıl anlayışına dayalı bir toplum laiklik-akıl anlayışına dayalı yeni kanunlarla karşı karşıyaydı.

Anahtar Kelimeler: Kanun, Türk Medeni Kanunu, Medeni Kanun Komisyonları, laiklik, Atatürk devrimleri.

ABSTRACT

Mastar Thesis

A Study on the History of Civil Law and the Civil Law in Turkey (1923-1927)

Erhan TAŞ

The University of Firat

The Institute of Social Science

The Department of History

Elazığ–2014 Page: X + 93

The Law in the Ottoman Empire consisted of two parts. Sharia law, sources from the area of religion and customary law, sources from customary units. Ottoman Civil Law developed by sourcing from the religion in this context, too and was performed until 20th century.

In order to modernize the civil law, Mecelle law which sources from jurisprudence was prepared to adapt the changing world conditions and to compensate the new requirements in 1850's. However, because of being defeated heavily in World War I, the Ottoman Empire was about to collapse politically as well as in the legal aspects. Because Mecelle couldn't compensate the needs of the Ottoman nation, consisted of different religions.

A new, different state was founded on the base of values after winning the National Struggle and the understanding of the political change began to reflect in society and in law in this state. In order to prepare a civil code which is different from the old one, secular, modern, based on the European systematic commissions were established. As a result of the commissions works, the Swiss Civil Code was translated with some modifications was accepted by the Parliament and adopted as the new Turkish Civil Code.

After the new Turkish Civil Code was accepted, naturally, faced with some challenges and criticism. Because a religious based mind society was faced to a secular based mind laws.

Keywords: Law, the Turkish Civil Law, Civil Law Commissions, secularism, Atatürk's reforms

İÇİNDEKİLER

ÖZET	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
ÖNSÖZ	VII
KISALTMALAR	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1.MEDENİ HUKUK VE KANUNLAŞTIRMA	3
1.1. Hukukun Tanımı ve Görevleri	3
1.2. Hukukta Kanunlaştırma Hareketi	4
1.2.1. Kanunlaştırmanın Sebepleri.....	5
1.2.2. Kanunlaştırmanın Yöntemi.....	6
1.2.3. Hukuk Yaratmanın Metodu ve Uygulanma Şekli.....	7
1.3. Batıda Medeni Hukuk Alanındaki Kanunlaştırmalar	8
1.3.1. Anglosakson Ülkelerde Medeni Hukuk.....	8
1.3.1.1. İngiltere’de Kanunlaştırma	8
1.3.1.2. Amerika’da Kanunlaştırma.....	10
1.3.2. Latin Ülkelerde Medeni Hukuk	10
1.3.2.1. İtalya Medeni Kanunu	10
1.3.2.2. Fransa Medeni Kanunu (1804)	11
1.3.3. Cermen Ülkelerde Medeni Hukuk.....	13
1.3.3.1. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB).....	13
1.3.3.2. Alman Medeni Kanunu (1900)	14
1.3.3.2.1. Siyasi Birlik Öncesi Almanya Medeni Kanunu.....	14
1.3.3.2.2. Siyasi Birlik Sonrası Almanya Medeni Kanunu.....	16
1.3.3.3. İsviçre’de Medeni Hukuk ve Medeni Kanun(1907)	17
1.3.3.3.1. İsviçre Kantonlarında Özel Hukukun Kanunlaştırılması.....	18
1.3.3.3.1.1. Bir Medeni Kanuna Sahip Olmayan Kantonlar	19
1.3.3.3.1.2. Fransız Medeni Kanununu Benimseyen Kantonlar	19
1.3.3.3.1.3. Bern Grubuna Giren Kantonlar.....	19
1.3.3.3.1.4. Zurich Grubuna Girenler	19

1.3.3.3.2. İsviçre’de Federasyon Hukukunun Birleştirilmesi	20
1.3.3.3.3. İsviçre Medeni Kanunu’nun Genel Özellikleri.....	22
1.4. İslam Hukuku.....	23
1.4.1. Osmanlı Devletinde İslam Hukuku.....	25
1.4.2. Osmanlı Devletinde Hukuksal Arayışların Nedenleri	26
1.4.3. Osmanlı Devletinde Yapılan Hukuksal Değişiklikler	29
1.4.3.1. Osmanlı Devletinde Ceza Kanunu Alanındaki Kanunlaştırmalar (1840-1851-1858).....	30
1.4.3.2. 1858 Osmanlı Devletinde Arazi Kanunu (Kanunname-i Arazi-i Hümayun 1274)	31
1.4.3.3. Osmanlı Devletinde Aile Hukuku.....	32
1.4.3.4. Mecellenin Hazırlanma Süreci.....	36

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN KABUL EDİLMESİ.....	43
2.1. 1926 Türk Medeni Kanun’un Kabulünden Önceki Kanunlaştırma Faaliyetleri..	43
2.1.1. 1916 Komisyonları ve Çalışmaları	43
2.1.2. 1923 Komisyonları ve Çalışmaları	44
2.1.2.1. 1923 Ahkâmı Şahsiye (Şahıs ve Aile Hukuku) Komisyonları ve Çalışmaları	47
2.1.2.2. 1923 Vacibat (Borçlar Hukuku) Komisyonu ve Çalışmaları.....	47
2.1.3. 1924 Komisyonları ve Çalışmaları	48
2.1.4. Komisyon Çalışmalarının Sonuçları	50
2.2. Yabancı Bir Medeni Kanun’un Kabul Edilmesinin Sebepleri.....	51
2.3. İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye Tarafından İktibas Nedenleri	56
2.4. Türk Medeni Kanunu’nun Kabul Edilmesi (1926).....	58
2.5. Ceza Kanunu Ve Borçlar Kanunu’nun Kabul Edilmesi	63
2.6. Türk Medeni Kanunu’nun Kabul Edilmesinin Yansımaları.....	64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK MEDENİ KANUNU’NA YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE KARŞILAŞILAN TEPKİLER	66
3.1. Mahkemede Hakime Takdir Yetkisinin Verilmesi.....	67
3.2. Dilinin Sade Bir Türkçe Olmaması ve Komisyonun Yaptığı Çeviri Hataları	68

3.3. İsviçre Medeni Kanunu'nun TBMM' de Topluca Görüşölüp Kabul Edilmesi Tartışması.....	71
3.4. Türk Medeni Kanunu'nun Tamamının İsviçre Medeni Kanunu'ndan Tercüme Olduğu Tartışması.....	72
3.5. Yerli Bir Medeni Kanun Yapılamaz mıydı? Eleştirisi.....	74
3.6. Medeni Kanunu Hazırlayacak Komisyonun ve Üyelerinin Seçimine Yönelik Eleştiriler.....	76
3.7. Toplumsal Değerlerin Dikkate Alınmaması Tartışması	76
3.8. Türk Medeni Kanunu'nun Uygulanabilirliği Meselesi.....	78
3.9. Lozan Antlaşması'nda Medeni Kanunla İlgili Taviz ve Taahhüt Verildiği Tartışması.....	80
SONUÇ	84
BİBLİYOGRAFYA	89
ÖZGEÇMİŞ	93

ÖNSÖZ

Medeniyet, uygarlık farklı toplumların etkileşimi ve birikimleri ile sürekli bir gelişme ve değişme içerisinde. Bu hareketlilik toplumsal bir varlık olan insan temellidir. İnsan, dolayısıyla toplum dinamik bir yapıya sahiptir. Kendisini her alanda gösteren bu hareketlilik günlük yaşamı da etkilemektedir.

İnsanlar değiştirdikleri ve değişen günün şartlarına kendilerini uydurmak için çaba sarf ederler. Ekonomik alanda, eğitim alanında, hukuk alanında vs. kısaca her alanda bu çaba devam eder.

Değişen zaman kendisiyle yeni sorunlar getireceğinden toplumlar bu yeni sorunlarını çözebilmek için yeni hukuk normları yapmak zorunda kalırlar. Bu gelişmeler çerçevesinde Osmanlı Devleti ve Avrupa Devletleri sürekli hukuklarını yenileme ve güncelleme ihtiyacı hissetmişlerdir.

Osmanlı Devleti kuruluş Döneminden itibaren uyguladığı İslam Hukukunda, icihat yoluyla güncel sorunlarını çözmeye çalışmış, din dışında kalan konuları da İslam'a aykırı olmamak kaydıyla örfi hukuk yoluyla ve padişah emirleriyle düzenlemeye çalışmış ve uzun bir dönem bunun faydasını da görmüştür.

1600'lü yıllar ve sonrasına bakıldığında zaman insan aklının daha verimli kullanıldığı bir Avrupa ile karşılaşmaktayız. Avrupa çetin mücadele ve savaşlardan sonra sorunlarını büyük oranda çözmüş, hem siyasi yönetim hem de toplum hızlı bir ilerleme safhasına girmiştir. Toplumun gelişmesinin önündeki en büyük engel olarak görülen kilisenin gücü elinden alınmış ve ileride tekrar sorun olmaması için de tedbir olarak laiklik uygulamasına geçilmiştir. Daha sonra da laiklik çerçevesinde günün şartlarına cevap verebilecek yeni kanunlar yapılmış özellikle de uzun çalışmalar sonucunda yeni medeni kanunlar hazırlanmıştır.

Osmanlı Devleti de bu süreçte Fatih ve Kanuni döneminde geliştirilen ve daha sonra yenilenmeye çalışılan, fakat artık ihtiyaçlara cevap veremeyen hukukunu güncellemek amacıyla bir çok çalışma yaptı. Avrupa'dan arazi, ceza kanunları alınmaya başlandı. Bu arada medeni hukuk alanında da çalışmalar başladı. ve Osmanlı aydınları bunu tartışmaya başladı. Avrupa tarzı bir kanun mu yoksa yerli kaynaklara dayalı bir medeni kanun mu olacaktı? Yapılan tartışmalar sonucunda özellikle Ahmet Cevdet Paşa'nın da etkisiyle yerli kaynaklara ve dine dayalı bir medeni kanun yapılması

kararlaştırıldı. Kurulan komisyonların uzun çalışmaları neticesinde (1869-1876) Mecelle denilen Osmanlı Medeni Hukuku (kısmi medeni hukuk) hazırlandı.

Kurtuluş savaşından sonra kurulan Türkiye Cumhuriyeti de hukuki ve toplumsal sorunlarını gidermek amacıyla arayışlara girdi.

Biz de yapmış olduğumuz çalışmada, yeni bir Türk Medeni Kanunu'na neden ihtiyaç duyulduğunu, kanunun kabulünden önce hangi gelişmelerin yaşandığını, medeni kanun yapmak için nasıl bir yol takip edildiğini, yaşanmakta olan devrimlerin konumuzla alakalı olanlarıyla bağlantılı bir şekilde izah etmeye çalıştık.

Çalışmamız sırasında daha ayrıntılı ve faydalı bilgilere ulaşabilmek için Konuyu her yönüyle değerlendiren kaynaklardan istifade etmeye çalıştık. Bu amaçla özellikle TBMM Zabıt Ceridelerinden ve o dönemde yaşamış olan, ya da çeşitli hukuk kurumlarında çalışmış olan bilim adamlarının eserlerinden faydalanmaya ve konuyu her yönüyle açıklamaya gayret ettik.

Çalışmamızı yaparken iki önemli sorunla karşılaştık. Birincisi; konu hakkında yapılmış özgün çalışmanın az olması ve genelde ilgili araştırmaların birbirinden alıntı yoluyla oluşturulmuş olması, ikincisi de araştırmacıların benzer bakış açısıyla yaklaşmış olmalarından dolayı eleştirel kaynakların yok denecek kadar az olmasıdır. Ayrıca Hukukun alan bilgisi isteyen kısımlarına özellikle de madde içerikleri ile ilgili değerlendirmelere girmedik.

Yaptığımız alışma giriş,  bölüm ve sonuçtan oluşmuştur. Birinci bölümde Batıdaki Medeni Hukuk gelişmelerini genel bir tarihi seyir halinde vermeye çalıştık, ayrıca Türk Medeni Kanununun kabulünden önce Osmanlıda görülen hukuksal faaliyetleri; Avrupa'dan alınan kanunları, Osmanlı'nın hazırladığı yerli Medeni Kanunu vermeye çalıştık.

İkinci bölümde Genç Türkiye Cumhuriyeti'nin Medeni Hukuk alanında yapmaya çalıştığı yenilik girişimlerini, istenilen sonuç alınamayınca da bu girişimlerin yarıda bırakılarak, inkılapçı bir anlayışla yeni çalışmalar başlatılmasını ve bunun sonucunda da İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkçeye tercüme edilerek bazı değişikliklerle uygulanmasını kronolojik sıra takip ederek anlatmaya çalıştık.

nc bölümde ise kabul edilen Türk Medeni Kanunu ile ilgili yapılan eleştirileri ve gösterilen tepkileri, Medeni Kanunun uygulanılabilirliğini ve bu süreçte çıkan sorunları açıklamaya çalıştık.

Sonuç kısmında araştırmalarımız neticesinde elde ettiğimiz çalışma ışığında ayrıntılı olmayan bir değerlendirme yaptık.

Bu alışma konusunun belirlenmesinde bana yardımcı olan ve araştırma boyunca da her türlü yardım ve yönlendirmede bulunan değerli hocam Prof. Dr. Erdal AÇIKSES'e, ayrıca maddi ve manevi desteğini hiçbir zaman benden esirgemeyen aileme ve bana yardımcı olan arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Elazığ–2014

Erhan TAş

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
bak.	: Bakınız
BK.	: Borçlar Kanunu
BMM.	: Büyük Millet Meclisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İMK.	: İsviçre Medeni Kanunu
MK.	: Medeni Kanun
Prof.	: Profesör
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBFD.	: Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Tarih Kurumu
vd.	: Ve devamı
vs.	: vesaire
yay.	: yayınları
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Konu

Türkiye Cumhuriyeti kuruluşundan itibaren her alanda inkılaplara başladı. Gerçekleştirilecek inkılaplar için siyasi ve toplumsal şartların hazır olmasına dikkat edildi. Yönetimle ilgili temel inkılaplar yapıldıktan sonra sosyal alanlara ve diğer alanlara yönelen devrimciler hukuk devrimlerine başladılar.

Daha önce yapılan çalışmalardan istenen sonuç alınamayınca hukukçu milletvekili Şükrü Kaya'nın başkanlığında kurulan 26 kişilik hukukçular komisyonunun çalışmaları sonucu İsviçre Medeni Kanunu bazı değişikliklerle Türkçeye tercüme edilerek Meclis'e sunuldu. Yapılan kısa görüşmelerden sonra kabul edildi ve yeni Türk Medeni Kanunu olarak kabul edildi.

Hukuk bir toplumun varlığını devam ettirebilmesi ve yaşadığı devrin koşullarına uyum sağlayabilmesi için en önemli ihtiyaçlardan biridir. Türkiye'de kuruluşla birlikte Medeni hukuk alanında büyük bir inkılap yapmaya çalışmıştır. Bizde toplumu tamamen değiştirmeye ve geliştirmeye yönelik bu inkılabı o günün şartları çerçevesinde ihtiyaç, zorluklar ve tepkileri dikkate alarak araştırıp, anlatma imkanına sahip olduk ve bu çerçevede yaptığımız çalışmamızda Türk Medeni Kanununun hazırlık sürecini ve hazırlanmasını kronolojik bir sıra takip ederek vermeye çalıştık.

Kaynaklar

Hukuk toplumsal sorunları gidermede en önemli araç olduğu için toplumlar sürekli hukuk kurallarına ihtiyaç duymuşlardır. İlk toplumlar genellikle temeli dine dayalı olan kanunlarla toplumda düzen ve adaleti sağlamaya çalıştılar. İnsanların birikimi sonucu gelişen medeniyet ilerledikçe ihtiyaçlar da arttı, bunun sonucunda Avrupa'da aydınlanma çağıının da etkisiyle yeni hukuk kuralları oluşturuldu. Bu hukuk kurallarında din kuralları pek etkili olmadı.

Hızla gelişen toplumlardaki aile içi ilişkiler; evlilik, boşanma, miras vs. konularda bir medeni kanuna ihtiyaç hissettiriyordu.

Gelişen insan ilişkileri ve ulaşım araçları uluslararası ticareti de hızlandırdı. Bu durum hem ülke içinde, hem de ülke dışında yeni medeni kanunlara ihtiyaç hissettirdi.

Biz de çalışmamızı genel olarak iki ayrı kaynak grubundan faydalanarak hazırladık. Birinci kısım çeşitli hukukçularımızın, hukuk tarihçilerimizin ve mahkeme

üyelerinin hazırlamış oldukları eserler, ikinci olarak da TBMM'deki faaliyetleri anlatan TBMM Zabıt Cerideleridir.

Birinci kaynak grubunda bizim için en önemli eserlerden biri hukukçu Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU'na ait “Türk Medeni Hukuku” adlı eserin 1, 2 ve 3. Ciltleridir. Eserin kullandığımız baskısı 1968'deki yedinci baskıdır. Osmanlı Ceridei Adliye kaynağından büyük oranda faydalanarak hazırlanmış bir eser olup, Medeni Hukuk, Medeni Kanun ve Türk Medeni Kanunu'nun kabul sürecini kapsamlı bir şekilde bir hukukçu nazariyesiyle değerlendirmiştir.

Önemli bir kaynak olarak, Gülnihal Bozkurt'un “Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi” adlı eserini sayabiliriz. 2010 tarihli ikinci baskısını kullandığımız eser Batı Hukukunu, Batı’da kanun yapılması, kanun iktibas ve hukuki alanda Türkiye Batı ilişkilerini sistematik olarak değerlendirmiştir.

Kullandığımız bir eser grubu da; Jale G. AKİPEK'in “Türk Medeni Hukuku”, Selahattin Sulhi TEKİNAY'IN “Medeni Hukuka Giriş Dersleri” ve Aytekin ATAAY'ın “Medeni Hukukun Genel Teorisi”, Ferit Hakkı SAYMEN'in “Türk Medeni Hukuku 1” adlı eserleridir. Genel olarak TMK'nın kabul sürecine yüzeysel değinmekle birlikte, Türk Medeni Kanununun kabulünün hukuksal yansımaları ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir.

İslam Hukuku alanında eski mahkeme üyesi Sabri Şakir ANSAY'ın “İslam HUKUKU” adlı eseri ve Medeni Kanun'un kabulünden sonraki bazı sempozyum bildirileri de kaynak olarak önemli yol gösterici olmuşlardır.

Araştırmamızın ikinci ve asıl kısmı için kullandığımız TBMM Zabıt Cerideleri bizim için çok önem arz etmektedir. Çünkü dönemin genel siyasi ahvalini yansıtmaları, Mecliste yapılan görüşmeler, alınan kararlar, kısaca dönemin tüm siyasi icraatlarına gerekçeleri ile birlikte Zabıt Ceridelerinde ulaşabilmekteyiz. Özellikle TMK'nin kabul edilme gerekçelerini anlamak için kullandığımız 1922, 1923, 1924, 1925 tarihli zabıtlar ve Medeni Kanunun TBMM'de görüşülüp kabul edildiği, içerisinde TMK'nin maddelerinin de bulunduğu 17 Şubat 1926 tarihli zabıt Cerideleri araştırmamıza kaynaklık yapması açısından çok ehemmiyetlidir.

Lozan Anlaşması ile ilgili kısımlarda kullandığımız ve Lozan'ın ilgili maddelerini aldığımız İsmail SOYSAL'ın “Türkiye'nin Siyasal Anlaşmaları I. Cilt (1920-1945)” adlı esri de araştırmamız açısından önemli eserlerdendir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1.MEDENİ HUKUK VE KANUNLAŞTIRMA

1.1. Hukukun Tanımı ve Görevleri

İnsan sosyal bir varlık olduğundan toplum içerisinde yaşamaktadır. Bu durum kişinin bireylerle ve toplumla ya da toplumların birbirleriyle zaman zaman sorunlar yaşamasına zemin hazırlamaktadır. Sosyal bir varlık olan insanın toplumda huzur, güven ve düzen içerisinde yaşayabilmesi için belli düzen sağlayıcıların olması gerekir.

Sosyal bir varlık olan insanın toplumda huzur, güven ve düzen içerisinde yaşayabilmesi için belli düzen sağlayıcıların olması gerekir. Bu düzen sağlayıcılarının da anarşist bir yöntemle değil, gerçek anlamda düzeni sağlayacak bir yöntemle hareket etmesi, dolayısıyla insanlar arasındaki ilişkilerin tanzimini ve adaleti gerçekleştirmesi gerekir. Bu da ancak hâkimiyet gücüne sahip üstün bir kuvvetin varlığı ile mümkün olduğu için devlet ortaya çıkmıştır.¹ Eski toplumlar veya devletler bu düzeni kaba kuvvet, örf-adetler veya dini kaidelerle sağlamaya çalıştılar. Süreç ilerledikçe modern anlamdaki hukuk kavramı gelişti ve yerleşti. Yalnızca yazılı kanunlardan oluşmayan, hukuk için genel bir tanım yapmak da mümkün değildir. Fakat konunun anlaşılması için birkaç tanımı vermek yerinde olacaktır.

Hukuk,² bir toplum içinde yaşayan bireylerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünü³ olarak düşünüleceği gibi, cemiyet içinde yaşayan şahısların sosyal hayat bakımından önemli olan davranışlarını düzenleyen müşterek hayatın huzur, sükun ve karşılıklı güven içinde cereyanını sağlayan emir ve yasaklardan mürekkep sosyal davranış kaidelerinin tümü olarak da değerlendirilir.⁴ Hukukun uygulayıcısı devlet olduğu için belli bir sistem içerisinde ve yaptırım uygulanarak (devlet, kuralları ihlal edenleri müeyyide uygulayarak, hukuka uymaya mecbur bırakır.) sonuca varılır. Ahlak kaidelerinde vicdan, din kaidelerinde ise İlahi

¹Zahit İMRE; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1705, İstanbul, 1971, s. 3.

²Hukukun farklı tanımları için bak. Jale G. AKİPEK; Türk Medeni Hukuku I. Cilt I. Cüz, Sevinç Matbaası, Ankara 1973. s. 3; Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I- Cüz 1 Umumi Esaslar, Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 7; Aytekin ATAAY; Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 17; H. Cahit OĞUZÖĞLU; Medeni Hukuk Dersleri I, Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara 1941, s. 12.

³Gülnehal BOZKURT; Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2010, s. 9.

⁴AKİPEK; a.g.e., s. 1.

müeyyideler (din devletlerinde durum farklıdır) geçerlidir. Bu yönüyle hukuk, ahlak ve din kurallarından ayrılır.

Yukarıdaki tanımlardan farklı olarak, hukuk konuşma dilinde; iyi dostluk ilişkileri, hak sözcüğünün çoğulu anlamında, dava konusu olan uyuşmazlıkların niteliğini veya bu davalara bakan yargı organlarını belirtmek üzere de kullanılmaktadır.⁵ Toplumsal yaşayışın zorunlu bir sonucu olan ve dışa vurulmuş faaliyet ve ilişkileri düzenleyen hukuk; kültüre, coğrafyaya ve siyasi anlayışa göre değişik anlamlar kazanabilmektedir. Hukuk kuralları soyuttur, belli ve tek bir olaya değil, aynı kategoriye giren olayların tümüne uygulanır. Bundan dolayı da geneldir ve herkese uygulanır. Ayrıca yürürlükte olduğu sürece geçerlidir. Sonuç olarak, hukukun görevlerini şöyle özetleyebiliriz: dirlik ve düzeni sağlamak, hukuki güvenliği sağlamak, adaletin gerçekleştirilmesini sağlamak, hukukun kendisini gelişme ve değişmelere uydurmasını sağlayacak tedbirler almak.⁶

1.2. Hukukta Kanunlaştırma Hareketi

Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilme şeklinin anlaşılabilmesi için hukuk alanındaki benzer kavramların bilinmesi lazımdır. Bu anlamda; “Kanunlaştırma” kavramı ile “iktibas” (receptioui, rezeption) kavramını karıştırmamak gerekir. İktibas, yabancı bir hukukun veya kanunun aynen yada kısmen değiştirilerek kabulü demektir.

Kanunlaştırma ise terim olarak farklı anlamlarda kullanılır: Taknin, yani kanun çıkarmak, belli alanlarda hukuk kuralı koymak ya da herhangi bir hususla ilgili hareket tarzını kanun haline getirmek, sınırlı bazı husus ve münasebetlere dair kaideler koymak anlamında kullanılırken, diğer bir anlamıyla bir memleket dahilinde dağınık olan ve yazılı olmayan bir şekilde mevcut hukuk kaidelerini birleştirmek suretiyle memleketin tümünü kapsayan bir hukuk sistemi meydana getirmektir. Bu ikincisine, on dokuzuncu yy.daki bir akımın adı olan, kanunlaştırma karşılığı, kodifikasyon (tedvin) denilmiştir. Kanunlaştırma hareketi sonunda meydana gelen yazılı hukuk metnine ise kanunname (code) denir. Ayrıca herhangi bir hukuk sahasını geniş, şümüllü ve tam surette tanzim

⁵Seyfullah EDİS; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 1.

⁶EDİS; a.g.e., s. 6.

eden büyük kanunlar konulması da kanunlaştırmadır. Mesela Medeni Kanun, Ceza Kanunu gibi.⁷

Kanun yapma çok eskilere dayanan bir durumdu. Örneğin; MÖ. V. yy. da Roma'da XII Levha Kanunu, MÖ. XXIII. yy. da Babil'de Hammurabi Kanunu, MS. VI. yy. da Bizans'taki Corpus Luris Civilis, Osmanlı İmparatorluğunda Fatih Sultan Mehmet'in ve Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnameleri sayılabilir. Ancak sistem ve muhtevaları bakımından bu kanunların, modern anlamda birer kanunlaştırma eseri sayılmalarına imkan yoktur.⁸ Çağdaş anlamda kanunlaştırma 18. yy. sonlarında Avrupa'da başladı ve bütün dünyaya yayıldı. Bunda insan aklını her şeyin üstünde tutan, eleştirel rasyonalizm akımı ve tabii hukuk felsefesi etkili olmuştur. Medeni Hukuk alanında kanunlaştırma ise XVIII. yy.ın ikinci yarısında başladı.

Kanunlaştırma⁹ bir ihtiyaçtır. Çünkü yapıldığı devrin ihtiyaçlarını karşılayabilen bir kanun zamanla hayattaki gelişim ve değişime paralel olarak bu işlevini kaybedebilir. Kanunları yeni şartlara uydurarak yeni sosyal ihtiyaçları karşılamak lazımdır. Bunun için kanun koyucunun ya özel kanun yapması ya da eski kanunda bazı değişiklik ve ilaveler yapması veyahut da başka bir toplumdan bazı kanunlar alması gerekir.

1.2.1. Kanunlaştırmanın Sebepleri

Hukukun birleştirilmesi, ulusallaştırılması ve modernleştirilmesi ihtiyaçları ve daha birçok neden medeni hukuk alanının kanunlaştırılmasına yol açmıştır. Ayrıca aklın ön plana çıkmasıyla, Avrupa'da aydınlık (XVIII. yy.) yüzyılı ve sonrası düşünürleri köhnemiş eski düzenin ortadan kaldırılması için en uygun araç olarak kanunlaştırmayı gördüler. Bu felsefi görüşün hedefi tabii hukukun kökünü akla dayandırmaktı.

Sosyal ve iktisadi hayat büyük değişimler geçirmiş, ticaret hızlanarak artmış, farklı toplumlar arasındaki bu ticari ilişkiler sorunları da beraberinde getirmişti. Özellikle kapalı kent ekonomisinden ulusal ekonomiye hatta uluslararası ekonomiye

⁷Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat (Tanzimatın yüzüncü yıldönümü münasebetile neşredilen kitaptan alınmış ayrı baskı), Maarif Matbaası, İstanbul 1940, s. 3-6; Fikret BARAN; Atatürk Devrimleri İçinde Türk Medeni Kanunu'nun Yeri ve Önemi, (Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Elazığ 1999, s. 15.

⁸ATAAY; a.g.e., s. 51.

⁹Kanunlaştırma için ayrıca bak. Ergun ÖZSUNAY; "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanun 50. yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 399-404; İMRE; a.g.e., s. 67-72; VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 43-47; Esra ERGÜZELOĞLU KİLİM; Türkiye'de Adalet Yönetimi, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi), Ankara 2009, s. 93-96.

geçiş hukuk birliğini gerektiriyordu. Zaten eskiden kalma kanun ve kurallar yeni günün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kaldığı için yeni kanunlara ihtiyaç duyulmuştu. Dolayısıyla çeşitlenen münasebet ve muameleleri düzenleyecek yeni ve toplu kanunlar yapma ihtiyacı, kanunlaştırmanın temel sebeplerindendir. “*Gelişen kapitalist ticari ve ekonomik hayat ise, hukuki güvenlik açısından kanunlaştırmayı, keyfî yargıdan kurtuluşun en güvenilir bir önlemi olarak destekliyordu.*”¹⁰

Orta Çağ ve Yeni Çağ’da Avrupa’da, Şark’ta büyük devlet ve imparatorluklarda merkezi otoritenin zayıflamasıyla feodalite ve beyliklerin ortaya çıkması ve bunun yanında kültürel farklılıkların da etkisiyle yerel hukuk kaideleri ön plana çıkmış böylece siyasi mekanizmada olduğu gibi hukukta da dağınıklık yaşanmıştı ve hukukun oluşumu aşağıdan yukarıya doğru şekillenmişti. Son dönemlerde merkezi otorite güçlenerek ülke tek merkezden yönetilmeye başlanınca hükümdarlar ülkelerini belli ve genel bir düzene göre yönetebilmek için hukuku birleştirme ihtiyacı hissettiler. Bu düşünce siyasi iktidarın kuvvetlenmesine yardım ettiği gibi hukukta birleştirmelere ve yeni kanunlara da ihtiyaç hissettirmiştir.¹¹

Kanunlaştırmanın diğer bir sebebi millileşme gayretidir. Almanya, Roma ve Fransa’da Cermen hukuk kurallarının geçerli olmasında görüldüğü gibi bazı devletlerde yabancı hukuk kuralları yürürlükteydi. Fakat 19. asırda milliyetçiliğin yaygınlaşmasıyla, toplumlar dillerinde olduğu gibi, hukuklarında da kendi örf ve ananelerine dayanan kurallar oluşturmaya başladılar. Böylece milliyetçilik de kanunlaştırmanın etkenlerinden birisi oldu.

1.2.2. Kanunlaştırmanın Yöntemi

Bir ülkedeki kanunlaştırma hareketinin yöntemi, o ülkede izlenen hukuk siyasetiyle doğrudan ilgilidir. Kanunlaştırmada genellikle üç yöntem kullanılır:

1. Muhafazakar (tutucu) Yöntem: Yönetici anlayışın, toplumsal menfaati göz önünde bulundurarak, ülkede dağınık biçimde bulunan ve uygulanan kuralları bir sistem içinde birleştirmesidir. Örnek olarak Osmanlı Devletinde Mecellei Ahkamı Adliyye, ve XIX. yy. sonlarından itibaren İsviçre’de ve Almanya’da yapılan kanunlaştırmalar verilebilir.

¹⁰BARAN; a.g.t., s. 18.

¹¹VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 46.

2. Hukuku Yaratma Yöntemi: Kanunlaştırma hareketine girişen ülke, toplumun yapısını ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, o ülkede uygulanacak hukuk kurallarını bizzat kendisi yaparsa hukuk yaratma yöntemi ile kanunlaştırmadan söz ederiz. Fransız Medeni Kanunu ile Rus İhtilalinden sonraki kanunlaştırmalarda bu yöntem kullanılmıştır.

3. İktibas Yöntemi: Kanunlaştırmayı yapan ülke, çeşitli nedenlerle ihtiyaçlarını karşılayacak hukuk sistemini kendi imkanları ile yaratamaz ise, yabancı bir ülkenin hukukunu aynen veya kısmi değişikliklerle kabul eder ve yürürlüğe koyar. Buna, resepsiyon (Reception-iktibas-benimseme) adı verilir. Roma Hukukunun bir zamanlar Almanya tarafından benimsenmesi, İsviçre Medeni Kanununun bir kısım değişikliklerle birlikte Türkiye tarafından kabul edilmesi örnek olarak gösterilebilir.¹² Resepsiyonda hukukun toplumu değiştirme aracı olarak kullanılmasının yanı sıra, bunu gerçekleştirenler hukukçular değil, politikacılar.

1.2.3. Hukuk Yaratmanın Metodu ve Uygulanma Şekli

Yeni kanunlar ortaya çıkarmada iki metot uygulanmıştır: Bunlardan birincisi meseleci (casuiste) metot, ikincisi ise soyut (mücerret) metottur.

a. Meseleci metotla hazırlanan kanunlarda, olaylar en ince ayrıntıları göz önünde bulundurulmak suretiyle ayrı ayrı hükümlere bağlanır. Hakim, kanunun metnine sıkı sıkıya bağlı kaldığı gibi, kanun koyucunun hüküm koymadığı olaylar konusunda da mevcut boşluğu doldurma yetkisine sahip değildir. Meseleci metotla hazırlanmış olan Prusya Devletleri Genel Kanunu ve Osmanlı Mecellesi meseleci metoda örnektir.

b. Soyut metotla hazırlanan kanunlarda ise; olayların ayrıntısı üzerinde durulmayarak genel nitelik taşıyan soyut hükümler konulmakla yetinilir ve ana hatları açısından birbirine benzeyen olaylar hakkında aynı hükümler uygulanır. Hakim, kanunun metnine bağlı kalarak ihtiyaç duyduğunda takdir yetkisini kullanabilir. Buna İsviçre-Türk Medeni Kanunu örnek verilebilir.

Çağımızda kanun yapmada soyut metot kullanılmaktadır. Bu metotla hakime tanınan yetkiler sayesinde hukuk, canlılığını muhafaza edebilmekte, değişen ihtiyaçlara uydurulabilmekte ve sorunlara pratik çözümler üretilebilmektedir.¹³

¹²Kanunlaştırma yöntemi için bak. G. BOZKURT; a.g.e., s. 5.

¹³ATAAY; a.g.e., s. 52-53.

1.3. Batıda Medeni Hukuk Alanındaki Kanunlaştırmalar

Tanzimat'tan önceki sürece bakıldığında Osmanlı Devleti'nin Müslümanlar için sadece İslam Hukuku'nu uyguladığını görmekteyiz. Dolayısıyla yabancı bir hukukun alınması ya da uygulanması söz konusu değildir. Fakat Tanzimat'tan sonraki sürece bakıldığında, gerek Osmanlı Devleti'nde ve gerekse Türkiye Cumhuriyeti'nde hukuki boşlukları dolduracak önemli kanunların çoğunun temellerini Batı Hukuku oluşturmuştur. Dolayısıyla Osmanlı'nın veya Türkiye'nin geçmişteki kanunlarının çoğunda ya Batı Hukuku model alınmış ve ondan yararlanılmış ya da Batı Hukuku aynen iktibas edilmiştir. Her ne kadar çalışmamızın doğrudan konusu olmasa da Türk hukuk tarihindeki kanunlaştırmaları ve onun kaynaklarını tam anlayabilmek için Cermen (Alman, Avusturya, İsviçre), Latin (Fransız, İtalyan) ve Anglosakson (İngiliz, Amerikan) devletlerdeki tedvin hareketleri ve büyük kanunlardan bahsetmek gerekmektedir.

1.3.1. Anglosakson Ülkelerde Medeni Hukuk

Anglo-Sakson (İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri) hukukunun bize ne Tanzimat sürecinde, ne de Cumhuriyet Türkiye'sinde herhangi bir etkisi olmamıştır. Fakat Batı Hukukunun temel unsurlarından biri olduğu için incelenmesi faydalı görülmektedir.

