

TÜRK MEDENÎ HUKUKU'NUN GELİŞİM ÇİZGİSİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKUN ROLÜ

*The Evolutionary Trend of Turkish Civil Law and the Role of
Comparative Law*

*Prof. Dr. Arzu OĞUZ**

Giriş

Türk Medenî Hukukunda aşağı yukarı bir yüzyıl önce, dinsel islâmî hukuktan, lâik, batı hukukuna geçiş olgusu, karşılaştırmalı hukuk açısından özel bir önem taşımaktadır. Türk hukukundaki bu durum, özellikle son zamanlarda Avrupa'da özel hukukun birleştirilmesinin gündemde olması nedeniyle daha da dikkat çekici olmaktadır. Türk hukukundaki bu geçiş süreci sonucunda Türk Medenî Hukuku'nda çağdaş Avrupalı bir iktibas süreci başlamış, ancak bu süreç, hem teoride hem uygulamada karşılaştırmalı metodla ilgi kurulmasına neden olmuş ve yabancı bir hukukun iktibasında ortaya çıkabilecek sorunlara önemli bir örnek oluşturmuştur¹.

Türkiye'de 1920'li yılların sonunda tamamen yeni ve Avrupalı bir Medenî Kanun kabul edildiğinde, İtalya, İspanya, Yunanistan, Portekiz gibi pek çok Avrupa ülkesinde henüz bir medenî kanun yoktu. Türkiye'deki bu radikal değişim, yakın Avrupa tarihinde tek örnektir. Türk kanun koyucusu,

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

¹ Jonas, J.G.: Ein zeitgenössischer Rezeptionsprozess am Beispiel des türkischen Zivilrechts, JuS (4) 1987 266.

Türk hayat ilişkilerini radikal bir biçimde modernleştirme amacıyla, yüzyıllardır süregelen İslâmî gelenekleri bir anda bir yana bırakmış ve tamamen başka bir sosyal, dinsel ve ekonomik yapıya sahip bir toplumun gereksinmelerine göre hazırlanmış bir “Medenî Kanun”u yürürlüğe sokmuştur. Türk Medenî Hukukunun bu şekilde yenilenmesi, dinsel, teokratik bir hukuktan, lâik bir hukuka geçişin çok önemli bir örneğidir. Bilindiği gibi, klâsik İslâm hukukunda dünyevî güce sahip olan kişi, ancak, Tanrısal hukukun hizmetinde olabilir, bu hukuku yorumlayabilir, hukuk yaratma konusundaki yetkisi son derece sınırlıdır². Oysa Türkiye Cumhuriyeti’nde siyasî güce sahip olan kimseler, devrim niteliğinde, insanlar tarafından yaratılan bir hukuk anlayışına uygun olarak iktibası tercih etmişlerdir. Bu yeni kanunlaştırma toplumun her kesimi tarafından olumlu karşılanmamıştır. Özellikle aile hukukundaki farklar bile vurgulandığında, İslâm hukuku ile Avrupa’da geçerli dünyevî hukuk arasındaki fark anlaşılabilir. Bu değişimin hızı da dikkati çeken başka bir noktadır. Bir hukuk sisteminin değiştirilerek, yerine başka bir hukuk sisteminin geçirilmesi, genellikle çok uzun zaman alan bir süreçtir ve sadece dış bir etki, bir sömürge ilişkisi, hızlı bir iktibası mümkün kılar. Örneğin, Fransız Medenî Kanunu (*Code Civil*)’nun kuzey Afrika ülkelerindeki etkisi, Fransa’nın bu ülkelere bir zamanlar sömürge olarak sahip olmasından kaynaklanmaktadır³. Oysa Türkiye’de böyle bir durum söz konusu değildi. Gerçi ülke Lozan Barış Andlaşmasında, yeni bir Medenî Kanun yapmayı üstlenmişti. Ancak Medenî Hukuk’un modernleştirilmesi, Türk kanun koyucusunun bilinçli olarak verdiği kararlarla başlamıştır. İşte bu nedenle de bu modernleşme, son derece hızlı ve hemen hemen ihtilâfsız gerçekleştirilebilmiştir.

§ 1 İslâm Hukukundan Modern Hukuka

I. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde Hukukun Modernleştirilmesi Çabaları

Birinci Dünya Savaşı’na kadar eski Osmanlı İmparatorluğu’nun topraklarında İslâm hukuku geçerli idi. Bazı yazarlar bu dönemi 12. yüzyıldan, Anadolu Selçuklu İmparatorluğu’ndan başlatmaktadırlar. Bu dönemde Hanefî İslâm hukuku yürürlükteydi. Hanefî İslâm hukukunun yanı sıra, özel hukukun ve özellikle kamu hukukunun bazı ilişkileri bir yandan örf ve âdetlerle, diğer yandan, Sultanın emri ile kanun gücünü kazanan “Kanunname”ler ile düzenlenmekteydi. Kanunnameler, anayasa, idare,

² David, R./Grasmann, G.: Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart, München und Berlin 1966, 471 vd.

