

“TÜRK’ÜN RUHUNDAN DOĞAN KANUNLAR İSTERİZ”: ERKEN CUMHURİYET DÖNEMİNDE MEDENİ KANUN YAPIMINA YÖNELİK ÜÇ GÖRÜŞ VE HUKUK POLİTİKASININ DEĞİŞİKLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME
"WE DEMAND LAWS ROOTED IN THE SPIRIT OF THE TURK": AN EVALUATION OF THREE PERSPECTIVES ON CIVIL LAWMAKING AND THE TRANSFORMATION OF LEGAL POLICY IN THE EARLY REPUBLICAN ERA

Çağatay ŞAHİN*

Özet: Osmanlı İmparatorluğu’nda Batı temelli hukuk alımı tartışmaları Osmanlı-Türk aydınları arasında ideolojik bir kutuplaşmayı çok farklı boyutlarıyla sunmaktadır. Bu kutuplaşma Türkiye’de çağdaşlaşma serüveninin bir yansıması üzerinden hukukun oluşumunun nasıl olması gerektiği yolunda çeşitlilik göstermektedir. Burada özel hukuk alanı büyük önem arz etmektedir; zira başta aile hayatı olmak üzere medeni hukukun hangi kaynaklar üzerinden şekillenmesi gerektiği yolundaki ayrışmalar politik alandaki kutuplaşmalardan bağımsız değildir. İslamcı, Türkçü ve Batıcı kanatlar arasında hukukun toplum mühendisliği yolunda bir işlev görüp göremeyeceği ve burada medeni hukukun nasıl teşekkül edeceği hususu büyük tartışma konusudur. Ayrıca hukuk alımı veya yapımı, hâkime hak dağıtma faaliyetinde takdir yetkisinin ve hukuk yaratma faaliyetinin hangi sınırlar içerisinde tanınacağına doğrudan belirleyicisi olmaktadır. Çalışma milli bir medeni hukukun nasıl olması gerektiği konusunda o dönemdeki akımların yerleşik ideolojik pozisyonlarını ve tasarılarını hukuk teorisi üzerinden tartışmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Kanun, Örf ve Âdet Hukuku, Resepsiyon, Kodifikasyon, Tarihçi Hukuk Okulu

Abstract: In the Ottoman Empire, debates surrounding the reception of Western-oriented legal systems reveal a multifaceted

* Dr. Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-6184-5053, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.12.2024, Kabul Tarihi: 08.01.2025

ideological polarization among Ottoman-Turkish intellectuals. This polarization reflects the diverse perspectives on how law should be constructed within the broader narrative of Turkey’s modernization process. The domain of private law occupies a particularly prominent position in this discourse; disagreements regarding the sources that ought to inform civil law -particularly in matters such as family life- are intrinsically linked to the political cleavages of the era. Central to these debates is whether law could function as a tool of social engineering and, within this framework, the manner in which civil law should be constituted. This issue was a focal point of contention among Islamist, Turkist, and Westernist factions. Moreover, the process of legal reception or creation served as a critical determinant of the boundaries within which judicial discretion and law-making authority would operate. This study seeks to analyze the established ideological positions and theoretical frameworks proposed by the intellectual movements of the period regarding the construction of a national civil code, through the prism of legal theory.

Keywords: Civil Code, Customary Law, Reception, Codification, Historical School of Law

GİRİŞ

Erken Cumhuriyet Dönemi’nde yeni rejimin ilanı sonrası kanunlaştırma tartışmaları bu süreçte hukukun ne yönde ilerleyeceğine dair herhangi bir tartışma ortamının oluşmasına mahal verilmediği yönünde kuvvetli bir argüman barındırmaktadır. Bu argümana göre Türk devrimini gerçekleştiren kadro, bu alandaki politikasını en başında Batı hukukunun doğrudan benimsenmesi yönünde belirleyerek kanun alımlarını gerçekleştirmiştir. Buna karşılık hukuk politikasının ne yönde olacağına dair yapılan araştırmalar, eski rejimden kalan hukukun tadiline dair duraksama ve çabaların büyük farklılıklar arz ettiğini göstermektedir. Bu farklılıklar başta medeni hukuk olmak üzere o zamanki düzenlemelerin dayandığı hukuki yapı dolayısıyla cumhuriyetin ilk yıllarında şer’i hukuk ile Batı hukuku arasında bir sentez arayışını doğurmuştur. Gerçekten de Lozan Görüşmeleri’ne ait tutanaklardan görüldüğü üzere kurucu kadro arasında 1924 yılı itibarıyla Batı’dan doğrudan kanun alımı yapılacağına ilişkin herhangi bir somut bir işaret bulunmamaktadır. Bu süreçte farklı görüşler ağırlık kazanmış, eski hukukun düzenlenmesi amacıyla komisyonlar kurulmuş ve radikal görüş yaşanan şiddetli tartışmalar sonrasında giderek ağırlık kazanmıştır. Bu tartışmaların ana eksenini, İslam hukukunu savunan muhafazakar kesim ile Batı hukukunu öneren radikal kanat arasında temel bir çatışma olarak öne çıkmaktadır; ancak kanun yapımını uzun

döneme yayarak milli kanunlarla ülkeyi idare etme fikrinin Meclis'te destekçilerinin olduğu görülmektedir. Seyyid Bey'in Adliye Vekilliği döneminde Mecelle-i Âhkam-ı Adliyye'nin tadiline dair çalışmalar fıkıh temelli bir medeni hukuk yapımına işaret ederken, Mustafa Necati Bey'in vekillik döneminde kanunları hazırlamakla görevli komisyonlara yönelik eleştirilerin arttığı bilinmektedir. Radikal kanadın genç isimlerinden Mahmut Esat Bey ise Batı temelli hukuk alımının radikal destekçileri arasındadır. Bu yönüyle bakıldığında çalışma Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk üç adalet vekili dönemindeki kanunlaştırma politikaları arasındaki farklılıkların kökenine hukuk felsefesi ve toplumbilim ekseninde bir açıklama sunmayı amaçlamaktadır.

I. I. VE II. HÜKÜMETTE YENİDEN TANZİM ÇALIŞMALARI: SEYYİD BEY VE MUSTAFA NECATİ BEY DÖNEMLERİ

19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu idari ve adli teşkilat yönünden içerisinde bulunduğu karışıklığı teşkilatları yeknesak hale getirerek aşmaya çalışmaktadır. Bunu sağlamanın yollarından biri ise kanunlaştırma faaliyetleri ile adliye teşkilatının ekonomik ve siyasi ihtiyaçların önüne geçebilmek için kapsamlı bir dönüşüm geçirmesidir. Bu dönüşümün bir uzantısı ise İslam hukukunun dağınık yazılı kaynaklarını bir araya getirecek bir *code* oluşturulması hususunda oluşan gerekliliktir; zira İslam âlimlerinin rey ve içtihatları karşısında bu düzenlemeleri bir araya getirme girişimi 18. yüzyıl sonuna kadar gerçekleşmemiştir.¹

Hukuk sistemini düzenli hâle getirme arayışının önemli bir yansıması ise medeni kanun ile ilgili muhtelif topluluklara karşı uygulanacak hukuk ve davanın görüleceği mahkemelerde birlik sağlanmasına ilişkindir. Bu durum Batı temelli medeni kanun alımını destekleyenler ile milli kanun yapılmasını savunanlar arasında devletin yüksek kademelerinde bir tartışmayı beraberinde getirmiştir.² Bu hususta Fran-

¹ Sıddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u: Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 20, Sayı: 1-4, İstanbul 1954, s. 57.

² Dikkat çekici şekilde Fransız elçisinin medeni hukuk alanında kendi ülkelerine ait bir kanun metninin kabulü hususunda büyük bir çaba sarf ettiği görülmektedir. Bu hususta Fransa'nın İstanbul'daki maslahatgüzarı M. Outrey tarafından çekilen bir telgraf, iktibas amacıyla bir komisyon kurulduğunu ve Code Civil'in tercih

sız Medeni Kanunu *Code Civil*'in alınması görüşünü destekleyen Âli Paşa ve Hanefi fıkıh ilkelerinden müktebes bir kanun hazırlanmasını savunan Ahmed Cevdet Paşa'nın başını çektiği iki ana görüş oluşmuş ve Cevdet Paşa'ya ait görüşün benimsenmesi sonucu 1876'da *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*³ kabul edilmiştir. Fransız Medeni Kanunu'nun alınması gerektiğini savunan resepsiyon taraftarları karşısında Ahmed Cevdet Paşa fıkıh esaslarına bağlı kalarak yerli bir kanun hazırlayabileceğini ifade etmiş ve kurulan komisyon üslup bakımından oldukça sade bir metin oluşturmayı başarmıştır.⁴ Sonraki yıllarda ülke sınırlarının ötesinde İslam coğrafyasında büyük bir etkinlik kazanan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de 1916-1922 yılları arasında farklı zamanlarda değişikliğe gidilmiş ise de İmparatorluğun mevcut durumu sebebiyle değişiklikler tamamlanamamıştır.⁵ 1916'da kurulan komisyonun diğer mezheplerden faydalanma ve şer'i hükümlere aykırı olmama kaydıyla farklı hukuk sistemlerini gözetme anlayışı bir ilke olarak benimsenmiş; ancak komisyon çalışmalarını sürdürme olanağını bulamamıştır. Cumhuriyet'in ilanı sonrası kurulacak ikinci komisyon da benzer nitelikte bir girişimde bulunmuş; ancak burada dayanılacak hukuki yapı hususunda bir görüş birliğine varılamamıştır.⁶

Cumhuriyetin ilan edilmesinden Hilafetin kaldırılmasına kadar olan süreçte İzmir mebusu Seyyid Bey, Hilafetin kaldırılmasından İsmet İnönü'nün üçüncü kez kurduğu hükümete kadar Mustafa Necati Bey ve ardından yine İzmir mebuslarından Mahmut Esat Bey Adliye Vekilliği makamlarında icraatta bulunmuşlardır. Bu hususta Seyyid

edileceğini haber vermektedir. Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009, s. 61-65.

³ 1855 yılından itibaren başlayan çalışmalarda *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin hazırlanması yolundaki ilk teşebbüsler sırasında da benzer fikir ayrılıklarının olduğu görülmektedir. Komisyonun ilk dönemlerinde ağır basan *Code Civil*'in iktibas edilmesi görüşü daha sonra milli kanun hazırlanması fikrine yerini bırakmıştır. Ayrıca Cevdet Paşa'nın muhafazakâr görüşlerinden başta dönemin Fransız Büyükelçisi De Bourree olmak üzere Batılı devlet adamlarının rahatsızlığı bilinmektedir. Mehmet Âkif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 28, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2003, s. 231-235.

⁴ Esat Arsebük, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Ankara 1943, s. 13.

⁵ Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, s. 163-164.

⁶ Aydın, s. 231-235.

Bey ile başlayan süreçte cumhuriyetin ilanı sonrası tekrar kurulan Mecelle Tadil Komisyonu'nun ortaya çıkardığı tasarı, ekonomik hayatın gelişimiyle ilgili değişiklikleri kapsamı sebebiyle takdir edilmiştir; ancak ilgili metnin fıkıh dili son derece ağır bulunmuş, kişilik hakları, aile, nafaka ile miras hükümlerine yer vermemekle eleştirilmiştir.⁷ Şüphesiz burada Hanefi mezhebine göre hazırlanmış olan Mecelle'nin gerçek anlamda bir medeni kanun niteliğini taşımadığını belirtmek gerekir; zira burada düzenlenmiş konularda yine fıkıh uygulaması benimsenmiş ve bir kanunlaştırma yoluna gidilmesi tercih edilmiştir. Buna karşılık Abdullah Cevdet, Celal Nuri, Ziya Gökalp ve Mansurizade Said gibi düşünürler ise aile hukukuna yönelik eksiklerin giderilmesi yönünde yoğun uğraş vererek 1917'de *Hukuk-i Aile Kararmamesi*'nin çıkarılmasında etkili olmuşlardır.⁸ Bu kararnamenin çıkarılma sebebi, büyük oranda muhafazakâr görüşe sahip üyeleri olan yasa koyucu iradenin II. Meşrutiyet yıllarında gelindiğinde toplumsal ihtiyaçlara karşılık verme kabiliyetini yitirmesidir. Devlet bu düzenlemeyle gayrimüslim azınlıklar da dâhil olmak üzere başta evlenme akdi ile boşanma meselesi olmak üzere özel alana müdahale ederek kendisini yetkili olarak göstermektedir.⁹ İstiklal Savaşı'nın sona ermesi sonrasındaki dönemde gerek hukuki dayanağı tesis etmek gerek kanun hazırlamak amacıyla Mecelle Vâcibat, Mecelle Ahvali Şahsiye gibi

⁷ Bu tasarıda Mecelle metninin kaldırılan madde ve fıkra sayısı 108'dir, 62 madde kısmen ya da tamamen değiştirilmiş ve 36 madde, fıkra ve terim eklenmiştir. Taha Akyol, Atatürk'ün İhtilal Hukuku, Doğan Kitap, İstanbul 2012, s. 536.

⁸ Şaduman Halıcı, Yeni Türkiye Devleti'nin Yapılanmasında Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2004, s. 264. Onar'ın da ifade ettiği gibi Mecelle bir kodifikasyon değil, bir compilation'dur. Kelime anlamıyla bir kanun veya hukuk anlamı içermeyen Mecelle, esasen birtakım meseleleri derleyen, "adliyyeye taalluk eden kaideleri ihtiva eden" küçük bir hacme sahip kitap anlamına gelmektedir. Onar, 58.

⁹ Zafer Toprak, Türkiye'de Kadın Özgürlüğü ve Feminizm (1908-1935), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2015, s. 12-13. Osmanlı tarihinde Hasan Sırrı Bey tarafından kaleme alınan ilk devletler öze hukuku eserinde de Katolik ülkelerin ekseriyetle mezhebi nikâh(mariage religieux)ta, Protestan ağırlıklı ülkelerin ise medeni bir nikâh(marriage civil)ta ısrar ettiklerine yer verilmektedir. Boşanma (talak) meselesinin bu durumla doğrudan ilgisi olduğunu ifade eden yazara göre mezhebi nikâh uygulayan ülke hukuklarının izin vermediği boşanmaya medeni nikâh kurumuyla çalışan ülkelerde onay verilmektedir. Örikağasıade Hasan Sırrı, Hukuk-ı Husûsiyye-i Düvel, (trans. O. C. Saatcıoğlu), XII Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 158-159.

belirli komisyonlar kurulduğu bilinmektedir. Aydın’a göre bu komisyonların çalışma usulleri amacıyla oluşturulan talimatnamenin de hukuk politikasında sentez fikrine sahip olduğu açıktır.¹⁰ Bu tartışmada talimatnameye muhalif bir mebus olarak görülen İzmir mebusu Şükrü Saraçoğlu’nun 1924’te kullandığı şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir:

“Milletimiz kendisini yalnız kendisi vasıtasıyla idare etmek istiyor ki bütün kavanin, ne Frengistan’dan gelsin ne de Arabistan’dan gelsin, istiyor ki kendi ihtiyacatı, kendi ruhiyatı kendi evlatları tarafından kanun şeklinde tanzim edilsin ve kendi tarafından tatbik edilsin: Adliyenin milli bir tane kanunu yoktur. Bütün kanunlarımız Freng ve Arap kanunlarının karmaşık edilmesinden mürekkep bir halitadır”¹¹.

“Türkiye’de Çağdaşlaşma” isimli ünlü eserinde Berkes, aslen bir İslam hukuku müderrisi olan Adliye Vekili Seyyid Bey’in gelenekler ile hukukun koşut şekilde ilerlemesi ve hukukun halkın örfi yorumuyla uyumlu olması gerekliliğine yönelik bir fikriyata sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu doğrultuda tarihsel çizgi olarak Mecelle’nin kabulünden itibaren Cevdet Paşa ile gördüğümüz bu tutucu hukuk anlayışı, Seyyid Bey’in düşüncesi ile Ziya Gökalp’in “hars” görüşü üzerinden daha belirgin hale gelmektedir.¹² Gerçekten de Seyyid Bey’in Gökalp çizgisine yakın olduğunu gösteren ifadeler, kendisinin fıkıh açısından reformist ancak devrimci anlayışa göre muhafazakâr tarafta olduğunu ve hızlı bir kanunlaştırmanın ülkenin hukuk hayatına fayda yerine zarar getireceği fikrini benimsediğini göstermektedir.¹³

¹⁰ Mehmet Âkif Aydın, “Türk Hukukununun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”, *İslâmi Araştırmalar Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Ankara 1995, s. 166-167.

¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 25.2.1340, Devre II, Cilt 6, s. 334.

¹² Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013, s. 527-528.

¹³ Akyol, s. 534. “Cumhuriyet Türkiye’sinde hukuk alanında yapılan çalışmalar özellikle ilk meclis hatta ikinci meclisin ilk yıllarına kadar Osmanlı son döneminde yapılan çalışmaların devamı niteliğinde olmuştur. Örneğin kurulan tadil komisyonları marifetiyle Hukuk-i Aile Kararnamesi neredeyse esas alınarak aile hukukunun yeniden düzenlenerek Meclis’ten bir medeni kanun çıkarma çalışmaları yürütülmektedir. Bu yöndeki çalışmalar esasen dönemin şartları düşünüldüğünde oldukça yavaş ve fakat muadili Avrupa ülkelerindeki medeni hukuk yapım süreçlerine bakıldığında ise hayli hızlı ilerlemektedir. Lakin medeni hukuk alanında yapılan iş hukuk alanını ilgilendirir gözükse de mahiyeti bakımından insan, toplum ve devlet tasavvurundan bağımsız yani ideolojik ve siyasi olmaktan uzak değildir”. Ömer Faruk Ocakoğlu, *Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Gelişmeler ve Toplumsal Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 310-311.

1923 yılında Mecelle'yi tadille görevlendirilen Vâcibat Komisyonu¹⁴'nun başına getirilen Seyyid Bey'in kabinenin tek yeni üyesi olarak Adliye Vekili olması kendisinden hukuk politikası yolunda beklenti içerisinde olunduğunun bir işaretidir. Bununla beraber II. Meşrutiyet dönemi kanunlaştırmalarına sıklıkla atıf yapan Seyyid Bey'in dönemin şart ve gerekleri gözetilerek fıkıh ilmi içerisinde uygun bir yol bulunması gerektiğine dair görüşleri, vekillik dönemine ve akademik eserlerine yansımış bir husustur.¹⁵ Halifeliğin kaldırılması öncesi başlanan Aile Kanunu girişiminde de çağrı yakalamak fikri benimsenmekle beraber kanunun İslam hukuk okullarının sınırları içerisinde kalması fikri daha ağır basmaktadır. Bu uyuşmazlıkla ilgili olarak çekeşlilik mevzusunu öne çıkaran Berkes, çekeşliliği kaldırmaktan kaçınan komisyon tasarısının 1923 ve 1924 yıllarında Meclis'te birçok tartışmaya sebep olduğunu vurgulamaktadır.¹⁶ Ayrıca Mecelle özelinde eski hukukun ıslahı üzerinde çalışan komisyona ilişkin mevcut hükümet ile komisyon üyeleri arasında büyük bir görüş farkı bulunduğu dikkat çekilmektedir; zira komisyon açık biçimde hukukun fıkıh temeline dayanması gerektiğini düşünen ve detaycı bir metin yoluyla hâkimlerin takdir yetkisinin asgari sınırdan tutulmasını düşünen üyelerden oluşmaktadır.¹⁷

¹⁴ Vacibat Komisyonu'nun temel işlevi Mecelle'yi Tadil Komisyonu'nun alt encümeninden gelen layihanın müzakeresini tamamlamaktır. Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020, s. 185.

¹⁵ Sami Erdem, "Seyyid Bey", TDV Ansiklopedisi 37. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009, s. 54-55.

¹⁶ Berkes, s. 528-529. Fındıkoğlu gayrimeşru evlenme ve gayrimeşru çocuk mevzusunun 1926 sonrası oluşan durum bakımından bir benzerinin olmadığını ifade etmektedir. Kişiler Medeni Kanun öncesinde evliliklerini gayrimeşru olarak kabul etmemektedir; zira bu evlilik ya da evlilikten doğan çocuklar da dini nikâh sonucu olup meşru olarak addedilmektedir. Bu durum o kadar yerleşik bir hâl almıştır ki resmi nikâh, toplum tarafından uzun süre gayrimeşru olarak görülüp dini nikâh ile kuvvetlendirilmesi istenmiştir. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, "Medeni Kanunumuz Etrafında Bazı Sosyolojik Meseleler", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, Ankara 1958, s. 183.

¹⁷ Arsebük, s. 18-19. Belgesay'a göre Mecelle yüzyıllar önceki İslam âlimleri tarafından ortaya konan kanaatlerin zamanın ihtiyacına göre yorumlanması sebebiyle çağının ötesinde yeni bir kavram veya kurama sahip olmayan bir metindir. Buna ek olarak yargıçlara yeniliklere ve değişen şartlara uygun bir içtihat getirme olanağı bırakmayan Mecelle, külli kaideler vasıtasıyla bu yolun önünü kapatmayı seçmiştir. Mustafa Belgesay, "Mecellenin Külli Kaideleri Ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2011, C. 12, S. 2-3, s. 561-608.

