

**MEDENÎ KANUNUN KABULÜNDEN ÖNCE TÜRK AİLE
HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE ÖZELLİKLE
1917 TARİHLİ HUKUK—İ AİLE KARARNAMESİ**

Dr. Mehmet ÜNAL (*)

§ 1. GİRİŞ ()**

Medenî Kanun (MK.)'un kabulünden önce ülkemizde hakim ve mer'i olan hukuk sistemi «Fıkıh» adı verilen İslâm Hukuku idi. Aile Hukuku, İslâm Hukuku içinde bir çok bakımdan önemli bir yer işgal eder.

Konuya, önce İslâm Hukuku'nun kaynakları açısından bakıldığında, bu önem açık bir şekilde görülür. Bilindiği üzere, İslâm Hukuku'nun «edille-i erbaa» denilen Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas'tan ibaret dört asıl, «edille-i mülhakâ» denilen, sayılarının onaltıyı bulduğu ifade edilen, bir çok tâli kaynakları vardır¹. Şerâyi-i Sâlife, İstihsan, Örf ve Âdet gibi, bir kaç hariç, tâli kaynakların çoğu teknik anlamda birer hukuk kaynağı olmaktan ziyade, birer isbat aracıdır². Kaynaklar piramidinin en üst noktasında bulunan ve «edille-i erbaa»nın ilki olan Kitap, tartışmalı olmakla beraber, baskın görüşe göre 6660 âyete bölünmüş 114 sûreden oluşan ilahî bir metindir³. Bu ilahî metnin 9 sûresi, doğrudan doğruya aile hukukuna ilişkin oldukça ayrıntılı ve ince

(*) A. Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk asistanı.

(**) Dipnotlarda geçen bibliyografik kısaltmalar ilk yollamada parantez içinde gösterilmiştir. Bibliyografik kısaltmaları ayrıca parantez içinde gösterilmeyen eserlere yollamalar sadece müellifinin adı ile yapılmıştır.

¹ PAŞA, S.; İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd (çev. B. Arıkan) C. II, Ank. 1956, s. 47, 54-70; BİLMEN, Ö.N.; Hukuk-i İslâmiyye ve İstihâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, C. I, İst. 1949, s. 35, 312; ZEYDAN, A. ; İslâm Hukukuna Giriş (Çev. : Doç. Dr. Ali Şafak), İst. 1977, s. 277 vd.

² PAŞA, C. II, s. 70.

³ Bilmen, C. I, s. 42; ANSAY, S. Ş.; Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 3. Baskı Ank. (Ansay, İslâm Hukuku) s. 11; ÜÇÖK, Ç.; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Ank. 1972, s. 44.

düzenlemeler getiren elliyi aşkın âyet ihtiva eder⁴. Bunlardan başka, dolayısıyla aile hukukuna ilişkin hükümler ihtiva eden daha birçok ayetler de vardır⁵. Ayrıca sözkonusu dokuz sureden biri, ailenin önemli bir süjesi olan «Nisâ=Kadın», diğeri aile hukukunun önemli müesseselerinden biri olan «Tâlâk = boşanma» adını alır⁶. İslâm Dini'nin direği olan «namaz», Kur'an-i Kerim'de sadece adı zikredilmek suretiyle pek çok ayette emredilmişken aile hayatı, nikâhtan evlenme yasağına, sulhtan boşanmaya, eşler arasındaki iyi muameleden cinsi ilişkiye, mehirden nafakaya kadar bütün yönleriyle inceden inceye düzenlenmiştir⁷.

İslâm Hukuku'nda, bu âyetlerden başka, aile düzeniyle ilgili pek çok hadis (sünnet) de bulunmaktadır. Kütübü Sitte adındaki kitaplarda toplanan hadisler arasında aile hayatına ilişkin olanları müstakil bir kitap teşkil edecek kadar çoktur. İctihat dönemlerinde, daha çok bu ayet ve hadislerden istifade ile ailevî meseleler halle çalışılmıştır^{7a}.

Sonra, İslâm Hukuku'nun takip ettiği hukuk politikası yönünden de aile hukuku önemli bir başlangıç teşkil eder. Nitekim, nikah ve tâlâka dair ayetlerin çoğu, Mekke'de nazil olmuş ilk ayetler arasında yer alır. Başka bir deyişle, 23 yıl gibi uzun bir zaman süreci içinde tamamlanan Kitab'ın ilk nazil olan ayetleri itikât, ibâdet ve ahlâkla birlikte ehliyet, nikâh ve tâlâka yani aileye ilişkin bulunmaktadır. Bundan, önce fertlerin yüksek ahlakî duygu ve düşüncelere kavuşturulmak, daha sonra toplumun en küçük birimi olan ailenin, ahlaklı fertlerden meydana gelen sağlam bir sosyal zemin üzerine kurulmak istendiği; anlaşılmaktadır⁸.

Nihayet, İslâm Hukuku'nun nev'i şahsına münhasır hukuk sistemi içinde aile hukuku, başlı başına müstakil bir bölüm teşkil eder. Modern hukuklar, Roma Hukuku'ndan gelen bir temelle önce özel ve kamu hukuku diye ikiye ayrılırlar. Aile hu-

⁴ Bu sûre ve âyetler şunlardır: Bakara, 221, 222, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 241; Nisâ. 3. 4. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 34, 35, 127, 128, 129, 130; Mâide, 5; Nûr; 32, 33; Rûm, 21; Âhzap, 4, 5, 35, 49, 50, 51, 52; Mücâdile, 2, 3, 4; Mümtebine, 10, 11; Tâlâk, 1, 2, 3, 6, 7.

⁵ Nisâ sûresi, âyet, 29, 32; Nahl sûresi, âyet, 58, 59; KARAMAN, H.; Mukayeseli İslâm Hukuku, İst. 1974, s. 224 vd.

⁶ Nisâ ve Tâlâk sûreleri.

⁷ Bkz. dipnot 4'deki âyetlere. Bkz. ayrıca, MEHMET ZİHNİ; Nîmet-i İslâm Münâkehât ve Mufârakât; İst. 1957, s. 5.

^{7a} Karaman, 224 vd.

