

İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme

*Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU**

1. Giriş

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucularının hayata geçirdikleri hukuk devrimi niteliğindeki, hukuk sistemindeki resepsiyon hareketi, sadece Türk hukuk tarihi bakımından değil, genel hukuk tarihi bakımından da üzerinde durulması gerekli bir konudur. Osmanlı Devleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yerini bırakırken, söz konusu hukuk devrimiyle Osmanlı hukuku da yerini Türkiye Cumhuriyeti hukukuna bırakmıştır.

Cumhuriyet dönemindeki bu resepsiyon hareketini gerektiği gibi değerlendirebilmek için, bu hareketi ortaya çıkaran sürecin nasıl işlediğinin tespiti gerekir. Çünkü bu tespit, Osmanlı hukuk sisteminin resepsiyona yabancı olmadığını, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde kısmi de olsa bir resepsiyon hareketine gerek duyulduğunu, Osmanlı Devleti'ndeki kısmi resepsiyon hareketinin Cumhuriyet döneminde tam resepsiyona dönüşmesinin gerekçelerini ortaya koyacaktır.

Amaç, süreci tüm ayrıntılarıyla ifade etmekten ziyade, genel hatları ile belirterek, bir değerlendirme yapmaktır. Değerlendirme için örnek alınan hukuk alanı, medeni hukuk olarak seçilmiştir. Dolayısıyla İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti tarafından resepsiyonuna uzanan sürece ilişkin genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Burada *resepsiyon* kavramı, kısmi ve tam resepsiyonu da kapsamına alacak şekilde, sadece yabancı hukuk alımı olarak değil, yabancı bir hukuki fenomenin yani hukuk kavram, kural ve kurumunun alınması manasını da içerir şekilde kullanılmıştır. Görüldüğü üzere, yabancılık unsurunu içinde barındıran bu kavram, yabancı bir toplumun hukuk sisteminin ya da hukuk sistemine dahil hukuki kavram, kurum ve kuralların, toplumu temsil eden siyasi iktidar tarafından iradi olarak alınması manasını taşımaktadır. Alıcı ülkenin insan unsuru tarafından alınan hukukun ya da alınan hukuk kavram, kurum ve kurallarının benimsenmesi ise bir sonraki aşama olarak ifade edilebilir¹.

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. Elektronik Posta Adresi: cihanos@yahoo.com (Rheinstein'in "Types of Reception," makalesinin çevirisi için Doç. Dr. Selim Karahasanoğlu'na, Can'ın "Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Açısından Resepsiyon," isimli tezi için Yard. Doç. Dr. Sevgi Kayak'a, çalışmanın son okuması için Araş. Gör. Mahmud Esad Kalıpçı'ya teşekkür ederim.)

¹ Resepsiyon kavramı için bkz: Jale G. Akipek, **Türk Medeni Hukuku**, C. I, cüz I, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 26-27; Gülnihâl Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı**

2. İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonunun Tarihi Kökenleri

Yeni kurulan ulus devlete ait hukuk sisteminin resepsiyon yolu ile düzenlenmesinin gerekçeleri nelerdi? Ani bir karar mı medeni hukuk alanında ve hukukun diğer alanlarında resepsiyon söz konusu olmuştur? Bunu tartışabilmek için söz konusu hukukta resepsiyon hareketinin tarihi kökenine inmek ve öncelikle 1839 Tanzimat Fermanı sonrası Osmanlı hukuk sisteminin resepsiyona yabancı olmadığını belirtmek gerekir. Ancak Osmanlı Devleti'nin modernleşmeye çalıştığı on dokuzuncu yüzyıl ve sonrasında Osmanlı hukuk sistemindeki resepsiyon hareketinin “kısmi resepsiyon” şeklinde olduğu da ifade edilmelidir.

Konumuz açısından medeni hukuk alanına dönülürse, Osmanlı hukukunda karşılaşılabilecek yasa metinleri *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* ve *Hukuk-i Aile Kararnamesi*'dir.

Bu yasa metinlerinden *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, 19. Yüzyıl kanunlaştırma hareketlerinde görülen çoğu resepsiyon hareketinde verici ülke durumundaki Fransa'nın 1804 tarihli medeni kanununun alınarak, Osmanlı Devleti'nin de medeni kanunu olması mı yoksa İslam hukukunun Hanefi ekolü kaynaklı bir medeni kanunun mu hazırlanması gerektiği tartışmalarından sonra, İslam hukukunun Hanefi ekolü kabulleri uyarınca bir medeni kanun hazırlanması kararı ile birlikte, Osmanlı hukuk sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Bu özelliği itibarıyla sadece Türk hukuk tarihi bakımından değil, İslam hukuk tarihi bakımından da önem taşıyan bir yasadır. Mecelle Komisyonu'nun ve Ahmet Cevdet Paşa'nın yoğun çalışmaları neticesinde, 1869-1876 tarihleri arasında tamamlanmıştır. Bir giriş ve 16 kitaptan 1851 maddeden oluşur. Yasasın tümünün hazırlanması beklenmeden kitaplar hazırlanmış ve yürürlüğe sokulmuştur.