³ Pritsch, E.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 59 (1957) 127.

askerî teşkilât, toprak politikası ve bazı cezaî ve malî konulara ilişkindi. Bu kurallar bazen şeriat kurallarına aykırı düşmekteydi. Bu nedenle, bu kuralları, şeriat kuralları ile bağdaştırabilmek için, daha önceki kararları dikkate alan bilimsel bir yorum metodu geliştirilmesi gerekmiştir. Ayrıca, sürekli gelişme gösteren, dinî ve etnik azınlıkların hukuklarına saygılı bir İmparatorluğun özel şartlarının özgün olarak yarattığı millî örf ve âdetlere dayanan hukukun yaşatılması gerekiyordu. Bu durum, o dönemde uygulanan hukukun bir yandan, şeriata, diğer yandan örf ve âdete dayanan ikili bir sistem görünümünde olmasına yol açmıştır⁴. Bu çerçevede Hristiyan ve Yahudi azınlıklara kendi aralarındaki hukukî ihtilâfları kendi aralarında çözme yetkisi verilmişti. Yabancılar arasındaki hukukî ihtilâflar ise, konsolosluklarda kurulan özel mahkemelerde çözülmekteydi⁵. Sonuçta, Medenî Kanun'un kabulünden önce Türkiye'de İslâm, Hristiyan ve Yahudi hukuku olmak üzere üç tür dinsel hukuk yürürlükteydi. Bunlardan İslâm hukuku, Şeriat ve Nizamiye Mahkemeleri, Hristiyan hukuku Klise, Yahudi hukuku ise Sinagoglar tarafından uygulanmaktaydı. Sadece bir tür borçlar hukuku kitabı olan "*Mecelle*"⁶, ve taşınmazlara ilişkin bir kanun, dinsel farklılıklar gözetilmeksizin bütün tebaalara, *Nizamiye* Mahkemeleri tarafından uygulanmaktaydı. Salt İslâm hukuk olarak adlandırılan bu dönem 3 Ekim 1839 tarihine kadar devam etti.

Bu dönemde karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına rastlanmamaktadır. İslâm hukuku tanrısal karakteri nedeniyle bütün dünyada geçerlilik iddiası taşımaktadır ve ilke olarak ulusal bir hukukun varlığını kabul etmez. Bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için, sadece farklı değil, birbirine benzeyen veya aynı olan ulusal hukukların varlığı gerekli olduğu için, İslâm hukuku bilginlerince ulusal hukukların karşılaştırılmasını konu alan herhangi bir karşılaştırma yapılması gerekli görülmemiştir. Bu dönemde sadece, bir yandan Kuran yorumunda dört mezhebin doktrini arasında, diğer yandan da aslında şeriata uygun olması gerekirken çoğu zaman aykırı olan Padişah emirnamelerinde veya örf ve âdetten doğan lâik nitelikteki hukuk kuralları arasında bir karşılaştırma yapılmaktaydı⁷.

⁴ Kubalı, H.N.: XIX.cü Yüzyılın Sonlarından İtibaren, Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü, MHAD (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi) (10) 1973, 4 vd.

⁵ Hirsch, E.: Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht, Fünzig Jahre türkisches Zivilgesetzbuch, ZSchwR, 1976, 227.

⁶ Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. yüzyılda hukukun reforma tâbi tutulması gereksinimi ortaya çıktığında, sadece Şeriat hukukunda yetersiz kabul edilen alanlarda, Avrupalı örneklerine uygun olarak kanunlar çıkarılmasına karar verilmişti. Ancak sadece Şeriat hukukunun bir kısmının kodifiye edilmesi söz konusu olabildi. Bu kodifikasyon "*Mecelle*" adını almıştır. *Mecelle*, 1869-1876 yılları arasında bölüm bölüm çıkarılmıştır. *Mecelle*, 16 kitaptır ve 1851 maddeye sahiptir. *Mecelle*'de, hukukun genel ilkelerine ilişkin bir girişten sonra, satım, kira, kefalet, havale, rehin, bağış, zilyetlik, haksız iktisap, hacir, manevî cebir, ön alım, şirket, vekâlet, sulh ve ifayı kabul etme, ikrar, dava, deliller ve karar konuları batı hukuku sistematikğine uymayan bir sıra ile düzenlenmiştir.

⁷ Kubalı, MHAD 10 (1973) 16.