⁸ BERKİ, A.H.; Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, I, Ank. 1955, s. 7; CİN, H.; İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ank. 1974, s. 55.

kuku ise, özel hukukun genişçe bir bölümünü teşkil eden Medenî Hukuk içinde, şahıs, miras, eşya ve borçlar hukuklarına denk ve eşit bir yer alır. Halbuki İslâm Hukuk kuralları, modern hukuklardan farklı bir sistemle, dini karakteri icabı, önce Ahirete ve Dünyaya müteallik emirler olmak üzere iki kısma ayrılır. İslâm Hukuku'nun Ahirete müteallik kısmına «ibadet» denir. Dünyaya müteallik kısmı ise kendi içinde «muâmelât», «münâkehât ve müfârekât», «ukûbât» olmak üzere üç kısma bölünür⁹. Bunlardan «muâmelât», modern hukuklardaki eşya ve borçlar hukukuna; «münâkehât ve müfârekât» aile hukukuna; «ukûbât» ise, kamu hukukunun bir dalı olan ceza hukukuna tekâbül eder¹⁰. Böylece modern hukuklarda Medenî Hukuk'un bir kitabını teşkil eden aile hukuku, İslâm Hukukunda başlıbaşına müstakil ve önemli bir bölüm teşkil eder.

Aile hukukunun İslâm Hukuku İçinde, gerek kaynaklar hiyerarşisi, gerek hukuk politikası ve sistematigi bakımından bu derece önem kazanması haksız ve yersiz de değildir. Çünkü İslâm Hukuku'nun teessüs etmeye başladığı çağda ve yerde, aile hayatı herhangi bir düzene tabi olmaktan ziyade, tam bir düzensizlik ve başı boşluk içinde idi. Aile birliğinin zorunlu bir unsuru ve tarafı olan kadın, bu birliğin bir süjesi olmaktan çok, eşya gibi alınıp satılabilen onun alelâde bir objekti idi¹¹. İslamdan önce bir zül telâkki edilen kız çocuklarının diri diri gömüldüğü¹² cahiliye devrinde, nikâh-ı istibda¹³, bedel¹⁴, biga¹⁵, şigar¹⁶, mut'a¹⁷, nikah-ı hı-

⁹ FINDIKOĞLU, Z. F; Aile Hukukunun Tedvini Meselesi, Ebul'Ulâ Mardin'e Armağan, İst. 1944, s. 687-738 (Findikoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e) s. 689; Ansay, İslâm Hukuku, s. 8, 38, 39.

¹⁰ Ansay, İslâm Hukuku, s. 38, 39; Üçok, s. 42; Karaman; s. 20 vd.

¹¹ HIFZI, M; Le lien du mariage à travers l'histoire juridique turque, Paris 1936, s. 104, 105; JOLY, H; De l'esprit du droit familial dans l'islamisme, Thèse. Montbéliard 1902, s. 17; MORAND, M; Etude de droit musulman algérien. Algée 1913, s. 19; GÜNALTAY, Ş; İslamdan önce Araplar Arasında Kadının Durumu, Aile ve Türlü Nikâh Şekilleri, Belleten, Ekim 1951, C. XV, sy. 60, s. 691; Cin, 29, 30.

¹² Günaltay, s. 693; MİLLİOT, L.; Introduction à l'étude du droit musulman, Paris 1953, s. 270; Morand, s. 19-20, HELOU, R.; Etude sur la condition juridique des femmes musulmanes, Thèse, Paris 1894, s. 45; Cin, 29, 30; Zeydan, s. 46, vd.

¹³ Nikâh-ı İstibdâ : Evli bir kadının asil bir erkekten döl alması.

¹⁴ Nikâh-ı Bedel : Evli iki erkeğin karılarını belli bir süre için trampa etmesi.

¹⁵ Nikâh-ı Biga : Bir kadının kapısına bayrak asarak evine gelen erkeği kabul etmesi.

¹⁶ Nikâh-ı Şigar : Bir erkeğin mehir vermeden evlenebilmesi için velisi bulunduğu kadınlardan birini alacağı kadınla mübadele etmesi.

din¹⁸, dayzen¹⁹, ortak nihâh²⁰ ve ortaklaşa nikâh²¹ gibi, türlü evlenme, daha doğru bir ifade ile, birleşme şekilleri var idi²². Bu kadar serbest birleşme şekillerinin cari olduğu cahiliye devrinin en belirgin karakterlerinden biri, şüphesiz, poligamik ve poliyandrik evlenme usullerinin yaygın olmasıdır²³. Cahiliye devrinin insanlığın bugünkü anlayışına göre utandırıcı mahiyetteki bütün bu nikâh şekilleri, İslâmiyet tarafından kaldırılmış²⁴ ve bu kabil evlenmeler menfur addedilmiştir²⁵.

«Müslümanlık, cahiliye devri örf ve âdetleri, hayat tarzı ve hayat anlayışı üzerinde bir çok değişiklikler yaptığı gibi, kadın düşkünü olan bu kavmin, nikâh şekilleri ve kadın telâkkileri üzerinde de derin inkilâplar yapmıştır.

Fakat Sosyoloji Tarihi'nin belirttiği vechile, içtimaî inkilâpların en müşkili halkın hoşlandığı ve benimsediği örf ve âdetleri değiştirme teşebbüsüdür. Çünkü cemiyet nizamını düzenleyen örf ve âdetler, üzerinde yığılan asırların geçmesiyle, kökleşerek itiyat halini almış olurlarsa, onu sökmek güç olur... Şüphe yok ki, asırların yığıldığı telâkkileri değiştirmek, örf ve âdetleri yıkmak, zevceliğe alınacak kadın sayısını tahdit etmek önemli bir inkilâptı. Böyle bir inkilâbın şiddetli bir mukavemetle karşılaşması tabii idi. Hz. Peygamberin bu önemli inkilâbı merhale merhale... tahakkuk ettirdiğini görüyoruz. Önce kadını mal telâkki eden zihniyet yerine kadını cemiyetin hak ve hürriyetine sahip bir uzvu olduğu kanaatını yerleştirmiş, müteakiben araplarca kabulü zor olan zevce sayısını tahdit etmek yoluna gitmiş, zevceler arasında hakkaniyet ve adâlet tesisi gibi, tahakkuku mümteni olan bir takım şartlarla birden fazla zevce almak müsaadesini kaldırmış, tek

17 Nikâh-ı Mut'a : Bir erkeğin geçici bir süre için bedeli karşılığında bir kadınla evlenmesi.

18 Nikâh-ı Hıdn : Hür bir kadının sevdiği erkeği gizli olarak dost edinmesi.

19 Nikâh-ı Makt (Dayzen) : Bir erkeğin ölen babasının arkada bıraktığı üvey anasına, üzerine abasını atarak sahip çıkması.