İlgili kanun tasarısı 1923 yılında Seyyid Bey tarafından Meclis’e sunulmuş ve muhafazakar temelli hukuk çizgisine sahip mebusların kanunlar ile gelenekler arasında açık şekilde bir uyumluluk arayışında olduğu hususu belirgin hale gelmiştir. Diğer bir ifadeyle geleneklerin sürdürülmesine dair görüşün baskın olması, Seyyid Bey’in içerisinde olduğu bu görüş taraftarlarının nazarında hukukun gelenekler üzerinde değiştirici gücünü kısıtlı bularak mevcut hukukun dine bağlı kalması gerekliliğini yansıtmaktadır.¹⁸ Tüm bu gelişmeler ise hukuki manada esaslı değişiklik beklentisi içinde olanların komisyonlara olan desteklerini çekmelerine neden olmuştur. Bununla beraber ticaret hukuku ile ilgili kurulan komisyonun medeni hukuk çalışmalarındaki durum karşısında daha farklı bir yol izlediği ifade edilmektedir. Tasarı temel olarak “âdât-ı kadime”yi yani köklü gelenekleri hukuk yoluyla çağdaşlaştırma amacını taşımakla beraber özel hukuk alanında çok hukukluluğu kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle yaşanan uyumsuzluklarda Hristiyan ve Yahudi topluluklar kendi dinlerinin emrettiği kurallara göre bunları çözecekler, Müslümanlar ise Hanefî mezhebi dışında Şafî, Malîkî, Hanbelî okullarına göre meselelerini halletme olanağına sahip olacaklardır.¹⁹ Bu konuda İnalçık, Osmanlıda yeni mahkemelere dair ihtiyacın öncelikle ticaret hukukuyla başladığına dikkat çekmektedir. Bu ihtiyaç doğrultusunda şer’î mahkemeler ile işleyen devlet uhdesindeki laik mahkemelere atıfla kullanılan “*nizam*” sıfatı, 1860 yılında Müslim ve gayrimüslimler için geçerli Nizamîye Mahkemeleri’nin kurulmasına sebep olmuştur.²⁰ Seyyid Bey’in Meclis’te ifade ettiği şu görüşler de bu hususta oldukça önemlidir:

¹⁸ Berkes mevcut hukuk politikasının nasıl çizileceği tartışmasında Ziya Gökalp’in hars ve medeniyet ayrımının belirleyici olduğuna inanmaktadır. Gökalp’in Türkleşmek-İslamlaşmak ve çağdaşlaşmak arasında bulunduğu eşitliğin hukuk kurallarıyla ilgili tartışmalı olduğuna dikkat çeken düşünür, dikkat çekici biçimde Gökalp çizgisinin devrimci görüşten ziyade tutucu hukuk görüşüyle uyum gösterdiğine dikkat çekmektedir. Berkes, s. 528-529

¹⁹ Berkes, s. 528.

²⁰ Halil İnalçık, Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2023, s. 141-142. Uluslararası alanda egemenlik mücadelesi ve gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının hukuki durumlarındaki düzenleme değişiklikleri İslam kamu hukuku prensiplerinin devlet yönetiminde daraltılmasına sebep olmuştur. Büyük oranda padişah fermanlarıyla gerçekleşen bu uygulamalar zimmi-müslüman ayrımının yerini yeni düzene alışmaya çalışan Müslümanlar ile mükellefiyetlere karşı gelen gayrimüslimler olarak ikiye ayırmıştır. Düşünsel zeminde Osmanlılık fikri ise son tahlilde İslami düşüncenin Batı düşüncesine galip gelmesine sebep olmuştur. Gülnihal Bozkurt, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1989, s. 216-217.

“Ben size bir ayda büyük bir kanun, Devletin Kanunu Medenisini bile getirebilirim, ne yaparım? Alman veya İsviçre Kanunu Medenisini tercüme ettirerek Heyeti Âliyenize takdim edebilirim. Lâkin ona Türkiye Kanunu denmez. Muhterem Saraçoğlu Şükrü Bey’in tâbiri veçhile «Türk’ün ruhundan doğan kanun» denmez, Alman veya İsviçre Kanunu denir. Almanya ve İsviçre başka, Türkiye başkadır. Türkiye’de Türkiye kanunu lâzımdır. Bu da uzun uzadıya tetkike muhtaçtır. Kaş yapalım derken göz çıkarmayalım, metin ve sağlam esaslar üzerinde yürüyelim²¹”.

Seyyid Bey, hilafetin ilgasına dair görüşmelerde yaptığı akademik derinliği yüksek konuşmalar ile Meclis’te büyük bir takdir toplamıştır; ancak 6 Mart 1924 tarihinde İsmet Paşa hükümetinin göreve gelmesiyle kabine dışı bırakılmıştır. Bu durum Seyyid Bey’in Batıdan medeni kanun alınmasına karşı çıkan mebuslardan biri olmasıyla ilişkilendirilmektedir²². Seyyid Bey’den sonra kurulan İsmet Paşa hükümetinin Adliye Vekili olan Mustafa Necati Bey döneminde ise yargı birliği açısından büyük bir engel teşkil eden şer’iye mahkemeleri kaldırılmış, bu mahkemelerin alanlarına asliye hukuk mahkemeleri ve Yargıtay’ın bakmasına karar verilmiştir.²³ Genç ve teşkilatçı bir kişiliğe sahip olan Mustafa Necati Bey’e göre milli değerleri gözeten bir kanun alımı anlayışı öne çıkartılmalıdır; ancak bunun yabancı kanunların doğrudan tercümesi şeklinde yapılmamasına önem verilmelidir.²⁴ Ayrıca Mustafa Necati Bey’in TBMM’nin 3 Nisan 1924 tarihli toplantısında Ahval-i Şahsiye Komisyonu’nun hazırladığı tasarıyı yeniden görüşüleceği gerekçesiyle geri çekmesi ve 3 Mart 1924 tarihinde kabul edilen “Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun” da gerekli siyasi ortamın hazırlanmasında tamamlayıcı unsurlar olmuştur.²⁵ Buna ek olarak Ahkâm-ı

²¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 3.3.1340, Devre II, Cilt 7, s. 60-61.

²² Bu tercih Seyyid Bey’in mebusluktan istifa ederek Darülfünun’daki görevine dönmesinin başlıca sebebidir. Seyyid Bey daha sonra İlahiyat Fakültesi’ne kurucu dekan olarak görevlendirilecek ve 1925’te yaşama veda edecektir. Akyol, s. 407.

²³ Tanzimat sonrası Nizamiye Mahkemeleri ile yetki alanı daraltılan bu mahkemeler, amaçlanan yargı birliğinin önünde bir engel olarak görülmüş ve Şeyhülislam-ıktan alınarak Adliye Nazırlığı’na bağlanmıştır Akyol, s. 537- 538.

²⁴ Mustafa Eski, Cumhuriyet Döneminde Bir Devlet Adamı Mustafa Necati, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 1999, s. 94-98.

²⁵ Gülnihâl Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020, s. 185-186. 2 Mart 1924 tarihinde gerçekleşen Grup Toplantısı tutanaklarında Seyyid Bey’in Hilafetin kaldırılmasının dinen ge-

Şahsiye Komisyonu’nun işleyişi, Mustafa Necati Bey’in döneminde Batılı ülkelerin yasalarından faydalanılması talimatnamede açık şekilde yazılmış biçimde değişikliğe uğramıştır; ancak komisyonun aile hukukuna dair tasarısı talimatnamedeki esaslara uymadığından ötürü yeni hukukun iktibas fikrine doğru ağırlık kazanması gerektiği görüşü benimsenmeye başlanmıştır.²⁶ Dokuz ay gibi kısa süren Adliye Vekilliği açısından önemli bir dönemde görev yapan Saruhan Mebusu Mustafa Necati Bey Nisan 1924’te sunulan tasarıdan sonra Meclis’teki konuşmasında şunları ifade etmektedir:

“Türkiye Cumhuriyeti’nde kanun birdir. Bunu kabul etmek de elzem ve zarurîdir. Dünyanın hiçbir yerinde böyle muhtelif şekillerde, muhtelif usullere tabi mahkemeler görülmemiştir. Onun için vahdet-i kaza’yı kabul ettik. Ve bir mahkeme esasını kabul ettik. Buna giderken orta yerde halli lazım gelen bir mahkeme vardı, şeriye mahkemeleri ne olacaktı? Asliye mahkemeleri ile birleştirilmiştir. Nasıl diğer mahkemeler birleştirilmiş ve bir mahkeme yapılmış ise bunlar da birleştirilmiş ve bir mahkeme haline konulmuş ve asliye mahkemesi olmuştur²⁷”.

İsmet Paşa’nın III. ve IV. kabinelerinde İzmir milletvekili olarak görev yapan Mustafa Necati Bey 6 Mart-22 Kasım 1924 arasında görev yapmıştır.²⁸ Mustafa Necati Bey döneminde Mecelle çalışmaları devam etmiştir; ancak sıklıkla eleştiri konusu olan ağıdalı fıkıh dili ve Mecelle sistematığı korunmuştur, ayrıca kişilik hakları, nafaka, aile ve miras

rekli olduğuna ilişkin uzun bir konuşma yaptığı görülmektedir. Karesi Milletvekili Ali Şuuri Bey’in hilafetle ilgili itirazına ilişkin olarak Seyyid Bey, hilafetin bir nevi vekâlet akdi olduğunu ve milletin müvekkil, halifenin ise onun vekili konumunda olduğunu bu konuşmasında dile getirmektedir. Şayet millet kendi işini kendi görmek niyetindeyse ve herhangi bir zâta vekâlet vermeyecekse bir vekil olarak hilafete ihtiyacı olmadığını göstermiş olmaktadır. Konu “basit bir mesele-i hukukiye” olmuştur. Demirel / Konur (haz.), s. 420-427.

²⁶ Bozkurt, 2020, s. 188. Mahmut Esad Bey “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?” isimli yazısında bu komisyonların amaçlarını eleştirmektedir. Komisyon üyelerinin temelde Türk toplumunun ihtiyaçlarına İslami esaslarla cevap verme amacında olduğunu ifade eden Bozkurt’a göre bu komisyonlar her milletin âdet ve ihtiyaçlarını ayrı olarak değerlendirmektedir; ancak Türk devletinin Batı dünyasına mündemice medeni haklar sistemine sahip olması gerekliliği anlayışından yoksundurlar. Mahmut Esad Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s. 7-20.

²⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 8.11.1340, Devre II, Cilt 8, s. 140.

²⁸ Fahri Çoker, Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem 1919-1923 III. Cilt, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No: 6, Ankara 1994, s. 842.

hükümleri metne eklenmemiştir. 108 madde kaldırılmış, 62 madde değişikliğe uğramış ve metne 36 fıkra veya terim eklenmiştir.²⁹

1924 Anayasası'nın kabul edilmesi sürecinde Adliye Vekili olarak görev yapmış³⁰ olan Mustafa Necati Bey'in başkanlığında Mecelle Tadil Komisyonu ile diğer komisyon çalışmaları devam etmiştir; ancak 3 Mart 1925'te kurulan Fethi Okyar hükümetinde Adliye Vekilliği görevine İzmir mebusu Mahmut Esat Bey getirilmiştir.³¹ Bununla beraber esasen Mahmut Esat Bey'in vekilliği döneminde çıkacak Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu gibi birçok temel kanunun hazırlığının Mustafa Necati Bey döneminde başladığı bilinmektedir³². Mahmut Esat'ın Adliye Vekilliği görevine gelmesiyle Mecelle ile ilgili çalışmalara son verildiğine işaret eden Halıcı, bu görevlendirmeye uzun vadeli bir program belirlendiğini ve 1930 sonuna kadar bu programa sadık kalarak çalışmaların yürütüldüğünü ifade etmektedir³³. Görüldüğü üzere yeni kanun konusunda düzenlemenin hangi kaynağa dayanarak yapılacağı hususundaki politika, yarım asır boyunca benzer biçimde devam etmişse de Cumhuriyet'in ilanı, Halifeliğin Kaldırılması ve şer'i mahkemelerin ilgası gibi gelişmeler kanunlaştırma çalışmalarının istikametini açık ve net bir şekilde değişikliğe uğratan gelişmeler olmuştur.

²⁹ Örneğin telefon yoluyla yapılan sözleşmelerin geçerli oluşu, dilsizlerin işaret dili yoluyla yaptıkları sözleşmelerin kabul edilmesine dair meseleler bunlar arasında gösterilebilir. Akyol, s. 536.

³⁰ Özbudun 1924 Anayasası ile ilgili çalışmasında Mahmut Esat Bozkurt'un Recep Peker, Şükrü Saraçoğlu, Refik Koraltan gibi isimlerle Meclis üstünlüğünü en hararetle savunan isimlerden biri olduğunu ifade etmektedir. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın gelecekte kurucuları olacak isimleri ile Cumhuriyet Halk Fırkası'nın önemli bazı isimlerinin meclis üstünlüğü fikrinde birleşmeleri konusunda Özbudun tüm milletvekillerinin ortak arzusunun bu yönde olduğunu ifade etmektedir. Ergun Özbudun, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 6.

³¹ Uyar'a göre Mahmut Esat Milli Mücadele döneminde kendisine yapılan Adliye Vekilliği teklifini geri çevirmiş ve hukuk alanında gördüğü eğitimin Türk adliyesinde radikal değişiklikler yapılmasını gerektirdiğini, bunların hayata geçirilmesinin o dönemin şartlarında mümkün olmadığını belirtmiştir. Hakkı Uyar, Sol Milliyetçi Bir Türk Aydını: Mahmut Esat Bozkurt, Büke Yayınları, İstanbul 2000, s. 72.

³² Eski, s. 116-117.

³³ Mahmut Esat'ın adliye örgütünü düzenlemesindeki iki temel amaç mahkemelerden adil ve hızlı biçimde kararlar çıkmasını sağlamak ve adliye örgütünü halkın tüm üyeleri için erişilebilir hale getirmektir. Halıcı, s. 267.

Diğer bir ifadeyle radikal kanat izleyeceği hukuk politikasında bu gibi büyük değişikliklerden faydalanmış **gözükmektedir**.³⁴ Buradan hareketle Seyyid Bey döneminin hukuk politikasında ağırlığını sürdüren organik gelişim tezinin Mustafa Necati Bey ile değişim gösterdiği ve Mahmut Esat Bey ile sert bir dönüşüme uğradığı ifade edilmelidir.

II. DEVRİMCİ BİR POZİTİVİST OLARAK MAH MUT ESAT BEY VE TÜRK HUKUK POLİTİKASININ DEĞİŞİMİ

Adliye Vekilliğine atanan Mahmut Esat Bey, Mustafa Necati Bey’den 22 Kasım 1924 tarihinde görevi devralmıştır. 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Hukuk Mektebi’nin açılışında konuşan Gazi Mustafa Kemal yeni bir hukuk rejiminin eski hukuku temelinden kaldırma yoluyla olacağını ve bu temelde gerçekleşen kanunlarla yeni hukukçu neslinin yetişmesini hedeflediklerini ifade etmiştir.³⁵ Ardından Hukuk Mektebi’nin kurulma amacı hakkında ulusun yüksek yararlarını gözetecek ve çağdaş bilimlerle uygarlık ilkelerini benimseyecek çağdaş bilimler ışığında ilerleneceğini ifade eden Mahmut Esat Bey konuşmasında cumhuriyetin hukuk politikası ile ilgili olarak İslam hukukunun yeniden tanzimini destekleyenlere ilişkin eleştirilerde bulunmuştur:

“(…)Mukadderatını bir Arap müçtehitinin sözlerine bağlı görece kadar Türk ulusunun bilinçten, anlayıştan, düşünceden yoksun olduğunu kim söyleyebilir? Türk’ü böyle ağır suçlama altında bırakmaya kimin hak ve yetkisi vardır? Böyle bir tarih var ise ki vardır, onun yanması ve kül olması gerekir. Fıkıh ve onun müntesipleri tarihin en büyük eureninde istibdat ve bozgunların gerekçesi oldular. Böyle sakat ve bozuk ilkelerle Türk ulusu gibi büyük bir ulusun mukadderatı yirminci yüzyıl ortasında yönetilebilir mi? Ayıp ve günah değil midir³⁶?”

³⁴ Seda Örsten Esirgen, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, *Adalet Dergisi*, Ankara 2019, S. 62-63, s. 462-463.

³⁵ “(…) Bütünü yeni kanunlar vücade getirerek eski esasatı hukukiyeyi temelinden kal’etmek teşebbüsündeyiz. Ve yeni esasatı hukukiye ile elifbasından tahsile başlayacak bir yeni hukuk neslini yetiştirmek için bu müessesatı açıyoruz.” Sadi Borak/Utkan Kocatürk (der.), *Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri I-III*, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Divan Yayıncılık, Ankara 2006, s. 249.

³⁶ Metin Prof. Dr. Coşkun Üçok tarafından sadeleştirilmiştir. Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 210, Ankara 1966, s. XXVIII.

Görüldüğü üzere Mahmut Esat Bey'in vekilliği sonrası Mecelle-i Âhkâm-ı Adliyye'nin tanzim edilmesine dair çalışmaların Türk devriminin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olduğu görüşü öne çıkmıştır. Mahmut Esat'ın ciddi bir program içerisinde hedeflerini hayata geçirmeye başlamasının ardından resepsiyon³⁷ çalışmaları ağırlık kazanmış ve fıkıh temelli hukuk görüşüyle birlikte milli kanunlar yapma fikri devrimin hukuk gündeminde ikinci plana atılmıştır. Özellikle yeni hukuk inşasında izlenecek yolun, 1923-1925 arasındaki belirsizliği Mahmut Esat'ın vekil olmasından sonra son derece hızlı bir şekilde yabancı kanun alımı fikrine doğru dönüşüm göstermiştir. Eski hukukun ikinci plana atılarak Batı'dan kanunlar yoluyla hukuk sisteminin yenilenmesine karar verilmiş ve hükümet İsviçre Medeni Kanunu'nun bazı değişikliklerle iktibasına yönelik bir çalışma içerisine girmiştir.³⁸ Burada özellikle Mahmut Esat Bey'in göreve gelmesinin ardından Mecelle Taddil Komisyonu'nun görevine son verdiği konuşma önemlidir:

"Sayın arkadaşlar, Türk ihtilalinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şart-sız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi Batı'dan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş

³⁷ Türkçeye yabancı hukuk alımı biçimi biçiminde tercüme edilebilecek olan resepsiyon, yabancı hukukun benimsenmesi, benimsetilmesi, bir bütün halinde alınması, kısmen alınması, eski bir hukukun yeniden canlanması gibi tüm olgulara karşılık gelen bir sözcüktür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cahit Can, Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012, s. 23. Yasalar alanındaki değişimle ilgili olarak Tanör, ana değişimin yabancı hukuk alımı olduğunu ifade etmektedir. Batı dillerinde reception, Osmanlıcada iktibas denilen bu ifadeye Yeni Türkçe karşılık olarak Gülnihal Bozkurt tarafından "benimseme", Sami Selçuk tarafından "alıntı" ve Cahit Can tarafından "alma" gibi terimler önerilmiştir. Bülent Tanör, Kurtuluş Kuruluş, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul 2006, s. 224.

³⁸ Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, Ankara 1996, s. 308. Kelime anlamı olarak iktibas "Kur'an ve hadisten alınmış bir ibareyi cümleye yerleştirmek anlamında edebî sanat" anlamına gelmekle beraber "birinin ilminden faydalanma" anlamını da ihtiva etmektedir. İslam medeniyetinde anlatımda dikkat çekici olması sebebiyle Kur'an ve hadis temelli iktibaslar edebî sanatlar arasında gösterilmiştir; ancak bunların kelime olarak kullanılması yeterli görülmemektedir, bir bütünden faydalanılması gerekmektedir. İsmail Durmuş, "İktibas", TDV İslam Ansiklopedisi 22. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2000, s. 52.

başarmaya borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm".³⁹

Hukukun bir sosyal dönüşüm aracı olarak kullanılması Mahmut Esat Bey'in hukuk söyleminde son derece belirgin bir unsurdur. Mecelle komisyonuna hitaben yaptığı konuşmada görüldüğü üzere hukuk, bir anlamda sosyal dönüşümün en önemli enstrümanı konumundadır. Mahmut Esat'ın özellikle medeni kanun alım sürecinde kullandığı sert pozitivist üslup en temel kanunların dahi birkaç saatlik tartışmalarla kabul edilmesi hukuk politikasındaki hızlı dönüşümün karar süreçlerine yansımaları açısından önemlidir.⁴⁰

Şüphesiz bir ülkenin içsel dinamiklerini kullanarak kendi kanunlarını yaratması yerine iktibas yoluna gitmesi, meşruiyet meselesi bağlamında resepsiyon kararının toplum tarafından ne derece benimsenmiş olduğunu tartışmaya açmaktadır. Türk resepsiyonunun başarısı ise kanun alımında neden söz konusu kanunun benimsendiğini ortaya koymayı gerektirmektedir.⁴¹ Diğer bir deyişle yeni hukuk inşasına dair izlenecek yol, Mahmut Esat'ın bakanlığının ilk günlerinden itibaren kesindir. Hangi kanunun kabul edileceği konusu ise tartışmalıdır; ancak *Code Civil*'in eski olması, Alman Medeni Kanunu *BGB*'nin muğlak ifadeler içermesi, İtalyan Medeni Kanunu'nun özgün bir unsurun görülebilmesi İsviçre Medeni Kanunu'nun tercih edilmesinde önemli bir etken olmuştur.⁴² Bu hususta yeni olmasının yanında kavramların her-

³⁹ Akyol'a göre burada Mahmut Esat'ın konuşmasındaki milli irade kavramı Rousseau felsefesinden etkilenerek kullanılmıştır. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar Cilt I*, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1959, s. 79.

