

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 27, 2019 (Bahar)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editör	Ali Adem Yörük
Sekreterlik	Furkan Şahan
Baskı	Pelikan Basım, Odin Topkapı Center no: 28/1a, Topkapı / İstanbul Tel: 0212 613 79 55
Baskı Tarihi	Aralık 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 27 • 2019 (Bahar)

İçindekiler

Türkiye'deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı <i>Ruth A. Miller - Çev. Elif Kaplan</i>	5
Hüseyin Naci'nin Darülfünun Hukuk Fakültesindeki Son Fıkıh Usulü Ders Takrirleri (1924-1925) <i>Sami Erdem</i>	35
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Hukuk Reformu Metinleri 6: 35. Madde Tartışmalarının Gölgesinde Kanuna Dair Üç Metin (Diran Kelekyan, Affan Osman, Kostaki Vayani) <i>Haz. Göktuğ İdiz</i>	93
Vakfa Dair Bir Tedkik: Vakfın Mahiyet-i Hukukiyesiyle Tevessü ve İntişarı ve Avrupa Ulema-yı Hukukunun Vakfı Suret-i Telakkideki Hataları <i>Hüseyin Naci - Haz. Ali Adem Yörük</i>	101
Modern Bir İmam-ı Âzam Menâkıbı <i>Hüseyin Naci - Haz. Ali Adem Yörük</i>	119
Hüseyin Naci Bey'e Dair Birkaç Not <i>Ali Adem Yörük</i>	165

TÜRKİYE'DEKİ İSVİÇRE MEDENİ KANUNUNUN OSMANLI VE İSLAMİ ALTYAPISI*

Ruth A. Miller**, çev. Elif Kaplan***

İsviçre Medeni Kanunu 1907'de yayınlandığından beri köklü değişiklikler geçirmiştir. Bazı bölümler bütünüyle kaybolmuş ve değiştirilmiş, ve kanundaki anlamsal değişiklikler geride kalan bu maddelerin birçoğunun hükümlerini kökünden değiştirmiştir. 1907'de anlamlı olan ifadeler, yerlerini 1970 ve 80'ler için daha uygun olanlara bırakmış ve yirminci yüzyılın sonlarındaki hassasiyetler on dokuzuncu yüzyıldan kalanları arka plana itmiş ya da tamamen ortadan kaldırmıştır.¹ Fakat, 1907 tarihli özgün İsviçre Medeni Kanunu o tarihteki esas yapısıyla beklenileceği gibi göz ardı edilmemiş ve unutulmamıştır. Herhangi bir beşinci sınıf Türk sosyal bilgiler ders kitabına ve Türkiye Cumhuriyeti'nin selefi olan Osmanlı'nın küllerinden yükselmesini süsleyen listelenmiş diğer devrimsel olaylara baktığınızda, 1926 yılında –tercüme edilmiş- 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulü yer almaktadır.² Hakikaten, okul çağındaki Türk çocukları yeni Latin alfabesini

* Asıl metinden farklı olan sayfa numaraları parantez içinde belirtilmiştir. “The Ottoman and Islamic Substratum of Turkey's Swiss Civil Code” adıyla *Journal of Islamic Studies*, Cilt 11, Sayı 3, Eylül 2000, s. 335–361'de çıkan bu makalenin yayımlanmasına müsaade eden Ruth Miller'a, makaleyi çevirmemi öneren, çeviriyi okuyan ve görüşlerini ileten Prof. Dr. Fethi Gedikli'ye, yine çeviriyi okuyup yararlı tavsiyelerde bulunan Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gül Karagöz ve Dr. Barış Demirsatan'a teşekkür ederim. (Çevirenin Notu).

** Princeton Üniversitesi.

*** İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ Örneğin, özgün kanunun evlenmenin genel hükümlerine dair olan 159-177'nci maddelerinin hepsi 1970'lerde değiştirildi. İsviçre, *Code Civil suisse*, 1997.

² Erol Karabıyık, *Sosyal Bilgiler: Ders Kitabı, İlkokul 5* (Ankara: Üner Yayınları, 1993), 142.

tanıtın Atatürk'ün resimlerinin ve Batı Avrupa tarzı şapkanın takdimini savunan konuşmalarından alıntılar içeren kutuların yanı sıra, ayrıca yeni kanunları tanıtan konuşmalarından ufak tefek bilgiler ve onların Türk toplumu üzerinde geniş kapsamlı etkileriyle ilgili makaleler bulabilirler.

Buna rağmen, Avrupa tarzı şapka ve Latin alfabesinin tanıtımından farklı olarak, medeni toplum için yeni bir modelin kuruluşu dış görünüşlere göre ya da basın üzerinde kontrol vasıtasıyla düzenlenemezdi. Keza, Medeni Kanun yürürlüğe girer girmez yeni bir avukat ve hakim neslinin neredeyse derhal bu kanunu yorumlamak ve uygulamak için ortaya çıkması gerektiği unutulmamalıdır. En azından Türkiye'deki Medeni Kanunun yürürlüğü ve iktibas bir açıdan tam bir başarıydı. Aslında, dikkate değer bir başarıydı. Kanunun kabulünden sorumlu komisyonun kanun tercümesini tamamlaması neredeyse iki yılı bulmuş olmasına rağmen,³ ve düpedüz yabancı bir hukuki medeni hayatı toptan benimseme fikri başlangıçta biraz muhalefetle karşılaşsa da⁴, sonunda komisyon görevini tamamladı ve nihayet daha aktif olan muhalefet dağıldı. Bu nedenle, böyle bir başarının nasıl mümkün olduğu ve bunun sonucu olarak da muhalefetin nasıl dağıldığına ilişkin sorular hemen akla geliyor. Ve belki de sadece meraktan, 175 sayfadan azıcık fazla olan bir metni çevirmenin 26 eğitimli insandan oluşan komisyonun neden bir buçuk yılını aldığı sorusu da akla gelebilir.

Oldukça şaşırtıcı şekilde, bu üç soruya cevap bulmak zor değil. Aslında, 1907 İsviçre Medeni Kanununu 1926 Türkçe tercümesiyle karşılaştırırken, çevirinin, hoşgörülü olmak gerekirse, esnetilmiş olduğu fark edilebilir. Sadece kişiler hukuku, evlenme ve boşanma konularına ilişkin⁵ Türk Medeni Kanununda sayısı 115 olan maddelerin en az 40'ı (yaklaşık yüzde 35)⁶ atılmış, değiştirilmiş ya da Türk

³ 11 Eylül 1924'ten yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926'ya kadar. Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Douşu (The Emergence of Modern Turkey)*(Oxford: Oxford University Press, (1961) 1968), 272.

⁴ Mesela, 17 Şubat 1951'de, H. Velidedeoğlu'nun *Cumhuriyet*teki makalesine göre, Meclis binasında bile, insanlar şu şekilde yorum yapıyorlardı ('Biz Müslüman bir memleketiz. İsviçre Hıristiyan bir memleketir. Bir Hıristiyan Medeni Kanunu bir Müslüman memleketin bünyesine uymaz ...') Velidedeoğlu, 'Medeni Kanun Düşmanlığı,' K. Ertop, ed., *Cumhuriyet: 1924-1974* (İstanbul: Cumhuriyet Matbaacılık ve Gazetecilik, 1974), 245.

⁵ Bu çalışmanın amacı açısından, ben özellikle Aile Hukuku Kitabındaki evlilik ve boşanmayla ilgili maddelere odaklanacağım, çünkü o, Medeni Kanuna, Kişiler Hukukuna bütünüyle ayrılmaz bir şekilde bağlıdır. Aile Hukuku Kitabının Miras Hukuku ve Eşya Hukuku gibi geri kalan kısımları üzerine kesinlikle daha çok çalışma yapılabilir.

⁶ İsviçre'nin Kantonlarıyla ilgili olan maddeleri açık olarak saymayarak.

versiyonuna eklenmiştir ve bu değişikliklerin bilinçli olarak yapılmış olduğu gözükmemektedir. Bu farklılıkların metnin belirtilen bölümünde (kişiler hukuku “şahsın hukuku”, evlenme ve boşanma) bütünüyle temel bir fark oluşturup oluşturmadığı incelenmeyi hak ediyor. Fakat, bu farklılıkların yukarıdaki üç soruya şu cevapları vermede yardım ettiği gerçeği değişmeden kalmaktadır: İsviçre Medeni Kanununun Türk toplumuna uyarlanmasındaki, bütünüyle söz konusu olmasa da, nispi başarısının ve bunun yanı sıra başlangıçtaki karşı çıkışın ortadan kalkmasının olası bir sebebi, Türk Medeni Kanununun sadece İsviçre'ninkinin bire bir çevirisi değil, onun esnek bir uyarlaması olmasıdır. Ayrıca, yirmi altı komisyon üyesinin yaptıklarının tercümeden çok daha fazlası olduğu gerçeği düşünülürse, görevlerini tamamlamak için ihtiyaç duydukları süre daha çok anlamlı olmaya başlar. Komisyon, sanıldığı gibi, belirli Fransızca kelimelerin Türkçedeki tam anlamı üzerinde boşa vakit geçirmiyordu, İsviçre'den esinlenen Kanunu Türkiye Cumhuriyetini meydana getiren mevcut bulunan şartlarla kaynaştırmayı kolaylaştıracak tamamen yeni ifadeler ortaya çıkarıyorlardı. Başka bir deyişle, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları arasındaki farklılıklar, Türk Medeni Kanununun Mecelle, Fransız-Fransız/Osmanlı Ticaret Kanunu ve 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi önceki Osmanlı hukuk normları ve başlangıçtaki Osmanlı/İslam⁷ hukuk geleneğinde ifade edilmiş olan hukuki hassasiyetleri miras almış olmasından ileri gelmektedir.

Bu yüzden, şaşırtıcı olan, Türk Medeni Kanununun, İsviçre modelinden çok yoğun bir şekilde farklılaşması değil, fakat ilk etapta onun yalnızca İsviçre Medeni Kanununun çevirisi olduğu hususunda diretilmesidir. Bununla birlikte, birçok kişi bu hususta ısrarcı olmuştur ve olmaktadır. 1926'da Kanunun alınmasına öncülük eden olayların az veya çok resmî yorumlanması şudur ki ülkesini “muasır medeniyet seviyesine”⁸ getirmeyi umut eden Türk hükümeti İsviçre Medeni Kanununda mevcut yasaların en güncel, en demokratik ve

⁷ İslami hukuki uygulamalar konusunda, Osmanlı uygulamalarından farklı olarak, büyük oranda şu kaynaklara dayanacağım: Yusuf al-Qaradawi, *Al-Halal wa'l-Haram fi'l-Islam* (çev., Kamal El-Helbawy, M. Siddiqui, Syed Shukry; Delhi: Hindustan Publications, 1980); Ali ibn Abi Bakr Marghinani, *The Hedaya* (çev., Charles Hamilton; New Delhi: Kitab Bhavan, 1985); Ibn Rushd, *The Distinguished Jurist's Primer* (ç.n. Burada kastedilen *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid - Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku*) (çev., Imran Ahsan Khan. Reading: Garnet, 1994); ve Muhammad 'Ala al-Din Haskafi, *Durr al-Mukhtar* (çev., B. M. Dayal; New Delhi: Kitab Bhavan, 1992); ve Qadı Khan, *Fatawa-i Kазee Khan* (trans., M. Mahomed, Yusuf Khan Bahadur; New Delhi: Kitab Bhavan, 1986).