20 Ortak Nikâh : 10 kişiden aşağı olmamak üzere bir grup erkeğin bir kadını zevce itihaz etmesi.

21 Ortaklaşa Nikâh : Aralarında kardeşlik teessüs eden kimselerin malları gibi karılarının da ortak olması.

22 TAPLAMACIOĞLU, M. N.; Cahiliyye ve İslâmda Evlenme, AD. Mayıs 1950, sy. 5, s. 679, Günaltay, s. 691, 706; Üçok, s. 79; Cin, s. 29-38; Zeydan, s. 56 vd.

23 Taplamacioğlu, s. 679;

24 Günaltay, s. 701; Zeydan, s. 60 vd.

25 Taplamacioğlu, s. 679; Üçok, s. 77; Cin, s. 38, 43 vd.

bir kadınla evlenmenin adâlet, hak ve ahlâk bakımından tek saadet yolu olduğunu bildirmiştir.»²⁶.

Gerçekten «aile müessesesini bugünkü telâkkilere uygun temeller üzerine kurmuş»²⁷ olan İslâm Hukukunun iki temel kaynağı Kitap ve Sünnet'teki aile hukukuna ilişkin hükümler dikkatle incelendiğinde, bu hükümlerde hakim olan ruhun, genellikle kadın haklarını iyileştirmeye ve onu korumaya dönük²⁸ aile içinde, yaratılıştan gelen farklar hariç, eşler arasında denkliliği²⁹, iyilik ve adâletle muameleyi³⁰, karşılıklı sevgi ve dayanışmayı tesise yönelmiş olduğu görülür³¹. Ancak bu ruhun, daha sonra, cahiliye devri örf ve âdet kalıntılarının, İran ve Bizans kültürlerinin etkisiyle aynı şekilde korunamadığı ve aynı yönde geliştirilemediği de bilinen bir gerçektir³².

Konumuzu yakından ilgilendirdiği için burada İslam Hukuku'nun bir özelliğine daha değinmek gerekir. Müelliflerin çoğu tarafından İslam Hukuku'nun kaynakları itibariyle yazılı olmayan, yani örf ve âdetlerle mahkeme içtihatlarına dayanan «me-seleci» hukuk sistemleri arasında yer aldığı düşüncesi büyük kabule mazhar olmuştur.

Hatta bu bakımdan iç bünye itibariyle olmamakla beraber, dış görünüşleri itibariyle İslam ve Anglo-Sakson Hukuk sistemleri arasındaki benzerliğe çoğu müellifler dikkati çekmişlerdir³³. Biz ise, bu konuda aynı görüşü paylaşamıyoruz. Sebebine gelince; İslam Hukuku çağdaş anlamda modern bir kod (Code) a sahip olmamakla beraber, başlangıçtan beri, hukukî hükümleri dağınık bir şekilde ihtiva eden Kitap ve Hadisler gibi, iki yazılı kaynağa

²⁶ Günaltay, s. 706; Bkz. ayrıca, Cin, s. 43-44.

²⁷ Günaltay, s. 696; Cin, s. 43 vd. Bkz. ayrıca, Hukuk-i Aile Kanun Layihası Hakkında Şeriyye Encümeni Mazbatası, Sebül'ür-Reşat, C. XXIII, sy. 590, 28 Şubat 1340, s. 13-40.

²⁸ Nisâ sûresi, âyet, 34.

²⁹ Ahzap sûresi, âyet, 35.

³⁰ Hz. Peygamber vedâ hutbesinde «kadınlar hakkında hüsnü muamele ediniz onların sizin üzerinizde, sizin de onlar üzerinde karşılıklı haklarınız vardır. Onlara Allahın bir emaneti olarak emri ilâhî ile sahip bulunuyorsunuz.», Paşa, C. I, s. 33.

³¹ BERKİ, Ş. - HAMİDİ, H.; İslâm Hususî Hukukunun Ana Prensipleri «Kur'anda Hukuk», 2. baskı, Ank. 1962, s. 42-47; Üçok, s. 76-77; Cin, s. 43 vd.

³² GÖKALP, Z.; Aile Ahlâkı - Türk Ailesinin Bünyesi, Yeni Mecmua, 2/K. evvel/1917, C. I, sy. 22 (Gökalp, Türk ailesinin bünyesi) s. 421-424; Bkz. ayrıca, Cin, s. 45-46.

³³ VELDET, H.; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, İst. 1940 (Vel-det, Tanzimat), s. 153.

sahip idi. Hattâ İslâm Hukuku'nun yazılı olmayan diğer iki kaynağı, İcma ve İctihat, kaynak olma niteliklerini söz konusu bu iki yazılı kaynaktan alırlar³⁴. Ancak İslâm Hukuku, başlangıçta böyle iki yazılı kaynağa istinat etmekle beraber, gelişmesi, daha ziyade, yazılı olmayan hukuk sistemlerindeki gibi, islami hükümlerin yeni çıkan olaylara tatbiki suretiyle, yani «meseleci» hukuk sistemi tarzında olmuştur³⁵. Bize göre, İslâm Hukuku'nun bu özelliği, daha açık bir deyişle, kaynağı itibariyle yazılı olması bir yandan hukukî güveni ve eşitliği sağlarken, öte yandan İslâm ülkelerinde, modern anlamdaki kanunlaştırma hareketlerinin daha geç başlamasına sebep olmuştur.

Ş 2. TANZİMATTAN ÖNCE VE SONRA TÜRK AİLE HUKUKU'NUN TEDVİNİ MESELESİ

Latince «büyük kanun», «kanunlar mecmuası» «mecelle» anlamına gelen «codex»ten türetilme, «codification» kelimesinin karşılığı olarak Türkçe'de «tedvin» veya «kanunlaştırma» terimleri kullanılmaktadır³⁶. Bu terimlerle, çağdaş anlamda, herhangi bir hukuk alanını bir bütün olarak düzenleyen geniş, kapsamlı ve sistematik kanunların yapılması kasdolanmaktadır³⁷. Bu anlamda «kanunlaştırma» hareketinin, Batıda XVIII. yüzyıl sonlarında; Biz'de ise Tanzimatla birlikte, XIX. yüzyıl ortalarında başladığını görüyoruz³⁸. Bu bakımdan Türk Hukuk Tarihinde beliren kanunlaştırma hareketlerini, Tanzimat'tan önce ve sonra olmak üzere iki safhada incelemek konumuz olan 1917 Hukukî Aile Kararnamesi'nin yerini ve önemini belirtmek bakımından şüphesiz faydalı olacaktır.