Sultan Abdülmecid'in 3 Ekim 1839 (*Gülhane Hattı Humayunu*)'da başlattığı reform ile hukuk alanında da reform çalışmalarına başlandı. Cumhuriyet'in ilânına kadar devam eden bu reform dönemi İslâm-Batı hukuku dönemi olarak adlandırılmaktadır. Aslında 18. yüzyılın son dönemlerinde Osmanlı İmparatorluğu'nun her alanda batı etkisine açılması, Tanzimat ile yeni bir dönemin başlamasına neden olmuştur. Bu dönemin karakteristiğini, İmparatorluğu çöküşten kurtarmak için, modern anlamda bir hukuk devleti kurmak, ülkenin ilerlemesini sağlamak ve hukukî kurumları lâikleştirme ve dolayısıyla batılılaştırma çabaları oluşturmaktadır⁸ Bu dönemdeki reform çalışmalarının iki akımın etkisinde kaldığını görüyoruz: Adalet Bakanı *Cevdet Paşa* tarafından savunulan daha tutucu bir akım, İslâm hukukunu ayakta tutmak, yürürlükteki hukuku ayrıntılarda değiştirmek ve yenilemek suretiyle modern zamanların gereksinimlerine uygun hale getirmek düşüncesini savunmaktaydı. Bu görüş mensupları, geleneklerle modernleşmenin bir arada yürümesi gerektiğine inanıyorlardı. Bu akımın etkisi altında iki kanun yürürlüğe girdi: 1858 tarihli *Arazî Kanunnamesi* ve 1869 tarihli *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*⁹.

Özellikle büyük vezir *Ali Paşa* (1814-1871) tarafından savunulan akım ise, batı hukukunun tamamen iktibas edilmesinden yanaydı. *Ali Paşa* özellikle Fransız Medenî Kanunu'nun tamamen iktibas edilmesini savunuyordu. Bununla birlikte *Ali Paşa* da, İslâm hukukunun, özellikle aile hukuku gibi alanlarda geçerli olmaya devam etmesi gerektiğine inanıyordu¹⁰. Bu radikal akım giderek güçlenmiş, ancak, 1839 Tanzimat Fermanı ile ilân edilip, 1859 Islahat Fermanı ile onaylanarak, dinî azınlıklara da yayılan eşitlik ilkesine göre, Osmanlı tebaası arasında din ve ırk ayırımı olmaksızın yürürlüğe konulan hukukî düzenlemelerden başka alanlarda etkili olamamıştır. *Ali Paşa*'nın etkisi altında kısmen batılı kanunların kelimesi kelimesi tercümesi olan birçok kanun yürürlüğe kondu: 1858 tarihli Ceza Kararnamesi, 1859 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kararnamesi, 1880 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu, 1881 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu. Bu akımın etkisi ile dahi hukukun tamamen iktibası veya değiştirilmesi gündeme gelmediği gibi, bu kanunlaştırmaların nedenleri Avrupa'daki kanunlaştırmalardan farklıdır. Avrupa'daki kanunlaştırmalar genellikle tabii hukuk doktrininin etkisi altında yapılırken (1794 tarihli Prusya Medenî Kanunu, 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu, 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu), Osmanlı İmparatorluğu'ndaki kanunlaştırmalara daha çok, düzen, kanun önünde

⁸ Kubalı, MHAD (10) 1973, 6.

⁹ Bkz. Mardin, E.: *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 1945; Özsunay, E.: *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul 1976, 93; Kubalı, MHAD 10 (1973) 6 vd.; s. auch Schnitzer, A.: *Vergleichende Rechtslehre* I, 2. Auflage, Basel 1961, 350.

¹⁰ Kubalı, MHAD (10) 1973, 7.

eşitlik, hukukî güven gereksinimi ile sosyal, ekonomik ve siyasî koşulların baskısı altında duyulan modernleşme gereksinimi etken olmuştur¹¹.

