

TÜRK BATILILAŞMASINDA MEDENİ KANUN'UN ÖNEMİ

*Dr. Nilüfer UĞURLU ŞENEL**

Sosyal hayatı düzenleyen ve kamu kudreti tarafından bir müeyyideye bağlanarak desteklenen kurallar bütünü olan hukuk¹, aynı zamanda uygulandığı toplumun medeniyet derecesinin de bir göstergesidir. Hukuk, bir toplumun tarihi yaşanmışlıklarının ve gerekliliklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkabileceği gibi (tarihi hukuk kuramı), akıl yolu ile bulunmuş bir kurallar manzumesi de olabilir (tabii hukuk kuramı). İkinci durumda hukuk, toplumlar üstü bir anlayışla ele alınır. Bu hukuk anlayışında, toplumun hukuku değil, hukukun toplumu etkilemesi söz konusudur. Batılılaşma çabası içine giren doğulu toplumlarda, üstün yada evrensel hukuk kuramlarına dayanılarak yapılan kanunlaştırmalar, aynı zamanda, toplumu batılılaşma hedefi doğrultusunda yeniden düzenleyen ve yönlendiren, yapıcı yada araçsal bir işleve sahiptirler.

Bu bağlamda, Türk batılılaşma hareketi içinde yapılan hukuki reformlara bakıldığında, son Türk inkılabının özel bir yeri vardır. Bu dönemde, Osmanlı devrinden itibaren gelen kısmi batılılaşma ve bunun sonucunda ortaya çıkan düalizm sona erdirilerek, topyekün batılılaşma savunulmuş ve eski hukuk sistemi ve zihniyeti reddedilmiştir. Bunun yerine ise tamamen farklı bir medeniyet ve kültür köklerine sahip olan batılı kanunlar getirilirken ise, tabii hukuk kuramlarına dayanıldığı görülmektedir. Hukuk inkılapları içerisinde özellikle Medeni Kanun'un iktibas, dinsel hukukun tamamen terk edildiğini göstermesi ve toplumsal hayatı derinlemesine etkileyen kurallar getirmesi nedeniyle, Türk batılılaşma tarihi içerisinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Bunu daha iyi anlayabilmek için Osmanlı döneminde başlayan hukukta batılılaşma çabalarına bir göz gezdirmek faydalı olacaktır.

A- OSMANLI DÖNEMİNDE HUKUKTA BATILILAŞMA ÇABALARI

Tanzimatla birlikte başlayan batılılaşma çabalarının ilk etkilediği alanlardan biri hukuk olmuştur. Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi, şerî hu-

* Dr., İstanbul Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi, Tarih Bölümü.

¹ A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme Enstitüsü, 1973, s. 6.

kuk, Müslüman olmayanlara uygulanan hukuk, padişahların çıkardıkları düzenlemelerle yaratılan örfi hukuk ve kapitülasyonlara dayanarak, yabancılara uygulanan ayrıcalıklı hukuk kurallarından oluşmaktaydı. Osmanlı Devleti'nin güçlü dönemlerinde bir sakınca yaratmayan bu hukuk düzeni, kapitülasyonların da etkisiyle, zamanla devletin egemenlik haklarını zedeleyen bir hal almıştır. Kapitülasyonlardan kurtulmak isteyen Osmanlı devlet adamları, Osmanlı hukuk ve adalet sisteminde bir takım değişiklikler yapılması gerektiğini düşünmüşler ve Tanzimat döneminden sonra Osmanlı Devleti'nde Batı hukuk ve müesseselerinin etkileri görülmeye başlamıştır. Bu durum, İslâm hukuku mu, Batı hukuku mu? tartışmalarını da beraberinde getirmiş ve nihayetinde, özel hukuk alanında İslâm hukuku esasları uygulanmaya devam edilirken, ticaret ve kamu hukuku alanında ise Batı hukuk kuralları alınmaya başlanmıştır.

Tanzimat Fermanının ilanından sonra çıkarılan ilk kanun 1256 (1840) tarihinde çıkarılan Ceza Kanunu (42 maddelik) dur. 1267 (1851)'de ikinci bir Ceza Kanunu yapılarak, birincisinde görülen eksiklikler giderilmeye çalışılmış ve kamu davası fikri ceza hukukumuzda girmiştir². Her ikisi de İslam hukuku esaslarına dayanılarak yapılan bu kanunlar, Osmanlı ceza hukukuna bir takım ilkeleri getirmiş, ancak yeterli olmamıştır³. Cezalar daha çok din ve cinayet meselelerinde düzenlenirken, cezalandırma usulü modern ceza hukuku anlayışına uygun olmayan bir şekildedir. Buna göre suçlulara, aynı suça ilişkin olarak önce şer'î hükümler, sonra da Ceza Kanunu'nda belirtilen hükümler uygulanmaktaydı. Osmanlı döneminde son olarak, Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında oluşturulan bir komisyon tarafından, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan hemen hemen aynen iktibas olunan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu kabul edilmiştir⁴. Zaman içerisinde çeşitli tadilatlarla uğramış ve orijinal niteliğini kaybetmiş olan bu Ceza Kanunu, içerdiği genel kaideler ile cezaların türü, taksimatı ve özellikle kabul ettiği suça karşılık ceza usulü açısından karışık bir yapı arz etmekteydi⁵. Ceza Kanunnâme-i Hümayunu'nda, şahıs hukukuna ilişkin davalarda şer'î hükümler saklı tutulmuş ve şahsi hak sayılan diyet ve kısas davalarının Şer'îye Mahkemelerinde görülmesi kabul edilmişti. Buna göre, öldürülen bir kişinin

² Veresinin kısas hakkını doğuran hallerde suçluyu affetme yetkisi kaldırılarak, sanık affedilse bile davanın görülmesi sağlanmıştır (Feridun Yenisey, "Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler", *Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku, 15-18 Aralık 1981*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1983, s. 46).

³ 1840 tarihli kanunla birlikte, Tanzimat'ın getirdiği eşitlik ilkesi kanunlaştırılmış, 1851 tarihli kanunla da bir suçun tekrarı ve suça iştirak eden kişilerle ilgili hükümler ile kamu davası anlayışı ilk defa ceza kanununda yer almıştır (Gülnehal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Ankara, TTK, 1996, s. 97-100).

⁴ *A.e.*, s. 100.

⁵ "Adli Şuun:Türkiye Cumhuriyeti'nin On Senelik Adliye Faaliyetleri", *Adliye Ceridesi*, Teşrin-i evvel, 1933, s. 42-43; *TBMM Z.C.*, D. 2, C. 23, s. 6.

mirasçılarının istemeleri halinde dava Şer'îye Mahkemelerine havale edilebilecekti. Bu durumda, adam öldüren bir kişi Ceza Kanunu'na göre Nizamiye Mahkemelerinde yargılanıp serbest bırakılsa bile, maktulün mirasçılarının istemesi halinde, Şer'îye Mahkemelerinde ikinci kez yargılanıp ölüme mahkum edilebiliyordu⁶.

Türk hukuk tarihi içerisinde iktibas edilen ilk yabancı kanunun ise, Ticaret Kanunu (Kanunâme-yi Ticaret) olması anlamlıdır. 19. asra kadar Türkiye'de Batı Hukuku'na uygun formatta bir Ticaret Hukukunun olmaması, yabancılarla artan ticari ilişkiler sonucu gittikçe değişen ve karmaşıklaşan sorunları çözmekte yetersiz kalıyordu. Bu nedenle yabancıların da baskısı ve istekleri doğrultusunda, ilk olarak 1850 tarihinde, Fransa'nın 1807 tarihli Ticaret Kanunu'nun birinci ve üçüncü kitapları tercüme edilerek, Kanunâme-i Ticaret adıyla iktibas edilmiştir⁷. Bu kanuna daha sonraları çeşitli tarihlerde düzenlemeler ve eklemeler yapılmıştır. 1860'da Ticaret Mahkemeleri kurulmuş ve 1861'de ise Fransız kanununa dayanılarak bir Ticaret Yargılama Usulü kanunu çıkarılmıştır. 1863 yılında ise, Ticaret Kanunu'nun diğer ayağını oluşturan Ticaret-i Behriyye Kanunnamesi, esas olarak Fransızların 1807 tarihli Ticaret Kanunu'nun deniz ticaretine ilişkin ikinci cildinin tercümesi ve diğer denizci ülkelerin kanunlarından faydalanılarak hazırlanmıştır. Bu kanunun yolcularla ilgili olan 9. Fıslı ise Flemenk (Hollanda) Ticaret Kanunu'ndan alınmıştır⁸.