I. TANZİMATTAN ÖNCEKİ KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

Bugünkü anlamda «kanunlaştırma» hareketinin Batı'ya nisbetle Biz'de geç başlamasında o devirde yürürlükte bulunan İslâm Hukuku'nun kaynakları itibariyle arzettiği özelliklerin yanında, bu

³⁴ Paşa, C. I, s. 43, 44, 49; Bilmen, C. I, s. 169; Ansay, İslâm Hukuku, s. 13.

³⁵ Paşa, C. I, s. 11, 45; Ansay, İslâm Hukuku, s. 40.

³⁶ Veldet, Tanzimat s. 143.

³⁷ Veldet, Tanzimat s. 143.

İslâm Hukuku'nun bir Kısmının Kodifikasyonu «Mecelle», İHFM, 1955, C. XX, sy, 1-4, s. 57.

³⁸ Veldet, Tanzimat, s. 143, 154; ONAR, S. S.; Osmanlı İmparatorluğunda

hukuk sisteminin geçirmiş olduğu tarihî seyir ve inkişafın etkisi de büyüktür.

Gerçekten, İslâm Hukuku, Hz. Peygamber'in dinî tebliğ etmesiyle birlikte teessüs etmeye başlar³⁹. Hukuk kuralları İslâm Dinî'nin itikât, ibâdet ve ahlâka ilişkin diğer kurallarıyla birlikte, olaylar vuku buldukça, 23 yıl gibi uzun bir zaman süreci içinde tedrican meydana gelmiştir⁴⁰. Âdeta bu süre içinde vuku bulan her yeni olay, yeni bir hukuk kuralının vaz'ına sebep olmuştur. Asrı saadette, Hz. Peygamber, ortaya çıkan her yeni sorunu vahye dayanarak, vahiy nazil olmadığı takdirde, içtihat veya sahabeleriyile istişarede bulunarak bizzat halleder ve bu suretle küçük bir topluluk olan ashabına bilfiil göstererek hukuk kurallarını öğretirdi⁴¹. O yüzden başlangıçta hukuk kuralları dinin itikat, ibâdet ve ahlâka ilişkin diğer kurallarıyla karışmış bir halde bulunuyordu⁴². Ne varki, bu hal o gün için küçük bir toplum olan müslümanların hukukî sorunlarının çözümünde büyük bir güçlük yaratmıyordu. Fakat Hz. Peygamber'in vefatından kısa bir süre sonra, özellikle Halife Ömer zamanında, İslâm ülkeleri sür'atle genişleyince, gerek İslâm kültürüne gerek arap ırkına yabancı bir çok milletler İslâm alemine dahil oldular. Bu arada hukukî olaylar da, bir yandan sayı itibariyle artarken, bir yandan da mahiyeti itibariyle mevcut ve dağınık hukuk kuralları karşısında daha ince, daha mudil ve daha müşkil bir hal almaya başladılar⁴³. Bu hal karşısında, İslâm otoriteleri zaptettikleri ülkelerde tesadüf ettikleri sorunları İslâm mevzuatına dahil ederek, başka bir deyişle o sorunları islâmlaştırmak suretiyle, halletmek yolunu tuttular⁴⁴. Ancak bu yoldaki çabaların başarılı olabilmesi, İslâmın hukukî olan kurallarının hukukî olmayanlarından ayırdedilerek kendi içinde bir tasnife tabi tutulmasına bağlıydı⁴⁵. Zaten, kanunların muhitin ve zamanın ihtiyaçları seviyesine çıkartılması Hz. Peygamber'in emirlerindedir⁴⁶. İşte, beliren bu ihtiyaçların da zorlamasıyla

³⁹ Paşa, C. I, s. 31.

⁴⁰ Berki, s. 8.

⁴¹ Bilmen, C. I, s. 38, 316, 317; Ansay, İslâm Hukuku s. 20.

⁴² Paşa, C. I, s. 8.

⁴³ Paşa, C. I, S. 58; Bilmen, C. I, S. 323; Berki, s. 18; Zeydan, s. 205 vd. s. 219.

⁴⁴ Paşa, C. I, s. 57.

⁴⁵ Bilmen, C. I, s. 323.

⁴⁶ Paşa, C.I, s. 70; Zeydan, s. 115 vd, 212, 224, 307 vd.

İslâm bilginlerinin hicrî I., II. ve III. asırları boyunca devam eden oldukça yoğun ve hummalı çalışmaları başladır⁴⁷. Bu çalışmaların sonucu olarak, bir yandan İslâm Hukuku, karışmış bulunduğu diğer dini kurallardan ayıklanarak müstakil bir ilim dalı haline getirilirken⁴⁸, öte yandan, esasta olmamakla beraber, tali meselelerle değişik «rey» ve «ictihat»ta bulunan ve İslâm Hukukunun gelişmesine esas teşkil eden hukuk doktrinleri (mezhepleri) ortaya çıktı⁴⁹. Bu mezheplerin en meşhur ve halen en yaygın olanları, şüphesiz ehli sünnete (ortadoxe) dahil dört mezheptir. Bunlar Hanefî, Malikî, Şafîî ve Hanbelî mezhepleridir. Özellikle bunlardan ilki, Osmanlı İmparatorluğu tarafından resmen kabul edilmiş bir mezhep olması ve reylerinin 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'ndeki hükümlerin esasını teşkil etmesi⁵⁰ bakımından konumuzu yakından ilgilendirmektedir. İslâm Hukuku'nu bugünkü tertip ve düzen üzerine ilk defa sistemleştiren bu mezhebin kurucusu, İmam-ı Azam'dır⁵¹.