Bu dönemde hem hukuk ikiliği hem de batı hukukunun iktibas edilmesi, iktibas edilen yeni kanunların uygulanmasının sağlanması amacıyla alınması gereken önlemler, yabancı hukukların incelenmesini gerekli kılmıştır. Yeni kanunların uygulanmasını sağlamak için öncelikle bu kanunları uygulayabilecek bir hukukçu kadrosunun yetiştirilmesi gerekiyordu. Bunun için Adliye Vekâleti'nde açılan “mevzuat kursları”nın yeterli olmadığı görülünce, asıl yapılması gerekenin, İmparatorluğun idarî, hukukî, siyasî bünyesinin giderek lâikleştirilmesi ve batılılaştırılması için kültür seferberliği ilân etmek, bir öğretim reformu gerçekleştirmek olduğu anlaşıldı. 1844 yılından itibaren batılı niteliklere sahip bir üniversite kurma yolunda girişimler başladı. Özellikle 1870 yılında bir kararname ile kurulan yeni üniversitenin bölümleri, felsefe ve edebiyat, tabii bilimler, matematik ve hukuktu. Hukuk programında İslâm hukuku yanında, medenî usul hukuku, kara ve deniz ticareti hukuku, ceza ve ceza usul hukuku, idare hukuku, uluslararası kamu hukuku gibi yeni kanunlara ve Avrupa kökenli hukuk alanlarına ilişkin dersler yer alıyordu. 1874'de daha yüksek bir düzeyde ve liberal bir ortamda öğrenim vereceğine inanılarak, 1868'de kurulan Galatasaray Sultanisi'ne üç yüksek sınıf eklendi ve öğretime burada devam edildi. Burada lisans ve doktora derslerinin bir kısmı yabancı profesörler tarafından, Fransızca olarak veriliyordu. Bu dersler arasında, Roma hukuku, ticaret hukuku, anayasa hukuku, hukuka giriş ve iktisat vardı. 1881 yılında hukuk öğretimi, Adliye Vekâleti'ne bağlı olarak kurulan “Mekteb-i Hukuk”a bırakıldı¹². Bu okulun sınıfları beş yıl sonra dörde çıkarılmış ve öğretim programına Roma Hukukunun Özeti (*Hülâsa-i Hukuk-u Roma*), Ticaret Kanunlarının Karşılaştırılması (*Mukayese-i Kavanin-i Ticaret*) ve Fransız Kanunları dersleri eklenmiştir¹³. 1 Ağustos 1899 (1316) tarihli bir “nizamname” ile Mekteb-i Hukuk'un, Darülfunun'un Hukuk Şubesi'ne dönüştürüldüğü ve 1903 yılında öğretim programına “Mukayeseli Mevzuat Dersleri” adı verilen karşılaştırmalı derslerin konulduğu görülmektedir¹⁴. O tarihte ilk ve tek karşılaştırmalı hukuk kurumu olan “*Société de législation comparée* (Karşılaştırmalı Mevzuat Derneği)” nin adı ile bu derse ilham kaynağı olduğunu düşünmek mümkündür¹⁵.

1910 yılındaki reformdan sonra hukuk öğretiminde daha bilimsel bir karşılaştırma metodunun uygulanmaya başlanmış, biri adlî, diğeri de siyasî ve iktisadî olmak üzere iki bölümlü bir doktora sınıfı meydana getirilmiştir. Doktora sınıfının adlî bölümünde, karşılaştırmalı ticaret hukuku (*mukayese-i hukuk-i ticaret*), karşılaştırmalı ceza hukuku (*mukayese-i hukuk-i ceza*),

¹¹ Kubalı, MHAD (10) 1973, 7.

¹² Kubalı, MHAD 10 (1973) 15.

¹³ Özsunay (1976) 95.

¹⁴ Özsunay (1976) 95; Kubalı, MHAD 10 (1973) 17.

¹⁵ Kubalı, MHAD 10 (1973) 17.

medenî kanunların karşılaştırılması (*mukayese-i kavanini medeniye*) ve Roma hukuku derslerinin okutulduğu, siyasî ve iktisadî bölümde ise karşılaştırmalı anayasa hukuku (*mukayese-i hukuk-u esasiye*) dersinin bulunduğu görülmektedir¹⁶. 1913 yılında hukuk felsefesi ve medenî kanunların karşılaştırılması dersleri birleştirilmiştir. 1914 yılında “medenî kanunların karşılaştırılması dersini” vermekte olan *Prof. Mişon Ventura*, Türkiye’de ilk karşılaştırmalı hukuk eseri sayılabilecek “Mukayese-i Kavanin-i Medeniye” (Dersaadet, 1330) adlı kitabını yayımlamıştır¹⁷. *Ventura*, bu eserinde Mecelle’yi doktrin, pozitif hukuk ve uygulama açılarından Fransız ve Alman Medenî Kanunları ile karşılaştırmış, ancak, karşılaştırmalı hukuku, hukukun bağımsız bir dalı olarak değil, yasama ve yargı alanlarında gördüğü işlevlerden ötürü, Türk hukukunun geliştirilmesinde yararlı olacak bir araştırma metodu olarak görmüştür¹⁸.

1917 yılında hukuk öğretiminde reformun hemen sonrasında müfredat programına “Mukayeseli Medenî Mevzuat” derslerinin yanında “Avrupa Medenî Hukuku” dersinin konulduğu ve bu dersin öğretiminin Alman profesör *Erich Nord*’a verildiği görülmektedir¹⁹.

1924 yılında Mukayeseli Medenî Mevzuat ve Avrupa Medenî Hukuku derslerinin birleştirilerek, öğretimi konusunda ilk kez bir Türk Profesör *Samim Gönensay* (1884-1963) görevlendirilmiştir.