Tanzimat'tan sonra yavaş yavaş batı hukukuna dayanan yeni kanunların çıkarılmaya başlanması ve adli örgütte yapılan değişiklikler sonucunda, İslam hukukuna dayanan eski yargılama usullerinin değiştirilmesi gereği ortaya çıkmış ve 1807 tarihli Fransız Hukuk Usulü Muhakemesi'nden iktibas edilen, ayrıca Mecelle'deki usul hükümlerini de içeren *Osmanlı Usûl-ı Muhakemat-ı Hukukiyesi* 21 Haziran 1879 tarihinde yürürlüğe konmuştur. Böylece ilk defa ceza ve hukuk usulü ayrımı Fransız hukukundan yapılan iktibasla Osmanlı hukukuna girmiştir⁹. 1879 yılında 1808 tarihli Fransız Ceza Usulü Kanunu'ndan pek az bir değişiklikle iktibas edilmiş olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda şer'î hükümlere yer verilmemiştir. Kanunun en önemli özelliği savcılık kurumunun ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek Batılı benzerlerine yaklaştırılmasıdır¹⁰. Savcılık kurumu 1876'da kabul edilen Kanun-ı Esasi'de de yer almıştır.

⁶ G. Bozkurt, *Batı Hukukunun*, s. 101.

⁷ Reha Poroy, "Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanında ki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi", *Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İ.Ü Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1973, s. 583.

⁸ *A.e.*, s. 58; Coşkun Üçok, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 5. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1972, s. 186.

⁹ G. Bozkurt, *Batı Hukukunun*, s. 103-104.

¹⁰ "Adli Şün", s. 44.

Bu dönemde yapılan kanunlaştırmalar içinde en dikkate değer olanı ise medeni hukuk alanında yapılanıdır. Nitekim, Ceza ve Ticaret hukuku alanlarında geniş çapta batı hukukuna geçiş olmakla birlikte, aile ve miras hukuku gibi konularda bu mümkün olmamıştır. Bu konuda ilk olarak toprak rejimini düzenleyen bir kanun olan Arazi Kanunnâmesi 1858’de çıkarılmıştır. Kanunnâme ile, mülk ve vakıf arazileri dışındaki arazi çeşitleri, özellikle mirî arazi ile ilgili esaslar kanunlaştırılmıştır. Bu kanunlaştırma, o zamana kadar muhtelif ferman, kanun ve fetvalarda dağınık bir halde bulunan arazi hukuku hükümlerini bir araya getirerek yapıldığı için milli niteliklidir¹¹. Bu kanun, 1926’da Medeni Kanun kabul edilinceye kadar toprak rejimini düzenleyen bir yasa olarak yürürlükte kalmıştır.

Bir medeni kanun hazırlanması düşüncesi ortaya çıktığında, bu kanunun batılı bir kanundan iktibas edilip edilmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Âli Paşa, Midhat Paşa ve Kabûlî Paşa, Fransız medeni kanununun iktibas edilmesini isterken, Cevdet Paşa, Şirvânizâde Rüştü Paşa ve Fuat Paşa ise, milli bir medeni kanun hazırlanmasından yana olmuşlardır. Fransızlar da kendi medeni kanunlarının kabul edilmesi için özel bir çaba göstermişler, buna rağmen, Heyet-i Vükelâda ikinci grubun görüşleri kabul edilmiş ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Cevdet Paşa’nın başkanlığında oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Mecelle, bir bütün olarak değil de bölüm bölüm tasarlanmıştır. Bir mukaddime ile on altı kitaptan oluşan Mecelle’de 1851 madde yer almaktadır. Bir medeni kanun olmaktan çok borçlar kanunu niteliğinde olan ve Hanefî mezhebinin kurallarına dayanılarak hazırlanan Mecelle’de şahıs, aile ve miras konuları gibi bir medeni kanunda mutlaka bulunması gereken hususlar yer almazken, esasında usûl kanunlarında bulunması gereken ikrâr, dâvâ, beyyînât ve tahlîf ve kazâ gibi hususlar bulunmaktadır. Eleştiri konusu olan bu durumun bir sebebi de Mecelle’nin özellikle Nizamiye Mahkemelerinin yararlanması için hazırlanmış olması ve aile ve miras hükümlerinin ise Şer’iye Mahkemelerinin yetki alanına girmesidir¹².

Osmanlı Devleti’nde aile ve şahıs işlerinin dinsel hukuk kaidelerine göre düzenlenmesi gerektiği konusundaki inanç ve bunun yabancı devletler tarafından sömürülmek istenmesi, yargısal birliğin sağlanamamasının en önemli sebeplerinden biridir. Giderek Osmanlı Devleti’nin egemenlik haklarını zedeleyen bu durumdan kurtulmak için girişilen çabalar da bu düşüncenin değişmemiş olması nedeniyle mümkün olmamıştır. Kapitülasyonların kaldırılması ve yargısal birliğin sağlanması konusunda ilk adım, 1914 yılında atılmıştır. Birinci Dünya Savaşı başladığında, Osmanlı Devleti kapitulas-

¹¹ Mehmet Akif Aydın, “Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa”, *Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku 15-18 Aralık 1981*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1983, s. 24.

¹² *A.e.*, s. 31-33.

yonları tek taraflı olarak kaldırınca, Konsolosluk Mahkemeleri devre dışı kalmıştı. Bu konuda meydana gelen boşluğu doldurmak için 1915 yılında kabul edilen “Memâlik-i Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat” ise, hukuk ve ticaret davalarında Türk mahkemelerinin ve hukukunun mutlak yetkili olmasında ısrar ederken, yabancıların şahsi davalarına ve miras işlerine ise, istisnai bazı durumlar hariç Türk mahkemelerinin bakamayacağını, baktığı takdirde ise onların kendi kanunlarını uygulayacağını kabul etmekteydi. Bu kanun, Mondros Mütarekesi’nin imzalanmasından sonra, yabancı devletler kapitülasyonları yeniden geçerli hale getirinceye kadar uygulanmıştır¹³. İstanbul’un işgali döneminde ise, bu döneme mahsus olmak üzere, İtilaf Devletlerinin isteği ile “Muvakkat Muhtelit Encümen-i Adli” adıyla yeni bir mahkeme sistemi oluşturulmuştu. İngiltere, İtalya ve Fransa vatandaşları ile Osmanlı uyrukları arasındaki ticari davalara bakması kararlaştırılan ve ilk üçünün çıkarlarını gözetmeyi amaçlayan bu mahkemede, belirtilen ülkelerden birer hakim görev yapacaktı. 8 Aralık 1921’de uygulanmaya başlayan kararname, 22 Haziran 1922 tarihinde yapılan bir ekle İtilaf Devletleri’nin müttefiklerinin vatandaşları için de geçerli olacağı kabul edilmişti¹⁴.

Yargısal birliği bozan diğer bir unsur olan Cemaat Mahkemeleri ise, 25 Ekim 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ile yargılama haklarını yitirmişlerdi. Aile hukukunu kanunlaştırarak, Arazi Kanunu ve Mecelle ile başlayan medeni hukuk alanındaki kanunlaştırmaları tamamlamayı hedefleyen “Hukuk-ı Aile Kararnâmesi”, üzerinde durulması gereken önemli bir kanunlaştırma girişimidir. Aile hukuku sahasında İslam ülkelerindeki ilk kanun olma özelliği taşıyan bu kararnâme, şahıs, aile ve miras hukukunda her cemaat için dini hükümlere bağlı kalınarak düzenlenmiştir. Kararnâme ile birlikte, Cemaat Mahkemeleri kaldırılmış ve gayrimüslimlerin de Şer’iye Mahkemelerinde, ancak, kendi dini kurallarına uygun bir şekilde yargılanmaları usulü kabul edilmiştir. Kararnâme hazırlanırken, devrin hakim fikirleri göz önünde bulundurulmuş ve bunlar İslam hukuku ile uyuştukları derecede kabul görmüşlerdir. İslam hukukuna göre hazırlanan Kararnâmede, gerek-tikçe diğer mezheplerden de faydalanılması, İslam hukuku adına bir ilk olmuştur. Özellikle, çok eşliliğin sınırlandırılması¹⁵, kadınlara bazı durumlar-

¹³ Ergin Nomer, “Yabancıların Ahkâm-ı Şahsiyesi (Statut Personnel) ve Terekesi ile İlgili İhtilaflarda Türk Kanunlar İhtilafı Sisteminin Gelişimi”, *Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1973, s. 498-499.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz., Ali Arslan, “Muvakkat Muhtelit Encümen-i Adli: Bir İşgal Dönemi Mahkemesi (1921-1922)”, *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, sa: 15, 1997, s. 585-595.