Gerçekten, İslâm Hukuku, daha sonraki gelişmesini hukuk öğretimi ve yargısal uygulama ile meşgul olan bu bilginlerin «rey» ve «icthahatlarına» borçludur⁵². Bununla beraber, «mezheplere ayrılan ve ciltler dolduran bu icthahatların bir kanun ve bir «code» şeklinde toplanması hususunda İslam aleminde büyük bir teşebbüs vuku bulmadı. İslam Hukuku'nun aynı şekilde uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu'nda da, özellikle XV. ve XVI. asırlarda yetişen Ebussuut Efendi, Ali Efendi gibi, büyük hukukçular muayyen meseleler hakkında verdikleri reyler ve fetvalarla bir kısım meseleleri toplamış ve tatbikatçılara yol göstermişlerdir.»⁵³. Fakat bütün bu çalışmalar, çağdaş anlamda bir kanunlaştırmaya müncer olmamıştır. Bununla beraber, Osmanlı İmparatorluğu Tanzimat'tan önce de, münferit bazı alanlarda bir takım kanunlaştırma hareketlerine şahit olmuştur. Bunların en meşhur ve en önemlileri şüphesiz devirlerine göre ileri bir hukuk tekniğine sahip Fatih ve Kanunî kanunnameleridir⁵⁴.

47 Bilmen, C. I, S.38, 323; Berki, s. 18, 19.

48 Bilmen, s. 320.

49 Berki, s. 19.

50 Berki, s. 20; Bkz. Esbabı Mucibe Laythası (ANSAY, Eski Aile Hukukumuza bir Nazar, Ank. 1952), s. 21.

51 Bilmen, C. I, s. 38; Berki, s. 20.

52 Paşa, C. I, s. 11; Onar, s. 57; Zeydan, s. 231.

53 Onar, s. 57.

54 Paşa, C. I, s. 9; Veldet, Tanizmat, s. 155-158.

Bunlardan Fatih Kanunnâmesi tamamen idarî bir nitelik arzemesine karşılık, Kanunî Kanunnâmesi idarî, hukukî, cezaî ve usulî bir çok alanları kapsayan daha geniş ve kapsamlı bir kanun-namedir⁵⁵. Gerçi bu son kanunnâmede bir değil, birçok hukuk alanı birarada düzenlenmiş ise de, bunların her biri kendi içinde oldukça iyi bir tasnife tabi tutulmuştur. Bu Kanunnâme üç bap üzerine tanzim edilmiş olup birinci bap 4, ikinci ve üçüncü baplar 7'şer olmak üzere toplam 18 fasla ayrılmıştır⁵⁶.

Bunlardan başka, düzenlediği hukuk alanı itibariyle konumu-zu yakından ilgilendiren diğer bir kanunnâme de, yazıldığı ta-rih belli olmamakla beraber, içindeki hüküm ile atıf ve başlıklarından Kanunî devrinden sonra çıkarıldığı anlaşılan ve Milli Te-tebbular mecmuasında⁵⁷ yayınlanmış olan kanunnâmedir. Bu kanunnâme, daha çok bir medenî hukuk kanunu olup şahsın hu-kuku ile aile hukukuna, bir kısım miras ve borçlar hukukuna, özellikle aynı haklara ilişkin ayrıntılı ve etraflı hükümler ihtiva etmektedir⁵⁸. Aile hukukuna ilişkin bölümde kocanın akıl hastalığının karı lehine bir boşanma sebebi teşkil edip etmiyeceği, iddet ile küfüvve, teşeffü⁵⁹ suretiyle evlenmenin ve şafî kavliyle amel etmenin men'ine dair meseleler kazuistik (meseleci) bir metodla hükme bağlanmıştır. Ayrıca, hicrî 951⁶⁰ yılından itibaren, Ebussuut'a atfen, hakimlerin «velisi izinsiz nikah etmekle memur» oldukları da bu kanunnâme'de düzenlenmiştir⁶¹.

II. TANZİMATLA BAŞLAYAN KANUNLAŞTIRMA HAREKET- LERİ

Yukardaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Osmanlı Tarihi kanunlaştırma hareketlerine yabancı değildi. Ne varki, bu kanunlaştırma hareketlerinden hiç biri, XVIII. yüzyıl sonlarına doğru batıda başlayan, belli bir hukuk alanını belli bir sistem dahilinde tam ve ayrıntılı bir şekilde düzenleyen kanunlar yapmak

⁵⁵ Veldet, Tanzimat, s. 157.

⁵⁶ Veldet, Tanzimat, s. 159.

⁵⁷ Milli Tetabbular Mecmuası, Mayıs-Haizran/1331, C. I, sy. 2, s. 339-340.

⁵⁸ Veldet, Tanzimat, s. 159.

⁵⁹ Teşeffü', zevci (kocayı) ikilemek anlamına gelir: «To mediate intercede with a person for anot her» By. Elians, A.; Modern Dictionary Arabic-English, Cairo 1962.

⁶⁰ Bkz. ve karşı. ÖZTUNA, Y; Türkiye Tarihi, C. VI, VII, XI, XII, İst. 1967, C. VI, s. 189 ve C. VII, s. 174.

⁶¹ Milli Tetabbular Mecmuası, Mayıs-Haziran/1331, C. I, sy 2, s. 339-340.

anlamında olmamıştır. Bu anlamda, ilk kanunlaştırma hareketi, ülkemizde Tanzimatla başlamıştır⁶². 1839'da Tanzimat devrini açan Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda bu husus, «devlet-i aliye ve memâlik-i mahrusamızın hüsn-i idaresi zımnında bazı kâvânin-i cedide vaz'u tesisi lazım ve mühim ...»⁶³ ifadesiyle belirtiliyor ve bu maksatla çıkarılacak kanunların mal ve can emniyetine, vergi ve askerlik işlerine ilişkin olacağı da açıklanıyordu⁶⁴.

Tanzimat'la başlayan, Cumhuriyet devrinde de devam ederek bugünkü seviyesine ulaşan çağdaş anlamdaki Türk kanunlaştırma hareketi, çıkarılan kanunların menşe'leri (orijinleri) ve bu kanunlarda kullanılan kanun yapma tekniği itibariyle, birbirini takip eden üç devreye ayrılabilir.

«Yerli Menşe'li Kanunlar Devri» olarak adlandırabileceğimiz ilk devrede; kanunlar, hiç bir yabancı devletin kanunları örnek ve esas alınmaksızın doğrudan doğruya mevcut ve mer'i olan yerli veya İslâm Hukuku kurallarının «Codifié» edilmesiyle meydana getirilmektedir. Bu devreye ait kanunlar arasında 1256 (1840) ve 1267 (1851) tarihli Ceza, 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnameleri ile 1869 tarihli Mecelle sayılabilir⁶⁵.