⁸ B. Lewis, *Modern Türkiye (Modern Turkey)*, 269.

uygulanabilir tedvinini buldu ve Türk devletinde uygulanmaları⁹ için bu yasa hükümlerini bütünüyle çevirtti. 1925'in ortaları itibariyle Adalet Bakanı Mahmud Esat'ın şunu yazmasından sonra:

“Türk Medeni Kanunu, en güncel, en mükemmel, en demokratik olan İsviçre Medeni Kanunundan ödünç alındı ve ... bu hızlı dönüşüm halkın hayatı çıkarlarına hiçbir tehlike oluşturmuyor bilakis aynı zamanda onlar için büyük yararlar da temin ediyor...”¹⁰

Ve komisyon üyesi Şükrü Kaya Bey Mecliste konuyla daha alakalı olarak şu şekilde konuşmuştu: “Komisyon Türk karakteri ve ihtiyaçlarına en uygun olan kanunun bu kanun (Türk Medeni Kanunu) olduğunu kanidir. Bu kanun doğrudan doğruya İsviçre kanunundan harfiyen nakledilmiştir”¹¹. Farklı derecelerde bu hususa kani olan sayısız tarihçi ve hukuk düşünürü de aynı tutumu gösterdi.¹²

⁹ Henry Williams, ‘Eski, Osmanlı ve Yeni Türklerin Hukuki Evlenme ve Boşanma Kültürü’ adlı makalesinde ilginç bir tespit yapar. (Marriage and Divorce in the Legal Culture of the Old, Ottoman, and New Turks), *Journal of Turkish Studies*, 5 (1983), 131-200. O Türk Medeni Kanunun neredeyse tamamen İsviçre’den alındı diye söylemesine rağmen, İsviçrelielerin ‘sadece genel çerçeve ve kanunun iskeleti olmayı iddia ettikleri’ için 1926’da özellikle ‘cazip’ geldiğini; ‘ayrıntuların mahkemelerde ihtiyaç hasıl olduğunda doldurulmaya bırakıldığı’nı ayrıca not eder (181).

¹⁰ Mahmut Esat Bozkurt, *Türk Medeni Kanunu (Code Civil turc içinde)* (ed. Rizzo, İstanbul: Roman Han, 1926, 1937), xiii-xv: ‘le Code Civil turc a ete emprunte au Code Civil suisse, le plus récent, le plus parfait et le plus démocratique, et ... cette transformation brusque non seulement.

¹¹ Kasım Öztürk, ed., *Türk Parlamento Tarihi* (Ankara: TBMM Vakfı Yayınları, 1990), 1 (1923-1927), 543.

¹² Mesela bakınız, diğerleri arasında, Georges Sauser-Hall, *Introduction à L’étude du nouveau droit civil en Turquie* (Constantinople: Ahmed Ihsan, 1926), 4; Leon Ostrorog, *The Angora Reform* (London: University of London Press, 1927), 90; Z. F. Fındıkoğlu, ‘A Turkish Sociologist’s View,’ UNESCO, ed., ‘The Reception of Foreign Law in Turkey,’ *International Social Science Bulletin*, 9(1) (1957), 13-20,15; A. Guriz, ‘The Turkish Civil Code’, in T. Ansay, ed., *Introduction to Turkish Law* (Ankara: Middle East Technical University, 1966), 10; ve Bernard Lewis, *Modern Turkey*, 273. 3 akademisyen yukarıdaki kurala bazı açılardan istisna oluşturmuştur, ve onları burada zikretmek anlamlıdır. İlk olarak, Sabine Dirks, *La famille musulmane Turque* (Paris: Mouton, 1969), bu çalışmada adı geçen 115 maddelik bölüm içindeki farkların en göze çarpan ve anlamlı olanlarından*** dokuzunu listeler, 36-8. Konuyla daha alakalı olarak, A. M. Kassım’ın yayınladığı bir sayfalık ‘makale’, “Comparison du Code Civil turc avec le Code Civil suisse”, *Revue des Etudes Islamiques*, 1929, orada iki kanun arasında toplamda 19 (daha fazlasını yapmaz) ‘ufak’ farklılıkları sıralar, 457. Onun makalesi not edilen farklılıkların niceliği bakımından bu zamana kadarki en kapsamlı olanıdır, sunumu ve tonlaması oldukça bariz bir şekilde ima etmektedir ki, aslında 19 farklılık var olduğu halde, değişimler çok az ve önemsizdir.

Ve son olarak, tekrar, Hıfzı Veldet (Velidedeoğlu), “İsviçre Medeni Kanunu karşısında Türk Medeni Kanunu”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü için* (İstanbul: Kenan Matbaası, 1944), 339-407, 115 -maddeli bölümde toplamda 15 farklı madde sıralar, onların arasında sadece birisi, zina üzerine olan, İsviçreli

Türkiye Cumhuriyeti liderliğinin, elbette kendisini takip eden tarihçilerin olmasa bile, yeni Medeni Kanununun İsviçre Kanununun tam bir Türkçe çevirisi olduğunda ısrar etmeleri için oldukça iyi sebepleri vardı. Uluslararası toplumun gözünde Türkiye'nin varlığını tesis eden 1923 Lozan Antlaşması, Osmanlı İmparatorluğunu on dokuzuncu yüzyılda oldukça zayıflatan kapitülasyonların kaldırılmasının karşılığı olarak azınlıkların haklarını güvence altına alan birtakım maddeleri kapsıyordu. Eğer "Gayrimüslimlerin" kişisel statüsü ve aile hukuku "bu azınlıkların geleneklerine göre"¹³ belirlenmezse Avrupalı güçlere Türk hukuk düzenini denetleme hakkı veren bir hükmü "Esaslı Hükümler"¹⁴ olarak bilinen bu maddeler arasındaydı.

Uluslararası müdahale durumundan kurtulma ve azınlıkların statüsünü tanımlama problemlerinin ikisini de çözmek için oldukça basit bir yol, Türkiye'deki azınlıklardan oluşan bir toplumu oluşturma şüphesinden uzak bir kanunu, yani İsviçre Medeni Kanununu benimsemektir¹⁵. Fakat, kanunun aktarılma sürecinde değiştirilmiş olduğu gösterilseydi, uluslararası toplum yine Türkiye'nin gelişmesine müdahale etmek için bahaneye sahip olmuş olurdu. Bu yüzden, tekrarlamak gerekir ki, bir şekilde ironik olarak, kanunun değiştirilmiş olduğu gerçeği, inşasının sadece uluslararası toplumdan kurtulmak için az biraz süsleme değil toplumu değiştirmek için gerçek bir teşebbüs olduğunu gösterir. Fakat, geride şu sorular kalmaktadır: kişiler hukuku, evlenme ve boşanma maddelerindeki farklılıklar Osmanlı ve İslami uygulamalardan mı kaynaklanmıştır? Eğer böyle olduysa, bu farklılıkların yeni Medeni Kanununa

ve Türk hukukçuların 'ahlaki' farklılıklarından kaynaklanmıştır. Değişmiş maddelerin sayısının bu üç yazar arasında değişkenlik göstermesi, bu farklılıkların kasten var olduğunun ve bunun yanı sıra erken Cumhuriyet dönemi hukuk düşünürleri açısından bunun varlığını kabul etmenin oldukça rahatsız edici olduğunun bir bakıma göstergesidir.

¹³ 'Lozan Barış Antlaşması' (Peace Treaty at Lausanne), Md. 38, 42, 44, in J. C. Hurewitz, *Diplomacy in the Near and Middle East: A Documentary Record* (Princeton: D. van Nostrand Co. inc., 1956), 2:122. Şu belirtilmelidir ki, Avrupalıların temel kaygısı vatandaşlarının Şeriat mahkemelerince uygun bir şekilde yargılanamayacak olmasıydı.

¹⁴ A.g.e. md. 37.

¹⁵ Konuyla ilgili bakınız, mesela, Jean Deny, *Petit Manuel de la Turquie Nouvelle* (Paris: Jacques Haumont, 1933), 221: 'Une des premières conséquences a été l'abandon par les anciennes minorités nationales de la faculté que leur avait reconnue le traité de Lausanne de conserver leur droit familial. Par une pétition adressée au ministre de la Justice, celles-ci ont demandé à être, elles aussi, placées sous le régime du Code Civil suisse. Et cette initiative a eu pour résultat l'unification en fait de la législation sur tout le territoire de la République.'

dahil olmaları ne kadar bilinçli idi? Ve eğer bilinçli idiyse, neden bu 'laik-olmayan' kavramlar Türk hukuk toplumuna tekrar sunulmakta idi?¹⁶

Kişiler Hukuku

Bu soruların ilki için bir cevap ararken Türk ve İsviçre Kişiler Hukukları arasındaki farkların hem bariz-eşit haklar verme ve erginlik yaşını küçültmedeki gibi- hem de yorumlama farklılığından kaynaklandığı varsayılabilir, babalığı, ve doğum ve ölüm kaydında babanın rolünü vurgulayan bu farklılıklarda söz konusu olduğu gibi daha az bariz surette gözüktüğü not edilmek gerekir. Bazı durumlarda, ayrıca, Türk Kanunundaki bir madde ve onun İsviçre'deki prototipi arasındaki tek fark yürürlüğe girdikten sonra bir kuralı hangi makamın uygulayacağı ve denetleyeceği seçiminden ibarettir. Elbette, bu son farklılıklar manzumesinin varlığı, Türk hükümetinin yapısının İsviçre hükümeti ile aynı biçimde olmadığı göz önüne alındığında, tam bir anlam ifade ediyor. Bununla birlikte, bir kanunun uygulanmasındaki farklılıklar, kanununun ifadesindeki farklılıklar kadar onun anlamını değiştirir ve yukarıdaki anlamda ayrışan maddeler, daha basit farklılıklar içerenler kadar dikkat çekmeyi hak eder. Son olarak, İsviçre Kişiler Hukukundan ilgili genel üç madde Türk Kanunundan tamamen çıkarılmıştır. Bu maddeler vatandaşlık ve ikametgah, devletin gücünün denetlenmesi ve devlet memurlarının disiplini ile ilgilidir. Bununla birlikte, genel olarak, yine, anlaşılacağı üzere, bütün farklılıklar, önceki Osmanlı ve İslami hassasiyetlerin Türk medeni toplumuna tekrar sunulmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷

Örneğin, İsviçre ve Türk Kanunları arasındaki basit farklılıklar kümesi, sırasıyla bir doğumun tescil veya beyanı ile ölümün belgelenmesi ve tescili ile ilgili olarak ele alan Türk Kanununun 39. ve 41. (İsviçre'deki 46. ve 48.) maddelerinde bulunabilir. Çoğunlukla, bu madde manzumeleri arasındaki farklılıklar sadece verilen fiili gerçekleştirme için belirlenen sürelerde

¹⁶ Bu çalışma tamamen hukuki iki metnin teknik karşılaştırılmasından başka bir şey olmadığı için, hiçbir şekilde evlilik etkileşimlerindeki psikoloji ya da duygu gibi daha geniş meseleleri tahlil etmeyi amaçlamamaktadır.