1.3.1.1. İngiltere'de Kanunlaştırma

İngiltere, hukuksal gelişim yönüyle diğer Avrupa toplumlarından farklılık arz eder, hatta bu farklılık bir İngiliz medeni hukukunun oluşturulmasında gecikmeye neden olmuştur denilebilir. Çünkü defalarca tartışılmasına (özellikle Bentham adlı meşhur hukukçu yeni kanunlaştırmaya gidilmesi taraftarıdır.¹⁴) ve bazı kanunlar çıkarılmasına rağmen bir İngiliz Medeni Kanunu vücuda getirilememiştir. Bunun sebebi eskiye bağlı İngiliz toplumunun muhafazakar olması, yani örf ve adetlere bağlılıktır.¹⁵ Dolayısıyla akla dayalı bir hukuk sistemi oluşturma düşüncesi İngiltere'de itibar görmemiş onun yerine gelenekleri esas alan bir sistem uygulanmıştır.

Common Law hukuk sisteminin kökenini teşkil eden İngiliz hukukunun, tarihsel süreç içerisinde, kara Avrupa'sından farklılık arz etmesinin farklı iki temel nedeni daha

¹⁴ATAAY; a.g.e., s. 59.

¹⁵VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I s. 54-55'ten özetlenmiştir.

vardır: Birincisi Roma hukukunu benimsememesi, ikincisi de toplumsal, teknolojik, iktisadi gelişmelere paralel olarak XVIII. yy. dandan sonra kara Avrupa’ında girişilen kanunlaştırma hareketlerine İngiltere’nin yabancı kalmasıdır. Bu da doğal bir süreç izleyen İngiliz hukukunun tümüyle yargıçlar tarafından ihtiyaç anında oluşturulmuş bir hukuk niteliğine bürünmesini sağlayacaktır.

Açıklamamızın daha iyi anlaşılabilmesi için İngiliz hukukunun tarihi sürecine bakacak olursak; *“Tarihsel gelişimi içinde İngiliz hukuku Common Law, Equity ve Statute Law adı altında üç bölümde gelişme göstermiştir. Common Law, Norman Kralları döneminde, mahkeme kararları ile oluşan bir yargıç hukukudur ve içeriği bakımından eski örf ve adet hukukuna dayanır. Ancak ilk yaratıcı dönemlerinden sonra, her çeşit yeniliğe karşı çıkan tutucu eğilim, Common Law’un gelişimini engellemiş ve artık Common Law kuralları adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştiremeyen, sert ve donmuş kalıplar haline gelmiştir. Bunun üzerine yine bir yargıç hukuku olan, hakkaniyet anlamına gelen equity geliştirilmiştir. XIX. yy. dandan sonra ise, yeni sosyal ve ekonomik gereksinimler birçok sorunun Common Law kuralları ile çözülemeyeceğini ortaya koymuştur. Bunun üzerine de, yeni gereksinimleri karşılayabilmek için, birbiri ardından kanunlar çıkartılmış ve bu durum İngiliz hukukunda kanun hukuku anlamına gelen Statute Law’un gelişimine yol açmıştır.”*¹⁶

Yukarıdaki açıklamadan da anlaşıldığı üzere; İngiliz hukuku bu süreçte dış etkiye kapalı olmakla beraber, durağan görüntünün altında ,hızlı olmayan, dinamik bir özellik göstermiş, tamamen kendi yargıçlarının yetisine ve hayat algısına bağlı olarak hukukta farklı süreçler yaşamış böylece sürekli bir değişim, birçok zaman da gelişim göstermiştir. Buradan hareketle İngiliz hukuku yerli, muhafazakar ve gelenekle iç içe bir seyir takip etmiştir.

*“İngiliz hukukunun en mühim kısmı örf ve adete, daha doğrusu, mahkeme teamüllerine dayanmaktadır. İngiltere’de mahkeme kararlarında emsal sistemi caridir.”*¹⁷ İngiliz hukuku meseleci olduğu için emsal kararlardan oluşan binlerce sayfalık hukuk kuralları vardır. Bu durum kimi zaman kolaylık sağlasa da, genellikle hukukun işleyişini güçleştirmiştir. Dolayısıyla, avukatlar binlerce sayfalık kararlar arasından kendi meselelerine uygun olanı ayıklamakla meşgul olmuşlar ve davalarını bu şekilde olumlu sonuçlandırmaya çalışmışlardır. *“Görülüyor ki İngiliz hukukunun bariz*

¹⁶BARAN; a.g.t., s. 10.

¹⁷VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 17.

*vasfı mücerretlik ve umumilik değil, kazüistliktir (meselecilik).¹⁸ ...İngilizler bu teamüli sahaya mesele hukuku yahut mahkeme hukuku manasına gelen Case Law yahut Judiciary Law; kanun ile tanzim edilmiş sahaya ise, kanun hukuku manasına gelen Statute Law derler.*¹⁹

1.3.1.2. Amerika’da Kanunlaştırma

Common Law (İngiltere) hukuk sistemine dahil olan Amerika hukuk sistemi bazı yönleriyle Avrupa hukuk sisteminden ayrılmaktadır. Medeni hayat şartlarından ve toplumsal ilişkilerin şeklinden olsa gerek kanunlaştırma hareketleri Avrupa kadar gelişmemiştir. Özellikle Kuzey Amerika Devleti’ne bakacak olursak, İsviçre gibi federal bir devlet olmakla birlikte, kendisini oluşturan eyaletlerin çeşitli konularda kanun yapma yetkisine sahip olduğunu görmekteyiz. Ayrıca İsviçre’nin ilk dönemlerinden farklı olarak, merkezi federal devletin de bütün eyaletlerde uygulanmak üzere, kanunlar koyma salahiyeti mevcuttur. Eyalet yönetiminden kaynaklanan ayrılığın yanında, merkezi federal devletin yetkilerinden dolayı var olan birleştirici özelliğine rağmen, hususi hukuk özellikle aile hukuku (mesela boşanma sebepleri) eyaletten eyalete farklılık göstermekteydi. Kanun bulunan veya bulunmayan konularda mahkeme içtihatlarının önemi çok büyüktü. Hatta denilebilir ki hukukun başlıca kaynağını mahkeme içtihatları teşkil etmekteydi.²⁰ Bu çeşitliliğe rağmen Amerika’daki kanunlar genel olarak toplanıp, 1925 ve 1926’larda yeniden düzenlenecektir.²¹

1.3.2. Latin Ülkelerde Medeni Hukuk

1.3.2.1. İtalya Medeni Kanunu

Genel itibariyle Ortaçağ Avrupa’sında görülen siyasi dağınıklık, İtalya’da daha geç bir döneme kadar yaşandı. Dolayısıyla bu durum İtalya’da siyasal dağınıklığa sebep olduğu gibi, hukuksal bütünlüğün de oluşmasını engellemiştir. Şehir devletlerinden oluşan İtalya’da genel bir medeni kanun da yoktu. Kanun mahiyetinde olan derebeyi emirleri, şehirlerin örf ve adetleriyle birleşince; uygulanmakta olan Roma Hukukunun

¹⁸Tanzimat’tan önceki ve sonraki Osmanlı hukuku ile İngiliz hukuku arasında her hangi bir ilişki olmamasına rağmen kazüistlik /meselecilik yönünden benzerdir (Mecellede olduğu gibi). Hatta Günümüz Türk mahkemeleri de herhangi bir karar verirken, o mesele ile ilgili üst mahkemece/temyiz mahkemesince verilmiş olan herhangi bir kararın olup olmadığını dikkate alırlar.

¹⁹VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 17.

²⁰ATAAY; a.g.e., s. 60.

²¹Amerika Hukuk Sistemi için VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 55-56’dan yararlanılmıştır.

da umumi ve ortak bir medeni kanun mahiyetine bürünmesini engelliyordu. Bu da İtalya’da parçalı hukukun oluşmasına sebep oluyordu. Avrupa’daki siyasi gelişmelerle birlikte -özellikle nasyonalizm- 1860’lardan itibaren siyasi ve idari birliğin kurulmasıyla, “*esas hükümleri Fransız Medeni Kanunundan alınan bir İtalyan Medeni Kanunu yapılmış ve 1866’dan itibaren yürürlüğe girmiştir.*”²² Siyasi birliğin sağlanmasından sonra genel bir uygulama birlikteliği ve aynilik oluşturabilmek, hukuksal alanda oluşan sorunları gidermek amacıyla medeni hukuk alanında da birlik sağlandı. Ve zamanla birçok değişiklik yapıldı.

1.3.2.2. Fransa Medeni Kanunu (1804)

Fransa Hukuku dünya tarihi açısından ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü Fransız İhtilali, sonuçları itibariyle dünyanın büyük bir kısmını etkilemiş ve yeni hukuksal duruma kaynaklık etmiştir.

İhtilalin etkisiyle Fransa’da yapılan bu orijinal kanunların geneli; İspanya, Portekiz, Belçika, Romanya, İtalya, bazı Alman eyaletlerinde -Renanya, Bade- bazı İsviçre kantonlarında -Cenevre, Vaud, Fribourg, Neuchatel- bazı Güney Amerika ve Latin devletlerinde -Uruguay, Şili, Bolivya, Arjantin- hatta Tanzimat’tan sonra Osmanlıda, aynen veya kısmen değiştirilerek kabul edildiği gibi Hollanda’da, Lüksemburg ve Lübnan’da tesirlerini göstermiştir. Bu etki gücünden dolayı Fransa Hukuku önemlidir.²³

Yukarıdaki bilgilere bakılarak Fransa Hukukunun hep bu özelliklere sahip olduğu zannedilmesin. Çünkü 18. asır sonlarına kadar Fransa hukukunda yeknesaklık yoktu. Coğrafi şartlar ve kültürün etkisiyle Güney Fransa’da Roma hukuku (yazılı hukuk olarak da adlandırılır) geçerliken, kuzeyde ise Cermen Hukukuna bağlanan mahalli örf ve gelenekler (sözlü hukuk olarak da adlandırılır) etkili idi. Coğrafyaya göre hukukta farklılık yaşandığı gibi, sosyal yapıya göre de hukuksal farklılık yaşanmıştır. Çünkü halk sınıflara ayrılmış durumda idi. Dolayısıyla, avama ve çiftçilere ayrı bir hukuk uygulanırken, soylu kabul edilen sınıfa daha farklı bir hukuk uygulanmakta idi. Bu durum hukukta çeşitlilik ve karmaşıklığa sebep olurken, sosyal hayatı zorlaştırmanın yanında, devlet işlerinde de aksamalara sebep olmuştur. Yaşanan bu zorluklar

²²VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I s. 53.

²³Ferit Hakkı SAYMEN; Türk Medeni Hukuku Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960, s. 26.

yöneticileri arayışa itmiş, Medeni Hukuk alanında olmasa da ekonomik alanda özellikle araziye yönelik bazı yenilikler yapılmıştır.

Hukuk farklılığından rahatsız olan kralların 1730-1740'lı yıllarda, özellikle arazi uygulamalarında yeknesaklık sağlamak istemeleri sonucunda emirname kaynaklı kanunlaştırmalar yapıldı. Daha çok, hukuk usulü, ceza, idari ve ticaret hukukuna ait olan bu kanunlar bir medeni kanun özelliği taşımasa da Fransız Medeni Kanununun gelişmesine katkıda bulundular.

Fransız ihtilali yaşanırken kapsamlı bir medeni kanun yapılması kararlaştırıldı ve bu durumu anayasada belirterek teminat altına almak için 3 Eylül 1791 tarihli kanunu esasının başlangıcındaki ifadeye eklendi.²⁴ Fakat birçok uğraşa rağmen siyasi ve idari sebeplerden dolayı kanunlaştırma gerçekleştirilemedi. Sürecin devamında, Fransız İhtilali'nden sonra, tek kanun yolu benimsenmiştir ve bu faaliyetin son merhalesini Napolyon'un büyük enerjisi ve şahsi müdahaleleri ile 1804'te kabul edilen Medeni Kanun (Code Civil) teşkil²⁵ edecektir. Napolyon'un medeni kanun için siyasi ve idari ortamı hazırlaması sonucunda; *“meşhur hukukçu Poutalis'in idare ve nüfuzu altında bir heyet tarafından hazırlanan son proje Napolyon zamanında kanun haline geldi. Bazen Napolyon Kanunu da denilen 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) muasır kanunlaştırma cereyanının ilk orijinal eseridir. Onun orijinalliği bilhassa hükümlerinin mücerretliğinde ve ifadelerinin vuzuh ve sarahatinde tebarüz etmektedir.”*²⁶

Code Civil Fransız inkılabının ruhunu yansıtan bir kanun olup, modern manadaki kanunların birincisi ve en başarılısı idi. Medeni Hukuku alakadar eden kaideler sistemli bir şekilde toplanmış, açık hükümlere bağlanmış ve mücerred bir ifade ile umumi prensipler şeklinde formüle edilmiştir. Oysa Prusya Medeni Kanunu olayları önceden tespit edip ayrıntısına inmeye çalışmış, fakat insan ilişkilerinin her ayrıntısının önceden tespit edilip ona göre kanun çıkarılması mümkün olmadığı için, Fransız Medeni Kanununda soyut kanunlar kullanılmış ve bu yönüyle Prusya Medeni Kanunundan ayrılmıştır. 2281 maddeden oluşan Code Civil, medeni hukuk alanında Almanya, İsviçre ve diğer birçok ülkeyi de etkilemiştir.

²⁴VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 15.

²⁵SAYMEN; a.g.e., s. 25.

*Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) Nazaret Hilmi tarafından Türkçeye çevrilerek yayınlanmıştır. (Nazaret Hilmi; Fransa Kanunu Medenisi, Kasbar Matbaası, İstanbul 1308.)

²⁶VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 15-16.

Fransız Medeni Kanunu hazırlandığı günün hatta ilerisinin ihtiyaçlarına uygun bir şekilde oluşturulmuştur. Bir anlamda “*İktisat, siyaset ve felsefede hakim olan zamanın liberal ve ferdiyetçi görüşü bu kanunun ruhunu teşkil*”²⁷ etmiştir. Yani Fransız milletinin ruhuna uygun olarak fertçi ve eşitçidir.²⁸

Fransa bu kanunlarla yetinmemiş ve Napolyon’un ıslahat arzusunun da etkisiyle oluşan müsait zeminde; 1806’da Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1807’de Ticaret Kanunu, 1808’de Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1810’da da Ceza Kanunu, kabul edildi. Bu kanunlar Tanzimat’tan sonraki süreçte Osmanlı Devleti’nde yapılmış olan Ticaret, Usulü Muhakematı Hukukiye, Usulü Muhakematı Cezaiye ve Ceza Kanunlarına modellik yapmıştır.²⁹

Zamanla Fransız Medeni Kanunu birçok değişikliğe uğramış olmasına rağmen, kanunun felsefesi ve asıl kısmı devam etmiştir. Bunun temel nedeni; kanunların genel ve soyut olmasından dolayı, hakimlerin takdir yetkisini kullanarak günün koşullarına ayak uydurabilmeleridir. Bu uygulamadan dolayı Fransa’da, jürisprüdans denilen mahkeme içtihatları hukuku meydana gelmiştir.

1.3.3. Cermen Ülkelerde Medeni Hukuk

1.3.3.1. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)

Avusturya İmparatorluğu Medeni Kanunu, Cermen Devletleri’nde 1794 tarihli Prusya Devleti Umumi Kanunundan sonra ikinci önemli kanun olup 1811 tarihinde yürürlüğe girmişti ve o dönemin şartlarında modern manada bir medeni kanundu. Bu dönemlerde Avrupa’daki halk hareketleri ve coğrafik-kültürel etkiden dolayı kimi zaman devletlerin hukukları birbirine olumlu etki ederken, kimi zaman da kültürel farklılıktan ötürü çok aykırı hukuksal uygulamalar dikkat çekmiştir. Dolayısıyla 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu, coğrafik ve zamansal yakınlığa rağmen birçok yönden Prusya Kanunu’ndan farklıdır. Bu farklılıkları şöyle sıralayabiliriz: Daha basit ifadeli, veciz ve sade bir dil kullanmanın yanında, yine Prusya’dan farklı olarak, “*her hadiseyi ayrı ayrı tanzim eyliyen kazüist bir metod takip etmiyerek, hukuki hadise ve münasebetler için umumi kaideler koyan mücerret bir metod kullanılmıştır.*”³⁰ Bu açıklamalar Avusturya Medeni Kanunu’nun çok mükemmel ve kusursuz olduğu

²⁷SAYMEN; a.g.e., s. 26.

²⁸Kemal Fikret ARIK; Türk Medeni Hukuku I Genel Prensipler, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1963, s.192.

²⁹VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 52.

³⁰VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.48-49.

şeklinde algılanmamalıdır. Çünkü 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB), Habsburg monarşisinin uyguladığı mutlakiyetçi dünya görüşünü yansıttığından felsefe olarak da eleştirilecek ve üzerinde durulacak birçok yönü bulunmaktadır.

Daha önce değindiğimiz kültürler ve devletlerarası etkiyi bu dönemde Fransa ile Avusturya arasında da görmekteyiz. “*Avusturya Medeni Kanunu’nun 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunundan mülhem olduğu muhakkaktır.*”³¹ Benzer yönlerine dikkat çekecek olursak; Fransız Medeni Kanunu da kazüist ve olayları tek tek ele alan meseleci bir metoda sahip olmayıp, genel ve soyut bir metot uygulamıştır.

Avusturya Medeni Kanunu statik bir yol izlememiştir. Avrupa’daki hukuksal gelişmelere paralel olarak dinamik bir felsefeyle; 19 Mart 1916 tarihli kararname ile çok mühim değişiklikler yapılmış ve bunu daha sonraki değişiklikler takip etmiştir.³²

1.3.3.2. Alman Medeni Kanunu (1900)

Almanya medeni hukuk tarihi incelenirken, Almanya’nın siyasi durumuna göre iki döneme ayırarak incelemek gerekmektedir. Birincisi siyasi birliğin olmadığı dönemdir. İkincisi Almanya’nın 1870 savaşlarından galip çıkmasıyla İmparator Wilhelm ile nazırı Bismark’ın milli/siyasi birliği kurmuş olması sonucunda oluşan yeni Almanya dönemidir.

1.3.3.2.1. Siyasi Birlik Öncesi Almanya Medeni Kanunu

1870-1871’de Prusya’nın, Almanya’da siyasi birliği sağlamasına kadar Almanya’da merkezi hükümet yoktu. Ve Almanya birçok devletten oluşuyordu. Bu dağınıklıktan dolayı ilk kanunları da genel değil bölgeseldi. Kendisini kuvvetli hisseden her bir mahalli hükümdar, ülkesinde uygulanacak olan kuralları tayin etmekteydi. Bu durum, kendilerine mahsus hukuk kuralları olan (Landrecht) birçok prenslik ve dükallıkların oluşmasına zemin hazırladı. Böylece her ülkenin (Land), her şehrin (Stadt) kendisine mahsus bir hukuku oluştu. Örneklendirecek olursak; Renanya ve Bade’de uygulanan Fransız Medeni Kanunu’ndan başka, birçok mahalli kanun yapılmış Saksonya’da da ayrı bir medeni kanun neşrolunmuştu.³³ Ortaya çıkan bu şehir hukuklarında dış etki söz konusuydu. Çünkü; tipik bir iktibas (reception, Rezeption) örneği olarak XVI ve XVII. yy. da, Roma Hukuku yavaş yavaş bütün Almanya’da

³¹VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 49.

³²VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.49.

³³SAYMEN; a.g.e., s. 27.

uygulanmaya başlanmıştı. Roma hukukunun zamanla bütün Almanya için ortak hukuk (Müşterek hukuk³⁴) olarak uygulanmasına rağmen Roma Hukuku ile şehir hukuku birlikte uygulanıyordu. Ama müşterek hukuk, yöresel hukukun yeterli olmadığı durumlarda uygulanıyordu. Bu durum, “*şehir hukuku memleket hukukundan, memleket hukuku da ortak hukuktan önce gelir. (Stadrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines recht)*”³⁵ Yerleşik anlayışından kaynaklanmaktaydı. Buna bağlı olarak Özel hukukun halledemediği durumlarda, kökü Roma Hukukuna dayanan ve Almanya’da 1900’e kadar uygulanan, Müşterek hukuk devreye girerdi. Yukarıdaki bilgiden de anlaşılacağı gibi 1900’lere kadar Almanya’da hukuk birliği yoktu. Devlet hukuku, Şehir hukuku ve Müşterek hukuk sırasına göre birlikte uygulanıyordu.

Almanya’da daha 16.yy. da bazı büyük kanunlar yapılmış³⁶ olmasına rağmen, ilk kanunlaştırma olarak Prusya kabul edilmektedir. Çünkü önceki kanunlar; genel olmayıp, bölgesel olduğu gibi, sistem ve anlayış bakımından da farklı olduğu için bu gruba dahil edilmemektedir.

“*Almanya’da ve hatta bütün Avrupa’da, muasır manada kanunlaştırma hareketi ilk defa Prusya’da başlamıştır.*”³⁷ Kral Büyük Frederik (II) tahta çıktıktan sonra hukuksal alanda düzenleme yapabilmek amacıyla çalışmalar başlattı. 1751 tarihli Kambiyo Kanunu ve 1781 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Frederik hayatıyken neşredildi. Asıl mühim olan ve Prusya Devletler Umumi Kanunu (Allgemeines Landrecht Für die Preussischen Staaten) unvanını taşıyan büyük kanun Frederik’in ölümünden sonra neşredildi. Bu kanun hem hususi hukuku, hem de kamu hukukunu düzenliyordu. Yeni Prusya kanunları metot ve teknik olarak muasır düzeyde değildi. Çünkü Fransız ihtilali öncesi bir felsefeye sahipti. Ama eski dönem ile yeni dönem arsında geçiş özelliği taşıyordu denilebilir. Prusya kanunları 17 binden fazla maddeden oluşmuştur. Bu kadar uzun olmasının sebebi; kazüist metot takip ederek, her hadiseyi ayrı ayrı düzenlemeleri ve bütün beşeri ilişkileri bir kanun içine sığdırabileceklerini zannetmeleridir.

Almanya bir dönem Napolyon’un işgaline uğradı. Napolyon’un işgalinden kurtulduktan sonra genel ve milli bir Alman Hukukunun oluşturulması fikri gündeme getirilip tartışıldıysa da siyasi birliğin tam sağlanamamasından ve yapılan itirazlardan

³⁴Müşterek hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bak. VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.47.

³⁵ATAAY; a.g.e., s. 55.

³⁶VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.47.

³⁷VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 9.

dolayı sonuç alınamadı. Hatta Cermen kavimlerinde kanunlaştırma faaliyetleri 1811 tarihli Avusturya Meni Kanunu'ndan sonra, 1845'lere kadar uzun bir süre durdu. Almanya'da 1848'den sonra hukukta yeknesaklığı sağlama amaçlı kanunlaştırma hareketleri tekrar başladı. Bunun neticesinde 1848'de Umumi Alman Kambiyo Kanunu ve 1861'de Umumi Alman Ticaret Kanunu meydana getirildi.

1.3.3.2.2. Siyasi Birlik Sonrası Almanya Medeni Kanunu

Önceki başlıkta belirttiğimiz gibi Cermen kavimlerinde durmuş olan kanunlaştırma hareketleri Almanya'da 1848 tekrar başlamıştı. Almanya'da siyasi birlik 1870-1871'de sağlandığı için bütün ülkeyi kapsayan genel kanunlar bu tarihten sonra yapıldı. Dolayısıyla bundan önceki kanunların çoğunluğu genel olmayıp, münferit Alman devletçiklerine mahsus çeşitli kanunlardır.

Tekrar başlamış olan kanunlaştırmalarda Medeni Hukuk'a nazaran Amme Hukuku'nda daha erken sonuca varıldı. 1870'te neşredilen Alman Ceza Kanunu 1 Ocak 1872'de yürürlüğe girmiş ve 1 Ekim 1879'da da Alman Hukuk Muhakemeleri ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunları* cari olmaya başlamıştır.³⁸

Medeni kanun yapılması işine 1871'de Wilhelm ve Bismark'ın milli hukuk oluşturma idealleri sonucunda başlandı. Bu maksatla ilmi bir komisyon 13 sene gizli çalıştı ve neticede beş ciltlik bir kanun projesi meydana getirdi. Fakat proje çok tenkit³⁹ edildi, fazla romanist ve karışık olduğu, aynı zamanda içtimai düşünceden uzak bulunduğu belirtildi. Bunun üzerine proje tekrar gözden geçirildi ve tadil edilerek nihai şekli ile neşrolundu. Bu ikinci proje 1896 tarihinde Raystag'da (Alman İmparatorluk Millet Meclisinde) kabul edildi. Fakat milletin buna alışabilmesi için yürürlüğe girmesi dört sene geciktirildi. Bu kanunun adı "Bürgerliches Gesetzbuch" yani Medeni Kanundur.⁴⁰ 1896'da meclis tarafından kabul edilen ve İmparatorunda onayladığı Alman Medeni Kanunu 1 Ocak 1900'de yürürlüğe girdi.⁴¹

*Kuruluş sürecindeki Türkiye Cumhuriyeti'nin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bu kanundan alınmıştır.

³⁸VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 50.

³⁹Önemli hukukçulardan Gierke, tasarıda Cermen Hukukundan yeterince yararlanılmadığını ileri sürmüştür. (ATAAY; a.g.e., s. 57.)

⁴⁰SAYMEN; a.g.e., s. 27.

⁴¹Bu tarihte uygulanmasının özel bir nedeni vardır; İmparator Wilhelm, Alman Medeni Kanununun 1 Ocak 1900'de, yani 1900 yılının birinci ayının birinci gününde uygulamaya girmesini kararlaştırdığı zaman, bu kanunla yeni bir asrın yeni bir hukuk devrine gireceğini de belirtmek istemişti. Fakat unutupordu ki, bir asır 100 seneden ibarettir ve 1900 senesi XX. asrın başı değil XIX. asrın sonudur. Yirminci asır 1 Ocak 1901'de başlar. (SAYMEN; a.g.e., s.28.)

Liberal ve muhafazakar görüşlerin etkin olduğu bu süreçte hazırlanan Alman Medeni Kanunu'nun(BGB) hükümleri, gayet mantıklı ve ilmi bir sistematik plan dahilinde toplanmış olup, 2385 maddedir. Kesin ifadeler kullanmakla beraber, maddeden maddeye atıf vardır. Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarından farklı olarak; hukukçu olmayanların anlamayacağı kadar ağır ilmi terimler kullanılmıştır. Çok sistematik oluşu karışıklığa ve anlaşılmasında zorluklara, maddeden diğer bir maddeye atıflar yapması da kesin hüküm çıkarmada çok zorluklara sebep olmuştur. Ayrıca, Alman Medeni Kanunu içerik bakımından *“fevkalade ferdiyetçi ve liberal olup, gayet az içtimaidir.”*⁴²

Alman milletin bürokratik ve disiplinli ruh yapısına uygun⁴³ olan BGB sadece Almanya ile sınırlı kalmamış, çevresindeki birçok toplumu ve ülkeyi de etkilemiştir. Japon, Çin ve İsviçre Medeni Kanunları yapılırken Alman Medeni Kanunu'ndan(BGB), geniş ölçüde istifade edilmiş⁴⁴ hatta son dönemlerde Yunanistan Medeni Kanunu hazırlanırken de(1946) BGB'den yararlanılmıştır.

Konu bütünlüğünü sağlamak açısından şu bilgiyi vermekte yarar görüyoruz: Almanya, yeni kara ve deniz ticareti kanununu 1897'de kabul ederek uygulamaya geçirdi. Cumhuriyet Türkiye'si de, deniz ve kara ticaret hukukunu oluştururken Alman Ticaret Hukuku'ndan büyük oranda yararlanmıştır.

1.3.3.3. İsviçre'de Medeni Hukuk ve Medeni Kanun(1907)

Avrupa'nın geneline bakıldığı zaman, orta çağ boyunca hukuk dağınıklığının olduğu görülecektir. Bir gelenekler ülkesi olan İsviçre'de de dağınık olan hukuk tabii şartlardan ve milli durumdan çok etkilenmiştir. İsviçre, Avrupa'nın ortasında çeşitli ırk, dil ve dinlere mensup insanların oluşturduğu bir devlettir. İçinde bulunduğu yüksek dağların ve ovaların etkisiyle dışarıya kapalıydı. Dolayısıyla hukuk, bölgeye ve millete göre bölünmüş ve yöresel-muhafazakar bir nitelik taşımıştır. Bunun neticesinde, her kantonun, hatta her şehir ve kasabanın kendine has ve komşusununkinden farklı, kanun koyma yoluyla oluşmayıp örfi olan, mahalli hukuku ortaya çıkmıştır. O günün şartları göz önünde bulundurulduğunda, demokratik esaslara bağlı çiftçi ve dağlı İsviçre halkının örf ve adetlerinden oluşan bu mahalli hukuk, Avrupa'yı derinden etkileyen Roma Hukuku'na karşı kuvvetli direnç göstererek İsviçre'de 19. yy. gibi geç bir zamana

⁴²SAYMEN; a.g.e., s. 27.

⁴³ARIK; a.g.e., s. 192.

⁴⁴VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.50.

kadar yerel hukukların, orta çağ karakterleriyle, varlığını korumasını sağlamıştır. “*Bu itibarla İtalya’da, Almanya’da ve Cenup Fransa’da müşahede edilen Roma Hukuku iktibas (Reception) İsviçre’de pek cüz’i olmuştur.*”⁴⁵ Bu durum İsviçre halkının muhafazakar yönünün de ispatıdır.

Siyasi durumuna tekrar dönecek olursak, İsviçre 22 kantondan (devletçik) oluşan gelenekselleşmiş konfederasyon devlet anlayışına sahiptir. İsviçre konfederasyonunun gerçek anlamda federatif bir devlet haline gelmesi 1848 yılında gerçekleşmiştir.⁴⁶ Bahsi geçen her kantonun, kısmen benzerlik olsa da, kendine has bir hukuku vardı. Hukuk farklılığına sebep olan dini ve ırki durum şöyleydi: “*İsviçre’nin kantonlarından on yedisinin halkı Alman, dördünün ki Fransız ve birininki de İtalyan ırkındandır. Kantonlarda ahalinin büyük çoğunluğu Protestan ve cüz’i bir kısmı Katolik mezhebine mensuptur.*”⁴⁷ Çoğunlukla eski Germen esaslarına bağlı bu kantonlarda XVIII. yy. dan itibaren iç ve dış nedenlerden dolayı kanunlaştırma hareketleri başladı. Fakat genel bir medeni kanun uygulanmadı. 1798-1803 yıllarında “*Napolyon İsviçre’yi istila ederek orada konfederasyonu merkezi bir Cumhuriyet (Helvetik Cumhuriyeti) haline koyduğu sıralarda, İsviçre Teşrii Meclisi 1798 de bütün İsviçre için tek bir Medeni Kanun meydana getirilmesi teklifini kabul ettiği halde, bundan bir netice çıkmadı ve sonradan bu fikir uzun yıllar bir kenara atıldı.*”⁴⁸

Bütün İsviçre kantonlarının tabi olacakları medeni kanun 1912’de yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce İsviçre kantonları medeni hukuk bakımından dört gruba ayrılmıştı.

1.3.3.3.1. İsviçre Kantonlarında Özel Hukukun Kanunlaştırılması

Kantonların özel hukukları yazılı olmayıp, örf ve adet hukuku tarzında olduğu için, zaman zaman hukuki kesinlik ve uygulamada yeknesaklık açısından sorun teşkil edebiliyordu. Bundan dolayı kantonlar, XIX. yy. da hukuklarını yazılı hale getirmeye başladılar. Bu, bir anlamda Avrupa’da meydana gelen kodifikasyon hareketinin İsviçre’yi etkilemesiydi. Ama millileşemeyip, mahalli bir hareket halini alarak uygulanmıştır. Çünkü İsviçre’deki dil, düşünce ve adetlerdeki farklılık/taassub hukuk anlayışlarını ve kodifikasyon faaliyetlerini şekillendirmekteydi.

⁴⁵SAYMEN; a.g.e., s. 29.

⁴⁶Selahattin Sulhi TEKİNAY; Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970, s. 29.

⁴⁷VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.57.

⁴⁸VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.57.

İsviçre'deki bu kodifikasyon hareketinde kantonların iki ayrı yol izledikleri görülüyor: Birincisi yabancı kanunların iktibasıdır. İkincisi ise orijinal kanun yapmaktır.⁴⁹ Kantonların bir kısmı Fransa'nın, bir kısmı Avusturya'nın etkisinde kalırken, Zürich Kantonu mahalli değerlere dayalı orijinal bir hukuk hazırlamış, bazı kantonlar da herhangi bir hukuksal düzenleme yapmamışlardır. Etkilendikleri hukuk çevresine göre kantonları gruplandırarak olursak⁵⁰:

1.3.3.3.1.1. Bir Medeni Kanuna Sahip Olmayan Kantonlar

Örf ve adetlerden oluşan çeşitli hukuk kuralları uyguluyorlardı. İsviçre'nin en eski kantonları olan Schwyz ve Uri kantonları bunlara örnektir.

1.3.3.3.1.2. Fransız Medeni Kanununu Benimseyen Kantonlar

Batı ve Güney İsviçre'de yer alan dolayısıyla, Fransa'ya yakın oldukları için, Fransızca konuşan bu kantonlar kendi medeni kanunlarını hazırlarken, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununu  rnek almışlardır. Cenevre, Valais, Tessin, Friburg ve N шатel kantonları bunlara örnektir.

1.3.3.3.1.3. Bern Grubuna Giren Kantonlar

Kendi medeni kanunlarını hazırlarken, 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanununu  rnek almışlardır. Bern, Argovis, Sol r ve L zern kantonları örnek olarak sayılabilir.

1.3.3.3.1.4. Zurich Grubuna Girenler

İsviçre'de kendi örf ve adetlerini dikkate alan bu kantonlar, 1853-1855 yıllarında orijinal ilk medeni kanunlarını hazırladılar. Alman hukukunun az da olsa etkisinin görüldüğü Zürich Medeni Kanunu yerli bir nitelik taşımakla birlikte bugünkü İsviçre Medeni Kanunu'na büyük ölçüde modellik yapmıştır.⁵¹ Bu kanunları Hukukçu Profesör J. C. Bluntschili hazırlamıştır. Schaffhausen, Saint – Gall, Thurgau, Zug, Glarus, N twalden, Graub nden, Grisons gibi kantonlar Zürich Medeni Kanunu'ndan etkilenererek kendi kanunlarını hazırladılar.

⁴⁹SAYMEN; a.g.e., s. 29-30.

⁵⁰Kantonların hukukları konusunda; TEK NAY; a.g.e., s. 29-30; SAYMEN; a.g.e., s. 30'dan yararlanılmıştır.

⁵¹VEL DEDEOęLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.58.