⁴⁰ Akyol, s. 542-543. 1924 Anayasası ile ilgili görüşmelerde demokrasi ifadesi oldukça az kullanılmıştır; ancak Özbudun, anayasanın metni ve ruhu bakımından demokratik bir anayasa niteliği gösterdiğini ifade etmektedir. Özbudun'a göre bu anayasada tek parti rejiminin gelmesine yönelik herhangi bir işaret bulunmamaktadır. Öyle ki milli egemenlik ve meclis üstünlüğü vurgulanarak bir "temsili demokrasi" inşa edildiğini söylemek mümkündür. Özbudun, s. 79.

⁴¹ Sevgi Kayak, "Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu", *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2012, s. 56.

⁴² Mehmet Akzambak, *Atatürk'ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, Kastaş Yaynevi, İstanbul 2000, s. 193. Medeni hukuk alanında kanunlaştırma hareketlerinin ilki 1794 yılındaki Prusya Devletleri Genel Land Kanunu ile başlar. Orijinal adı *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* olan bu kanunlaştırmanın medeni hukuk yanında ceza ve idare alanına dair düzenlemeleri

kesin anlayabileceği şekilde açık olması ile hâkime geniş takdir yetkisinin verilmesinin bu metnin seçilmesinde etkili olduğu sıklıkla dile getirilmektedir.⁴³ Ayrıca farklı kantonların geleneklerini uyumlu şekilde bir araya getirmeyi başarmış bu kanunun tercih edilme sebeplerinden birinin o dönemde başta Mahmut Esat olmak üzere “Lozanlılar” olarak bilinen kimselerin hukuk devrimine yön vermesi olduğu dile getirilmektedir.⁴⁴ Türk hukukçuların İsviçre tahsilinin yanında BGB’deki gibi soyut bir üslup karşısında ZGB’nin esnek yapıya sahip olması ve teorik bir zemin oluşmadan gerçekleşen bu iktibasta örf hukuku yoluyla Türk hâkimlerin yabancılık unsurunu milli kültürle aşabileceğinin düşünülmesi burada bir etken olarak düşünülebilir.⁴⁵ Gönensay ise bu konuda İsviçre Medeni Kanunu’nun anlaşılabilir olmasıyla ilgili dönemin Tokyo Üniversitesi profesörlerinden Louis Adolph Briedel’in

de ihtiva ettiğini belirtmek gerekir. Code Civil, Code Civil Français veya diğer adıyla Code Napoleon ise bu kanundan sonra 1791 Anayasası’na uygun biçimde Napoleon tarafından ünlü Fransız hukkuçu Jean-Étienne-Marie Portalis’e hazırlanmıştır. Bu kanunları sırasıyla 1811 yılında Avusturya Medeni Kanunu, 1900 yılında Alman Medeni Kanunu ve 1907 yılında İsviçre Medeni Kanunu takip etmiştir. Bunlar arasında yalnız İsviçre Medeni Kanunu’nun referandum yoluyla kabul edildiğini belirtmek gerekir. Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 21-24.

⁴³ Ahmet Mumcu, Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1983, s. 143. Ocakoğlu bu konudaki çalışmasında İsviçre Medeni Kanunu ile ilgili çeviri çalışmalarının Osmanlı İmparatorluğu’nun son yıllarında başlamış olduğuna dikkati çekmektedir. “Bu kanunun ilk tercümesini Haçeriyân Efendi, 1912 yılında Ceride-i Adliye’de yayınlamıştır. Alman Medeni Kanunu’nun da 1916 yılında tercüme edildiği bilinmektedir. Yani medeni kanun alanında ister kodifikasyon isterse resepsiyon şeklinde olsun yeni bir arayışın ayak izlerini duymamak elde değildir.” Ocakoğlu, s. 311.

⁴⁴ Kurt Lipstein, “The Reception of Western Law in Turkey”, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, İstanbul 1956, C. 5, S. 6, s. 13. Dikkat çekici bir şekilde Mahmut Esat aldığı eğitim ve dünya görüşü ile ilerici teklifler getirmiş bir kişidir. Özbudun Mahmut Esat’ın 1924 Anayasası görüşmeleri sırasında iki meclisli sistemi savunan milletvekilleri arasında bulunduğunu ifade etmektedir. Bursa mebusu Rıfat Bey görüşmeler sırasında çift meclisli kanunların süratle çıkarılabilmesi noktasında yavaşlatıcı bir unsur olarak görürken Mahmut Esat Bey ise cumhurbaşkanının meclisi feshetme yetkisini ikinci meclisin oyu alındıktan sonra alınması gerekli bir karar olarak görmektedir; ancak Meclis çoğunluğu bu görüşü kabul etmeyerek mutlak yetkili tek meclis geleneğini sürdürmüştür. Özbudun, s. 24

⁴⁵ Serhan Yıldırım, 19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 135-136.

"Alman Medeni Kanunu yalnız hukukçular için hazırlanmış zehabını verdiği halde, İsviçre Medeni Kanunu hukukçular için olduğu kadar halk için de yazılmış bir kanundur".⁴⁶ ifadelerine yer vermektedir.

Burada dikkat çekici olan diğer bir mesele bağımsızlığını kazanmasına rağmen egemenlik kullanımıyla ilgili kısıtlama altındaki devletlerin resepsiyonu bu bağlardan kurtulmak amacıyla bir enstrüman olarak kullanmasıdır. Özellikle kısıtlamalar arasında ağır şartlar taşıyan ticaret anlaşmalarının önem taşıdığı bilinmektedir.⁴⁷ Bu doğrultuda 1923'ten başlayarak kanunun kabulüne kadar geline süreçte İsviçre'den medeni kanun alınmasının diğer bir sebebi Lozan Barış Antlaşması'nın 42. maddesindeki⁴⁸ devletin yasama ve yargı işlerine kısıtlama getiren dış müdahale ihtimalini ortadan kaldırmaktır⁴⁹. Bu sayede Avrupalı devletlerin devlet egemenliğine sürekli müdahale etmesine yol açan konsolosluk ve cemaat mahkemelerinin sona erdirilmesi hedeflenmiştir.⁵⁰ Gerçekten medeni kanun hususu büyük oranda

⁴⁶ Samim Gönensay, "Medeni Kanun'un Yeniden Tetkik ve Tashihine İhtiyaç Vardır", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1940, Cilt VI, s. 52. Bu hususta Atamer gerek laik bir hukuk sisteminin oluşturulması gerek azınlık sorunun çözülmesi bakımından İsviçre Medeni Kanunu'nun bağımsızlığını sağlamak isteyen Türkiye Cumhuriyeti'ne çok iyi bir seçenek oluşturduğunu ifade etmektedir. Atamer, Yeşim M., "Rezeption und Weiterentwicklung des schweizersichen Zivilgesetzbuches in der Türkei", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg 2008, C. 72, S. 4, s. 733.

⁴⁷ Bozkurt, s. 11.

⁴⁸ Lozan Barış Antlaşması 42. maddesinin ilk iki fıkrası bu hususu düzenlemektedir: "Türk Hükümeti, Müslüman-olmayan azınlıkların aile durumlarıyla [statüleriyle, aile hukukuyla] kişisel durumları [statüleri, kişi halleri] konusunda, bu sorunları, söz konusu azınlıkların gelenek ve görenekleri uyarınca çözümlenmesine elverecek bütün tedbirleri almayı kabul eder. Bu tedbirler, Türk Hükümetiyle ilgili azınlıklardan her birinin eşit sayıda temsilcilerinden kurulu özel Komisyonlarca düzenlenecektir. Anlaşmazlık çıkarsa, Türk Hükümetiyle Milletler Cemiyeti Meclisi, Avrupa'lı hukukçular arasında birlikte seçecekleri bir üst-hakem atayacaklardır". Seha L. Meray, *Lozan Barış Konferansı/Tutanaklar-Belgeler İkinci Takım Cilt II, Yapı Kredi Yayınları*, İstanbul 2001, s. 12.

⁴⁹ Taha Akyol, *Medine'den Lozan'a: Çok-hukuklu Sistemin Tarihteki Deneyleri*, Doğan Kitap, İstanbul 1996, s. 173. Aydın, Lozan görüşmeleri sırasında İtalyan ve İngiliz delegelerin hukukta köklü değişim yolunda bir işaret bulunmadığından ötürü Türkiye Cumhuriyeti'nde tek bir medeni kanunun kabul edilmesinden Hristiyan toplulukların zarar göreceği yolunda itirazları olduğunu ifade etmektedir. Aydın, s. 172.

⁵⁰ Gülnihal Bozkurt, *Azınlık İmtiyazları-Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş*, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma

Lozan Barış Anlaşması'nda dış devletlerce tartışmaya açılan bir konudur; ancak bu iktibasın Batı hukuku ya da İslam hukuku kaynaklı yapılacağına ilişkin bu tarihlere ortaya konmuş bir belge bulunmamaktadır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul ettiği tarihlerde İtalya, İspanya, Yunanistan ve Portekiz gibi pek çok Avrupa ülkesinde bugünkü anlamda bir medeni kanun olmadığına burada altı çizilmelidir.⁵¹

İsviçre Medeni Kanunu'nu tercüme etmek ve ülke şartlarına göre bazı değişiklikler yaparak kanun metnini hazırlamak üzere oluşturulan komisyonda Prof. Dr. Ebul'ula Mardin ve Prof. Dr. Vasfi Raşit Bey'in yanı sıra hukukçu milletvekilleri, Yargıtay hâkimleri, İstanbul mahkemeleri hâkimleri, hukuk profesörleri ve avukatlar bulunmaktadır.⁵² Bu aşamadan sonraki komisyon çalışmaları ve Meclis görüş-

Merkezi, Ankara 1998. Hirsch'e göre Lozan Barış Görüşmeleri'nde azınlıklara ilişkin adli kapitülasyonların kaldırılması talebi bu dönemde onları kapsayan bir ulusal medeni hukuk olmadığından ötürü taraflar arası sert bir mücadelenin konusu olmuştur. Adli kapitülasyonlar ve daha özelde konsolosluk yargısının kaldırılması konusunda yaşanan uzlaşmazlıklar, bir müddet sonra mahkemelerde yabancı yargıçların istihdam edilmesi teklifine dönüşmüş ve tüm kanunlaştırma faaliyetlerinde bu yargıçlardan görev almaları istenmiştir. Bunun Türk delegasyonu tarafından reddi sonrası yabancı danışmanların görevlendirilmesi ve hükümetin azınlıklara adli güvence vermesi teklif edilmiştir. Ernst Eduard Hirsch, "İsviçre Kanunu-Türk Hukuku". Ankara ve Lozan Arasında Avrupa Yolundaki Türkiye Üzerine Bir Derleme, (Der. M. Schweizer). Phoenix Yayınevi, Ankara 2005, s. 346.

⁵¹ Arzu Oğuz, "Türk Medeni Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2006, C.55, S. 1, s. 195-196. Lozan'da görüşmelerin kesilmesine sebep olan adli kapitülasyon meselesinin de bu aşamada öne sürülen iddiayı destekleyici olduğu açıktır. Şimşir'in bu konudaki eserinde adli kapitülasyonlar meselesiyle ilgili komisyon görüşmelerinden görüleceği üzere Lozan'da İsmet Paşa ve Türk delegasyonu tarafından yabancı kanun alımı yoluna gidileceğine ilişkin bir beyanata rastlamak mümkün değildir. Yabancı devletlerin bu hususta yabancı yargıçlar yoluyla bir geçiş devri önermeleri ve İdare-i Adliye Beyannamesi yoluyla yabancı danışmanların dayatılması meselesini bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Mustafa Kemal Paşa veya Başbakan Rauf Orbay'ın adli kapitülasyonlarla ilgili yurtiçi beyanlarında da Batı hukukundan iktibas yapılacağı yolunda bir konuşma bulunmamaktadır. 22 Ocak 1923 tarihinde Bursa'da yaptığı konuşmada Mustafa Kemal Paşa'nın medeni devletlerdekine benzer biçimde kanunların iyileştirileceği yolundaki söylemi ise zaten delegasyon tarafından da dile getirilmektedir. Bu konuşma için bkz. Bilal Şimşir, *Lozan Günlüğü*, Bilgi Yayınevi, Ankara 2012, s. 367-368.

⁵² Akyol, s. 541.

melerinin çok hızlı bir şekilde tamamlandığı bilinen bir meseledir; ancak yine de İsviçre Medeni Kanunu'nun kabul edilmesi kadın-erkek eşitliği, çok eşliliğin yasaklanması, ülkede yargı birliğinin sağlanması açısından isabetli bulunmuştur.⁵³ Türk Kanunu Medenisi'nin Borçlar Kanunu ile yürürlüğe girmesi ülkedeki herkese eşit olarak uygulanabilir, vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım gözetmeyen bir metin olması hasebiyle önemli olup, bu yenilik diğer temel kanunların Batı Avrupa ülkelerinin diğer kanunlarından iktibas edilmesinin ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Kıta Avrupası hukuk sistemine girmesinin önünü açmıştır.⁵⁴ Bununla birlikte Batı hukukunun bu şekilde iktibasını erken Cumhuriyetin devrimci kadrolarının bir buluşu değil, Osmanlı-Türk aydınının bir asra yakındır tartıştığı ve Âli Paşa'dan beri gündemde olan bir meseledir; ancak bu iktibasla kısmi bir resepsiyon değil özel hukuk alanında tam bir iktibas gerçekleştirilmiştir.⁵⁵ Meclis görüşmelerinin ardından kabul edilen Medeni Kanun'un gerekçe metni⁵⁶ Mah-

⁵³ Akyol, s. 542-543. Bilindiği üzere dünya coğrafyasında çok kadınla evlilik pratikleri sıklıkla biyolojik gerekliliklerden değil, güç ve hâkimiyet belirtilerinden kaynaklanmaktadır. Sıklıkla ekonomik gerekçelerle gerçekleşen ve nüfus temelli gereksinimlerle oraya çıkan bu evlilik şekillerinin özellikle feodal ve dini otoritelerin hâkim oldukları yerlerde görülmeleri bu duruma örnektir. Ali Rıza Balaman, *Evlilik Akrabalık Türleri: Sosyal Antropolojik Yaklaşımla*, İleri Kitap, İzmir 1982, s. 34-35.

⁵⁴ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 308-309.

⁵⁵ Osmanoğlu Karahasanoğlu, s. 49. Kayak'ın da belirttiği gibi resepsiyon kavramı teorik temelleri bakımından içerisinde yabancılaşma ve iradi karar olmak üzere iki esas unsuru barındırmaktadır. Esinlenme ve uyarılma gibi kavramlar hukuk teorisinde iç hukuk kaynaklarıyla bir ülkede hukuk yaratma yolu olarak açıklanmış olsa dahi mehzaz kanunun dış bir kaynaktan gelmesi sebebiyle bunları tamamen resepsiyon kavramının içerisinde alt kavramlar olarak değerlendirmek lazım gelmektedir. Kayak, s. 58.

⁵⁶ Kılıçoğlu'nun ifade ettiği yeni medeni kanun metinlerinden farklı olarak bu kanunda genel gerekçe ya da madde gerekçeleri bulunmamaktadır. Kanun, Mahmut Esat Bey imzalı bir üst yazı ile sevk edilmiştir. Bu üst yazı esasen *Esbab-ı Mucibe Layihası*'dır ve bu taslak tasarı haline getirilerek Meclis Adalet Komisyonu'na geldiğinde din ve hukuk kuralları arasında karşıtlığa değinen iki önemli paragraf muhalif kesimlerden gelen eleştiriler karşısında taslaktan çıkartılmıştır. Bunlardan birincisi Mecelle ile ilgili iken ikinci paragraf gayrimüslim kesimlerin durumlarına ilişkindir. Taslak Komisyonu'na mensup görevlilerden hangilerinin hangi yetkiyle bu paragrafları gerekçeden çıkarmış oldukları bilinmemektedir. Ahmet Kılıçoğlu, "Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik (How We Amended Our Civil Code)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1721-1723.

mut Esat tarafından kaleme alınmış olup buradaki ifadeler son derece dikkat çekicidir:

“(...) Hayat yürür, ihtiyaçlar süratle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mânâ ifade edemezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, çağımızın medeniyetinin esaslarından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farklarından birisidir. Esaslarını dinden alan kanunlar, uygulandıkları camiaları yukarıdan inme ilkel devirlere bağlarlar ve ilerlemeye mani belli başlı müessir etkenler arasında bulunurlar. Türk Milleti’nin mukadderatını çağımız medeniyeti içinde dahi ortaçağ hükümleri ve kurallarına bağlamakta, dinin değişmez hükümlerinden ilham alan ve tanrı ile daima temas halinde olan kanunlarımızın en kuvvetli etkiyi doğurduklarına şüphe edilmemelidir. Milli hayatın sosyal düzenleyicisi olan ve yalnız ondan ilham alması icap eden tedvin edilmiş bir Kanunu Medeniden Türkiye Cumhuriyeti’nin mahrum kalmasının ne çağımız medeniyetinin gerekleriyle ne de Türk İhtilalinin doğurduğu mânâ ve kavramlarla bağdaşması mümkün değildir⁵⁷.”

Medeni Kanun alımının doğrudan tercüme yoluyla yapıldığı şeklinde iddialar burada ayrı bir önem taşır. Velidedeoğlu’na göre kanun hazırlanırken Türk halkının dini, ahlaki, iktisadi ve toplumsal yapısı göz önüne alınarak birçok değişiklik yapılmış⁵⁸ ve iki kanun arasında önemli farklar oluşmuştur.⁵⁹ İsviçre Medeni Kanunu kabul edilirken kanun olduğu gibi tercüme edilerek alınmamış; kat mülkiyeti, paylı mülkiyet, el yazılı vasiyetname, evlilik birliği, eşin mirasçılığı, boşanma, evlilik dışı çocuğun korunması, evlilik yaşının on sekize indirilmesi gibi birçok alanda değişiklikler yapılmıştır.⁶⁰ Medeni Kanun

⁵⁷ Söz konusu layiha Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından sadeleştirilerek günümüz Türkçesine çevrilmiştir. M. E. Bozkurt’un Türk Kanunu Medenisi Esbabı Mucibe Layihası için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Medeni Kanunu Değiştiren Öntasarıya İlişkin Çalışmaların Belgelerle Açıklanması”, H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 303, Ankara 1972, s. 525-531.

⁵⁸ Lord Kinross ise “bu konuda şunları ifade etmektedir; “Çünkü getirdiği reformların temelini oluşturan ve aslı İsviçre’den alınan Medeni Kanun, en sonunda Meclisçe onaylanmıştı. Erkeklerin birden fazla kadınla evlenmesi, kadınların boş düşmesi kaldırılmış, bunların yerine iki yana da aynı hakları tanıyan medeni nikâh ve ayrılma konmuştu. Kadınlar bundan sonra, hiç olmazsa kanun gözünde yeni bir özgürlüğe ve itibara kavuşmuş olacaktı.” Lord Kinross, Atatürk-Bir Milletten Yeniden Doğuşu, Sander Yayınları, (çev. N. Sander), İstanbul 1984, s. 642.

⁵⁹ Velidedeoğlu, s. 521.

⁶⁰ Rona Serozan, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 85.

ile aynı tarihte kabul edilen Borçlar Kanunu’nda ise İsviçre Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak kefalet, acentelik, iş sözleşmesi, taksitle satım, taşınmaz kirası, taşınmaz satımı gibi alanlarda değişikliğe gidilmiş ve kefil, acente, işçi, kiracı ve tüketiciden yana bir çizgi benimsenmiş olduğu ifade edilmiştir. Bu yolla Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, İsviçre hukuku ile bütünleşmiş, Kara Avrupası hukuk çevresine ve dolayısıyla onun asıl kaynağı olan Roma-Cermen hukuk sistemi üzerinden Pandekt hukukunun bütünleyici parçasına dönüşmüştür.⁶¹ Ayrıca iktibas, Lozan’daki Avrupalı danışman uygulamalarının boşa çıkmasını ve Yunanistan’ın Lozan’ı ihlal ettiği iddiasıyla Milletler Cemiyeti’ne müracaat ederek Türkiye hakkında şikâyetle bulunmasına rağmen başvurusunun reddedilmesini sağlamıştır.⁶²

1839’dan başlayan süreç bir bütün olarak izlendiğinde Tanzimat ve sonrasındaki kısmi kanun almaya dayalı kanunlaştırmaları Osmanlı İmparatorluğu’nun dışa bağımlılaşma ve yarı sömürgeleşme süreci ile ilişkilendirilen Tanör, bağımsız cumhuriyetin toptan alma karakteri göstermesiyle önceki dönemden tamamen farklılaşmış olduğunu ifade etmektedir. Bu yönden Cumhuriyet’in Japonya’daki 19. yüzyıl sonrası Meiji dönemiyle benzeştiği açıktır. Ayrıca Tanzimat dönemindeki Fransız orjinli kanunlaştırmalarla karşılaştırıldığında Cumhuriyet’in en az beş ülkeden yasa aktarımı yaptığını ifade eden Tanör bunun köklü bir değişim olduğunu vurgulamaktadır.⁶³ Bu kanun alımları ka-

⁶¹ Serozan, s. 85- 91. Ayrıca yeni hukuka geçişte 29 Mayıs 1926’da Tatbikat Kanunu adıyla bilinen “Kanunu Medeninin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun” da kabul edilmiş ve iki temel kanun ile beraber 4 Ekim 1926’da yürürlüğe girmiştir. Dural / Sarı, s. 25. Ayrıca Seyit bu konuda Borçlar Kanunu’nun Türk Kanunu Medenisi’ni de kapsayacak biçimde yasal alanda söz varlığının Türkçeleştirilmesi hususunda önemli değişiklikler getiren ilk örnek olduğunu ifade etmektedir. Vecibe yerine borç, sınır yerine hudut, istimal yerine kullanmak, şahsı salis yerine üçüncü şahıs, ukut yerine akitler ve tarafeyin yerine iki taraf ifadeleri bu düzenlemeyle tashih olunmuştur. Seyit Günal, Türkiye’de Hukuk Dilinin Dönüşümü, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 62-63.