II. İsviçre Medenî Kanunu’nun İktibas

1. İktibasın Aşamaları ve İsviçre Medenî Kanunu’nun İktibasının Nedenleri

Hukuktaki bölünmüşlük Birinci Dünya Savaşı’nın galipleri tarafından gündeme alındı ve Lozan Barış Andlaşması’nın konusu yapıldı. Yeni Türkiye Cumhuriyeti Osmanlı İmparatorluğu’nun fiilen ortadan kaldırılmasını teyid eden 24.7.1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması ile devletler hukukuna uygun bir biçimde hukuk ve mahkeme teşkilâtını yeniden organize etmeyi üstlendi. Bu yükümlülük 1920-1922 yıllarında *Mustafa Kemal Atatürk* liderliğinde iktidara gelen politikacılar tarafından çok hızlı bir biçimde hayata geçirildi. Özellikle medenî hukuk alanında yeni bir medenî kanun yapılmasına karar verildi ve 17.2.1926 tarihinde yeni Türkiye’nin kanun koyucu organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi yeni bir Medenî Kanun’u kabul etti. Aslında bu yeni Medenî Kanun, İsviçre Medenî Kanunu’nun fransızca versiyonundan tercüme edilmişti. Bu tercüme

¹⁶ Davran (1963) 37.

¹⁷ Davran (1963) 37; Kubalı, MHAD 10 (1973) 17; Özsunay (1976) 96.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kubalı, MHAD 10 (1973) 17 vd.; Davran (1968) 39 vd.

¹⁹ Kubalı, MHAD 10 (1973) 19; Özsunay (1976) 96.

kurulan bir Komisyon tarafından ele alındı ve üzerinde çok az bir değişiklik yapıldıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunuldu. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde oy birliği ile kabul edilen bu Kanun, kabulden altı ay sonra 4.10.1926 yılında yürürlüğe girdi. Aynı zamanda yine İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca versiyonundan tercüme edilen Türk Borçlar Kanunu da yürürlüğe konuldu²⁰. Bu iktibasla Avrupa hukuk ailesine girilmesinin, İsviçre Medenî Kanunu'nun ve bu Kanun'un Fransızca versiyonunun seçilmesinin çeşitli nedenleri vardır:

a) Öncelikle devletler hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Birinci Dünya Savaşı sırasında özel hukukun modernleştirilmesi amacıyla kurulan Komisyon, 1924 yılına kadar, yani sekiz yıl çalıştıktan sonra yeni bir medenî kanunun ve diğer kodifikasyonların sadece küçük bir kısmını hazırlayabilmişti. Bu durum yabancı bir kanunun iktibas edilmesini kaçınılmaz hale getirmişti²¹.

b) O dönemde iktidarda olan politikacılar, sadece lâik ve yüzünü batıya çevirmiş bir Türkiye'nin, politik ve ekonomik olarak gelişebileceğine inanmışlardı. Buna göre din ile devlet işlerinin kesin olarak birbirinden ayrılması ve Tanrı tarafından konulan kuralları içeren İslâm hukuk geleneği ile köprülerin atılması gerekmektedir²².

c) Bu koşullar altında karar verilmesi gereken tek sorun, o dönemde var olan üç büyük medenî kanundan hangisinin iktibas edilmesi gerektiği idi: Alman Medenî Kanunu (BGB), İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) veya Fransız Medenî Kanunu (CC). İsviçre Medenî ve Borçlar kanunları seçildi, çünkü bu kanunların diğerlerinden daha iyi, yeni ve demokratik olduğuna inanılıyordu²³. Başka bir deyimle kanun koyucu ZGB'nin, CC'den daha modern, BGB'den de daha fazla uyum niteliğine sahip olduğuna inanılıyordu. İsviçre Medenî Kanunu'nun biçimsel kalitesi, özellikle kısılalığı, açıklığı ve

²⁰ Hirsch, ZSchwR, 1976, 226.

²¹ Hirsch, ZSchwR 1976, 229 ff.

²² Jonas, JuS 4 (1987) 266; Pritsch, E.: Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, SJZ 23 (1927) 273 vd.

²³ TBMM Adalet Komisyonu görüşünü şu şekilde gerekçelendirmişti: "Medenî Dünya'da halihazırda mevcut olan medenî kanunların içinde en mükemmel medenî kanun olan İsviçre Medenî Kanunu iktibas edilmiş olup, bu Kanun, yeni hükümleri ve ilkeleri ile bizim medenî, sosyal ve ekonomik hayatımızda yüzyılımıza uygun bir şekilde çok önemli ve bir dizi değişiklikler getirecek ve her halde birçok eksikliği giderecek ve boşluğu dolduracaktır..."; Komisyon Raporu için bkz., Hirsch, E.: Vier Phasen im Ablauf eines zeitgenössischen Rezeptionsprozesses. Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen Mutter- und Tochterrecht, ZvglRWiss 69 (1968) 186 vd.; Bu resmî görüşün yanı sıra bazı yazarlar resmî olarak belirtilmeyen, ancak gündeme gelebilecek başka bir neden ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt, İsviçre'de öğrenim görmüştü ve bu nedenle yakından tanıdığı İsviçre Medenî Kanunu'nun iktibasından yana tavır koymuştu (bkz., Kötz, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 1996, 176; Pritsch, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 59 (1957) 143; Hirsch, E.: Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 116 (1954) 206.).