¹⁵ Nikah yapılırken tek eşliliğin şart olarak koşulması ve buna uyulmaması durumunda kadına boşanma hakkının tanınması şeklinde

da¹⁶ kazai boşanma hakkının tanınması, evlenmede asgari bir yaş sınırının kabul edilmesi ve evlenmenin daha önceden ilanı gibi esaslı yenilikler getirilirken diğer mezheplerden faydalanılmıştır¹⁷. Evlenme ve boşanmalarda devlet kontrolünün daha emin bir şekilde sağlanabilmesi için, nikahın önceden duyurulması ve hakim yada naibin huzurunda kıyılması, boşanmada ise, kocanın bunu belli bir süre dahilinde mahkemeye bildirmesi şartı getirilerek sağlanmak istenmiştir¹⁸. Bununla birlikte kararname aile hukukunun sadece evlenme ve boşanmaya ait kısımlarını düzenlemesi ve neseb, hıdane (çocuk büyütme), vesayet, nafaka ve mal rejimini düzenlememesi bir eksiklik olarak kalmıştır¹⁹. Hem radikal İslamcılar ve hem de gayrimüslim cemaatler tarafından şiddetli tepki alan kararnâme 19 Haziran 1919'da yürürlükten kaldırılmıştır. Kararnâme hazırlanırken sadece İslam hukuku çerçevesinde hareket edildiği halde, Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden istifade edilmesinden dolayı gösterilen tepkiler, bu alandaki taassubu göstermesi açısından ilgi çekicidir.

Görüldüğü gibi, Tanzimat'tan sonraki dönemde yapılan kanunlaştırmalarla, batıya yaklaşılmaya çalışılmış, özellikle ceza, ticaret ve usul kanunları gibi konularda batılı kanunlardan faydalanılırken yada batılı kanunlar iktibas edilirken²⁰, aile, şahıs ve miras işleri gibi konularda uzun süre herhangi bir düzenleme yapılmamış, 1917 yılında yapılan düzenlemede ise tamamen İslam hukuku çerçevesi içinde kalınarak, dinsel hukuk anlayışı devam ettirilmiştir. Şahsi haklar alanında serbest bir düzenleme yapılamamasının sebebi, bu alandaki hukukun tamamen dine dayanması ve kamuoyunun bu konudaki hassasiyetidir. Osmanlı Devleti, Müslüman ahalinin ahkâm-ı şahsiyesini şer'i kurallara göre düzenlerken, gayrimüslim tebaasına da kendi dini kanunlarına göre yargılanma hakkını tanımaktaydı. Dinsel hukuk ile batı hukukunun sürekli bir çekişmesine sahne olan bu dönemde, Şer'iy Mahkemeleri ile Ticaret ve Nizamiye Mahkemeleri arasında görev ve yetki alanı ile ilgili her zaman sorunlarla karşılaşmıştır²¹. Bu çekişme, esasında, çeşitli seviyelerde kendini belli eden batılılaşma yanlılarıyla karşıtlarının mücadelesinin hukuki sahadaki yansımasıdır. Sonuç olarak, bu dönemde, batıdan

¹⁶ Bu durumlar; kocanın evliliğe mani bir ayıbının bulunması, cüzzam, baras, zührevi hastalıklar veya akıl hastalığı gibi hastalıkları olması, kocanın uzun bir süre ortadan kaybolması ve karı ve koca arasında bir geçimsizliğin ortaya çıkması gibi durumlar (Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. bs., İstanbul, Beta, 1996, s. 213).

¹⁷ *A.e.*, s. 176-177.

¹⁸ *A.e.*, s. 212-213.

¹⁹ *A.e.*, s. 218-220.

²⁰ Burada belirtilmesi gereken bir nokta, batıdan alınan kanunların neredeyse tamamına yakınının Fransa kaynaklı olmasıdır. Yani Osmanlı Devleti'nin kendisine model olarak gördüğü yani benzemeye çalıştığı "Batı"yı, yada "Avrupa"yı, hukuki sahada da Fransa temsil etmektedir.

²¹ Yenisey, "Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta", s. 47, 51.

yapılan iktibaslarla birlikte, dinsel hukukun yanında dünyasal hukuk kuralları da uygulama sahasına girmiş, bu durum ise gerek hukuksal ve gerekse yargısal anlamda oldukça karışık ve tuhaf bir görüntü arz etmiştir. Bu arada hukukun dünyasallaşması medeni hukuk alanında bir yansıma bulamamıştır. Esasında medeni hukuk alanında yapılan kanunlaştırmalar, hem en sonra ele alınmış ve hem de her yönüyle düzenlenememiştir. Bu durum, medeni hukuk sahasının çok çetrefilli ve değişime en fazla dirençli bir saha olmasından kaynaklanmaktadır.

B- CUMHURİYET DÖNEMİNDE HUKUKUN BATILILAŞMASI SÜRECİ

Her ne kadar yeni devletin kuruluşu ile birlikte adli sistemimizde ve kanunlarımızda batılılaşma girişimlerine hız verildiyse de, başlangıçta inkılabın ruhuna uygun esaslı bir değişiklikten söz etmek son derece güçtür. Lozan Anlaşması ile kapitülasyonların kaldırılmasına kadar adliye ve hukuk sisteminde köklü değişiklikler yapılamamıştır. Bununla birlikte, yeni Türk devletinin hukuk düzeninin yaratılmasında yabancı kanunların iktibas edilmesi sistemi ilk sırada düşünülen bir şey değildi. Başlangıçta, daha evvelki dönemlerde yapıldığı gibi mevcut kanunların yenilenerek, modernleştirilmesi amacı güdülmekteydi.

1923 yılında Adliye Vekaleti tarafından yürürlükteki kanunların modernizasyonu amacıyla “*tadil-i kavanin için muktazı layihaları ihzara memur komisyonlar*” kurulmuştu. Bu komisyonlar içerisinde, Mecelle Vacibet Komisyonu ve Mecelle Ahval-i Şahsiye Komisyonu, medeni hukuk alanında çalışmalar yapmaktaydılar²². Sözü geçen komisyonların çalışmalarının esas olarak, “*ahkâm-ı fikhiyye ve hukukiye*” ye dayanması ve daha sonra da “*diğer uluslarca benimsenmiş hukuki çözüm ve uygulamalardan*” yararlanmaları istenmekteydi. Bu komisyonlara ayrıca “*hukuk kavram ve deyimlerini saptama ve belirleme*” görevi de verilmişti²³. Bu amaçla çalışmalarına devam eden komisyonlar tarafından 1924 yılına gelindiğinde, 200 maddelik bir Borçlar Kanunu; 70-80 maddelik bir Ceza Kanunu hazırlanmış ve Medeni Kanun’dan ise miras, vesayet, evlenme ve boşanma ile ilgili kısımlar yeniden düzenlenmişti. Kara Ticaret Kanunu ise henüz tamamlanmamıştı²⁴. Komisyonların çalışmalarının bu kadar uzaması bir takım şikayetlere sebep olunca, gerek Adliye Vekili Seyyid Bey (18 Ağustos 1923-6 Mart 1924) ve

²² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 236.

²³ Cemil Bilsel, “Medeni Kanun ve Lozan”, *Medeni kanunun 15. Yıldönümü İçin*, İstanbul, İ. Yay., 1944, s. 366.

²⁴ Mahmut Esat Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, *Medeni Kanunun 15. Yıldönümü İçin*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1944, s. 366.

gerekse, Seyyit Bey'den sonra kısa bir süre Adliye Vekilliği görevinde bulunan Mustafa Necati (6 Mart 1924-22 Kasım 1924) tarafından komisyonların çalışmaları savunulmuş ve yeni kanunlar yapmanın uzun zaman almasının doğal olduğu ifade edilmiştir. Seyyid Bey gibi Mustafa Necati de milli değerlere bağlı, ancak, çağdaş değerleri de özümseyen yasalar çıkarılmasını ve bunun kopya yada taklit usulüyle yapılmaması gerektiğini savunuyordu²⁵. Ancak bu komisyonların oldukça ağır işleyen çalışmaları, inkılapçı çevrelerce yeterince tatmin edici veya radikal bulunmamış ve 1925 yılında, Adliye Vekili Mahmut Esat'ın isteğiyle bu komisyonların görevlerine son verilmiştir²⁶.

Türk hukuk sistemindeki radikal değişim de bu tarihten sonra başlamıştır. Bu değişimde 1924-1930 yılları arasında Adliye Vekili olarak görev yapan Mahmut Esat (Bozkurt'un) oldukça önemli bir rolü vardır²⁷. Komisyonların görevine son vermeden önce Mustafa Kemal'le görüşen Mahmut Esat, kanunların, batının ün kazanmış kanunlarından iktibas edilerek alınması zaruretinden bahsetmiştir. Bu yeni kanunları uygulayacak hukukçuların olup olmadığını soran Atatürk'e -yetiştireceğim cevabını veren Mahmut Esat, Atatürk'ün onayını aldıktan sonra çalışmalara başlamıştır²⁸.