⁶² Akyol (1996), s. 176.

⁶³ Kanun alımlarındaki mehz kanunlar şu şekilde farklılaşmaktadır: “Türk Medeni ve Borçlar Kanunu (1926) İsviçre Federal Kanunu. Türk Ceza Kanunu (1936) İtalya 1889 (Zanardelli Kanunu). Türk Ticaret Kanunu (1926) Fransa, Almanya, Belçika, İsviçre. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1926) Nechautel Kantonu. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (1929) Almanya. Deniz Ticaret Kanunu (1929) Almanya esinlenik (mülhem). İcra İflas Kanunu (1929) İsviçre Federal Kanunu”. Tanör, s. 224.

pitülasyon ve azınlıklarla ilgili meselelerin çözülmesiyle ilgili olarak çok hukuklu sistemden tek hukukluluğa geçişin yolunu açmış ve diğer devletlerle ortak bir hukuk sistemine geçilmesini sağlamıştır.⁶⁴ Diğer bir ifadeyle Batı hukukunun Türkiye’de kabul edilmesi girişimleri 19. yüzyılda birçok defa denenmesine rağmen⁶⁵ iç hukukun esas yapısı nedeniyle sınırlı ve parçalı kalmıştır; ancak 1926’da başlayan hukuk resepsiyonu eski kanunların yürürlükten tamamen kaldırılması sayesinde önceki girişimlerden tamamen farklı ve başarılı olabilmektedir.⁶⁶

Şüphesiz yüzyıllar süren İslam hukuku geleneğinden gelen bir toplumun kısa bir zaman içerisinde hukuk sisteminin değiştirilmesi, Romanizasyon yoluyla değiştirilmesi büyük siyasi çatışmaları beraberinde getirmiş ve bu çatışmada taraf olmak, radikal bir üslup kullanan kurucu kadro mensupları gibi Mahmut Esat’ın söylemine yansımıştır. Hukuk burada yasa koyucunun çıkardığı bir metin olmaktan çok, çağdaşlaşma hedefinde sosyal dönüşümü sağlamanın başlıca aracı olarak ifade edilmektedir. Burada hukukun ideolojiden bağımsız olamayacağına bilincinde olmak gerekmektedir, özellikle devrim dönemlerinde söz konusu üslup yeni sistem karşıtlarına karşı daha militanca bir tavır almaktadır. Böyle bir dönemin kadrosundan olan Mahmut Esat’ın ise yerli hukuk yapımını savunmak yerine yabancı hukuk alımını destekleyen söylemi ve eylemi, devrim dönemlerinin süratli atılım gerektiren doğalarıyla uyum içerisindeydi.

III. İSLAMCI, TÜRKÇÜ VE BATICI KANATLARIN HUKUK ALIMINA YÖNELİK POZİSYONLARI

Çalışmanın giriş bölümünde ifade edildiği gibi Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarında kanun alımlarındaki karar alma süreçlerini herhangi bir muhalefetle karşılaşmayan bir süreç olarak görmemek gerekir. Buna yönelik ilk tespit yeni rejimin ilanı sonrası

⁶⁴ Bozkurt (1988), 49-51.

⁶⁵ Bu denemelerle ilişkili dikkat çekici bir kişilik olarak 1909’da Adliye Nezareti müşavirliğine getirilen, Osmanlı adli yapısının çağdaşlaşmasında önemli rol oynayan Kont Leon Ostrorog’u da anmak gerekmektedir. Kendisinin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Elmacı, “Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog”, *OTAM Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 2011, S. 29, s. 1.

⁶⁶ Lipstein, s. 12.

hukuk politikasındaki belirsizliktir; zira Mahmut Esat Bey’in Adliye Vekilliği’ne kadar olan dönemde Türkiye Cumhuriyeti’nin kanun alımlarında Batı’dan resepsiyonlara yöneleceğine dair kesin bir işaret bulunmamaktadır. Bu hususta başta Medeni Kanun olmak üzere sekülerleşme sürecinin büyük bir zorluk oluşturacağı inancının rol oynadığı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle cumhuriyet belli başlı sekülerleşme emarelerini Milli Mücadele sonrasında göstermeye başlamıştır; ancak mesele devlet yapısı ve aileye dönük kapsamlı dönüşümlere geldiğinde bu durum kurucu iradeye mensup üyeler arasında problemlili bir unsur olarak ortaya çıkmıştır.⁶⁷ Meclis içi tartışmalara bakıldığında kanunların kabulü ve tatbiki hususunda genel iradede parçalı bir yapı görülmektedir. Öyle denebilir ki 1923 sonunda resepsiyon fikri bu irade içerisinde en güçsüz kanat olarak görünmektedir; ancak bu mesele giderek kültür ve hukuk sosyolojisi penceresinden Fındıkoğlu’nun ifadesiyle bir “*ibda-iktibas*” mücadelesine dönüşecektir. Üç vekilin dönemleri de Meclis’te farklı görüşlerin cereyan ettiği bir atmosferi göstermektedir; zira 1923-1925 arasındaki görüşler Mecelle’nin yeniden tanzim edilmesini destekleyenler, Gökalp çizgisindeki yerli kanun yapımını savunan görüş ve kodifikasyonu savunan devrimci-radikal görüş olarak değişiklik göstermektedir.⁶⁸ Bir diğer ifadeyle cumhuriyeti kuran kadrolarda devrim ve bağımsızlık sonrası süreci en baştan itibaren doğrudan toptan değişim ile açıklamak hatalı bir uygulama olacaktır; zira toptan değişim ve yeniye yönelme birlik içerisindeydi. Osmanlı dönemindeki yenileşme hareketleriyle Erken Cumhuriyet arasında bir bağ bulunmaktadır; ancak ondan ayrılan, kopuşa sebep olan bir büyük yan daha vardır.⁶⁹

⁶⁷ Çiğdem Dumanlı, “Mahrem Alanda Sivil Hukuk İnşası: Mahmut Esat Bozkurt’un Medeni Kanun Gerekçesi Ve Eugen Huber Kaynağası”, *Belgi Dergisi*, S. 26, Denizli 2023, s. 5-6. Birinci Meclis’ten itibaren mebuslar arasındaki kompozisyon yapısı esasen ideolojik bir ayrışmayı yansıtmaktadır. Muhafazakârlık, inkılapçılık ve Bolşeviklik temelli ideolojik çatışmalar Meclis’in açılış döneminden itibaren ağırlığını göstermektedir. Müdafaa-ı Hukuk cemiyetinin partizanlığa karşı geliştirdiği tepkilere karşın I. Meclis, Bolşevizmden etkilenmesi ve Bolşevik grubun ise içerisindeki Yeşil Ordu, Türkiye Komünist Partisi, Halk İştirakiyun Fırkası gibi oluşumlarla dikkat çekici bir niteliğe sahip olduğu belirtilmelidir. Rıdvan Akın, *Türk Siyasi Tarihi*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 109-111.

⁶⁸ Akyol, s. 532- 539.

⁶⁹ Aygün, s. 34-38.

Klasik muhafazakâr düşüncede değişim ya da devrim dönemlerinde demokrasi ve eşitliğin kapsamının genişletilmesi süreçleri olabildiğince engellenmeye veya yavaşlatılmaya çalışılır. Tedrici bir değişimi destekleyen muhafazakâr düşünce aktif yurttaşlık ya da mülkiyetin sorgulanması gibi konularda alınan kararları “ileri gitmek”le eleştirir.⁷⁰ Bu bakımdan 1925’e kadar daha baskın olan ve kendisini komisyonlardaki ağırlığıyla gösteren muhafazakâr görüşe karşı mecliste radikal görüşlerin seslendirilmesi ve şiddetli tartışmaların yaşanması bir belirsizliğin açık ifadesidir.⁷¹ Bu hukuki üçlemde Mecelle’yi tanzim etmek isteyenlerin 1917’den itibaren zaten güçlü bir biçimde varlıklarını sürdürmüş oldukları söylenebilir. 1923 ve 1924 yıllarında Meclis’te tartışmalara sebebiyet veren bu tanzim görüşü her ne kadar ulusal gelenek ve fıkıh okulları arasında seçme özgürlüğü getirirse de Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinden bakiye kalmış bir gelenek olarak destekçilere sahiptir.⁷² Osmanlılık düşüncesinden farklı olarak İslamcılık düşüncesinin çıkış noktalarında devlet işlerinin gerilemesinin temel sebepleri arasında hukuk düzeninin din kurallarından uzaklaşmış olması yatmaktadır; zira İslamiyet toplum düzenlerinin en yararlı olduğundan toplumsal yaşama eksiksiz olarak uygulanmak zorunluluğu altındadır. Ayrıca bazı yazarlara göre Mustafa Kemal ve kurucu elit Milli Mücadele dönemindeki politik ahite uygun hareket etmeyerek din ile milleti kurtarma hedefiyle başlamış olan mücadeleyi laik rejimin inşasıyla tersyüz etmektedir. Bu düşünceye göre doğru bir geçişin ana unsuru dinin özüne dönmeyi ihmal etmeden maddi medeniyetin nakli fikrinden geçmektedir.⁷³

⁷⁰ Güler, s. 136-137.

⁷¹ Akyol, 532. Benzer bir durumu 18. yüzyıl Fransız toplumunda Code Napoleon’un da hazırlık çalışmalarında görmek mümkündür; zira 1790 sonrası Ulusal Meclis’e birçok tasarı sunulmuş ancak bunların bazıları kabul edilmemiş bazıları yeniden yazım için komitelere gönderilmiştir. İlk tasarımın Devrim öncesi hukuka benzer nitelikte olduğuna yönelik eleştiri sonrası ikinci taslak yaklaşık üç yüz maddeyle sınırlandırılmıştır. Burjuva sınıfının metin üzerindeki hâkimiyetini gösteren son taslak ise kodun fikri altyapısına dair beklenti ve açıklamalar bakımından tasarımı hazırlayan rapora doğrudan yansımıştır. Michael E. Tigar/Madeleine R. Levy, Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, (çev. O. Karahanoğulları), Epos Yayınları, Ankara 2016, s. 256

⁷² Berkes, s. 529.

⁷³ Tanıl Bora, Cereyanlar Türkiye’de Siyasal İdeolojiler, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 416-417.

Bu hususa ilişkin 19. yüzyılda gerçekleşen kutuplaşmayı daha geriye götüren İncalcık ise meselenin özünde şeriat hükümlerinin liberal ve katı yorumlarının olduğunu ve ilerici-gerici gruplar arasındaki mücadelenin kaynağının bu kültürel çekişmelerde yattığını ifade etmektedir.⁷⁴ Bu çekişmelerde katı muhafazakâr gruplar reformlara karşı düzeni kutsama şeklinde kendini gösterir iken ılımlı gruplar ise tarihsel değişimi kabul etseler de tedrici bir geçişi destekleyerek devrimci uygulamaları eleştirmektedir.⁷⁵ Namık Kemal ve Ziya Paşa’nın eserlerinde “bürokratik zorbalık” olarak eleştirilen Batılılaşma, halkın büyük çoğunluğunda olumsuz karşılık bulmaktadır. Yeni Osmanlılarda net şekilde görülen bu tutum, endüstri veya ticaret alanında Batı menşeli mamulleri bir gereklilik olarak görür iken Avrupa kanunlarının iktibasını ise geleneklerin yozlaştırılması olarak görmektedir.⁷⁶ Medeni Kanun’un kabulü yoluyla Türk toplumunun bir gecede İsviçre’ye dönüşmediğini vurgulayan Lewis ise taşrada ve özellikle köylerde evlenme, boşanma ve miras hususlarında geleneğe dayalı eski yöntemlerin uzun süre devam ettirilmiş olduğunu dile getirerek değişimin zaten çok yavaş surette gerçekleştiğini vurgulamaktadır.⁷⁷ Muhafazakâr düşünceyle uyum içerisinde görünen bu anlayış, örneğin istikrarlı toplum yapısı tasavvurunda cinsiyetler arası eşitlik kavramına olumlu anlam yüklemeyiz. Genellikle organik ve feodal yapıya dayandığından ötürü muhafazakârlık, aynı düzeye getirilmeye çalışılan toplum kesimlerinin hiçbir zaman eşitlenemeyeceğini kabul etmektedir; zira kastlara ya da zümrelere bölünmek tabiatın bir gereğidir.⁷⁸

Türkçü düşünce ise devletin çözülmesini dinsel yapı ve din kurallarının toplumsal ilişkilere bütünüyle sirayet etmesinde bulmaktadır.

⁷⁴ İncalcık, 141-144.

⁷⁵ Güler, s. 144-145.

⁷⁶ İncalcık, s. 143-144.

⁷⁷ Bernard Lewis, Modern Türkiye’nin Doğuşu, Arkadaş Yayınevi, (çev. B. B. Turna), Ankara 2014, s. 366. Code Napoleon ile beraber özel hukuk alanında tüm ilişkilerin sözleşme fikri üzerinden ele alınması evliliğin de ölüm ile birlikte sona ermesi kabulünü beraberinde getirmiştir. Taraflardan birinin ölümü sonunda miras ise külli bir şekilde taraflardan birinin üzerine kalmayarak ailenin geri kalan üyeleri arasında paylaşılma yoluna gidilir. Bu durum kırsal alanda toprakların tarımsal ekime uygun olmayacak şekilde giderek bölünmesi sebebiyle köylü aileleri üzerinde olumsuz sonuçlara sahip olmuştur. Tigar/ Levy, s. 257.

⁷⁸ Güler, s. 135.

Türkçülük bu sebeple ulusal değerler bağlamında teokratik düzene karşı bir dirilişi Türk ulusunun kimliğinden hareketle inşa etmek çabasıdır.⁷⁹ Bu yönüyle kanun alımı tartışmalarında bu söylemin ulusu kültürel temelde tanımlayan, kimlik ve aidiyet temelli bir diskura sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu doğrultuda ulusal geleneklerin farkında olunmadan yapılacak her kanun, halkın kendi karakterine zıt girişimler olarak organik olmayan, engel olunması gereken düzenlemelerdir. Bu bakımdan İzmir mebusu ve dönemin Maarif Vekili Saraçoğlu Şükrü Bey'in Meclis'teki oturumunda "Türk'ün ruhundan doğan kanunlar isteriz." ifadesi milli karaktere uygun bir söylem olarak önemli bir karşı çıkıştır.⁸⁰ Burada çağdaşlaşma ve hukuk sorunu İslamcı veya Batıcı kanatlardakinin aksine bir değer ve ülkü sorunu olarak görülür; zira çağdaş uygarlık "hars"lar ile birbirinden ayrılmaz. Her hars kendine özgü bir ruhun ifadesi olduğundan Türk harsı da kendi değerlerine uygun kanunlarla idare edilmelidir.⁸¹ Bu hususta muhafazakârlık ile Batılılaşma akımlarını dönemin iki çıkmaz yolu olarak gören ve Türklüğün tarihindeki kurumların tekâmül süreçleri-

⁷⁹ Kili, 58-60. Batı dışındaki ilk modern inkılap olan Türk devriminin geçmişle bağı tamamen reddeden miladi bir söyleme sahip olduğuna işaret eden Bora ise Kemalizm'de evrimsel aşamalara uğramada tarihsel sıçrama yapma fikrinin devrimcilikle özdeşleştirilmiş olduğunu ifade etmektedir. Burada Osmanlı yakın geçmişi, yozlaşmış bir karakterde yanlış batılılaşma örneği olarak nitelendirilir ve tarihi kendisiyle başlatan söylem, bir kopuş ideolojisi yoluyla devrimci atılımın Tanzimat'tan ve Meşrutiyet'ten beri sürüyor olduğu iddiasını kesin olarak reddeder. Bora, s. 129-132.

⁸⁰ Saraçoğlu bu görüşünü yalnızca kanun alımı tartışmalarına ilişkin dile getirmiş bir mebus değildir. Şükrü Bey 1942'de başbakanlık koltuğuna otururken TBMM'de yaptığı konuşmada şu ifadeleri kullanacaktır: "Biz Türk'üz, Türkçüyüz ve daima Türkçü kalacağız. Bizim için Türkçülük bir kan meselesi olduğu kadar bir vicdan ve kültür meselesidir. Biz azalan veya azaltan Türkçü değil, çoğalan ve çoğaltan Türkçüyüz. Ve her vakit bu istikamette çalışacağız." C. H. P. Genel Başkan Vekili Başvekili Şükrü Saraçoğlu'nun Hükümetin İç ve Dış Politikasını İzah Eden Nutukları, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/ec3c595c-978c-4b1a-b793-548d3c2a171c>.

⁸¹ Berkes, s. 422-424. Muhafazakârların mevcut olan kuralları değişmez gerçekler sayarak değiştirilmelerine küfür gözüyle baktıklarını iddia eden Gökalp, radikal kanada mensup kimselerin ise makul kuralları mutlak ilkeler sırasına koyarak kabul etmeyenleri gericilikle suçlama eğiliminde olduklarını ifade etmektedir. Buna karşılık iki tarafın da kanunların teşekkülü ve halk tarafından benimsenme şekillerini anlama ve açıklama bakımından büyük eksikleri vardır. Ziya Gökalp, *Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak*, Akçağ Yayinevi, Ankara 2010, s. 23.

nin incelenmesinin zorunluluk arz ettiğini ifade eden Gökalp'e göre Türklüğün kelimelerden masallara, deyişlerden destanlara yayılan, kültüre sirayet eden bir ruhu vardır ki bu milli ülkü şu an bir yıkıntı halindedir. Türk milletinin tarihinde törelerin, yasaların, tüzüklerin incelenmesi ve Türk hukuk tarihindeki bu ruhun yasalara yansıtılması lüzumludur.⁸²

Eskiye muhafaza edenler ve kökten değiştirici Batıcı kanatlar arasındaki tartışmalarda bir kurtuluş ümidi olmadığı iddiasındaki Gökalp bir milletin ruhunu geleneklerin, bedenini kuralların meydana getirdiği iddiasındadır; ancak 19. yüzyıl deneyimi tarihin coğrafyaya galip geldiğini açık şekilde göstermiştir. Tarihine sahip çıkan ve geleneklerine bağlı milletler fen ve felsefe meydana getirmeyi başarabilirler, bu sebepten ötürü medeniyet için ideal olan Türk geleneklerini çağın fenniyle aşılacaktır.⁸³ Bu bakımdan milliyetçi kanat bu üçlem arasında Türk milletinin kendi kanunlarını yapması fikrinin taşıyıcısı olan, millete özgü kanun fikrini destekleyen görüş sahiplerinden olduğundan tarihçi bir söylemin bu görüşe egemen olduğu söylenmelidir. Bir yandan yenilikçi bir yandan muhafazakâr bir söyleme sahip bu kesim, kültürel kodlarla milli kimliği hukuka yansıtma amacındadır. Örneğin Gökalp'in fikriyatında tüm toplumsal düzen kuralları toplumun mükemmelleşme evresinin geçici bir neticesi konumunda olduğundan önemli olan onun tarihini incelemektir. Mükemmelleşme tarihi bağlar yoluyla sağlamlaştırılırsa canlı bir gelenek ve hukuk oluşur, diğer bir ifadeyle gelenekler yoluyla kurumların bir ülkedeki ortak özden türediği anlaşılır.⁸⁴ Türk milletini belirleyen objektif ölçütlerle kanunlar meydana getirme fikri ise şer'i kökene sahip veya Frenk menşei kanunların Türk vatanında uygulanmasının milli bilince uygun olmadığı kanaatini taşımaktadır. Böyle bir kanun yapımı süreci uzun vadede bir hazırlığı gerektirmektedir, bu sürecin sonunda etnik

⁸² Gökalp, s. 26-27.

⁸³ Gökalp, s. 27-28.

⁸⁴ Gökalp'e göre İngiliz gelenekselciliği karşısında Türkler "kuralcı fakat geleneksiz" bir millettir. Muhafazakâr ve Batıcı kanatlar arasındaki tartışmalar kurallara odaklanarak geleneğin önemini görmezden gelmektedir. Eski kuralların yerine yeni kurallarla yola devam etmek, başka ülkelerin geleneksel kurumlarını buraya getirmek onlarla tarihsel-toplumsal bir bağ kurulamadığından ötürü bir fayda getirmeyecektir. Gökalp, s. 24-27.

ve dini tüm kimliklerin içerisinde erdiği bir kanun anlayışı gerçekleşecektir. İnşacı bir yaklaşım yoluyla normatif kaynaklar hukuku oluşturacak, hukuki meşruiyet bu kanunlarla mümkün olacaktır. Böyle bir fikir ise kendine özgü olarak görülen milletin gelenek ve göreneklerine uygun ve herkes için geçerli düzenlemeleri hayata geçirmek için bir çağrıda bulunmaktadır.