1.3.3.3.2. İsviçre’de Federasyon Hukukunun Birleştirilmesi

Dil, mezhep, ırk ve adetlerdeki farklılık; kantonların kendi hukuki bağımsızlıklarını feda etmek istemeyen muhafazakar ruhu, İsviçre’de umumi bir medeni kanunun oluşturulmasını geciktirdi(1898). Zaten bölgeselliği kabul eden 1848 Anayasası da genel kanunlara engeldi, çünkü her kanton kanun yapma yetkisine sahipti. Fakat sosyal hayattaki gelişme ve değişimler; Avrupa’da sanayinin gelişmesi, merkezi yönetimlerin ön plana çıkması, teknolojik gelişmelere paralel olarak, yeni ulaşım araçları sayesinde toplumlar arasındaki ekonomik ve kültürel ilişkilerin artması, İsviçre’de hangi hukuk kurallarının uygulanacağı konusunda problem yaşanmasına sebep oluyordu. Ve bu durum hayatı zorlaştırıyordu. Dolayısıyla ilk iş olarak anayasayı tadil edip, bütün İsviçre’yi kapsayan bir kanun yapabilme yetkisini konfederasyona vermek gerekiyordu. Daha önce yapılmış olan kanton özel hukuklarının kanunlaştırılması işi de umumi kanunlaştırma hareketleri için hazırlık aşaması oldu.

Bahsi geçen süreçten sonra, 1872’de Federasyona Medeni, Ceza ve Usul hukuklarını birleştirebilme yetkisi verilmek istendiyse de referandumda reddedildi.⁵² Çünkü hazırlanan 1872 “*tadil tasarısı Medeni Kanun, Ceza Kanunu ve Muhakeme Usulü Kanununu derpiş ediyordu. Halk oyuna (referandum) sunulan bu tasarı muhafazakârların muhalefeti yüzünden reddolundu.*”⁵³ İki yıl sonra, medeni hukuka çok sınırlı değinen, ceza ve usul kanunlarına değinmeyen, sadece iktisadi ihtiyaçların zaruri kıldığı münasebetlerle alakalı; borçlar hukuku, ticaret hukuku, kambiyo hukuku, telif hukuku, icra ve iflas hukuku konularını içeren, 1874 tadil tasarısı (64. madde değiştirilerek,⁵⁴ özel hukukun belli alanlarında, bütün konfederasyon için kanun yapma imkanı getirildi.) kabul edildi. Böylece 1881’de kanunlaştırılan borçlar hukuku 1883’te bütün kantonlarda yürürlüğe girdi. Konfederasyonun tamamını kapsayan özel hukukun geneline yönelik değişiklik ise, anayasada 1898’de yapılan değişikliklerle mümkün⁵⁵ olacaktır.

İlk büyük genel kanun olan 1881 Borçlar Kanunundan sonra, 1892’de yürürlüğe giren, İsviçre İcra ve İflas Kanunu meydana geldi. Türkiye de icra ve iflas kanununu İsviçre’nin bu kanunundan almıştır.⁵⁶

⁵²VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 58.

⁵³SAYMEN; a.g.e., s. 31.

⁵⁴ARIK; a.g.e., s. 190.

⁵⁵TEKİNAY; a.g.e., s. 30.

⁵⁶VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 13.

Nihayet 1898 yılında Anayasa tekrar tadil edilerek, 13 Kasım 1898 tarihli referandum ile 1874 Anayasasının 64. maddesine federasyonun medeni hukukun diğer alanlarında da kanun koymaya yetkili olduğuna dair bir madde eklenmesiyle⁵⁷ umumi bir medeni kanun yapmanın yolu açılmış oluyordu. Bununla beraber, yapılacak yeni kanun İsviçre'nin örf ve adetlerini ortadan kaldırma amacı gütmeyen; bilakis bütün bu örf ve adetleri içerecek (kantonların medeni hukuklarının kendilerine has özelliklerini ve din ayrılıklarını dikkate alan) müşterek bir eser olacaktı. “*Yani kanun inkılapçı değil, bilakis muhafazakar bir çehre arz edecekti.*”⁵⁸ Böyle bir medeni kanunun hazırlanması için İsviçre hukuk tarihinin ve yürürlükte olan kanton özel hukukunun ayrıntılı incelenmesi ve sistematik bir şekilde toplanması gerekiyordu.

İsviçre Hukukçular Derneği, kantonların özel hukuklarının mukayeseli, sistemli ve ayrıntılı bir şekilde toplanması görevini Prof. Eugen Hubere (1849-1923) verdi. Huber, İsviçre Özel Hukukunun Sistemi ve Tarihi (System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts) adlı dört ciltlik eseri meydana getirdikten (1886-1893) sonra Federal Adalet Bakanlığı kantonlara da danışarak çok güvenilen Eugen Huber'i medeni kanun tasarısı hazırlamakla görevlendirdi.

Burada dikkat çeken bir durum var; Fransız ve Alman Medeni Kanunlarını komisyon hazırlarken, onlardan farklı olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun layihasını tek kişi hazırlamıştır. Bu durumun sebebi ise belli bir plana göre gidebilmek, düzeni sağlamak ve kanunun felsefesini koruyabilmekle izah edilebilir.

“*Kanun koyucunun kanunu hazırlarken bunun tatbik edileceği sosyal çevrenin gerçeklerini göz önünde tutmak mecburiyetinde olduğunu*”⁵⁹ bilen Huber, 1894 yılından itibaren kısmi tasarıları hazırlamaya başladı. Uzun bir mesaiden sonra, İsviçre Medeni Kanununun ilk tasarısını, arkasından da bu tasarının iki ciltlik gerekçesini (Expose des Motifs, Erläuterungen) hazırladı. İsviçre Medeni Kanunu'nun ana fikirlerini geniş bir şekilde izah eden ve halka açıklayan bu gerekçeden sonra, ön tasarı, raportörü Eugen Huber olan 40 kişilik “Eksperler Komisyonu”nda incelemeye başlandı. (1901-1903 yıllarında tam iki buçuk yıl incelendi) komisyonda 9 uzman dışında her sınıf halkı, her dini, her siyasi partiyi, mahalli menfaatleri ve iktisadi menfaatleri temsil eden 31 üye vardı. Tartışmalar sonucunda komisyonda küçük değişiklikler yapılarak ikinci proje

⁵⁷BARAN; a.g.t., s. 19.

⁵⁸SAYMEN; a.g.e., s. 30.

⁵⁹AKİPEK; a.g.e., s.32.

hazırlandı⁶⁰. 28 Mayıs 1904'te Federal Hükümetin tasarısı olarak federal meclise sevk olundu. Uzun tartışmalar yaşandıysa da 10 Aralık 1907 tarihinde Milli Meclis ve Federal Meclis tarafından oy birliği ile kabul edildi. 20 Mart 1908'e kadar devam eden halkoyuna sunma (referandum) süresinin kullanılmadan geçmesi üzerine, halkın da örtülü onayını almış olan İsviçre Medeni Kanunu 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girdi.

Daha önce bahsettiğimiz gibi İsviçre Borçlar Kanunu 1881 yılında kanunlaşmıştı. İsviçre Medeni Kanunu'ndan önce kanunlaştığı için zaten medeni kanunun dışında kalmıştı. Fakat Huber'in nezareti altında yeniden gözden geçirilerek medeni kanuna uyarlanmaya çalışıldı.

Hazırlanan projenin ilk görüşmeleri, 1905'te bir komisyon tarafından ikinci görüşmeler de 1908 ve 1909'da mütehassıslar komisyonu tarafından yapılarak 1909'da Federal Heyetçe Federal Meclise sevk edildi. 30 Mart 1911'de bu meclis tarafından kabul edildi ve medeni kanunun 5. kitabıymış gibi 1 Ocak 1912'de, Medeni Kanun'la birlikte yürürlüğe girdi.⁶¹

1905'teki projede İsviçre Borçlar Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu'nun devamıymış gibi maddelendirildi, fakat daha sonra değiştirilerek müstakil bir kanun haline getirildi. Ayrıca bu projede Borçlar Kanunu'nun ilk 551 maddesi değiştirilmiş 551'den sonraki maddeler aynen alınmıştı. Nitekim bunlar da 1936'da değiştirilerek, 1 Ocak 1937'de yürürlüğe girdi. Türk Borçlar Kanunu, İsviçre borçlar Kanununun değiştirilmiş olan ilk 551 maddelik kısmından alınırken,⁶² yine İsviçre Medeni Kanunu da Türkiye (1926) ve Lichtenstein (İsviçre ve Avusturya arasında yer alan bir prenslik 1922, 1926) tarafından iktibas olunmuştur.

İsviçre ceza hukuku ise, kendi hukukundan vazgeçmek istemeyen kantonların anlaşamamasından dolayı çok gecikmiş, ancak 1938'de yapılabilmıştır.

1.3.3.3.3. İsviçre Medeni Kanunu'nun Genel Özellikleri

İsviçre Medeni Kanunu Velidedeoğlu'nun da belirttiği gibi muhafazakar bir yol izlemiş, dolayısıyla, İsviçre'ye, eski hukuktan ayrı yeni bir hukuk getirmemiş, Kantonların eski medeni hukuklarını birleştirmek ve telif etmek suretiyle geniş ölçüde muhafaza etmiştir.⁶³ Roma hukukundan fazla etkilenmezken, daha çok Cermen gelenek

⁶⁰ Komisyon hakkında ayrıntılı bilgi için bak. AKİPEK; a.g.e., s.32; SAYMEN; a.g.e., s. 31.

⁶¹ VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 60-61.

⁶² TEKİNAY; a.g.e., s. 32.

⁶³ VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 61.

ve adetlerine dayanması muhafazakarlığını ve milliliğini ispatlamaktadır. (bu kanundan iktibas edilen Türk Medeni Kanunu tamamen inkılapçı olup muhafazakar ve milli bir özellik taşımamaktadır.)

Hukukun kaynaklarını gösteren bu kanun elastiki yapısından dolayı hakime geniş takdir yetkisi verirken maddeden maddeye atıf yapmayan 1500 kadar maddeden oluşmuştur. Döneminin diğer anayasalarıyla kıyaslandığında kısa ve öz olduğu görülecektir.

Sistematik ve mantıki bir plan içerisinde hazırlanmış olan 1912 tarihli İsviçre Medeni Kanunu (ZGB, CCS), döneminin en yeni düzenlemesi olup diğer büyük kanunlara göre daha yalın, anlaşılması daha kolay, daha demokratik ve o günün ölçülerine göre daha sosyal içerikli bir kanundu. Zamanın sosyal gereklerini dikkate alarak şahsi menfaatler ile bu sosyal ihtiyaçları birleştirmeye çalışmıştır.

Halk için yapılmıştı dolayısıyla, dili açık, koyduğu hükümler sade ve basitti. Hürriyetçi olan bu Kanun ana hatlara ve ana prensiplere önem verirken, teferruattan ve nazariyeden kaçınmıştır.⁶⁴ İsviçre Medeni Kanunu yukarıdaki bütün olumlu yanlarına rağmen denilebilir ki; *“Fransız Medeni Kanunu gibidir, ne gericidir, ne de devrimci”*⁶⁵ dir.

1.4. İslam Hukuku

İslam Hukuku,⁶⁶ dini kaidelere dayanan bir hukuktur. İslam Hukuku’nu, İslam dininin kaynaklarında arayıp, bu dinin esaslarına göre derleyip kuran disipline “ilmi fıkıh” denir. Fıkıh ilminin tespit ettiği hukuk kurallarının tamamına “şeriat” adı verilir. “şeriat” kavramı, daha geniş anlamda İslamiyet’in, gerek hukuki gerekse hukuk dışında kalan bütün davranış kurallarını ifade etmek üzere de kullanılmaktadır.

Şeriatın dayanağı olan Kuranı Kerim ve Hazreti Muhammed’in söz ve eylemleri olan hadis/sünnet, İslam dininin temel kaynaklarıdır ve bunlara asli kaynak denilir. Diğer iki kaynak ise fer’i kaynak denilen icmaı ümmet ve kıyastır.⁶⁷ Kuran, yaratıcının buyruklarından oluşurken; ondan sonra gelen hadis/sünnet, Peygamberin, kural haline

⁶⁴ARIK; a.g.e., s.192.

⁶⁵ARIK; a.g.e., s.193.

⁶⁶İslam hukuku hakkında ayrıntılı değerlendirme için bak. Hayrettin KARAMAN; Mukayeseli İslam Hukuku cilt 1, Nesil Yay., İstanbul 1991. s. 77 vd.; Sabri Şakir ANSAY; **İslam Hukuku**, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1946.

⁶⁷Coşkun ÜÇÖK, “Hukuk Devriminin Nedenleri”, BELLETEN Cilt: III, S: 204(Kasım 1988),Ankara 1988, s. 1004.

getirilen sözlerinden ve davranışlarından meydana gelir (Hadis/Sünnetin ikinci önemli kaynak olmasının nedeni: Yaratıcının buyruklarını en iyi anlayan ve onları halka öğreten kişinin Hz. Peygamber'in olmasından kaynaklanmaktadır). İlk zamanlar İslam cemaatinin sonraları İslam alimlerinin yeni durum hakkında oybirliği ile kararlaştırdıkları kaideler de, icma ümmet adı ile üçüncü derecede bir kaynak olmuştur. Peygamber'in vefatından sonra hukuk kaynağı olan icma için şöyle de denilebilir: İslam alimlerinin (müçtehitlerin) yeni meselelere ait çözüm tarzlarını Kuran'ın ve sünnetin esaslarını göz önünde tutarak tayinde ittifak etmelerine icma denir.⁶⁸ İslam Hukuku'nun dördüncü kaynağı kıyastır. İslam Hukuku'nda yeni bir sorunla karşılaşıldığında, ayete onda yoksa hadise onda da yoksa icmaya bakılırdı. Fakat, ortada yeni bir sorun olduğu halde ve hiçbir kaynaktan çözüm bulunamayınca tartışmalar başladı, bu fikir ayrılıkları ve hukuki boşlukları doldurma gayreti mezhep dediğimiz hukuk okullarını doğurdu. Küçüklerini saymazsak başlıca dört sunni (Hanefi, Şafii, Maliki, Hanbeli) ve bir şii mezhep ortaya çıktı. İslam Hukuku'nun gelişmesi de bu mezheplere göre farklılık göstermiştir. Sonuçta sunni mezheplerin tamamı akli esas alarak, benzer/yen yakın ayet ve hadislerle dayanarak mesele hakkında bir çözüm yolu geliştirdiler. Böylece, kıyas-içtihat denilen dördüncü kaynak da ortaya çıktı. Bu durum sorunları çözdüğü gibi; esas alınan ayet ve hadislerdeki farklılıktan ve yorum farklılığından dolayı, günümüz içtihat kararlarında olduğu gibi, uygulamada çeşitliliğe ve karmaşaya sebep oldu.

Burada İslam Hukuku'nun, cidden orijinal bir yapıya sahip olduğunu ve kudretli müçtehitlerin (hukuk bilginlerinin) yardımıyla, önemli gelişmeler kaydettiğini belirtmeliyiz.⁶⁹ Özellikle hicri ikinci/üçüncü yy. ın büyük hukukçularından asıl adı Numan olan İmamı Azam ve öğrencileri İmam Ebu Yusuf ile İmamı Muhammed, ayrıca İmamı Şafii... vs, bu büyük hukuk sisteminin belli başlı mimarlarındandır. Bu gelişmelerden farklı olarak bazı bilim adamlarımız hicri üçüncü yy. dan sonra⁷⁰, bazı hukukçularımız da hicri sekizinci yy. dan sonra⁷¹ dinin ilk kaynaklarından ayrılmış olmak korku ve kaygısından dolayı içtihat yolunun kapandığını savunmuşlardır. Temel gerekçe olarak İslam hukukçularının aşırı bir tutuculuğa saplanmaları, gösterilse de tarihi gerçeğin farklı olduğunu görmekteyiz, şöyle ki: Hicri sekizinci yy. da yasaklanan

⁶⁸TEKİNAY; a.g.e., s. 22.

⁶⁹TEKİNAY; a.g.e., s. 22-23.

⁷⁰M. Kemal OĞUZMAN; Medeni Hukuk Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 10; Editörler Adnan GÜRİZ ve Peter BENEDICT; Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, Ankara 1974, s. VIII.

⁷¹TEKİNAY; a.g.e., s. 23.

şey yeni içtihatlarla göre hareket etmek değil, var olan sunni dört mezhep dışında yeni bir mezhep vücuda getirmektir.⁷² Konunun din olması itibarıyla içtihat alimlerinin çekincelerinden dolayı, İslam dünyasında hukuk, hayatın hızına yetişemedi ve hayatı takip edemedi. Özellikle son dönemlerde gelişen hilei şer'iyeler, hayatın yeni ihtiyaçlarına uydurulamayan bir hukukun nasıl suistimal edilip yıpranacağını göstermesi bakımından önemlidir.

Hristiyanlığın etkili olduğu ülkelerde kilise hukuku, hiçbir zaman, özel hukuk kurallarının en önemli kaynağı haline gelmemiştir. Belki de İslamiyet'in sosyal hayata (dünya işlerine) daha fazla yön veren bir karakter taşımasından dolayı, kökleri İslam dinine dayanan İslam Hukuku ortaya çıktı. Hatta fıkıhı oluşturan kaidelerin bir kısmı medeni hukuk alanına aittir. Kuran ve hadiste özel hukuk kuralları oldukça geniş yer almış (çoğunlukla evlenme ve mirasla ilgili) olmasına rağmen, devletle ve anayasayla ilgili hükümlerse yoktur.⁷³

1.4.1. Osmanlı Devletinde İslam Hukuku

Padişahın aynı zamanda halife olduğu Osmanlı İmparatorluğu, teokratik devlet oluşunun doğal bir sonucu olarak özel hukukta dini esaslara dayanan bir hukuk sistemi uygulamakta idi. Yapılan faaliyetlerde İslam Hukuku diye adlandırdığımız bu hukuka uygunluk aranırdı. Laik olmayan Osmanlıda din ve devlet işi aynı kabul edildiği için, İslam dininin muhtelif kaideleri aynı zamanda hukuk kuralları mahiyetinde idi. Açıklamadan da anlaşılabilirceği gibi, Osmanlı Devleti'nin hiçbir zaman derli toplu bir medeni kanunu olmamış ve hukuki ihtilafların halledilmesi fıkıh kitaplarına müracaat yoluyla sağlanabilmiştir.⁷⁴ Dolayısıyla ayrı ve yazılı bir İslam özel hukuku olmadığı için, hukuki sorunlar, ilke olarak, fıkıh kitaplarında yer alan örneklerle göre çözülmeye çalışılırdı.⁷⁵ Osmanlıdaki bu metot bazı bilim adamlarımızın; miladi 7-8 yy. larda fakihlerin (fıkıh bilginlerinin) verdiği eski bir fetva veya kavlin aynen kullanıldığı, dolayısıyla İslam Hukuku'nun “akli değil, nakli” olduğu sonucuna vardırırmıştır.⁷⁶

⁷²TEKİNAY; a.g.e., s. 23.

⁷³ÜÇÖK, a.g.m., s. 1004.

⁷⁴VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 64-65; Osmanlıda İslam Hukukunun genel bir değerlendirmesi için bak. Suna KİLİ; Türk Devrim Tarihi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009, s. 218-219.

⁷⁵EDİS; a.g.e., s. 46.

⁷⁶GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. VIII.

Oysaki içtihadın varlığı/uygulanıyor olması bu iddianın yanlışlığını ispatlamak için yeterlidir. Çünkü içtihat yoluyla yeni sorunlara çoğunlukla yeni çözümler üretilmiştir.

Osmanlıda İslam Hukuku'nun yanında, örf ve adet hukuku da uygulanırdı. Özellikle kamu hukukuna ilişkin konularda İslam Hukuku'nun yanında, padişah, İslam'a aykırı olmamak veya alan dışı olmak şartıyla, hukuk yaratma yetkisine sahipti. Tabi bunlar çağdaş anlamdaki kanunlaştırmalara dahil edilemez.⁷⁷ Örnek verecek olursak; Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni Sultan Süleyman zamanında⁷⁸ yapılmış önemli kanunlar vardır. Fatih Kanunnamesi ceza hukuku ile idare hukuku sahasına ait iken, Sultan Süleyman devrindeki kanunname idare hukuku, ceza hukuku, hususi hukuk ve usul hukuku alanlarını kapsamaktadır. Bu kanunnameler mevcut düzeni sağlamak ve eksikleri tamamlamaya yönelik eserlerdir. *“Zamanına göre oldukça ileri bir hareket gibi telakki olunabilirler”*⁷⁹ ise de, sistemleri ve uygulandıkları dönem dikkate alındığında çağdaş anlamdaki kanunlaştırmalara dahil edilemezler.

Çok uluslu ve çok dinli olan Osmanlı İmparatorluğunda, gayrimüslimler de yaşıyordu. Gayrimüslimlere yönelik olarak, İslam Hukuku'ndan kaynaklanan zimmet hukuku çerçevesinde, daha sonra kapitülasyonların da etkisiyle, kendi dinlerinin öngördüğü hukuk kuralları uygulanırdı. (özellikle aile ve miras hukukunun kapsamına giren konularda). Bu durum Osmanlıda huzur ve düzen ortamının oluşmasını sağladığı gibi, tek tip bir hukukun oluşmasına da engel olmuş ve zamanla çeşitli karışıklıklara, dış baskı ve müdahalelere zemin hazırlamıştır.

Medeni hukukun kabul edilerek yürürlüğe girmesine kadar yukarıda açıkladığımız İslam Hukuku Türkiye Cumhuriyeti'nin de hukuku olmuş ve bazı kaideleri Cumhuriyet döneminde kanun haline getirilerek uygulanmıştır.

1.4.2. Osmanlı Devletinde Hukuksal Arayışların Nedenleri

Osmanlı devletinde hukuk, genel olarak İslam dinine dayandığı için birçok yönden Avrupa'dan farklıydı. Hukukun ortaya çıkış şekli, kendilerinden önceki devletlerin yaşantısı, toplumların kültürleri, ekonomik yapıları ve algıları, dinleri, hukukun uygulanma şekli...vs, özetle sosyal yaşantıdaki farklılık hukuktaki farklılıkların diğer sebepleri olarak sayılabilir. Bütün bu farklılıklara rağmen

⁷⁷G. BOZKURT; a.g.e., s.39.

⁷⁸Fatih ve I. Süleyman'ın Kanunları için bak. VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 18-24.

⁷⁹SAYMEN; a.g.e., s. 33.

Osmanlının çok uluslu yapısı, İslam Hukuku'nun gayrimüslimlere uygulanma şekli ve kapitülasyonların etkisiyle çok hukuklu bir yapı oluştu. Bu çok hukuklu yapı beraberinde birçok sorun da getirdi. Bu sorunları çözme gayretinin yanında Avrupa'nın Osmanlıya baskısı ve müdahalesi de Osmanlıda yeni arayışlara neden oldu. Bu arayış Batı hukukunun araştırılıp, kısmen de olsa alınmasına zemin hazırladı.

Avrupa'ya dikkat edildiğinde özellikle 18. yy. ve sonrasında, hukuk alanında önemli gelişmeler ve farklılaşmaların olduğunu görmekteyiz. Avrupa'daki bu gelişmeler Osmanlıda Tanzimat sonrası hukuk alanındaki gelişmelere neden değil sadece model olmuştur.⁸⁰

Yukarıda bahsettiğimiz ve ileride değineceğimiz değişikliklerde Fransız ihtilalinin etkisiyle birçok alanda yeni algı şekillerinin ortaya çıktığını, bu durumun Osmanlıdaki elit tabaka ve saray çevresi üzerinde etkili olmaya başladığını, dolayısıyla bunların, yapılacak ıslahatlardaki etkisini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde Osmanlıda hukuk alanındaki gelişmelerin nedenlerini etki eden süreç çerçevesinde maddeler halinde ele alalım:

1. Osmanlının hukuksal değişikliklere zemin hazırlayan diğer ıslahatları yapmasının temel nedenlerinden birisi parçalanma ve dağılma belirtilerini önleyerek merkezi otoriteyi güçlendirmektir. Bu amaçla devletin askeri ve idari yönden batı modellerine göre düzenlenmesi suretiyle yaşatılması ve güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Denilebilir ki; *“Memleket dahilinde muayyen ve kat'i kaideleri muhtevi kanunlarla saltanatın kuvvet ve kudretini artırmak fikri, kanunlaştırma hareketinin Türkiye'deki mühim amillerinden biri olmuştur.”*⁸¹ Temelde hukukla ilgili olmayan bu anlayış Batı ile ilişkileri geliştirmiş ve ileride yapılacak olan reformlara ve hukuk reformlarına zemin hazırlamıştır.

2. Toplumun kendi ihtiyaçlarından kaynaklanan nedenler de kanunlaştırmalarda etkili olmuştur. Şöyle ki: Sosyal ve ekonomik hayatta meydana gelen gelişmeler (özellikle 18 ve 19. yy. da dünyada ve Osmanlıda değişen iktisadi ilişkiler) ve değişimler sonucunda ortaya çıkan yeni durum ve ilişkileri düzenleyecek hükümlere duyulan ihtiyaç yani hukukun modernleştirilmesi ihtiyacı, Osmanlı İmparatorluğunun son yıllarında şiddetle kendisini hissettirmiş ve bunun sonucu olarak da Tanzimat (1839) ile birlikte yeni kanunlar kabul edilmeye başlanmıştır. Bu kanunların

⁸⁰VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 62.

⁸¹VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 63.

yapılmasında kimi zaman Batı devletleri örnek alınmış, kimi zaman da tamamen yerli kaynaklara dayanılmıştır.⁸² Tanzimat’a kadar ki süreçte ve Osmanlı ıslahat felsefesinde ki temel amaç, hukuk yoluyla toplumu değiştirmek ve yeni bir biçime sokmaktan ziyade günlük sorunları çözmektir.

3. Osmanlı Devleti uygulamakta olduğu İslam Hukuku’ndan dolayı, kendisine tabi Gayrimüslimleri gelenek ve göreneklerini uygulayabilme konusunda, özellikle özel hayat, aile hayatı ve miras konusunda, serbest bırakmıştı. Bu bakımdan dünyanın en liberal imparatorluğu olmuştur.⁸³ Bu durum hukuk uygulamalarında farklılıklara ve zorluklara sebep olmuştu. Fakat Osmanlı hukuk birliğini sağlamak kaygısıyla değil, konulacak yeni kanunlar vasıtasıyla idareye tam hakim olmak, karışıklığa son vermek ve saltanatın gücünü yükseltmek düşüncesi ile bazı kanunlaştırmalar yapmıştır. Tabi bu kanunlaştırmalarda kapitülasyonların etkisini ve dış baskıları da göz ardı etmemek gerekir. Son dönemlerde kanunların yetersizliği, imparatorluğun güçsüz oluşu ve hukuk alanında güvensizlik iddiaları karşısında Osmanlı İmparatorluğu bunalmıştı. Kapitülasyonları ve azınlık haklarını bahane eden (Müslüman olmayan azınlıkların Müslümanlarla eşit haklara sahip olmadıkları gerekçesiyle), gayrimüslim tebaanın koruyucusu rolüne giren, Batılı devletlerin, bu şahısların haklarının, yazılı olarak tespitini istemeleri⁸⁴ ve sürekli Osmanlının iç işlerine müdahaleleri, Osmanlıda arayışlara sebep oldu. İşte Osmanlı Devleti’ndeki kanunlaştırma hareketinin en mühim siyasi sebebinin bu dış baskı olduğu muhakkaktır.⁸⁵ Bu dış baskılardan kurtulmak için de uluslararası anlaşmalar ile Osmanlıda imparatorluk vatandaşı olan gruplar arasında hukuk eşitliğini sağlama yoluna gidildi.

Osmanlıda Tanzimat sürecindeki benimsemelerin, “zorla benimsetmeler” ile “isteğe bağlı benimsemeler” arasında yer aldığı söylenebilir.⁸⁶ Çünkü; Tanzimat sürecindeki benimsemelerde, kendi hukukunu yenilemek, modernleştirmek ve çağın yeni ekonomik gereksinimlerine pratik çözümler bulma isteğinin yanında, o devrin süper güçlerinin (düveli muazzama) müdahale ve baskıları da etkili olmuştur. Dolayısıyla, Osmanlıda yabancı hukukun benimsenmesinde, “*yabancı uyruklulara ve*

⁸² Aytekin ATAAY; “Neden İsviçre Medeni Kanunu (İsviçre Medeni Kanununun Türkiye Tarafından İktibası Nedenleri)”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu I.Tebliğler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 59.

⁸³ VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 63.

⁸⁴ ATAAY; a.g.e., s. 62.

⁸⁵ VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 64.

⁸⁶ ÖZSUNAY; a.g.m., s. 400.

Müslüman olmayan tacirlere güvence sağlamaya ve sömürücü Batı burjuvazisinin çıkarlarını korumaya yönelik bir amaca yöneltildiği söylenebilir”⁸⁷ Hatta 1838’de İngiltere ile yapılan ticaret anlaşması ekonomiyi batı kapitalizminin isteklerine uygun duruma getirmiş, iç ticaretle alakalı sınırlamalar kaldırılmış, dış ticaretle alakalı vergiler indirilmiş, kapitülasyonlardan kaynaklanan ayrıcalıklar genişletilmiştir.

4. Osmanlı kanunlaştırmalarında, Alman ve Fransız Hukukundaki kanunlaştırmaların aksine millileştirme düşüncesi hiç etkili olmadı. Tam tersine Osmanlı milli hukukunu bile şeriata uygun hale getirmeye çalışıyordu. Çünkü; Osmanlıda din esaslı ümmet düşüncesi hakimdi ve bu anlayışın kökleri şeriata dayanıyordu ve toplum ırka göre değil dine göre şekillendirilmiş, her din mensubu grup bir millet kabul edilmiştir. Tabiidir ki; dinleri ve ırkları ayrı, birçok kavimden oluşan bir imparatorlukta geneli kapsayan bir milliyet anlayışından ve milli etkenlerden bahsetmeye imkan olamazdı. Zaten bu devirde Osmanlı imparatorluğunda ulus kavramı da bilinmemekteydi. Dolayısıyla Osmanlı kanunlaştırmalarında millileştirme etkili olmamıştır.

1.4.3. Osmanlı Devletinde Yapılan Hukuksal Değişiklikler

Önceki başlıkta açıkladığımız nedenlerden dolayı, Osmanlı Devleti 1839(1255) Tanzimat Fermanı ile birlikte hukuk alanında yeni kanunlar yapmaya veya eski kanunları geliştirmeye başladı. (Buna modern manada kanunlaştırma hareketi de denilebilir.) Osmanlı hukuku köken olarak her ne kadar, Roma ve Cermen hukuku kökenli, Avrupa hukukundan farklı olsa da 1839’lardan itibaren Avrupa hukukundan faydalanmaya başlayacak, kanunlaştırmalarında Avrupa’yı örnek alacaktır. Bu kanunlaştırma süreci 1856(1272) Islahat Fermanı ile devam edecektir. Gerek Tanzimat ve gerekse Islahat Fermanları ile Padişah Sultan Abdülmecit, imparatorluk idaresinin bütün bozukluklarını kabul ve itiraf ederek, yeni kanunlar yapılacağını ve bundan böyle herkesin canından, malından, namusundan emin olarak yaşayacağını taahhüt ve ilan ederken kanunlaştırmaların da zeminini hazırlamış oluyordu.

Teokratik yapıya sahip olan Osmanlı Devleti’nde 1839 Tanzimat Fermanı’ndan sonra Batı hukuku kurumlarının ve kurallarının uygulanması kolay olmamıştır. Bu yüzden ki, gerçekleştirilmek istenen reformların şeriata uygunluğunu yöneticiler çoğu kez ilan ve ispat zorunluluğunu duymuşlardır. Bazen eski hukuk kurumlarına ve

⁸⁷ÖZSUNAY; a.g.m., s. 401.

kurallarına dokunulamamış, eski kurumlar ve kurallar yenilerle birlikte varlığını sürdürmüştür. Bu nedenle, Tanzimat'ı İslami değerlerle, batılı değerleri içinde barındıran bir yenileşme hareketi olarak nitelendirmek mümkündür.⁸⁸

II. Mahmut döneminde, Mustafa Reşit Paşanın da etkisiyle, hukuk alanında önemli reformlar yapılmaya başlanacaktır. (Tanzimat fermanı, Meclisi Valayı Ahkamı Adliye... gibi) Osmanlı Devletinin 1839 Tanzimat Fermanından sonraki önemli kanunları da şunlardır: 1840(1256) ve 1851(1267) tarihli Ceza, 1858(1274) tarihli Arazi Kanunnameleri ve 1869-1876 tarihli Mecellei Ahkamı Adliyye, Bunlar yerli kaynaklardan hazırlanmış orijinal kanunlardır. 1850(1266) tarihli Kanunnamei Ticaret, 1864(1280) tarihli Ticareti Bahriye Kanunnamesi (Deniz Ticareti Kanunu), 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1880 ve 1881 tarihli Usuli Muhakematı Cezaiye ve Usuli Muhakematı Hukukiye Kanunları da Batı mevzuatı ve bilhassa Fransız kanunları model alınmak suretiyle yapılmış ve kabul edilmiştir. Aile hukuku için 1917 yılında hukuku aile kararnamesi yürürlüğe konmuştur. Bu kanunlar zamanla birçok tadile uğramış olmakla beraber, Cumhuriyet devrinde kabul olunan yeni kanunlar mer'iyete girinceye kadar yürürlükte kalmıştır.⁸⁹ Osmanlı'da Medeni Hukuk sahasındaki ilk kanunlaştırma hareketleri, evvela toprak hukuku ile borçlar hukuku sahasında başlamıştır. Bu kanunlardan araştırmamız açısından önemli ve gerekli bulduklarımızı aşağıda açıklayacağız.

1.4.3.1. Osmanlı Devletinde Ceza Kanunu Alanındaki Kanunlaştırmalar (1840-1851-1858)

Klasik Osmanlı Ceza Hukukuna bakıldığı zaman, İslam Ceza Hukuku ile padişahlardan: Fatih, Yavuz, Kanuni ve IV. Mehmet tarafından çıkartılan kanunnamelerden oluştuğu görülmektedir. Zamanla işlevini tam yerine getiremeyen Osmanlı Ceza Hukukunda ilk önemli değişiklikler 1826'da reformcu padişah II. Mahmut'un müsadere usulünü kaldırmasıyla başladı. Böylece kamu görevlilerinin hukuksal durumlarında düzelmeler başladı. 1838'de ulema ve memurlarla ilgili iki ceza kanununun çıkarılmasıyla ilkel de olsa sistemli bir ceza hukukuna geçildi. Tanzimat

⁸⁸GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. IX.

⁸⁹VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 64.

Fermanı'nda müsaderenin değiştirilmesiyle mirasın önü açıldı böylece cezaların şahsiliği ilkesi ön plana çıkmış oldu.⁹⁰

Osmanlıda Batı mevzuatı örnek alınarak kanunlar yapılmasına veya yerli kaynaklara dayanılarak orijinal kanunlar hazırlanmasına genel olarak Tanzimat ile başlanmıştı. 3 Mayıs 1840 (bir mukaddime, bir hatime, 13 fasıl, 41 maddeden oluşan⁹¹) ve 1851 tarihli (üç fasıl 43 maddeden oluşan⁹²) Ceza Kanunnameleri hazırlanırken yerli kaynaklar göz önünde bulundurulmuştu. Fakat, Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir komisyonun 9 Ağustos 1858'de, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu hemen hemen aynen tercüme ederek hazırladığı ceza kanunu⁹³ (üç bab, 32 fasıl, 264 maddeden oluşuyordu.⁹⁴) ve 1880-1881 tarihli Usuli Muhakematı Cezaiye Kanunları Batı Hukuku özellikle Fransız mevzuatı örnek alınarak hazırlanmış ve çeşitli değişikliklerle Cumhuriyet Dönemi'ne kadar uygulanmıştır.