¹⁷ Bu makalenin amacı, tekrar etmek gerekirse, bütün sözü geçen bölümlerde, sadece küçük bir kısmı seçilen farklılıkları tahlil etmektir. Daha az belirgin olanlar, çoğu birlikte ele alındığında, genel olarak İsviçre ve Türk metinlerin anlamlarındaki en temel değişiklikleri oluşturur.

yatmaktadır, ancak sayısal farklılıkların yanında, İsviçre kanununun Türk muadilinde bulunmayan doğum kayıtlarına ilişkin ilgi çekici bir veya iki parçası vardır. Bununla birlikte, bu son farklılıkları ele almadan önce, sayısal olanlar ilgiyi bir ölçüde hak ediyor. Bu nedenle: İsviçre'de, her doğum üç gün içinde devletin memuruna bildirilmelidir; Türkiye'de, devletin memuru bir ay içinde bunu bilmelidir. Bunun gibi, her ölüm ya da bulunan ceset İsviçre'de iki gün içinde, ancak Türkiye'de on gün içinde devlete bildirilmelidir. Büyük ihtimalle, Türkiye'nin 1926'daki altyapısı, İsviçre'nin 1907'de altyapısı gibi değildi ve kayıt için zaman sınırlarının değiştirmenin arkasındaki ana nedenin coğrafi olduğu söylenebilir. Fakat, arttırılan sürelerin tamamen gelişigüzel olmadığı varsayılarak, niçin artış oranının daha orantılı olmadığı sorulabilir. İsviçre'de iki günü alan ölümü teşhis ve yetkililere rapor etme Türkiye'de gerçekten on güne denk olsaydı, doğum için üç günde yapılan aynı işlemin Türkiye'de en fazla on beş günü alması gerektiği görünecekti. Bunun yerine, Türk ailelerin doğumu bildirmek için tam bir ayları bulunmaktadır. Bu yüzden, en yakın resmi makama olan mesafeden başka, ikinci zaman dönemini bu kadar uzatmak için bir neden olmalıdır.

Bununla birlikte, bu nedenin İsviçre Kanununda kayıt öncelikle bir kişinin varlığını ortaya koymak için meydana gelirken, Türk Medeni Kanununda kayıt yaptırmanın büyük ölçüde babalık kurma ile ilgili olduğu gerçeğine bağlı olduğu gözükür.¹⁸ Bu yüzden, İsviçre Kanununun üç günlük süresi ile Türk Kanununun bir aylık süresi arasındaki farklılığın, daha önce babalık iddia etme veya reddetme yöntemleri ile ilgisi olabilir. Nitekim, daha yakından incelendikten sonra, çocuğu kayıt altına almak için tanınan azami süre üzerinde yapılan değişiklik, doğrudan İslami hukuki uygulamadan kaynaklanmış gözükür. Hanefi geleneğine göre, bir çocuğun babalığı doğumuna dek ve ayrıca teknik olarak doğumdan sonra kırk günlük bir zaman zarfına karşılık gelen "nifas"ın (çocuk doğumu ve sonrasında kirlilik durumu) sona ermesinden sonra hukuki olarak reddedilemez. Bunun yanı sıra, bir adam doğum ve boşanma anlaşması

¹⁸ Bakınız, mesela, Türk ve İsviçre Kanunlarında sırasıyla 31/35 ve 40/47 sayılı maddelerde babanın doğum ve ölüm kaydındaki rol farklılıkları. Birincisinde, gerçek doğum kaydı sürecinde babanın rolü vurgulanır, ve ikincisinde merhum kaydedilmemişse, onu ölü olarak beyan etmede yetkin hakem merhumun babasının ikametinde hüküm veren kişidir. Bu ayrıntıların hiç bahsedilmediği İsviçre Kanununu kıyaslayınız.

arasında babalığı reddedebilir,¹⁹ ama boşanmanın geçerli olabilmesi için, adam ancak doğumun akabinde karısının aybaşını tamamlaması sonrasında ve onunla ilişkiye girmeden önce²⁰ -asgari bir aylık süre- karısından ayrılması gerekir. Bundan dolayı, Hanefi hukukuna göre babalık ancak en az bir ay, en fazla kırk günlük zaman diliminde reddedilebilir. Sonuç olarak, Türk Kanun hazırlayıcılarının şüphesiz İsviçre kısa zaman sınırını daha kabul edilebilir ay uzunluğunda bir süreye uzatma ihtiyacı hissettikleri hiç şaşırtıcı değildir.

Bununla birlikte, iki Kanunda bahsedilen farklı zaman sınırlarından daha ilgi çekici olan, Türk Kanununda önemli bir İsviçre kavramının olmaması ve bir başka kavramın da tahrif edilmesidir. Öncelikle, doğumundan sonraki üç gün içinde sağ çocuğun doğumunu beyan etmenin yanı sıra, İsviçre Medeni Kanunu, hamileliğin altıncı ayından sonra ölmüş olan her bebeğin de kaydedilmesi gerektiğini şart koşar. İkincisi, İsviçre’de kökeni bilinmeyen çocuğu bulan herkesin, devlet memuruna beyanı yapan yetkilileri bilgilendirmesi zorunludur. Bununla birlikte, düşük yapma ile ilgili ilk düzenleme, Türk kanunundaki aynı maddede yoktur ve terk edilmiş çocuklara ilişkin olarak bilinmemesi gereken kökenleri değil, ebeveynleridir, ve böyle bir çocuğu bulan yetkililere sadece bildirmek yerine onu hemen ellerine teslim etmelidir. Düşük yapma konusundaki şartın olmaması şu ana kadarki iki farklılığın en önemlisidir. Hem Türk ve hem de İsviçre Kanunlarına göre, sağ doğan bir çocuğun ana rahmine düşmesinden itibaren belirli ölçüde kişiliğe ve mirasçılık hususunda gebe kalınmasıyla birlikte oldukça iyi belirlenmiş hakları mevcuttur.²¹ Sonuç olarak, İsviçre Medeni Kanununda altı aylık ceninin hukuki mevcudiyetinin altı aylık kişiliği ve altı aylık miras hakları itibarıyla kayıtlı olması gerekir, çünkü ailesinin hukuki durumu üzerinde açıkça bir etkisi vardır. Bu nedenle, iki kanundaki bir doğumun rapor edilmesinin zaman sınırları arasındaki fark sadece bir ay değil, dört aydır. Diğer deyişle, İsviçre Kanununa göre, bir çocuğun hukuki varlığı ve bu varlığın doğurduğu miras ve evlilik durumunun tüm sonuçları ile birlikte, hamileliğin altıncı ayından sonra başlar. Öte yandan, Türk Kanununa göre, çocuğun varlığı doğumundan bir ay sonrasına kadar başlamaz. Bundan dolayı, bir Türk ailesinin hukuki durumu tam dört ay değişmeden kalırken, bir İsviçre

¹⁹ Marghinani, *Hedaya*, 352-3, İbn Rüşd, *Bidayetü’l Müctehid ve Nihayetü’l-Muktesid - Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku (Jurist’s Primer)*, 142.

²⁰ A.g.e. 75.

²¹ T. Ansay, *Türk Hukuku*, 85.

ailesinin hukuki durumu büyük ölçüde değişmektedir.

Türk Kanununda doğum kaydı maddesindeki bu bölümün yokluğu, çeviri heyetinin titizliğinin bir sonucu değildir. Aslında, İslam hukuki geleneğinde İsviçre Kanununda bahsedilen duruma kolayca uygulanabilecek düşük ve ceninle ilgili oldukça fazla bilgi mevcuttur. İslami gelenekteki bu bilginin çoğu ve düşükle ilgili emsallerin çoğu bebeğin hukuki konumu veya babalık ile değil ama düşük doğan doğan olmadığı takdirde ne tür cezanın verilmesi gerektiği ile ilgilidir. Diğer deyişle, düşük yapma konusu İslam hukukunda genellikle ceza muhakemesi usulünün bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, çocuğun medeni halinin maddedeki hareket noktası kavram olduğu doğum kaydı hakkındaki İsviçre maddesi ile hareket noktası kavramın çocuğun babalığı olduğu benzer Türk maddesi ile kıyaslanırsa, ikinci bölümün olmaması tam anlam ifade eder. Bebek ölü doğarsa, onun babalığı birşey ifade etmez. Dolayısıyla, kaydını oluşturmak anlamsızdır. Ancak, maddenin amacı -ne kadar kısa olursa olsun- kişiliğin varlığını belirlemek ise ve çocuk ölü doğarsa,²² o zaman kayıt anlam ifade eder. İslami babalık kavramının yorumu şekillendirdiği Türk Kanunu ile, kavram olarak kişiliğin birinci öneme sahip olduğu İsviçre Kanunu arasındaki vurgudaki fark daha belirgin olamazdı.

Doğum kaydına ilişkin maddenin üçüncü cümlesindeki hafif değişime gelince, elbette yukarıda bahsedilen ikinci cümlenin tamamen yokluğu kadar önemli değildir. Bununla birlikte iki fark tekrar etmek gerekirse, Türk Kanununda bir çocuğun babası ve anasının bilinmemesi gerektiği, İsviçre'de çocuğun "kökeni" bilinmemesi gerektiği; ve Türk Kanununda çocuk, yetkililere "teslim edilir" iken İsviçre'de yetkililer "bilgilendirilir". Bu maddede "köken" in açık dilbilimsel anlamının dışında hukuki bir anlamı olduğu hatırlanmalıdır. Ancak, ne yazık ki, Türk Kanununda "köken" hiç tanımlanmadığı ve İsviçre'nin 22. maddesi Türk metninden silindiğinden, bulunan çocuk için başka bir nitelendirme geliştirilmelidir. Bu nedenle, İsviçre'de eğer çocuğun kökeni bilinmezse, onu bulan kişi hem yetkilileri bilgilendirmeli hem de çocuğun bakımının yapıldığını görmelidir. Ancak, Türkiye'de çocuğu her kim bulursa, statüsüne karar veren ve bakımını yapan yetkililere teslim etmelidir. Sonuç

²² Ceninin hak ehliyeti İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi Türk Kanununda da tanımlanmıştır. Abdurrahman Berkan, *Hukuk-u Medeni: 1341-1342 Sene-i Tedrisiye Esnasında* (İstanbul: Darü'l-Fünun Matbaası, 1925), 62. Bu özel hükümde önemli olan Türk versiyonunda vurgunun babalık üzerinde olmasına karşın, İsviçre kanununda kişilik üzerine olmasıdır.

olarak Türkiye’de -sadece ailesi bilinmeyen şekilde tanımlanan- bulunan çocuğun refahı ve kimliği devletin elindeyken, İsviçre’de devlet sadece çocuğun kimliğini keşfetmekten sorumludur.

Türk Medeni Hukukuna göre en azından, bulunan çocuk ne bireye aittir ne de ona bel bağlamıştır, aksine bulunan çocuğun bakımı topluma aittir, bundan dolayı Türk devleti daha paternalistiktir. Fakat bir kez daha Türkiye’de toplum 1926’da hiçbir şekilde resmi dine sahip olmamasına rağmen, önceki İslami ve yeni uygulama arasındaki benzerlikler dikkat çekicidir. İbn Rüşd’e göre, “... Vasisi olmayan bulunmuş bir çocuğun Müslümanlara ait olduğu belirtilir...”²³ İbn Rüşd’e göre, başka bir deyişle, belli şartlar altında, bulan kişi orada yaşayan ve güvenilir biri ise o, ya da değilse Müslüman halk, bulunan çocuğun “vasisi” olarak hareket edecek ve devlet hazinesi böyle bir ilişkinin dahil olduğu hukuki sonuçlar ile birlikte çocuğu yetiştirmenin ve yetiştirenin bütün masraflarının karşılığını ödeyecektir. Bu nedenle, İslam toplumunda kayıp çocuğun durumu, İbn Rüşd’e göre, yeni Türkiye Cumhuriyetinde bulunmuş çocuğun konumu ile tam olarak aynıdır. Tek fark, vasilik Müslüman toplumuna ait olmak yerine Cumhuriyet toplumuna olması-iki terim herhangi bir İslam mahkemesinde, tabi ki eş anlamlı kabul edilecektir. Yine de, İsviçre Kanununun Türk versiyonundaki birkaç kelime ve kavramın bu küçük değişimi bir rastlantı olamazdı. Aslında, şüphe yok ki bu, Türk yargı uzmanları Cumhuriyet toplumuna yeni Kanunu tanıtmaya çalışırken yorumlamak ve uygulamak amacıyla melez bir İslami/ Osmanlı/İsviçreli hukuki çerçeve oluşturdu.