Mahmut Esat, yeni Türkiye'ye uygun yeni kanunların hem uygulayıcısı ve hem de en büyük savunucusu olmuştur. Batılı kanunların iktibas metodu ile alınması kararından hemen sonra komisyonlar oluşturularak, önce Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, arkasından da Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Deniz Ticareti Kanunu ve İcra ve İflas Kanunları iktibas edilmiştir. Bu iktibaslar yapılırken Batı Avrupa'nın en ileri kanunları kaynak olarak alınmıştır. Örneğin Medeni ve Borçlar Kanunu İsviçre'den, Ceza Kanunu İtalya'dan alınmış, Ticaret Kanunu ise Alman ve İtalyan kanunlarından etkilendirilmiştir.

Cumhuriyet döneminde hukukun batılılaşması sürecinin daha önceki dönemden farkı, eskiden biraz da dış zorlamalar sonucu gerçekleştirilen reformların, bu defa, batının üstünlüğünün tam olarak kabul edilerek ve batıya iltihaktan başka çare kalmadığı düşüncesi içerisinde radikal bir tarzda yapılmasıdır. Bu kanunlar yapılırken, en kısa yoldan batı medeniyetine dahil ol-

²⁵ Mustafa Eski, *Cumhuriyet Devrinde Bir Devlet Adamı Mustafa Necati*, A.A.M, Ankara, 1999, s. 95.

²⁶ Bu komisyonlar ve çalışmaları için bkz., Bilsel, "Medeni Kanun", s. 366-370.

²⁷ Geniş bilgi için bkz., Nilüfer Uğurlu Şenel, "Mahmut Esat Bozkurt", (basılmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004), s. 134-139.

²⁸ Şevket Memedali Bilgişin, "İnkılapçı Mahmut Esat Bozkurt ve Türk Hukukunda İnkılap", C. I, *AÜHF*, s. 311. Mahmut Esat, Medeni Kanunu Meclise sunuş konuşmasında, "Bu kanunları inkılabın büyük liderinin ilhamından aldığım feyiz ile düşünerek teklif ettim" diyerek, bu fikrin kendisine ait olduğunu söylemekteydi (*TBMM Z.C.*, D. 2, C. 22, s. 230); İzmir'de yaptığı bir konuşmada da, bu kanunların büyük Gazi'nin asr-ı ilhâmı olduğunu ve kendisinin ve arkadaşlarının, sadece bunları formüle ettiğini belirtmekteydi (*Ahenk*, 27 Şubat 1927).

mak hedeflendiği için, bir medeniyet ailesine mensup her topluma uygulanabilecek evrensel bir hukuk fikrinden hareket edilmiştir.

Yeni Ceza Kanunu 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilmiştir. Bu kanun için, 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu esas alınmış ve memleketin ihtiyaç ve özellikleri de göz önünde bulundurulmuştur. Bu layihaya eski Ceza Kanunu'ndan da bir çok hükümler alınmıştır²⁹. Yeni Ceza Kanunu'nu Meclise sunuş konuşmasında, eski kanunun saltanat ve sultanların haklarını korurken, halkın ahvali ile ilgili kısımları eksik bıraktığını belirten Mahmut Esat, yapılan tadillerin de kanunun bütünlüğünü bozduğunu belirterek³⁰, yeni bir kanuna neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamak istemiştir. Aynı şekilde, mazbata muharriri Yusuf Kemal Bey de, eski kanunun ruhunun tamamen başka olduğunu ifade etmekte ve ceza mefhumunun yeterince kavranmadığını söylemekteydi³¹. Böylece, eski Ceza Kanunu'nu yeni kanuna yaklaştıran 1911 değişikliklerinin tek başına bir anlamı olmadığı savunulurken, esas olarak kanunun ruhunun yani bir bütün olarak neyi temsil ettiğinin önemli olduğu vurgusu ile aynı zamanda ideolojik bir ayırmda bulunulmuştur.

Hukuk inkılapları içerisinde öncelikle ele alınan konulardan biri de, yeni bir Ticaret Kanunu hazırlanmasına ilişkindir. Bu bağlamda 1926 yılında oluşturulan bir komisyon aracılığıyla çeşitli ülkelerin ve özellikle de Almanya ve İtalya Ticaret Kanunları incelenmiş ve emniyet ve sürat açısından en yeni ve müeyyidelerle donatılmış olan Ticaret Kanunu Layihası hazırlanarak, 29 Mayıs 1926 yılında kabul edilmiştir. Kara Ticareti alanını düzenleyen I. Kitap, 1015 maddeden oluşmaktadır. Bu kanun geniş ölçüde 1850 tarihli Kanunnâme-i Ticaret'in yenilenmesi amacıyla, 1916 yılında hazırlanmış bir projeden esinlenmiştir³². Ticaret Kanunu, tam manasıyla iktibas edilmiş bir kanun olmayıp, Türk hukukçuları tarafından çeşitli ülke kanunları incelenerek hazırlanmış bir kanundur³³. Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilen 1850 tarihli Kanunnâme-i Ticaret, zaten bir batı kanunu olduğu için, bu alanda yapılmış olan kanunlaştırma, yeni kabul edilmiş olan Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nu tamamlayıcı bir düzenleme çalışmasıdır. Kara Ticareti Kanunu Almanya'dan alınınca, Deniz Ticareti Kanunu da, devrinin en ileri düzenlemelerine sahip olduğu kabul edilen 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu mehzaz kabul edilerek hazırlanmış ve 20 Kasım 1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁴.

²⁹ "Adli Şuun:Türkiye", s. 42-43;

³⁰ Ceza Kanunu Layihası ile ilgili olarak, Adliye Vekili Mahmut Esat ve Adliye Encümeninin sunumu için bkz. *TBMM Z. C.*, D. 2, C. 23, s. 4-8

³¹ *A. e.*, s. 5-6.

³² Bilsel, "Medeni Kanun", s. 374.

³³ Alman elçisi Nadolny, Türk Ticaret Kanunu'nun iki yıllık bir çalışmanın ürünü olduğunu ve üzerinde çalışılarak yapılan ilk Türk yasası olduğunu belirtmiştir (G. Bozkurt, *Batı Hukukunun*, s. 205n.).

³⁴ "Adli Şuun:Türkiye",s. 58.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Medeni, Borçlar ve Ticaret Kanunları İsviçre'den alındığı için bunlarla uyum içinde olması açısından, İsviçre'nin Neuchatel Kantonuna ait 1925 tarihli kanun mehzaz ittihaz edilmiş ve bu kanunun eksik kalan yönleri ise Alman ve Fransız Muhakeme Usullerinden istifade edilerek tamamlanmıştır. 18 Haziran 1927 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen kanun, 4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁵. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ise, Ceza Kanunu gibi İtalya'dan alınmak istenmiş, ancak yapılan incelemeler neticesinde bu kanunun ihtiyaçları karşılayamayacağı düşünülerek³⁶, 1877 tarihli Alman Ceza Usulü'nden iktibas edilmesi kararlaştırılmıştır. Jüri ve istinaf ile ilgili fasıllar dışarıda bırakılarak hazırlanan kanun, 20 Ağustos 1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁷. “Daha ilmi ve daha yeni esaslara müstenit” ve “yeni Ceza Kanunu ile şimdikinden daha çok hem ahenk” olduğu gerekçesiyle Meclise sunulan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile amaçlanan şeyin, takip ve müdafaa hakkını eşit bulundurmak ve davaların mümkün olduğu kadar süratli ve sade bir şekilde görülerek, hak otoritesinin takviye edilmesi olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde, eski hukuk üslup ve terimleri terk edilerek, bunun yerine Avrupaî üslup ve istilahlardan yararlanılmaya çalışılmıştır.

İcra alanında ise, Alman ve İsviçre İcra Usulü'ne dayanarak hazırlanan ve 15 Mart 1928 tarihinde kabul edilen kanunla, ilamsız takip usulü tatbik edilmeye başlanmıştır³⁸. Ancak, Medeni, Borçlar ve Ticaret Kanunlarının kabul edilmesi ile birlikte, hem 1330 (1914) tarihli İcra Kanunu ve hem de 18 Ramazan 1286 (1870) tarihli Kara Ticareti Kanunu'nun ikinci kısmındaki iflas hükümleri arasında ortaya çıkan ahenksizliği çözmek için İsviçre'den İcra ve İflas Kanunu iktibas edilmiş ve 4 Eylül 1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁹. 1928'den beri uygulanmakta olan İlamsız İcra Usulü, yeni kanunun içinde de yer almıştır.