Türk tarihinde gerçek ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkmış bu üç akımın arasında Batılılaşma akımının daha erken bir tarihte ortaya çıkışı dikkat çekicidir; zira Osmanlı İmparatorluğu'nda 18. yüzyıl sonundan itibaren öncelikle çağdaşlaşmak lüzumu hissedilmiştir. Bununla beraber belirli bir yayın organı olmayan bu akım karşısında Osmanlıcılık akımı Sırâtı Müstakîm ve Sebilürreşad, Türkçülük akımı ise Türk Yurdu dergileriyle fikri alanda teşekkül etmiştir.⁸⁵ Erken Cumhuriyet Dönemi öncesinde 1908 Devrimi'nin ülkede oluşturduğu tartışma ortamı ve toplumsal değişim arzusunda Batıcıların farklı mecmualardaki yayınlarının önemli bir rol oynadığına işaret eden Berkes'e göre bu yayınlarda ortak yargı Türk toplumunun geriliğinde başlıca nedenin kadınların durumu olarak görülmesi ve kadının bu durumunun dinde ve din adamlarının tutumlarında aranmasıdır. Örneğin aile hayatının yeni bir anlayışla yeniden kurulması gerektiği tezi Batıcı yayınlar arasında baskındır.⁸⁶ Feroz Ahmad'a göre ise yenilik düşüncesi Batıcı kanat için sıklıkla geleneklerle ters düşen yasaların çıkmasıyla ilişkilendirilmektedir. "Putları kırmak" fikri buradan hareketle geleneklere ters düşen reformları devreye sokmaktan geçmektedir ki bunlardan en önemlilerinden biri Lozan Antlaşması'nın 41. maddesinin de verdiği yetkide görülebilen cemaatlerin kendi özel yasalarını uygulamalarıdır; ancak Yahudi ve Hristiyan cemaatleri bu ayrıcalığı kabul etmeyerek Medeni Kanun'a tabi olmak istemişlerdir.⁸⁷ Berkes ise bu konuda kanun ile yaşayan hukuk kuralları arasında çatışma olmasının iktibas sürecinde ortaya çıkan veya yalnızca gelenekçiler taraftan ortaya konulmuş bir argüman olmadığı düşüncesindedir. Bu düşüncenin devrimci hukuk görüşü sahipleri de gayet farkındadırlar ve onlar kanunu toplumsal yaşamı değiştirmede özellikle tek eşlilik, evlenme,

⁸⁵ Gökalp, s. 14.

⁸⁶ Berkes, s. 444-445.

⁸⁷ Feroz Ahmad, s. 98-100.

boşanma, mülkiyet, sözleşme gibi hususlarda etkili bir araç olarak görülmektedirler.⁸⁸ Cevdet Paşa’nın fikriyatında siyasal sistemin ve devlet düzeninin doğrudan bir uzantısı olarak görülen medeni kanun, radikal kadro için “*olması gereken*” olarak kodlanmaktadır ve yeni devlet formunun gerekliliklerine göre değiştirilmesi istenmiştir. Bu yönüyle anayasadan dahi daha başarılı düzenlemelerden biri olan Medeni Kanun, kadın hakları alanındaki maddeleriyle 1934’te anayasal değişikliğin esas etkenlerinden birisini oluşturmuştur.⁸⁹

Batılı olmayan ülkeler hep birlikte değerlendirildiğinde bu ülkeler arasında Batılı ülkeler ile ilk temasa giren ülkenin Osmanlı İmparatorluğu olduğuna işaret eden İnalçık’a göre Osmanlı’da Batılılaşma sürecini amaçları kendi içerisinde farklılaşan üç aşamada incelemek gereklidir. İlki Hristiyan Avrupa’dan silah ve alet alımına ağırlık veren aşama, ikincisi ise 17. yüzyılda okulların açıldığı sistemli temas dönemidir. Üçüncü dönem ise Batılı idari kurumları aktarma çabası olup Cumhuriyet dönemi “*tam radikal laikleşme*” olarak gerçekleştirmiştir.⁹⁰ Benzer şekilde Ünal yüz yıllık süreçte Tanzimat’la başlayan kanunlaştırma hareketlerini ilki yerli menşeli kanunlar, ikinci kısım Fransız menşeli kanunlar ve üçüncüsü muhtelif menşeli müktebes kanunlar devri olarak kısımlara ayırmaktadır. Bu üç kısmın ilkinde kanun yapma tekniği alınmış iken ikinci kısımda Fransız kanunlarının iktibas yoluyla gidilmiştir. Üçüncü ve son dönemde ise toplumsal yapıya ve sosyo-kültürel özelliklere en uygun Batı kanununun alınması bir politika olarak benimsenmiştir.⁹¹

⁸⁸ Berkes, s. 531. Raiser’e göre Ehrlich ile anılan yaşayan hukuk (des lebenden Rechts) kavramı, hukuku toplumun güncel olarak deneyimleyerek oluşturduğu, yaşayan bir organizma şeklinde onu geliştirdiği bir kurgusal kavrama işaret etmektedir. Bunun dışında yaşayan hukuk kavramlaştırması Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinde kitaptaki hukuk- eylem halindeki hukuk fikrine doğrudan sirayet etmiştir. Thomas Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, s. 74.

⁸⁹ Berkes, s. 531-532.

⁹⁰ İnalçık, s. 138-143.

⁹¹ Bunlar arasında 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi ilk kısım kanunlaştırma hareketlerinin gecikmiş son örneği konumundadır. Ünal, Mehmet. “Medenî Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1977, C. 34, S. 1, s. 204-205.

Sonuç olarak özel hukuk ve ceza hukuku alanında daha çok geçerli olmak üzere Batı hukukuna yönelen birçok örnekte görüldüğü üzere hukukta devrimci görüş ve öneriler, Meclisler tarafından nazara alınmamakta veya kanun taslakları üzerinde gerçekleştirilen çeşitli değişikliklerle etki büyük oranda hafifletilebilmektedir.⁹² Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı sonrası şer'î hukuk ile Batı hukuk anlayışı arasında bir ikilem doğduğunu ifade eden Bozkurt'a göre kişiler arası eşitliğin ve temel haklarda dokunulmazlığın Osmanlı hukuk sistemine girmesi devletin hukuk uygulamalarında bir ayrımın göstergesidir. Osmanlı hukukunda gayrimüslim yurttaşları devlete bağlı kılmak ve merkezi otoritenin gücünü arttırmak amaçlı faaliyetler şer'î hukukun güçlü olduğu yerde Batı hukukuna dayalı temel yasalar alınmasını gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.⁹³ Ayrıca Lewis çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede devlet otoritesinin reform yanlısı olmasının toplumsal tablonun değişmesinde oldukça kıymetli olduğunun altını çizmektedir. Bu uğurda hukuk kurumları dini otoritenin hukuk üzerindeki etkisini kırmak yolunda işlev görmüş, muhafazakâr kesim ise buna direnç göstermek yolunda harekete geçmiştir.⁹⁴

IV. BATI HUKUKUNUN BENİMSENMESİNE KARŞI MUHALEFET VE ELEŞTİRİLER

Resepsiyon meselesi şüphesiz yalnızca kanun yapma tekniğiyle açıklanabilecek bir mesele değildir; zira resepsiyon gerekçelerinin öncelikle ülkenin yakın dönem siyasi tarihi ile doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Bununla beraber bir ülkeyi başka ülkenin normlarını almaya iten nedenler genel hatlarıyla modernleşme arzusu, dış baskı ve bağımsızlık isteği olarak farklılık gösterebilmektedir.⁹⁵ Ayrıca hukuk politikasındaki değişiklik iktibasın tüm amaçlarıyla başarıya ulaşacağı anlamına gelmemektedir; zira ihtilal devirleri özel hukuk alanında ihtilalci değerlere sahip kanunlar yaratmaya her zaman yeterli değildir. Batı hukukunun tarihine bakıldığında kanun yapma işlevi, devrimci dönemlerde muhalefet sebebiyle mevcut radikal kadroları meclislerde

⁹² Alan Watson, "Hukuksal Evrim ve Kanun Yapma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (çev. E. Akyazan), İstanbul 2012, C.67, S.1-2, s. 250.

⁹³ Bozkurt, *Alman-İngiliz*, s. 214-215.

⁹⁴ Lewis, s. 366.

⁹⁵ Bozkurt, s. 8-11.

sınırlandırmakta veya devrimci politikaların gerçek etkisini gösterememesine neden olabilmektedir.⁹⁶

Çalışmada daha önce belirtildiği üzere Batı hukukunun kabulüne yönelik şiddetli itirazlar Medeni Kanun’un alınmasının çok öncesine uzanmaktadır. Tanzimat sonrası Batılılaşma hareketlerinde muhalefetle süreklilik içerisinde olan bu itiraz odakları, söylemlerinin etkililiği açısından toplumsal bir kabule ulaşmıştır. Görüldüğü üzere toplumsal yaşamı eşitlikçi bir idealde değiştirme girişimleri, o yaşamın temel dinamiklerinin uzantısı olan ve hukukun evrenselliği prensibini reddeden halkın ruhu öğretisiyle ve buna dayalı hukuk biçimleriyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bir noktada organik gelişim tezi reddedildiğinden mevcut hukukun arkasındaki örf ve adetlere sinmiş haldeki toplumsal eşitsizliklere dayalı pratiklerle çatışmak kaçınılmaz olmaktadır.⁹⁷ Bu çatışma giderek millilik ile toplumsal ihtiyaçlar arasında sistemin temel felsefesinin neye dayanması gerektiği yönünde bir kutuplaşmayı beraberinde getirmektedir. Milli hukuk yanlıları hukuku Tarihçi Hukuk Okulu’nun “*volkgeist*” anlayışına benzer bir yerden açıklayarak organik bir uyumsuzluk olacağı yolunda itiraz geliştirirken buna karşı geleneklerin bir gerçekliğinin olmadığı yolunda bir karşı savunma gelmektedir.⁹⁸

Bu bakımdan 1923-1925 arası dönemdeki farklı görüş sahipleri, bu tarihten sonra iktibas ile hukuk düzeninin yenilenmesi çalışmalarının karşısında kalan odakları oluşturmaktadır. Bu yönüyle Ahkâm-ı Şahiyye ve Vacibat Komisyonu ile öne çıkan tadil veya sentez arayışı, 1925 sonrası kültürel değişim arzusuna ve toptan benimsenme fikrine yerini bırakmıştır.⁹⁹ Bu tarihten itibaren Medeni Kanun ve kanu-

⁹⁶ Watson, s. 252-253.

⁹⁷ Fertellioğlu, s. 91-92.

⁹⁸ Serhan Yıldırım, “Cumhuriyet Dönemi Medeni Hukuk Resepsiyonunun Tarihsel ve Felsefi Zeminden Ayrılmazlığı ve Kıymeti Üzerine Bir Değerlendirme”, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023, s. 232-234.

⁹⁹ Mustafa Y. Aygün, Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara 1983, s. 62-65. “Yine 1916 yılında kurulan İhâr-ı Kavânin Komisyonlarında Mecelle yaklaşımına ilaveten incelenen diğer Batı medeni hukuk örnekleri yeni yönelimin eklektik yönünü göstermesi bakımından önemlidir. Bu yönde atılan adımların toplumsal karşılığının bulunmayışı, Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde olduğu gibi, uzun ömürlü, kalıcı çalışmaların ortaya çıkmasını imkânsızlaştırmış

nun resepsiyon şekli idari, dini, tarihi ve terminolojik bakımdan farklı yönlerden gelen eleştirilerin odağı olmuştur. Kilise hukukundan esinlenilerek ve Hristiyan dinine bağlı kalınarak hazırlandığından ötürü kanunun Müslüman topluma etkin şekilde uygulanamayacağı vurgulanmış, bu sebepten dolayı “*hazır bir elbise gibi bir kanunun iktibas edilemeyeceği*” yönünde görüşler belirtilmiştir.¹⁰⁰ Ayrıca bu görüşün Meclis’te kanun alımına dair usulen bir itiraz ile ilişkili olduğunun altı çizilmelidir. Görüşmeler sırasında Afyon Mebusu Ali Bey’in teklifiyle Kanunu Medeni’nin bir oylama üzerinden bütün olarak kabul veya reddi teklif edilmiş, Sivas mebusu Halis Turgut Bey ise kanunun madde madde müzakere edilmesi gerektiğine yönelik itirazda bulunmuştur.¹⁰¹ Buna karşılık Sinop Mebusu Yusuf Kemal Bey’in oylama öncesi Medeni Kanun ile ilgili Meclis’teki konuşmasının tasarının kül halinde kabulüne ilişkin dikkat çekici olduğunu burada söylemek gerekir; zira buradaki itiraz, kanunun her maddesinin oylamaya açılarak tartışılmasına dairdir. Kanunun bütün halinde kabulüne karşı çıkanlara bundan önceki medeni kanunla ilgili düzenlemelerin hiçbirinin müzakere ederek veya toplumun dâhil olduğu uzun zamana yayılan tartışmalarla kabul edilmediği yolundaki eleştirilerle karşı çıkmıştır. Meşrutiyet yıllarında Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin dahi Meclis’ten geçirilmemiş olduğuna dikkat çeken Yusuf Kemal Bey, herhangi bir tereddüt görüntüsüne mahal verilmeden tasarının oybirliğiyle kabul edilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Bu konuşmalara verilen desteklerin ardından İsmet Bey’in hata ve sevap cetveli ile kanunun kabul edileceğini açıklaması sonrası kanun müttefiken kabul edilmiştir.¹⁰²

Cumhuriyet öncesi kanunlaştırma hareketlerindeki bir diğer zorluk, Mecelle İslam hukuku kökenli iken bu kanuna bağlı olan diğer kanunların çoğunun Fransa’dan iktibas edilmesidir. Diğer bir deyişle ana hukuk İslam hukuku kökenli iken diğer kanunlarda başta ticaret alanı olmak üzere kaynağın farklı bir coğrafyadan gelmesinin ahenk-

gözükmektedir. Bundan dolayı da eklektik müdahalelerin ortaya çıkardığı boşluk devrimci müdahaleler için hem bir bahane hem de bir gerekçeye dönüşmüştür”. Ocakoğlu, s. 311.

¹⁰⁰ Zeynep Özlem Üskül Engin, *Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, İstanbul, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008, s. 122-124.

¹⁰¹ *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D.C.I. S.22, s. 542-545.

¹⁰² Öztürk, s. 546.

sizlik teşkil etmesidir.¹⁰³ Ayrıca İsviçre’deki kantonlar arası hukuk farklılığı problemleri bir yana bırakılırsa İsviçre Medeni Kanunu’nun alınmasındaki temel gerekçe, Mahmut Esat Bey’in tabiriyle Fransız Medeni Kanunu’nun eski, Alman Medeni Kanunu BGB’nin ise soyut bulunması ve İsviçre ile Türk hukukunun sorunlarının büyük oranda benzer nitelikte olmasıdır. Osmanlı’dan bakiye kalan hukuki sorunların yeni Türkiye Cumhuriyeti’ne taşınmak istememesi de aile kurumunun mahrem alandan sivil alana taşınmak istemesi bağlamında Medeni Kanun alımının temel gerekçelerinden birini oluşturmuştur.¹⁰⁴

Medeni Kanun’a yönelik eleştirilerin esas ve şekil bakımından iki kısımda geldiğini ifade eden Arık, esas bakımından yapılan tenkitlerin daha çok gerici çevrelerden resmi nikâhla ilgili olarak geldiğini ifade etmektedir. Şekil bakımından ise temel olarak tercüme yanlışları, terim uyumsuzlukları, madde başlıkları ve madde-fıkra karışıkları örnek gösterilebilir. Bunun için 1951-1960 yılları arasında Adalet Bakanlığı bünyesinde Medeni Kanun Tâdil Komisyonu görev yapmıştır.¹⁰⁵ Bu bağlamda çeviri ve terim birliğini sağlamak yolundaki girişimler sonraki yıllarda kendisini *Medeni Kanun Ön Tasarısı*’nda da gösterir. 1960-1967 yılında Velidedeoğlu başkanlığında yeniden görev yapacak bu komisyonun terimlerin Türkçeleştirilmesi hususunda hem anayasadaki dilde özleşme anlayışıyla hem de Kat Mülkiyeti Kanunu gibi Medeni Kanun’la ilişkili kanunlarla yeknesaklık taşıma arayışında olduğu görülür.¹⁰⁶

İktibas konusunda yetmiş yıllık süre zarfında geleneklerin terkedilmesi açısından kanun alımının başarılı olduğunu ve özellikle aile ile miras hukuku alanlarında devrimci kadronun amacının belirli alanlar-

¹⁰³ Onar, 60. Onar’a ek olarak Hirsch de Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’nun iktibas sürecinde farklı çevirmenlerin belirli bir mutabakata varmadan çalışmalarının sorun oluşturduğuna vurgu yapmaktadır. Bunun sonucu kavramlarda birlik yaratılamamış ve bu durum belirli çevrelerde rahatsızlık yaratmıştır. Hirsch, 2005, s. 358.

¹⁰⁴ Dumanlı, s. 20.

¹⁰⁵ Kemal Fikret Arık, “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 1963, C.18, S.1, s. 205. Oğuz’un ifade ettiği gibi özel hukuk bu iktibas yoluyla Avrupa hukuk ailesine dahil olmuştur; ancak bu süreçte İsviçre medeni hukukuna dair önemli hukuk şerhleri çevrilerek teorik ve pratik alanda çalışan hukuk uzmanlarına ulaştırılmıştır. Oğuz, s. 203-206.

¹⁰⁶ Günel, s. 173-177.

da reformu gerektirmekle beraber büyük oranda gerçekleşmiş olduğunu açıklayan Öztan ise imam nikâhıyla yapılan evliliklerin, başlık parası uygulaması veya evlilik dışı çocukların oranının büyük oranda azalmasını bunun bir sonucu olarak görmektedir. Karı-koca arasında eşitlik prensibi ve anne-baba karşısında çocuğun menfaati ilkesinin kabul edilmesinin de bunların en önemlileri arasında sayılması gerektiği açıktır.¹⁰⁷ Zajtay ise bu konudaki makalesinde İsviçre hukukundan yapılan iktibasta en büyük zorluğun resmi nikâh ve evliliğin şekil şartlarına yönelik gerçekleştiğini ifade etmektedir. Örneğin evlendirme memurunun rolü bakımından dini evlilik iki tarafın rızasıyla şekil şartlarını haiz olmayan bir akit olup imamın mevcudiyeti yalnızca bir merasim unsuru konumundadır, oysa Batı hukukunda evlendirme memurunun yokluğu evlenmenin gerçekleşmesini engellediğinden bu durum açık şekilde çelişki taşımaktadır. Bunların dışında evlenme iradesi gösterenlerin memur önünde bulunma zorunluluğu ve nüfus kayıtlarının temini ile bu kişilerin tespitinin gerçekleşmesi yoluyla çeşitli toplum kesimlerinde eski usulle evliliklerin güçlü konumlarını sürdürmelerine sebep olmuştur.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Bilge Öztan, "Medeni Kanun'un Kabulününün 70'nci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 124-125. Kanun'un toplumsal alanda benimsenmesine yönelik iddia, yalnızca Türk düşünürlerinden gelmemektedir. Susurluk çevresindeki köylerde Türk Medeni Kanunu'nun toplumsal olarak benimsenmesiyle ilgili makalesinde antropolog Magnarella esasen İsviçre Medeni Kanunu'nun aile hukukuyla ilgili hükümlerinin sanayi toplumlarına daha uygun olduğuna işaret etmektedir; ancak yazara göre Türkiye'nin toplumsal yapısındaki değişim kanununun da giderek daha yüksek bir toplumsal kabul görmesine sebep olmaktadır. Eğitim, bürokrasi ve ekonomik alandaki değişim pratikleri bir noktada aile içi ilişkilere hâkim dinsel nitelikli geleneklerle çelişkiye sebebiyet vermektedir. Bu çelişki ise eşitlik, gelişim ve hareketlilik açısından bireyler üzerinde baskı unsuru olmaktadır. Sonuç olarak hukuk dışı tüm değişimler giderek medeni hukukun daha yüksek kabulüne sebep olmaktadır. Magnarella, Paul J., "The Reception of Swiss Family Law in Turkey", *Anthropological Quarterly*, Washington 1973, C. 46, S. 2, s. 114.