Yasanın İslam hukuku kaynaklı olması, hazırlık sürecinde tartışmaların da bu alanda yaşanmasına sebep olmuştur. Söz konusu yasaya ilişkin yürürlüğe girmesi ve uygulanmasının akabinde çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Çoğu kez dile getirilen bu eleştirilerden biri Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin hazırlanmasında sadece Hanefi fıkhi ile sınırlı kalınıp diğer Sünni ekollerin kabullerinden yararlanılmamış olmasına ilişkindir. Ancak literatüre “Züfer olayı” ifadesi ile geçen tartışma, başka ekollerden yararlanmak şöyle dursun Hanefi ekolü müçtehit imamlarının hiyerarşik sıralanmasına riayet edilmediği düşüncesinin dahi problem yarattığını göstermektedir.²

Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996, s. 5-6; Cahit Can, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2012, s. 23, 36-38; Cahit Can, “Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Açısından Resepsiyon,” Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1982, s. 18-20. Rheinstein Max, “Types of Reception,” **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, C.V, sayı:6, (1956), s. 31-32, 35.

² İmam Züfer'in görüşüne göre yazılan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin 692. Maddesi, tartışmaya yol açan ve Türk hukuk tarihi literatürüne *Züfer olayı* ifadesinin girmesine sebep olan maddedir. [Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi,” **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, sayı:29, (Bahar 2011), s. 110-111.]

Neticede söz konusu yasa tam bir medeni kanun şeklinde hazırlanamamıştır. Çünkü medeni hukuk alanına giren konuları tam ve bütün olarak kapsamamıştır; örneğin aile hukuku dışarıda bırakılan alanlardandır. Hükümlerinin çoğunluğu borçlar hukukuna aittir. Daha az miktarda eşya hukukuna, usul hukukuna ilişkin hükümler de barındırmaktadır³.

O dönemde, Fransız Medeni Kanunu tercüme edilerek, Osmanlı Medeni Kanunu haline getirilseydi, bu kanunun da tamamının, özellikle aile hukukuna ilişkin bölümlerinin alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Zira alım satım, kira akitleri gibi hususlar çoğu toplumda temel farklılıklar göstermez, ancak şahıs, aile ve miras ilişkileri toplumların bünyesine göre, özellikle dini inanışların da etkisi ile temel değişiklikler gösterebilir⁴. Bu bağlamda Osmanlı Devleti'nin insan unsurunun yapısı da dikkatten kaçırılmamalıdır. Osmanlı Devleti'nin aile hukuku örnek alındığında, her dini cemaat üyesinin, arzu ettiği sürece, bu hukuk alanındaki ilişkilerinde kedisini ait gördüğü dinin öngörülerine bağlı olduğu, Müslümanların, Ortodoks Hıristiyanların, Musevilerin bu hukuk alanının temel noktalarında farklı kabullere sahip oldukları ifade edilmelidir. Bu kabuller dikkate alınarak (yirminci yüzyılın başında) düzenlenen Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin hükümlerinden yararlanılırsa, konuya ilişkin bazı temel farklılıklar şu şekilde ifade edilebilir: Müslüman erkekler aynı anda dört kadınla evli olabiliyorken, Hıristiyanların mevcut nikahları üzerine tekrardan yaptıkları evlilikler, kendi inançlarına göre geçersizdi/batıldı ve bir kişi üç defa evlenip ayrıldıktan sonra bir kez daha evlenemezdi; evlenirse bu evlilik geçersizdi/batıldı (Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 30. ve 65. Maddeleri)⁵. Bu örnek, Osmanlı tebaası Müslüman ve Hıristiyanların evlilik konusundaki farklılıklarından birisini göstermektedir. Hukuk-i Aile Kararnamesi dikkate alındığında, devletin Musevi tebaası ile Müslüman tebaası arasındaki aile hukukundaki farklılıkların örneklerinden biri ise Musevilerdeki "bir kimsenin kardeşinin kız evlâd ve ahfâdıyla izdivâcı memnû' değildir" (Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 22. Maddesi)⁶ kabulünün, Müslümanlarda evlenme yasaklarına girmesidir. Bu örnek hükümler dahi, tek bir normda ayrı dinlere sahip tebaa için bu alandaki hukuki düzenlemelerin aynılaştırılmasının zor, hatta imkansız olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda 1917'de yürürlüğe giren ve ancak kısa bir süre yürürlükte kalan Hukuk-i Aile Kararnamesi de ancak kanun birliği sağlayabilmiştir. Öyleyse Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin hazırlanmış olduğu dönemde, içeriğinde aile hukukuna ilişkin hükümler barındırmaması doğaldır. Fakat şu da ifade edilmelidir ki Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin evlenme, boşanma, nafaka, veraset, miras, vakıf kitapları ile tamamlanması da düşünülmüştür; on altıncı kitabın yayınlanmasının ardından Mecelle Cemiyeti'nin çalışmalarına devam etmesinin gerekçesi budur. Fakat hazırlanması düşünülen bu kitaplar hazır-