Sonraki süreçte bu ceza kanunlarında bazı değişiklikler yapıldı. Örneğin; 4 Haziran 1911'de 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan yararlanılarak yaklaşık 70 madde değiştirildi. Ve 11 Mayıs 1914 tarihinde de çok önemli değişiklikler yapıldı.⁹⁵ Hatta 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti Ceza Kanunu'muz da 1889 yılında hazırlanan İtalyan Ceza Kanunu'nun tercümesidir.

Osmanlıda ceza hukukunun uygulanması ile ilgili şu durumu açıklamak da yararlı olacaktır: Tanzimat'a kadar Osmanlı yargısının temel örgütü tek kadıdan oluşan şer'îye mahkemeleri idi. 1840 tarihli ceza kanunu ile birlikte tek yargıç sisteminden ayrılmaya başlandı. Özellikle II. Abdülhamit döneminde, 18 Haziran 1879'da, Osmanlı Devleti'nin her yerinde uygulanmak üzere savcılıklar kuruldu.

1.4.3.2. 1858 Osmanlı Devletinde Arazi Kanunu (Kanunname-i Arazi-i Hümayun 1274)

Osmanlı Devleti'nde, özellikle Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni Sultan Süleyman devirlerinde, toprak hukukuna ait bazı kanunnamelere (yazılı kanunlara)

⁹⁰G. BOZKURT; a.g.e., s.96.

⁹¹G. BOZKURT; a.g.e., s.97.

⁹²G. BOZKURT; a.g.e., s.99.

⁹³Önceki kanunlara oranla hem kapsam, hem sistem bakımından daha ileri olan bu kanun batıya yönelişin açık bir kanıtı olmakla birlikte şer'î hukuktan kesin bir ayrılmanın riskini göze almış değildi. Çünkü söz konusu kanunda "kisas, diyet, gibi hakların şer'î mahkemelerden istenebileceği" belirtilmişti; GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. IX.

⁹⁴G. BOZKURT; a.g.e., s.100.

⁹⁵Niyazi BERKES; Türkiye'de Çağdaşlaşma (Yayına Hazırlayan; Ahmet KUYAŞ), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 223; G. BOZKURT; a.g.e., s.102.

rastlanmaktadır, o günün ihtiyaçlarına cevap veren, bu kanunlar 19. yy. sistematüğinden çok uzak kanunlardır. Gerek bu kanunlar ve gerekse diğer arazi kanunlarına bakıldığı zaman Osmanlıda fıkıh ve örfün arazi hukukunda birlikte etkili olduklarını görmekteyiz.

Değişen şartlar ve ihtiyaçların etkisiyle Tanzimat'tan hemen sonra görevlendirilen bir komisyon Osmanlı İmparatorluğu dâhilindeki arazi rejimini tespit eden, tamamen yerli kaynaklara dayanan, 132 maddelik bir kanun hazırladı. Kanunun hatimesinde de belirtildiği gibi; o zamana kadar dağınık bir surette bulunan arazi ile ilgili hükümler birleştirilmiş, bazı eski hükümler kaldırılmış ve bazıları ise değiştirilmişti.⁹⁶ Böylece bir mukaddime, 3 bab ve 132 maddeden oluşan Arazi Kanunnamesi kabul edilerek Osmanlı toprak rejimi düzenlendi ve toprak; miri, mülk, mevkuf, metruk ve mevat arazi şeklinde beşe ayrıldı. Ayrıca bu kanunla İslam Hukuku ile Örfi hukuk Batı hukuk tekniğiyle sistemleştirilmiş oldu.⁹⁷

1858'de çıkarılan bu Kanun⁹⁸ hususi hukuk örneği olmayıp daha çok devlete ait arazinin hukuki esaslarını tespit eden bir amme hukuku kanunu karakteri taşımaktadır. Çünkü kişilere ait mülk arazinin (araziye memlûke), eskiden olduğu gibi yine fıkıh (din) kaidelerine tabi kalmakta devam etmesini öngörmüştür.⁹⁹ Buna rağmen arazi kanununun medeni hukukla alakası ise kanuna konu olan toprakların çoğunun Cumhuriyet Dönemi'nde özel mülkiyete dönüşmesinden kaynaklanmaktadır.

1.4.3.3. Osmanlı Devletinde Aile Hukuku

Osmanlı devleti, aileyi toplumun temel direği kabul etmiş ve aileye çok önem vermiştir. Diğer konularda olduğu gibi Müslüman ailede de belirleyici unsur İslam dini olmuştur. Örneğin; evlenme kurumu kaynağını dinden almıştır. Fakat uygulama yönünden devletin kontrolünden uzak tamamen özel bir kurum kabul edilmiştir.

Osmanlıda nikâh denilen evlenme akdi, adeta özel bir akit olarak düşünülmüyordu. Tarafların birbirleriyle evlendiklerini iki şahit önünde açıklamalarıyla bu akit meydana gelir ve evlilik doğardı. İmamın bir dua okuması (halkın deyimiyle nikâh kıyması) şart olmamakla beraber, bu usul zamanla bir gelenek halini almıştı. Kocanın tek taraflı boşama iradesiyle evlilik derhal sona erebilirdi. Kadının boşanmayı isteme hakkı ise yok değildi ama çok sınırlıydı. Evlenme sözleşmesi yapılırken tefvizi

⁹⁶ AKİPEK; a.g.e., s.37; Arazi Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, Gülnihal BOZKURT; Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2002, s. 285 vd.

⁹⁷ G. BOZKURT; a.g.e., s.150.

⁹⁸ Bu Kanun 1913 yılında yenilenmiştir. bak. İMRE; a.g.e., s. 95.

⁹⁹ Özel mülkiyet ileride Mecellenin kapsamına alınacaktır. bak. TEKİNAY; a.g.e., s. 24.

talak şartı konulmuşsa, yani kadının da erkeği boşayabileceği, koca tarafından kabul edilmişse ancak o zaman, kadın kocasını tek taraflı boşayabilirdi. İslam Hukuku'nda evlenme akdinin tamamen özel bir durum taşıdığını gösteren bu tefvizi talak kurumu halk arasında yayılmadığı için, boşama hakkı daima yalnız erkeğin zannedilir, kadın, kocasının ağzından çıkacak bir tek kelime ile terk olunabilir ve evlilik böylece sona ererdi, İslam Hukuku, erkeğin bu hudutsuz boşama yetkisini kötüye kullanmasına karşı bir müeyyide olmak üzere, “hülle” usulünü koymuştu: Karısını üç defa boşayan erkek, aynı kadınla bir daha evlenemezdi. Bunun için kadının başka birisi ile evlenip boşanması lazımdı ki, işte buna hülle denilirdi. Bu usul da son devirlerde yozlaşmış ve çok kötüye kullanılmıştır. Kısaca eski aile hukukunda kadının evlilik birliğini temsile yetkisi yok gibiydi.¹⁰⁰

İmparatorluğun eksik kalmış medeni kanunu olarak kabul edebileceğimiz Mecelle'ye aile ve miras hukukuyla ilgili hükümler konmamış, bunların tanzim edilmesi eskiden olduğu gibi fıkıh ve fetva kitaplarına bırakılmıştı. Müslüman olmayan tebaa da bu husustaki münasebetlerini eskiden olduğu gibi kendi dini esaslarına göre halletmeye devam etmişlerdir. Denilebilir ki evlenme, boşanma, vesayet ve miras işleri genel olarak 1926 yılına kadar derli toplu bir kanuna bağlanmadan, dağınık bir şekilde şeriata tabi olagelmıştır.

1879 tarihli Teşkili Mehakim Kanunu ile şer'iyye mahkemeleri yanında faaliyette bulunan nizamiye mahkemelerinin hukuk, ticaret ve ceza alanlarında sınıflandırıldığı görülmektedir. Ancak şer'iyye mahkemeleri kendilerini genel mahkemeler saydıklarından bu mahkemelerle Avrupa tipi mahkemeler (nizamiye mahkemeleri) arasındaki görev uyuşmazlıkları hiç eksilmeden sürdü. Bu da adaletin uygulanmasında önemli zorluklara sebep oldu. (Gerçekte şer'iyye mahkemelerinin görev alanına tereke, vasiyet, vesayet, vakıf, nikâh, talak/boşanma, nafaka, velayet, nesep, kısas ve diyetle ilgili konular bırakılmıştı.) Bu arada adli kapitülasyonların pratikteki karşılığı sayılabilecek olan konsolosluk mahkemeleri ve Müslüman olmayan, azınlıkların, yargı yetkileri de dikkati çekmektedir.¹⁰¹ Bir medeni hukukta yer alması gereken tüm kanunların Osmanlı Mecelle'sinde yer almaması, aile hukukunda karşılaşılan bu dağınıklık ve zorlukların yanında, Tanzimat'tan itibaren süren batılılaşma hareketlerinin etkisiyle ve I. Dünya Savaşı'na katılan erkeklerin yerini

¹⁰⁰Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s.8.

¹⁰¹GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. XI.

almak üzere kadınların iş hayatına girmesiyle, toplumun geleneksel değer yargılarında meydana gelen değişimin de aile hukukunun derlenip toparlanması konusunda itici bir güç olması neticesinde devlet Mecelle’de aile hukukuna ilişkin eksiklikleri tamamlamak için yeni arayışlara girdi.

Bazı aydınlar, Yeni Mecmua, İslam Mecmuası, Tanin gibi gazete ve dergilerde yazdıkları makalelerde aile hukukunun kanunlaştırılmasını ve kadının durumunun iyileştirilmesinin zorunlu olduğunu dile getirdiler, Celal Nuri, Osmanlı toplumu için Avrupa hukukunun, kapısı açık bir hazine olduğunu savunurken, çocukların küçük yaşta evlendirilmesine de karşı çıkmıştır. Ziya Gökalp ise, bir anlamda laiklik sayılabilecek olan, dinin hukuk, siyaset, ekonomi alanlarına karışmaması gerektiğini, aile ve kadın konusundaki eski anlayışın da, yerini Avrupa tarzı bir anlayışa bırakması gerektiğini yazmıştır.¹⁰² Ayrıca Ziya Gökalp 1917’de İttihat ve Terakki Partisi’nin kongresinde, aile hukuku alanında köklü bir reform yapılması gerektiğini içeren bir de tebliği sunmuş, Mansurizade Said de çok eşlilik aleyhine ikna edici yazılar yazmıştır. (Mansurizade Said, Aile Hukuku Kararnamesini Hazırlayan komisyonda görev almıştır.)¹⁰³ Yukarıda bahsi geçen; ihtiyaç, zorunluluk ve teşvikler sonucunda 1916 yılında, Adalet Bakanlığı tarafından ihzarı Kavanin Komisyonları oluşturuldu (Bazı komisyonlara Alman hukukçularda alınmıştır¹⁰⁴). Bu komisyonlar Medeni Kanunu ve diğer kanunları hazırlamakla görevlendirilmiştir. Ahvali Şahsiye Komisyonu ise aile gibi bir memleketin sosyal yapısında önemli etkileri olan, bir müesseseyi az çok benzer esaslara bağlamakla görevlendirilmişti. Yapılan çalışmalar sonucunda, 157 maddeden oluşan¹⁰⁵ “Hukuku Aile Kararnamesi”¹⁰⁶ hazırlanarak 25 Ekim 1917’de yürürlüğe konuldu. Böylece, aile hukuku alanında o zamana kadar çeşitli fıkıh kitaplarından çıkarılarak uygulanan esaslar yazılı bir metin içinde sistemleştirilmiş ve düzenlenmiş oldu. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi bu tasarı, yine dini esaslardan faydalanılarak meydana getirilmiştir. 1917 Hukuku Aile Kararnamesi’nin temel özelliklerini sayacak olursak:

¹⁰²G. BOZKURT; a.g.e., s. 166.

¹⁰³G. BOZKURT; a.g.e., s. 167.

¹⁰⁴G. BOZKURT; a.g.e., s. 174.

¹⁰⁵AKİPEK; a.g.e., s. 41.

¹⁰⁶Hukuku Aile Kararnamesi’nin metni için bak. Sabri Şakir ANSAY; Medeni Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar (Hukuk İnkılabımızı Aydınlatan Tarihi-Teşrii Vesikalar) Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara 1952, s. 3.

1. İslam aile hukuku alanında yapılan ilk resmi düzenlemedir. Mecelle'nin aile hukuku ile ilgili eksik kısımlarını tamamlayıcı mahiyette bir kararname özelliğine sahiptir. Fakat aile hukuku ile ilgili bütün alanları kapsamamıştır. Daha çok evlenme, boşanma, karı kocanın birbirine karşı olan nafaka mükellefiyetlerini düzenlemiş; nesep, vesayet, nafaka, mal rejimlerine ilişkin konuları savaş nedeniyle hazırlayamamıştır.

2. Bu kararname Osmanlı aile hukukuna bazı önemli değişiklikler getirmiş, örneğin; erkeğin boşanma (talak) hakkına ve birden çok kadınla evlenebilme yetkisine bazı sınırlamalar (Kadının, “kocasının başka bir kadınla evlenmemesi şartı veya evlenirse kendisinin veya ikinci kadının boş olması şartını” koyabilmesi) getirmiştir. Böylece poligami (çok eşlilik) sınırlandırılmıştır. Nişanlanma hukuki bir kurum olarak kabul edilmiş, evlenecek kadın ve erkek için belli bir yaşı doldurmuş olmak mecburiyeti getirilmiş, akıl hastalarının evlenmesinin engellenmesi, evlenmeden önce ilan mecburiyeti gibi maddeler diğer önemli değişikliklerdir.¹⁰⁷

3. İlk kez farklı dine mensup Osmanlıların evlenme ve boşanmaya ilişkin kuralları bazı değişikliklerle bir araya getirilmişti. Bu kararnameyle Osmanlıdaki Hristiyan ve Musevi vatandaşların da evlilik hukuku düzenlenmekteydi. Aile hukukunu biraz da olsa aynileştirebilmek amacıyla Müslüman olmayan tebaanın aile münasebetlerinden doğan ihtilaflarını kendi dinlerine göre halledebilmelerine bazı sınırlamalar getirdi. Kararname ile, şeriat mahkemelerinin yetkileri genişletilerek, gayrimüslimlerin evlenme, boşanma, nafaka ve drahoma (Yahudilerde gelin tarafının damada götürdüğü mal veya para) davaları için yetkili kılınmışlardır. Cemaatlerin ruhani reislerinin bu konulardaki kaza hakları ilga edilmiş, böylece aile hukukuna ilişkin davalarda uygulama birliği sağlanmak istenmiştir. Ancak bu madde, cemaatler tarafından kendilerine verilmiş olan imtiyazlara aykırı görülmüş ve büyük tepkilere yol açmış; Vatikan da, Katoliklerin evlenme ve boşanma işlemlerinde şeriat mahkemelerinin yetkisine şiddetle karşı çıkmıştır.¹⁰⁸

1917 Hukuku Aile Kararnamesi 2 yıl yürürlükte kaldıktan sonra, Mondros Mütarekesinin ardından, 1919'da yürürlükten kaldırıldı. Böylece aile hukuku yine eski fıkıh kurallarına bağlanmış oldu. Birçok bilim adamı tarafından kaldırılma sebebi olarak Şer'i kurallara dayanması ve yetersiz olması gösterilse de¹⁰⁹ aslında yürürlükten

¹⁰⁷ Halil CİN; İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 341, Ankara, 1974, s. 293.

¹⁰⁸ G. BOZKURT; a.g.e., s. 173.

¹⁰⁹ İMRE; a.g.e., s.96; AKİPEK; a.g.e., s. 41; EDİS; a.g.e., s.51.

kaldırılma sebebi şöyledir: Bu kararname ile Osmanlıda Müslüman olmayan (azınlıkların) patriklik ve hahambaşılık yargı yetkileri kaldırılmıştı. Azınlıklar, patriklik ve hahambaşılığa yargı yetkilerinin tekrar tanınması konusunda Birinci Dünya Savaşı'nın galip devletlerine yaptıkları başvurular sonucu 1917 Hukuku Aile Kararnamesi işgal kuvvetleri yüksek komiserliğinin isteği ve baskısı üzerine Osmanlı Devleti tarafından yürürlükten kaldırıldı.¹¹⁰

1.4.3.4. Mecellenin Hazırlanma Süreci

Daha önce belirttiğimiz, Osmanlıda kanunlaştırmaların nedenleri, özel de Mecelle içinde aynen geçerlidir. Ülkenin kötü gidişatını durdurmak, mevcut sorunları çözmek, İktisadi gelişmelere ayak uydurabilmek, devlet mekanizmasını işleten ruh olan birey ve toplumun sorunlarını gidermek, varlığını sistematik olmayan bir surette koruyan kanunları birleştirmek ve diğer devletlerin Osmanlının gayrimüslim halkının haklarını bahane ederek yaptıkları baskıyı¹¹¹ perdelemek, ayrıca Osmanlı Devleti'nin hiçbir zaman derli toplu bir Medeni Kanunu'nun olmamasından dolayı hukuki ihtilafların hallinin dağınık fıkıh kitaplarına müracaat yoluyla yapılması ve bunun işleri zorlaştırması gibi nedenlerden dolayı medeni hukuk alanında arayışlar başladı.

Medeni hukuk arayışlarında nasıl bir yol izleneceği de önemli idi. Batı ile olan ilişkiler sonucunda ve Fransız ihtilalinin de etkisiyle birçok alanda yeni algı şekilleri ortaya çıkmıştı. Bu durum Osmanlı'daki elit tabaka ve saray çevresi üzerinde etkili olmaya başlamıştı. Bunun sonucunda 1839 Tanzimat Fermanı ile birlikte (Burada Sultan Abdülmecit ve Sadrazam/başbakan Reşit Paşa'nın etkisini unutmamak gerekir), kanunlaştırma yoluyla sorunların çözülmesi anlayışı kabullenilmiş oldu. Bu süreçte Avrupa'dan birçok kanun tercüme edilerek uygulanmaya başlandı. Dolayısıyla, asıl amaç bu olmasa da, hukuk yoluyla toplumu değiştirme ve yeni bir biçime sokma fikrinin Osmanlı imparatorluğunda etkili olmaya başladığı söylenebilir. Yukarıdaki açıklamadan Osmanlı kanunlaştırmalarında Batı'nın çok büyük etkisinin olduğu düşünülmesin. Çünkü Batı'da hukuk ilminin kökleri Roma-Cermen Hukuku esaslarına dayanırken, Osmanlıda hukukun kökleri, genel itibariyle şeriata dayanmaktaydı. Bu büyük farktan dolayı 18 ve 19. asırlarda hukuk sistematığı alanında Avrupa'da meydana

¹¹⁰GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. XI; G. BOZKURT; a.g.e., s. 174.

¹¹¹Cevdet Paşa, Tezakir 1-12, Tezkire No: 8, Yayınlayan; Cavid BAYSUN, Ankara, 1991, s. 62-63.

gelen değişme ve gelişmeler Osmanlı Devleti'ni fazla etkilememiştir. Sadece modellik yapmıştır.

Medeni hukuk ilişkilerinin düzenlenmesinde nasıl bir yol izleneceği meselesi uzun tartışmalara sebep oldu. Bu tartışmalar neticesinde özellikle iki fikir öne çıktı:

1. Yabancı bir hukuku benimsemek (İnkılapçı zümre): Bu fikrin en önemli savunucuları Sadrazam Ali Paşa ve Ticaret Nazırı Kabuli Paşa idi. Ali Paşa 3 Şaban 1284(1867) tarihinde Girit'ten Babıaliye (Padişah Abdülaziz'e) göndermiş olduğu layihada¹¹² o zamanın en ileri medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun, Mısır'da olduğu gibi, bazı değişikliklerle kabul edilmesinin, daha önce Fransa Kanunu'ndan iktibas edilmiş bulunan Ticaret Kanunu ile bütünlük sağlayacağı böylece hukuk birliğini yaratacağı ve azınlıkların ayrılma eğilimlerini engelleyeceği fikrini savunuyordu.¹¹³ Bu arada Ali Paşa, Sait Paşa'yı Fransız Medeni Kanunu'nu Arapça metninden Türkçeye çevirmekle görevlendirmiş; bu Kanun'un hangi maddelerinin Osmanlı Devleti'nde uygulanabileceğini saptayacak bir de komisyon kurmuştur.¹¹⁴

2. Yerli kanun yapmak (Gelenekçi zümre): Bu fikrin en önemli savunucusu Cevdet Paşa, Hristiyan bir ülkeden Müslümanlar için medeni kanun alınmasının sakıncalı olduğunu, o milleti imha hükmünde olacağını, bu hükümlerin halka uymayacağını, mevcut İslam medeni hukuk kurallarını sistemli bir biçimde bir araya toplamanın amacı sağlamaya yeterli olacağını,¹¹⁵ böylece fıkıh esaslarına dayanan, yerli ve dolayısıyla yurdun ihtiyaçlarına ve gerçeklerine daha uygun bir kanun yapılması gerektiğini savunuyordu.

Bu tartışmaların sonunda Fuat Paşa'nın başkanlığında, bazı bakanlarında katılımıyla özel bir komisyon kuruldu. Uzun tartışmalar neticesinde yabancı bir hukukun alınması fikri reddedilerek, Cevdet Paşa'nın İslam Hukuku'ndan yararlanılarak bir kanun hazırlanmasına dair görüşleri uygun bulunmuş (Üyelerden Mithat Paşa ve Ticaret Nazırı Fevzi Paşa Batı Medeni Kanununun tercüme edilmesini savunurken; Fuat Paşa, Ahmet Cevdet ve Şirvanzade Rüşdi Paşa Batı Medeni Kanunu'nun tercüme edilmesine karşı çıkmışlardır.¹¹⁶), herkesin anlayacağı açık ve sade bir Türkçe ile yazılması kararlaştırılan bu kanunu hazırlayacak bir komisyonun kurulması kararlaştırılmıştır. Bu kararda dini çevrelerin sahip olduğu büyük nüfuz ve hukukçu

¹¹²VELİDEDEOĞLU; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, s. 3-6; BARAN; a.g.t., s. 63.

¹¹³G. BOZKURT; a.g.e., s. 159-160.

¹¹⁴Enver Ziya KARAL; Büyük Osmanlı Tarihi, Cilt III, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 172.

¹¹⁵Cevdet Paşa, a.g.e., s. 63; G. BOZKURT; a.g.e., s. 160.

¹¹⁶G. BOZKURT; a.g.e., s. 16.

olmadığı halde zamanla üst düzey hukuk bilgisine sahip olmayı başaran Cevdet Paşa'nın ilmi otoritesini göz ardı etmemek gerekir.

1869 yılında dini esaslardan faydalanılarak bir kanun hazırlamak üzere ilmi heyet oluşturuldu. Mecelle cemiyeti adını taşıyan bu heyetin başkanı Rüşdi Molla Efendi, üyeler ise Tahir Efendi, Hüsam Efendi, Ali Ratıb Bey ve Ahmet Cevdet Paşa idi.¹¹⁷ Zaman zaman heyetin başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa yapmıştır.¹¹⁸ Temel amacı şer'i (dini) hükümleri devrin ihtiyaçlarına uydurarak herkesin anlayacağı açık ve sade bir Türkçe ile yazılmış bir medeni kanun hazırlamak olan komisyon 1869-1876 (1286-1293) yılları arasında tam 7 yıl çalışarak kısaca Mecelle denilen ve Hanefi fıkına dayandığı halde orijinal bir nitelik taşıyan Mecellei Ahkamı Adliye'yi hazırladı. 100 maddelik mukaddime (başlangıç) kısmını takip eden, kitap adı verilen, 16 bölümden oluşan ve 7 yılda tamamlanan Mecelle'de mukaddime ve birinci kitabın hazırlanış tarihi 8 Muharrem 1286 (1869) iken, 16. kitabın hazırlanış tarihi 26 Şaban 1293 (1876)' tür. Aradaki kitaplarda sırayla hazırlanmıştır. Biten her kitap Bakanlar Kurulu veya Şeyhülislam aracılığıyla padişaha sunulmuş ve hemen kanunlaştırılmıştır. Toplamda 2 makale, 73 bab ve 1851 maddeden oluşmuştur.

Mecellenin bölümleri¹¹⁹;

-Mukaddime (başlangıç): (Biri ilmi fıkın tarifine, diğeri kavaidi fıkhiyeye ait olmak üzere iki makalede tanzim edilmiştir) M.1- 100

-I.Kitabü'l-büyu (satış akdi).....Bir mukaddime ve yedi bab
M.101- 403

-II.Kitabü'l-icarat (kira akdi) Bir mukaddime ve sekiz bab M.
404- 611

-III.Kitabü'l-kefalet (kefalet akdi)Bir mukaddime ve üç bab M.
612- 672

-IV.Kitabü'l-havale (havale akdi) Bir mukaddime ve iki bab M.
673- 700

-V.Kitabü'r-rehin (rehin akdi) Bir mukaddime ve dört bab M.
701-761

¹¹⁷Cevdet Paşa, a.g.e., s. 63.

¹¹⁸AKİPEK; a.g.e., s.38; EDİS; a.g.e., s. 48.

¹¹⁹Mecellenin bölümleri ile ilgili olarak AKİPEK; a.g.e., s.39; VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.65'ten yararlanılmıştır.

-VI.Kitabü'l-emanat (vedia ve ariyet akdi) ... Bir mukaddime ve üç bab M. 762- 832

-VII.Kitabü'l-hibe (hibe-bağışlama akdi) ... Bir mukaddime ve iki bab M. 833- 880

-VIII.Kitabü'l-gasp vel itlaf (gasp ve tecavüz fiilleri kitabı) Bir mukaddime ve iki bab M. 881- 940

-IX.Kitabü'l-hacir vel ikrah ve's-şüf'a (hacir, ikrah ve şuf'a kitabı) Bir mukaddime ve üç bab M. 941-1044

-X.Kitabü's-şirket (şirketler hukuku) Bir mukaddime ve sekiz bab M.1045-1448

-XI.Kitabü'l-vekale (vekalet akdi)Bir mukaddime ve üç bab M.1449-1530

-XII.Kitabü's-sulh ve'l-ibra (sulh akdi ve ibra kitabı)Bir mukaddime ve dört bab M.1531-1571

-XIII.Kitabü'l ikrar (ikrar kitabı)Bir mukaddime ve dört bab M.1572-1612

-XIV.Kitabü'd-dava (dava ve zaman aşımı hakkında) Bir mukaddime ve on iki bab M.1613-1675

-XV.Kitabü'l-beyyinat vet-tahlif (beyyineler ve yemin hakkında) Bir mukaddime ve dört bab M.1676-1783

-XVI. Kitabü'l-kaza (hakimlerin evsafı, mahkemenin uygulama tarzı ve hükümler hakkında).

Yukarıda bölümlerini belirttiğimiz Mecelle bazı özelliklerinden dolayı büyük bir boşluğu doldururken, bazı yönleriyle de önemli eleştirilerin odağı olmuştur. Açıklamamızın daha iyi anlaşılabilmesi için Mecelle'nin olumlu ve olumsuz yönlerini ayrı ayrı değerlendirelim.

1. Mecellenin genel olarak olumlu yanları; Tanzimat'tan sonraki kanunlaştırma hareketinin en büyük eseri olan Mecelle ülkedeki medeni kanun boşluğunu doldurmak amacıyla hazırlanmış, İslam dünyasının ilk Medeni ve Borçlar Kanunu'dur. İslam Hukuku'nun dağınık ve sistemsiz halde, fıkıh ve fetva kitaplarında bulunan borçlar, usul, eşya ve kısmen medeni kanuna ilişkin kuralları, ilk kez Batı hukuk tekniğine

uygun, oldukça sistemli biçimde bir araya getirilmiştir.¹²⁰ Müstakil görünse de aslında fıkhi (İslam hukuku) temellere dayanan hükümlerden oluşan, orijinal bir nitelik taşımaktadır. Uygulamada genellikle büyük kolaylık ve kesinlik getirmiş bu nedenle de 1926'ya kadar Türk topraklarında ve Osmanlı Devleti'nden ayrılan Müslüman Arap ülkelerinde belli bir süre uygulanmıştır. Ayırıcı bir özellik olarak herhangi bir yabancı hukuktan iktibas niteliği de taşımamaktadır.

Mecellenin dili ve tertibi üzerinde Cevdet Paşa'nın etkisi olmuş, dönemine göre, oldukça açık ve anlaşılır nitelik taşımıştır. Sistemi, metodu, ihtiva ettiği hükümleri, çok veciz üslubu itibariyle yerli kanunlara nazaran çok ileri ve üstün bir değer taşımaktadır.¹²¹

2. Mecelle'nin eleştirilen olumsuz yönleri; Mecelle tam anlamıyla bir medeni kanun mahiyeti taşımaz. Çünkü genel olarak fıkıh ilminin muamelat (mal, borç ve dava ilişkileri) kısmı üzerinde duran mecellede bütün medeni hukuk münasebetleri düzenlenmemiştir. Kişi, aile, miras hukukuna ilişkin hüküm bulunmazken,¹²² eşya hukuku ile ilgili birçok münasebette Mecelle'nin kapsamı dışında kalmıştır ve bir medeni kanunda bulunmaması gereken birçok konuda Mecelle'nin kapsamına alınmıştır.¹²³ İlk 100 maddesi dışında kalan hükümleri mücerret(soyut) bir metotla değil de, olayları meselelerle açıklayan, bütün ihtimalleri kapsamak isteyen ve Avrupa'da daha önceleri terkedilmiş olan kazuistik bir metotla hazırlanmış, bu da lüzumsuz maddelerle ve tekrarlarla kapsamının çok genişlemesine sebep olmuştur. Oysa ki soyut yöntem, kanunların kısa ve açık olmasını sağlar. Mecelle, yönteminden dolayı yeni bir sistem ve yeni bir görüş yaratmamıştır. Din kurallarına dayalı olmasından ve dinde değişmez esasların varlığından dolayı (özellikle Osmanlı aydınının ve kanun uygulayıcısının tutumundan dolayı) mecellenin elastiki özelliği yetersiz kalmıştır.

Mecelle, Osmanlı Devleti'nin bütün vatandaşlarını kapsamasına rağmen, Hristiyan ve Museviler nizamiye mahkemelerinde Fransa'dan alınan kanunlara göre de muhakeme olunuyorlardı. Bu da hukukta ikililiğe sebep oluyordu.¹²⁴ Mecelle'nin çoğunlukla Hanefi hukuku ilkelerine göre hazırlanmış olması -mezhepsel esnekliğe rağmen- ülkedeki diğer mezheplere mensup Osmanlılar için bir sakınca

¹²⁰G. BOZKURT; a.g.e., s.162.

¹²¹OĞUZMAN; a.g.e., s. 19; SAYMEN; a.g.e., s. 34.

¹²²Coşkun ÜÇÖK bu durumu Osmanlıda mezhep çokluğu dolayısıyla, var olan birçok farklı hükmün birleştirilememesine bağlamaktadır. bak. ÜÇÖK, a.g.m., s. 1006.

¹²³ATAAY; a.g.e., s.63.

¹²⁴İMRE; a.g.e., s.96.

oluşturmuştur.¹²⁵ Ayrıca 19. yy. hukuk sistemleri dikkate alındığında Mecelle Avrupa hukuk sistemlerinden çok farklıdır.¹²⁶

Mecelle'nin kabul edilmiş olmasına rağmen Osmanlıda hukuksal arayışlar ve faaliyetler devam etti. 1885 Yılında, bir dava vekili olan Nazaret Hilmi, Fransız Medeni Kanunu'nu tercüme etti. Mektebi Hukuk'un Mecelle hocası Cemaleddin ise 1907'de Fransız Medeni Kanunu ile Mecelle'yi madde madde karşılaştıran bir makale yazdı. Hukuk hocalığı yapan (emekli mahkeme reisi) Nazaret Haçeriyan Efendi İsviçre Medeni Kanunu Türkçeye tercüme etti. Bu tercüme 1912 yılında Cerideyi Adliye dergisinde yayınlandı. İsviçre Medeni Kanunu'ndan dört yıl sonra 1916 yılında, Alman Medeni Kanunu da Türkçeye tercüme edildi. Öte yandan bazı aydınlar, Yeni Mecmua, İslam Mecmuası, Tanin gibi dergi ve gazetelerde yazdıkları makalelerde aile hukukunun kanunlaştırılmasını ve kadının durumunun iyileştirilmesinin zorunlu olduğunu dile getirdiler, Celal Nuri, Avrupa hukukunu savunurken, Ziya Gökalp ise, dinin hukuk, siyaset, ekonomi alanlarına karışmaması gerektiğini, aile ve kadın konusundaki eski zihniyetin de, yerini Avrupa tarzı bir anlayışa bırakması gerektiğini yazmıştır. Ziya Gökalp 1917'de İttihat ve Terakki Partisinin kongresine aile hukuku alanında köklü bir reform yapılması gerektiğini içeren bir de tebliği sundu. Aile Hukuku Kararnamesini hazırlayan komisyonda da görev alan Mansurizade Said çok eşlilik aleyhine yazılar yazdı.¹²⁷

Bahsi geçen çalışmaların da tesiriyle, Birinci Dünya Savaşı devam ederken, 1916 yılında Mecelle'yi hayatın iktisadi ve sosyal ihtiyaçlarına uygun hale getirebilmek için bir komisyon kuruldu, Komisyon çalışmalarında kendisine dayanak olarak, esnek bir şekilde, şeriat (fıkıh) esaslarını aldı. Yani Kuran'da ve hadiste yazılı olan hükümlere muhalif hiçbir esası kabul etmemek ve İslam hukukçuları arasında münakaşalı olan meselelerde günün ihtiyaçlarına en uygun olan görüşü benimseyerek yeni kanun maddesini ona göre belirlemek, ayrıca hukukumuzda uygun olmak şartıyla tüm hukuk kurumlarından yararlanabilmeyi yöntem olarak belirledi. Bu bir anlamda medeni hukuk konusunda Avrupa'dan yararlanmanın yolunu da açtı.

Encümen, 1922'ye (1338) kadar çalışarak, Mecelle'nin 126 maddesini tadil ederek bir de rapor hazırladı.¹²⁸ Komisyon, Mecelle'nin bu yeni maddelerini

¹²⁵G. BOZKURT; a.g.e., s.162.

¹²⁶Roma Kanunları ile Mecelle'nin bir karşılaştırması için bak. Cevdet Paşa, a.g.e., s. 64.

¹²⁷G. BOZKURT; a.g.e., s. 163-167'den özetlenmiştir.

¹²⁸AKİPEK; a.g.e., s.4.

hazırlarken, dört mezhebin hükümlerinin dışında İsviçre, Alman ve Fransız Medeni Kanunları'ndan, hatta Amerika, Avusturya ve Macar kanunlarından faydalanmıştır.¹²⁹ Bu arada İhzarı Kavanin Komisyonlarının çalışmaları sonunda hazırlanarak yürürlüğe giren tek yasa olan Hukuku Aile Kararnamesi 25 Ekim 1917'de yürürlüğe girdi (iki yıl yürürlükte kalabildi). Borçlar Kanunu'ndan da 200 madde hazırlandı.¹³⁰ Bütün bu kanunlar dinle hukuku birbirinden ayırmamıştı. İstiklal Harbi'nin kazanılması, Osmanlı İmparatorluğu'nun fiilen tasfiye edilmek üzere olması komisyon faaliyetlerinin yarıda bırakılmasına sebep oldu.

¹²⁹G. BOZKURT; a.g.e., s.169-170.

¹³⁰İMRE; a.g.e., s. 69.