Kanunlar alınırken, belli ölçüde ülkenin koşulları da göz önünde bulundurulmuştur. Bu kanunların hepsinde de bir takım uyum sorunları yaşanmış ve bunlar sonradan yapılan tadiller ve zeyillerle daha olumlu bir hale getirilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, Osmanlı döneminde bu kanunların hemen hemen tamamında kısmen de olsa batı kanunlarından iktibaslar yapılmıştır.

³⁵ Bilsel, “Medeni Kanun”, s. 375.

³⁶ Nurullah Kunter, “Ceza Mevzuatımız ve Mahmut Esat Bozkurt”, *Adliye Dergisi Mahmut Esat Bozkurt Nüshası*, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1944, s. 35.

³⁷ Mahmut Esat, “Adliye Vekaleti'nin Esbabı Mucibesi”, *Adliye Ceridesi*, sa: 81, Nisan 1929, s. 5-6; Kanun layihasının Meclis'te görüşülmesi hakkında bkz., *TBMM Z.C.*, 4.4.1929, s. 14-23.

³⁸ Almanya ve İsviçre İcra Kanunlarında ki ilamsız icra usulünün, Mevcut İcra Kanunu'na ilavesi hakkında ki Meclis görüşmeleri için bkz., *TBMM Z.C.*, D. 3, C. 3, s. 50 vd; İcra ve İflas Kanununun Tatbiki Hakkında Kanun, 18 Nisan 1929'da kabul edilerek, 4 Mayıs 1929'da yürürlüğe girmiştir (*Düstur*, Tertip 3, C. 10, s. 839-841).

³⁹ “Adli Şuun:Türkiye”, s. 59; *TBMM Z.C.*, 4.4.1929, s. 67.

dığından, Cumhuriyet dönemindeki kanunlaştırmaların, Medeni Kanun hariç, çok yeni ve sancılı olduğunu söyleyemeyiz. Bununla birlikte bu inkılapların önemi, yukarıda da belirtmeye çalıştığımız gibi batı medeniyetine iltihak edilirken, İslam hukukunun tamamen bir kenara bırakılması ve Roma hukuku temelli Avrupa hukukunun ve medeniyetinin, bir bütün olarak kabul edilmesinde yatmaktadır ki bu konudaki en radikal mesaj, İsviçre Medeni Kanunu iktibas edilerek verilmiştir. Medeni Kanun ile kapitülasyonlar tamamen kaldırılarak, yargısal vahdet sağlanırken, aynı zamanda Avrupâ tarzda bir toplum yaratılmak istenmiştir.

1- MEDENİ KANUN

Yeni Türkiye'nin de tıpkı eskiden olduğu gibi hukuki alanda çözmek istediği sorunların başında adli kapitülasyonlardan kurtularak, yargısal birliği ve hukuksal egemenliği sağlamak gelmekteydi. Ancak kapitülasyonların en önemli sebeplerinden biri de, Osmanlı hukukunun dinsel hukuk kaidelerine dayanması idi. Osmanlı Devleti'nde uygulanan bu hukuk gereği, gayrimüslimlere ve daha sonraları yabancılara da şahıs, aile ve miras işlerinde, yani medeni hukuk alanında kendi mahkemelerinde yargılanma hakkı tanınmıştı. Osmanlı Devleti'nin zayıflamasıyla paralel olarak artan dış baskılar ve içişlerine müdahaleler hukuksal alanda da görülmüş ve bir devletin egemenlik hakları ile bağdaşmayan ayrıcalık talepleri söz konusu olmuştur. Osmanlı Devlet adamları hukuk ve adliye sistemindeki eksiklikleri gidermeye çalışarak, bu ayrıcalık taleplerinin gerekçelerini ortadan kaldırmaya çalışmışlardır da başarılı olamamışlardır.

Kapitülasyonların devamını isteyen batılılar, bunu kaldırmak için çabalayan Osmanlı Devleti'nin ceza ve ticaret hukuku gibi alanlarda kabul ettiği batı hukukunun işleyişini eleştirmekteydiler. Bu konudaki eleştirilerini Lozan görüşmeleri sırasında da açık bir şekilde dile getiren batılı temsilciler, Türk hakimlerinin bu kanunları uygulama ve yorumlamada yetersiz kaldıklarını ileri sürmüşlerdi⁴⁰. Esasında Türk hakimlerinin bu konuda yetersiz oldukları görüşü sadece batılılar tarafından değil, Osmanlılar tarafından da kabul edilmekteydi. Nitekim, yabancıların ahkâm-ı şahsiyesini düzenleyen 1915 tarihli kanun ile yabancıların şahsi davaları ile menkul tereke ihtilafları konularında istisnai bazı durumlar hariç, Türk mahkemelerinin yabancıların davalarına bakamayacağını kabul edilmesi, bu kanunu hazırlayanların da aynı düşünce ile hareket ettiklerini göstermektedir⁴¹. Lozan görüşmeleri sıra-

⁴⁰ Seha L. Meray, *Lozan Barış Konferansı Tutanaklar, Belgeler*, Takım I, C. 2, Ankara, Paris Devlet Basımevi, 1923, s. 111.

⁴¹ Nomer, "Yabancıların Ahkâm-ı Şahsiyesi", s. 499.

sında, müttefik devletler temsilcileri tarafından Türk hukukunda büyük değişiklikler yapılması gerektiği belirtilmiş ve Türkiye, sosyal hayatın gerekleri, ticari ve uluslar arası ilişkilerin zorunlulukları bakımından adli teşkilatta gerekli düzenlemelerin yapılmaya çalışılacağını ifade etmiştir⁴². Lozan görüşmeleri yapılırken müttefik devletlerin kapitülasyonların devamı konusunda ısrar ederken ileri sürdükleri eleştiri ve gerekçeler, Türk hukukunun bundan sonraki istikameti belirlenirken daha kararlı bir tutum takınılmasına neden olmuştur.

Özellikle Lozan Anlaşması metni içinde yer alan ve Türk mahkemelerinin yabancılar ve azınlıklar üzerindeki yargılama haklarını zedeleyen bir maddenin (42. Madde) varlığı, inkılapçılar üzerinde, bir an evvel ve radikal kararlar alınması hissini doğurmuş olmalıdır. Bu maddeye göre: “Türk hükümeti, Müslüman olmayan azınlıkların aile durumlarıyla, kişisel durumları konusunda, bu sorunların söz konusu azınlıkların gelenek ve göreneklere uyarınca çözümlenmesine elverecek bütün tedbirleri almayı kabul eder. Bu tedbirler, Türk hükümetiyle ilgili azınlıklardan her birinin eşit sayıda temsilcilerinden kurulu özel komisyonlarca düzenlenecektir...”⁴³. Cemaat mahkemeleri için kapı aralayan bu maddeden başka, Türkiye’de yaşayan yabancılar için de geçmişte olduğu gibi ayrıcalıklar talep edilmiş ve bu konuda yaşanan çetin müzakerelerden sonra müttefiklerin isteğine daha yakın bir şekilde anlaşma yapılmıştı. “İkâmet ve Selâhiyet-i Adliye Hakkında Mukavelenâme” adı altındaki bu anlaşma ile yabancıların, özellikle şahıs, aile ve miras davalarında kendi mahkemelerinde yargılanma şartı kabul edilerek, sadece tarafların tamamının yazılı olarak Türk mahkemesinin davaya bakmasını istemesi halinde Türk mahkemelerinin yetkili olabileceği ve bu durumda da kişinin uyruğu olduğu ülkenin kanunlarının geçerli olacağı, yedi yıllık bir süre için kabul edilmiştir⁴⁴. Görüldüğü gibi Lozan görüşmeleri ve neticesinde yapılan anlaşmalar, Türkiye’nin bir an evvel hukuk ve adliye sisteminde esaslı değişiklikler yapmasını gerekli kılmıştır.

Cumhuriyet döneminde yargısal birliğin temini için ilk ve en önemli adımlardan biri, Mahmut Esat’ın selefi Mustafa Necati’nin Adliye Vekili olduğu dönemde atılmış ve halifeliğin kaldırılmasından sonra, 8 Nisan 1340 (1924) tarihinde çıkarılan 469 nolu “Mehakim-i Şe’riyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilâtına ait Ahkâmı Muaddil Kanun”la Şer’îye Mahkemeleri kaldırılarak, görevleri o zamanki tabirle, Nizamiye Mahkemelerine devre-

⁴² Meray, *Lozan Barış Konferansı*, Takım I, C. 2, s. 103-110.

⁴³ *A.e.*, Takım II, C.2, s. 13.