Daha sonra gelen, «Fransız Menşe'li Kanunlar Devri» veya «Fransa'dan Müktebes Kanunlar Devri» olarak adlandırılabilen ikinci devrede ise; kanunlar, gerek muhtevaları, gerekse teknikleri bakımından yalnız Fransız Kanunları örnek alınarak hazırlanıyordu. Bu devrenin ürünü olan kanunlara gelince; bunlar, 1266 (1850) tarihli Ticaret, 1280 (1864) tarihli Ticaret-i Bahriye, 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunları ile 1278 (1862) tarihli Ticaret, 1296 (1880) tarihli Ceza ve 1297 (1881) tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunlardır⁶⁶.

Cumhuriyetle birlikte, bu devrenin de geride kaldığını ve çeşitli ülkelerin değişik alanlardaki kanunlarının iktibas edildiği ve bundan dolayı da «muhtelif menşe'li müktebes kanunlar devri» diyebileceğimiz üçüncü devrenin başladığını görüyoruz. Bu devrenin en güzel örneklerini ise, şüphesiz, bugün hâlen yürürlükte olan Medenî, Borçlar, Ticaret ve Ceza Kanunları ile Usul Kanunları teşkil eder.

⁶² Veldet, Tanzimat, s. 165; Bkz. ayrıca Zeydan, s. 232 vd.

⁶³ Öztuna, Y.; C. XI, s. 186 vd.

⁶⁴ Veldet, Tanzimat, s. 174.

⁶⁵ Veldet, Tanzimat, s. 189-191; Cin, s. 285 vd.

⁶⁶ Veldet, Tanzimat, s. 198-199

Dikkat edilirse, Tanzimatla başlayan modern anlamdaki Türk Kanunlaştırma hareketinin, birinci devrede Batı'nın yalnız «Kanun yapma tekniğini alarak, ikinci devrede buna bir de, Fransız kanunlarının iktibasını ile, muhtevayı ekleyerek, son devrede ise çeşitli batılı milletlere ait kanunlar arasından sosyal bünyemize en uygununu seçip alarak gelişmesini sürdürdüğü görülür. Bu açıdan bakıldığında, 1917 Hukuk-i Aile Kararname'sini, ilk devre kanunlaştırma hareketinin bir hayli gecikmiş son halkasını teşkil ettiği anlaşılır. Bunun sebeplerinin başında, şüphesiz Türk Toplumunun sahip olduğu sosyo-kültürel özelliklerin yanısıra, her toplumda olduğu gibi, diğer hukuk alanlarından farklı olarak, aile hukukunun hukukla ahlâki ve dinî inançların, örf ve teâmüllerin en fazla karıştığı ve içiçe girdiği bir hukuk dalı⁶⁷ olması gösterilebilir.

III. 1917 HUKUK—İ AİLE KARARNAMESİ'NDEN ÖNCE AİLE HUKUKU ALANINA VAKİ DEVLET MÜDAHALELERİ

Tanzimatla başlayan çağdaş anlamdaki Kanunlaştırma hareketinin son halkasını teşkil eden 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, Osmanlı aile hayatını düzenleyen ilk «code»dur. Ancak söz konusu kararnameden önce bir «kanunlaştırma» niteliğinde olmamakla beraber, gerek idarî, gerekse teşriî yolla olsun, çeşitli zamanlarda Türk aile hayatına ilişkin münferit tasarruflar vakî olmuştur. Burada sözü edilen tasarruflara kısaca değinmek, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'ne nasıl gelindiğini ve bu kararnamenin hangi gelişmelerin sonucunda hazırlandığını göstermek bakımından yararlı olacaktır.

İlk olarak, bu konuda, yukarıda kısaca değindiğimiz, hangi tarihte ısdar edildiği belli olmamakla beraber, içindeki hükümlerden, başlıından ve Ebussuut Efendiye yapılan atıflardan Kanunî'den sonraki devirlere ait olduğu anlaşılan⁶⁸ ve Millî Tetebbular Mecmuası'nda yayımlanan⁶⁹ «Kitâb'ün-Nikah» adlı kanunnameden söz etmek gerekir. Bu kanunnamede «İmam-ı Muhammet kavliyle amele memur» olan hâkimin, kocanın akıl hastalığı se-

⁶⁷ GÖKTÜRK, H.A.; Türk Medenî Hukuku, II. Kitap, Aile Hukuku, Ank. 1955. s. 272; OĞUZOĞLU, C; Medenî Hukuk (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku), 5. Basım, Ank. 1963, s. 4.

⁶⁸ Veldet, Tanzimat, s. 159.

⁶⁹ Millî Tetebbular Mecmuası, Mayıs-Haziran/1331, C. I, sy. 2. s. 339-340.

bebiyle zevcesini «şer'an tefrika kadir olduğu», 60 gün içinde üç hayız gördüğüne yemin eden boşanmış kadının bu yeminine itibar olunacağı, teşeffü suretiyle evlenmenin «bu diyarde cari» olmaması hususunda «emir ve men'i sultanî» bulunduğu, yine «bu diyarde şafii kavliyle amel etme» nin yasak olduğu, hicrî 951 yılında hâkimlerin «velisi izinsiz nikahı etmekle memur» oldukları, kadının küfüvvü olmayan erkeğe «izni velisiz» şahitler huzurunda nikâh edilmesi halinde velinin «ademi izni garazı fâside mebnî» olmadıkça bu nikâhın feshedileceği hususları kazuistik bir metodla düzenlenmiştir.

İkinci olarak, evlenme çağına gelmiş kız, dul ve boşanmış kadınların 30 yaşına gelmeden evlenmelerine izin vermeyen veli ve akrabaların bu tutumlarının neslin çoğalmasına mani teşkil ettiği gerekçesiyle «Koca İli» meclisi tarafından zamanın padişahı Abdülmecit'e başvurulması ve bunun üzerine çıkarılan ferman zikre değer. Mesele, fetvahaneden sorulduktan ve Meclis-i Ahkam-ı Adliye'de müzakere edildikten sonra, mülhâkata tebliğ edilmiştir. 1851'de tebliğ olunan bu fermanla, şer'î bir mâni bulunmadığı takdirde, velilerinin izni olmasa bile, baliğa kız ve dul kadınların hakimlerin izniyle sahih ve muteber bir evlenme akdedebilecekleri, bu suretle akdedilen nikâhları velilerinin feshedemeyecekleri, aksine evlenme izni vermeyen velilerin cezalandırılacakları, başlık v.s. gibi sebeplerle evlenmeyi zorlaştırmayı terketmeleri emir ve ilân edilmiştir⁷⁰.