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN KABUL EDİLMESİ

2.1. 1926 Türk Medeni Kanun'un Kabulünden Önceki Kanunlaştırma Faaliyetleri

Osmanlı Devleti 19. yy'ın ikinci yarısında Mecelle'yi uygulamaya başladı. Zaman zaman özel hukuk alanında sorunlar yaşandığı için Mecelle'nin tadiline ihtiyaç duyuldu. Devlet bu sorunları gidermek amacıyla çeşitli girişimlerde bulunduysa da I. Dünya Savaşı'ndan dolayı bir sonuca varamadı. I. Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan Mondros Anlaşmasıyla Osmanlı Devleti egemenliğini kaybederken, toprakları da işgal edilmeye başlandı. Bu olumsuz gelişmeler, devletin kurumsal işleyişini engellerken, Anadolu halkının kendi ülkesini savunmak için harekete geçmesine zemin hazırladı. Batı Anadolu'da ortaya çıkan Kuvayi Milliye ruhu, Anadolu'da yapılmakta olan Amasya, Erzurum, Sivas Kongreleri gibi Milli Mücadele faaliyetleri sonucu oluşan Misakı Milli Andı/Belgesi ile Osmanlıdan kalan ve kurtarılabilecek milli sınırlar çizilmiş oldu. Zor şartlarda gerçekleştirilen Kurtuluş Savaşı sonucunda bağımsızlığını kazanan ve Osmanlı kalıntıları ile birlikte yaşamakta olan yeni bir devlet -Türkiye Cumhuriyeti- kuruldu. Yeni Türkiye, ilk zamanlar birçok konuda olduğu gibi hukukta da Osmanlı sistematiğini uyguluyordu. Fakat bu yetersiz kaldığı için değişiklik yoluna gidildi. Araştırmamızın bu ikinci bölümünün konusu Osmanlıdan kalma Medeni Hukuk'ta(Mecelle)yapılmak istenen değişiklik girişimleri ve bundan sonuç alınamayınca gerçekleştirilen Türk Medeni Hukuk devriminin iktibas süreci olacaktır.

2.1.1. 1916 Komisyonları ve Çalışmaları

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde de Mecellei Ahkâmı Adliyye'yi yeniden düzenlemek için bazı komisyonlar kurulmuş ve dağınık çalışmalar yapılmıştı. Bu süreçte kurulan komisyonlar; Borçlar Hukukuyla meşgul olan (vacibat), şahıs ve aile hukukunu düzenlemekle görevli olan (Ahvali Şahsiye) komisyonlarıdır.

Denilebilir ki bir Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına, Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında başlandı.¹I. Dünya Savaşı sırasında Mecelle'yi günün gereklerine ve

¹Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I- Cüz 1 Umumi Esaslar, Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 68.

ihtiyaçlarına uydurmak amacıyla, 1916 yılında, Mecelle komisyonu (Kanunu Medeni Komisyonu) adında bir komisyon kuruldu. Bu tadil komisyonu, çalışmalarında kendisine dayanak olarak fıkıh esaslarını almıştı.² Komisyonların çalışma esaslarını belirlemek için yayınlanan talimatnamede şu esaslara uyulması kararlaştırıldı: Ahkâmı Şahsiye Komisyonu fıkıh kurallarını esas alacak; Vacibat komisyonu Şeriatın kesin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, içtihatlar arasından hangisi ihtiyacı karşılıyorsa Mecellenin ilgili maddesi o içtihadın çerçevesinde düzenlenecektir. Yeni ihtiyaçları karşılarken de fıkıh kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, genel/diğer hukuk müesseselerinden faydalanılabilir. Çeşitli sakıncalarından dolayı hakime fazla takdir yetkisi verilmeyecektir.³ Bu talimatname çerçevesinde çalışmalar başladı.

Ahvali Şahsiye Komisyonu, Mecelleyi Ahkâmı Adliyye'nin aile hukukuna ait hükümleri kapsamamasının doğurduğu çok önemli eksiklikten dolayı 1917 yılında 157 maddelik Hukuku Aile Kararnamesi'ni hazırladı ve yayınladı, fakat bu kararname İtilaf Devletlerinin baskısından dolayı 1919'da yürürlükten kaldırıldı.

Komisyon (encümen) çalışmaları, Birinci Dünya Savaşı süresince ve 1922 (1338) yılına kadar aksayarak devam etti. Borçlar Kanunu'ndan 200 madde, Medeni Kanun'dan miras, vesayet, evlenme ve boşanma müesseselerine ait 126 madde kanunlaştırıldı. Fakat komisyon faaliyetlerinin çok ağır bir şekilde devam etmesi ve İstiklal Savaşı'nın kazanılması, komisyon faaliyetlerinin yarıda bırakılmasına sebep oldu.⁴

2.1.2. 1923 Komisyonları ve Çalışmaları

1916 Medeni Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarına 1922'lerde ara verilmişti. Bu arada yavaşlayan çalışmaları tekrar başlatabilmek için, 31 Mart 1921'de (1337) Konya Milletvekili Ömer Vehbi Efendi ve arkadaşları bir takrir hazırlayarak Meclise sundular. Buna göre, Mecelle'nin (evlilik, boşanma, Borçlar Hukuku... vs.) gözden geçirilerek eksiklerinin giderilmesi, ihtiyaçlara cevap vermeyen kısmının değiştirilmesi, Borçlar Kanunu ile ilgili gerekli değişikliklerin yapılması amacıyla uzmanlardan oluşan komisyonların kurulması istendi. Mecliste görüşüldükten sonra takririn Şer'iyeye Vekâletine havale edilmesi kararlaştırıldı. Takrir sahibi Konya Milletvekili Ömer Vehbi

²Jale G. AKİPEK; Türk Medeni Hukuku I.Cilt I. Cüz, Sevinç Matbaası, Ankara 1973. s. 40.

³VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 72.

⁴Ferit Hakkı SAYMEN; Türk Medeni Hukuku Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960, s.36; AKİPEK; a.g.e., s. 41.

Efendi bazı hükümlerin değiştirilmesinin caiz olmadığını, aynen kabul edilmesi gerektiğini belirterek (Bunlar dini hükümlerdir.) bazı kısımlarında içtihadı tabi tutulması gerektiğini savundu.⁵ Kurtuluş Savaşı'ndan dolayı Meclis faaliyetlerinin yavaş ilerlemesine rağmen, bir süre sonra bu faaliyetlerin devam etmekte olduğunu ve komisyonun kurulması için kanun hazırlanmakta olduğunu Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa'nın 1 Mart 1922 tarihli konuşmasından anlamaktayız.⁶ Kurtuluş Savaşı'nın kazanılması ile her alanda görülen inkılap hareketleri, özellikle hukuk alanında yavaşlayan ıslahat ve inkılaplarda, kendisini göstermeye başladı.

Adalet Bakanlığı 1 Mart 1923 Perşembe günü Meclis'te yapılan görüşmelerde tadil ve ihzarı Kavanin Komisyonlarının kurulacağından bahsetmekte ve o tarihe kadar kanunlaştırılmamış olan veraset, vasiyet gibi konuların Mecelle'ye eklenmesi ve Mecelle'nin de günün ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde güncellenmesi ve değiştirilmesi, kara ve deniz ticaret kanunlarıyla, usulü muhakematı cezaiye... gibi birçok konudaki kanunlaştırmalar için beşer kişiden oluşacak yedi komisyon kurulacağını belirtmektedir. Ayrıca Adliye Bakanlığı Anadolu'da modern bir hakim okulu açmayı da düşünmüştür.⁷ Nitekim milli hükümetin Adalet Bakanlığı tarafından Cumhuriyetin ilanından önce, 1923'lerin başında, eski kanunları gözden geçirmek ve gerekirse değiştirmek amacıyla komisyonlar kuruldu. Ve bu komisyonlar çalışmalarına Cumhuriyetin ilanından sonra da devam etti. Kurulan komisyonlardan bazıları: Medeni Kanun Komisyonu, Usuli Muhakemei Hukukiye ve Şer'iye Komisyonu, Kanunu Ceza Komisyonu... gibi komisyonlardır. Burada konumuz açısından önemli olan Medeni Kanun Komisyonu'dur.

Temel amaç günün ihtiyaçlarına uygun devrimler yapmak ve Avrupa tarzı bir toplum oluşturmak olsa da, şartların müsait olmamasından dolayı, bu amaç çok da öne çıkarılamamıştı. Fakat buna rağmen hukuk alanında inkılaplar yapılmak istenmesinde, inkılap anlayışının yanı sıra Lozan Anlaşması'nın da etkisi oldu. Çünkü Lozan Anlaşması görüşülürken Türkiye'nin yeni kanunlara ve yeni adli teşkilata ihtiyacı olduğu kabul edilerek⁸ hukukun ve adli işlerin ıslahı (düzeltilmesi) taahhüdünde

⁵TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 9, s. 281-283, Gün 31. 3. 1337 (1921).

⁶TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 18, s. 4, Gün 1. 3. 1338 (1922).

⁷TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 28, s. 8, Gün 1. 3. 1339 (1923).

⁸Kemal Fikret ARIK; Türk Medeni Hukuku I Genel Prensipler, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1963, s.183.

bulunuldu.⁹ Yukarıda saydığımız amaç ve gereklilikler çerçevesinde bu komisyonlar kuruldu.

Komisyonların çalışma şeklini ve yöntemini, başkan ve üyelerinin nasıl belirleneceğini, Bakanlık'la nasıl çalışılacağını ve görevlerini belirten bir talimatname yayınlandı. Buna göre: Toplumsal ilişkilerin düzenlenmesine ve özellikle ekonomik gelişmeye hizmet edecek kanunları yaparken, fıkıhtan ve diğer toplumların kabul ettiği hukuki çözüm ve uygulamalardan faydalanılacaktır. İhtiyaç durumunda yeni hukuk kaideleri yapılabilecek, komisyonlar arasındaki sorunlar Adalet Bakanlığınca halledilecektir. Ülkenin ihtiyacı olan bir Medeni Kanun yapmakla görevli olan komisyon, Ahvali Şahsiye (Şahıs ve Aile Hukuku) Komisyonu ve Vacibat (Borçlar Hukuku) Komisyonu adı altında iki alt komisyondan oluşacaktır. Yeni kurulan Medeni Kanun Komisyonu 1916 (1332) da kurulmuş olan Mecelle ve Ahkâmı Şahsiye Komisyonlarının devamı mahiyetindedir. 1916 talimatnamesinde belirtildiği gibi önce fıkıh kuralları ve kendi hukukumuz, daha sonra uluslararası hukuk dikkate alınacaktır.¹⁰

Yukarıdaki bilgiyi tamamlayıcı mahiyette olan şu açıklamayı da yapabiliriz: 1923'te kurulan alt komisyonlardan Vacibat Komisyonu 1916'daki Mecelle'yi Tadil Komisyonu'nun çalışmalarını tamamlayacak, ikinci komisyon olan Ahvali Şahsiye Komisyonu 1916'daki Ahkâmı Şahsiye Komisyonu'nun yerine geçerek çalışmaya devam edecektir. Talimatnameye göre 1923 komisyonları, 1916'daki İhzarı Kavanin Komisyonlarının devamı olarak ve aynı usulle çalışacaklardır.¹¹

1923 talimatnamesinden anlaşıldığı gibi eskiyle kıyaslandığında ileri bir hukuk ve kanunlaştırma anlayışı esas alınmış olsa da, yapılacak kanunlarda yine dini hukuk/fıkıh etkili olacaktır. Bu durum muhafazakâr bir hukuk tasarısına zemin hazırlayacaktır. Dolayısıyla Cumhuriyet Dönemi yöneticileri çok istedikleri halde, dönemin siyasi ve toplumsal şartlarından dolayı, çok da dile getiremedikleri, radikal, Batı tarzı, laik hukuk reformlarının henüz yapılamayacağını görmüşlerdir.

⁹Seyfullah EDİS; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s.52.

¹⁰VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 70-71.

¹¹Gülnihal BOZKURT; Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2010, s. 185

2.1.2.1. 1923 Ahkâmı Şahsiye (Şahıs ve Aile Hukuku) Komisyonları ve Çalışmaları

Ahkâmı Şahsiye Komisyonu ilk toplantısını 2 Mayıs 1923'te İstanbul'da yaptı. Hazırlanacak kanunlar için Şer'i esaslara göre hareket edilip edilmeyeceği tartışılarak şöyle bir yol bulundu: Komisyon, hangi hükmün alınmasını menfaatlere uygun bulursa o madde alınacak, bunlardan dini dayanağı olanlar kaynağıyla birlikte belirtilecektir.¹² Bu komisyon kişiler hukuku ve miras hukuku alanındaki yeni kanunlar için sadece 16 toplantı yapabildi.¹³ Bu çalışmalar sonucunda 1917 Hukuku Aile Kararnamesi'ne benzeyen bir tasarı hazırlanarak 1923 yılının sonlarında Adliye Vekili Seyit Bey tarafından, acilen görüşülüp kararlaştırılması temennisi ile Meclis'e sunuldu; fakat bu istek kabul edilmeyerek, tasarı Adliye Encümenine havale edildi.¹⁴ Konya Mebusu Musa Kâzım Efendi, Adliye Encümeni'ne gitmiş olan Hukuku aile kanun lâyihasının bir defa da Şer'îye Encümeni'nde görüşülmesini teklif etti yapılan oylama sonucu (Adliye Vekili Seyyid Bey'in aciliyet itirazlarına rağmen) kabul edilerek, tasarı Şer'îye Encümeni'ne havale edildi.¹⁵

2.1.2.2. 1923 Vacibat (Borçlar Hukuku) Komisyonu ve Çalışmaları

1916'daki Mecelle Komisyonu'nun kabul etmiş olduğu usul 1923 Vacibat Komisyonu'nda da aynen kabul edildi. Buna göre; Din kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, içtihatlar arasından hangisi ihtiyacı karşılıyorsa Mecelle'nin ilgili maddesi o içtihadın çerçevesinde düzenlenecektir. Yeni ihtiyaçları karşılarken de fıkıh kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, genel/diğer hukuk müesseselerinden faydalanılabilir. Liyakatli hakim azlığından ve suistimale açık olmasından dolayı hakime fazla takdir yetkisi verilmeyecektir.¹⁶

Vacibat Komisyonu'nun çalışmaları düzenli bir programa bağlanmadan devam etmiş, aynı anda üyelerden biri tarafından İsviçre Borçlar Kanunu tercüme edilerek komisyonda okunmuş ve o sıraya göre maddeler hazırlanmış, genel olarak da fıkıh hükümlerine başvurulmuştur.

¹²AKİPEK; a.g.e., s. 42; G. BOZKURT; a.g.e., s.185-186.

¹³VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 71-72.

¹⁴G. BOZKURT; a.g.e., s.186.

¹⁵TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 4, s. 221, Gün 15 Kanunu evvel 1339 (1923).

¹⁶VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 72.

Birçok uygulamasında 1916 komisyonundan farklı davranmayan komisyon, 1916'da kabul edilen 27 maddeden birçoğunu kabul etti.¹⁷ Komisyon yaptığı 41 toplantı sonucunda ancak 21 madde kaleme alabildi.¹⁸

1923 yılında kurulan komisyonlar dini esaslara çok bağlı kaldığı gibi ağır bir tempo ile çalışmıştır. Bu özellikler yöneticilerin hedeflediği hukuk inkılabının yapılmasını güçleştiriyordu. Kanunlaştırmadaki bu yavaş ilerlemede dönemin Adliye Bakanı Seyit Bey'in etkisini belirtmek gerekir. Çünkü Seyit Bey, bir ulusun yasalarının o ulusun örf ve adetlerine uyması gerektiğini belirtmiş ve bunun da zaman alacağını, Avrupalılar gibi kendi örfümüze dayalı kanunlar yapmamız gerektiğini belirtmiş, ayrıca Türkiye'nin bir yabancı ulusun medeni kanununu benimsemesinin asla söz konusu olmadığını vurgulamıştır.¹⁹ Bu açıklama, dönemin bazı yöneticilerinin muhafazakâr anlayışını yansıtmaları bakımından önemlidir.

Komisyonların çalışmalarından istenilen olumlu sonuçlar alınamayınca faaliyetleri geçici olarak durduruldu. Fakat bu arada siyasi inkılaplar ve faaliyetler arttı. Örneğin; 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet ilan edilirken, 3 Mart 1924'te hilafete son verildi, Aynı tarihte Öğretim Birliği Kanunu (Tevhidi Tedrisat) çıkarıldı.

Şer'îye ve Evkaf Vekâlet'inin kaldırılmasından sonra²⁰ 8 Nisan 1924 tarihinde Şer'îye Mahkemelerinin kaldırılması ve bunun yerine kurulacak olan mahkemelerin belirlenmesi ve bunların dayanağı olan kanunların belirlenmesi için görüşmeler yapıldı. Maddeler tek tek görüşülerek oylandı, hiçbir madde değiştirilmeden kabul edildi ve ardından da tamamı oylamaya sunularak kabul edildi.²¹ Böylece Şer'îye Mahkemeleri kaldırıldı. Özel vakıflar veya Şer'îye ve Evkaf Vekâleti tarafından yönetilen bütün medrese ve okullar Milli Eğitim Bakanlığına (Maarif Vekâleti) bağlandı. Bu inkılapların etkisiyle devrim hızlandığı gibi genç Cumhuriyet de laik bir yönetim anlayışına doğru yol almaya başladı.

2.1.3. 1924 Komisyonları ve Çalışmaları

Daha önce Adalet Bakanlığının ara vermiş olduğu komisyon çalışmaları, 19 Mayıs 1924 tarihinde Tadili Kavanin Komisyonlarının suret ve tarzı faaliyetine dair bir

¹⁷VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 73.

¹⁸VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 74.

¹⁹Fikret BARAN; Atatürk Devrimleri İçinde Türk Medeni Kanunu'nun Yeri ve Önemi, (Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Elazığ 1999, s. 44.

²⁰TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 7, s. 21-23, Gün 3. 3. 1340(1924).

²¹TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 8, s. 431-443, Gün 8. 4. 1340 (1924).

talimatname²² ile tekrar komisyon kurulmak suretiyle başlatıldı. Bu komisyon da 1923'tekiler gibi vacibat (borçlar hukukuyla ilgilenen) ve ahvali şahsiye (şahıs ve aile hukukunu düzenlemekle görevli olan) komisyonlarına ayrılarak iki yıl kadar (1924-1925) çalıştı.

1924 talimatnamesinde öncekilerden farklı olarak fıkıh esaslarına uyulması konusunda hükümler olmamakla birlikte şu esaslara uyulması istenmiştir: Komisyonlar o zamana kadar yapılmış olan maddeleri düzenleme hakkına sahiptir. Komisyonlar sürekli toplantılar yapacak ve çalışmalarına kısa aralar verebileceklerdir. Görüşmeler ayrıntılı kaydedilmeyecek, her toplantının konusu ve alınan kararlar özetle kaydedilecektir.²³

Yeni talimatname daha pragmatist bir anlayışla ve eskisinden çok farklı bir ruhla hazırlanmış ve asıl amaç zaman kaybetmeden, devletin hukuk ihtiyacını karşılayacak çağdaş kanunlar hazırlamak şeklinde belirlenmiştir. Bunun için mevcut mevzuattan yararlanılabileceği gibi gerekirse Batılı devletlerin kanunlarından yararlanılabilecektir. Özellikle Ticaret Kanunu için uluslararası hukuk kesinlikle ihmal edilmeyecektir. Hatta Hükümet bir yandan da Batı ülkeleriyle temasa geçerek onların yasaları hakkında bilgi almaya çalışıyordu.²⁴ Böylece tekrar oluşturulan komisyonlar çalışmaya başladı.

Ahkâmı Şahsiye Komisyonu, 1924 ve 1925 yıllarında çalışarak 142 maddelik bir Aile Hukuku tasarısı hazırladı. Bu tasarı birçok yönden 1917 Hukuku Aile Kararnamesi'nden esinlenmiştir. Hazırlanan bu tasarı Adalet Bakanlığına sunuldu.²⁵

1924-1925 yıllarında çalışan Vacibat Komisyonu hızlı çalışmalar sonucu, Mecelle ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun birleşimi bir kanun tasarısı hazırladı. 251 maddeden oluşan Borçlar Kanunu tasarısı bir taraftan eski kanunlara bağlı kalırken, diğer taraftan modern Avrupa kanunlarını içermekteydi. Bütün bu özellikleri ile beraber Borçlar Kanunu tasarısı 1926 Türk Medeni Kanunu'ndan sonra kabul edilen 1926 Borçlar Kanunu'nun alt yapısını oluşturarak, küçük değişikliklerle beraber, 1'den 181'e kadar olan kısmını oluşturmuştur.²⁶

Hazırlanan tasarıda fıkıh kaidelerine pek atıfta bulunulmamış ve eskisinden hızlı ve farklı bir yol izlenmiş olmasına rağmen komisyonlar çalışma metotlarını ve anlayışlarını tamamen değiştirememişler ve eski anlayışın etkisinde kalmışlardır.

²²BARAN; a.g.t., s. 45.

²³VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.76.

²⁴G. BOZKURT; a.g.e., s.188.

²⁵VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s.77.

²⁶VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 78.

Ahkâmı Şahsiye Komisyonu yöntem olarak da meseleci bir yol izleyerek olayları örnekler üzerinden değerlendirmeye çalışmıştır. Bu durum devrimci yöneticilerin, bu çalışma şekliyle, tasarladıkları Avrupa tarzı ve laik yenilikleri yapamayacaklarına inanmalarına sebep olmuştur.

2.1.4. Komisyon Çalışmalarının Sonuçları

Ahkâmı Şahsiye ve Vacibat Komisyonlarının çalışmaları çok yavaş ilerliyordu. Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasından sonra Osmanlı Devleti'nin fiilen tasfiye edilmesi ve cumhuriyetin ilan edilmiş olmasının da hazırladığı zeminin etkisiyle yeni Türkiye'nin devrimci yöneticileri inkılaplara başladılar. Bu amaçla daha önce açıkladığımız gibi, hilafet kaldırıldı, adli ıslahatlara da başlandı ve 8/4/1924 tarihli kanunla Şer'îye Mahkemeleri lağvedildi.²⁷ Bütün bu değişiklikler yönetimde din esaslarının bir tarafa bırakılacağını gösteriyordu. Zaten Komisyonların hazırladıkları tasarıların devrimlerle bağdaşmadığı düşünülüyordu.

Dönemin yöneticileri Batı tarzı; laik, kadını daha çok ön planda tutan, adalet kurallarını Batı yörüngesinde birleştiren ve bütünleştiren dolayısıyla yeni ve modern bir kanun tasarısını zaman kaybetmeden kabul etmeyi düşünüyorlardı. Siyasi zeminde yukarıda bahsettiğimiz gibi kısmen hazırlanmıştı. Avrupa'daki kanunlaştırma hareketleri hakkında yayınlanan yazılarla da modern ve tamamen dünyevi bir görüşle hazırlanan kanunlara olan ihtiyaç belirtilmeye gayret edilerek toplumda bu radikal ve laik değişikliklere alıştırmaya çalışılıyordu.

Cumhuriyet Dönemi'nde Mecelle'yi güncelleme faaliyetlerinden yeterli sonuç alınamazken, laikliğe zemin hazırlamış olmanın da etkisiyle, hukuk devriminin ivediliği göz önünde tutularak ve memleketin aydınları arasında eski hukuk prensiplerine bağlı bir medeni kanun yapmak yerine Batı'da uygulanan bir medeni kanunun Türk Medeni Kanunu olarak iktibası fikri 1924 yılının sonlarında ve 1925'te daha da yaygınlaştı.

Yukarıda saydığımız durum ve gelişmeler sonucunda Adalet Bakanı Mahmut Esat (Bozkurt), Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal'in isteği üzerine²⁸ Ahkâmı Şahsiye ve Vacibat Komisyonları önünde yaptığı sert tebliğle²⁹ komisyon çalışmalarına son verdi. Mahmut Esat Bozkurt konuşmasında şöyle diyordu: *“Sayın arkadaşlar! Türk ihtilalinin*

²⁷TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 8, s. 431-443, Gün 8. 4. 1340 (1924).

²⁸BARAN; a.g.t., s. 46 (CAPORAL, B.; Kemalizm ve Kemalizm Sonrası Türk Kadını, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 1. Baskı, Ankara 1982, s.372.)

²⁹VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 79.

kararı, batı medeniyetini kayıtsız, şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeğe mahkumdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş başarmağa borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm.”³⁰

2.2. Yabancı Bir Medeni Kanun’un Kabul Edilmesinin Sebepleri

İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye tarafından neden kabul edildiğini tam anlayabilmek için öncelikle, Türkiye’nin herhangi bir medeni kanun yapmak istemesinin veya kabul etmesinin sebeplerini anlamak gerekir. Türkiye’nin bir medeni kanun yapmak istemesinin anlaşılabilmesi de dönemin yöneticilerinin açıklamalarından ve faaliyetlerinden daha iyi anlaşılacaktır.

Toptan benimsemelerde çoğunlukla siyasal etkenler ön planda olur. Daha çok ülkenin sosyal ve ekonomik yapısında değişiklik yapmak amacıyla toptan benimsemelere başvurulur. Örneğin; çağdaşlaşmak, dinsel kurumların etkisinden kurtulmak, modernleşmek vs. Toptan benimsemelerde bir nitelik sorunundan çok bir iktidar sorunu söz konusudur.³¹ Dolayısıyla devrimler kişilere göre şekil alır. Çünkü başarabildikleri oranda onların iradesine bağlı ve onların kontrolündedir.

Cumhuriyet’in ilanından önce Meclis Başkanı Mustafa Kemal 1922’deki konuşmasında hükümetin hukuk ve adalet konusundaki görevlerini saydıktan sonra, şöyle demiştir: *“Seviye-i adaletimizi bilcümle medeni hayatı içtimaiyenin seviye-i adaleti derecesinde bulundurmak mecburiyetindeyiz. Bu hususatı tatmin için mevcut kanun ve usullerimizi bu nikatı nazardan ıslah, ihya ve tecdid etmekteyiz ve edeceğiz. ...Dünyada mevcut bilcümle medeni devletlerin kanunu medenileri hemen yekdiğerinin pek yakınıdır. Bizim milletimiz ve hükümetimiz fikri adalet ve zihniyeti adalet noktasında hiçbir medeni kavimden dun (aşağı) değildir. Belki tarih bu noktada yüksek olduğumuza şahadet eder. Binaenaleyh bizim dahi mevzuatı hukukiyemizin bilcümle medeni devletlerin müdevvenatı kanuniyesinden nakıs olması caiz değildir. ...her*

³⁰Mahmut Esat BOZKURT; “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?” Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s.11.

³¹Ergun ÖZSUNAY; “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanun 50. yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 402.

*müstakil devletin bir hakkı layenfekki olan tevzii adalet vazifesine kimseyi karıştıramayız... Mecellenin kavaidi külliyesindeki; Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz kaide-i fıkhiyesi siyaseti adliyemizde üssül esasımızdır. Bu esas dâhilinde hareket eden Adliye Vekâletimiz Mecellenin ihtiva veya tatmin eylemediği ihtiyacatı asır ve nâsı, evfak ahkâmıla tevsi ve tarsin lüzumunu takdir eylemiştir. ...*³² Bu konuşmadan anlaşıldığı gibi adli kanunların diğer medeni toplumların seviyesine çıkarılması için, kanunlarda düzeltme yoluna gidilmesi düşünülmekte, hatta bununla ilgili olarak da Meclis tarafından bazı komisyonlar kurulmaktadır. Burada önemli bir nokta da şudur ki: Yapılacak olan yeni kanunlar Mecelle'nin "Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkar olunamaz." maddesine dayandırılarak yapılacak, yani yerli kanun yapılacaktır ve bu kanunlar dünyadaki medeni toplumların kanunlarından aşağı olmayacaktır. Konuşmadan şöyle bir sonuçta çıkmaktadır ki: Meclis Başkanı Mustafa Kemal ya yabancı bir kanunun alınmasını düşünmemektedir ya da günün siyasi ve toplumsal şartlarından dolayı bunu dile getirememektedir.

Cumhuriyet'in ilanından sonra değişen siyasi şartların da etkisiyle Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Paşa 1 Kasım 1925'te yaptığı konuşmada: "*Nakaifi kanunların devamına müsaade etmek yüzünden milletin maruz bulunduğu müşkilatın biran evvel izalesi gayri kabili tehir zaruriyet cümlesindendir. ... Hayatı umumiyemizi yeni baştan tanzim edecek olan bu esasi kanunlar muasır medeniyetin kanunları zümresinden olmak tabiidir. Milletimizin dahil olduğu heyeti medeniyyenin iktisadi ve medeni ihtiyacatı o kadar yakındır ki buna tekabül etmesi lazım gelen kanunlarda dahi aynı tekarüp lüzumu bafizdir. Asrı hazırın ihtiyacatına muvafık kanun yapmak ve onu hüsnü tatbik eylemek ümran ve terakki esbabının en mühimlerindenidir.*"³³ diyerek Türkiye'nin içinde bulunduğu dünya milletlerinin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının aynı olduğunu dolayısıyla, yaşanan günün ihtiyaçlarını karşılayacak olan bu kanunların da diğer milletlerin kanunlarıyla aynı olması gerektiğini belirtmiş, bu durumun ilerlemenin en önemli sebeplerinden biri olduğunu açıklamıştır.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 5 Kasım 1925'te yapılan açılış töreninde konuşan Cumhurbaşkanı Gazi Mustafa Kemal: "... Cumhuriyet Türkiye'sinde eski kavaidi hayat, eski hukuk yerine yeni kavaidi hayatın ve yeni hukukun kaim olmuş

³²TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 18, s. 4, Gün 1. 3. 1338 (1922).

³³TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 19, s. 9-10, Gün 1 Teşrinisani(11) 1341 (1925).

bulunması bugün gayri kabili tereddüt bir emrivakidir. ... Büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski esasatı hukukiyeyi temelinden kal'etmek teşebbüsündeyiz..."³⁴ diyerek bu konudaki kesin karar ve düşüncüyü devlet başkanı sıfatıyla ilan etti. Bu açıklama tek başına Yeni Türkiye'nin hukuk alanında yapmayı düşündüğü inkılabın özelliğini anlamak için yeterlidir.

Osmanlı Mecellesi'ni günün şartlarına uyarlamak ve yeni kanunlar yapmak amacıyla kurulan komisyonların çalışmalarından bir sonuç alınamayacağı düşünülünce dönemin Adalet Bakanı komisyonları dağıttı. Bu arada yaptığı konuşmada özellikle batı kanunlarından birinin kabul edileceğini şu açıklamayla belirtti; *"Sayın arkadaşlar! Türk ihtilalinin kararı, batı medeniyetini kayıtsız, şartsız kendine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeğe mahkumdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız."*³⁵ Bu açıklamadan anlaşıldığı gibi yeni bir medeni kanunun ihtiyacının nasıl giderileceği belirlenmiş, sadece hangi ülkeden alınacağı kararlaştırılmamıştır.

1926 yılında Mecliste yapılan medeni kanun görüşmeleri sırasında, Mentеше Milletvekili Şükrü Kaya, yeni bir medeni kanun kabul edilmesinin gerekçesini açıklarken: Şimdiye kadar medeni kanun ihtiyacının muhtelif kaynaklardan karşılandığını, Avrupa tarzı bir kanunun Türkiye için kesin bir ihtiyaç olduğunu, medeniyetin bütün uygulamalarını kabul eden Türk Milleti'nin beşeri kaynaklara dayanmayan kanunları uygulamasının beklenemeyeceği şeklinde bir açıklama yapmıştır.³⁶

Tokat Milletvekili Emin Bey, Medeni Kanunun, ilahi hukuk ile dünyevi hukuku birbirinden ayırdığını anlatarak medeni kanunun gerekliliğini açıklamıştır.³⁷

Aksaray Milletvekili Besim Atalay: *"Tarihte her açılan yeni bir inkılap devresi, mali ve adli siyasetini tespit etmedikçe o, sabun köpüğü gibi uçmuş gitmiştir."*³⁸ diyerek inkılapların, varlığını devam ettirebilmesi için, kendisini koruyacak olan ekonomi ve hukuk siyasetini belirlemesi gerektiğini açıklamıştır.

Meclis'e sunulan medeni kanun tasarısının gerekçesinde dönemin Adalet Bakanı Mahmur Esat Bozkurt, kanunun kabul edilmek istenmesinin sebeplerine değinmiştir.

³⁴VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 80.

³⁵M. E. BOZKURT; "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", S.11.

³⁶TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 231, Gün 17. 2. 1926.

³⁷TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 232, Gün 17. 2. 1926.

³⁸TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 232, Gün 17. 2. 1926.

Şöyle ki: “*Hali hazırda Türkiye Cumhuriyetinin müdevven bir kanunu medenisi yoktur. ... Mecellenin kaidesi ve ana hatları dindir. Halbuki, hayatı beşer her gün hatta her an esaslı tahavvüllere maruzdur. Kanunları dine müstenit olan devletler, kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin matlaplarını tatmin edemezler. Çünkü dinler layetegayyer hükümler ifade ederler. Hayat yürür, ihtiyacat süratle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekliden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mana ifade edemezler. Değişmemek dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, asrı hâzır medeniyetinin esasatından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farikalarından birisidir.... Türk milletinin kararı muasır medeniyeti bilakayduşart teknil, prensipleri ile kabul etmektedir. ... Nitekim muasır medeniyetle mecelle ahkâmı şüphe yok ki kabili telif değildir. ...Türk milleti, muasır medeniyeti kendisine değil, kendisi muasır medeniyetin icabatına her ne bahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir. ...Örf ve adete ve göreneklere sureti mutlakada bağlı kalmak davası, beşeriyeti en iptidaî vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. ...kanunlarda esas din ile devletin mutlak surette ayrılığıdır. ...Din, devlet nazarında vicdanlarda kaldıkça muhteremdir ve masumdur.... Çünkü kanunlar dine müstenit olursa, vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlete, muhtelif dinlere salık tebaası için ayrı ayrı kanun yapmak icabeder. Bu hal asrı hazır devletinde şartı esasi olan siyasi, içtimai, milli vahdete külliyyen münafidir. Hatırlatmak icab eder ki, devlet yalnız tebaası ile değil, ecnebilerle de hali temastadır. Bu takdirde onlar için de kapitülasyon namı altında ahkâmı istisnaiye kabul etmek zarureti hasıl olur. ...*”³⁹

Yukarıda bahsedilen siyasi anlayış ve açıklamaların çerçevesinde Türkiye’de yeni bir medeni kanunun kabulünün sebeplerini şöyle toparlayabiliriz:

1. Osmanlı hukukunun tamamen dine dayalı olması ve yeni anlayışın, dini esas almayan bir hukuk sistemi kurmak istemesi. Bu amaçla kurulan komisyonların çalışmalarından istenen sonucun alınamaması.
2. Sadece bir yasa değişikliği değil aynı zamanda bir düşünce devrimi de gerçekleştirilmek istenmesi ve eski hukukun bu ihtiyacı karşılayamayacağına inanılması.
3. Eski medeni Kanunun, medeni hukukun bazı konularını kapsamaması (şahıs, aile ve eşya hukuku gibi) ve dışarıda kalan konuların fıkıhla çözülmek istenmesi.

³⁹TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 1-3, Gün 17. 2. 1926.

4. Mecelle'nin meseleci (kazüist) metotla hazırlanmasından dolayı uygulamasındaki zorluklar, modern kanunların tekniğine uymamasından dolayı yeni bir kanuna ihtiyaç duyulması.

5. Çağdaş uygarlık düzeyinde kabul edilen Avrupa'nın şartlarına en kısa zamanda ulaşmak ve bunun için de modern devlet kavramıyla bağdaşabilen kanunları hazırlamak ve bunları Türk toplumuna kazandırarak dinsel hukuk düzeninden bir an önce uzaklaşmak böylece devrimi gerçekleştirerek, toplum hayatının felsefi temellerini değiştirmek.