³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar**, C.I-cüz 1, 6.bs., İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1959, s. 65-66

⁴ **A.e.**, s. 88

⁵ M. Âkif Aydın, **İslâm - Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985, s. 248, 251.

⁶ **A.e.**, s. 247.

lanamadan, 16 Kanun-ı sani 1304 (1889) tarihli irade ile II. Abdülhamit tarafından Mecelle Cemiyeti'nin toplantıları tatil edilmiş, Mecelle Cemiyeti dağıtılmıştır⁷.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, II. Meşrutiyet'ten (1908) sonra, kitaplarının hazırlandıkça yürürlüğe sokulmasının ardından pek de uzun zaman geçmemiş olduğu halde, zamanın ihtiyaçlarını karşılayamaması nedeniyle eleştirilir olmuş ve bu yasada değişiklik yapma ihtiyacı belirmiştir. Daha öncesinde de bizzat Mecelle Cemiyeti tarafından Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'yi tadile ilişkin çalışmalar yapılmıştır. 1916'da da yasanın tadili için -bütün kitapları ile tamamlanmasının ardından henüz kırk yıl geçmişken- zamanın ihtiyaçlarını karşılayamaz hale geldiği belirtilerek, üç alt komisyona ayrılacak olan *Kanun-i Medeni Komisyonu* oluşturulmuştur⁸.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin tadili için oluşturulan alt komisyonlardan *Hukuk-i Aile Komisyonu'nun* görevi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'de düzenlenmemiş olan Osmanlı aile hukukunu düzenleyecek olan bir kanun yapmak ve komisyonun çalışmaları neticesinde, 1917'de *Hukuk-i Aile Kararnamesi* yürürlüğe girmiştir. Bu kararnamede Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin hazırlanma sürecindeki görüş değiştirilerek, diğer Sünni mezhep hükümlerinden de yararlanılmıştır. I. Dünya savaşının ardından, Osmanlı Devleti'nde yürürlükten kaldırılan kararname, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin, İsrail gibi Ortadoğu devletlerinde uzun süre yürürlükte kalmış ve İslam devleti oldukları iddiasındaki bazı devletlerin aile hukuklarını düzenleyen yasalarına da kaynaklık etmiştir⁹.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'yi tadil için oluşturulan komisyonun amacı, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin zamanın ihtiyaçlarına uygun bir medeni yasa haline gelebilmesi için gerekli çalışmaları yapmaktır. Ancak komisyon 1923'e kadar hiçbir değişiklik teklifinde bulunmamış, 1923'te Kitâbü'l-Büyük ve Kitâbü'l-İcârât ile ilgili değişiklik tekliflerini yayınlamıştır. Kanun-i Medeni Komisyonu'nun çalışmalarından beklenen netice alınmadığı için, 1923'te Kanun-i Medeni Komisyonu, *Ukud ve Vacibat Komisyonu* ve *Ahkam-ı Şahsiyye Komisyonu* olarak ikiye ayrılmıştır. 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilanının, 3 Mart 1924'te Hilafet'in kaldırılmasının ve yine aynı yıl içinde, şeriye mahkemelerinin varlığına son verilmesinin ardından, Ukud ve Vacibat Komisyonu ve Ahkam-ı Şahsiyye Komisyonunun üyeleri, yenileri ile değiştirilmiştir. Tüm bu komisyonların çalışmalarına rağmen, ihtiyaç duyulan, eksiklikler giderilememiş, (önce) Osmanlı, (sonra) Türk Medeni Kanunu tedvin edilerek yürürlüğe sokulamamıştır¹⁰.

⁷ Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996, s.152-153, 172; Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997, s.176; Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973, s. 92.

⁸ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 225-231; Bozkurt, *a.g.e.*, s. 172-174; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 343, 376-377.

⁹ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 225-231; Bozkurt, *a.g.e.*, s. 172-174; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 376-377.

¹⁰ Bozkurt, *a.g.e.*, s. 187-188; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 351-352, 377-381.

3. İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonu

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'yi tadil için oluşturulan komisyonda yapılan çalışmaların bekleneni verememesi, Lozan görüşmelerinin de etkisi ile İsviçre Medeni Kanunu'nun resepsiyonuna karar verilmiş, adliye bakanı Mahmut Esat'ın (Bozkurt) Ahkam-ı Şahsiyye ve Vacibat Komisyonları önünde yaptığı,

“Türk ihtilalinin kararı, batı medeniyetini kayıtsız, şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar demirle ateşle yok edilmeğe mahkumdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş başarmağa borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm”¹¹

şeklindeki konuşması ile komisyonların görevlerine son verilmiştir.

Böylece Ali Paşa'dan beri gündemde bulunan yine Osmanlı-Türk aydınına yabancı olmayan bir noktaya varılarak, yabancı (“Batılı”) bir ülkenin (medeni) kanunu resepsiyon yolu ile iç hukuk sisteminin bir parçası haline getirilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu TBMM'de kabul edildikten sonra, Resmi Gazete'de yayınlanmış, her iki kanun, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı tarihte yürürlüğe giren *Kanun-i Medeni'nin Suret-i Meriyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun*'un 43. Maddesinin hükmü ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi kısmi bir resepsiyon değil, hukuk devrimi niteliğindeki tam bir resepsiyon söz konusudur. Sadece medeni hukuk alanında değil, hukukun diğer alanlarında da “Batılı” ülkelerin yasaları, Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcisi olan siyasi iktidar tarafından iç hukuk yasaları haline getirilmiş, hukuk kurallarının meşruiyeti, ilahi kaynağa dayandırılmaktan vazgeçilmiştir. 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesi de bu öngörüye ortaya koymaktadır. Gerekçeye göre, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin 1851 maddesi vardır, ama sadece 300 tanesi fiili uygulamadadır. Dine dayalıdır ve muasır/çağdaş medeniyete uygun değildir. Oysa, Lozan görüşmeleri sırasında alt komisyonda, Türk temsilci heyeti tarafından, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin teokratik (dini) niteliğinin bulunmadığı ifade edilmiştir¹². Çünkü Lozan görüşmeleri sırasında, daha önce Osmanlı Devleti'ne “Batılı” ülkeler tarafından yöneltilmiş olan “gayri-

¹¹ Velidedeoğlu, a.g.e., s.79, dn: 33.

¹² Lozan görüşmelerine ilişkin tutanaklar şu kaydı içermektedir: “İsmet Paşa, aşağıdaki bildiriye bulundu ... Alt-komisyonda Türk Yurttaşlar Kanununun [Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye kastedilmektedir] dinsel bir temele dayandığı ve çağdaş ihtiyaçları karşılayamadığı iddia edilmiştir. Türk Temsilci Heyeti, Türk Yurttaşlar Kanununun, kaynakları ne olursa olsun, hiç bir bakımdan, dinsel ya da teokratik bir niteliği olmadığını, Türk kanunu ile başka ülkelerin yurttaşlar kanunları arasında, temel ilkeler ve koydukları hukuk kuralları bakımından, önemli bir ayrılık bulunmadığı[nı], özellikle, hiçbir Devletin yurttaşlar kanununu, bir başka Devletin yurttaşlar kanununun tıpkısı olmadığından, arada birtakım farklar görülmesinin, Türk Yurttaşlar Kanununun değerini hiç de azaltmayacağını belirtmiştir.” (**Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler**, çev. Seha L. Meray, Takım I, C. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971, s. 25.)

müslim vatandaşlarına İslam hukukunu uygulayamayacağına” dair eleştiriler, yeni Türkiye Cumhuriyeti’nin temsilcilerine karşı da ileri sürülmüştür. Türk hükümetini hukukta tam resepsiyona sevk eden unsurlardan birisi de budur. Hükümet, bir anlamda Lozan barış görüşmeleri sırasında yabancılar ve gayrimüslim azınlıklar lehine yapılan baskıdan “Batı kanunlarını” kabul ederek kurtulma yoluna gitmiştir. Batı’nın müdahalesinden kurtulmak için (bağımsızlık için) Batı’nın kanunlarını tam resepsiyon yolu ile almak¹³. Bu algılama 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun gerekçesinde de kendisini göstermektedir:

“Kanunların gayesi herhangi bir örf ve adet veya yalnız vicdanla alakadar olması icabeden ahkamı diniye değil, siyasi, içtimaî, iktisadî millî vahdetin her ne bahasına olursa olsun temin ve tatminidir ... muhtelif dinlere mensup tebeayı ihtiva eden devletlerde tek bir kanunun bütün camiada tatbik kabiliyetini ihraz edebilmesi için bunun din ile kat’î münasebet etmesi hakimiyet-i millîye için de bir zarurettir kanunlar dine müstenit olursa vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlette, muhtelif dinlere sahip tebaası için ayrı ayrı kanun yapmak icabeder. Bu hal asrı hazır devletinde şartı esasî olan siyasi, içtimaî, millî, vahdete külliyyen münafidir ... devlet yalnız tebaası ile değil; ecnebilerle de hali temastadır. Bu takdirde onlar için de kapitülasyon namı altında ahkam-ı istisnaiye kabul etmek zarureti hasıl olur. Lozan muahedesi ile ilga olunan kapitülasyonların memleketimizde ipkısı için ecnebiler tarafından serdedilen esbabı mucibenin en mühim ciheti bu nokta olmuştur. Bundan başka Fatih Sultan Mehmet devrinden son zamanlara kadar gayrimüslim tebaa hakkında tatbik edilen ahkamı istisnaiyeye de bilhassa bu dinî vaziyet bais olmuştur”¹⁴.

Gerekçenin bu ifadelerinde de görüldüğü üzere, devletin Müslüman olmayan vatandaşlarına din ayrılığından kaynaklanan birtakım imtiyazların tanınmaması, Müslüman olmayan yabancı ülke vatandaşlarına da hukuk alanında kapitülasyonların tanınmaması için, ilahi kaynaklı kanunların yerini “laik” kanunların alması gerekliydi.

Yeni kurulan devlet, hukuki birtakım imtiyazları, yüzyılların kendisine kazandırdığı tecrübelerle hukuk sisteminde istememekte, söz konusu imtiyazların millî birlik ve bağımsızlığına darbe olduğunu düşünmektedir. Hukuktaki resepsiyonla bunu ortadan kaldırmaya çalışan devletin amacı, aynı zamanda modernleşmek/çağdaşlaşmaktır. Bir anlamda, “Türk hukuk devriminin temel direğini oluşturan İsviçre Code’u ile birlikte ‘uygarlık’ alınmıştır”¹⁵. Bu anlayış gerekçenin şu ifadelerinde kendisini göstermektedir: “Türk Kanunu Medenî layihası, mevkiî mer’iyete vazedildiği gün milletimiz ... eski medeniyetin kapılarını kapıyarak hayat ve feyiz bahşeden muasır medeniyetin içine girmiş bulunacaktır”¹⁶. Bu bağlamda Osmanlı gelenekleri açısından kanunlaştırma sürecinin, çağdaşlaşma sürecinin özü olduğu

¹³ Mehmet Âkif Aydın, “Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol,” **İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İstanbul, İz Yayıncılık, 1996, s. 310-312.

¹⁴ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 83, dn: 37.

¹⁵ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, s.174.

¹⁶ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 84, dn:37.

söylenmelidir¹⁷. Osmanlı-Türk aydınlarındaki bu geleneksel algılamaya gerekçenin şu cümlelerinde de kendisini göstermektedir:

“Cumhuriyet Türk adaletinin ... kesmekeşten, yokluktan ve pek iptidai vaziyetten kurtarılmasını inkılâbın ve asrı hâzır medeniyetinin icabatına muvafık yeni bir Türk Kanunu Medenisinin süratle vücuda getirilmesini ve takninini zaruri kılmıştır. Bu maksatla ihzar olunan Türk Kanunu Medenisi kavanini medeniye sırasında, en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenisinden ahiz ve ictibas olunmuştur ... Türk milletinin kararı muasır medeniyeti bilâ kayd u şart tekml prensipleri ile kabul etmektir. Bunun en bariz ve canlı delili inkılâbımızın kendisidir”¹⁸.

Yine 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun gerekçesinden hareket edilerek söz konusu resepsiyon hareketi değerlendirilmeye devam edildiğinde, gerekçe Tarihçi Hukuk ekolünün “bütün hayatı ölü ananelere bağlamak isteyen mektep”¹⁹ olarak dile getirildiği belirtilmelidir. Dolayısıyla gerekçe, İsviçre Medeni Kanunu’nun resepsiyon yolu ile Türkiye Cumhuriyeti hukukuna dahil edilmesini, rasyonalist doğal hukuk bağlamında meşrulaştırmaktadır. Gerekçeye göre, “örf ve adete ve göreneklere sureti mutlakada bağlı kalmak davası beşeriyeti en ibtidai vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir”²⁰. Gerekçe Alman, Fransız, İsviçre Medeni Kanunlarının, bu ülkelerde kabul edilmesine değinildikten sonra