⁴⁴ Nomer, “Yabancıların Ahkâm-ı Şahsiyesi”, s. 501-505.

dilmişti⁴⁵. Yargısal birliğin sağlanması için atılması gereken adımlardan biri de batıların da kabul edebileceği bir şekilde, hukukun çağdaştırılmasıdır. Bunun anlamı ise dinsel hukukun tamamen terk edilmesidir. Nitekim diğer alanlarda batı hukuku alınsa bile, Osmanlı örneğinde görüldüğü gibi, medeni hukuk alanında İslam hukukunun uygulanmaya devam etmesi, diğerlerinin uygulamasını da etkilemektedir. Çünkü medeni kanun, bir toplumu ve hukuk anlayışını ifade eden en temel kanundur. 1923 yılında kurulan komisyonların çalışmaları işte bu nedenden başarılı bulunmamıştır. Eskiden olduğu gibi iki farklı hukuk kaynağından yararlanarak, milli yapıya en uygun ve ileri kanunları yaratmak isteyen bu komisyonların çalışmaları doğal bir süreçte devam etse bile, inkılabı göre yavaş kalıyordu. Ayrıca, komisyonların, İslam hukuku esaslarına dayanarak yaptıkları çalışmalar, hedeflenen nokta ile baştan bir çelişki arz ediyordu. Dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat (Bozkurt) daha sonraki yıllarda bu komisyonların çalışmalarını değerlendirirken, komisyonların, “kanunları bize göre yapmak düşüncesi ve endişesi” taşıdıklarını, bunun sonucunda da kaynak ve anlam olarak birbirinden farklı hukuk kaidelelerini bir araya getirmeye çalıştıklarını belirterek eleştirmektedir⁴⁶.

Mahmut Esat, Medeni Kanun’un hazırlanma sebeplerini anlatırken, neden batı hukukuna geçildiğini de açıklamış olmaktadır. Buna göre ilk sebep, her biri bin yıldan fazla yaşa sahip olan dinlerin esaslarına göre düzenlenmiş eski hak sisteminin geri olmasıdır. İkinci olarak, bu sistem gereği uygulanmakta olan, ayrı dinlere mensup vatandaşların, ayrı kural ve mahkemelere tabi olmasının, modern devlet ve birlik anlayışına uygun olmamasıdır. Mahmut Esat’a göre üçüncü ve en önemli sebep ise, dinî kurallara dayalı bu sistemin, yabancılar tarafından geçmişte, adli kapitülasyonların gerekçelerinden biri olarak öne sürülmesi ve daha sonraları da kapitülasyonların kaldırılmasının önünde bir engel olmasıdır⁴⁷. Bu açıklamadan da anlaşıldığı gibi Adliye Vekili, hukuk sisteminin değiştirilmesinin ana gerekçesi olarak, dine dayanmasını göstermektedir.

Bütün bu sebeplerle iktibas edilmesine karar verilen Medeni Kanun’un seçilmesi için çeşitli ülkelerin kanunları incelenmiş ve en uygunu olarak İsviçre Medeni Kanunu bulunmuştur. 26 kişilik bir kurul tarafından⁴⁸ Fransızca aslından Türkçe’ye çevrilen Medeni Kanun tasarısı, 17 Şubat 1926

⁴⁵ Bu kanunla aynı zamanda Sulh Mahkemeleri gezici olmaktan çıkarılarak, sabit hale getirilmiş, Asliye Mahkemeleri kurulmuş, Cinayet Mahkemelerinde de toplu hakim sistemi kabul edilmiş ve İstinaf Mahkemeleri kaldırılmıştı (Yenisey, “Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta”, s. 53).

⁴⁶ Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu”, s. 7-8,10.

⁴⁷ *A.e.*, s. 8-9.

⁴⁸ Bu kurulda bulunanların tam listesi için bkz., Cevdet Yavuz, *Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı, Medeni Kanun, Tatbikat Kanunu, Borçlar Kanunu*, 2. bs., İstanbul, Beta, 1990, s. 11.

tarihinde Meclis tarafından tümü ile görüşülerek onaylanmış ve 4 Nisan 1926'da Resmi gazetede yayınlanarak, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁹.

İsviçre Medeni Kanunu'nun seçilmesinin çeşitli nedenleri vardır. Bunlar arasında bu kanunun diğerlerinden daha yeni ve dolayısıyla kapsayıcı, uygulanması kolay ve demokrat niteliği bulunmaktadır⁵⁰. Ayrıca Adliye Vekili'nin İsviçre'de eğitim görmüş olması ve bu kanunu eni konu tanımış olması da etkenlerden biridir.

Medeni Kanun, şahıs, aile ve miras hukukundan başka, gayri menkul mülkiyeti, gayri ayni haklar, zilyetlik ve tapu siciline dair hükümler içerirken, farklı kanunlara tabi olan gayri menkul tasarrufu da çağdaş ihtiyaçlara uydurulmaya çalışılmıştır. Çok eşlilik yasaklanmış, kadınlar, miras konusunda erkeklerle eşit haklara sahip tutulmuşlardır. İctihat kapısı açık tutularak, hakimlere yeni olaylar karşısında gerekirse ihtiyaca uygun şekilde icthat yapabilme imkanı tanınmıştır. Eskiden iki şahidin dava hakkında mutabık olarak yapmış oldukları şahadetleri hüküm için kafi görülmekte ve hakim bu doğrultuda karar vermekte mecbur iken, Medeni Kanunla birlikte bu zorunluluk kaldırılmış ve hakimın dava konusunda edindiği kanaate göre serbestçe hüküm vermesi güvence altına alınmıştır⁵¹. Bununla birlikte, Türk hukuk inkılabı yapılırken sosyolojik bir tetkik ve mukayese yapılmadığından, Medeni Kanun'da bir takım müessese ve prensipler uygulama alanı bulamamışlardır. Örneğin, İsviçre Medeni Kanunu'na Kuzey Amerika'dan geçen "homestead" (aile yurdu) müessesesi, aynen müktesep Türk Medeni Kanunu'na da alınmış olmasına rağmen her iki ülkede de uygulanmamıştır⁵². Aynı şekilde, Türkiye toplumunda o dönemlerde mevcut olan Besleme sistemine⁵³ ilişkin bir hukuki düzenleme doğal olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmadığından, müktesep Türk Medeni Kanunu'nda da yer almamıştır⁵⁴.

Medeni Kanun'un kabul edilmesi ile birlikte gayrimüslim azınlıklara, şahıs, aile ve miras hukuku konularında tanınan ayrıcalıklar da ortadan

⁴⁹ Mahmut Esat, Meclis'e sunulacak kanunların, -hem madde sayıları çok fazla olduğu için ve hem de, içlerinden bir iki maddenin değiştirilmesinin diğerlerini manasızlaştırabileceğini ileri sürerek- bir küll olarak kabul veya reddedilmesini istemiştir. Medeni Kanun'un Meclise sunulması ve kabul edilmesi ile ilgili olarak (bkz., *TBMM Z.C.*, D.2, C. 22, s. 151-152; *A.e.*, s. 230).

⁵⁰ Bozkurt, "Türk Medeni Kanunu", s. 12.

⁵¹ "Adli Şuun:Türkiye", s. 53-54; Medeni Kanununla ilgili bir değerlendirme için bkz., Nuşin Ayiter, "Atatürk ve Özel Hukuk Reformu", *Atatürk'ün Düşünce ve Uygulamalarının Evrensel Boyutları; 2-6 Kasım 1981 Uluslar arası Sempozyumundan Ayırı Basım*, Ankara, TTK, 1983, s. 325-330.

⁵² Bülent Davran, *Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay.,1968, s. 100-101.

⁵³ Okul yaşındaki çocukların bir aile yanına verilerek, boğaz tokluğuna çalıştırılması.

⁵⁴ Davran, *Mukayeseli Medeni Hukuk*, s. 103n. s

kaldırılarak, vahdet sağlanmış olmaktadır. Çünkü, laik hukuk sistemine geçişle birlikte, yabancıların ve gayrimüslimlerin aile ve şahıs hakları ile ilgili davaların adliye mahkemelerinde görülmemesi için bir neden kalmıyordu. Lozan Anlaşması'nın azınlıkların şahıs ve aileye ilişkin hukuki durumlarını düzenleyen 42. Maddesinin birinci ve ikinci maddeleri, Medeni Kanun'un kabul edilmesi ile birlikte azınlıkların mahzarlarla (bir çok kimse tarafından imzalı dilekçe) Adliye Vekaleti'ne müracaat ederek, aynı kanuna kendilerinin de tabi olma talebi ile birlikte sona ermekteydi⁵⁵.