kuşbakışı görülebilirliği Türk kanun koyucusu için seçiminde önemli rol oynamıştı. Aslında bu bakış açısının doğruluğu, sadece Medenî Kanun'un hâkimin boşluk doldurmasını hükme bağlayan 1'inci maddesinin 1'inci fıkrası düşünüldüğünde anlaşılabilir²⁴.

d) Son olarak ZGB (*Code Civil Suisse*, CCS) ve OR (*Code des Obligations*, CO)'in Fransızca versiyonlarının seçiminin, o dönemlerde Türk hukukçularının büyük çoğunluğunun Fransızca'yı Almandan çok daha iyi bilmeleri, hatta bazı genç hukukçuların Fransa'da öğrenim görmüş olmalarından kaynaklandığını belirtmek gerekir²⁵.

2. İktibastan Sonraki Gelişim

Türkiye Avrupa'da yabancı bir hukukun farklı bir sosyal bünyede başarılı bir şekilde iktibas, iktibas edilen yabancı kanun metninin yorumu, sosyal gerçeklikler doğrultusunda uygulanan gelenek ve göreneklerle, iktibas edilen kanunun birbirini karşılıklı olarak nasıl etkilediği ve iktibas edilen kanunun yavaş yavaş kendi karakterine sahip olup, yeni bir hukuk haline gelmesi konusunda tek örnektir. Zaman içerisinde İsviçre Medenî Hukuku, Türkiye'de İsviçre hukuku olarak kalmamış, "Türk Medenî Hukuku" halini almıştır. Bu durum, yabancı bir hukukun iktibasının, yabancı ülkedeki hukuk sisteminin, kanunların değil, hukukî düşünce tarzının alınması, başka bir deyimle hukukî düşüncelerin, ideallerin ve anlayışların alınmasıdır²⁶. Bu anlamda iktibas, süregelen bir sosyal prosedür olarak nitelendirmek mümkündür²⁷.

İsviçre Medenî Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun hemen ardından Ticaret Kanunu ve yargılama ve icra hukuklarına ilişkin diğer kanunlar da yürürlüğe girdikten sonra, Türkiye batı hukuk ailesine girmiş oldu. Ancak, kanun koyucunun kabul ettiği hukukun, ülkenin gerçek hukuku olması için biraz daha zaman geçmesi gerekiyordu²⁸.

Şeklî iktibastan sonra, İsviçre Medenî Kanunu'nun gerçekten uygulanması ve Türk toplumuna uydurulması gerekiyordu. Kanunun yürürlüğe girmesi ile, iktibas edilen soyut normlar yığınının zamanla, kanun koyucunun, İsviçre Medenî Kanunu'nun esnekliğini kullanacak olan

²⁴ Schnitzer I (1961) 352-353; Pritsch, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 59 (1957) 144-145; Ayiter, F.: Das Rezeptionsproblem im Zeichen der Kulturhistorischen Perspektive "Europa und das Römische Recht" und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption Wesreuropäischer Gesetzbücher in der modernen Türkei, L'europa e il Dritto Romano Studi in Memoria di Paolo Koschaker, Vol. II, Milano 1954.

²⁵ Jonas, JuS 4 (1987) 266; Hirsch, E. E.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Schweizerische Juristen-Zeitung 50 (1954) 231.

²⁶ Hirsch, Schweizerische Juristen-Zeitung 50 (1954) 337; idem: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 116 (1954) 202.

²⁷ Hirsch, E.: Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1966, 360 vd.

²⁸ Hirsch, Schweizerische Juristen-Zeitung 50 (1954) 232.

hâkimlerin ve teorinin yardımı ile ulusal hukuk haline gelmesi beklentisi vardı. Ancak yabancı hukukun uygulanması sırasında önemli zorluklarla karşılaşıldı²⁹.

Hanüz daha redaksiyon çalışmaları yapılırken ilk sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştı. İsviçre Medenî Kanunu'ndaki pek çok kurumun İslâm hukukunda karşılığı yoktu. Bu nedenle türkçede teknik terimlerin bulunması zorluk yaratıyordu. Tercüme çalışması zaman darlığı nedeniyle farklı kişilerce yapılmış, her bir tercüman, İsviçre Medenî Kanunu'nun belli bir bölümünü tercüme etmişti. Kullanılan teknik terimlerin daha sonra ele alınarak, aralarında yeknesaklık sağlanması için zaman kalmamıştı. Sorun, ya karşılığı olmayan teknik terimler için yeni terimler bulunması ya da eski terimlere yeni bir içerik kazandırılması yoluyla çözülmeye çalışıldı. Tercüme hatalarının yol açtığı belirsizlikler ise zaman içerisinde uygulayıcı tarafından, lafzî değil gaî (anlamsal) yorum yapmak suretiyle giderildi³⁰.