6. Kemalist devrimin, hukukun tamamıyla değiştirilmesi yoluyla, sosyal ve ekonomik yapıyı kökten etkilemek ve değiştirmek istemesi.

7. Atatürk ihtilalinin⁴⁰ vazgeçilmez şartlarından biri Yeni Türk Devleti'nin laik esaslar üzerine kurulmasıydı. Laik toplum ve devlet için de laik kanunlar gerekli idi. Siyasi alanda laik kanunların çoğu gerçekleştirilmişti ve sıra toplumun laikleştirilmesinin en önemli aşamasına gelmişti. Devletin laikleştirilmiş olmasıyla zemin böyle bir hukuk inkılabına müsait hale gelmişti.

8. İslam dininden kaynaklanan kadın-erkek eşitsizliğini ortadan kaldırarak aile düzenini batılı esaslara göre ayarlayarak, eski miras usullerini terk etmek, mülkiyete ve eşya üzerindeki diğer haklara ilişkin modern hukuk müesseselerini getirmek ve borç ilişkilerini, çağımızın ekonomik ihtiyaçlarına uygun hükümlere bağlamak.

9. Osmanlı İmparatorluğu'nun dayandığı temeller yerine bambaşka temeller üzerine yeni bir devlet kurulmuştu. Dolayısıyla, Osmanlı da var olan çok başlı hukuka son vererek sadece Müslümanlara uygulanan bir sistem yerine, gayrimüslimleri de kapsayan bir sistem kurulmak isteniyordu. Yani, evlenme, boşanma, miras gibi işlerde, hangi din ve mezhepten olurda olsun, bütün vatandaşlara uygulanacak kurallarda birlik sağlanmak isteniyordu.

10. Lozan Antlaşması'yla, kapitülasyonlar kaldırılmış fakat 42/1. maddeyle batılı devletler Türkiye'ye modern ve laik kanunlar yapmak mecburiyetini kabul ettirmişlerdi. Yani zaman kaybetmeden dini esasa dayanmayan bir hukuk düzeni sağlanacaktı. Yükletilen bu işi çok çabuk başarmak gerekiyordu.⁴¹

⁴⁰ Atatürk ihtilali hakkında bir değerlendirme için bak. Mahmut Esat BOZKURT; Atatürk İhtilali I, Yeni gün yayıncılık, İstanbul 2000, s. 62-96.

⁴¹ TEKİNAY; a.g.e., s. 26; AYTEKİN ATAAY; "Neden İsviçre Medeni Kanunu (İsviçre Medeni Kanununun Türkiye Tarafından İktibası Nedenleri)", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu I. Tebliğler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 62.

2.3. İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Tarafından İktibas Nedenleri

Türkiye Cumhuriyeti yeni bir medeni kanun yapmak gibi çok ciddi bir inkılabı gerçekleştirmeye karar verdikten sonra, nasıl bir inkılap sorusu akla geldi. İlk önce yerli bir kanun yapılmaya çalışıldıysa da sonuç alınamadı ve Batıdan bir kanun almaya karar verildi. Bazı sebeplerden dolayı da İsviçre Medeni Kanunu'nun alınması kararlaştırıldı. Bu başlıkta İsviçre Medeni Kanunu'nun alınma sebeplerini irdeleyeceğiz.

Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt, Meclis'e sunulan medeni kanun tasarısının gerekçesinde İMK'nin özelliklerini anlatarak alınma gerekçelerini izah etmeye çalışmış ve şunları söylemiştir: *“Türk Kanunu Medenisi Kavanini medeniye sırasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenisinden ahz ve iktibas olunmuştur... Adliye Vekaleti en yeni ve en mükemmel olan İsviçre Kanunu Medenisini milletimizin şimdiye kadar bağlı kalan vasi zeka ve kabiliyetini tatmin edecek ve ona hakiki bir cevelangah ve bir saha olabilecek bir eseri medeni, olarak görmektedir. Bu kanunda milletimizin duyguları ile istinas etmeyecek hiç bir nokta tasavvur etmemektedir.”*⁴² Bozkurt, bu değerlendirmesinde İsviçre Medeni Kanununu gereğinden fazla övmüş, fakat dine dayalı eski hukuk sistemini yıkıp yerine laikliği esas alan Avrupa tarzı bir medeni kanunu yerleştirerek, inkılapları gerçekleştirmede yararlı olacağını düşündüğü için de şiddetle tavsiye etmiştir.

Milletvekili Şükrü Kaya, meclisteki konuşmasında İsviçre Medeni Kanunu'nun insanlık için gerekli bütün esasları kapsadığını savunarak, aileyi, yetimleri koruduğundan bahsetmiş, birden fazla ırkın yaşadığı bir ülkede olumlu bir şekilde uygulandığını açıklamış, Bu Medeni Kanun'un aynı zamanda bir medeniyet kanunu olduğunu iddia ederek, ülkemizin hukuk iklimine ve halkımızın karakterine uygun olduğunu belirtmiştir.⁴³

Avrupa medeni kanunları içerisinde neden İsviçre Medeni Kanunu'nun kabul edildiği sorusunun anlaşılabilmesi için, dönemin Adalet Bakanı Bozkurt'un şu değerlendirmelerini de dikkate almak faydalı olacaktır. Bozkurt'a göre; zamanında Avrupa'ya çok büyük katkıları olan Fransız Medeni Kanunu çok ihtiyardı ve işlevini yitirmekteydi. Alman Medeni Kanunu, çok soyuttu ve pratik değildi,⁴⁴ sadece hukukçuların anlayacağı teknik bir dile sahipti. Bu da kullanımını zorlaştırmaktaydı. Ayrıca Almanca bilenlerin sayısı azdı ve Alman Medeni Kanunu'ndaki önemli

⁴²TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 1-2, Gün 17. 2. 1926.

⁴³TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 232, Gün 17. 2. 1926.

⁴⁴M. E. BOZKURT; “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, s. 11-12.

maddelerin İsviçre Medeni Kanunu'nda var olduğu düşünülmekteydi. Bu nedenlerden dolayı Fransa ve Almanya Medeni Kanunları kabul edilmedi.

İMK'nin tercih sebeplerinden birisi de, dönemin yöneticilerinin, etkin isimlerinin büyük bir kısmının İsviçre'de eğitim görmüş olmalarından dolayı İMK'nin özelliklerini daha iyi bilmeleri ve Tanzimat sürecinden itibaren Fransızca bilen uzmanların sayısının çok olmasıdır. Bahsi geçen uzmanlardan en önemlisi dönemin faaliyetlerinde birinci derecede rol oynayan Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'tur. Bozkurt, İsviçre Medeni Kanunu'na karşı büyük bir hayranlık duyuyordu. Ve bu sempatisini çevresine de aşıliyordu.⁴⁵ Ayrıca Fransızca bilen uzman sayısının çok olması İMK'nin Fransızca metninin tercümesini kolaylaştırması açısından önemlidir.

İMK'nin tercih edilmesinin diğer nedenlerine gelince; dönemin idarecileri tarafından İsviçre Medeni Kanunu, Avrupa medeni kanunları arasında en modern, en son yapılan, en demokratik, en pratik ve en açık kanun olarak değerlendirilmiştir.⁴⁶ Ferdietçi ve liberal özelliklerinin yanında sosyal adaleti gerçekleştirmeye yönelik sosyal içerikli kurallara yer veren, kadın-erkek eşitliğine dayanan bir aile hukuku öngörmüş olması, birden fazla ırka sahip İsviçre'de başarı ile uygulanıyor olması, birçok ırkı ve dini kapsayan Türkiye'de de başarılı olabileceğine delil kabul edilmiştir.⁴⁷ Bahsi geçen gerekçeler kısmen etkili olsa da İMK'nin alınmasının asıl sebebi; devrimci kadronun temel yapıyı değiştirerek, topluma verilmek istenilen yeni ve batı tarzı çağdaş biçim ve yeni oluşturulmakta olan laik toplum açısından en uygun kanun kabul edilmesidir. Çünkü dini hükümlere dayanmayan, laik karaktere sahip olması, bu kanunun Türkiye'de laik bir özel hukuk sisteminin uygulanmasında etkili olacağı kanaatini doğurmuştur. Ayrıca İMK'nin hakime tanıdığı takdir yetkisi de tercih sebeplerinden bir diğeridir. Bu sayede kabul edilen yeni kanun, zamana ve şartlara uyulanarak yeni çözümler üretilecek ve sorunlar giderilecektir.

Sosyal uygunluk gerekçesine gelince; İMK ve BK'nin alınması bu kanunların, Türk toplum yapısına daha elverişli olmalarından değil, Alman ve Fransız Medeni Kanunlarına göre daha yeni olmalarından kaynaklanmaktadır.⁴⁸ Çünkü Türk toplumu ile

⁴⁵Ziyaeddin Fahri FINDIKOĞLU; "Medeni Kanunumuz Etrafında Bazı Sosyolojik Meseleler", SBFD., 1958, sayı; 1, s.181-182; Kemal Fikret ARIK; "Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler", SBFD., 1963, sayı;1, s. 197;Selahattin Sulhi TEKİNAY; Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970, s. 27; VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 87.

⁴⁶M. E. BOZKURT; "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", s. 12.

⁴⁷TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 2-3, Gün 17. 2. 1926.

⁴⁸ÖZSUNAY; a.g.m., s.403.

Avrupa toplumları arasında o dönemlerde insan olmanın getirdiği ortak anlayış ve yaşantılar dışında benzer özellikler yoktu, özellikle dinlerinin etkisinden dolayı toplumlar birbirinden çok farklıydı.

İsviçre Medeni Kanunu'nun kabul edilmesinin bilimle, siyasi ve toplumsal gerçeklikle açıklanamayacak kadar tuhaf bir gerekçesi vardır ki oda Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt tarafından şöyle açıklanmıştır: *“Yeni kanunların Türk devletine büyük faydalarından biriside Hristiyan batı ile aramızda asırlardır sürüp giden düşmanlığı ortadan kaldırmaktır.”*⁴⁹ Bu düşünce kendi öz varlığını ve değerlerini korumak isteyen hiçbir toplum tarafından, düşmanlarıyla anlaşabilmek için bir çıkış yolu kabul edilemez. Ayrıca bu durum eski düşmanlıkların sebebinin bu toplumun kendisi olduğunu kabullenmek anlamına da gelecektir.

2.4. Türk Medeni Kanunu'nun Kabul Edilmesi (1926)

Gelenekleri esas alan ve din esasına dayalı ümmetçi bir anlayışın hakim olduğu Osmanlı Devlet'i çok uluslu bir yapıdaydı. Çok ulusluluk ve Şer'i hukuktan dolayı çok başlı bir hukuk ortaya çıkmıştı. Osmanlının yıkılış süreci ve savaşların da etkisiyle hukukunu güncelleyememiş, bu da ülkede birçok sorunun yaşanmasına sebep olmuştu. Çözüm olarak ya Türk/yerli hukukçular tarafından, ülkenin özelliklerine uygun bir kanun hazırlanmalıydı, ya da batıda yapılmış olan medeni kanunlardan biri olduğu gibi veya küçük değişikliklerle alınmalıydı. İleride görüleceği gibi önce birinci yol denendi, bu çalışmaların yeterli olmadığına kanat getirilince, ikinci yola başvuruldu.

Devlet, yaşadığı sorunları gidermek için 1916'dan itibaren hukuk alanında birçok ıslahat yapmaya çalıştı. Bu amaçla birçok komisyon kuruldu ve çeşitli çalışmalar yapıldı. Yasama alanında bunlar yaşanırken, 1923-1924 yıllarında, şiddetli itirazlara rağmen, bütün kanunları ve hukuki uygulamaları Batı sistematğinde birleştirme görüşü güçlenmeye başladı.

Atatürk, 25 Ekim 1925'te Ankara Hukuk Fakültesinin açılışında yaptığı konuşmada din bağına dayanan yüzyıllık bir siyasal anlayış yerine, ulus bağına dayanan bir anlayış değişikliğinin gerekliliğine inandığını belirtti. Atatürk'e göre: Ulusun varlığını korumasının tek yolu çağdaş uygarlığa ayak uydurmaktır. Sürekli olarak değişip

⁴⁹M. E. BOZKURT; “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, s. 17.

gelişen günün şartlarına uymak için dünyasal bir rejim zorunluluktur.⁵⁰ Bu açıklamadan da anlaşıldığı gibi devlet ve toplumla ilgili çok önemli anlayış değişiklikleri düşünülmekteydi.

Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Paşa 1 Kasım 1925'te yaptığı konuşmada ise yeni adli kanunların bir an önce yapılması gerektiğini belirterek, Meclis'e sunulacak olan Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu'nun bu çalışma yılında hazırlanıp yayınlanmasındaki aciliyete değindi. Ayrıca hazırlanacak bu kanunların muasır medeniyetin kanunlarına benzemesi ve yüzyılın ihtiyaçlarına uygun olması gerektiğini vurguladı.⁵¹

Zaman kaybı olarak görülen komisyonların 1925 yılındaki çalışmalarından da istenen sonuç alınamadı. Çünkü Kemalist kadro, komisyonların hazırladıkları Medeni Kanun tasarılarının Türkiye Cumhuriyeti'nin benimsediği yenedünya görüşünün ihtiyaçlarını karşılayamadığını ve devrimlerin ruhuyla bağdaşmadığını düşünüyordu.

Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt komisyon önünde yaptığı bir konuşma ile komisyon çalışmalarına son verdi. Bozkurt'un yaptığı konuşma, komisyonun görevine son verilmesinin sebebini ve bundan sonra izlenecek yolu açıklamaktadır. Şöyleki: *"Türk ihtilalinin kararları, Batı Medeniyetini kayıtsız, şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir... Kanunlarımızı oldukları gibi Batıdan almak zorundayız."*⁵²

Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı'nın uyumlu çalışmalarını ve aynı dünya görüşüne sahip olmalarını dikkate alarak yapılan açıklamayı değerlendirirsek başta Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Paşa olmak üzere dönemin yöneticilerinin Avrupa tarzı bir kanunu iktibas etmeye karar verdiklerini görüyoruz. Dönemin Adalet Bakanı İsviçre Medeni Kanunu'nu tavsiye etti ve Atatürk de bu teklifi tereddütsüz kabul etti.⁵³ Yeni anlayışın etkisiyle 1923'ten 1932'ye kadar Türkiye'nin özel hukuk sistemini kökten değiştiren ve tamamı batı kanunlarından alınmış olan birçok kanun kabul edildi.

Yeni anlayışa göre: Çağdaşlaşma/batılılaşma asıl hedef olacak ve din devleti yerine, laik bir devlet; ümmet-millet anlayışı yerine de ulus-millet anlayışı hakim olacaktı. Dolayısıyla geleneksel Osmanlı devlet ve millet anlayışı değişmiş bu da beraberinde birçok değişikliği getirmiştir. Nitekim Türk Medeni Kanunu Devrimi bu anlayış değişikliğinin, belki de en büyük sonucudur. Böylece bu kanun Cumhuriyet

⁵⁰Niyazi BERKES; Türkiye'de Çağdaşlaşma (Yayına Hazırlayan; Ahmet KUYAŞ), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 530.

⁵¹TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 19, s. 9-10, Gün 1 Teşrinisani(11) 1341 (1925).

⁵²M. E. BOZKURT; "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", s. 11.

⁵³ARIK; a.g.e., s. 185; TEKİNAY; a.g.e., s. 27.

devrimciliği anlayışını somut toplum yaşamına uygulamada en etkili araç olmuştur. Çünkü Medeni Kanun bir ulusun siyasal ve toplumsal varlığının tamamını kapsamamasına rağmen, toplumsal hayata yeni bir düzen vermede en büyük etkindir.⁵⁴

Hükümet, İsviçre Medeni Kanununu bazı değişiklikler yaparak, bir bütün halinde iktibas etmeyi kararlaştırdı. Bu amaçla hukukçu milletvekillerinden, Mahkeme Başkanı ve üyelerinden; hukuk profesörleri ve avukatlardan oluşan 26 kişilik muhtelif bir komisyon kuruldu ve komisyon çalışmalarına başladı. Yeni komisyonun tek görevi yukarıda da belirtildiği gibi, yalnızca İsviçre Medeni Kanunu’nu olduğu gibi Türkçeye çevirmek ve genel ruhuna dokunmadan kimi hükümlerini Türkiye’nin toplumsal ve hukuksal yapısına uydurmaktan ibaretti.⁵⁵ Komisyon daha hızlı hareket edebilmek amacıyla gruplara ayrıldı ve İsviçre Medeni Kanunu Fransızca metninden Türkçeye tercüme edilmeye başlandı.

Başkanlığını Menteşe Milletvekili Şükrü Kaya’nın yaptığı 26 kişilik Medeni Kanun Komisyonu’nun üyeleri şunlardır: Hukukçu Milletvekilleri Mustafa Fevzi ve Hasan Fehmi; Mahkeme Başkan ve üyeleri Fuat Hulusi, Feyz Daim, Esat, Şemsettin, Sabri, Aziz, Osman, Cevat, HacıRifat; hukuk profesörlerinden Veli; Müderrislerden Şevket, Ebul Ula, Celal, Mustafa Reşit, Mehmet Ali, Samim, Baha, Vasfi Raşit, Yusuf Ziya, Abdurrahman Münip ve Avukatlardan Tahsin, Mahir, Nazım Bey’dir.⁵⁶

Komisyonun çalışmaları neticesinde tercüme gayet kısa bir zamanda tamamlandı. Komisyonun hazırladığı Medeni Kanun metni Meclis’e oradan da Adliye Encümenine gönderildi. Encümen tarafından Medeni kanunların en mükemmeli olan İsviçre Medeni Kanunu’ndan nakledilmiş medeni, sosyal ve iktisadi hayatımızı günün koşullarına göre düzenleyen layiha maddeleri encümenimizce birer birer görüşülerek onaylanmıştır. Şeklindeki bir değerlendirmeye onaylandıktan sonra, Türk Medeni Kanunu Tasarısı gerekçesiyle birlikte, Hükümet tasarısı olarak, TBMM’ye gönderildi ve tasarı üzerinde görüşmeler başladı.

Hazırlanan Türk Medeni Kanunu Tasarısı’nın gerekçesinde Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt önemli konulara değindi. Şöyle ki: *“Hâlihazırda Türkiye Cumhuriyetinin müdevven bir kanunu medenisi yoktur. Yalnız, akitlerin küçük bir kısmına temas edebilen mecelle vardır. 1851 maddedir.... Bu kanunun ihtiyacı hazırta tevafuk eden ancak üç yüz maddesidir. Mütebakisi memleketimizin ihtiyacatını*

⁵⁴BERKES; a.g.e., s.531-532.

⁵⁵VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 80; BARAN; a.g.t., s. 47.

⁵⁶TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 86, Gün 17. 2. 1926.

ifade edemeyecek kadar iptidai birtakım kaidelerden ibaret olduğundan tatbik edilmemektedir. Mecellenin kaidesi ve anahatları dindir. Halbuki, hayatı beşer hergün hatta her an esaslı tahavvüllere maruzdur. ...Kanunları dine müstenit olan devletler, kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin matlaplarını tatmin edemezler. Çünkü dinler layetegayyer hükümler ifade ederler. Hayat yürür, ihtiyacat süratle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekliden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mana ifade edemezler. Değişmemek dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, asrı hazır medeniyetinin esasatından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farikalarından birisidir. ...Milli hayatı içtimaiyenin nazımı olan ve yalnız ondan mülhem bulunması icabeden müdevven bir kanunu medeniden Türkiye Cumhuriyetinin mahrum kalması ne asrın hazır medeniyeti icabatıyla ve ne de Türk İhtilalinin istilzam ettiği mana ve mefhumla kabili telif değildir. ... ihzar olunan Türk Kanunu Medenisi Kavanini medeniye sırasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenisinden ahz ve iktibas olunmuştur. ...⁵⁷ diyerek Osmanlı Medeni Kanununun yetersizliğini ve din kurallarına dayandığını, bundan dolayı da statik olduğunu ve günün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığını açıklamıştır.

TBMM’de yapılan görüşmelerde Adalet Bakanı Bozkurt, yaptığı konuşmada özetle şu konulara değindi: Cumhurbaşkanının Meclisin açılış konuşmasında bahsettiği kanunların hepsi hazırdır. Bu kanunlar Türk Milletinin ihtiyaçlarını karşılayacak mahiyettedir. Dokuz yüzden fazla maddeden oluşan bu Kanun, Medeni Kanun’umuzun en önemli kısmını özellikle aile, miras ve aynî hakları teşkil etmektedir. Bu kanunlar Türk annesini layık olduğu yüksek mevkiye getirecektir.

Adalet Bakanından sonra, Menteşe Milletvekili Şükrü Kaya, Adliye Encümeninin Medeni Kanun layihasını ayrıntılı olarak incelediğini ve aynen kabul ettiğini belirterek özetle şu konuşmayı yaptı: Bu Kanun Türk Milletinin sosyal ve medeni hayatı için kesin bir ihtiyaçtır. Ve İsviçre kanunlarından harfiyen nakledilmiştir. Belki denilebilir ki mevcut kanunlar değiştirilerek günün ihtiyaçlarını karşılayan kanunlar yapılabilir fakat o zaman da farklı kanunları birleştirmek gerekecek bu da yapılan kanunların garip bir kanunlar mecmuasına dönüşmesine sebep olacaktır. Yeni kanun yapmaksa çok uzun zaman alacaktı. Askerlik ve sağlık alanında batıdan faydalandığımız gibi neden hukuk alanında da batıdan faydalanmayalım. Bu kanunlar

⁵⁷TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 1, Gün 17. 2. 1926.

medeniyetin zaruretidir ve insanlık adına gerekli olan her şeyi kapsamaktadır. Bu sebeplerden dolayı encümenimiz bu layihanın memleketimize uygun olduğu kanaatindedir, diyerek İsviçre Medeni Kanunu’nu gereğinden fazla övmüş olsa da alınan kanunların Türkiye için çok uygun olduğunu belirtmiştir.

Tokat Milletvekili Emin Bey yaptığı konuşmada; medeni kanunun gerekliliğini açıkladıktan sonra yapılacak herhangi bir değişikliğin kanunun bütünlüğüne ve ruhuna zarar vereceğine değindi.

Aksaray Milletvekili Besim Atalay Bey, Cumhuriyet’in Saltanat ve Hilafet artığı olan kanunlarla idare edilemeyeceğini savunarak, her yeni inkılabın kendi ekonomik ve adli siyasetini tespit etmesi gerektiğine değindi.

Sinop Milletvekili Yusuf Kemal Bey, Bu kanunların bir kısmının örflerimize saldırı şeklinde anlaşılabilirliğini, fakat bunların sabırla kabul edilerek, örflerin bunlara uydurulması gerektiğini açıklamıştır.⁵⁸

Yukarıda açıklanan Meclis görüşmelerinde muhalif görüş ve Medeni Kanunu eleştiren konuşmalar yapılmadan, Medeni Kanun’u savunan yüzeysel ve kısa konuşmalardan sonra oylamaya geçildi.

Medeni Kanun tasarısı Meclisin aldığı karar gereği Türkiye Büyük Millet Meclisinde madde madde oylanmayıp bir bütün halinde görüşüldü, Mecliste herhangi bir itirazla karşılaşmadan 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edildi. 743 numaralı ve 937 maddeden oluşan Medeni Kanun 4 Nisan 1926 tarihli ve 339 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı fakat yayılandıktan 6 ay sonra⁵⁹ 4 Ekim 1926’da yürürlüğe girdi (936. maddeye göre).

Medeni Kanunun evlenme ve boşanma hükümlerini uygulayacak olan makamlara rehberlik etmek üzere 1926 yılında bir “Evlenme Talimatnamesi” yayınlandı.⁶⁰ Adalet Bakanlığı 1927 yılında, Müslüman yabancıların, ikinci bir kadın almak için yapacakları müracaatların kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. 3038 sayılı kanunla, önceden medeni nikah yapılmadan “dini nikah” kıyma hakkındaki ceza hükümleri genişletildi ve şiddetlendirildi.⁶¹

⁵⁸Medeni Kanun Meclis görüşmeleri için bak. TBMM. ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 230-234, Gün 17. 2. 1926.

⁵⁹SAYMEN; a.g.e., s. 59.

⁶⁰SAYMEN; a.g.e., s. 51.

⁶¹GOTTHARD Jaschke; Yeni Türkiye’de İslamlık (Türkçesi: Hayrullah ÖRS), Bilgi Yayınevi, Birinci Basım, Ankara 1972. s. 25.

2.5. Ceza Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nun Kabul Edilmesi

Adalet Bakanı Mahmut Esat Bey, Türk Ceza Kanunu layihasını gerekçesi ile birlikte Meclise sundu. Gerekçede, yaklaşık seksen sene önce yapılmış olan halihazırdaki ceza yasasının yeterli olmadığını belirterek, eski kanunların mutlakiyet kanunu olduğunu dolayısıyla, bu kanunlarla Cumhuriyeti ve inkılapları müdafaa etmenin imkanı olmadığını açıkladı. Bu layihanın kanunlaştıktan sonra dünyanın en güzel eserlerinden biri olacağını savunarak, Türk memleketinin, Türk milletinin, Türk inkılabının ihtiyaçlarını karşılayacak gayet demokratik bir kanun olduğunu ve İtalya Ceza Kanunlarının örnek alınarak hazırlandığını belirtti. Bu açıklamalardan sonra, Türk Ceza Kanun layihasının kabulünü rica etti. Sinop Milletvekili Yusuf Kemal Bey de, 1274 tarihli eski Ceza Kanunu'nun yapılış şeklini kısaca izah ettikten sonra yeni Ceza Kanunu'na neden ihtiyaç duyulduğunu özetle açıkladı. Yapılan görüşmeler neticesinde toplam 592 maddeden oluşan Türk Ceza Kanunu TBMM'de kabul edildi ve 13 Mart 1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilerek yürürlüğe girdi.⁶²

Medeni Kanun'un kabulünden yaklaşık iki ay sonra Medeni Kanun'un devamı niteliğinde olan Borçlar Kanunu'nu İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninden Türkçeye tercüme etmek için bir komisyon kuruldu.

Borçlar Kanunu layihasını hazırlayan komisyon; Şükrü Kaya'nın başkanlığında milletvekillerinden: Mustafa Fevzi, Hasan Fehmi, Asaf, Saki, Abdullah; hakimlerden: Fuat Hulusi, Sabri, Şefkati, Osman; profesörlerden: Ebül ula, Abdurrahman Münip, Samim, Mustafa Reşit, Vasfi Raşit ve Avukat Nazım Beylerden oluşmuştur.⁶³

22 Nisan 1926 tarihinde cumhuriyet inkılabına uygun olacağı kanaatiyle ve ülkenin sosyal ve ekonomik sorunlarını çözmek amacıyla 557 maddeden oluşan Borçlar Kanunu Meclise sevk edildi ve TBMM'de 544 madde bir bütün halinde kabul edilerek 8 Mayıs 1926 tarihli Resmi Gazete' de yayımlandıktan sonra uygulamaya konuldu. 543. maddeye göre Medeni Kanun'la aynı tarihte yürürlüğe girecektir. 544. maddeye göre de Borçlar Kanunu, Medeni Kanun'un devamı kabul edilmiştir.⁶⁴ Hem Medeni Kanunu tamamlaması, hem de batılılaşma yolunda önemli bir adımın gerçekleştirilmesiyle beraber inkılaplardaki kararlılığı göstermesi açısından önemli bir gelişmedir. Çünkü Türkiye'nin Borçlar Kanunu da İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninin bir

⁶²TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 23, s. 4 vd, Gün 1. 3. 1926.

⁶³VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 80; SAYMEN; a.g.e., s. 37; Aytekin ATAAY; Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 69.

⁶⁴TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 24, s.173-175, 1-55, Gün 22. 4. 1926.

komisyon tarafından Türkçeye çevrilmesi sonucunda hazırlanmıştı. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun benimsenmesiyle Türkiye'de laik bir özel hukuk sistemi uygulanmaya başlanmış oldu.

Toptan benimseme (reception global) yabancı bir hukuk sisteminin veya kanunun tamamının benimsenmesidir. Türkiye'nin 1926'da İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nu benimsemesi bu tür benimsemelerin en cesur örneklerinden biri sayılabilir.⁶⁵ Hatta toptan benimseme ve uygulanma yönüyle dünyada benzer örneği yok denecek kadar azdır.

2.6. Türk Medeni Kanunu'nun Kabul Edilmesinin Yansımaları

Türklerin İslamiyet'i kabul etmelerinden itibaren, medeni hukuk kaynağını dinden almıştı. İMK'nin kabul edilmesi ile ilk kez, kaynağını insan aklından ve iradesinden alan bir medeni hukuk uygulamasına geçildi. Böylece hukuk ve din birbirinden ayrılmış oldu.

Yeni bir medeni kanunun kabulü ile TMK, daha demokratik, sosyal ve özgürlükçü bir eğilim kazandı. Bir medeni kanunda olması gereken; kişiliğe saygı ve kişiliğin korunmasının yanında, kişisel özgürlüğe geniş bir alan bırakan, uygulamada hakime kanun koyma yetkisi ve geniş taktir yetkisi tanıyan özellikleri de kabul etmiş oldu. Akılcı ve hürriyetçi bir nitelikte olan TMK eşitlik ilkesini esas aldığı için, imtiyazlı üstün sınıf veya sınıfları kabul etmemiştir. Böylece Türk hukukuna çağdaş hukuk kurumları ve kavramlarının getirilmesi sağlanmıştır.

İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu, yerli kanunlardan, örf ve adetlerden meydana geldiği için İsviçre için tamamen yerli, milli ve muhafazakar bir kanundur. Fakat Türkiye için yerli ve milli olmayıp, inkılapçı ve devrimci bir kanundur. Çünkü İsviçre halkının bildiği, benimsediği hukuk anlayışından oluşmuş, dili sade ve açık bir medeni kanun iken; tamamen farklı bir hukuk çevresinde yaşayan Türk toplumuna, dini gelenekler ve İslam'ı hukuktan tamamen ayrılmak için meydana getirilmiş olan Atatürk Devrimlerinin bir eseri olarak girmiştir.

Medeni Kanun'un hükümleri, eski kanunlardan farklı olarak, dini esaslara dayanmayan laik bir karakter taşımaktadır. Hangi dine mensup olursa olsun, şahıslar eşit bir muamele göreceklidir. Bu durum, hukuk farklılığı ve çokluğuna son verecek ve herkes için aynı hukuk kuralları geçerli olacaktır.

⁶⁵ÖZSUNAY; a.g.m., s.402.

Medeni Kanun, Türkiye'nin eski hukukuna yabancı olan bazı kavram, müessese ve uygulamalar getirmiştir: Kadın-erkek eşitliği, resmi nikah zorunluluğu, tek eşle evlilik, boşanmada hakim/mahkeme kararı, mirasta kadın-erkek eşitliği... Şuna da dikkat etmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu alınırken mutlak bir kadın erkek eşitliği sağlandığı söylenemez. Çünkü toplumdaki bazı uygulamalar ve anlayışlar buna engel olmuştur. Örneğin evlilik birliğinin korunması ve düzeni için koca evlilik birliğinin başkanı sayılmış, kocanın/babanın soy isminin kullanılma zorunluluğu, kadının çalıştığı işten kocası tarafından menedilebileceği kabul edilmiştir. Bazı durumlarda da kadını korumaya yönelik kanunlar kabul edilmiştir.

Türkiye İsviçre Medeni Kanunu'nu çok küçük bazı değişikliklerle aynen alıp uygulamıştır. Yapılan değişikliklerde ise toplumsal, ahlaki ve biyolojik etkenler dikkate alınmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE KARŞILAŞILAN TEPKİLER

Türkiye’de 1920’den itibaren gerçekleştirilen Atatürk devrimi veya Kemalist devrim olarak adlandırılabilen köklü reformların özellikle 1924’ten sonraki aşaması; yöntemleri, amaçları ve sonuçları bakımından sorgulanmış ve eleştirilmiştir. Yöntemleri bakımından bu inkılaplara kopyacılık, aktarmacılık, tepeden inmecilik, otoriterlik gibi çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir.¹ Bu süreçte 24 Anayasası ile birlikte doğal olarak, 1926’da kabul edilen Türk Medeni Kanunu da eleştirilmiştir. Konumuz, 24 Anayasası veya devrim inkılaplarının felsefesine yönelik eleştirileri kapsamadığı için bu eleştirilere kısaca değinerek geçmek uygun olacaktır.

Kendisine özgün bir karakter taşıyan Türk devrimi; Fransız devrimi ve Avrupa’daki diğer gelişmelerle, Osmanlı reformları ve meşrutiyet hareketlerinin etkisiyle ortaya çıkan demokratik birikimlerden etkilenmiştir. Fakat bir devrim süreci olan bu dönemin “yöntemlerinin otoriterliği” konusu tartışılmaz bir gerçektir. *“Bu yolda kullanılan araçların otoriterliği ve yer yer de keyfiliği söz götürmese bile, ana amaç şu üç odakta toplanabilir: Uluslaşma (ulusal toplum ve ulusal devleti oluşturma), laikleşme (devleti ve toplumu dinsel ideoloji ve kurallar baskısından kurtarma) ve bu çerçevede içinde demokratikleşme (ulusal-laik devlet ve toplum sınırları içinde millet egemenliği rejimini kurmadır). Bu amaçları topluca en iyi anlatabilecek başlığın “çağdaşlaşma” olduğu açıktır.”*²

1926 yılından itibaren Türkiye’de gerçekleştirilen hukuk reformunu toplumun tabanından gelen bir baskı ve istekle açıklamak mümkün olmadığı gibi, dış telkinlerin doğurduğu etkilere bağlamakta gerçeği yansıtmakta yetersiz kalacaktır. Daha çok, yöneticilerin seçimleri ve bilinçli çabaları hukuk reformunda başlıca rolü oynamıştır. Batılılaşma ve çağdaşlaşma amacı, laik kanunlara sahip olma fikri, Atatürkçü reformun temel öğeleri sayılabilir.

Yeni kurulan ve Avrupa tarzı bir laikliği uygulamaya çalışan genç Türkiye Cumhuriyeti, toplumu genel anlamda değiştirebilmek ve şekillendirebilmek, bunun

¹Bülent TANÖR; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 14. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006, s. 325.

²TANÖR; a.g.e., s. 326.

yanında sosyal yaşamı kolaylaştırmak ve aynileştirmek için İsviçre Medeni Kanunu’nu topluca kabul etti. Bu durum, içeride çeşitli eleştirilere sebep oldu. Kimisi Medeni Kanunu destekleyen, kimisi Medeni Kanuna karşı olan cenahtan gelen bu eleştirileri- daha iyi anlaşılabilmesi açısından- bir başlık altında değerlendirmeyi daha faydalı telakki ettik. Bu eleştirilerin bir kısmı MK’nin yöntemiyle alakalıdır. Nitekim eleştirileri anlamak ve değerlendirebilmek için o dönemin şartlarını, yöneticilerini ve amaçlarını bilmekte ve dikkate almakta fayda vardır. Cumhurbaşkanı Mütâfa Kemal’in 1925’te Ankara Hukuk Okulunun açılışında söylediği “*her devrimin kendine özgü kuralları bulunmasının bir zorunluluk olduğu*”³ ifadesi yukarıda anlatmaya çalıştığımız durumu özetlemektedir.