Kişiler Hukuku, Medeni Kanununun tamamlayıcı bir parçası ve bütün olarak en önemli unsuru olmasına rağmen, kendi başına gerçek bir önem ifade edemez. Nitekim bu bölümdeki İsviçre ve Türk bölümleri arasındaki farklılıklar sadece diğer bölümler üzerindeki etkileri düşünüldüğünde önem kazanmaktadır. Örneğin, iki devletin bireye hangi spesifik hak ve sorumluluklar vereceğinin ek açıklaması olmadan ergin olma ve vatandaşlık çok bir şey ifade etmez. Bu nedenle Türk medeni toplumunun temellerini Kişiler Hukuku ile birlikte inceledikten sonra, Medeni Kanunun dayanaklarından birincisi olan Aile Hukuku da dikkate değerdir.

²³ İbn Rüşd, *Bidayetü’l-Müctehid ve Nihayetü’l-Muktesid - Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku (Jurist’s Primer)*, 374.

Aile Hukuku

Türkiye Cumhuriyeti Devrimine olumlu bakanlar Medeni Kanunu'nun kabulünün temsil ettiği dönüm noktasını övgüyle karşıladıklarında, sıklıkla özellikle Aile Hukuku üzerine olan kısmın kabulüne atıfta bulunurlar. Osmanlı/İslami hukuk yasalarını Avrupalı muadilleri ile değiştirdiğinde Atatürk'ün tam olarak devrim yaptığı şey, dediklerine göre Aile Hukuku idi. Yine Atatürk ve yurttaşlarına göre, Türkiye'yi Avrupa idealine yaklaştırmak için en çok değiştirmeye ihtiyaç duydukları, Aile Hukuku idi. Aslında Türkiye Cumhuriyeti Devrimini daha az olumlayanlara göre, Türk medeni toplumunun inşa edildiği, temel köklerinden koparan ve Avrupa'nın Türkiye Cumhuriyetini Osmanlı geçmişinden ayırmasıyla şimdi Türkiye'yi Avrupa'nın vasalına dönüştürmekten büyük oranda sorumlu olan, Aile Hukuku idi. Bu nedenle, İsviçre Aile Hukukunun Türk toplumuna tanıtılması Türk siyasi yelpazesindeki her eğilimde bir tepki uyandırdı ve sonuç olarak, İsviçre'den Türk yasasına atlama yapmada başarısız olan ya da tanınmayacak biçimde atlama yapan her kavram, Türk toplumunda rol oynamaya devam eden Osmanlı/İslami hukuki değerleri ile topluma malolma sürecinde olan İsviçre'ninkileri arasında bir uzlaşma olarak düşünülebilir.

Evllenme

Eş ilişkilerine duygusal ve sözlü olarak en önemli değişiklikler boşanma konusundaki yeni hükümlerle ortaya çıksa da, yeni evlilik prosedürleri ayrıca esaslı bir dönüşüm geçirdi. Örneğin, nişanlıların ebeveynleri yeni kanuna göre çocuklarının üzerinde daha az güce sahiptir ve evliliğe yeni hukuki engeller getirilmesi birlikteliğin tamamlanmasını öncesine göre çok daha fazla zorlaştırdı. Bununla birlikte, görünüşte İsviçre'den ödünç alınan birkaç uygulamanın, Osmanlı uygulamasından hiç de farklı olmadığı da belirtilmelidir. Örneğin, evlilik izin ve tescili 1881'den beri Osmanlı vatandaşlarından talep edilmişti. Esasen, kanuna göre (gerçek olmasa bile) Osmanlı devlet yetkilileri görevde olan imamdan sadece evliliğin bildirilmesini değil, aynı zamanda çiftin “adları, meslekleri, dinleri, yaşları, ebeveynlerin ve şahitlerin adlarının bildirilmesini” talep ederdi.²⁴ Yine de, Türk Kanun metnine bir kez daha

²⁴ Williams, Evlenme ve Boşanma (*Marriage and Divorce*), 161. Ayrıca bkz. Frumkin, 'Türkiye'de ve Mısır'da

bakarken, İsviçre ve Osmanlı hukuku arasındaki benzerliklerin varlığına rağmen, uyumsuzlukların var olduğu ve Türkiye Cumhuriyeti evliliğinin Osmanlı-İsviçre melez versiyonunu oluşturmasına yol açanın bu uyumsuzluklar olduğunu görülebilir.

Örneğin, nişan bozulduktan sonra ne tür bir tazminata hükmedilmesi gerektiği ile ilgili ilk maddeden altı kelimenin silinmesi ile, Türk kanunu, ilk olarak, İsviçre'nin her iki zarar gören tarafa olan tazminat kavramını kısmen daha çok Osmanlı bağlamına yerleştirir. Maddenin İsviçre versiyonuna göre, nişanlanmanın bozulması halinde, nişanlılardan birini kendi kusuru olmadan bireysel menfaatleri etkilerse, diğer tarafın kusurlu olması durumunda, hakim ona bu durumdan ötürü tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verebilir.²⁵ Maddenin Türk versiyonu karşı tarafın kusurlu olması ile ilgili son koşulun olmaması haricinde aynı şekildedir. Diğer bir deyişle, İsviçre hükmünde, sadece bir taraf kusurlu ve diğer taraf kusursuz olduğunda tazminata karar verilir ki nişanlanmanın kusursuz bozulması durumunda tazminata karar verilmesi olasılığı böylece dışlanır. Oysa Türk hükmüne göre, tazminata karar verilmesi olasılığı iki taraf da kusurlu olmasa dahi bulunur ve söz konusu mesele duygusal değil, neredeyse tamamen finansaldır.

Bu finansal vurgu ve tarafların ayrılmadan sorumlu olmama ihtimalinin kabulü, doğrudan 1917 Osmanlı Aile Kararnamesinden gelir. Gerçekten de, Aile Kararnamesinin 2. maddesi, oldukça benzer bir durumu belirtir: 'söz bozulduktan sonra ikisinden biri evlilikten azade olur veya ölürse, [erkek] nişanlının çeyiz için verdiği şeyler var olsun veya olmasın, veya bunlar zarar görmüş olsun ya da olmasın, tazmin edebilir. Ama iki taraftan birinin diğerine verdiği hediyeler, hediye olarak değerlendirilir.'²⁶ Madde, ilişkide erkek tarafın üzerine yoğunlaştığı halde, iki cümlenin göze çarpan unsuru herhangi bir tarafa düşen kusurdan hiç bahsetmeden tazminatın mümkün olmasıdır. Nişanlılardan biri sözünü bozarsa, açık bir şekilde önemli husus finansal

Yeni ve Eski Rejim altında Kadınların Hukuki Pozisyonu' (The Legal Position of Women in Turkey under the Old and New Regime, and in Egypt), *Karşılaştırmalı Yasama Dergisi*, 10 (1928), 197.

²⁵ *İsviçre Medeni Kanunu* (Code Civil suisse), md. 93.

²⁶ '1917 Aile Hukuku', M.Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1985), 245. 'Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikahtan imtina veya vefat etse hatibin mehre mahsuben vermiş, olduğu şeyler mevcutsa aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdad olunabilir. Ama hediye olarak tarafeynin yek-diğere verdiği şeyler hakkında hibe ahkâmı cereyan eder.'

durumun dengelenmesidir. Bu düşünme şeklinin 1917 Kararnamesinden çok kolay bir şekilde alınması ve İsviçre hukuki geleneğinin içine tamamen bir bütün olarak yerleştirilmesi, çok hafif ayarlamalarla İsviçre Kanunundan alınan maddelerin hepsinin İslami hassasiyetlerin içine sığacak şekilde yapılabiliğinin boyutunu açık bir şekilde gösterir. Yeni Türk Kanununda odak, artık ilişkideki erkek tarafta olmasa bile, büyük önem ifade etmez. Eğer nişanlanma sözleşmeleri her zaman olduğu gibi akdedilmeye devam edeceksse, bu vurgu önemli olmayacaktı. Önemli olan, ayrılmadan sonra (diğer bir deyişle, nişanlının gelin fiyatını geri alma kabiliyeti) diğer tarafın kusurlu olduğunu kanıtlamak için hukuki manevralara katlanmak zorunda kalmadan herhangi bir finansal yükümlülüğü düzeltmek için hep var olan güçtü.

Türk Kanununda 97. ve 98. maddeler (İsviçre'de madde 105 ve 106) evliliğin ilan yeri ve usulüne benzer şekilde değinir. Bilhassa, hem Türk hem de İsviçre Medeni Kanunları müstakbel çiftlerin evlenme isteklerini beyan etmelerini, medeni durumlarıyla ilgili gerekli belgeleri çıkartmalarını ve müstakbel erkek eşin ikametgahında beyanlarını yayınlamalarını şart koşar.²⁷ İsviçre Kanununun bahsetmediğini -devlet memurunun beyanla ilgili bütün gereklilikleri yerine getireceğini işaret etmekle yetindiğini- Türk Kanunu belki de önceki kısalığını telafi etmek için- uzun bir biçimde ele almıştır. Her şeyden önce, bildiri "evlenmelerde vazifelendirilmiş belediye dairesi görevlisi"²⁸ olan belediye başkanına veya yaşlılar heyetine yapılmalıdır; ikinci olarak, ilan ya müstakbel erkek eşin ikametinde, ya da onun babasının kayıtlı olduğu yerde yapılmalıdır; ve son olarak evliliğe itirazı olanların iddialarını dillendirebildiği onbeş gün boyunca²⁹ ilanın geçerli olmasıdır.³⁰

Elbette evlilikle ilgili ayrıntıları işleyecek görevlilerin seçimi tam olarak yerel ihtiyar heyetine nişan ve düğün yapma izni vermesi doğrudan 1917 Aile Kararnamesinden gelir.³¹ Fakat, belkide daha ilginç olanı, onbeş gün

²⁷ *Code Civil suisse*, md. 105, 106. *Türk Medeni Kanunu*, md. 97, 98.

²⁸ 'evlenme işlerine memur ettiği belediye dairesindeki vekiline'.

²⁹ *Code Civil turc*, art. 97, 98. *Türk Medeni Kanunu*, md. 97, 98.

³⁰ T. Ansay, *Türk Hukuku*, 120.