Yeni hukuk sisteminin yerleştirilmesi konusunda en önemli ödev teoriye ve hukuk eğitimine düştü. Bu ödev adım adım yerine getirildi³¹: Halihazırda İsviçre Medenî Kanunu'nun tercüme çalışmaları ve daha sonra parlâmento görüşmelerinin başlangıcında, Parlâmento, Adalet Bakanı'nın Ankara'da bir "Hukuk Mektebi" kurma konusundaki emrini almıştı. İstanbul'da bulunan Hukuk Fakültesi'nden mezun olan sınırlı sayıdaki hukukçunun, sadece İslâm hukuku eğitimi almış olmaları, yeni Medenî Kanun'un uygulanması konusunda endişeler doğuruyordu. Bundan dolayı Ankara ruhunu taşıyan bir hukuk fakültesinin kurulması çok önemli bulundu. 5.11.1925 tarihinde açılan o zamanki adıyla "Ankara Hukuk Mektebi"nin açılışında bir konuşma yapan Atatürk, bugün halâ Ankara Hukuk Fakültesi'nin girişinde mermere kazınmış olan şu sözleri söylüyordu:

"Cumhuriyetin müeyyidesi olarak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiç bir teşebbüste duymadım".

Bu arada diğer Avrupa ülkeleri ile yoğun bir biçimde hukukçu değişim programları düzenlendi³². Uygulama İsviçre hukuk uygulamasının kararlarını izliyor, önemli kararlar türkçeye tercüme ediliyordu. Türk öğrencilerin önemli bir kısmı İsviçre üniversitelerinde öğrenim gördü³³. Önemli İsviçre medenî hukuk şerhleri defalarca türkçeye çevrildi ve hâkimlere, profesörlere ve avukatlara, bazen ücretsiz, bazen de çok düşük bir ücretle sunuldu.

²⁹ Hirsch, Schweizerische Juristen-Zeitung 50 (1954) 337-346; idem, VglRWiss 69 (1968) 182-222; Gören-Ataysoy, Z.: Die Fortbildung rezipierten Rechts, Ein amtlicher Vorentwurf zu einem türkischen Rechts, Fünfzig Jahre türkisches Zivilgesetzbuch, ZSchwR, 1976, 265-266.

³⁰ Hirsch, Schweizerische Juristen-Zeitung 50 (1954) 338.

³¹ Hirsch, ZSchwR 1976, 234 vd.

³² Medenî Hukuk ve Roma Hukuku için davet edilen Andreas B. Schwarz, Ticaret Hukuku için davet edilen Ernst Hirsch ve Roma Hukuku için davet edilen Paul Koschaker, İstanbul ve Ankara hukuk fakültelerinde yıllarca ders veren ve yeni kuşaklar yetiştiren bu profesörlerden sadece üç tanesidir.

³³ Schwarz, A.B.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich 1950, 51.

Önceleri hukuk uygulaması konusundaki rolünü tam olarak algılayamayan ve Türk Medenî Kanunu'nu lâfzî olarak yorumlamakla, serbest hukuk yaratma arasında gidip gelen Yargıtay, daha sonraları, Medenî Kanun'un 1'inci maddesini uygulayarak bilinçli bir şekilde hukuk yaratmıştır³⁴.

1926 tarihli Medenî Kanun'da özellikle şahsın hukuku, miras hukuku, eşya hukuku ve aile hukuku alanlarında islâm hukuku ile bağdaşmayan pek çok hüküm vardı³⁵. Miras hukukunda yapılan bazı kanuna karşı hile ya da muvazaalı satışlar vb. dışında 1926 tarihli Medenî Kanun'un sorunsuz uygulandığı görülmektedir. Özellikle gündelik yaşamdaki işlemleri düzenleyen bir kanun olan Borçlar Kanunu sorunsuz uygulanmıştır. Bu arada en çok sorun çıkaran alanın aile hukuk olduğunu belirtmek gerekir³⁶. İslâm hukukuna göre, evlenecek çiftin veya ailelerinin, şahitler huzurunda sözleşmesel bir biçimde evlenme iradelerini açıklamaları, evliliğin geçerli bir biçimde meydana gelmesi için yeterliydi. Bu evlilik töreni sırasında bir imam ya da hocanın bulunması âdettendi, ancak zorunlu değildi. 1926 tarihli yeni Medenî Kanun medenî evliliği getirdiğinde bile³⁷, Türkiye'nin köylü ve küçük burjuva halkı, eski gelenekleri korumaya ve evliliklerini medenî değil, dinî şekilde yapmaya devam ettiler. Bunun en büyük nedeni, medenî evlilikten sadece tâlak ile boşanmanın mevcut olmamasıydı³⁸. Bu kez bu evliliklerden doğan çocukların statüsü sorunu gündeme geldi. Halkın anlayışına göre evlilik içi, Kanun'a göre evlilik dışı olan bu çocukların sayısı artınca, dinî nikâh sonucu doğan çocukların sık sık çıkarılan özel kanunlarla tanınmaları çözümü bulundu³⁹.