Daha önceki bölümde de belirttiğimiz gibi bu araştırmanın konusu MK’nin kabulünün tarihsel süreci olduğu için, eleştirilerde MK’nin ilk halini konu edindik ve sonraki değişikliklere değinmedik. Ayrıca araştırma sürecinde alan bilgisi ve uzmanlığı gerektiren madde içeriklerine ve maddelerle ilgili eleştirilere girmedik.

3.1. Mahkemede Hakime Takdir Yetkisinin Verilmesi

1700’lü yıllarda hazırlanan kanunlarda meseleci metot kullanılırdı ve olaylar en ince ayrıntılarına kadar önceden tespit edilerek bunlar hakkında hüküm konmaya çalışılırdı. Zamanla görüldü ki sosyal hayattaki her olay, durum ve sorun için ayrıntılı kanun çıkarmak mümkün değildir. Ortaya çıkan bu boşluğu doldurmak için çözüm olarak; adalet mercilerinin tıkanıdığı noktada hâkimin iradesinin devreye girmesi kararlaştırıldı. Buna göre, ihtiyaç durumunda hakim, kanunlar ve diğer hukuki kararlar çerçevesinde uygun bir karar verebilirdi. Bu durum, hukuktaki tıkanıklıklara engel olduğu gibi hukuku hızlandıracaktır. Yeni Türk Medeni Kanunu’nda da bu özellik (hakimin takdir yetkisi) dikkat çekmektedir. Çünkü Osmanlı Medeni Kanunu’nda bu özellik yoktu.

Hakimin takdir yetkisi hakime ağır sorumluluklar yüklediği gibi devlet ve toplum için çeşitli pozitif etkiler de doğurmuştur. Örneğin: TMK’nin bu esnek yapısı, hukuk kurallarının güncelliğini korumasını, kendi kendisini geliştirmesini ve yenilemesini sağladığı gibi, hukuk kurallarının gereğinden fazla uzun olmasının da önüne geçmiştir. Bu yetkiyle hakimin aile birliğini koruyan tedbirler almasına imkan

³Editörler Adnan GÜRİZ ve Peter BENEDICT; Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine incelemeler, Ankara 1974, s. XV.

verilirken; İMK'nin Türkiye'de uygulanabilmesine de katkı sağlamıştır. Çünkü, *“İsviçre Medeni Kanunun bu özelliği (hakimin takdir yetkisi) onun tatbik edileceği muhitin icaplarına uymasını çok kolaylaştırır.”*⁴

Hakimin takdir yetkisi, sadece o topluma ait bir durum olduğu için bu kararların toplamı o topluma has hukuki kuralların oluşmasını da sağlayacaktır. Denilebilir ki: *“Mahkeme içtihatları sadece yeni hukuku topluma uydurmak bakımından etkili olmaz, bazan da içtihatlar yoluyla yeni bir hukuk yaratılabilir.”*⁵ Velidedeoğlu da, Türk Medeni Kanunu'nun İsviçre'den alınmasında hakime geniş yetkiler veren bu elastiki karakterinin etkili olduğunu belirttiği gibi, bu durumun etkisiyle Türk hakiminin koyacağı içtihatların zamanla, asıl Türk Medeni Kanunu'nun vücuda gelmesinde etkili olacağını⁶ ve bunu İsviçre-Türk Medeni Kanunlarının en orijinal taraflarından birisi olduğunu belirtmiştir.⁷ Tabi bu içtihatların Türk Medeni Kanunu'nun ruhuna ve manasına uygun olması temel şarttır.

3.2. Dilinin Sade Bir Türkçe Olmaması ve Komisyonun Yaptığı Çeviri Hataları

Osmanlı toplumunda hakim unsur İslamiyet olduğu için, sosyal yaşam İslamiyet çerçevesinde şekillendi. Bu durum, özellikle yazınsal alanda kullanılan (Çoğunlukla bilimde Arapça; edebiyatta Farsça kullanılıyordu), Arapça ve Farsçanın çok etkin olmasına ve yaygınlaşmasına zemin hazırlarken; toplumsal alanda daha çok sözlü olarak kullanılan ve sarayda da Arapça ve Farsça dilleri/terimleri ile karışık bir şekilde kullanılan Türkçenin (Osmanlı Türkçesi de deniliyordu⁸) geri planda kalmasına, gelişiminin yavaşlamasına sebep oldu.

Topluma yönelik bir değişikliğin toplum tarafından anlaşılabilmesi için temel şartlardan birisi dildir. Dolayısıyla yapılan değişikliklerde sade bir Türkçe değil (o dönemde sade Türkçe oluşturmaya yönelik dil devrimi söz konusu değildi) Arapça ağırlıklı Osmanlı Türkçesi kullanıldı. Ve Türk Medeni Kanunu da sade olmayan bu Türkçe ile tercüme edildi. Bu durum halk açısından, anlaşılmayan bazı kelimeler

⁴Jale G. AKİPEK; Türk Medeni Hukuku I. Cilt I. Cüz, Sevinç Matbaası, Ankara 1973. s. 59.

⁵GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. XVIII.

⁶Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I- Cüz 1 Umumi Esaslar, Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 87.

⁷VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 194.

⁸Bazı aydınlarca ve tarafımızdan çok zengin ve süslü bir dil olarak değerlendirilen Osmanlı Türkçesi, önemli hukukçularımızdan İsmet Sungurbey tarafından, *“melez, uydurma ve saçma bir dil”* şeklinde eleştirilmiştir. bak. İsmet SUNGURBEY; Medeni Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, s. 1.

dışında, fazla sorun teşkil etmese de dönemin bazı aydınları tarafından eleştirildi. MK'nin dilinin sade olmaması, yazım yanlışları ve anlaşılmamasına yönelik olan bu eleştirileri daha iyi anlayabilmek için dönemin şartlarına, MK'nin kabul edilme şekline, aciliyet düşüncesine, dönemin aydınlarının durumuna bakmayı yararlı gördük.

Türkiye Cumhuriyeti MK ihtiyacını karşılamak amacıyla yapmaya çalıştığı yerli kanun çalışmalarından bir sonuç alamayınca; Batı tarzı bir Medeni Kanun tercüme etmeye karar verdi. Dönemin Adliye Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un da etkisiyle İsviçre Medeni Kanunu'nun alınması kararlaştırıldı.

TMK ve BK İsviçre kanunlarının Fransızca metninden, parçalara ayrılarak ayrı kişilerin görevlendirilmesiyle tercüme edildiği için metinde büyük farklar ortaya çıktı. Bundan dolayı çeviriciler toplanarak farkları gidermeye çalıştılsa da, şartlardan ve yasaların çok kısa bir sürede yürürlüğe konma isteğinden dolayı ayrılıklar giderilemedi. Kimi maddeler sade denilebilecek bir Türkçe ile yazılırken kimi maddeler de büyük oranda Arapça ağırlıklı bir dil olan Osmanlı Türkçesi ile yazıldı ve yasalaştı.⁹ İşte bu uygulamadan dolayı, bazı hukukçular ve aydınlar Medeni Kanunu'nun dilinin sade bir Türkçe olmamasını eleştirmiş, hatta sonraki süreçte anayasa dilini sadeleştirmek (Türkçeleştirmek) için çaba sarf etmişlerdir.¹⁰ Bununla beraber Ali Fuat Başgil gibi bazı uzmanlarda aksine, anayasa dilinde yapılmak istenen sadeleştirmeyi garipsemişlerdir.¹¹ Nitekim Medeni Kanun'dan sonra alınan/hazırlanan kanunlara bakıldığında daha sade bir Türkçe kullanılmaya başlandığı görülecektir. Yukarıdaki bilgilerden Türk Medeni Kanunu'nun dilinin toplum tarafından anlaşılmadığı sonucuna varılmamalıdır. Çünkü, Türk Medeni Kanunu halk tarafından anlaşılabilen halkçı bir karakter taşımakla beraber, *“hazırlandığı devre göre ileri bir dil anlayışıyla dilimize çevrilmiş”*¹² tir. Burada karşı çıkılan durum Medeni Kanun'un anlaşılmaması değil sade bir Türkçe ile yazılmamış olmasıdır. MK'nin dilinin sade bir Türkçe olmamasını eleştirenlerin eleştirilerinde haksız olduklarını gerekçeleri ile birlikte belirtmek faydalı olacaktır.

a-1925’li yıllarda sade Türkçe denilecek bir dilin ve bu anlamda geçerli bir çalışmanın olmaması: Biraz geriye bakıldığı zaman, Kanuni Esasi'nin 18. maddesi ile

⁹Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu Cilt 3, Terim ve Sözcükler Kılavuzu, Ankara 1975, s. 949.

¹⁰Ayrıntılı bilgi için Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Recai Seçkin, Sabri Şakir Ansay, İsmet Sungurbey ... gibi uzmanların ilgili çalışmalarına bakılabilir.

¹¹Ali Fuat BAŞGİL; Esas Teşkilat Hukuku, Cilt I, İstanbul 1960, s. 124.

¹²Aytekin ATAAY; “Neden İsviçre Medeni Kanunu (İsviçre Medeni Kanununun Türkiye Tarafından İktibası Nedenleri)”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu I. Tebliğler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 69.

Osmanlıda Türkçe resmi dil kabul edildi.¹³ Fakat bu arı veya öz Türkçe değil Osmanlının kullandığı klasik Türkçe idi. Ayrıca öz Türkçe ve Türkçenin kökenine yönelik çalışmalarda yapılıyordu. Örneğin; Buharalı Şeyh Süleyman Efendi ve Şemseddin Sami Türkçenin öz köklerine yönelik çalışmalar yaparken;¹⁴ Necip Asım, Velet Çelebi öz Türkçe ve Türkçenin köküne dair; Hüseyin Cahit de Türk Edebiyatına yönelik çalışmalar yaptılar.¹⁵ Şair Mehmet Emin Bey şiirde Türkçeyi ön plana çıkardı.¹⁶ Bunlara İttihat Terakki'nin çalışmalarını da ekleyebiliriz.

İzmir Milletvekili Şükrü Saraçoğlu 25 Şubat 1924 Pazartesi günü Mecliste yaptığı konuşmada mevcut hukuk dilini eleştirerek: Türkiye hukukunun Arapça ve Farsça kelimelerden oluşan ve milli olmayan bir ruha sahip olduğunu belirtmiş ve bir an önce bu Arapça ve Farsça kelimelerin atılarak milli bir hukukun oluşturulması gerektiğini belirtmiş, bu konuda Mecliste bazı tartışmalar yaşanmıştır.¹⁷ Bütün çalışmalara rağmen bu tarihlerde kabul edilip kullanılan sade bir Türkçe söz konusu değildi, dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nda da sade bir Türkçe söz konusu olamadı.

b-Batı tarzı ve laik bir toplum oluşturmaya çalışan kurucu düşüncenin inkılaplardaki aciliyeti dolayısıyla da zaman probleminin olması; kanunun bir an önce çıkarılmak istenmesi sade Türkçe ile yazmaya zaman bırakmamaktaydı.

c-Kullanılması arzu edilen sade Türkçenin o günün toplumu tarafından anlaşılamayacak olması (Nitekim daha sonra uygulanacak olan Güneş Dil Teorisi bunu ispatlayacaktır.). Toplumlar ancak bildikleri veya aşına oldukları dilsel metinleri anlayabilirler.

d-Dili sadeleştirme düşüncesinde ölçü ve sınırı belirlemenin mümkün olmaması ve hukuk dilinin toplumdaki günlük konuşma dili gibi algılanmaması gerektiği gerçeğidir. Çünkü sosyal yaşamdaki gelişme ve değişmelere paralel olarak dil sürekli değişecek veya gelişecektir. Dolayısıyla dilde devamlı sadeleştirme düşüncesi ile hareket edildiği takdirde ve kimi zaman da aşırıya gidebilecek araştırmacıların etkisiyle sadeleştirme gayreti, hukuk dilinde fayda sağlamak yerine, hukuk dilinin içinden çıkılmaz bir hal almasına sebep olabilecektir. Bu düşüncemizi önemli bir hukukçumuz *“Hukuk dilinin en büyük vasfı istikrar olduğundan bunu bozacak aşırı akımlara uymaktan da kaçınmak lazımdır. Hele herkesin kendi dil anlayışına göre Medeni*

¹³Enver Ziya KARAL; Büyük Osmanlı Tarihi Cilt IV, TTK Yayınları, s. 556.

¹⁴KARAL; a.g.e., s. 557.

¹⁵KARAL; a.g.e., s. 558.

¹⁶KARAL; a.g.e., s. 559.

¹⁷TBMM. ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 6, s. 329-335, Gün; 25. 2. 1340 (1924).

*Kanunun dilini sadeleştirmeye kalkması kötü sonuçlar doğurabilir.*¹⁸ Veciz ifadesiyle özetlemiştir.

Medeni Kanun'un diliyle, yapısıyla alakalı, haklı olarak, eleştirilen diğer bazı durumlar ise: Yazımında kanun koyucunun ihmali yüzünden birçok yazım yanlışları yapılmış olması, *"Madde başlığı taksimatının alınmaması, fıkra başlarına dikkat edilmemesi, çeviri yanlışları,¹⁹ hukuki terim çeviri yanlışları, terimlerde ahenksizlik ve insicamsızlık, bazı maddelere lüzumsuz ilaveler yapılması gibi noktalarda toplanır.*²⁰ Nitekim bu yanlışların birçoğu zamanla fark edilmiş veya sorunlar yaşandığı için eksikler hissedilmiş, nihayet biraz gecikmiş de olsa 1951-60 yılları arasında çalışan komisyon bu hataların çoğunu gidererek TMK'nin bu olumsuz yönlerini genel itibarıyla düzeltmiştir. Böylece hem Medeni Kanun'un hem de 1924 Anayasası'nın tamamının diline yönelik eleştirilerin sebebi büyük oranda ortadan kaldırılmıştır.

3.3. İsviçre Medeni Kanunu'nun TBMM' de Topluca Görüşülüp Kabul Edilmesi Tartışması

Bakanlar Kurulunda görüşülen Medeni Kanun tasarısı, 20 Aralık 1925 tarihli toplantıda kabul edildi ve TBMM'ye sunulması kararlaştırılarak, Başbakanlığın 6/6336 sayılı tezkeresi ile TBMM'ye sunuldu. Bir milletvekili tarafından madde madde görüşülmesi teklif edildi ise de Adalet Bakanlığının, kanunun bütünlüğü ve ivediliği gerekçesinden dolayı reddedilerek, 17 Şubat 1926'da tamamı görüşülüp kabul edildi. 743 sayılı Türk Medeni Kanunu 4 Nisan'da Resmi Gazete' de yayımlanarak, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdi. Özetle İsviçre Medeni Kanunu, Türkçeye tercüme edildikten sonra bazı küçük değişikliklerle Meclise sevk edildi ve maddeler ayrı ayrı görüşülmeyle topluca görüşüldükten sonra, çok kısa bir sürede kabul edilerek yayımlandı.

Mecliste topluca görüşülmesi kararından ve Adalet Bakanı'nın açıklamalarından anlaşıldığı kadarıyla; zaman kaybını engellemek, konu bütünlüğünün dağılmasını engellemek, Mecliste değerlendirecek olan milletvekillerinin yeterli ilmi ehliyeteye haiz

¹⁸AKİPEK; a.g.e., s. 59.

¹⁹Bazı çeviri ve anlam yanlışları için bak. Ergun ÖZSUNAY; "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanun 50. yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 412.

²⁰Kemal Fikret ARIK; Türk Medeni Hukuku I Genel Prensipler, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1963, s. 208.

olmamaları, kanunu hazırlayan heyete itimat etmelerinin yeterli olması gerektiği ve yapılmakta olan inkılapların kesintiye uğramayıp aynı hızla devam etmesi gibi sebepler etkili olsa da bu durum tepkilere ve itirazlara sebep oldu. Zaman kaybının engellenmek istenmesi anlaşılabilir fakat konu bütünlüğü bozulur veya millet vekilleri yeterli ehliyete haiz değil yada hazırlayan komisyona itimat edilip üzerinde ayrıntılı durulmaması gibi gerekçelerle halkı temsil eden mecliste ayrıntılı tartışılmadan hızlıca ve topluca görüşülüp kabul edilmesi, Millet iradesini esas alan inkılap ruhunun kendisi ile çeliştiği gibi (inkılaplar yapılırken çoğunlukla kanunlar daha ayrıntılı bir şekilde görüşülmüş ve tartışılmıştır) Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt gibi isimlerin etkinliğinden kaynaklandığı gibi eleştirileri de akla getirmektedir. Ayrıca bir kanunun uzun ve ayrıntılı olması onun Mecliste ayrıntılı görüşülmesine engel olmadığı gibi halk iradesinin uygulanabilirliği açısından da sorunlu bir durumdur. Çünkü bu milletvekilleri halk adına halkı yöneten kişilerdir dolayısıyla, milleti temsil hakkına sahip kişiler, millet adına kanun yapma (yasama) hakkına sahiptirler. Milletvekillerinin medeni kanun taslağını bu şekilde, madde madde tartışmamaları bir eksiklik olarak kalmıştır.

3.4. Türk Medeni Kanunu’nun Tamamının İsviçre Medeni Kanunu’ndan Tercüme Olduğu Tartışması

Türkiye’nin Medeni Kanun görüşmeleri sürecinde yabancı bir kanunun kabul edilmesi gündeme geldi. Fakat Türk tarihinde bu ilk değildi. Çünkü daha önce Osmanlı Devleti Avrupa’dan birçok kanun tercüme ederek veya uyarlayarak²¹ hukuk alanında reform ihtiyacını karşılamıştı. XIX. yüzyılın ikinci yarısında Mecelle hazırlanırken bile yabancı bir Medeni Kanunun topluca kabulü Ali Paşa tarafından gündeme getirildiyse de dönemin etkili ismi olan Cevdet Paşa’nın itiraz ve ikna çalışmaları sonucunda reddedildi. Bu anlamda gerek Osmanlı Devleti gerekse Türkiye Cumhuriyeti yabancı bir hukukun kabul edilmesine çok da yabancı değildi. Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili bir örnek verecek olursak; 1924-1925’te çalışan komisyonlar bir taraftan eski kurallara bağlı kalarak bir medeni kanun yapmaya çalışırken, diğer taraftan İsviçre Borçlar Kanunu’nun büyük bir kısmını aynen tercüme etmişti. Bu temeller üzerinde Türkiye’de İsviçre Medeni Kanunu tercüme edilip kabul edildi.

Bir yabancı hukukun benimsenmesinde: Yapısal, kısmi, sentetik ya da eklektik ve toptan benimsemeler olmak üzere dört usul vardır. Türkiye’nin İsviçre Medeni

²¹Birinci bölümde ayrıntılı bilgi verilmiştir.

Kanunu’nu kabul etmesi toptan (reception global) benimsemeye örnektir. Toptan benimsemelerde siyasi etkenler ön planda olmakla birlikte ülkenin sosyal, ekonomik yapısında değişiklik yapmak, çağdaşlaşmak, modernleşmek ve dinsel kurumların etkisinden kurtulmak amacıyla hukuk düzeninin tamamını değiştirmek hedeflenir.²² Türkiye’nin Medeni Kanunu kabulünde de yukarıda sayılan durumun etkisiyle İsviçre Medeni Kanunu tercüme edilmiş ve yasalaşmıştır. “*Yani aşağı yukarı İsviçre Medeni Kanunu tercüme sureti ile kabul edilmiştir.*”²³ denilebilir. Burada, İsviçre Medeni Kanunu’ndan hiç farkı yoktur demek haksızlık olduğu gibi, çok farklıdır demek yanlış olacaktır. Çünkü TMK hem felsefe olarak hem de kanun olarak İMK prensiplerini küçük değişikliklerle almıştır.

Türkiye, yaklaşık bin maddeden oluşan İsviçre Medeni Kanunu’nun 41 maddesini almayarak 937 maddelik bir medeni kanun oluşturmuştur.²⁴ İsviçre Borçlar Kanunu’nun da sadece 10 maddesi alınmamıştır.²⁵ Görüldüğü gibi Türkiye İMK ve İBK’nin çok az kısmını değiştirerek benimsemiştir. Haklı olarak şöyle bir eleştiri akla gelebilir: TMK’nin çok büyük kısmı İMK ile aynıdır, çünkü; “... *Medeni Kanunda evlenme yaşı ve evlilikte mal ayrılığının kanuni rejim olması ile ilgili bir iki istisna dışında çeviri aynen ve tam olarak yapılmıştır.*”²⁶ İfadesi ve ayrıca Adliye Encümeni mazbatasında “*İsviçre Kanunu Medenisinden naklen vücuda getirilen ...*”²⁷ şeklinde bahsedilmesi bu eleştirinin doğruluğunu göstermektedir.

Devrim ve çağdaşlaşma mantığında toplumu kanunlara uydurmak temel amaç olduğu gibi yöntem olarak da en pratik yol tercih edilmiştir. Bu pratiklik şöyle de izah edilebilir: TMK’nin kolayca yapılabilmesi için diğer toplumların bu konudaki çaba ve gelişimlerinden yararlanılmıştır. Türkiye’de yapılan bu toptan (reception global) benimseme bazı konularda büyük kolaylıklar sağlarken örneğin: “*Medeni Kanunun aile hukuku ilişkilerini aile hukuku kitabı içerisinde derli toplu bir halde düzenlemesi ve eskiden fıkıh kitaplarında dağınık bir şekilde düzenlenmiş olan dağınık usule son*

²²ÖZSUNAY; a.g.m., s. 401-402.

²³Kemal T. GÜRSOY; Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara 1964, s. 13.

²⁴Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 159-160’daki tabloya bakılabilir.

²⁵VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku, Cilt II, s. 158.

²⁶GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. XII; Benzer bir açıklama için bak. AKİPEK; a.g.e., s. 33.

²⁷Mustafa DURAL, Özer SELİÇİ; Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, Üniversiteler Yayınevi, İstanbul, 1975, s. 12.

vermesi, başlı başına bir inkılapçılık örneğidir."²⁸ ifadesinde belirtildiği gibi; bazı konularda da ciddi tepkilere sebep olmuştur. Mesela başka bir toplumun hukukunun toptan alınması, zamanla değişip hukuku alınan toplum gibi olmayı sağlayacak bir araç olarak değerlendirilebilir.

Atatürk'ün veya dönemin diğer devrim ruhlu yöneticilerinin anlayışına baktığımız zaman toplumu değiştirip modern/çağdaş, Avrupa tarzında, laik ve her konuda akli esas alan bir toplum oluşturmak gibi zor ve köklü çabalar gerektiren ideallerinin olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla sosyal yaşantıyı şekillendiren en önemli araçlardan birisinin hukuk olması yukarıdaki eleştirinin kısmen haklılığını göstermektedir. Her ne kadar bazı bilim adamları: *"Yabancı bir kanunun iktibas, yabancı hukuku kabul etmek sayılmaz. Çünkü kanun, hukuk hayatının unsurlarından yalnız biridir. Bunun yanında örf ve adet hukuku, mahkeme içtihatlarının koyduğu kaideler, aynı konuda çıkmış özel kanunlar, tüzükler, talimatlar mevcuttur... Daha şimdiden ayrı çığırda bir Türk mahkemeleri içtihadı kurulmuştur."*²⁹ şeklinde düşünseler de, bu iddia, hukukun sosyal yaşam üzerindeki etkisini küçümsediği için eksik bir analiz olarak kalmaktadır. Çünkü belli konularda Anadolu'daki farklı din ve yaşantıya sahip toplumları aynileştirme etki ve özelliğine sahip olan Medeni Hukuk, daha geniş anlamda Türkiye'deki yaşantıyı İsviçre'ye benzetme özelliğine kısmen de olsa sahip olacaktır.

3.5. Yerli Bir Medeni Kanun Yapılamaz mıydı? Eleştirisi

Bir toplumda uygulanacak kanunların o toplumun kendi kültürel birikimi, kendi değerleri üzerine kurulması, kanunların daha anlaşılır, uygulanabilir ve daha kısa zamanda benimsenir olmasını sağlayacaktır. Bunun örneklerini Avrupa hukukunda, Osmanlı Mecellesi'nde görmek mümkündür. Cumhuriyetin ilk yıllarındaki Mecelle tecrübesi, Avrupa ile geliştirilen ilişkiler, yurt içinde ve yurt dışında yetiştirilen hukukçular yerli bir Medeni Kanun hazırlanması için alt yapının hazır olduğu gibi bir kanaatin oluşmasında etkili olsa da olayı bütün yönleriyle değerlendirmek daha doğru olur düşüncesindeyiz. Dolayısıyla şu soruya cevap verilmesi gerekmektedir:

Acaba yerli, ihtiyaca cevap verebilecek bir Medeni Kanun hazırlanamaz mıydı? Cevabın tam anlaşılabilmesi için yukarıda değindiğimiz konudan daha ayrıntılı

²⁸VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku, Cilt II, s. 11.

²⁹ARIK; a.g.e., s. 187.

bahsetmemiz gerekecektir. Şöyleki: Osmanlı yerli kaynaklardan esinlenerek bazı kanunlar hazırladı. Bu çalışmaların sonucunda Osmanlı Mecellesi 7 yıl gibi uzun bir zamanda hazırlanabildi. Uygulanmaya başlandıktan kısa bir süre sonra da ihtiyacı karşılayamaz hale geldi çünkü Mecelle daha çok olaylar üzerinden hareket ederek sonuca varmaya çalışan meseleci bir özelliğe sahipti. Ve mezheplerden etkilenmişti, bu da hakimlerin karar verirken işlerinin çok zorlaşmasına sebep oluyordu. Ayrıca Mecelle İslam kaynaklıydı ve çoğunlukla Gayrimüslimleri kapsamıyordu, bu durum gayri Gayrimüslimler için ayrı bir hukukun uygulanmasına (kapitülasyonlar-azınlık-Konsolosluk mahkemeleri vs.) sebep oluyordu ki bir ülkede farklı hukuk kurallarının uygulanması yani hukukta çeşitlilik söz konusu oluyordu.

İsviçre Medeni Kanunu da alt yapı çalışmalarıyla birlikte yirmi yıldan daha uzun bir zamanda hazırlandı. Avrupa'nın diğer Medeni Kanunları da çok uzun süreler zarfında hazırlanabilmiştir. Yukarıdaki örneklerden de anlaşılabilceği gibi yeni bir Medeni Kanun hazırlamak çok uzun zaman ve çok kapsamlı bir çalışma gerektirmektedir.

Genç Türkiye için İki yol vardı: Yeni bir hukuk oluşturmak veya başka bir devletin/toplumun hukukunu almak. Başka bir toplumun hukukunu almakta iki şekilde olabilirdi ya aynen ya da değiştirilerek alınacaktı. Osmanlının son döneminden itibaren birinci yol denendi, bu amaçla komisyonlar kuruldu, yasama çalışmaları yapıldı, hatta Aile Kanunu gibi bazı kanunlar uygulamaya kondu. Fakat elde edilen kanunlar istenilen sonuç olmadığı için ikinci yola başvurdu. Çünkü genç Cumhuriyetin yöneticilerinin bir an önce diğer inkılaplara geçmek, çağdaşlaşmak (Buna Avrupalılaşmakta diyebiliriz.) gibi hedeflerinin olması, toplumun yaşantısını değiştirerek, Batı tarzı bir sosyal yapı oluşturarak yeni bir toplum oluşturma idealleri vardı. Hukuk bu amaca hizmet edebilecek en önemli araçlardan biriydi, onun için eski değerlere dayalı yerli bir hukuk yerine, tamamen farklı ve istenilen düşünceye hizmet edecek yabancı bir hukukun alınması kararlaştırıldı. Bu durum bazı kesimler tarafından benimsenip hızla uygulanırken, toplumun inkılapları benimsemeyen kesimi tarafından tepkiyle karşılanmış ve kabul edilmek istenmemiştir.

3.6. Medeni Kanunu Hazırlayacak Komisyonun ve Üyelerinin Seçimine Yönelik Eleştiriler

Fransız ve Alman Medeni Kanunlarını, görevlendirilmiş komisyonlar hazırlarken, İsviçre Medeni Kanun Tasarısı'nı tek kişi hazırlamıştır. Bu kanunun birçok özelliğinden dolayı, düzenli bir plana göre hareket edilebilmesi ve mantık silsilesinin devam edebilmesi için başvurulmuş bir yoldur.

Eugen Huber'in hazırladığı İsviçre Medeni Kanun tasarısı dokuz tane hukukçunun yanında her sınıf halkı, her dini, her siyasi partiyi, mahalli menfaatleri ve iktisadi menfaatleri temsil eden 31 üyede dahil 40 kişilik uzmanlar komisyonunun³⁰ incelemeleri sonucu bazı maddeler değiştirildikten sonra Meclis'te kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanununu hazırlayan komisyon bazıları milletvekili, bazıları da mahkeme üyelerinden ve avukatlardan oluşan hukukçulardan meydana gelmiştir.³¹ Bu da beraberinde bazı tartışmalara sebep olmuştur. Çünkü toplumun diğer sınıf ve gruplarını temsil eden uzmanlar da olsaydı tercüme edilecek olan İMK sadece tercüme edilmekle kalınmayacak, her yönüyle tartışılacak ve belki de ortaya çıkacak olan farklı fikirler toplum ve devlet açısından daha faydalı, daha kapsamlı ve daha az hatanın yapıldığı özgün kanunların hazırlanmasını sağlayacaktı.

3.7. Toplumsal Değerlerin Dikkate Alınmaması Tartışması

Hukuk devrimlerinde tartışılan meselelerden biride toplumsal değerler ve yaşantı dikkate alınarak bir Medeni Kanun hazırlanamaz mıydı? Meselesidir. Nitekim Türkiye'de de bunun tartışması yapılmıştır. Osmanlı mirasını devralan Türkiye'de toplumun değerlerine uygun kanun yapmak bir anlamda; din kaidelerinin etkili olması anlamına gelecektir ki, Avrupa tarzı, laik, din ve cinsiyet ayrımı gözetmeyen, Batı tarzı bir sosyal yaşamı temel hedef edinen Cumhuriyet inkılaplarının özüne aykırı bir durumun oluşmasına zemin hazırlayacaktır. Her ne kadar 1923'lerde yerli bir Medeni Kanun oluşturmak amacıyla komisyonlar kurulup çalıştıysa da bu çalışmaların inkılapçı ruh ile çeliştiği daha sonra görülecektir.

Toptan hukuksal benimsemelerde, siyasal etken ağır bastığı için nitelik sorunundan ziyade iktidar sorunu öne çıkar. Yani devrimi biran önce gerçekleştirip çağdaş hukuk düzeyine ulaşmak gibi hedefler gözetildiği için zaman zaman hukuk dışı

³⁰Ferit Hakkı SAYMEN; Türk Medeni Hukuku Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960, s. 31; AKİPEK; a.g.e., s. 32.

³¹TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 86, Gün 17. 2. 1926.

etkenler de rol oynayabilir. Örneğin, İMK ve BK benimsenmesi bu kanunların Türk toplum yapısına daha elverişli olmasından değil Fransa (Code Civil) ve Almanya (BGB) Medeni Kanunlarından daha yeni olmasından kaynaklandığını³² belirtmiştik. Buradan da anlaşıldığı gibi Cumhuriyet inkılaplarının temel amacı bir an önce eski sistem yerine Avrupa tarzı ve aklı esas alan bir sistem kurmaktır.

Avrupa'daki Medeni Kanunlar toplumları açısından muhafazakar bir nitelik taşır. Hazırlanma süreçlerine bakıldığında bu açıkça görülecektir. Örneğin İMK'yi hazırlamada en büyük çabayı sarfeden Prof. Eugen *"Huber, kanun koyucunun kanunu hazırlarken bunun tatbik edileceği sosyal çevrenin gerçeklerini göz önünde tutmak mecburiyetinde olduğunu da biliyordu."*³³ MK alanında Türkiye'yi en çok etkileyen İsviçre eski hukukundan ayrı yeni bir hukuk yapmamış, çünkü yeni kanun Kantonların eski medeni hukuklarını birleştirmiş ve büyük ölçüde muhafaza etmiştir.³⁴ Burada muhafazakarlıktan kastedilen şey Hristiyanlık kurallarına bağlı hukuk değildir. Çünkü İMK'de Hristiyanlığı esas alan uygulama boşanma konusu dışında yok denecek kadar azdır. Şöyle ki: İsviçre'de eşler arasında "belirsiz bir süre ile ayrılığa hükmedilebilir." maddesi Katolik Mezhebinden olanları tatmin etmek için konmuştur.³⁵

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, Türkiye için muhafazakarlığın aksine çok radikal ve devrimci bir nitelik taşıyan İMK'nin kabulünü değerlendirecek olursak eski Medeni Kanunu (Mecelle) güncellemek için kurulan 1923 komisyonları çok ağır çalışıyor ve dini kaidelere bağlı hareket ediyordu (Ahkamı şahsiye komisyonu Kişi ve Miras Hukuku konusunda 16 toplantı yapabildi. Vacibat komisyonu da yaptığı 41 toplantı sonucunda ancak 21 madde kaleme alabildi.) Oysaki inkılapçı kadro, komisyonların çalışmalarını ve tasarılarını yeterince radikal bulmuyordu. Bu arada sosyal şartlar değişmemiş olsa da siyasi şartlar değişmiş, 1924'te Tevhidi Tedrisat Kanunu, Hilafet'in kaldırılması ve Şer'iyye Mahkemelerinin kaldırılması gibi laiklik yolunda önemli adımlar atılmıştı. Değişen bu siyasi şartların etkisiyle, Türkiye'deki toplumsal değerler göz ardı edilerek, en son hazırlanmış olan en mükemmel ve halkçı olduğu kabul edilen İsviçre Medeni Kanunu alındı. Her ne kadar MK'nin toplum tarafından gönüllü olarak alındığı ve MK'nin alınmasıyla *"Türk ulusunun İradesine*

³²ÖZSUNAY; a.g.m., s. 402-403.

³³AKİPEK; a.g.e., s. 32.

³⁴VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 61.

³⁵ARIK; a.g.e., s. 207.

*uygun harekette bulunmuş olacağız.*³⁶ şeklinde gerekçeler belirtilmişse de bunun yöneticilerin isteği olduğu aşıkardır. İnkılaplar bu yönüyle Osmanlı ıslahatlarına benzemektedirler. Çünkü Osmanlı ıslahatları da toplum tarafından talep edilmemiş; yöneticiler tarafından (tepeden inme) toplumun yararına olacağı düşüncesi ile yapılmıştır.

İnkılaplar yapılırken toplum için çok önemli olan dinin dikkate alınmamasının gerekçesini dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt şöyle açıklamıştır: “... *Kanunlar dine müstenit olursa vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlete, muhtelif dinlere salık tebası için ayrı ayrı kanun yapmak icab eder.*”³⁷

Yeni ve radikal kanunlar kabul edilmiş olmakla birlikte bunlar bazı değişikliklerle topluma uyarlanmaya çalışılmıştır. Örneğin: “*Medeni Kanunun sözüne ve ruhuna uygun olmadığı halde imam nikahına dayana birleşmelerin çocuk doğmak şartıyla medeni evlilik olarak tanınması ve bu tür birleşmelerden doğan çocukların tescili için çıkarılan kanunlar.*”³⁸ yeni kabul edilen kanunlar ile eski geleneksel sosyal yaşantının ve kurumların etkileşimini sağlamayı hedeflemiştir.

3.8. Türk Medeni Kanunu’nun Uygulanabilirliği Meselesi

Türk Medeni Kanunu’nun kabulü çeşitli tepkilerin yanı sıra, acaba ne kadar uygulanabilir? Tereddütünü beraberinde getirmiştir. Hatta bazı aydınlar toprak mülkiyeti, miras ve evlenme hususunda fiili durumun kanundan farklı olduğunu belirtmişlerdir.³⁹ Fakat zaman, Medeni Kanunun büyük oranda uygulanabildiğini⁴⁰ ve kabullenildiğini göstermiştir.