¹⁰⁸ İmre Zajtay, "Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibas", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (çev. T. Akünel), İstanbul 2011, C. 37, S. 1-4, s. 319-320. Bu hususta özel hukuk temelli ilişkiler açısından sözleşme özgürlüğü fikrinin hâkim olduğu Code Napoleon evlilik meselesinin devlet tarafından kayıt altına alınmasını şart koşmaktadır. Diğer bir ifadeyle Kod, devlet evlilik akdini onaylamadan bir dini kurumun o çiftin evliliğine onay vermesinin merkezi otorite tarafından kabul edilmeyeceğine yönelik düzenlemeyi şart koşmaktadır. Hayatlarını birleştirmek isteyen bir çift ancak devletin resmî kurumlarının onayını aldıktan son-

Medeni Kanun’un kabulü sonrasında kadının konumu hususunda yapıcı eleştiri ve katkılar açısından dönemin iki önemli kadın aydını olan Sabiha Sertel ve Tezer Ağaoğlu’nun yorumlarına yer vermek gerekir. Sertel *Sevimli Ay Dergisi*’nde kadının toplum içindeki konumunu kanun alımının yükselttiğini ifade ederken, Ağaoğlu ise *Hayat Dergisi*’ndeki yazılarıyla kanunun çağdaş aile yapısının oluşumunda önemli bir yere sahip olduğuna işaret etmiştir.¹⁰⁹ Bu dönemde dikkat çekici bir diğer olay Sertel ile ilgili olarak noter önünde kadınların şehadetinin kabul edilip edilmeyeceği meselesi üzerine gerçekleşmiştir. Kanun yürürlüğe girmiş ise de kadınların noter önünde durumu belirsizliğini korumaktadır. 1927 yılında dergi sahipleri ve yereldeki bayi arasında geçen bir davada noter katibi, Sertel’in şahitliğini kabul etmemiştir. Bu durum Sertel’e göre toplum içinde kadınların yeni kanuna rağmen halen bir eşit yurttaş statüsü kazanamadığının açık ifadesidir. İki yayın organını temsil eden, ansiklopediler çıkartan bir kadın gazeteci bu haktan mahrum bırakılmış ve Sertel “*Kadının Şehadet Hakkı*” isimli makalesiyle meseleyi kamuoyuna yansıtmıştır. Makale sonrası Adliye Vekaleti şikâyete resmi biçimde dahil olmuş ve bir yazıyla şehadet hakkının kanunla korunduğunun altı çizilerek tüm hukuk uygulayıcılarının dikkatli olması gerektiği duyurulmuştur.¹¹⁰

Bu hususta dönemin ruhunu anlamak açısından 1946 yılında Cumhuriyet Gazetesi’nin tefrikalarında Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Ziyaeddin Fındıkoğlu arasında yaşanan tartışmadan kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Tartışmanın temel sorusunu 1926’daki resepsiyon hadisesinin 1868 yılında neden *Code Civil* üzerinden gerçekleşmediği ve Mecelle Âhkam-ı Adliyye’nin kabul edildiği meselesi oluşturmak-

ra dini kurumlardan yapılan bu evliliğin kutsanmasını isteyebilmektedir. Bunun aksine hareket ve eylemler Fransız hukukunda halen suç olarak kabul edilmeyi sürdürmektedir. Tigar/Levy, s. 257.

¹⁰⁹ Zafer Toprak, *Türkiye’de Yeni Hayat- İnkılap ve Travma 1908-1928*, Doğan Kitap, İstanbul 2017, s. 165-168.

¹¹⁰ Toprak, s. 170-174. Bu konuyla ilgili olarak Code Napoleon ise kabul edildiği dönemde evli kadınları ehliyetsiz kimseler olan küçükler ve akıl hastalığı olanlarla aynı kategoride değerlendiren hükümlere sahip olmasıyla dikkat çekicidir. Bu yönüyle Kod, bir kadının eşinin izni olmadan sözleşmenin tarafı olmasını kabul etmeyerek ve kadını “sağlıklı ancak ehliyetsiz” bir konumda sayarak eski rejimin temel kabullerini sürdürmektedir. Dönemine uygun olarak özel alanda baba ve koca otoritesini koruyan bu metin, çalışma ve sözleşme yapma hakkını doğrudan erkeklere ait bir hak olarak düzenlemektedir. Tigar/Levy, s. 257-258.

tadır. “Kanunlaştırma Hareketleri” eseriyle başlayan bu tartışmada Fındıkoğlu “Medeni Kanunumuzun 20 inci yıldönümü¹¹¹” eseriyle bir mütalaa vermiş ve Velidedeoğlu’nun bu eserdeki tezlerini eleştirmişdir. Radikal bir veçhede rasyonalist hukuk telakkisini reddeden Fındıkoğlu’na göre içtimaî gerçeklik gözden kaçırıldığı için o tarihte *Code Civil* iktibasının başarılı olacağı düşünülmektedir. Velidedeoğlu ise bu mütalaaaya “Fransız Medenî Kanununu kabul etmeli miydik?¹¹²” başlıklı yazısıyla cevap vermiş ve lâik bir düzenin olmaması sebebiyle *Code Civil*’in Osmanlı İmparatorluğu’nda başarılı olamayacağı iddiasını ortaya koymuştur.¹¹³ Benzer biçimde Velidedeoğlu’nun “Kanunlaştırma Hareketleri” isimli ünlü eserine ise Ömer Lütfi Barkan İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası’na yazdığı bir makaleyle tenkitte bulunmuştur.¹¹⁴ Tanzimat sonrası kanunlaştırma hareketlerini İslam hukuku ve Fransız orjinli kanunlar bakımından tereddütlü bir politikanın sonucu olarak gören Barkan’a göre Velidedeoğlu, kanunların aynen kabulünü ve milli bünyeye intibakını bir prosedür olarak görmektedir. Hâlbuki belirli bir hayat tarzının ifadesi olan Batı kanunları aslında belirli bir ülkenin gelenekleriyle uyumlu olmak yerine o ülkenin toplumsal hayatını yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır. Bura-

¹¹¹ Fındıkoğlu, “Medeni Kanunumuzun 20 inci yıldönümü”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-17/2>, (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

¹¹² Velidedeoğlu, “Fransız Medenî Kanununu kabul etmeli miydik?”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-21/2>, (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

¹¹³ Mardin, s. 192-195. Huber ile ilgili olarak Medeni Hukuk profesörü Morandière Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verdiği “Fransız Medeni Kanunu’nun Tadili” isimli konferansta İsviçre Medeni Kanunu’nu hazırlık sürecinde Eugen Hueber’in de *Code Civil* ile ilgili tecrübelerden fazlasıyla yararlandığını ifade etmektedir. Bu bakımdan kabul edilen kanun, *Code Civil*’den bir asır daha genç olmakla birlikte mülhem bulunduğu esaslara büyük ölçüde benzer nitelikler taşımaktadır. Ayrıca kabul edildiği dönem olan 19. yüzyıl başında büyük bir beğeniyeye mazhar olan *Code Civil*’in sonraki dönemlerde tadili üzerine tartışmaları başlamıştır, bu sebeple ilgili düzenlemenin de değiştirilmesine dair farklı tarihlerde birçok girişim gerçekleşmiştir. 20. yüzyıl başında şiddetlenen bu tartışmalar sonrasında 1904’te Medeni Kanun’un tadil taraftarları bazı eserlerde görüşlerini ortaya koymuşlar ve II. Dünya Savaşı sonunda Fransa Adalet Bakanlığı tarafından Kanun’un tadili için başında Morandière’in olduğu bir komisyonu görevlendirmiştir. Morandière, J., “Fransız Medeni Kanununun Tadili”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2011, C. 16, S. 3-4, s. 718-731.

¹¹⁴ İlgili kitap eleştirisi için bkz. Ömer Lütfi Barkan, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1941, C. 7, S. 2-3, s. 700-717.

da asıl olan hukuk alımından ziyade o hukukun tatbiki ve içtihatlarla nasıl geliştirildiği meselesidir. Türk medeni hukuku alanında uygulayıcıların on beş yıllık süre zarfında bu yol ve yöntemlerle kanunun boşluklarını doldurma hususunda İsviçre mahkemelerinden tamamen farklı içtihatlar geliştirmeleri bunun birer kanıtıdır.¹¹⁵

Bu dönemde diğer dikkat çekici nokta ise Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (TCF)’nin kuruluşu ve Halk Fırkası’nın politikalarına karşı getirdiği eleştirilerdir. Dönemin siyasal muhalefetiyle ilgili olarak TCF’nin parti beyannamesine bakıldığında yeni partinin hedefi devrimci olmaktan çok tekâmüle önem veren bir yapıdadır, metni Locke-Rousseau ekseninde gören Erik Jan Zürcher partinin, hükümetin radikal-otoriter politikalarına karşı siyasal liberalizmi çözüm olarak gösterdiğini ifade etmektedir. Fırka’nın kanunları ikmal ve ıslah yoluyla çıkaracağını ve devleti sarsıntılardan bu tedrici anlayışla kurtaracağını açıklaması, partinin hukuki gelişim anlayışı konusunda yeterli bir malumat vermektedir.¹¹⁶ Ayrıca Zürcher 1924-1925 arasında etkin olan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası’nın iktidara gelmesi halinde gelecekteki meselelerin nasıl cereyan edebileceğine ilişkin bazı öngörülerde bulunur. Zürcher’e göre böyle bir durumda daha ılımlı bir politikanın devreye gireceği, toplumsal ve kültürel açıdan yapılacak reformların daha itidalli gerçekleştirileceği ve laiklik meselesinin yönetimde daha az yere sahip olacağı kuşkusuzdur.¹¹⁷

V. MEDENİ KANUN’UN ESBAB-I MUCİBESİ: TARİHÇİ HUKUK OKULU TEZLERİNE YÖNELİK BİR ELEŞTİRİ

Kodifikasyon girişimlerini reddederek organik hukuk kavramını önceleyen Tarihçi Hukuk Okulu¹¹⁸ (*Historische Schule*) çağının toplum-

¹¹⁵ Barkan, 715-716.

¹¹⁶ Zürcher, Erik Jan, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Siyasal Muhalefet Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1924-1925), İletişim Yayınları, (çev. G. Ç. Güven), İstanbul 2021, s. 163.

¹¹⁷ Bunun yanında Mustafa Kemal’i destekleyen ve kendilerini devrimin liderleri olarak gören genç radikal kanat hükümete muhalif her söylemi ihanet olarak kodlamaktadır. CHF’den istifaların azaldığı bir noktada Fethi Okyar’ı istifaya zorlayarak TFC’nin gerilemesini sağlayan da bu kanat olmuştur. Zürcher, s. 162-165.

¹¹⁸ Bu hususta bkz. Friedrich Carl Von Savigny, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, (çev. A. Acar), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018. Gerçekten de Savigny hukuk sosyolojisinin öncül isimlerinden birisi olarak görü-

sal taleplerine karşı itidalli bir yoruma sahip olduğundan 19. yüzyılın ilerici anlayışıyla uyumlu bir nitelik arz etmekten uzaktır. Temel hakların tüm hukuk sistemlerinin merkezine yerleşmesi bakımından evrenselci karakter ise toplumsal gelişim içerisinde yerel hukukun makbul kabul edilmesi gerektiği tezini tartışmaya açmaktadır.¹¹⁹ Heidelberg Üniversitesi'nden Friedrich Justus Thibaut ve Carl von Savigny arasında geçen kodifikasyon meselesinde görüldüğü gibi aydınlanma anlayışından hareketle evrensel akla dayalı bir ulusal kanun hazırlanması fikri tarihte giderek ağırlık kazanmaktadır. Buna karşın hukukun içinden çıktığı toplum ve toplumun tarihi ile olan ilişkisinden hareket edildiğinde ise mesele, bir halkın gelişim sürecine hukuk yoluyla müdahale olarak görülerek tartışmaya yol açmaktadır.¹²⁰

Bu iki karşıt görüş arasında gelenekçi kanat toplumsal yaşam pratiklerine özel önem vererek toplumun ürettiği her hukuku ve hukuki çoğul görünümü verili bir gerçeklik olarak korunması gereken bir değer kabul eder. Burada özel hukuk üzerindeki hukuki çoğulluğa bir örnek olarak 19. yüzyıl başındaki Alman toplumu örnek gösterilebilir. Örneğin 1900 öncesi bir Alman hukukçu yaşadığı veya baktığı olaya göre değişik hukuklara başvurmak zorunluluğu altındadır. Prusya'da yaşayanlar Prusya Eyalet Yasası'na, Köln'de yaşayanlar Köln başta olmak üzere Ren nehrinin sol tarafında kalanlar *Code Civil*'i, Leipzig sakinleri Saksonya Medeni Kanunu (*BGB*), Frankfurt am Main ise Roma

lebilir; zira hukuku pozitif metinlerin dışında etkin ve toplum içerisinde dinamik bir unsur olarak görerek bu iki alan arasındaki farklılığın kapatılması onun temel motivasyonudur; ancak onun belki de temel hatası hukukun oluşumunu tarihsel sürecin arka planında kalan bir nüve olarak görmesidir. Ali Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2006, C.1, S.1, s. 85-86.

¹¹⁹ Buğrahan Fertellioglu, "Medeni Kanun ve Tarihi Hukuk Okulu", *Hukuk Kuramı Dergisi*, Eskişehir 2023, C. 8, S. 1, s. 91-92.

¹²⁰ Gonca Kuru, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, Cilt: 22 Sayı: 1, 201 - 228, s. 225-226. Bu konuyla ilgili olarak ZGB'nin kabulü öncesinde halkın kanununun temel kavramlarına intibak etmiş olduğuna işaret eden Hirsch, bu durumun tatbik meselesine büyük kolaylık sağladığına vurgu yapmaktadır. Buna rağmen ülkede Medeni Kanun için karar sonrası dört yıl ve Borçlar Kanunu için dokuz aylık bir müddet beklenmiştir. Almanya'da ise 1896 yılında kabul edilen Medeni Kanun, 1900 yılında ancak yürürlük kazanabilmiştir. Hirsch, 1944, s. 774-775.

hukukunu kullanmaktadır.¹²¹ Thibaut’ın “*Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanun Zarureti Hakkında*” adlı metni işte bu medeni kanunun tüm Almanya için gereklilik olduğu fikrinin bir müdafaası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışma esasen hukuksal birlik ile siyasi birlik arasında hangisinin öncelikli olduğu tartışmasını içerisinde barındırır; zira siyasi birliğini merkezi ölçekte kurmayan bir topluma tek bir çerçeve veya hukuki bir kalıp belirlemek oldukça büyük problemler çıkarmaya gebe dir.¹²² Bu dönemde Alman coğrafyasının çeşitli bölgelerinde farklı kanunların benimsenmesi Almanya’nın hukuk birliğinin sağlanamaması tehlikesini içerisinde barındırmaktadır. Öyle ki bu durum Fransız sınırına yakın bölgelerde, örneğin Baden bölgesinde, *Code Civil*’in yürürlüğe konması ile sonuçlanmış ve bu gidişatı engellemek amacıyla tüm Cermen halklarını kapsayan bir medeni hukuku kabul ederek birliği sağlama fikri ortaya atılmıştır.¹²³ Kanunlaştırmanın tepeden inme niteliğine karşı çıkan Savigny ise esasen devleti hukukun oluşumunda pasif bir konumda değerlendirmedini ifade etmektedir. Aksine devlet, hukuku oluşturan kurum ve organların bu niteliklerinden yoksun olmaması için çalışmalı ve hukukun bu kurumlarda sağlıklı bir biçimde üretilmesine yönelik bir görevle sınırlı kalmalıdır.¹²⁴ Gerçekten kendi dönemindeki hukuk düşüncesinin ötesinde bir etkiye sahip olan Savigny, yaşadığı dönemin ötesinde geçmişe ve Roma hukukuna dönerek teorisini gerçekleştirmeyi başarmıştır. Bunu belirli oranda devlet dışı hukuk mefhumuna dönerek antropolojik bir veçhede yapan Alman düşünür, tarihsel bir bakış açısıyla hukuka sosyolojik bir çerçeveden bakmayı başarmıştır.¹²⁵

¹²¹ Altan Heper, *Serbest Hukuk Akımı Sosyal Bir Olgusu Olarak Hukuk*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 21.

¹²² Coşkun Üçok, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1950, C. 7, S. 1, s. 319.

¹²³ Üçok, s. 319.

¹²⁴ Bu hususta bkz. Savigny, s. 189-190. Savigny eserinde bu argümanını temellendirirken dönemin Almanyası’nda hukuk alımına karşıt olan ve resepsiyonu destekleyen düşünürlerin bu görüşlerini ortaya koydukları eserlerle ilgili değerlendirmelerine de yer vermektedir. Buna göre Thibaut, Feurbach, Preiffer ve Almen- dinger yeni kanun lehinde görüş bildirirken Hugo, Schrader ve Savigny ise karşı cepheyi oluşturmaktadır. Savigny, s. 160 vd.

¹²⁵ Kasım Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2016, C. 74, S.1, s. 70.

Bilindiği üzere modern hukuka geçişte kodifikasyon hukuki gelişimi en üst aşama gören ve rasyonel yasakoyucunun kodlarla sistemleştirme görevine sahip olduğundan hareket eden bir anlayışın ürünüdür. Bu düşüncede hukuki fikirlerin bireysel yaratıcılarının olmadığı kabul edilir; zira hukuk bir bütün olarak kolektif iradenin ve kültürel gelişimin ürünüdür.¹²⁶ Kodifikasyon tartışmalarının hemen öncesinde Alman İmparatorluğu'nu ülke sınırlarında bilfiil geçerli bir hukuk sistemini kullanma fikri ise pandekteist ile Germanist unsurlar arasında yeni bir mücadeleyi başlatmıştır. Pandekteist okul Savigny'nin tercihi ve Windscheid'in gayretleriyle *gemeines Recht*'i, Echhorn ve Grimm ise eski Cermen hukukunu yeni Alman kanunun kaynağı olarak görmüş, bu mücadeleden galip çıkan ise büyük oranda pandekteist hukuk taraftarları olmuştur.¹²⁷ Bu tartışmaların gösterdiği üzere Alman Tarihçi Hukuk Okulu bir bütün halinde hukukun bir toplumda yasa koyucunun iradesiyle sınırlandırılmayacağına dair eleştirisiyle ve doğal hukukçu evrensel akıl yanlılarının zaman ve ülke fark etmeyen bir hukuki sistem yaratma eleştirilerinin karşısında konumlanmaktadır. Bununla birlikte burada ortaya konan halk ruhu kavramı kanunlaştırma fikrini bu ruhun gelişiminin ve hukukun gerçekleşmesinin düşmanı ve hukukun olması gerektiği gibi neşet etmesi noktasında bütünlüğü zedeleyen bir girişim olarak kodlamaktadır.¹²⁸ Diğer bir ifadeyle kodifikasyon olgusu Tarihçi Hukuk düşünürlerinde gelenek hukuku ve Roma hukukunun bir karışımı olan Alman hukuku *Gemeines Recht*'e yönelik doğrudan bir tehdit olarak görülmektedir. Hukukun temel formunu gelenekten aldığını düşünen Savigny'nin bu yönüyle yasama otorite-

¹²⁶ Tarihçi Okul taraftarlarına göre yasama, ortak bilincin talepleri karşısında ikincil konuma sahiptir. Hukuki otoritenin kaynağı devlet değil bizatihi toplumdan neşet etmektedir; ancak hukuk kurallarının üretiminde ve sistemli hale getirilmesi meselesinde bir devlette yasamanın baskın hale geldiğini kabul etmek Savigny için de kaçınılmaz olmuştur. Roger Cotterell, *Hukukbilimin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, (çev. S. Üye), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 70-72.

¹²⁷ Raoul Charles Van Caenegem, *Özel Hukukun Tarihi Giriş*, Pinhan Yayınları, İstanbul 2022, s. 222. Bu hususta Fransız örneğinde ise örflerin yasalaşmasının ardından resepsiyon talebinin belirginleştiği söylenebilir. Roma Hukuku krallığın yerel oluşumlara karşı gücü elinde toplamasının ardından ve teşkilatlanma tamamlandıktan sonra gözden çıkarılabilecek bir metin haline gelmiştir. Asal, Barkın, *Kodlaştırma Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihsel Kökenleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.190-192.

¹²⁸ Can, s. 115-118.

tesinin rolünü hukuki anlamıyla değil, kültürel veçheden algıladığını ve devletin halkın temsilcisi olması sebebiyle hukuk dayatma gücünün bu alanda sınırlandırıldığını söylediği ifade edilmelidir.¹²⁹ Bu yönüyle Tarihçi Okul destekçilerinin muhafazakâr görüşlerini ortaya koyarken faydalandığı ve evrensel ilkeler üzerinde yükselen bir ortak hukuku savunarak rasyonel düşünceyi eleştirdiği ifade edilebilir. Bu eleştiride toplumsal mühendislik çalışmaları ideolojik girişimler olarak görüldüğünden geleneğe dayalı ilerleme savunulmuş, geleneklerden ani kopuşlara ise şiddetle karşı çıkmıştır.¹³⁰

Tarihçi Okul'un tezlerinin Medeni Kanun'un kabul görüşmelerine büyük oranda etki ettiğini söylemek mümkündür. Medeni Kanun'un ilk maddesi hâkime kanunda boşluk olduğu takdirde pozitif hukukun dışına çıkabilme izni vermesi bakımından kanun alımına yönelik doğal hukukçu bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir; ancak Güriz'e göre madde hâkimden ilk önce örf ve âdet hukukuna göre çözüm bulmasını istememektedir. Hâkim bunu yaparken pozitif hukukun tamamen dışına çıkamaz, örf ve âdet hukuku pozitif hukuka ters düşmemelidir. Bu sebeple kanunun birinci maddesi daha çok Tarihçi Hukuk Okulu'na yakın görüşler çerçevesinde değerlendirme görmektedir.¹³¹ İlk maddeden bu anlaşılmaktadır; ancak etkinlik kazanan tabii hukuk görüşüne karşın Türk hukuk sisteminde hukuku bir emirler bütünü olarak kavrayan pozitivist görüşün ağırlık kazandığı açıktır. Burada hukukun cebre uygun olduğunu ifade eden pozitivist anlayışın güçlü bir şekilde idari anlayışta varlığını sürdürdüğünü söylemek gerekmektedir.¹³² Medeni Kanun ile ilgili itirazların kanun alımı tartışmalarından itibaren yaygın şekilde gündeme geldiğini ifade eden

¹²⁹ Şüphesiz yasakoyucunun hukuk yapımındaki rolünün etkinliğindeki artış, tarihsel süreçte baskın hale gelmiş bir meseledir. Yasakoyucunun rolünün geleneksel hukuk oluşumu karşısındaki baskınlığının tezahürü kodifikasyon ise yalnızca Alman coğrafyasında değil, Anglo-Amerikan hukuk düşüncesi üzerinde de bir tehdit olarak o dönemde etkili olmuştur. Bu hususta Savigny'nin yazılarının Britanya ve Amerikan hukuk düşüncesinde büyük etkileri olduğunu söyleyen Cotterell'e göre hukuki gelişim anlayışından common law teorisyenleri yararlanmışlar ve hukukun topluluk ile olan bağıyla ilgili gerekçelendirmelerinde bu argümanları sıklıkla kullanmışlardır. Cotterell, 2022, s. 71-72.