³¹ Md. 1, 'Hukuk-u Aile Kararnamesine Müteallik Muamelat-ı İdariye Hakkında Nizamname', S. Şakir Ansay, ed., *Eski Aile Hukukumuzda bir Nazar* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1952), 32: 'İzdivac isteyen hatip ile mahtube mücevher** emirde mukim oldukları mahalle veya karye heyet-i ihtiyarisine bilmüraca'a ... nikah ilmühaberi istihsal ederler.'

bekleme süresinin Türk Kanunu'na görünüşe göre geçici olarak dahilinin de ayrıca 1917 Kararnamesinden miras kalmasıdır. Osmanlı Aile Hukuku Kitabı 5. maddesi bir evlenme sözleşmesinin ("akd-i nikah") veya evliliğe itirazın yayımlanması gereken süre olarak on günü belirtir: Evlenme belgelerinin evliliğe herhangi bir engel oluşturmadığı ve iki nişanlının herhangi bir ayıbının bulunmadığı kamusal kayıtlarda kabul edildikten, ve bu belgeler kaydedildikten sonra, evlilik sözleşmesinin gerçekleştiği ve ilan edildiği tarihten itibaren on günlük süre zarfında evliliğe itiraz edenler mahkeme huzuruna çıkarak bu hususta başvuruda bulunmak zorundadır.³²

1917 Kararnamesinde on gün olan süre yeni Cumhuriyet Kanununda on beş güne uzatıldığı halde, Cumhuriyet versiyonunda belirtilen bir zaman aralığı önceki uygulamanın gözetilmeye devam edilmesinin boyutunu gösterir. Önceki uygulamaya göre -en azından 1917'de olduğu gibi- evlilik ilanından on gün sonra- kadının "ayıpları" ortaya çıkmasının artık otomatik olarak kocasının çeyizini geri alabildiği anlamına gelmediği ile ilgili evrensel olarak kabul görmüş bir husustu. Genel olarak tanınmış objektif zaman aralığının belirlenmesi ile Osmanlı hukuku İslam hukukunu sadece daha somut yaptı, ve sonuç olarak modern Türk versiyonundaki orijinal zaman aralığına beş gün eklenmiş olması esasa etkili değildir. Osmanlıdaki zaman aralığı kabul edildiğinde takdiri idi ve sonuç olarak yeni Türk versiyonundaki farklılıklar coğrafya veya kayıt zorlukları gibi birkaç benzer takdiri nedenlerden dolayı meydana gelmiş olabilirdi. Bu, hâlâ var olan önemli bir gerçektir. İsviçre'de olmayan ama Osmanlı'nın yanı sıra Türk Kanununda var olan zaman aralığı ve onun yasaya kabulü bu yüzden yeni "İsviçre" Kanununda yer edinen önceki hukuki uygulamanın açık bir ürünüdür. Türk Kanununda 97. ve 98. madde İsviçre'den iktibaslarında üzerlerinde meydana gelen değişikliklerin tümü düşünüldüğünde, 1907 İsviçre Kanunundan daha çok 1917 Osmanlı Aile Kararnamesi gibi okunur. Fakat, bu maddelerin Türkiye Cumhuriyeti versiyonu, şüphesiz, daha önceki iki grup hukuki prensibin melez bir oluşumu ve böylece Türkiye Cumhuriyeti'nin bulunduğu durum

³² 1917 Aile Hukuku', md. 5, 33: " Mahkemece icra kılınan tetkikat neticesinde nikah evrakının nevakisden ari ve tarafeynin mevani'-i izdivacdan hali olduğu tebeyün ettiği surette keyfiyyet nüfus idaresinden bil-isti'lam evrak-ı mezkure münderecatının sicill-i nüfus muvafakatı anlaşıldıktan sonra akd-i nikahın icra edileceğinden bahisle bu babda bir diyeceği olanların tarih-i ilamdan itibaren on gün zarfında itirazlarını mahkemeye beyan eylemeleri lazım geleceği ilan olunur.'

için İsviçre hukuki hassasiyetlerinin anlamlı bir tercümesidir olabilir.

Yine de, evlilik üzerine olan İsviçre ve Türk bölümleri arasındaki farklılıkların büyük bir kısmı cümlelerde öngörülen çeşitli işlevleri yürütmek için adlandırılmış farklı makamlardan başka bir şey değildir. Ancak, Türk Kanunu Madde 99, 102, ve 105'ten 109'a kadar (İsviçre Kanunu madde 107, 110, ve 113'ten 117'ye kadar) olan maddeler bu değişikliklerin birçoğunu veya kelime ile ifade etmedeki birçok küçük değişiklikleri içerir, bu değişikliklerin yanında evlenme beyanı ile ilgili bütün bölümün yarısında olduğu gibi, bunlar Aile Hukuku üzerinde bütün olarak en azından makul derecede anlamlı bir etkiye sahip olmaya başlar. Tekrar etmek gerekirse, farklılıkların hepsi kendi başına oldukça küçük, ama birlikte ele alındığında bunlar iki medeni ülkede oldukça farklı evlilik ve evlilik töreni tablosu -bir kez daha İsviçre Medeni Kanunu hukuki hassasiyetlerinin önceden var olan Osmanlı/Türk evlenme idealinin birçok yönü üzerine naklini gösteren bir tablo- ortaya çıkarmaya başlar.

Maddeler kabaca iki kategoriye ayrılır- evlenmeye itirazı konu alanlar ve gerçek bir evlilik işlemi kapsayanlar. Örneğin, madde 99, İsviçre Kanunu madde 107'ye göre yalnız bir farklılık -aslında eksik bir kelime- bulundurulur. Maddeye göre, diğer şeyler arasında, eğer bir engel mevcut ise evlilik talebinin ilanı reddedilir. Ancak, İsviçre Medeni Kanunu engelin hukuki nitelikte olması gerektiğini şart koşar. Türk Kanununda "hukuki" kelimesinin yokluğu tabii oldukça kolay bir şekilde gözden kaçma olabilir. Ama madde 100'ün "hukuki engeller"den bahsetmesi ve ("bir mani" diye bahseden madde 99 ve iki defa "kanuni bir mani" denilen madde 100 arasındaki fark gibi)³³ 1997 *Türk Medeni Kanunu*'nda farklılığın muhafaza edilmesi dikkate alındığında, ihmalin kasıtlı olduğu inancına sebep olabilir. Sonuç olarak, madde 100'de evlenme talebi ilan edildikten sonra, bir mani evliliğin akdedilmesini durdururken, madde 99'da sadece ilanın yayınlanmasına engel olacaktır.

Beklendiği gibi, evlenmeye hukuki ve hukuki olmayan maniler arasındaki bu farklılaşma -çeşitli manilerin evlilik prosedürü üzerindeki etkileri ile ilgili çeşitli tartışmaların varlığı gibi- pekala İslami uygulamada da oldukça sade biçimde yer alır. Örneğin, hukuk okullarının hepsine göre,

³³ *Code Civil suisse*, art. 107. *Türk Medeni Kanunu*, md. 99, 100.

evlenmeye hukuki bir engel³⁴ evliliği, nişanlanmadan tamamlanmanın ilerisine varıncaya kadar sürecin herhangi bir noktasında durdurabilir veya ayrılığa yol açabilir. Hukuki olmayan engellere gelince³⁵ -yukarıda bahsedilen “ayıplar” gibi- etkileri ile ilgili biraz daha fazla tartışma mevcuttur. İlk olarak, otomatik olarak evliliği durdurmazlar. Onun yerine, eşlerden birine evliliğin butlanını isteme hakkı tanır. Ek olarak, nikahın tamamlanmasından sonra evliliği bitirme seçeneğinin artık var olmadığı yönünde genel bir kabul vardır. Buna karşın, yine de evlilik sürecinin erken dönemlerinde, rücu hakkı bir seçenek olarak daha kabul edilebilir. Aynı şekilde, diğer bir ifade ile hukuki olmayan bir engel evlilik talebinin ilanını durdurabilir ama evliliğin kendini yeni Türk Kanununda durduramaz, İslami uygulamada da hukuki olmayan bir engel başlangıçta işlemler üzerinde sona doğru olduğundan çok daha fazla güce sahiptir. Bu nedenle, boşluk, madde 99’da “hukuki” kelimesinin yokluğu ve madde 100’deki varlığı Cumhuriyet Kanununda ve nüfusun önceki uygulamasına ayak uydurmada gerçek bir anlam ifade eder. Bundan dolayı, madde 99’da hukuki olmayan engel evlenme sürecinin başında etkiye sahipken, madde 100’de hukuki bir engel tek başına daha sonraki süreçlerde etkide bulunur.

Meydana gelebilecek engel türleri ile ilgili olan madde 99’da bulunan yukarıdaki farklılığa ek olarak, başka bir farklılık madde 102’deki “devlet memuru” yerine “belediye başkanı, başkanın vekili, veya ihtiyar heyeti nişanlılara üçüncü bir kişinin evlenme engelini varlığına ilişkin bir itirazda bulunduğunu bildiren bir yapı” olarak geçmiştir. Bu yer değiştirmeye, İsviçre ve Osmanlı Aile Hukuku arasında açık bir uzlaştırma bir kez daha, Cumhuriyetçi Türk Kanununda kesin olarak belirgin hale gelmiştir. Kavramların yapılanması ve birbirleri ile etkileşime geçme şekilleri büyük oranda İsviçre kaynaklıdır. Ancak, kavramları uygulamaya koyan makamlar ve bu makamların kuruluşu belirli inşası -belirli iki cümlede geçen hukuki

³⁴ Hukuki engeller arasında inançsızlık, hastalık, dört eşin zaten varlığı, bir kız kardeşle evlenme, ‘iddet (bekleme süresi)’in ihlali neseple ilgili sorunlar bulunmaktadır. Yusuf *el-Qaradawi, el-Halal va'l-Haram*, 176-84; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid (Hukukçunun Temel Kitabı)*, 36-7.

³⁵ ‘Bir seçime neden olan’ veya ‘seçim hakkı’ olarak ortaya çıkan problemleri ‘hukuki olmayan’ olarak adlandırıyorum - bu, evlenme sözleşmesinin hukuki olarak olsa da, onurlu bir şekilde yerine getirilmediği anlamına gelir; ve bu nedenle tartışılabilir. Bir seçimdeki dört genel neden: kusurlar; çeyiz, nafaka veya kisvesini (kıyafetini) ödeyememe; gıyap; ve evli bir kadın kölenin azat etme. Qadı Khan, *Fatawa*, 235; İbn Rüşd, *Hukukçunun Temel Kitabı*, 58.

olmayan engeller kelimesine karşın “ayıplar” ve hukuki kelimelerinin ikisinin olması fikri- doğrudan Osmanlıdan ödünç alınmıştır.

Boşanma

Boşanma, tabii ki de, duyguları evliliğin butlanından ve hatta evliliğin kendisinden daha çok vurur. Bu nedenle, bu bölümde İsviçre ve Türk Kanunları arasında farklılaşan dokuz hüküm farklı kültürleri ve onları oluşturan şartları oldukça açık bir şekilde vurgulamaktadır. Örneğin, İsviçre ve Türk kanunlarının ikisinde de, boşanmaya sebep olan altı husus; zina, ağır hakaret, namusuna hakaret, terketme, akıl hastalığı ve evlilik temelinin sarsılmasıdır. Bu hususların altısının, ve sadece bu altısının, Türk kanununda görünür olması aslında onu hazırlayanların kurulu hukuki uygulamadan ayrılmaya ne derecede teşebbüs ettiklerinin boyutunu gösterir. Aynı zamanda, yine de, altı maddenin üçünün -zina, ağır hakaret, ve terketme- küçük bir şekilde veya, terk etme durumunda büyük bir şekilde, değiştirildiği, “çevirmenler”in boşanma ile ilgili yeni fikirleri kabul edilmiş bir bağlama yerleştirmek için ne derecede çalışıyor olduklarının boyutunu aynı şekilde pekala gösterir.