Bu meyanda, 1298 ve 1330 Tarihli Sicilli Nüfus Kanunlarında da evlenme ve boşanmanın tescil ve terkinine ilişkin bir takım hükümler mevcuttur.

1298 Tarihli Sicilli Nüfus Nizamnamesi'nin 23. maddesine göre «nikâhlar mahkeme-i şer'iyyeden alınacak izinname» üzerine kıyılır. Bunun için de, tarafların evli veya bekâr olduklarına dair birer mahalle ilmühaberini nüfus kâğıtlarıyla birlikte mahkemeye vermeleri gerekir. Bu ilmühaberinin nüfus hüviyet suretine uymaması cezayı muciptir. Mahalle imamı bu izinname kendine geldikten sonra, nikâhı kıyabilir ve kıydığı bu nikâhı da, 8 gün içinde izinname suretini ekleyerek bir ilmühaberle nüfus idaresine bildirmeye mecburdur⁷¹.

⁷⁰ TURAN, S; Tanzimat Devrinde Evlenme Meselesi, İş ve Düşünce, I/Ekim/1956, Sy. 182, s. 14; Cin, s. 282 vd.

⁷¹ ŞENSÖZ, V; Mehir Meselesi, Ank. Barosu Dergisi, 1960, Sy. 6, s. 583; Cin, s. 282 vd.

1330 Tarihli Sicilin Nüfus Kanunu ise bu konuda, daha da kapsamlı hükümler getirmiştir. Bu kanunun 26. maddesi ile «ahaliyi müslümin beyninde cereyan eden» nikâhların ser'i hâkimler veya nâibleri, «cemaat-ı gayrimüsliminin» nikâhları ise, ruhanî reisleri veya yetkili vekilleri tarafından kıyılacağı öngörülmüştür. Ayrıca kocaya, nikahın akdinden sonra, akdi icra eden imam, papaz veya hahama tastik ve mühürlettiği, durumu bildirir bir ilmühaberi, nüfus memurları bulunan yerlerde iki hafta, bulunmayan yerlerde iki ay içinde nüfus idarelerine vermek mükellefiyeti yüklenmiştir. 27 ve 28. maddelerle ilmühaberinin şekli ve yabancı ülkelerdeki evlenmelerin nüfusa tescili düzenlenmiştir. O zamana kadar, herhangi bir resmî kayıt ve şekle tabi olmayan tâlâk keyfiyeti ise 29. madde ile kocanın, iki şahit huzurunda yetkili mercilerden aldığı ilmühaberi «tashihi kayıt için nüfus idaresine ita etme» mükellefiyetiyle resmî şekle sokulmuştur. 30. madde ile de «mehâkimi şer'iyede icra olunan nikâh ve tâlâklar için zevç (in) hükkâm veya nâiblerden bir ilmühaber alarak nüfus idaresine ita» etmesi öngörülmüştür⁷².

Buraya kadar zikredilen idarî veya teşriî nitelikteki tasarruflar, Aile Hukukunu kısmen ya doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde düzenlemişlerdir. Ancak, aile hukukuna ilişkin modern anlamda birer kanunlaştırma hareketi vasfını haiz olmayan bu kabil düzenlemeler, zamanla artmış ve nihayet 1917 Hukuk-i Aile Kararnameşi gibi, bir «code»a müncer olmuştur. Sözkonusu kararname üzerinde bundan sonraki konularda etraflıca durulacaktır. Burada Cumhuriyet'ten sonra hazırlanan aile hukuku ile ilgili iki kanun tasarısından kısaca söz etmekle yetineceğiz.

Cumhuriyet'in ilânından sonra da, aile hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketleri devam etmiş ve bu konuda birbirini takip eden iki ayrı tasarı hazırlanmıştır. İlk tasarı, Bursa mebusu Mustafa Fehmi Bey'in başkanlığında kurulan 11 kişilik bir komisyon tarafından kaleme alınmıştır⁷³. Bu tasarı, Şer'iyet Encümeni tarafından ufak değişikliklerle aynen kabul edildikten sonra T.B.M.M.'e sevk edildi. O sırada, Şer'iyet Vekâleti ile Encümenin lağvı, arkasından meclisin tâtile girmesi üzerine tasarı mevkii

⁷² Hukuk-i Aile Kanun Layihası Hakkında Şer'iyet Encümeni Mazbatası, Sebül'ür-Reşat, C. XXIII, sy. 590, 28/Şubat/1340.

⁷³ ULU, E.; Nikâhın (Evlenmenin) Tâlâkînin (Boşanmanın) Sükutu Davaları, AD. sy. 5-6, Mayıs-Haziran/1942, s. 559.

müzakereye konulamadı⁷⁴. Bu tasarı 1917 Hukuk-i Aile Karar-
namesinin hemen hemen aynı idi⁷⁵.

Daha sonra, yeni Adliye Vekili, daha «asrî» bir Hukuk-i Aile
Kanunu hazırlanacağı gerekçesiyle, bu tasarıyı geri aldı. İçinde
Şükrü Kaya, Hafız Şevket, Ahmet Samim, Muammer Reşit beyle-
rin de bulunduğu, Hacı Adil Bey'in başkanlığında yeni bir komis-
yon kuruldu. İstanbul'da bu komisyon tarafından hazırlanan ikin-
ci tasarı da, «merâsim-i mahsusa ile» Ankara'ya gönderilmesine
rağmen, kanunlaşamadı⁷⁶. Çünkü bugün halen yürürlükte bulu-
nan İsviçre menşe'li Medenî Kanun'un hazırlık çalışmaları başla-
mış idi.