Toplum en sert tepkiyi, özellikle kırsal alanlarda, aile hukuku konusundaki yeni düzenlemeye karşı göstermiştir.⁴¹ Bu anlayış MK’nin uygulanmasında bazı güçlüklerle sebep olmuştur. Kadın-erkek eşitliği, miras paylaşımı, genel anlamda kadın hakları konusunda istenen ilerleme tam anlamıyla sağlanamamıştır. Örneğin çok kadınla evlilik konusunda Medeni Kanun büyük oranda bağlayıcı olurken, Miras paylaşımında halen (2013 yılı itibariyle) Anadolu’nun birçok yerinde kadın-erkek eşitliği sağlanamamış ve

³⁶Mahmut Esat BOZKURT; “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?” Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s. 11.

³⁷TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, s. 1-3, Gün 17. 2. 1926.

³⁸GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. XVIII.

³⁹ARIK; a.g.e., s. 183.

⁴⁰Uygulanamayan bazı maddeler için bak. Selahattin Sulhi TEKİNAY; Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970, s. 32.

⁴¹GÜRİZ-BENEDICT; a.g.e., s. XIII.

erkek lehine olan eşitsizlik devam etmiştir. Bu durum dinin toplum üzerindeki etkisi, gelenekler ve yerleşmiş menfaat anlayışı ile açıklanabileceği gibi aynı zamanda İslamiyet ile Türk Medeni Hukukun çelişmesine de önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Kadın-erkek eşitliğini savunan Türk Medeni Kanunu, toplumun yaşantısı örf ve adetlerinin etkisiyle de olsa, bazı noktalarda, o günün şartlarında zorunlu olarak, kendisi ile çelişmiştir. Örneğin, “*Karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir.*”⁴² maddesi kadının haklarını kısıtladığı gibi çalışma ve iş hayatı konusunda erkeğin egemenliğini kabul etmiştir. Bunun dışında, ailenin babanın soyadını taşıma zorunluluğu, evlilikte başkanlığın olması ve bunun kocada olması,⁴³ velayet hakkında kocanın üstünlüğü gibi kabullerde çelişkili duruma örnektir. Yukarıdaki kanaatimizden farklı olarak Velidedeoğlu bu durumu; “... *Sırf evlilik birliğinin düzgün işlemesi için ve erkeğin hayatta daha tecrübeli ve daha kuvvetli olduğu düşünülerek konulmuş olan bu farklar, aile hukukunun ruhunu teşkil eden kadın-erkek eşitliği esasını ortadan kaldıracak bir önem ve genişlik taşımamaktadır.*”⁴⁴ şeklinde değerlendirmektedir.

TMK herkesin anlayabileceği kısa ve açık maddelerden oluştuğu için halkçı bir özelliğe sahip olmuştur. Bu da uygulanmasını kolaylaştırmıştır.

Orta/yeniçağda Avrupa’da ve dünyanın birçok yerinde olduğu gibi Osmanlıda da hukuk birliği yoktu. Gayrimüslimlere (Hristiyan- Musevi) ayrı hukuklar uygulandığı için hukuk birliği sağlanamıyordu. Fakat yeni medeni kanunun uygulanması ile birlikte hukuk birliği sağladı. Bu durum ulusal birliğin sağlanması açısından da önemli kabul edilebilir.

MK’nin ilginç özelliklerinden birisi de “Kanunu Medenin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbıkı Hakkında Kanun” un birinci maddesinde belirtildiği gibi TMK’nin yürürlüğe girdiği tarihten önceki davalar/yaşanmış olaylar TMK’den önceki kanunlara tabidir. Bu durum kısa sürede olsa hukukta ikililiğe sebep olmuş, bununla birlikte yeni hukuka geçiş sürecini kolaylaştırmak gibi olumlu bir sonucu da doğurmuştur.

⁴²ATAAY; a.g.m., s. 72.

⁴³Bu durum İslam dininin etkisiyle gelenek haline gelen toplumsal yaşantının ve kadının sosyal yaşamda pasif durumda olmasının sonucu olarak algılanabilir.

⁴⁴VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt II, s. 12.

3.9. Lozan Antlaşması'nda Medeni Kanunla İlgili Taviz ve Taahhüt Verildiği Tartışması

1922'de başlayan Lozan Antlaşmasında Batılı Devletler kapitülasyonların kaldırılarak, Türkiye'de yaşayan yabancılara Türkiye'deki mevcut hukukun uygulanmasına karşı çıktılar. Yani bir anlamda azınlıkların hukuken devlet içinde devlet olma statülerini devam ettirmek istiyorlardı. Bunun için; "Türkiye'de İslam kanunlarının yürürlükte olduğunu, halbuki fıkha göre de İslam kanunlarının yalnız Müslümanlara uygulanacağını ileri sürüyorlardı." Türkiye ise Lozan'da; "Osmanlı döneminde kanunların ve mahkeme sisteminin modernleştirildiğini, din esasına göre değil, vatandaşlık esasına göre düzenlendiğini açıklıyordu, dolayısıyla vatandaşlar ve ülkedeki yabancılar dinleri, ırkları ne olursa olsun aynı kanuna, devletin hukuk sistemine tabi olacaktıdır."⁴⁵

İsmet Paşa Lozan'da Türk Medeni Kanununun dini ya da teokratik niteliği olmadığını anlatmaya çalışmış, Türk kanunu ile başka ülkelerin medeni kanunları arasında, temel ilkeler ve kurallar bakımından önemli bir fark olmadığını savunmuştur.⁴⁶

Dışişleri Bakanı İsmet Paşa Lozan'da hukuki kapitülasyonları kaldırabilmek amacıyla Osmanlı Hukukunun modernleştiğini ve laikleştiğini belirterek, Avrupa'dan alınan Ticaret, Ceza, Usul Kanunlarını sayarak, Osmanlıdaki Aile Hukuku kararnamesini göstermiş, bu kanunların ve anlayışın etkisiyle azınlıkların da kanun tarafından korunacağını ispatlamaya çalışmıştır. Türkiye'nin uluslararası alanda haklarını korumaya yönelik bir taktik ve çaba olan bu savunmanın doğruluk payı da vardır. Çünkü: "*Cumhuriyet, Osmanlıdan eksiklikleri olan ama kayda değer düzeyde modernleşmiş bir hukuk mirasını devralmıştır.*"⁴⁷

Dışişleri Bakanı ve baş delege İsmet Paşa Lozan görüşmelerinin devamında kapitülasyonlara dayalı olarak çalışan mahkemelerin keyfi ve adaletsiz karar örneklerini gösterdi. Başbakan Hüseyin Rauf Orbay İnönü'ye gönderdiği telgrafta Türkiye'nin kanunlarının asrın ihtiyaçlarına göre yenileneceğini, dolayısıyla ülkede yaşayan yabancıların da ülkenin kanunlarına tabii olacağını, yabancıların Türkiye'nin hukuk işleyişine müdahale ettirilmeyeceğini, ihtiyaç olursa yabancı uzmanlardan faydalanılabileceğini belirtmiştir. İsmet Paşa 29 Aralık 1922 tarihli İstanbul'a

⁴⁵Taha AKYOL; Atatürk'ün İhtilal Hukuku, 1. baskı, Doğan Kitap, İstanbul 2012, s. 280.

⁴⁶AKYOL; a.g.e., s. 281.

⁴⁷AKYOL; a.g.e., s. 281- 282.

gönderdiği raporunda adli konuda herhangi bir fedakarlık yapılacaksa bunun belirlenerek kendisine bildirilmesini istedi. Devamında eğer biz anlaşmadan sonra adliye teşkilatının düzeltilmesi için Avrupa'dan dört beş müşavir getirecek isek onları şimdiden memleketimize getirmeliyiz. Barış olsa da olmasa da bu ihtiyacımızı karşılamaya çalışmış oluruz ve diğer taraftan dünyanın gözü önünde fiili teminat yerine geçer. Beş sene müddetle bu kontratı ben burada şimdiden yaparım. Fakat bunu kesinlikle anlaşmaya koydurmam. Şeklindeki açıklamasından itilafların hukukçu danışman gönderme taleplerini anlıyoruz. Başbakan Hüseyin Rauf Orbay 1 Ocak 1923'te İsmet Paşa'ya, adli müşavirlerle ilgili sözleşme yapmaya yetkili kılındığı konusunda Meclisin ve Heyeti Vekilenin kararını bildirmiştir.⁴⁸

1922-1923 Lozan görüşmeleri sırasında Avrupalı devletler Türkiye'ye hukukun işleyişi konusunda baskı yaparak hem hukuki kapitülasyonlar hem de diğer konularda önemli tavizler talep ettiler, bunun üzerine konferans kesildi. Bu arada Ankara'da kapitülasyonların kaldırılmasıyla azınlıklara nasıl bir hukuk uygulanacağı meselesi konuşulmaya başlandı. Bu tartışmalarda yeni bir kanun kabul edilene kadar azınlıkların eski adetlerine uyması fikri öne çıktı.

Lozan görüşmeleri tekrar başladı, 1920 Misakı Milli'de kararlaştırıldığı gibi kapitülasyonların kaldırılması kabul edildi, fakat hukuk alanında yapılacak yeniliklerde yeni ve farklı bir uygulamaya da zemin hazırlandı.

İtilaf Devletleri kapitülasyonların kaldırılmasını kabul ederken azınlıkların haklarını korumaya çalışmış ve bu amaçla Lozan Antlaşması'nın 38 ila 44. maddeleri arasındaki maddelerini Türkiye'nin kendi kanunlarının üstünde temel yasalar olarak kabul ettirmişlerdir. Türkiye Lozan'ın 39. maddesiyle Türkiye'de Müslüman olsun olmasın tüm halkın kanun önünde eşit olduğu, Müslüman olmayan azınlıkların da medeni ve siyasal haklardan yararlanacaklarını kabul etmiştir.⁴⁹

Türkiye'yi temsil eden heyet Lozan Antlaşması'nın Adalet Yönetimi (İdarei Adliye Beyannamesi) kısmında şöyle bir açıklama yaparak, ilgili kısmı imzalamıştır: *“TBMM Hükümetinin, yabancılara Türk mahkemelerinde iyi bir adalet sağlamayı her bakımdan güvence altına almayı ve egemenliğini tümüyle kullanarak, hiçbir yabancı müdahalesi olmaksızın adaletin yerine getirilmesine ehil bulunduğu... TBMM*

⁴⁸Gülnihal BOZKURT; Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2010, s. 176-177.

⁴⁹İsmail SOYSAL; Türkiye'nin Siyasal Anlaşmaları, I. Cilt (1920-1945), 3.baskı, TTK, Ankara 2000, s. 103.

*Hükümetinin görevlerde ve uygarlıktaki gelişmenin haklı kılacağı bütün reformları gerçekleştirmek için araştırma ve incelemelere girişmeye de aynı ölçüde hazır olduğu...*⁵⁰ ve *“Türkiye Hükümeti, 1914-1918 savaşına katılmamış olan ülkeler uyruğu hukukçulardan oluşmak üzere, Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanınca düzenlenecek çizelge içinden seçeceği Avrupalı Hukuk Danışmanlarını, 5 yıldan az olmamak üzere, gerekli göreceği bir süre için, Türkiye memuru olarak ve gecikmeksizin hizmetine almak niyetindedir... Bu danışmanlar yasaları hazırlamakla görevli komisyonların çalışmalarına katılacaklar ve Yargıçların görevlerine karışmaksızın, Türkiye Hukuk, Ticaret ve Ceza Mahkemelerinin işlerini yürütme biçimini izlemek ve Adalet Bakanı’na gerekli görecekları tüm raporları sunmakla görevli olacaklardır.”*⁵¹ Bu gelişmeler çerçevesinde imzalanan Lozan Antlaşması 1924’te II. TBMM’de onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu gelişmelerle birlikte bazı eleştiriler de gündeme gelmiştir. Bir taraftan Türkiye Cumhuriyeti’nin Lozan’da kapitülasyonlar ile ilgili tutumu ve savunduğu tezler, bu tezlerin sonraki uygulamalarla çeliştiği iddiası; öte taraftan Lozan’da vaatle bulunularak Medeni Hukuk’ta değişiklik yapma sözü verildiği iddiasıdır. Örneğin Lozan’da Türk baş temsilcisi İsmet İnönü, Lozan görüşmeleri boyunca Osmanlı Medeni Kanunu’nun modernliğini ve ihtiyaçlara cevap verebilen laik bir kanun olduğunu ispatlamaya çalışmış. Fakat kısa bir süre sonra Osmanlıdan kalan bu kanunlar kaldırılarak yeni kanunlar benimsenmiştir. Ortada bir çelişki olduğu doğrudur, fakat bunun sebebi savunulan tezlerin Lozan görüşmeleri sırasında yabancı baskısını azaltmak için bir taktik olarak kullanılmak istenmesi ve Osmanlı kanunlarının bir kısmının devrimlerden sonra da Türkiye tarafından kullanılacak kadar modern olmasıdır. Nitekim bu tezler sonucunda kapitülasyonların kaldırılması kabul ettirilmiştir.

Diğer bir eleştiri konusu da Türkiye’nin hukuk devrimlerinin Lozan’da verilen taahhütlere dayandığı meselesidir. Türkiye’nin hukuk devrimlerinde yabancıların etkisinin olduğu kesindir. Çünkü imzalanan belgeden anlaşıldığı gibi Türkiye, hukuki yeniliklerinde yabancı danışmanlardan⁵² faydalanacak ve bunların çalışma süresi 5 yıldan az olmamak şartıyla Türkiye tarafından belirlenecektir. Danışmanların

⁵⁰G. BOZKURT; a.g.e., s. 179.

⁵¹SOYSAL; a.g.e., s. 202.

⁵²İsviçreli Sauser Hall (VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku Cilt I, s. 87.), Alman Piriç (M. E. BOZKURT; “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, s. 19.) bilinen yabancı danışmanlardır.

mahkemeler üzerinde denetim yetkisi olmayacak, kanunları hazırlayan komisyonların çalışmalarına katılacaklar ve hukukun işleyişini takip ederek gördükleri aksaklıkları Adalet Bakanlığı'na rapor olarak sunacaklardır. Görüldüğü gibi bu yabancı uzmanların hukuka ve yürütmeye müdahale hakları yok sadece yasama sürecinde komisyonlarda görev yapabilecekler. Yani dolaylı ve yönlendirici bir etkiye sahiptirler. Ayrıca Türk hükümetlerin raporlarla gelen önerileri kabul edip etmemesi kendi iradesine bağlı olacaktır.

Lozan Antlaşması'nda, Türkiye'deki azınlık haklarının uygulanmasının denetimi için Milletler Cemiyeti'nin -yetkileri kısıtlanmış olan- bir temsilci ataması kabul edildi. (Atama Türk Hükümeti ile birlikte yapılacak). Bu da bağımsızlık açısından sorun olarak görülebilecek bir durumdur. Türkiye'nin 1926'da Medeni Kanunu kabul etmesiyle yabancı adli müşavirler ve hakem, kanuni dayanağını kaybederek işlevsiz hale geldi.⁵³ Fakat Sauser Hall, Ernst E. Hirsch gibi önemli hukukçuların çalışmalarına bakıldığında, yabancı uzmanların 1926'dan sonra zorunlu danışman olarak değil, hukuk uzmanı olarak Türkiye'de çalışmaya devam ettiğini görüyoruz.

⁵³ AKYOL; a.g.e., s. 285.

SONUÇ

Araştırmamızda 1926 yılında kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilme sürecini, kabul edilme şeklini, olumlu etkilerini ve dikkate alınmayan veya ihmal edilen yönlerini kronolojik sıra takip ederek, ayrıntılı bir şekilde değerlendirerek ortaya koymaya çalıştık. Sadece olayın tarihi sürecini incelerken, Hukuk biliminin kapsamı dahilinde olan konulara değinmemeye gayret ettik. Çalışmamızla Medeni Kanunun kabulünün her yönünün araştırılıp ortaya konduğu gibi bir durum anlaşılmamalıdır. Çalışmamız bu konuda yapılacak araştırmalar için sadece bir giriş mahiyetindedir.

Çalışmamızda Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı bir medeni kanun benimsemede ilk örnek olmadığını gördük. Çünkü Osmanlı Devleti 1720 yıllarından itibaren Avrupa'dan etkilenmeye başladı ve birçok yeniliği de Avrupa'dan aldı. Özellikle 1840 yıllarından sonra hukuk alanında da Avrupa'yı örnek almaya başladı. Batıdan Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, Arazi Kanunu gibi kanunlar alındı. Bu kanunlaşma sürecinde bir şey dikkatimizi çekti; Osmanlı Devleti toplumla ve kültürle alakalı konulardan çok idari ve siyasi düzenle alakalı konularda Batıyı dikkate almıştır. Yapılan bu değişikliklerin Avrupa ile ilişkileri geliştirdiğini ve yakınlaşmayı sağladığını da gördük.

Osmanlı Devleti'nin giriştiği hukuk iktibasları ve Osmanlı aydınlarının faaliyetleri Cumhuriyet Dönemindeki kanun iktibaslarına zemin hazırladı. Çünkü 19. yy'ın sonlarında Osmanlı siyasi anlayışı Avrupa'da eğitim görmüş öğrenci/aydınların etkisiyle değişmeye başladı. Artık Padişah'ın yanında Meclis yönetimi olduğu gibi, insanların gelişmeleri takip edebileceği gazeteler yayınlanmaya başlandı. Bu gazetelerde birçok yazar ve aydın kültürü eleştiren, Avrupa tarzı yaşamı öneren, kimi zaman İslam dinini eleştiren yazılar yazmaya başladılar ve bunlar toplum üzerinde önemli bir etki bırakarak toplumun siyasi anlayışını etkiledi. Zamanla Ümmetçilik anlayışının yanında Türkçülük, Milliyetçilik ve Batıcılık da yaygınlaştı. Bu fikir akımlarının beraberinde yeni yaşam anlayışları ve yeni hukuk anlayışları getirdiğini gördük.

Osmanlı aydınları Batıdan kanun almayı tartışmaya başladılar. Bu da daha önce hiç tartışılmayan veya sorgulanmayan kurumların tartışılmasına ve sorgulanmasına zemin hazırladı. Bu kurumların en önemlileri padişahlık ve dindir. Nitekim daha Osmanlı kanun iktibasları döneminde padişahlık otoritesi ve dinin uygulanma şekli

sorgulanmaya başlandı, bunun sonucunda oluşan durumun etkisiyle Batıdan birçok kanun alınabildi.

Batı ülkeleri ile sosyal ilişkilerini geliştiren Osmanlı Devleti zaman zaman Avrupa hukukundan da faydalandı. Kabul edilen arazi kanunu, ceza kanunu, ticaret kanunu bunun en önemli örnekleridir. 1850’li yıllarda başlayan hukuk iktibasından sonraki 40 yıl boyunca devam etti. Buradan anlaşıldığı gibi Osmanlı devleti sorunlarına çözüm ararken -Hristiyan da olsa- diğer toplumlardan faydalanmaya çalışmış, onların hukukunu almak gibi ileri düzey bir harekete girişmiştir. Osmanlının katı bir tutuculuk anlayışına sahip olmadığı kanaatine varmamızı sağlaması açısından önemli olan bu durum sonraki dönemde de devam etti.

Mecelle’nin hazırlanması sürecinde ortaya atılan ve Ali Paşa’nın savunduğu “Fransız Medeni Kanununu kabul etme” fikri Osmanlı aydınları arasında önemli tartışmalara sebep olmuş, fakat kabul edilmemiştir. Bu düşünce amacına ulaşmasa da Osmanlı’da aydınların ve toplumun herhangi bir meseleyi bilimsellik ve hoşgörü çerçevesinde konuşabildiğini ve tartışabildiğini göstermiştir. Kültür ve medeniyetin birikimle oluştuğunu düşündüğümüzde, bu olumlu gelişmeler ileride aynı toplum ve kültür üzerinde kurulacak olan Türkiye Cumhuriyeti’nin gelişimine katkıda bulunduğu, özellikle demokratik anlayışın ülkede ve toplumda yerleşmesinde etkili olduğu sonucuna varmamızı sağladı.

Batı tarzı hayat anlayışına sahip aydınların faaliyetleri sonucu Osmanlı Devletinde 1914’lü yıllarda Batı Hukukunu benimseme önerileri yapıldı. Birinci Dünya Savaşının ardından yaşanan uzun ve yıpratıcı kurtuluş savaşında öne çıkan Mustafa Kemal gibi liderler yıkılmakta olan Osmanlının yerine, yeni ve farklı bir devlet inşa etmeye başladılar. Bu yeni devlet siyasi alanda olduğu gibi, Hukuki alanda da farklı bir yola girdi. 1922-1924 yıllarında kurulan komisyonlar hukukta iyileştirme yolunu denedi. Fakat istenilen sonuç alınamadı. Tabi burada ne istendiğini sorguladığımızda, Dönemin yöneticilerinin fıkıh esaslarına dayalı bir kanun istemediklerini, modern ve çağdaş kanunlar istediğini, fakat dönemin şartları müsait olmadığı için bunu açıkça dile getiremediklerini gördük. Bu komisyonlarda yapılan kanunların kısmen fıkıh esaslarına dayandığı için ve düşünülen modern sistemi hedeflemediği için kabul görmediğini ve yeni kanunlar benimsenmek istendiğini gördük.

Yeni bir Medeni Kanuna ihtiyaç olduğu kesindi, çünkü Osmanlı toplumsal anlamda çok önemli bir eşiğe gelmişti. Devlet mekanizmasının buna bir an önce çözüm

bulması gerekiyordu. Ya devlet çok sistematik bir tarzla ve çok uzun zaman zarfında toplumsal sorunlara çözüm bulacaktı. Ya da daha farklı bir yol bulunacaktı. Bu sorun bir an önce yeni bir kanun yapma zorunluluğunu beraberinde getirdi. Yani şartlar dönemin yöneticilerini bir hukuk devrimine zorlamıştı denilebilir.

1925'te yapılmakta olan devrimlerin ruhuna uygun ve eskisinden tamamen farklı, kaynaklarını dinden almayan Batı tarzı bir hukukun kabul edilmesi kararlaştırıldı. Bu amaçla sadece hukukçulardan oluşan komisyonlar kuruldu ve çalışmalara başlandı. İsviçre Medeni Kanunu Fransızca metninden Türkçeye tercüme edilerek, TBMM'deki kısa görüşmelerden sonra kabul edildi ve uygulanmaya başlandı.

Yeni ve devrimci bir siyasi oluşumun varlığını devam ettirebilmesi, dayandığı temellerin sağlamlığı ve inkılaplarının uygulanılabilirliği ile olabilirdi. Türkiye Cumhuriyeti de varlığını kabul ettirebilmek ve devam ettirebilmek istiyordu. Bunun için Batılı ülkelerin, insan aklının ürünü olan, kanunlarını benimseme yoluyla toplumun sorunlarını gidermeye ve hakimiyetini güçlendirmeye çalıştı. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun toplumsal sorunları kısa zamanda çözmek amacıyla tedbir mahiyetinde bir devrim olduğunu gördük.

Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilmesiyle Türkiye'nin vatandaşı olan herkes bu kanuna uymak zorunda kaldı. Bu da hukukta eşitlik ve birlikteliğin sağlanmasına zemin hazırlamış oldu. Osmanlı döneminde olduğu gibi artık diğer devletler gayri Müslimlerin haklarını bahane ederek devletin işlerine müdahale edemeyecek böylece devlet egemenlik ve bağımsızlık haklarını daha rahat bir şekilde kullanabilecekti. Ayrıca azınlıklar ile Türk toplumu arasındaki farkların bir kısmı da ortadan kaldırıldığı için yaşantı benzerliğine dolayısıyla kültürel birlikteliğe zemin hazırlanmış olduğu sonucuna vardık.

Türk Medeni Kanununun kabul edilmesiyle Türkiye sınırları içerisinde aynı medeni kanunlar geçerli olacağı için hukukun işleyişi de kolaylaşmış oldu. Farklı mahkemelere ihtiyaç kalmadan hukukun uygulanması sağlandı.

Türkiye Cumhuriyeti kuruluşundan itibaren yeni ve farklı ilkelere dayalı bir yönetim ve toplum anlayışı oluşturmaya çalıştı. Bu anlayıştan dolayı topluma yönelik inkılaplar çok önemliydi. Topluma verilmek istenen yeni şekil ile toplumun mevcut durumu karşılaştırıldığında çok büyük farklılık olduğu görülmektedir. Fakat bu farklılığa rağmen Türk Medeni Kanununun kabulü sürecinde yumuşak bir geçiş sağlanmış bu da toplum tarafından kabulünü kolaylaştırmıştır. Çünkü önce yerli

kanunlar yapılmak istenmiş bundan olumlu bir sonuç alınmayınca başka bir toplumun kanunlarını tercüme yoluyla alma kararı verilmiştir. Bu durum sosyal ihtiyaçları karşılamak amacıyla inkılap yapılırken belli bir düzen ve plan olduğu kanaatine varmamızı sağladı.

Yeni bir Medeni Kanunun kabul edilmesinin en önemli sonuçlarından olan toplumdaki yerleşik anlayışlarda köklü değişiklikler yapma düşüncesinin Türk Medeni Kanunuyla amacına ulaştığını görüyoruz. Çünkü eski toplumdan farklı olarak artık kadın sosyal hayatta daha aktif olabilecek, herhangi bir meslekte çalışabileceği için toplumun ekonomik işleyişine etki edebilecek, miras paylaşımında erkeklerle aynı haklara sahip olacaktı. Bütün bu gelişmeler toplumun bir kesimini olumlu etkilerken, hakim sınıf olan erkeğin hakimiyet alanını daralttığı için zaman zaman tepkiyle karşılanmış bu da uygulanmasını geciktirmiş ve yavaşlatmıştır.

Yeni bir Medeni Kanunun kabul edilmesiyle önemli kazanımlar elde edilmiştir. Örneğin toplumda var olan evlilik şekli, miras paylaşımı... gibi sorunların bir an önce çözülmesine, devrim enerjisinin diğer inkılaplara harcanmasına, azınlıkların toplumda farklı bir grup olarak görünmesi yerine toplumda bir bütünün parçası şeklinde algılanabilmesine, azınlık bahanesiyle dış müdahalenin fiilen de engellenmesine, toplumun hedeflenen amaca doğru yönlendirilebilmesine ve topluma istenilen şeklin verilebilmesine zemin hazırlanmıştır. O dönemin şartlarında bu kazanımlarla birlikte bazı olumsuzluklar veya ihtimallerde dikkat çekmektedir. Bunlar; yeni kanunun toplum tarafından kabul görmeme veya tepki görme ihtimali, toplumun var olan değerlerinden uzaklaşmasından dolayı kültürel anlamda bir boşlukta kalabileceği dolayısıyla yeni değerlerin benimsenmesi ve eski değerlerin terkedilmesi sürecinde toplumsal bazı sendelemelerin olabileceği düşüncesidir. Fakat araştırma konumuzun dışına çıkarak Türk Medeni Kanununun uygulanma sürecine baktığımızda, resmi nikah ve miras paylaşımı gibi bazı konular dışında genel olarak uygulandığını ve büyük bir toplumsal tepkiyle karşılaşmadığını gördük.

Araştırmamızda vardığımız önemli sonuçlardan biri de şudur ki; Türk Medeni Kanunu sosyal içerikli bir kanun olmasına rağmen kabul edilirken daha çok siyasetçilerin ve dönemin yöneticilerinin etkili olduğu bir yol izlenmiş ve kabul sürecinde toplum etkin olmamıştır. Bu durum yaşanan günün koşulları, teknolojik imkanların toplumdan kısa sürede dönüt alabilecek düzeyde olmaması ve ulaşım imkanlarının yanında o dönem hakim olan devrim anlayışıyla alakalıdır. Nitekim

toplumun görüşünü alabilmek için kullanılan etkin bir yol yoktu. Fakat toplum adına seçilmiş olan temsilciler konusunda iki olumsuzluk dikkatimizi çekti. Birincisi Milleti temsil eden TBMM’de Türk Medeni Kanununu kabul etme süreci her yönüyle ve ayrıntılı tartışılmayıp, maddelerin topluca görüşülmesi ve Kanunun eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilememesi, ikincisi de Türk Medeni Kanunu kabul eden komisyonun sadece hukukçulardan oluşmasından dolayı, kanunun sosyolojik, ekonomik vs yönlerinin tam değerlendirilmemiş olmasıdır.

Sonuç olarak siyasi ve toplumsal açıdan büyük riskler göze alınarak hazırlanan Medeni Kanunu için uygulanılabilirlik endişeleri de yaşanmıştır. Bu endişelerin haklılığı zamanla görülecektir. Çünkü; toplumun bazı kesimlerinde eleştirel karşılanmış olan Medeni Kanun’un aile ve mirasla ilgili bazı bölümleri aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen tam olarak uygulanamamıştır. Bütün bu olumsuzluklara rağmen siyasi otoritenin planlı ve bilinçli hareketi sonucu zor değişikliklerin bile toplum tarafından benimseneceğini gösteren bir inkılap olması açısından önemlidir.

BİBLİYOGRAFYA

TBMM ZABIT CERİDELERİ

- TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 9, Gün 31. 3. 1337 (1921).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 18, Gün 1. 3. 1338 (1922).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: I, Cilt: 28, Gün 1. 3. 1339 (1923).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 4, Gün 15 Kanunu evvel 1339 (1923).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 6, s. 329-335, Gün; 25. 2. 1340 (1924).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 7, Gün 3. 3. 1340 (1924).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 8, Gün 8. 4. 1340 (1924).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 19, Gün 1 Teşrinisani(11) 1341 (1925).
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 22, Gün 17. 2. 1926.
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 23, Gün 1. 3. 1926.
 TBMM ZABIT CERİDESİ, Devre: II, Cilt: 24, Gün 22. 4. 1926.

TEDKİK ESERLER

- AKİPEK, Jale G.; **Türk Medeni Hukuku I. Cilt I. Cüz**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- AKYOL, Taha; **Atatürk'ün İhtilal Hukuku**, 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul 2012.
- ANSAY, Sabri Şakir; **İslam Hukuku**, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1946.
- ANSAY, Sabri Şakir; **Medeni Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuzla Bir Nazar (Hukuk İnkılabımızı Aydınlatan Tarihi-Teşrii Vesikalar)**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952.
- ARIK, Kemal Fikret; “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, **SBFD**, Sayı; 1, 1963.
- ARIK, Kemal Fikret; **Türk Medeni Hukuku I**, Genel Prensipler, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1963.
- ATAAY, Aytekin; “Neden İsviçre Medeni Kanunu (İsviçre Medeni Kanununun Türkiye Tarafından İktibası Nedenleri)”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, **Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu I. Tebliğler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

- ATAAY, Aytekin; **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- BARAN, Fikret; **Atatürk Devrimleri İçinde Türk Medeni Kanunu'nun Yeri ve Önemi**, (Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Elazığ 1999.
- BAŞGİL, Ali Fuat; **Esas Teşkilat Hukuku Cilt I**, İstanbul 1960.
- BERKES, Niyazi; **Türkiye'de Çağdaşlaşma** (Yayına Hazırlayan; Ahmet KUYAŞ), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.
- BOZKURT, Gülnihal; **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (1839-1939)**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2010.
- BOZKURT, Mahmut Esat; "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?" **Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin**, Kenan Matbaası, İstanbul 1944.
- BOZKURT, Mahmut Esat; **Atatürk İhtilali I**, Yeni Gün Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Cevdet Paşa, **Tezahir 1-12**, Yayınlayan; Cavid BAYSUN, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991.
- CİN, Halil; **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 341, Ankara 1974.
- DURAL, Mustafa; SELİÇİ Özer; **Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu**, Üniversiteliler Yayınevi, İstanbul 1975.
- EDİS, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Dersleri**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.
- ERGÜZELOĞLU KİLİM, Esra; **Türkiye'de Adalet Yönetimi**, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi), Ankara 2009.
- FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri; "Medeni Kanunumuz Etrafında Bazı Sosyolojik Meseleler", **SBFD**, Sayı; 1, 1958.
- GOTTHARD Jaschke; **Yeni Türkiye'de İslamlık** (Türkçesi: Hayrullah ÖRS), Bilgi Yayınevi, 1. Basım, Ankara 1972.
- GÜRİZ, Adnan; BENEDICT, Peter; **Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler**, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, Ankara 1974.
- GÜRSOY, Kemal T.; **Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara 1964.

- İMRE, Zahit; **Mendi Hukuka Giriş**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1705, İstanbul 1971.
- KARAL, Enver Ziya; **Büyük Osmanlı Tarihi, Cilt III**, Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- KARAL, Enver Ziya; **Büyük Osmanlı Tarihi, Cilt IV**, Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- KARAMAN, Hayrettin; **Mukayeseli İslam Hukuku Cilt 1**, Nesil Yayınları, İstanbul 1991.
- KİLİ, Suna; **Türk Devrim Tarihi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009.
- MENTEŞ, Cevdet; “Açılış Konuşması”, **Medeni Kanun’un 50. Yılı**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.
- OĞUZMAN, M. Kemal; **Medeni Hukuk Dersleri**, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1975.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit; **Medeni Hukuk Dersleri I**, Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara 1941.
- ÖZSUNAY, Ergun; “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi”, **Medeni Kanun 50. yıl Sempozyumu, I. Tebliğler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- SAYMEN, Ferit Hakkı; **Türk Medeni Hukuku Cilt I**, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960.
- SOYSAL, İsmail; **Türkiye’nin Siyasal Anlaşmaları I. Cilt (1920-1945)**, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2000.
- SUNGURBEY, İsmet; **Medeni Hukuk Eleştirileri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1884, İstanbul 1963.
- TANÖR, Bülent; **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 14. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970.
- ÜÇOK, Coşkun; “Hukuk Devriminin Nedenleri”, **BELLE TEN** Cilt: III, S: 204 (Kasım 1988), Ankara 1988.
- ÜÇOK, Coşkun; MUMCU, Ahmet; BOZKURT, Gülnihal; **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2002.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet; **Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat** (Tanzimatın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetile Neşredilen Kitaptan Alınmış Ayrı Baskı), Maarif Matbaası, İstanbul 1940.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; **Türk Medeni Hukuku, Cilt I- Cüz 1 Umumi Esaslar**, Sermet Matbaası, İstanbul 1968.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; **Türk Medeni Hukuku, Cilt II Aile Hukuku**, İstanbul 1965.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; **Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, Cilt 3 Terim ve Sözcükler Kılavuzu**, Ankara 1975.

ÖZGEÇMİŞ

30.10.1980 tarihinde Pertek'te doğdum. İlkokul eğitimimi 27 Mayıs İlkokulunda, Ortaokul ve Lise eğitimimi Pertek Mustafa Kemal Lisesinde aldım. 1998 yılında Atatürk Üniversitesi Fen- Edebiyat Fakültesi tarih Bölümüne başladım ve 2002 yılında mezun oldum. Aynı yıl Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Tezsiz Yüksek Lisans eğitimime başladım ve 2004'te tamamladım. 2003-2006 yıllarında MEB bağlı çeşitli özel eğitim kurumlarında, 2008-2011 yıllarında MEB'de öğretmen olarak çalıştım. 2011 yılından itibaren Bingöl Üniversitesinde İnkılap Tarihi okutmanı olarak görev yapmaktayım ve 2011 yılında Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı'nın Cumhuriyet Tarihi alanında yüksek lisansa başladım.

Erhan TAŞ