Yine, burada, iki kanun arasında farklılaşan, Türk Kanununda çok belirgin bir şekilde Osmanlı uygulamasından kalan boşanmanın üç sebebinden biri olan terk etme ile ilgilidir. İsviçre ve Türk kanunlarını kıyaslamamanın en makul şekli, aslında, çok fazla farklılık var olduğu için, onların kopyasını çıkarmak ve bu farklılıkları bir bir incelemektir. İsviçre Kanunu madde 140:

Kasıtlı bir şekilde terk (*abandon malicieux*) nedeniyle, veya haklı nedenler olmadan bir eş evlilik konutuna dönmüyorsa; her durumda da, terk etme en azından iki yıl sürmesi, ve halen devam etmesi durumunda eşlerden herhangi biri boşanma talep edebilir. Terk edilen eşin isteği üzerine hakim, gerektiğinde alenen, terkedene eşin evlilik konutuna altı ay içinde geri dönmesi çağrısı yapar. Boşanma davası sadece bu sürenin dolmasıyla açılabilir.³⁶

³⁶ ‘Chacun des époux peut demander le divorce pour cause d’abandon malicieux ou lorsque, sans de justes motifs, son conjoint ne réintègre pas le domicile conjugal; a la condition toutefois que l’abandon ait dure au moins deux ans et n’ait pas pris fin. A la requête de l’époux offensé le juge

Türk Kanunu madde 132

Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya muhik (haklı) bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise, diğeri boşanma davasında bulunabilir. Davaya hakkı olan tarafın talebiyle hakim, diğeri tarafa bir ay zarfında evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilan tarikiyle (alenen) yapılır. Şu kadar ki boşanma davasını ikame (ortaya koyma) için muayyen (belirlenen) müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar (uyarı) talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda (meydana gelmesinde) bir ay bitmeden dava ikame olunamaz.³⁷

İki madde arasında en belirgin farklılık oralarda bahsedilen çok farklı zaman aralıklarıdır. Bununla birlikte, daha çok içerikle ilgili başka farklılıklar vardır ve bu nedenle, belirgin olanı tartışmadan önce, daha az net farklılıklardan kısaca söz etmek aydınlatıcı olabilir.

Türk Kanunu, terk etme tanımının içinde terk eden eşin “evlilik vazifelerini uygulama”yı istemiyor olma fikrini bulundurması ile içerikte temelden bir sapma meydana getirir. Bu kavram maddenin İsviçre metninde hiç bulunmamaktadır ve Türk maddesinde bulunması, bu nedenle, evlilik beklentilerinde Türk ve İsviçreli arasında oldukça ilgi çekici bir farka işaret eder. İsviçre Kanununda, açık olmak gerekirse, terk etme sadece aktif bir ayrılma amacı göstererek “kasıtlı” olmak zorundadır. Oysa, Türk kanununda terk etme sadece ayrılma eylemini değil, ayrıca “evlilik görevleri”ni³⁸ -asında, İslami hukuki uygulamada önceden tecrübeli olanlar için oldukça dolu bir kavramdır- tamamlamada başarısızlığı da gösterir. Osmanlı doktrinine göre, gerçekte bu kelimeler şüphesiz “ilişkide bulunmak” anlamında

somme, publiquement s'il est necessaire, l'epoux absent de rentrer au domicile conjugal dans les six mois. L'action ne peut etre intentee qu'apres l'expiration de ce delai.' *Code Civil suisse*, art. 140.

³⁷ “Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise diğeri boşanma davasında bulunabilir. Davaya hakkı olan tarafın talebiyle hakim, diğeri tarafa bir ay zarfında evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilan tarikiyle yapılır. Şu kadar ki boşanma davasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dava ikame olunamaz.”*Türk Medeni Kanunu*, md. 132.

³⁸ ‘vazifeleri ifa etmemek’.

edebi ifade olarak kullanılırdı ve bu nedenle, yeni Cumhuriyetçi Kanunda “vazifeleri ifa etmemek” kavramı eğitilmiş her Türk hukuk uzmanının aklına, (ilişkiyi reddetmek için yapılan) yeminde şart koşulan ilişkiden kaçınma süresinin dört aya varacak şekilde yemin etmeye karşı olan yasağı getirir³⁹. Bu yüzden, model alınan İsviçre maddesine kavramın toptan eklenmesi ve belirtilen sürenin böyle bir şekilde kesilmesi -kısaca ilerde üzerinde durulacak bir konu- evliliğin daha temel sorumluluklarından biri ile ilgili daha az açıkça tanımlanmış İsviçre beklentileri sadece yeni bir dizi kanunlarla Türk toplumuna nakledilemediğini açıkça gösterir. Sonuç olarak, yasa Türk beklentilerine daha düzgün bir biçimde uyması için değiştirilmek zorundaydı, yani sonunda, başka bir melez oluşum meydana getirildi.

Dahası, İsviçre maddesi iki yıl artı altı ay bekleme süresi şart koşarken, Türk madde üç ayın yanında hukuki ihtarı takiben bir ay bekleme süresini “terketme” olarak adlandırılabilen en az süre olarak şart koşar. Doğrusu, zamandaki bu farkın coğrafya veya alt yapı ile alakası yoktur. Değiştirilen tanımla ilgili olarak üç (veya daha kesin olmak gerekirse, dört) aylık süre, aslında, doğrudan İslam hukukundan kaynaklanır. Yanı sıra, boşanma için bir neden olan “terketme” kavramından dört ay sonra boşanma için bir neden olan “evlilik görevlerini yapmama” kavramına doğru cümlelerin bu değişimi, çeviri heyetindeki hukukçuların muhtemel hassasiyetlerini düşününce mükemmel bir anlam ifade eder. İsviçre'nin “terk” başlığı altında, “evlilik görevlerini yapmama” kavramıyla, kabul edilebilir bir nedeni dahil ederek, kurul ikilemi engelledi ve yine uygulanabilir bir İsviçre/Osmanlı melezi Türk hukuki uygulaması oluşturdu⁴⁰.

Boşanma ile ilgili İsviçre ve Türk bölümleri arasındaki son kısım farklılıklar -çok açık bir şekilde İslami ilhamlı olanlardan biri, aslında- Türk

³⁹ Bkz. Kur'an 2:26. Ayrıca bkz. Marghinani, *Hedaya*, 184-5 ve eşlerin eşitliği bağlamında daha genel bir tartışma için bkz. Qadı Khan, *Fatawa*, 301-3.

⁴⁰ Velidedeoğlu, İsviçre ve Türk kanunlarını ele alan makalesinde, terk etme maddesinin dinî düşüncelerle değiştirildiğini neredeyse söyler. Bununla birlikte, “dinî” - “iktisadi ve içtimai”- sözcüklerini Cumhuriyetçi edebi ifadesiyle kullanır ve zaman içerisindeki değişime yer verdiği halde, hiçbir zaman iktisadi ve içtimai düşüncelerin terk edilmenin asıl anlamını nasıl etkileyebileceğini tam olarak açıklamaz. (“Çünkü Türk kanun koyucu, halkının iktisadi içtimai durumunu göz önüne alarak bu iki senelik müddeti çok bulmuş, üç aya indirmiştir.” H.V. Velidedeoğlu, “İsviçre Medeni Kanunu karşısında Türk Medeni Kanunu”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü için* (İstanbul: Kenan Matbaası, 1994), 375.

kanununun 144. maddesi ve İsviçre Kanununun 152. maddesi arasında meydana gelir ve ne tür bir nafakanın boşanmadan sonra verilmesi gerektiği sorusunu oldukça ilgi çekici biçimde farklı tarzda kapsar. Özel olarak, İsviçre maddesi hakimin boşanmadan sonra belirsiz bir süre için, nafakayı iktisadi olarak zarar görmüş ve kusursuz olan eşe verebileceğini belirtir.⁴¹ Buna zıt bir şekilde, Türk kanun maddesi, nafakanın boşanmadan sonra sadece bir yıl devam edebileceğini hüküm altına alır,⁴² ve bu zaman geçtikten sonra karı ve koca iktisadi olarak tamamiyle birbirinden bağımsız olurlar.

Boşanmış eşlerin ekonomik olarak ayrılması kavramının, İslam hukuk uygulamasının oldukça temel bir ayağı olduğu düşünülebilir. Aslında, İslam hukukunda, nafaka kavramı, İsviçre'deki anlamıyla hemen hemen hiç yoktur ve normalde, nafaka, var olduğu sürece ancak şu şekilde tezahür edebilir, bir kadın kocasından boşanma talep ettiği için ona tazminat ödemelidir ve bir kadını evliliğin tamamlanmasından önce boşayan bir erkek ona mehrinin yarısını ödemelidir⁴³. Ayrıca -ve bu İsviçre Kanununda öngörüldüğü gibi bir nafaka fikri ile daha alakalıdır- bir kadın boşanmasından sonra bekleme süresi boyunca bakım ve barınma hakkına sahiptir⁴⁴. Ama bekleme süresi, hatırlanacağı üzere, daima sınırlı bir zamandır ve genelde üç aydan fazla sürmez. Sonuç olarak, İsviçre düzenlemesini Türk Kanununa aktarıırken çeviri heyetince hükmedilen bir yıllık süre -İsviçre ölçülerinde biraz cimri olduğu halde- yeni Medeni Kanunun yürürlüğüne kadar sürdürülmüş uygulamaya göre oldukça cömerttir. Ve yine, önemli bir konu geride kalmaktadır: Mutlaka sınırlı olan bir süre anlayışı tam anlamıyla İslamidir ve evlenmedeki gibi, kurnazca ama etkili bir şekilde, boşanma tablosunu özgün bir Türk/Osmanlı/İsviçreli/İslami kompozisyonuna dönüştürmeye yardım eder.

Özellikle evlenme ve boşanma ile ilgili olan aile hayatına ilişkin yasa hükümleri, ceza ve ticaret hukukuna ilişkin emsalleri bile oldukça aşırı şekilde manipüle edilirken, Osmanlı ve Türk hukuk reformcuları tarafından neredeyse bir asır dokunulmadan bırakıldı. Bilhassa bu kanunların

⁴¹ *Code Civil suisse*, md. 152.

⁴² *Türk Medeni Kanunu*, md. 144. Bu madde 1988'de değiştirildi ve süre kaldırıldı, ancak o zamana kadar 1926 şekli yürürlükte kaldı.

⁴³ İbn Rüşd, *Hukukçunun Temel Kitabı*, 117-18.

⁴⁴ A.g.e. 114.

dönüşümü -takdir edici veya değil- akademisyen ve avukatların dikkatini en fazla çekmesi gerekirken, çekmemesi bu yüzden hiç şaşırtıcı olmamalıdır. Fakat şu da şaşırtıcı olmamalıdır ki, onların “dönüşüm” sürecinde bu yeni hukuki uygulamalar ayrıca önceki uygulama ve düşünce krallığı ile oldukça belirgin olan bağlarını korudu. Aslında, İsviçre Kanununun özel olarak bu kısmında yapılan değişiklikler incelendiğinde, birçok hukuki anlayış oldukça köklü bir şekilde dönüştürüldüğü halde, diğer birçoğunun hep olduğu gibi kaldığı ve sadece kurumsallaştırılmış ve resmileştirilmiş bir çerçeve olarak kabul gördüğü anlaşılabilir. Örneğin, İsviçre emsallerine kıyasla, Türk kanunları aileye, devletle ilişkisinde daha çok özerklik verdi, aile içinde baba ve kocaya çok etki tanıdı ve yerel düzeyde hakimleri yeni oluşturulan toplum yapısının üzerinde daha bağımsız kıldı. Bu itibarla, geriye sadece, neden durumun böyle olması gerektiği sorunun sorulması kalmaktadır.