Bu kanun kabul edildikten sonra Evlenme Talimatnâmesi, Tapu Sicilli Nizamnâmesi, Velâyet, Vesâyet ve Miras Hukukuna Mûteallik Hükümlerin Tatbikine Ait Nizamnâmeler çıkarılarak gerekli düzenlemeler yapılmıştır⁵⁶. Medeni Kanun'un kabulünden kısa bir süre sonra, ticari muameleler hariç ve medeni muameleleri içermek üzere, İsviçre'nin (Kode des Obligasyonu) mehzar kabul edilerek, Borçlar Kanunu layihası hazırlanmış ve Meclis Genel Kurulu'nda tümüyle görüşülerek, 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilerek, Medeni Kanunla birlikte 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Neden Türkiye kendine uygun yeni bir kanun yapmadı da iktibas metodunu seçti? Bu soruyu birkaç noktadan cevaplamamız mümkündür. Birincisi, Türkiye'nin kendi milli yada geleneksel yapısına uygun yeni bir kanun yapması uzun bir zaman alırdı. Oysa Lozan Anlaşması ile belirlenen durum, azınlıklar ve yabancılara tanınan ayrıcalıklar konusunda her an eskiye dönüş tehlikesini içermekteydi. İkincisi, bu şekilde hazırlanacak kanun tasarıları ve özellikle de medeni hukuk ile ilgili olanlar, mutlaka İslamî yada dinsel öğeler içereceklerdi. Bu durum ise batılılar tarafından geçmişte ayrıcalık isteklerinin gerekçelerinden biri olduğundan, yapılanlar yine eksik ve yetersiz bulunacaktı.

Adliye Vekili Mahmut Esat, iktibas yapılmak suretiyle topyekün batılılaşmayı savunurken, bir medeniyet ailesi içerisinde bulunan ulusların aynı hukuk sistemine bağlı olması gerektiğini ve Montesquieu sosyolojisinin (her ulusun kendine göre kanunları olmalıdır tezi) artık geçerli olmadığını, ileri sürüyordu⁵⁷. Bu bakımdan, Türk milletinin de, üyesi olmayı istediği medeni milletlerin yada batı medeniyetinin hukuk sistemlerini benimsemesi gerektiğini ifade eden Mahmut Esat; “tıpkı bir kulübe, bir partiye intisap edecek kimsenin, kulüp ve parti nizam ve usulünü aynen kabul etmesi, benimsemesi gibi, medeni kanuna girmek davasını güden bir devletin de, bu kanunun

⁵⁵ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve azınlık komisyonlarının Adliye Vekaleti'ne göndermiş oldukları mahzarların metinleri için bkz., Bilsel, “Medeni Kanun”, s. 21-71; *TBMM Z.C.*, D. 2, C. 24, s. 173-174.

⁵⁶ “Adli Şuun:Türkiye”, s. 53-54

⁵⁷ Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu”, s. 10.

icaplarını kendine mal etmesi zorağı vardır”⁵⁸ demektedir. Medeni Kanunun batılılaşmanın olmazsa olmaz bir koşulu olarak görülmesi, onun batı medeniyetinin kültürel ve dinsel değerleri ile de harmanlanmış ama zamanla dünyevileşmiş karakterinden kaynaklanmaktadır.

Esasında bu inkılapçı anlayışa, hukuk tarihlerinde yaşanan iktibaslarda pek sık rastlanmamaktadır. Bunun sebebi iktibasların daha çok aynı medeniyet ailesine mensup milletler arasında, zamanla ve mukayese ile gerçekleşmesidir⁵⁹. Bunu kolaylaştırmak için, mevcut hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları ve benzerlikleri tespit ederek, bunları birbirine yaklaştırma amacıyla olan Mukayeseli Hukuk dalı ortaya çıkmıştır. Avrupa’dan farklı bir medeniyet ailesine sahip olan Türkiye’de, iktibas yapılırken mukayese (tarihi menşe, kaynak, gelişim, şekil, üslup, teknik, tatbik usulü vb. açılardan) usulü uygulanamamıştır⁶⁰. Türkiye, yapmış olduğu iktibasla dahil olduğu medeniyet ailesini değiştirmeyi de amaçladığından, mukayese usulünü uygulamak yerine, kayıtsız şartsız bir benimsemeyi tercih etmek durumunda kalmıştır.

2) MEDENİ KANUNA TEPKİLER

İnkılap yapmak suretiyle gerçekleştirilen bu büyük değişim hamlesi, etkili olmamakla birlikte, çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu eleştiriler, yapılan iktibasların hepsi için söz konusu olmakla birlikte en fazla tepki, toplumu derinlemesine etkileyen düzenlemelerin yapıldığı medeni hukuk sahasında olmuştur⁶¹. Medeni Kanuna yönelik olmuştur. Medeni Kanun, en yoğun olarak İslam dini kurallarının bir kenara bırakılarak, Katolik kuralların benimsendiği, Batı medeniyetinin iyi taraflarının alınıp kötülerin bırakılması gerektiği oysa buna dikkat edilmediği ve son olarak, çok eşliliğin terk edilmesinin ve boşanmada ki kolaylığın Türk toplumuna uymadığı konularında eleştirilmiştir⁶². Mahmut Esat birinci eleştiriye cevaplarırken, bu kanunun Hıristiyanlığı değil, hukukta laikleşmeyi en erken benimsemiş olan Roma hukukunu temsil ettiğini belirtmiştir. İkinci eleştiri ise, Türk batılılaşmasının başından itibaren sürekli tartışılan batıdan neleri almalıyız, yada alma-

⁵⁸ A.e., s. 11.

⁵⁹ Bu konuda bilgi için bkz., Ziya Umar, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, I. Cilt, İstanbul, Beta, 1987, s. 59.

⁶⁰ Medeni Kanun’un 1926’da kabulünden sonra, İstanbul Üniversitesi’nde okutulmakta olan Mukayeseli Hukuk dersleri (Mukayese-i Kavanin-i Medeniye ve Avrupa Hukuk-u Medeniyesi) kaldırılmıştır. Mukayesede, İsviçre hukukunun dikkate alınmasına karşı çıktığının ve kanun bir defa iktibas edildikten sonra, kendi bünyesi içinde açıklanması gerektiğinin savunulduğunu belirtilmektedir (Davran, *Mukayeseli Medeni Hukuk*, s. 42). Hukuk Fakültesinde 1923-24 döneminde okutulan dersler ile 1932 yılındaki dersleri karşılaştırmak için (bkz., Ali Arslan, *Darülfünun’dan Üniversite’ye*, İstanbul, Kitabevi Yay., 1995, s. 81-82, 129-131).

⁶¹ Bu konuda bilgi için bkz., Uğurlu Şenel, “Mahmut Esat Bozkurt”, s. 161-168.

⁶² Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu”, s. 7-20.

malıyız? bir başka şekilde ne kadar batılılaşmalıyız sorusuna inkılap yapılarak verilmiş bir cevabın eleştirisidir. Yani tamamen siyasi bir tavır ve görüş farklılığından kaynaklanmaktadır. Çok eşlilik mevzuu ise İslam hukukunun düzenlemek istediği toplumsal yapının bir sonucudur ve İslam hukukunun terk edilmesiyle yasa dışı olmuştur.

Medeni Kanun'un getirdiği bu nevi değişikliklerin Türk toplumuna ve ihtiyaçlarına uymadığı yolundaki eleştiriler karşısında Mahmut Esat, olaya bir medeniyet tercihi olarak yaklaşmakta ve bu anlamda kanunların, milli karakterimiz itibarıyla, ihtiyaçlarımıza uygun olup olmamasının bir önemi olmadığını vurgulamaktadır⁶³. Bu durumda, bir medeniyet ailesine dahil olan (yada olmak arzusunda bulunan) bir millet için yapılması gerekenin, medeni dünyada kabul görmüş hak ve vazifeleri kendine göre şekillendirmek yerine, onları olduğu gibi kabul etmek olduğu ifade edilmektedir.

Sonuç

Görüldüğü gibi batı medeniyetinin hukukta iktibaslar yapılmak suretiyle alınması kararında, Mahmut Esat'ın Adliye Vekili olarak önemli bir rolü vardır. Esasında, bu karar, dönemin şartlarında hiç de şaşırtıcı değildir. Ayrıca, ne iktibas metodu ve ne de Batıya ait kanunların alınması, Türkiye için ilk defa gerçekleşen bir şey değildir. Yeni olan, Tanzimat'tan itibaren başlayan batı hukukunun alınması sürecinin, aile ve şahıs hukuku dışındaki alanlarda gerçekleşmesi, Cumhuriyet döneminde Batı hukukuna dayanılarak yapılan kanunlaştırma hareketinin ise tüm alanları kapsamasıdır. Böylece, Batı medeniyetine dahil olma konusunda radikal bir tutum içine girilen Cumhuriyet döneminde, eski dönemde uygulanan ve iki hukuk sisteminin (İslam ve Batı) bir sentezini yapmaya çalışan anlayış yerine, İslam hukuk sistemi tamamen reddedilerek, Batı hukuk sistemi kabul edilmiştir.