¹³⁰ Güler, s. 142-144.

¹³¹ Güriz, s. 417.

¹³² Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi*, Ankara 2011, s. 418-419.

Arık, kanunun lafzi yorumunun Mecelle’de oldukça güçlü bir yer teşkil ettiğini ve bu geleneğin “*kanunperestlik*” noktasına varacak şekilde önemsendiğini ifade etmektedir. Aynı zamanda eski hukuk hâkimin takdirine oldukça kısıtlı bir alan bıraktığından bu meselelerde büyük bir tereddüt olduğu bilinmektedir.¹³³

Jaschke ise kanunda hüküm bulunmayan hallerde İsviçreli yargıca herkes tarafından kabul edilen öğreti ve gelenekleri izlemesi emredilirken Türkiye’deki yargıcın öncelikle bilimsel araştırmalar ile yargı kararlarını değerlendirmekle sınırlandırıldığına dikkat çekmektedir. Jaschke’ye göre bu durumun esas sebebi gelenek meselesinde gizlidir; zira açıkça yasa koyucu yargıcın şer’i hukuka ve o dönemki -âdetlere dönüşünü engellemek amacını gütmüş, “*gelenekler*” deyiminden özellikle kaçınılmıştır¹³⁴. Mal ayrılığı, süt husımları arasında evlenme engeli, ölenin mirasçuları gibi bazı düzenlemelere eski hukukun esasları gözetilerek yer verilmiştir. Nikâh şekli konusunda da İsviçre hukukunda yerleşmiş bulunan uluslararası nitelikteki özel hukuk hükümleri alınmamıştır.¹³⁵ Gerçekten Medeni Kanun ile ilgili bir diğer sorun yaşayan hukuk ile hukuk kurallarının örtüşmemesi sorunudur; zira kanunun halk tarafından bilinme ve kabulü hususunda imam nikâhının yerleşik durumu gayri sahih nesepli birçok çocuğun doğumuna sebebiyet vermiştir. Ayrıca beşik kертmesi, başlık parası gibi yerleşik uygulamaların bazı bölgelerde devam ettirildiği görüldüğünden toplumsal dönüşüm sürecinin devam ettirildiğini kabul etmek gerekir.¹³⁶

Bu bağlamda örf ve âdet hukuku ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiye yeniden yer vermek gerekir. Topçuoğlu’nun da belirttiği gibi bir ülkede kanunların toplum üyelerinin nazarında yerleşik bir hâl alabilmesinin koşulu o ülkedeki örfler (*mores*) ile bir karşıtlık içermemesinden ileri gelmektedir. Sosyal ilişkilere verilmiş bir yanıt olarak

¹³³ Arık, s. 27.

¹³⁴ Gotthard Jaschke, *Yeni Türkiye’de İslâmlık*, (çev. H. Örs), Bilgi Yayınevi, Ankara 1972, s. 24.

¹³⁵ Jaschke, s. 24.

¹³⁶ Üskül Engin, s. 122-125. Benzer şekilde 2002 yılında kabul edilen 4721 sayılı Medeni Kanun ve 2012 yılında kabul edilen 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun kabul edilme gerekçeleri arasında kanunların canlı organizmalar olduklarından yaşlandıkları ve zamanın gerekliliklerini karşılamada zorlandıkları ifade edilmiştir. Bunu çözenin yolu ise kanunların revize edilmeleri veya baştan aşağı yenilenmeleri olarak gösterilmiştir. Kayak, s. 62.

görülmesi gereken örfler içinden doğdukları toplum gruplarını kendilerine bağladıklarından alelâde halk tarzları ile kanunlar arasında normatif bir bağlantı oluştururlar.¹³⁷ Örfler mevcudiyetlerini mutlak ve evrensel nitelikte sunarlar ve onlara hakikat gözüyle bakan kitleler örflerin aleyhindeki eleştirilere inanmak istemezler. Bu kültürde bulunan örfler başka bir medeniyet tarafından geride kalmış olarak bulunurlar da bu topluluk örflerinden diğer toplulukların kendi örfleriyle ilgili düşüncelerine benzer şekilde memnundurlar. Ağır yaptırımlara sahip örfler ise uzun müddet o topluluklarda varlıklarını sürdürerek kalıplaşabilir.¹³⁸ Bununla beraber göreneklerle ilgili tartışmalar ortak mirasın ulusal değil, coğrafi karakterli olduğunu göstermektedir. Hukukun insan doğasıyla ilgili olduğundan hareketle ulusal sınırlar içerisinde kalması gerekliliğine yönelik değerlendirmeler eleştirilmiş ve yerel farklılıklara rağmen hukukun ortak olması gerekliliği İngiltere ve Macaristan örnekleri dışarıda bırakılırsa yakın zamana dek hâkim görüş olarak kabul edilmiştir.¹³⁹ Gerçekten de Caenegem’in vurguladığı üzere ulus ile hukuk arasında karakter bakımından bir ilişki olduğunu kabul etmek Orta Çağ ve Erken Modern zamana dek bilinen bir olgu değildir. *Volkgeist* temelli kültürel gerçekliğin hukuka yerel varyasyonlarla form verdiği yolundaki iddia, esasen 19. yüzyılda Fransız etkisi altındaki Alman ulus devletinin yükselişiyle alakalı bir meseledir; zira bundan önceki dönemler incelenecek olursa Roma ve dini hukuk modelleri hukukun ulus ötesi ve evrensel bir karaktere sahip olduğu görülecektir.¹⁴⁰ Örneğin Watson Fransız Medeni Kanunu *Code Civil* özelinde bu büyük kanunun Paris Gelenek ve Göreneği (*Coutume de Paris*) ile başta evliliğin tabi olacağı mal rejimi konusu olmak üzere pek çok hususta çatıştığını ifade etmektedir.¹⁴¹

¹³⁷ Hâmide Topçuoğlu, XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961, s. 217-219.

¹³⁸ Topçuoğlu, s. 217.

¹³⁹ Caenegem, s? Cotterrell’e göre hukuk transferinde vurgu coğrafi odaklı bir şekilde değişiklik göstermektedir. Örneğin Batı Avrupa’da temel tartışma Avrupa hukuk sistemlerinin bir noktada ekonomik, sosyal ve kültürel homojenliğe dayalı olarak birleşeceği üzerine ilerlemektedir. Roger Cotterrell, *Law, Culture and Society Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Routledge, London 2006, s. 120.

¹⁴⁰ Caenegem, 2022, s. 254.

¹⁴¹ Watson, s. 249-250.

İsviçre Medeni Hukukunun iktibas meselesinde görüldüğü üzere toplumsal hayattaki üç temel değişken siyasi farklar, ekonomik farklar ve kültürel temelli farklarıdır. İsviçre ile Türkiye'nin hayat şartları arasında bu değişkenler bakımından tüm farklılaşmalar zorunlu olarak hukuk kurallarının tatbikini ve örf âdetler ile arasındaki ilişkiyi kendiliğinden değiştirmektedir.¹⁴² Örneğin bu hususta Işıktaç örf ve âdet hukuku ile ilgili çalışmasında Medeni Kanun alımıyla ilgili olarak bizim için devrimci bir nitelik taşıyan kanunun, İsviçre'de oldukça geleneksel bir karakter gösterdiğini ifade etmektedir. Bu konuda İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas sürecine dâhil edilmeyen maddelerini örnek gösteren yazar, eski hukuku bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmesini dikkat çekici olarak görür. Öyle ki örf hukukuna ilişkin bir derleme niteliği bulunan İsviçre Medeni Kanunu bu hususta örf ve âdet hukuku ile kanunu aynı düzeye getirmiştir.¹⁴³

Bu hususta Seyyid Bey çizgisini Savigny ve Cevdet Paşa ile özdeşleştiren Can'a göre hukuki değişimde altyapı kurumları karşısında üstyapı kurumlarının rolünün az olabileceğini ifade etmeyi isabetli bir yorum olmaktan uzak görmek gerekir; zira laiklik ilkesiyle bağlantılı veya cinsiyet eşitliğine dayalı kanuni düzenlemeler getirilmesi hukuk politikalarının etkisi açısından küçümsenebilecek bir şey değildir.¹⁴⁴ Bu bağlamda hukukun toplumsal değişime ayak uydurma zorunluluğu kanun görüşmelerinde ortaya konmuş olan hükümet gerekçesinde kendisine yer bulmaktadır. 1851 maddeden oluşan, kişilik/aile/miras gibi bölümlerden yoksun Mecelle'nin yalnızca üç yüz maddesinin uygulanabilirliği kaldığı burada vurgulanarak mevcut düzenlemenin ihtiyaçlara yanıt veremeyeceğinin altı çizilmiştir.¹⁴⁵ Bu yönüyle Seyyid Bey'in düşüncesinden çıkan sonuç, hukukun halkın geleneklerinden ayrı şekilde bir ülkede ayakta kalmasının mümkün olmama-

¹⁴² Ernst E. Hırş, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 285-287.

¹⁴³ Tüm bu anlatılanlara karşın örf ve âdet hukukunun bir hukuk kaynağı olarak görülmediği savının yanlış olduğunu ifade eden Işıktaç bu savını bir adım daha ileri götürerek 1926 tarihli Medeni Kanun'da da örf ve âdet hukukunun pozitif hukuk ile aynı düzeyde olduğunu ifade etmektedir. Yasemin Işıktaç, Hukukun Kaynağı olarak Örf ve Âdet Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul 1992, s. 90.

¹⁴⁴ Can, 2012, s. 167-168.

¹⁴⁵ Kâzım Öztürk, Türk Parlamento Tarihi: TBMM II. Dönem 1923-1927, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara 1994, s. 533.

sıdır. Hukukun gelenekler üzerinde bir değiştirici yanı vardır; ancak geleneklerin değişmeye uğramayan alanlarında bu değiştirici gücün uygulanması olanaksızdır.¹⁴⁶ Bu noktada Tarihçi Hukuk Okulu mensuplarından hareketle hukukun geleneksel ahlak anlayışıyla bağlantılı tarihsel bir ilerleme olarak görüldüğü tespitine katılmamak mümkün değildir; ancak bu görüş hukuku geleneklerle ilişkisi bakımından sessiz bir ilerleme olarak düşündüğünden ötürü kısmen açıklama gücüne sahiptir. Bir amaç ve mücadele ürünü olarak hukuk, aynı zamanda ilerlediği yönü saptamaya çalışan ve o yönde dönüşüm gösteren bir iradenin ürünüdür. Bu sebeple hukuk aynı zamanda bir irade tarafından bilinçli biçimde seçilen, tarihte belirli bir yönde evrimleşmeye devam eden bir gücün ifadesidir.¹⁴⁷

Son bir nokta olarak Medeni Kanun’un tercümesi sırasında İsviçre Medeni Kanunu’nun 5. maddesindeki ikinci fıkranın çıkarılmasının dikkat çekici bir husus olduğundan burada bahsetmek gerekmektedir. Medeni Kanun’a dâhil edilmeyen en önemli ifadenin bu olduğu iddiasındaki Yıldırım’a göre bu durum federal bir yapılanma olan İsviçre’de kantonların yöresel örf ve âdet hukuklarını korumacı bir niteliğe sahip bir madde olarak görülmüş ve tercümenin dışında bırakılmıştır. Kantonların kendi hukuklarının örf ve âdet hukuku olarak hâkim tarafından kullanılabilmesi maddesinin çıkarılması Türkiye’de üniter devlet fikrinin yöresel örf ve âdet hukukuyla bağdaşmayacağı ve bu maddenin şer’î hukuk uygulamalarına kaynaklık edebileceği düşüncesinin doğrudan bir ifadesi olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.¹⁴⁸ Hukuka kaynaklık eden örf ve âdetlerin ülkenin bütününde yaygınlık göstermesi gerektiği anlayışı komisyon tarafından üzerinde anlaşmaya varılmış bir husus olmalıdır. Bu durumun aynı zamanda kanun alımındaki tarihsel devrimci nitelikte uyum gösterdiği açıktır.

¹⁴⁶ Can, s. 168.

¹⁴⁷ Benjamin N. Cardozo, *Yargı Sürecinin Doğası*, (çev. M. Dülger, S. Erçin), Tekin Yayınevi, İstanbul 2018, s. 62-63.

¹⁴⁸ Yıldırım, s. 135.

VI. "OLAN-OLMASI GEREKEN HUKUK" DENKLEMİNDE MEDENİ KANUN VE KANUNUN TAMAMİYETİ FİKRİ

Cumhuriyet döneminin hukuk felsefesi bakımından dikkat çekiçi diğer bir özelliği imparatorluktaki iradeci pozitivist düzenden egemenliğin millete ait olduğu normativist pozitivist bir düzene geçiştir. Erken Cumhuriyet dönemini bu iki akım arasında bir geçiş dönemi olarak görmek mümkündür; zira egemenliğin millete hasredilmesi ve kanunların anayasaya uygun yapılması bu geçişin temel göstergeleri konumundadır.¹⁴⁹ Diğer bir ifadeyle cumhuriyet dönemine geçişi hükümdarın kişisel emrine dayanan iradeci pozitivismden normu çıkaran devlet otoritesinin normla kendisini bağladığı normativist pozitivismde dönüş şeklinde değerlendirmek mümkündür. Normatif doğrultuda kuralların devlet tekelinde güvence altına alınmış olması ve cebir kullanma yetkisinin devletin hukuk sisteminin öngördüğü biçimde kamusallaşması, bu dönemi önceki dönemden ayırıcı bir unsurdur.¹⁵⁰

Temel olarak hâkimden tarafsızlık isteyen, benzer olaylarda hukuki bakımdan bir istikrar beklentisi bulunan ve hukuku birlik içerisinde bir düzen olarak öngören hukuki pozitivismde doğrudan bir ideoloji ile ilişkilendirmek zordur. Geçerlilik fikrine dayanan bir hukuk sistemi hukuki pozitivism yoluyla varlık kazanabilir ve yasal değişiklikler hukuki pozitivismde hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği bozacak meseleler olarak görülür.¹⁵¹ İngiliz benzeri iradeci pozitivismden normativist pozitivismde geçiş her şartta büyük bir siyasi iradenin kararı olarak görülmemelidir; zira bir XIX. yüzyıl ürünü olan hukuki pozitivism zaten buna içkindir. Nitekim temel kurumlar, temel kanunlar, mahkemelerin hukuk kurallarını somut olaylara istikrarlı şekilde tatbik etmeleri mahkeme kararlarının Yargıtay denetimine tabi olması ve verilen kararların hâkimlerin terfilerinde belirleyici olması normlar sistemi olarak hukuk uygulamasının yansımaları olmuştur.¹⁵² Cumhuriyet ile temel olarak egemenin kişisel buyrukları yerine yönetilen ve yöneteni bağlayan norma dayalı bir düzene doğru geçiş diğer ülkelerin poziti-

¹⁴⁹ Güriz, s. 411.

¹⁵⁰ Güriz, s. 419.

¹⁵¹ Güriz, s. 422.

¹⁵² Güriz, s. 419-420.

tif hukuklarına benzer biçimde gözlenmektedir. Güriz’in burada ifade ettiği gibi bu durum siyasi tarih-hukuk tarihi ilişkisi bakımından düşünüldüğünde ekseriyetle iradeci pozitivizmden normativist pozitivizme geçişi gerektirmiştir.¹⁵³ Bu bağlamda Türk hukuku, içerisinde tabii hukuk öğeleri barındırmakla beraber hukuk geleneğine uygun biçimde pozitivist görüşe bağlıdır. Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2000’li yıllara devamlılık göstermesi bu bağlamda değerlendirilebilir.¹⁵⁴

Türk Medeni Kanunu, birinci maddede açık şekilde görüldüğü gibi Fransız ve Avusturya’daki benzerlerinde bulunan “*kanunun tamamıyeti fikri*”nden uzaktır. Hukuk dışı kaynaklardan istifade imkânının oldukça geniş olması, kanunun her meseleyi detaycı bir biçimde tanzim etme anlayışından uzak olduğunu göstermektedir.¹⁵⁵ Young’un ifadesiyle söylemek gerekirse İsviçre Medeni Kanunu’nun mimarı Eugen Huber¹⁵⁶’in hukuk düşüncesi, kanunu verili şekilde bir “*eksiklik*” olarak anlamaktadır; zira hukuk toplumsal ilişkiler içerisinde kaçınılmaz şekilde bir oluş halindedir, eksiksiz olan hukuktur. Hukuk yargıçların içtihadî faaliyetleri yoluyla gelişmesini sürdürür ve metinler içerisinde sınırlanamaz, onların sınırlarıyla bağlı görülemez.¹⁵⁷ 1930’lu yıllarda realistlerin ilgilendiği problemlerin Türk hukuku tartışmalarına farklı yollardan yansıdığını ifade eden Gürkan ise geleneksel hukuk anlayışının hukuku kaide ve kararlar toplamı olarak görmesini eleştiren Amerikan Hukuki Realizmine hâkim olan kanun-doktrin-tatbikat farklılığı eleştirisinin içtihadî faaliyetle ilgili olarak Türk hukukunda belirgin hale geldiğini ifade etmektedir. Amerikan Realizminin

¹⁵³ Güriz, s. 422.

¹⁵⁴ Güriz, s. 418-420.

¹⁵⁵ Kemal Fikret Arık, “Medeni Kanunun Yorumu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2015, C.3, S. 1, s. 27,

¹⁵⁶ Morandiére 19. yüzyılda medeni kanun hazırlama işinin bir hükümet tarafından bu alanda uzman bir kimseye tahmil yoluyla gerçekleştirildiğini ifade etmektedir. İsviçre hükümeti’nin Eugen Huber’e olan tevdi veya Hollanda hükümetinin 1839’da kanunun tadili için Profesör Marjers’i görevlendirilmesi bunun başlıca örnekleri konumundadır. Fransa ise 1945 yılında bu yolu tercih etmeyerek tadil konusunda yüksek mahkeme üyeleri, noterler, avukatlar ve hukuk profesörlerinden oluşan on iki üyeli bir komisyon oluşturmayı seçmiştir. Morandiére, s. 721.

¹⁵⁷ M. Walter Young, “Eugene Huber Ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849-1923)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1949, C. 6, S. 1, s. 171.

hukuk mantığına dair eleştirilerinden Türk hukuk hayatının faydalanması gerektiğini ifade eden düşünürre göre mahkemelerin işleyişi ve adalet tatbikatını etkileyen tüm sosyolojik faktörlere hukuku teknik bir teferruat olarak görmemek için değerlendirmelerde yer verilmesi zorunludur. Bu yönde bir gelişme olarak 1925 sonrası ilk on yılda gerçekleşen lafzî yorum, 1935 sonrası ise Medeni Kanun birinci maddesi üzerinden gerek zamanın şartlarına göre yoruma gerek hâkimlerin hukuk yaratmaya daha çok ağırlık vermelerine sebep olmuştur.¹⁵⁸

Türk yargıcı İsviçre menşeli bu kanunu uygularken yeni hayat şartlarından tamamen kopuk bir biçimde hareket edememiştir; zira toplumsal hayat şartları arasında kültürel anlamda böyle büyük farklar olması yaşayan hukuk denklemini değişkenliğe uğratmıştır. Bununla birlikte Türk kanun koyucusunun amacı zaten ülkedeki hayat şartlarını hukuk yoluyla değiştirmek olduğundan hayat şartları salt hukuku etkileyemez, hukuk da hayat şartları üzerinde bu etkiden yararlanma yoluna gidebilir.¹⁵⁹ Modern özel hukukun merkezinde bireyin özgürlüğü ve işlem ile eylemlerinde şahsi sorumlulukla sınırlandırılması fikri yatmaktadır ancak bu hukukun temelinde kalan kavramların temelde Alman, İsviçre ve Türk kanunlarında karşılıklı sözleşme, ifa yükümlülüğü, hukuk işlem, irade beyanı gibi soyut ve göreceli ifadeler üzerinden ilerlediği söylenebilir.¹⁶⁰ Genel düşünce ve

¹⁵⁸ Ülker Gürkan, Hukukî Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:225, Ankara 1967, s. 152-153.

¹⁵⁹ Ayrıca siyasi bakımdan İsviçre ile Türk kamu hukuku arasındaki tarihsel ayrıma dikkat çeken Hırş, ekonomik açıdan da bankacılık, sanayi ve işçi sınıfı arasında Türk-İsviçre hukuk düzenleri arasındaki bariz farklar olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca kültürel ve coğrafi bakımdan yaşayış noktasında da iki farklı toplumsal hayattan bahsedilebilmesi mümkündür, tüm bu değişkenler Medeni Kanun uygulamasına başta aile ve miras hükümleri olmak üzere büyük bir etkide bulunmuştur. Hırş, 2011, s. 287-288.