Olası Bir Analiz

Sonuç olarak, İsviçre ve Türk Kanunları arasındaki farklılıkların aslında var olduğunu ve bilinçli bir şekilde oluşturulmuş olduklarını belirledikten sonra, geriye son bir soru kalmaktadır: Birçok “geri kalmış” ve “ilerici-olmayan” değişiklikler heyet üyelerinin deyimi ile “en mükemmel” medeni kanununun içerisine o zaman neden bilinçli olarak sokulsun? Bu amaç içinde kullanılan her metinde kendilerini alenen uzaklaştırmaya çalıştıkları uygarlığın birçok unsuru neden dahil edilsin? Tabii, ortak akıl bir nüfusu yüzyıllardır bildiği ailevi kurallarından zorla uzaklaştırmanın yeni kuralların hafifletici bir şekilde tekrar yorumlanmasını gerektireceğini belirtebilir. Ancak, ortak akıl bu durumda yeterli bir açıklama değildir çünkü Türkiye Cumhuriyeti kurucuları tarafından tanıtılan devrimsel değişikliklerin büyük bir çoğunluğunu ortak akıldan ziyade diğer faktörlerin belirlediği, oldukça ikna edici bir şekilde tartışılabilir. Ancak, Medeni Kanununun yürürlüğünde, genellikle umursanmayan ortak aklın aslında yeni devletin mimarları için temel bir motivasyon olmuş olduğu gözükür ve bu argümanı destekleyecek metinsel ve bağlamsal ipuçları vardır.

Aslında, yeni Medeni Kanununa önceki uygulamaları tekrar dahil etmenin arkasındaki motivasyonu anlamının en açık yolu Kanun metninin kendisine tekrar dönmek ve modelinden farklılaştığı belirli numuneleri

aramaktır. Bundan dolayı, bu çalışmada çözümlenen 115 hüküm bölüm Cumhuriyetçi Türk Medeni Kanununda belirtildiği şekilde şahsın hukuku, evlenme ve boşanma baplarını bulundurulur. Bu baplar daha sonra şu bölümlere ayrılabilir: 1) gerçek kişiler, şahsi haller sicil kayıtları ve tüzel kişiler; 2) nişanlanma, evlenmeye ehliyet ve maniler, ve evlenme ilanı ve akdi; ve 3) batıl olan evlenmeler, ve boşanma. Bu bölümler bu araştırmanın amacı için yüzeysel olarak oluşturulmamıştır -Kanun kendisi bu şekilde bölünmüş- ve bu nedenle bu çeşitli bölümlerdeki İsviçre ve Türk kanunları arasındaki farklılıkların dağılımı analiz edilince, kanun tasarısını hazırlayanların kaygı ve ilgileri anlaşılır olması gerekir. Diğer bir deyişle, hangi bölümün İsviçre modelinden çok belirgin bir şekilde farklılaştığı not edilince, 1926 heyeti bu modelin hangi bölümünün Türk toplumuna uymayacağını hissettiği ve ayrıca daha genel bir şekilde diğerleri değil de neden bu bölümlerin uygunsuz sayıldığı oldukça açık görülebilir.

Tablo 1'de (bir sonraki sayfaya bakınız) farklılıkların dağılımı görünür, ama tablolar kendi başına oldukça anlamsızdır. Tablonun sekiz bölümü daha büyük bölüm başlıklarına tekrar dağıtıldığında, oldukça çarpıcı bir şablon oluşturur. Örneğin, kişilik üzerine olan kısımda, gerçek ve tüzel kişiliğin *tanımları* İsviçre modelinden (%12 ve %21) çok az bir şekilde farklılaşırken, devletin *eylemleri* kişilikle alakalı olarak oldukça belirgin bir şekilde değişir (%67). Benzer şekilde, evlenme üzerine olan kısımda, nişanlanma ve evlenmeye ehliyet (yine, tanımla ilgili) üzerine olan bölümler çok az değişirken (%17 ve %33) evlenmenin ilanı (uygulama bölümü) hemen hemen tamamen farklıdır (%73). Son olarak, boşanma üzerine olan kısma kıyasla batıl olan evlenmeler bölümü sadece az bir miktar (%18) (muhtemelen tanımsal) değiştirilirken, gerçek boşanma *eylemi* üzerine olan maddelerin neredeyse yarısı (%46) değiştirildi.

BÖLÜM BAŞLIĞI	TOPLAM HÜKÜM	TOPLAM FARKLI HÜKÜM	FARK YÜZDESİ
Gerçek kişiler	34	4 (3 değişik, 1 silinmiş)	12
Kişilerle ilgili Devlet Eylemleri	12	8 (6 değişik, 2 silinmiş)	67
Tüzel kişiler	28	6	21
Nişanlanma	6	1	17

Evlenme ehliyeti	9	3 (2 değişik, 1 silinmiş)	33
Evlenme Töreni	15	11	73
Batıl olan evlenmeler	17	3 (2 değişik, 1 silinmiş)	18
Boşanma	22	10	46
Tablo 1			

Görünen bu dağılımların belirttiği şey, Türk Medeni Kanunu'nun hazırlayıcılarının Türk medeni hayatının –"yapısı" olduğu söylenebilir-soyut, tanımsal kavramlarını oldukça aşırı şekilde değiştirme aynı zamanda nüfusun günlük pratik işleyişine yeni kanun ile birlikte mümkün olduğunca az müdahale etme teşebbüsüdür. Daha özellikli olarak, kişiliğin ne anlama geldiği ve kavramsal olarak, devlet ve bir vatandaş arasındaki ilişkinin ne olması gerektiği ile ilgili her türlü yeni tanımlar ve fikirleri tanıtırken, siyasi anlamda, aynı zamanda, özgün İsviçre Kanununun izin verdiği kadar daha fazla, devlet ve vatandaşları arasında Osmanlı ilhamlı bir ilişkiyi korumak istediler. Benzer şekilde, sosyal olarak da, yıllardır uygulandığı gibi olan evlenme ve boşanma gerçek süreçlerine mümkün olduğunca az karışmak istiyorlardı, ayrıca, eş zamanlı olarak, İsviçre kanunun satırları boyunca ikisinin daha soyut ve daha az pratik açıdan önemli anlayışlarını ve tanımlarını tekrar yapılandırmak istediler. Diğer bir ifade ile, yeni Türk Medeni Kanunu ile, 1926 komisyonu halkın hoşnutsuzluğuna⁴⁵ mümkün olduğunca az sebep olacak ve insanların gerçek hayatlarına mümkün mertebe az müdahale edecek bir metin oluştururken, Türkiye'yi kavramsal ve tanımsal olarak "büyük medeni aile bloğu"⁴⁶ içine yerleştirmeye çalışıyordu. Kanunun belli bölümlerini, ve bu bölümlerdeki farklılıkların insanların hayatını nasıl etkilediğinin -ya da etkilemeyeceğinin- daha yakından incelenmesi, aslında hazırlayıcılarının tam olarak yukarıdaki düşüncelerle çalışıyor olduklarını oldukça ikna edici bir biçimde gösterir.

Şu ana kadar, soyut ve gerçek uygulamalardaki değişiklikler arasında

⁴⁵ Bu halk hoşnutsuzluğunun bir mesele olduğu, 1925'te yasadışı bir şekilde düzenlenmiş töreni yapmaktan hapis cezası olan İmam Zeynel vakasında köyünün, ileri yaş ve halsizlikten, serbest bırakılması için Türk hükümetine dilekçe vermesinden sonra cezasının hafifletilmesinde görülebilir. Cumhuriyet Arşivi: Dosya 31/83.

⁴⁶ Mahmut Esat'ın (17.02.1926) Türk Medeni Kanunu'nun kabulü için yaptığı gerekçelendirmede yaptığı şekilde tanımlanmıştır. *TBMM Zabıt Ceridesi*, Sayı 21-22, 229-34.

en belirgin fark, kişiler hukuku bölümünde meydana geldi. Yine, İsviçre kişiler hukuku tanımının %12'si haricinde tamamını kelimesi kelimesine çevirirken, Türk Medeni Kanununun hazırlayıcıları kavramın pratik işleyişi ile ilgili İsviçre maddelerinin %67'sini değiştirdiler. Açıkçası tanımı ve gerçekliği bu kadar farklı ele almanın genel amacı insanların günlük yaptığı faaliyetlerin tanınırlığını koruyarak, aynı zamanda tanımı -devletin ideolojisini- yeni ve tanıdık olmayan bir şeye dönüştürmekti. Bununla birlikte, soru, ikinci bölümde değiştirilen belli hükümlere bakıldığında, aynı motivasyonların çıkarılıp çıkarılmayacağıdır. Diğer bir deyişle, kişiliğin işleyişi ile ilgili bölümde değiştirilen hükümler 1926 komisyonunun insanların günlük faaliyetlerini kendi başına -tam Osmanlı döneminde oldukları gibi dokunulmamış olarak- bırakma arzusuna mı işaret ediyor? Daha yakın bir incelemeyle öyle yaptıkları anlaşılıyor. Gerçekten de, 1924 ve 1926 arasında değiştirilen sekiz hükümden dördü, İsviçre Kanununun ötesine geçerek yerel yönetimin gücünü şeffaf bir şekilde artırır.⁴⁷ Bunlardan bir tanesi resmî ve dinî otorite arasındaki ayrımı bulanıklaştırıyor,⁴⁸ bir tanesi resmî hiyerarşinin alt (yerel) kesimlerini yukarılardan ayırıyor⁴⁹ ve sonuncusu devletin bir ailenin ev hayatına olan müdahale kabiliyetinin bir kısmını kaldırıyor ve gücün çoğunluğu tekrar babanın eline tekrar dönüyor.⁵⁰ Çeviri heyetinin 1924 ve 1926 tarihleri arasında yerel ve dinî otoritelerin duyarlılıklarını rencide etmek ile ilgili endişelenmiş olduğu tabii ki anlaşılabilir bir endişedir.

Benzer şekilde, evlenme ehliyeti ve nişanlanma bölümlerine bakınca,

⁴⁷ *Türk Medeni Kanunu*, md. 35, 42. *Code Civil suisse*, md. 43, 44. Türk Kanununun 35. maddesine, merkezi kamu makamına, yerel makamın yaptığı hataları düzeltme hakkı veren İsviçre Kanununun bazı hükümleri eklenemedi. Türk Kanununun 42. maddesinde, merkezi makam yerine ölümleri kaydeden yerel makam vardır. Ve hiç bir zaman Türkçeye girmemiş İsviçre Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri, devletin kişisel durum sicillerini tutan yerel bürolarının izlenmesini ve merkezi otoritenin emirlerini yerine getirmeyen yerel memurlara verilen cezaları ilgilendirmektedir.

⁴⁸ *Türk Medeni Kanunu*, md. 36. İsviçre Kanunu'nun özdeş maddesinde 'laik' kelimesi silinmiştir.

⁴⁹ A.g.e. md. 37. Maddenin İsviçre versiyonu devletin üst seviyelerindekilerin kendileri tarafından atanmış kişilerin neden olduğu zarardan sorumlu olduklarını belirtirken, Türk Kanunu üst seviyedekilerin sorumlu olabilmesi için alt seviyedekilerin doğrudan emirleri altında olmaları gerektiğini düzenler.