Bu açıdan, iktibas metoduna karar verilmeden önce yeni Türkiye'ye uygun kanunlar yapmak üzere kurulan komisyonların çalışmalarının sonuç vermemesi, sık sık belirtildiği gibi bunların yavaş işleyen çalışmaları ile ilgili bir sorun değildir. Aynı zamanda, ortaya çıkan kanun tasarılarının dayanakları da önemlidir. Batılılaşmayı ve tamamen özgür ve bağımsız bir ülke olmayı hedeflemiş olan Türkiye, komisyonların yaptığı kanun tasarılarını da bu doğrultuda yani, Batı ile uyum yada Batı hukuk sistemine uygunluk ölçüsüne göre değerlendirmekteydi. Bir başka deyişle, yeni kanunlar, batılı manada yeniden dizayn edilmesi düşünülen devlet ve toplum modeline uygun olmalıydılar. Oysa eski usul ve zihniyete göre (kanunlar yapılırken hem İslam ve hem de Batı hukukundan yararlanılması) devam eden komisyonların

⁶³ Mahmut Esat, "Türk Kanunu Medenisi Hakkında: Kritikler", *Hukuk Gazetesi*, No: 25-26, 21 Teşrin-evvel 1939, s. 4.

çalışmaları bu amaca yeterince uygun görülmemektedir. Buna mukabil Batının kanunlarının ise zaten Türk inkılabının istediği toplumsal ve ekonomik düzenlemeleri içerdiği düşünülmektedir. Bu açıdan, kanunları yavaş yavaş Batılı kanunlara benzetmek yerine, bir bütün olarak Batı'dan alınması, dönemin siyasal atmosferinde daha rasyonel bir çözüm olarak görülmüştür.

Hukuk ve adliye sisteminin yenilenmesinde belli ölçüde Lozan görüşmeleri sırasında yabancılar tarafından ileri sürülen eleştiriler ve Anlaşmanın sonuçları da belirleyici olmuştur. Bu nedenle batılılar, özellikle Medeni Kanun ve hukuk inkılapları ile ilgili değişimleri, tek bir açıdan, yani, azınlıkların haklarının korunması ve Lozan'da kapitülasyonlardan vazgeçilmesinin bir karşılığı olarak değerlendiriyorlardı⁶⁴. Oysa, bunun gönüllü olarak yapıldığı, Medeni ve Borçlar Kanunu kabul edildikten bir süre sonra, Mahmut Esat'ın Fribourg Hukuk Fakültesi'ne yolladığı ve basında yer alan mektubunda söylediği, “muhakkak surette umarım ki, Türk halkının garp medeniyetini pürüzsüz bir tarzda almak hususunda sarf etmekte olduğu necip mesaiyi İsviçre halkı bütün sempatisiyle yad edecektir...”⁶⁵ şeklindeki sözlerinden de anlaşılacağı üzere Türkiye için bu bir medeniyet meselesiydi. Hukuk inkılapları içerisinde, özellikle Medeni Kanun'un kabulünden sonra dış basında yapılan yorumlarda azınlıklar ve kapitülasyonlar teması daha çok işlenmiştir⁶⁶. Bununla birlikte, yargısal birliğin sağlanması ve Türkiye'nin hukuk ve adliye örgütü üzerindeki yabancı müdahalesinin ve müdahale imkanlarının ortadan kaldırılarak, egemenlik hakkının korunması isteğinin de iktibasların yapılmasında önemli bir etken olduğunu söylememiz mümkündür⁶⁷.

İktibas yolu ile ve Medeni Kanun'un alınması ile başlayan bu kanunlaştırma hareketi, Tanzimat'tan beri süregelen, Avrupalı devletlere kendini kabul ettirme ve onlar safında yer alma istek ve mücadelesinin, yani batılılaşmanın en dikkate değer adımlarından biridir. Mahmut Esat'ın; “Başta Medeni Kanunumuzla, diğer bütün yepyeni kanunlarımızın Türk milletine, Türk devletine büyük faydalarından birisi de Türkiye'mize modern devlet anlamını vermesi ve Hıristiyan batı ile aramızda asırlardır sürüp giden düşmanlığı ortadan kaldırmasıdır”⁶⁸ şeklindeki sözleri, yukarıda bahsettiğimiz Batılılaşma çabalarının, farklı düzeylerde ve farklı ifadelerle yürütülmeye çalışılmasına rağmen, temelde bir İslam-Hıristiyan mücadelesi şeklinde algılandığını göstermesi açısından ilgi çekicidir⁶⁹. Bu açıdan hukuk inkılapları

⁶⁴ Orhan Koloğlu, “Medeni Kanununun Yurt Dışındaki Yankıları”, *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1992, s. 212.

⁶⁵ “Adliye Vekilimizin Fribourg Fakültesi'ne Mektubu”, *Ahenk*, 22 Ağustos 1926.

⁶⁶ Koloğlu, “Medeni Kanununun Yurt Dışındaki”, s. 212.

⁶⁷ Uğurlu Şenel, “Mahmut Esat Bozkurt”, s. 139.

⁶⁸ Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu”, s. 17.

⁶⁹ Uğurlu Şenel, “Mahmut Esat Bozkurt”, s. 141.

ve özellikle Medeni Kanunun kabulü, aynı zamanda İslamı ifade eden doğu medeniyetinin Batı karşısındaki yenilgisini ifade etmektedir.

Sonuç olarak, farklı medeniyetlere yada hukuk sistemlerine sahip milletler arasında özellikle Medeni hukuk sahasında gerçekleşen iktibasların, iki medeniyeti oluşturan tarihi değer, kültür ve diğer özelliklerindeki temel farklılıklardan dolayı, aynı medeniyete mensup toplumlarda gerçekleşen iktibaslardan daha sorunlu olacağı aşıkardır. İki farklı hukuk kaynağından çıkan kurallar arasında uyum ve ahengin sağlanması ve bunların toplum tarafından benimsenerek uygulanması zaman alır. Türkiye’de 1926’da başlayan iktibaslar, ani ve top yekun olduğu için inkılap niteliğindedirler ve hepsinde de uyum sorunları yaşanmıştır. Bu nedenle kısa bir süre sonra kanunların çoğunda bir takım değişiklik ve düzenlemelere gidilerek, milli bünyeye uyumları sağlanmaya çalışılmıştır. Toplum ve hukukun karşılıklı etkileşimleri, zaman içerisinde, iktibas edilmiş bu kanunların yabancı olmaktan çıkarak kabul edilmelerini sağlamıştır. Topluma uymadığı gerekçesiyle en fazla eleştiriye maruz kaldığı halde, bu dönemde Medeni Kanunda herhangi bir değişiklik yapılmaması dikkate değerdir. Bunun sebeplerinden biri de, bir medeniyet projesi olarak değerlendirilmesi ve bir anlamda Cumhuriyetten sonra başlayan yeni düzeni sembolize etmesidir. Bununla birlikte, eski hukuk sisteminden kalan çok evlilik, imam nikahı gibi bazı unsurlar, Medeni Kanun kabul edildikten sonra, gayri resmi de olsa, toplumun bazı kesimlerinde meşruiyetlerini koruyarak varlıklarını devam ettirmişlerdir.

TÜRK BATILILAŞMASINDA MEDENİ KANUN’UN ÖNEMİ

Özet

Bir toplumun sahip olduğu medeniyetin göstergesi olan hukuk, tarihi bir sürecin ve yaşanmışlıkların bir sonucu olabileceği gibi, aynı zamanda toplumu biçimlendiren bir araç olma özelliğine de sahiptir.

Osmanlı’da, Tanzimat döneminde, dış baskı ve kapitülasyonlardan kurtulma isteği sonucunda başlayan Avrupa hukukunun iktibas süreci, 1926’da İsviçre Medeni Kanunu’nun alınmasıyla tamamlanmıştır. Eski dönemden farklı olarak, topyekün batı medeniyetine dahil olma kararı alan inkılapçılar, medeni kanun ile mevcut toplumsal yapıyı da değiştirmeyi amaçlamışlardır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Hukuk, Batılılaşma, Mahmut Esat Bozkurt, Hukuk, Toplumsal Değişme.

Abstract

Law is an indicator of the civilisation which has the community. It is the way of giving shape to the populace or it may a result of historical process and experiences of life.

The westernization of the laws in the Ottoman State, started after the Tanzimat. This process was completed by civil code which was accepted on 17th February 1926. It was a literal translation of the Swiss code. In this manner, it was broken with the tradition of hundreds of years. So, civil code just isn't a law reform for Turkey, same time it is a project of civilisation that aims changing the social structure.

Key Words: Cod Civil, Westernisation, Mahmut Esat Bozkurt, Law, Social Transformation.