Tapu Sicili Sistemi zorluk çıkaran bir başka konuydu, çünkü ülkedeki toprakların kadastro yapılmamıştı⁴⁰.

III. 01.01.2002 Tarihli Yeni Medenî Kanun

Yeni Türk Medenî Kanunu, eski Medenî Kanun'un 75 yıl uygulanmasından sonra ortaya çıkan sorun ve yeni ihtiyaçlara çağa uygun çözümler getirmeyi hedeflemiştir.

İsviçre Medenî Kanunu'nun iktibasından sonra hem Türk hukuk teorisyenleri, hem de Türk uygulaması İsviçre ile çok sıkı bir bağlantı içerisinde olmuşlardır. Bu bağlantının Türk ve Avrupa hukuk sistemi

³⁴ Schnitzer I (1961) 353.

³⁵ Gören-Ataysoy, ZSchwR 95 (1976) 267 vd.

³⁶ Schnitzer I (1961) 352.

³⁷ Ansay, T.: Zur Eheschliessung nach türkischem Recht, Das Standesamt 27 (1974) 78-79.

³⁸ Pritsch, E.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 59 (1957) 171.

³⁹ Arslan, R.: Die türkischen sog. "Amnestiegesetze" und das Verbot einer Anerkennung von Ehebruchskindern in Artikel 292 türk. ZGB, Das Standesamt 29 (1976), 99 – 100.

⁴⁰ Schnitzer I (1961) 352.

arasında bir köprü oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Genellikle bilinmektedir ki, Alman Medenî Kanunu, İsviçre Medenî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu ve İtalyan Medenî Kanunu ve kıta Avrupası'ndaki pek çok medenî kanun, temelde aynı ilkelere, *Ius Commune*'ye dayanırlar. İsviçre ile öteden beri süregelen sıkı bağlantı sonucunda, yeni Medenî Kanun'un hazırlanması sırasında da İsviçre hukukundaki gelişmelere öncelik verilmiştir. İsviçre hukukundaki bu gelişmelerde, bütün kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki gelişmeler de yansımaları bulmaktadır. Bu nedenle yeni Türk Medenî Kanunu'nda, örneğin evlilik mal rejimlerinde İsviçre modeli, yani edinilmiş mallara katılma rejimi alınmıştır. Bu mal rejimi, Almanya'daki kazanç ortaklığı ile büyük benzerlikler göstermektedir (*Zugewinngemeinschaft*).

Yeni Türk Medenî Kanunu, aile hukukunda edinilmiş mallara katılma rejimi dışında kadın ve erkek eşitliğini gözetilen bir dizi yenilik getirmiştir. Bu yenilikler evlenme yaşı, evlilikteki hak ve yükümlülükler, evlilik konutunun seçilmesi, ebeveynlerin çocuklar üzerindeki hakları, evlilik birliğinin yönetimi ve giderlere katılma, evlilik birliğinin temsili, kadının soyadını seçme hakkı vb. gibi konularda getirilmiş bulunmaktadır.

Sonuç

Yukarıda kısaca açıklanan Türk medenî hukukunun gelişim çizgisi, bu hukukun, Türk özel hukukunun, Avrupa özel hukuku ile uyumlaştırılmasında oynadığı büyük rolü göstermektedir. Bu çaba 19. yüzyılın başlarında başlamıştır. İsviçre Medenî Kanunu'nun iktibasıyla, Türk özel hukuku, Avrupa hukuk ailesine, daha dar kapsamda Alman hukuk çevresine dahil olmuştur. Yeni Türk Medenî Kanunu da, Avrupa hukuklarında medenî hukuk alanındaki son gelişmelerin izlenmesi amacıyla hazırlanmıştır. Bu Medenî Kanun'un sosyal yaşamda, özellikle mal rejimleri gibi alanlarda bazı değişiklikler getirmesi beklenmektedir. Ayrıca son yıllarda Türkiye'de özel hukuk alanında pek çok kanunun Avrupa hukukuna uyum amacıyla çıkarıldığı gözlenmektedir. Eğer Avrupa'da bir Avrupa Medenî Kanunu hazırlanması için gösterilen çabalar gelecekte olumlu sonuç verecek olursa, Türkiye böyle bir Medenî Kanun için gerekli alt yapıya sahiptir.