⁵⁰ A.g.e. md. 40. Doğum sadece bir memur tarafından düzenlenmek yerine, Türk Kanununda doğum kaydı baba tarafından yapılmalıdır. Sekizinci bir farkın varlığı da eklenmelidir, ancak bu konunun dışında, daha çok alt yapı ile ilgili vardır.

hükümlerin sadece %17 ve %33'ü İsviçre ve Türk Kanunu arasında farklılık göstermektedir. Oysa, evlenme töreni ile ilgili bölümde, hükümlerin %73 kadarı İsviçre Kanunu ile farklılık içerir. Bu yüzden, yine soru, bu özel uyumsuzlukların aslında çeviri heyetinin medeni hayatın günlük işleyişini tamamen kendi başına bırakırken, aynı zamanda bu günlük işleyişin soyut yapısını köklü biçimde değiştirmeyi istemesi yönünde bir işaret gösterip göstermediğidir. Öyle görünüyor ki, bir kez daha böyle oldu. Evlenmenin duyurulmasına (ilanı) ilişkin ilk bent içinde, gerçekten, tanıdık uygulamaları mümkün olan en yüksek ölçüde korumaya çalışırken, yeni tanıtılan tanımlara hâlâ büyük bir saygı gösterilmeye çalışılıyor. Bu maddelerdeki birçok genel metin esnekliği⁵¹ konusuna ek olarak, örneğin Türk Kanununda nişanlıların beyanlarında ne tür -merkezi ve yerel- bir görevlinin onlara yardım edeceği konusunda ayrıca çok fazla sayıda seçenek var, ve aslında yerel olan, genelde merkezi olan yerine önerilir.⁵² Bununla birlikte, yine, bu maddelerin metnindeki birçok kavramın gevşetilmesinin aksine, evlenme süreçlerinin beyanına ilişkin zaman sınırları aslında -Hanefi uygulamasını izleyerek-⁵³ İsviçre Kanununda olduklarından çok daha katıdır: (Bunun nedeni) bilinmeyen fikirler arasında manevra alanı yaratmanın herkesçe memnuniyetle karşılanabileceği, oysa önceki uygulamada benzer açık boşlukları oluşturma, kimsede olmazsa da, en azından sadece yerleşik hukuki makamlarının kaşlarını kolaylıkla çattıracağı muhtemel varsayımdır. Açıkçası, bu nedenle, İsviçre Kanunu'nun evlenme ehliyetiyle ilgili tanımları bozulmadan kalırken, ilan sürecinin kendisi büyük ölçüde değiştirildi-ancak, sadece insanların kendilerinin aile hukukunun olmasını beklediği şeyi uyacak şekilde değiştirildi.

Son olarak, evlilik törenine ilişkin hükümlerde aynı örüntü ortaya çıkıyor. Yine, İsviçre Kanunu ile karşılaştırıldığında, evliliği gerçekleştirecek görevlilerin yanı sıra ilanın yapılabileceği yerler, merkez yerine açık veya örtülü surette yerel olarak bırakılıyor.⁵⁴ İfadedeki belirsizlik, aslında, hükümlerin, bir çiftin istedikleri herhangi bir şekilde (elbette kayıt yaptırılmaları kaydıyla

⁵¹ Örneğin, İsviçre Kanununda 'hukuki bir engel' ile Türk Kanununda 'engel' arasındaki fark. Md. 99, *Türk Medeni Kanunu*.

⁵² Özellikle bkz. md. 97, *Türk Medeni Kanunu*.

⁵³ A.g.e. md. 98.

⁵⁴ Örneğin, md. 105-109, *Türk Medeni Kanunu*.

Osmanlı şekliyle) evlenebilmeleri konusunda neredeyse hiçbir sınırlama getirmediği bir noktaya ulaşmaktadır. Aslında, kanunun sözcük seçimi dikkatli şekilde yapılmış bu bölümünü okuduktan sonra kalan his, bireyin hayatını üzerinde anlam taşımayan veya onu etkilemeyen tanımsal hukuki hükümler derlemesi olduğudur.

Tabii ki, özellikle boşanma eylemi İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte devrim niteliğindeki en büyük değişikliği geçirdi ve tanımı açısından bunun kuşkusuz gerçekleştiği söyleniyor. Bununla birlikte, prosedür açısından, işler -şu ana kadar olduğu gibi- biraz sorunlu olmaya devam ediyor. Gerçekten de, eğer biri "boşanma"nın eşdeğeri olarak "butlanı" kullanıyorsa -diğer deyişle "batıl" bir evliliğin hukuki veya tanımlayıcı bir kuvveti olmayan bir evlilik olması- ve biri boşanma eylemini onun ilgili bölümüyle karşılaştırdığında - bir evliliğin aktif ve pratik olarak sona ermesi olan "boşanma"- aslında açık bir şekilde görülebilir ki, soyutlanmış tanımlayıcı bölüm Osmanlı'dan İsviçre pratiğine nispeten daha sert bir geçiş yaptı (İsviçre'den %18 farklı), usule ilişkin bölüm, önceki zamandan geride kalanları, yapılan değişikliklere kıyasla (İsviçre'den %46 farklı) neredeyse daha fazla tuttu. Nitekim, yeni İsviçre kavramlarının Türk toplumuna getirildiği tam olarak aynı anda, boşanma prosedürleri ve iptal eylemleri, "boşanma durumunda olduğu gibi kurallara" uymak için açıkça anlatılıyordu.⁵⁵

Nitekim, usule ilişkin bu bölümde İsviçre modelinden farklı on maddeden, beşi açıkça İslami ilkelere uygun olarak taşınmıştır. Bunlar; zina, terk, kötü muamele ve nafaka gibi konuları işleyen maddeleri içerir.⁵⁶ Bununla birlikte yukarıda bahsedilen beş maddeye ek olarak, diğer dördü daha az spesifik emsalleri ifade eder, ancak aynı zamanda önceki günlük uygulamayı koruma girişiminin açıkça bir sonucudur. Aslında, temelde daha az kategorik olan ayrılık kavramıyla ilgili olan bu dört hüküm, boşanma prosedürünü kabul edilen kullanımın ne olacağı ile örtüşmesi için daha genel bir biçimde açıkça değiştirmektedir.⁵⁷ Son madde biraz daha zor, ancak, hakimin genel olarak boşanma prosedüründeki konumunu açık bir boşluk

⁵⁵ A.g.e. md. 128.

⁵⁶ A.g.e. md. 129, 130, 132, 142, ve 144.

⁵⁷ A.g.e. md. 135, 138, 139, 140.

ile anlamsal olarak pekiştiriyor.⁵⁸ Bu nedenle boşanmayla ilgili bu bölümde, kavramın tanımlayıcı yapısında yapılan sert değişikliklere rağmen, spesifik yerel işleyişinin (ilk beş maddede olduğu gibi) açıkça önceden olduğu gibi aynı veya dolaylı olarak (son fıkra ile gösterilen hafif açık boşlukta olduğu gibi) eşit şekilde kaldığı ortaya çıkmaktadır.

Türk Medeni Kanununun bu üç bap içerisinde görülen farklılık kalıpları, Türk nüfusunun günlük faaliyetlerine yine de mümkün olduğunca az müdahale etmek için Kanun taslağı hazırlayıcılarının isteğine açıkça işaret etmektedir. Nitekim, çeviri heyeti kişiliğin tanımı, evlenme ehliyeti, ve batıl olan evlenmelerle ilgili İsviçre maddelerini neredeyse tamamen benimseyerek, Türk medeni yaşamının tanımlayıcı yapısını hemen hemen söküp yeniden inşa ederken, aynı zamanda pratiğe ilişkin maddelerin Osmanlı ve İslami versiyonlarını eş zamanlı olarak tanıtmakla mümkün olduğu kadar az toplumsal hoşnutsuzluğa neden olmak için gösterilen bariz bir çaba ortaya koymuştu. Elbette, medeni hayatın temel kavramlarının tanımlarını önemli ölçüde değiştirerek, 1926 Kanun taslağı hazırlayıcılarının yaşamın genel resmini aşırı derecede değiştirdiğini de vurgulamak gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun çıkmasıyla, başka bir deyişle, Türk toplumunun, bir bütün olarak, Osmanlı İmparatorluğu hakimiyetinde olduğu durumu sona ermiştir. Bununla birlikte, aynı zamanda, o toplumun günlük süreçleri ve prosedürleri, nüfusun yaşadığı hayat, aynı Kanun sayesinde -boşluklar ve esnek ifadelerle, vurgudaki değişimler ve otoritedeki değişimler nedeniyle neredeyse aynı kaldı.

Sonuç

Türk beşinci sınıf öğrencisi sosyal bilimler ders kitabına bir kez daha bakacak olsaydı, Avrupa şapkasını takan Atatürk resimlerini ve Latin alfabesini öğrenen yirmili ve otuzlu yıllardaki çocukların okul fotoğraflarını içeren bir fotoğrafolmasına rağmen, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun varlığına ve Avrupai doğasına dikkat çekenlerden başka, içinden ve kendisine çok az sayıda özel referans içeren hiç bir cümle bulamadığını söyleyebiliriz. Beşinci sınıf öğrencilerinin, şüphesiz, kendi hukuki kurallarının derinlemesine

⁵⁸ A.g.e. md. 150.

analizinden başka yapacak daha iyi şeyleri vardır. Bununla birlikte, aynı zamanda, Medeni Kanun'un ele alındığı çevre tarzı, bazı sorular sormaya yol açmaktadır. Çeviri heyetinin toplantılarından kalan hiçbir not olmamasına rağmen, örneğin, görevlerini tamamladıklarında onları neyin güdülediği konusunda bazı spekülâtif düşünceler çıkartılabilir mi? Ve daha da önemlisi, Kemalist Devrim'in geniş kapsamlı atmosferi içinde Cumhurbaşkanı'nın en yakın hukuk danışmanlarından yirmi altısının, siyasetçilerin kamuoyundaki açıklamalarında günlük olarak kötülendiği aynı uygulamaları ve inançları korumaya niyetli olduklarını iddia edebilir miyiz?

Türk Medeni Kanunu'nun metnine dayanarak, İsviçre modelinde değişikliklerin yapıldığı reddedilemez vakıasına binaen, bu değişikliklerin bilinçli olarak yapıldığı hususundaki reddedilemez vakıaya da istinat ederek, muazzam ve ezici bir tesadüf eseri olan bu değişikliklere önceki İslami idealerin kaynaklık ettiği görülmektedir. Aslında, İsviçre ile Türk Kanunu arasındaki farkları incelemiş ve bu farklılıkların kökenlerini analiz etmiş olmakla birlikte, Kanun içindeki örüntülerin heyet üyeleri bakımından böyle açık bir motivasyona işaret etmesi şaşırtıcı değildir, toplumu bir bütün olarak değiştirme arzusuyla eşit derecede güçlü olan yasanın pratik işleyişini eskisi gibi bırakma arzusu. Bu tür motivasyonları olmayan insanlar, unutmamak gerekir ki bu insanlar İslam hukuku düzeni içinde olgunlaşmış ve çalışmışlardı, açıkça İslam hukuku öncülleri -ister bariz ister örtülü- içeren bir kanunu nasıl oluşturabilirdi?

Türk Medeni Kanunu'nun tamamen "İslami" olduğu söylenemez. Gerçekten de, bu çalışmada incelenen 115 hükmün %35'nin İsviçre modellerinden farklı olması durumunda, bunların %65'inin doğrudan, İsviçre Medeni Kanunu'nun kelimesi kelimesine tercümesi olduğu bir kez daha belirtilmelidir. Bu gerçek, kendi başına büyük bir -devrimci- değişime işaret eder. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu şu anda yetmiş yıldan beri yürürlükte ve bu süre zarfında neredeyse istisnasız olarak %65 değil, %100 İsviçre kanunu olarak tanıtılmıştır. Bu nedenle, artık Türk Medeni Kanunu'nu açıkça tezahür eden bir uzlaşma olarak incelemenin ve belki de ona bir kanun olarak bakmanın zamanı gelmiştir. Diğer bir deyişle, Türkiye'nin Medeni Kanunu bir medeni kanundur devlet ideolojisinin bir dayanağı olamaz. Aslında, bu konuda İsviçre Medeni Kanunu'ndan daha fazlası değildir. İsviçre Kanunu, gerçekten de, 1907'deki ısdarından bu yana

kapsamlı dönüşümler geçirdi. Babların bütünlüğü kayboldu ve değiştirildi ve üslup değişiklikleri, kalan tüm bu hükümlerin anlamlarını kökten değiştirdi. Başka bir deyişle, İsviçre 1907 İsviçre Medeni Kanunu'nu kullanmamaktadır. Neden Türkiye kullanıyor olsun?