“bu üç büyük hareket bütün hayatı ölü ananelere bağlamak isteyen (Tarihî mektep) in son kahkaharî hezimetidir. Bu misalleri vermektense maksat, zamanın icabatına ve medeniyetin mukteziyatına göre milletlerin örf ve adetlerine bir hamlede nasıl veda ettiklerini ve bu vedaın zannedildiği gibi mazarrat ve tehlikeyi değil, büyük menfaatleri istilzam eylediğini canlı bir surette göstermektir. Hayatın icabatına uymıyan örf ve adette ısrardır ki, milletler için baisi felaket olur”²¹.

denilmektedir. Gerekçenin bu ifadesi şu soruyu akla getirmektedir: “Şayet Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucuları, Türk Medeni Kanunu’nu, resepsiyon yolu ile İsviçre Medeni Kanunu’ndan almayıp, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye tadil komisyonlarını çalıştırmaya devam ederek, söz konusu kodifikasyonu tam bir medeni kanun haline getirebilselerdi, (ilahi) Doğal Hukuk ekolünün mü Tarihçi Hukuk ekolünün mü aradığı kodifikasyonu yapmış olacaklardı? Bu sorunun cevabının verilebilmesi için öncelikle Osmanlı Devleti’nin resmi mezhebi olup Osmanlı ülkesinde uygulama alanı bulan Hanefi mezhebinin kabullerine göre hazırlanmış olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin, (ilahi) Doğal Hukuk ekolünün mü yoksa Tarihçi Hukuk ekolünün mü aradığı kodifikasyon olduğunun tespiti gerekir. Öyleyse Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, İslam hukukundan (ilahi hukuktan) meşruiyetini aldığı noktada (kabul ettiği külli kaideler de dahil olmak üzere) doğal hukukun mu, yoksa, (Os-

¹⁷ Niyazi Berkes, **Türkiye’de Çağdaşlaşma**, yay. haz: Ahmet Kuyaş, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004, s. 221

¹⁸ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 81-82, dn: 37.

¹⁹ **A.e.**, s. 83, dn:37.

²⁰ **A.e.**, s. 82, dn: 37.

²¹ **A.e.**, s. 83, dn:37.

manlı coğrafyasında varlık bulan) “Osmanlı toplumu”na ait hukukun mu temsilcisidir? İslam dininin tebliği, tüm dönemler ve tüm toplumlar içindir. Dolayısıyla ondan kaynaklanan hukuk sistemi de teorik olarak tüm dönemler ve tüm toplumlar içindir. Uygulamada, İslam hukukunu uyguladığı iddiasındaki toplumların, sosyal, siyasi, coğrafi farklılıkları sebebiyle, hukuk sistemlerinde, hukuk normlarında farklılıklar olması doğaldır. Ancak tebliğ evrenseldir. Öyleyse bu kabul, vahiyden kaynaklanan ilke ve normları da (ilahi) doğal hukukun bir uzantısı olarak görecektir. Bu bağlamda, bazı yazarların, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’yi adeta Tarihçi ekolün aradığı kodifikasyon gibi değerlendirmesi²², itirazsız kabul edilebilecek bir değerlendirme olarak ortaya çıkmamaktadır. İlahi (doğal) hukukun, teorik olarak kendisini tek bir toplum ya da dönemle sınırlaması düşünülemez. Bu itibarla 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun resepsiyonunu meşrulaştıran ilkeler rasyonalist doğal hukuktan kaynaklanırken, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin hazırlanmasını meşrulaştıran ilkeler, ilahi doğal hukuktan kaynaklanmaktadır²³.

4. Sonuç

1926 Türkiye’si çeşitli nedenlerle ki başta tam bağımsızlık ideali gelir, İsviçre Medeni Kanunu’nu resepsiyon yolu ile iç hukuk sistemine dahil etmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun az miktardaki değişikliklerle resepsiyon yolu ile Türk Medeni Kanunu haline getirilmesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin yaptığı hukuk devriminin bir parçasıdır.

²² Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi,” s. 119-120.