¹⁶⁰ Heper, s. 20. Code Civil'in bir diğer önemi de ekonomik gelişim açısından Fransız burjuvazisinin hızını arttıran ve ona güvence sağlayan bir kanun olmasından gelmektedir. Gerçekten de doğal hukuk ilkelerinin yasa maddeleri olarak kodifiye edildiği Fransa karşısında diğer ülkelerde feodal temelli şekilde toplumsal ağırlığa sahip aristokrasi bu girişimlerin kendi ülkelerine gelmesini önlemek amacıyla bir dizi önlem düşünmüşlerdir. İngiltere'de Burke'un Fransız Devrimi Üzerine Düşünceler eseri Savigny öncesi benzer itirazlara sahip olmasıyla dikkat çekicidir. Almanya'daki yasalastırma girişimlerini de bununla ilişkilendirmek olasıdır. Cahit Can, Hukuk Sosyolojisinin Genel Gelişim Yönü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 178-179.

idelerin ülkeden ülkeye farklılık göstermesinin hukuk kurallarının uygulanmasına doğrudan etkisi olduğunu ifade eden yazara göre karşılaştırmalı hukuk üzerinden tespit edilebileceği üzere aynı maddenin uygulama şekillerinin birbirinden farklı olmasının maddedeki sözcükler aynı şekil ile dizilime sahip olsalar dahi değişkenlik gösterebilmesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle lafzi olarak aynı olan kavram, başka bir ülkede uygulama ve yorum faaliyetinde yerel farklılıklardan doğrudan etkilenme potansiyeline sahiptir.¹⁶¹ Şüphesiz benimsenmiş bir hukuk sisteminin yeni bir terminoloji ile gelmesi bu ülkede mevcut hukuki karşılıkların bulunmayışı o ülkeye gelen model hukuk sisteminin daima yabancı kalacağı yolunda bir eleştiriyle karşılaşması muhtemel bir olgudur. Bununla beraber mehzaz kanunun başarıyla benimsenmesi ülkenin kendi iklimine uygun değişiklikler ve böylece ilgili kanunun yabancılık unsurunu kaybetmesi yoluyla olanaklıdır.¹⁶²

Bu gerekçelerle ahlaki, sosyal, biyolojik ve coğrafi sebeplerle kanunun alımında birçok değişikliğe gidildiğini ifade eden Arık bu konuda verdiği örneklerde İsviçre hukukunda evlenme yaşı 20 olarak görülürken Türk hukukunda bu yaşın erkeklerde 17, kadınlarda 15 yaşın bitirilmesi olarak değiştirilmiş olduğunu ifade etmektedir. Din seçme yaşı İsviçre’de 16 iken hukukumuzda reşit olmak şart olarak aranmaktadır. Terk sebebiyle boşanma İsviçre’de iki yıllık süreye tabi iken bu süre Türk hukukunda iki aya indirilmiştir. Ayrıca olağanüstü zamanlaşımında İsviçre Medeni Kanunu otuz yıllık bir süre şartı koyarken Türk hukukunda bu durum yirmi yılla daha kısa tutulmuş bulunmaktadır. Hibe edenin vefatından önceki beş yıllık kazandırmaları tenkise tabi iken Türk hukuku bunu bir yıllık süreyle sınırlandırmıştır.¹⁶³ Bir başka çarpıcı örnek de zilyetlik meselesiyle ilgilidir; zira Hirs’e göre iki ülke arasında bu konuda açık bir fark bulunmaktadır. İsviçre’de zilyetliğin iadesi davasının etkin adli teşkilatlanma sebebiyle önemli bir işleve sahip olduğuna işaret eden yazar, Türkiye’de ise zilyetlikten mahrum kalan bir kimsenin 1940’lı yıllarda adli makamların eksikliği yerine idari makamlar yoluyla bu himayeyi sağladığına ve bu sebeple zilyetliğin himayesi kurumunun o dönemki toplumun

¹⁶¹ Hirs, 2011, s. 287.

¹⁶² Bozkurt, s. 16-17.

¹⁶³ Kemal Fikret Arık, “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 18, S.1, s. 203-204.

özel ihtiyaçlarını karşılamadığını vurgulamaktadır.¹⁶⁴ Ayrıca İsviçre medeni kanunu alımıyla Türk milli hukukuna doğru bir gidişin mevcut kanun seçimiyle ve zaman içerisinde kanun boşluklarının içtihatlar yoluyla doldurulması ile mümkün olduğunu ifade eden Arık'a göre Yargıtay'ın tapusuz topraklarda zilyetliğin devrine ilişkin içtihadı bu hususta oldukça önemli bir örnektir.¹⁶⁵ Devletin kapsamlı bir tapu sicili bulunmamasının gösterdiği üzere hukukta amaç sorunu resepsiyon hareketlerinde hesaplanmamış farklı sonuçlara yol açma ihtimalini her zaman içerisinde barındırmaktadır. Hukukun rasyonel amacı farklı bir hedefi öngörmüş olsa da uygulamanın hukuku kullanarak sosyoekonomik koşullar üzerinde oluşturduğu amaç tamamen farklı nitelik arz edebilmektedir, bir diğer ifadeyle mevcut ekonomik yapılarla hukuk arasında uyum gözden kaçırılmamalıdır.¹⁶⁶

Resepsiyon konusunda Meclislerin karar alma sürecini ve bu süreçteki politik kararları daima devrim hareketi ya da radikal irade sonucunda gerçekleşen şeyler olarak düşünmemek gerekmektedir. Örneğin yakın tarihte bazı Doğu bloku ya da Latin Amerika ülkeleri devrimci dönüşüm yaşamamalarına rağmen tarihsel ve kültürel bakımdan organik bağlar taşıdıkları ülkelerin hukuklarını alma yoluna gitmişlerdir.¹⁶⁷ Medeni hukukun özel alanı ilgilendiren hususlarında radikal nitelikli toplumsal değişiminin kısa vadede başarıya ulaşabilen girişimler olmadığına işaret eden Can, Sovyet Rusya'nın 1926-1929 yılları arasındaki kanun denemelerinin açık bir biçimde başarısızlığa uğramasıyla karşılaştırıldığında Türkiye'deki resepsiyonun başarılı olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶⁸ Bu hususta Berkes'in ifade ettiği gibi Medeni Kanun'da resepsiyonu destekleyenler için "ka-

¹⁶⁴ Ernst Hirsch, "Zilyetliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal)den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri", Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s. 785-787.

¹⁶⁵ Arık, s. 29-30. Can'a göre Medeni Kanun'un 639. maddesinde bulunan ve tapu siciline kayıtlı olmayan gayrimenkullerle ilgili olağanüstü kazandırıcı zamanaşımını hükme bağlayan düzenleme, kadastro düzenlemelerindeki yetersizlikten ötürü Türkiye'de feodal toprak ağalığının cumhuriyet sonrası ivme kazanmasına katkıda bulunmuştur. Toprak reformu girişimlere rağmen gerçekleşmemiş ve Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu çıkarılması da devlete ait toprakların başka ellere özel mülk olarak geçmesini engellemekte yetersiz kalmıştır. Can, s. 184-186.

¹⁶⁶ Can, s. 182-186.

¹⁶⁷ Bozkurt, s. 10.

¹⁶⁸ Can, s. 179.

nun" kavramı, olması gereken ilkeler bütününe destekleyen devrimci bir fonksiyonun aracı olmuştur. Böylelikle gelenekler veya yerleşik pratiklerden hareketle halkın ilişkilerini düzenlemenin aksine aile, evlilik, boşanma, mülkiyet, sözleşme alanındaki yeni düzenlemeler yoluyla çağdaş uygulamaları yurttaşların yaşamına dahil etmek ve içtihatlarla bu geçişi desteklemek amaçlanmıştır.¹⁶⁹

SONUÇ

Osmanlı İmparatorluğu'nda Batılılaşma hareketlerinden itibaren gündemde olan ve Âli Paşa ile anılan resepsiyon fikri, Yeni Türk Devleti'nin kuruluşunda makalede geçen üç kanat arasında oldukça radikal bir görüş olarak ele alınmıştır. Bu yönüyle 1923-1925 arasında meclis ve kamuoyunda güçlü bir akım olarak varlık kazanamayan Batıdan hukuk alımı fikri, medeni hukuk alanında diğer hukuk yapım yollarından sonuç alınamayacağına anlaşılması sonrası etkinlik kazanmış bir akım olarak öne çıkmıştır. Burada Saltanatın kaldırılması, Lozan Barış Antlaşması, Cumhuriyetin İlanı, Hilafetin kaldırılması gibi aşamalar ile şer'i mahkemelerin lağvedilmesi gibi olayların da radikal hukuk alımı fikrinin ağırlık bulmasını sağladığını söylemek mümkündür. Ayrıca 1924 Anayasası'nda "Devletin dini İslam'dır." ibaresinin açık şekilde yer aldığı bir aşamada resepsiyon hareketlerinin gerçekleştiğini ifade etmek gerekmektedir. İktibas fikrinin Alman hukuk çevresinden seçilmesi ise içtihadî faaliyetler yoluyla hukukun tedvinini sağlamlaştırmış gözükmektedir. Bu durum Mecelle-i Âhkam-ı Adliyye ile İsviçre Medeni Kanunu arasında büyük bir farkın sonucudur. Kanunun tercümesi sırasında örf ve âdet hukukuna yer verilmesine karşılık yerel alandaki yerleşik örflerin hukuka kaynaklık edebileceğine izin veren maddenin alınmaması burada önemli bir karardır.

Görüldüğü üzere mesele bir noktada devletin hukuk dayatma gücünün olup olmadığı sorusuna bizleri götürmektedir. Devletin hukuk dayatma gücü ve bu gücün sınırlarının hangi noktada çizileceği meselesi tarihsel bir sorun olarak karşımızda bulunmaktadır. Olasıdır ki özgün bir medeni kanun yapma fikri erken Cumhuriyet'teki atılımlar ve hızlı karar alma süreçlerini sekteye uğratacağı düşünüldüğünden tartışılmaya fırsat bulamamıştır. Böyle bir hazırlık sürecinin erken

¹⁶⁹ Berkes, s. 424.

Cumhuriyet dönemi kadrolarının radikal bakış açılarında zaman kaybettirici bir faaliyet olarak görüldüğü çıkarımı yapılabilir. Diğer bir ifadeyle “*Türkün ruhundan doğan kanunlar*” ve halkın yaşam biçiminden sadır eden milli medeni kanun yapma fikri devrimin aciliyetini engelleyici öğeler olarak görülmüştür. Cumhuriyet kadrolarının bu yönde yapılmış ve bir zamana yayılmış bir hazırlığı bulunduğu dair bir kanıtın olmadığı burada ayrıca ifade edilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar- Kitap Bölümleri

- Akın Rıdvan, *Türk Siyasi Tarihi*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Akyol Taha, *Medine'den Lozan'a: Çok-hukuklu Sistemin Tarihteki Deneyleri*, Doğan Kitap, İstanbul 1996.
- Akyol Taha, *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, Doğan Kitap, İstanbul 2012.
- Akzambak Mehmet, *Atatürk'ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, Kastaş Yayınevi, İstanbul 2000.
- Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 210, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1966.
- Asal Barkın, *Kodlaştırma Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihsel Kökenleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Aydın Mehmet Âkif, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”, TDV İslâm Ansiklopedisi 28. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2003, (s. 231-235).
- Aygün Mustafa Y., *Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi*, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara 1983.
- Balaman Ali Rıza, *Evlilik Akrabalık Türleri: Sosyal Antropolojik Yaklaşımlar*, İleri Kitap, İzmir 1982.
- Berkes Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013.
- Bora Tanıl, *Cereyanlar Türkiye'de Siyasal İdeolojiler*, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Borak Sadi / Kocatürk Utkan (der.), *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Divan Yayıncılık, Ankara 2006.
- Bozkurt Gülnihal, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1989.
- Bozkurt Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020.
- Bozkurt Mahmut Esad, “*Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?*”, *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, Kenan Matbaası, İstanbul 1944.
- Can Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Genel Gelişim Yönü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996.

388 “Türk’ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz”: Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Kanun Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

- Can Cahit, Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012.
- Cardozo Benjamin N., Yargı Sürecinin Doğası, (çev. M. Dülger, S. Erçin), Tekin Yayınevi, İstanbul 2018.
- Cotterell Roger, Hukukbilimin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, (çev. S. Üye), Pinhan Yayınevi, İstanbul 2022.
- Cotterell Roger, Law, Culture and Society Legal Ideas in the Mirror of Social Theory, London 2006.
- Çoker Fahri, Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem 1919-1923 III. Cilt, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No: 6, Ankara 1994.
- Demirel Yücel/Konur Osman Zeki (haz.), Cumhuriyet Halk Partisi Grup Tutanakları 1923-1924, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.
- Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- Durmuş İsmail, “İktibas”, TDV İslâm Ansiklopedisi 22. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2000, (s. 52-54).
- Erdem Sami, “Seyyid Bey”, TDV İslâm Ansiklopedisi 37. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009, (s. 54-56).
- Eski Mustafa, Cumhuriyet Döneminde Bir Devlet Adamı Mustafa Necati, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1999.
- Gökalp Ziya, Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak, Akçağ Yayınevi, Ankara 2010.
- Güler E. Zeynep, “Muhafazakârlık: Kadim Geleneğin Savunusundan Faydacılığa”, 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, H. Birsen Örs (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Günal Seyit, Türkiye’de Hukuk Dilinin Dönüşümü, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Gürkan Ülker, Hukukî Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:225, Ankara 1967.
- Heper Altan, Serbest Hukuk Akımı Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Hirsch Ernst E., “İsviçre Kanunu-Türk Hukuku”, Ankara ve Lozan Arasında Avrupa Yolundaki Türkiye Üzerine Bir Derleme, M. Schweizer (der.), Phoenix Yayınevi, Ankara 2005, (s. 345-367).
- Hirş Ernst E., Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011.
- Hirş Ernst, “Zilyetliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal)den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri”, Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944.
- İşıktaç Yasemin, Hukukun Kaynağı olarak Örf ve Âdet Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul 1992.
- İnalçık Halil, Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2023.

- Kayak Sevgi, "Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2012, s. 55-62.
- Kili Suna, Atatürk Devrimi Bir Çağdaşlaşma Modeli, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.
- Kinross Lord, Atatürk-Bir Milletten Yeniden Doğuşu, Sander Yayınları, (çev. N. Sander), İstanbul 1984.
- Jaeschke Gotthard, Yeni Türkiye'de İslâmlık, (çev. H. Örs), Bilgi Yayınevi, Ankara 1972.
- Lewis Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, (çev. B. B. Turna), Arkadaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Mardin Ebul'ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009.
- Meray Seha L., Lozan Barış Konferansı / Tutanaklar-Belgeler İkinci Takım Cilt II, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.
- Mumcu Ahmet, Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1983.
- Örikağasızade Hasan Sırrı, Hukuk-ı Husûsiyye-i Düvel, (tr. O. C. Saatcioğlu), XII Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Özbudun Ergun, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.
- Özsunay Ergun, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981.
- Öztürk Kâzım, Türk Parlamento Tarihi: TBMM II. Dönem 1923-1927, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara 1994.
- Raiser Thomas, Grundlagen der Rechtssoziologie, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Savigny Friedrich Carl Von, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görüşü Üzerine, (çev. A. Acar), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Şimşir Bilal, Lozan Günlüğü, Bilgi Yayınevi, Ankara 2012.
- Tanör Bülent, Kurtuluş Kuruluş, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul 2006.
- Tigar Michael E. / Levy Madeleine R., Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, (çev. O. Karahanogulları), Epos Yayınları, Ankara 2016.
- Topçuoğlu Hâmede, XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961.
- Toprak Zafer, Türkiye'de Kadın Özgürlüğü ve Feminizm (1908-1935), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2015.
- Toprak Zafer, Türkiye'de Yeni Hayat- İnkılap ve Travma 1908-1928, Doğan Kitap, İstanbul 2017.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.C.I. S.22.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 3.3.1340, Devre II, Cilt 7.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 8.11.1340, Devre II, Cilt 8.

390 "Türk'ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz": Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Kanun Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 25.2.1340, Devre II, Cilt 6.
- Uyar Hakkı, Sol Milliyetçi Bir Türk Aydını: Mahmut Esat Bozkurt, Büke Yayınları, İstanbul 2000.
- Üçok Coşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, Ankara 1996.
- Üskül Engin Zeynep Özlem, Türkiye'de Evlenmenin Evrimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008.
- van Caenegem Raoul Charles, Özel Hukukun Tarihi Giriş, Pinhan Yayınları, İstanbul 2022.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Medeni Kanunu Değiştiren Öntasarıya İlişkin Çalışmaların Belgelerle Açıklanması, H. C. Oğuzoğlu'na Armağan İçinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 303, Ankara 1972.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Umumî Esaslar Cilt I, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1959.
- Yıldırım Serhan, 19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Yıldırım Serhan, Cumhuriyet Dönemi Medeni Hukuk Resepsiyonunun Tarihsel ve Felsefi Zeminden Ayrılmazlığı ve Kıymeti Üzerine Bir Değerlendirme, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023.
- Zürcher Erik Jan, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Siyasal Muhalefet Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1924-1925), (çev. G. Ç. Güven), İletişim Yayınları, İstanbul 2021.

Makaleler

- Acar Ali, "Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2006, C.1, S.1, s. 65-88.
- Akbaş Kasım, "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2016, C. 74, S.1, s. 53-72.
- Atamer Yeşim M., "Rezeption und Weiterentwicklung des schweizersichen Zivilgesetzbuches in der Türkei", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg 2008, C. 72, S. 4, 723-754.
- Aydın Mehmet Âkif, "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol", *İslâmi Araştırmalar Dergisi*, Ankara 1995, C. 8, S. 3-4, s. 166-172.
- Arık Kemal Fikret, "Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 1963, C. 18, S. 1, s. 193-213.
- Arık Kemal Fikret, "Medeni Kanunun Yorumu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2015, C. 3, S. 1, s. 13-31.
- Arsebük Esat, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 7-19.
- Ömer Lütfi Barkan, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1941, C. 7, S. 2-3, s. 700-717.
- Belgesay M., "Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2011, C. 12, S. 2-3, s. 561-608.

- Dumanlı Çiğdem, "Mahrem Alanda Sivil Hukuk İnşası: Mahmut Esat Bozkurt'un Medeni Kanun Gerekçesi ve Eugen Huber Kaynakçası", *Belgi Dergisi*, S. 26, Denizli 2023, s. 1-23.
- Elmacı Mehmet Emin, "Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog", *OTAM Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 2011, S. 29, s. 1-30.
- Fertellioglu Buğrahan, "Medeni Kanun ve Tarihçi Hukuk Okulu", *Hukuk Kuramı Dergisi*, C. 8, S. 1, 2023, s. 83-93.
- Fındıkoğlu Ziyaeddin Fahri, "Medeni Kanunumuz Etrafında Bazı Sosyolojik Meseleler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 1958, C. 13, S. 1, s. 180-190.
- Göktürk Hüseyin Avni, "Türk Medeni Kanunumuzun ve Millî Bünyemizin Demokratik Karakterine Dair", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1951, C. 8, S. 3, s. 278-308.
- Gönensay Samim, "Medeni Kanunun Yeniden Tetkik Ve Tashihine İhtiyaç Vardır.", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1940, C. 6, s. 51-57.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik (How We Amended Our Civil Code)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1717-1757.
- Kuru Gonca, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C. 22, S. 1, s. 201-228.
- Lipstein Karl, "The Reception of Western Law in Turkey", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, İstanbul 1956, C. 5, S. 6, s. 11-27.
- Magnarella Paul J., "The Reception of Swiss Family Law in Turkey", *Anthropological Quarterly*, Washington 1973, C. 46, S. 2, s. 100-116.
- Morandière Julliot de la, "Fransız Medeni Kanununun Tadili", (çev. İ. E. Postacıoğlu), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2011, C. 16, S. 3-4, s. 718-731.
- Onar Sıddık Sami, "Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'ü Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1954, C. 20, S. 1-4, s. 57-85.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu Cihan, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 2011, C. 29, S. 29, s. 93-124.
- Örsten Esirgen Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, Ankara 2019, S. 62-63, s. 429-480.
- Öztan Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 79-125.
- Üçok Coşkun, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1950, C. 7, S. 1, s. 292-321.
- Ünal Mehmet, "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1977, C. 34, S. 1, s. 195-231.

392 “Türk’ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz”: Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Kanun Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

Watson Alan, “Hukuksal Evrim Ve Kanun Yapma”, (çev. E. Akyazan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2011, C. 67, S. 1-2, s. 231-253.

Young M. Walter, “Eugene Huber Ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849-1923)”, (çev. J. Güral), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1949, C. 6, S. 1, s. 162-180.

Zajtay İmre, “Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibası”, (çev. T. Aküinal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 37, S. 1-4, s. 309-324.

Tezler

Halıcı Şaduman, Yeni Türkiye Devleti’nin Yapılanmasında Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2004.

Ocakoğlu Ömer Faruk, Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Gelişmeler ve Toplumsal Etkileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014.

İnternet Kaynakları

C. H. P. Genel Başkan Vekili Başvekili Şükrü Saraçoğlu’nun Hükümetin İç Ve Dış Politikasını İzah Eden Nutukları, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/ec3c595c-978c-4b1a-b793-548d3c2a171c>.

Fındıkoğlu Ziyaeddin Fahri, “Medeni Kanunumuzun 20 inci yıldönümü”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-17/2>.

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, “Fransız Medenî Kanununu kabul etmeli miydik?”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-21/2>.