²³ Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Hanefi mezhebinin kabulleri uyarınca hazırlanmasına karar verilmeden önceki tartışmaları dikkate alarak, Ahmet Cevdet Paşa’nın görüşlerini, Tarihçi Hukuk ekolünün kurucusu Savigny’nin yaklaşımı ile karşılaştıran Berkes, konuya ilişkin olarak “Cevdet Paşa’ya göre medenî hukuk bir ulusun varlığının ve birliğinin temelidir. Osmanlı devleti bir İslâm devleti olduğuna göre onun medenî hukukunun İslâm hukukundan çıkarılacak bir medenî kanuna dayanması gerekirdi ... Medenî hukuku kanunlaştırma sorununda Fransız Medenî Kanunu’nu alma yanlıları ile Cevdet Paşa’nın görüşünde olanlar arasındaki çatışma bize o zamandan yarım yüzyıl önce Almanya’da medenî kanun yapılması üzerine çıkan ünlü bir tartışmayı hatırlatır. Avrupa’da Napolyon Kodu’nun ... açtığı çığır üzerine Alman medenî kanunu sorununu ele alan Anthon Thibaut’un ... 1814’te ‘Almanya için bir medenî kanun gerekliliği’ üzerine yazdığı bir yazısı üzerine Friedrich Karl von Savigny ... bir ulusun hukukunun, örneğin, tabii haklar felsefesine dayanarak rasyonel kurallar koymakla ortaya çıkmadığı görüşünü ileri sürmüştü. Ona göre hukuk kanun yapımcıların koyacağı yargıların ürünü değildi. Hukuk halk inançlarından doğar halk âdetleriyle yerleşir, adalet uygulamalarıyla sağlamlaşırdı. Hukuk bir ulusun hayatında sessizce yaşayan, o ulusun kendine özgünlüğünün, kendisi olan ulusal benliğinin (Volksgeist’in) görünüşüdür. Medenî kanun yapmak ancak ulusal benlikte yaşayan uygulamalara uymak koşulu ile onlara sadece biçimsel bir görünüş vermekten başka bir şey olamazdı. Başka bir deyişle Savigny’ye göre hukuk akla göre olması gerekeni değil, olanı ve yaşananı yansıtır. Bu Thibaut-Savigny tartışmasında akılcı ya da devrimci hukuk görüşü ile romantik ve geleneğe hukuk görüşü çarpıştıyordu ... Yarım yüzyıl sonraki Cevdet Paşa’nın görüşü de Savigny’nin görüşüne benzer. O da Şeriat’ı İslâm ‘ulusu’nun varlığının ve benliğinin bir ifadesi olarak alır. Fakat benzetisi biraz daha ileri götürmek güçtür. Savigny’nin anladığı Volksgeist ile İslâm Şeriatı aynı şeyler midir? İslâmlık bir ulus mudur? Şeriat bir ulus hukuku mudur? Bugünkü anlayışımıza göre değildir; fakat Cevdet Paşa’nın zamanında öyle sanılırdı” demektedir. (Berkes, a.g.e., s. 225.)

Konu günümüze getirildiğinde, tartışılacak nokta, 20. Yüzyılın başında Medeni hukuktaki resepsiyon sürecinin, 21. Yüzyıl Türkiye'sinde sona erip ermediğidir. Dolayısıyla şu soruların sorulması gerekir: “Yeni Türk Medeni Kanunu bir resepsiyon yasası mıdır? Yoksa Türk toplumunun bağrından fıskıran yeni bir medeni kanun mudur? Bu sorunun cevabı hayır ise ve yeni Türk Medeni Kanunu²⁴ bir resepsiyon yasası ise²⁵, 1926 Türkiye'si ile yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe giriş tarihi olan 2001'in Türkiye'si arasındaki benzerlikler ya da farklılıklar nelerdir?

Schwarz'ın 1952'de yayınlanmış makalesindeki, 1926 Türk Medeni Kanunu için “kat'iyen Türk menşeli olmayan bu kanunun müebbeden devamı fikrinde değilim. Külli reform günü gelecektir”²⁶ ifadesinden yola çıkılarak, yeni Türk Medeni Kanunu'nun Schwarz'ın beklediği *külli reform* olup olmadığı sorusu da böylece dile getirilmiş olur.

Görüldüğü üzere, konu birçok güncel soruya açılmaktadır. Zira “yabancı ülkeden alınan hukukun benimsenmesi” de resepsiyon kavramına dahil edilsin ya da edilmesin, her iki halde de yabancı bir ülkeden alınmış olan hukukun (hukuk kurum ve kurallarının) alan ülkenin pozitif hukuku haline gelmesi ile, alan ülkenin insan unsuru tarafından benimseneceği ve alıcı ülkenin insan unsuru için verici ülkedeki gibi yararlı olacağı anlamına gelmeyebilir²⁷. Bu süreçte, resepsiyon iradesini gösteren siyasi iradeye ve hukuk uygulayıcılarına düşen görevler vardır. Can'ın belirttiği bu görevlerin bir kısmı şunlardır:

- Alıcı ülkenin öznel ve nesnel koşullarının verici ülkenin koşullarına benzer duruma getirilmesi,
- gerektiğinde alınan *code*'u destekleyici yasalar yapılması,
- alıcı ülkenin yargı organlarının verici ülkenin doktrin ve içtihatlarını takip-
le yetinmeyerek, amaca uygun yorumlarda bulunmaları,
- yasama organının verici ülkedeki yasa değişikliklerinin nedenlerini araştırarak, aynı ihtiyaçların kendi ülkesinde de ortaya çıkıp çıkmadığını tespit etmesi,
- alınan hukukun halk tarafından benimsenmesi için çaba sarf edilmesi²⁸.

²⁴ 22 Kasım 2001 de kabul edilen 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun 1028. Maddesi ile 1926 tarihli 743 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlükten kaldırılmış, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu, 1 Ocak 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. 11 Ocak 2011'de kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ise, 648. Maddesine göre, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmiştir.

²⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nu hazırlayan komisyonun dikkate aldığı, “esinlendiği” yabancı devlet medeni kanunları için bkz: İlhan Ulsan, “Türk Medeni Kanununun Dünü ve Bugünü,” (Çevrimiçi) http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_153.pdf, 14 Mart 2012.

²⁶ A. B. Schwarz, “Medeni Kanunların Hayati Kuvveti ve Tadili,” çev. H. Kemal Elbir, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XVIII, sayı 1-2, (1952), s. 127.

²⁷ Giriş kısmında da belirttiği üzere, burada resepsiyon kavramı “benimsemeyi” içermez, sadece yabancı bir ülke hukukunun (ya da hukuk kurum ve kurallarının) alınması anlamında kullanılmıştır.

²⁸ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, s. 196-197.

Türkiye Cumhuriyeti'nin gerçekleştirdiği hukuk sistemindeki resepsiyon örneği dikkate alındığında, Can'ın, alınan hukukun/yasanın toplum tarafından benimsenmesi için, alıcı ülkenin yönetici ve hukukçularından beklenenler olarak ifade ettiği unsurların bir kısmı yerine getirilirken, bir kısmının yerine getirilemediği görülür. Ancak hemen ifade edilmelidir ki istisnai durumlar (Türk Medeni Kanunu tarafından tek eşlilik öngörüldüğü halde, dini nikahla meşrulaştırarak bir erkeğin birden fazla kadınla evlilik hayatı yaşaması gibi) bir kenara bırakıldığında, resepsiyon yasası niteliğindeki 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun toplumun çoğu ve bilhassa kadın nüfus tarafından benimsendiği ifade edilebilir. 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nu ise 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun açtığı yolun bir devamıdır. Dolayısıyla Schwarz'ın 1952'de bu alanda Türk toplumundan beklediği külli reform olmaktan uzaktır; ama Türkiye Cumhuriyeti'nin her iki medeni kanunu da Türk toplumunun çoğunluğu tarafından benimsenmiştir. Biraz evvel ifade edildiği gibi, özellikle kadın nüfus tarafından. Şiddete maruz kalan çoğu kadın, medeni kanundan doğan haklarını kullanmak istediklerinde, bilhassa evlenme ve boşanmaya ilişkin haklarından yararlanmak istediklerinde, kadına karşı şiddetin mağduru haline gelmişler, hatta bir kısmı bu durumda hayatlarını kaybetmişlerdir. Medeni yasanın kendilerine verdiği haktan yararlanmak isteyen kadınlar niçin şiddete maruz kalmaktadırlar? Şeklinde sorulabilecek sorunun cevabının ise sosyoloji disiplini içerisinde tartışılması yararlı olur.

Görüldüğü üzere, Tanzimat Fermanı'nın ilanından (1839) itibaren kısmi de olsa hukukta resepsiyona yabancı olmayan, çeşitli nedenlerle hukukun çoğu alanında resepsiyon yolu ile yabancı ülkelerin yasalarını iradi olarak kendi iç hukukunun bir parçası haline getiren Osmanlı Devleti'nin aydınları, medeni hukuk alanında da Ali Paşa'dan beri "Batı" kaynaklı bir medeni kanunun kabulünü tartışmışlardır. Ulus devletin kurucularının hukuk devrimi niteliğinde yaptıkları hukukta resepsiyon hareketi, bu sürecin bir devamıdır. Kısmi resepsiyonun Osmanlı hukukunda meydana getirdiği parçalanmışlık, çok hukukluluk, ülkede hukuk birliğinin olmamasının olumsuzlukları, uygulamada meydana gelen adaletsizlikler, çoğu zaman hukuk güvenliğini de sarsan ve bazı kesimlere tanınmış olan hukuki imtiyazlar/ayrıcalıklar, on dokuz ve yirminci Yüzyıl Osmanlı-Türk aydınının tecrübesi olmuştur. Neticede, hukuk birliğinin söz konusu olduğu, seküler yasalardan oluşan hukuk sistemini resepsiyon yolu ile "medeni" olarak kabul ettikleri Batılı devletlerden aldıkları yasalarla oluşturmayı öngörmüşlerdir. Böylece yüzyıllardır yakındıkları, Osmanlı hukuk sisteminde uzun süre varlığını korumuş olan kapitülasyonların ve imtiyazat-ı atıkanın varlığı meşruiyetini kaybetmiş oluyordu.