§ 3. 1917 HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ

I. HAZIRLANMASI, UYGULANMASI VE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI

1869'da Cevdet Paşa'nın başkanlığında kurulan «Mecelle He-
yeti» tarafından hazırlanan «Mecelle-i Ahkam-ı Adliye» şahıs, miras
ve aile hukukuna ilişkin hükümleri ihtiva etmiyordu. «Mecelle He-
yeti»nin bu hukuk dallarını da, kısa adıyla, Mecelle'nin birer ki-
tabı olarak «codifié» etmeyi düşündüğü, ancak buna imkân ve
fırsat bulamadığı ileri sürülmekle beraber, daha çok statü perso-
neli ilgilendiren bu kitapların hazırlanmamış olmasında islami
hükümleri gayri müslimlere uygulamamak ve bu konularda
onlara serbestî tanınmak düşüncesinin ağır bastığı, o yüzde de,
bu konuların Mecelle'ye alınmadığı sanılmaktadır⁷⁷. Bu vaziyet
karşısında, kanun niteliğinde yazılı bir metinden mahrum eski
uygulama, şahıs ve miras hukukunda olduğu gibi, aile hukuku ala-
nında da devam etmiştir.

Nihayet, Meşrutiyet'in 1908'de ikinci defa ilânıyla birlikte,
iktidar olan «İttihat ve Terakki» partisi, İmparatorluk'un politik
birliğini sağlamak amacıyla bir takım hukukî reformlar yapmayı
tasarlıyordu. Tasarlanan hukuki reformlar arasında ailevi gele-
neklerin tedvin edilmesi de yer alıyordu⁷⁸. Bu arada 1914'de I.

⁷⁴ Hukuk-i Aile Kanun Lâyihası Hakkında Şer'iyeye Encümeni Mazbatası,
Sebül'ür-Reşat, C. XXIV, sy. 616, 11/Eylül/1340.

⁷⁵ İMRE, Z.; Medenî Hukuka Giriş, İst. 1971, s. 97.

⁷⁶ Bkz. dipnot 74'deki dergi.

⁷⁷ Onar, s. 65; Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 692; Cin, s. 291.

⁷⁸ Hıfzı, s. 97; Cin, s. 298 vd.

Cihan Harbi'nin başlaması ve bu harbin sosyal ve ekonomik yapı üzerinde yarattığı derin etkiler, Osmanlı toplumunda yazılı bir aile koduna olan ihtiyacı şiddetlendirdi⁷⁹. Bunun üzerine, tasarlanan hukukî reformları gerçekleştirmek amacıyla büyük harbin başladığı 1914 yılından itibaren bir seri «İhzarı Kâvinin Komisyonları» kurulmaya başlandı⁸⁰. İşte bu komisyonlardan birinin de aile «code»unu hazırlamayı yüklediği anlaşılmaktadır. Ancak, 8 Mart 1916 da⁸¹ bu konudaki kanun taslağını hazırlamayı deruhte eden komisyonun teşekkülü ve çalışmaları hakkında yeterli ve doğrudan bilgileri elde etmek oldukça büyük güçlük arz etmektedir⁸². Bu güçlüğü rağmen, burada, konuya ilişkin kaynaklar ve 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin metin ve gerekçesindeki bilgiler yardımıyla mesele, aydınlığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

İktidar, İmparatorluk'un tebası arasındaki dinî ayrılıkları da dikkate alarak bu komisyon marifetiyle aile hukukuna ilişkin kuralları bütün vatandaşları içine alacak şekilde bir «code»da toplamak istiyordu. İşte bu maksatla, böyle bir kodifikasyona girişirken dinî cemaatlerin inançlarına hürmeten her dinin en yetkili ve en saygı değer şahıslarını toplantıya çağırıldı. Bu suretle medeniyetin ve modern hayatın icapları ile inançların bağdaştırılmasına gayret edildi⁸³. Zaten gerek 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin metninden, gerekse bu metne hakim olan espriden bu gayretin sarfedildiği açıkça anlaşılmaktadır. Böyle bir gayretle, aile «code»unu tedvin etmek için toplanan komisyon, önce konularında yetkili kimselerden teşekkül eden alt komisyonlara ayrıldı. Alt komisyonlarda görev alan kimseler hıristiyan, yahudi ve müslüman dinî-hukuk kurallarını iyi bilen kimselerdi⁸⁴.

Komisyon, müslümanlarla ilgili bölümü hazırlarken «Kitab'ün-Nikâh»ı bir ön tasarı telâkki etti⁸⁵. Kur'an'ın hükümlerini modern hayata intibak ettirebilmek için Hanefî, Malikî ve Şafiî gibi en liberal islâmî mezheplerinin rey ve içtihatlarını «ihtiyacı asra te-

⁷⁹ Çandarlı, s. 87; Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e s. 703; Cin, s. 291 vd.

⁸⁰ Hıfzı, s. 97; BOZKURT, M. E. Türk Medenî Kanunu nasıl hazırlandı? Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü, İst. 1944

⁸¹ ÇANDARLI, H.; L'Evolution du mariage en droit turc et la condition du mari, Fribourg 1941.

⁸² FİNDİKOĞLU, Z. F.; Essai sur la transformation du code familial en turquie, Paris. 1936, s. 29.

⁸³ Hıfzı, s. 28; Cin, s. 233 vd.

⁸⁴ Fındıkoğlu, s. 33, 42.

⁸⁵ Çandarlı, s. 88, 89.

vafuk»⁸⁶ etmeleri itibariyle bir ayırma tâbi tutmak gereğini duydu⁸⁷. Bu «suretle müslümanlar için icabatı medeniyyeye müstenit olan kanunu esasat-ı fıkhiyyeye istinat ettirmek» kolay olduğundan «gayri müslimler hakkında da onların ahkâmı mezhebiyesinden kavâidi lazımeyi istihraç ve telfik ile müşterek mesâilin cümleye şamil olmak üzere»⁸⁸ tedvini öngörüldü. Ayrıca «müslümanlar hakkında yazılacak kavaidi umumiyeden ahkâm-ı mezhebiyelerine ademi tevakufu zahir olanların gayri müslimlere şemil» olmayacağı ve onlar için bu konularda «ayrı ayrı zikir ve tasrih edilmek suretiyle»⁸⁹ istisnaî hükümler konulduğu belirtildi. Bu şekilde İslâmiyet, Hıristiyanlık ve Musevilik'e mensup İmparatorluk'un her üç tebasının inançları aynı «code» içinde birleştirilmeye çalışıldı.

İlk Türk Aile Hukuku «code»unu teşkil eden 157 maddelik 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi böyle bir espri ile hazırlandıktan sonra, Mecelle'nin neşir ve ilânındaki usul uyarınca, Sadrazam ve Parlamento'nun reyine baş vurmaksızın, Şeyhülislam tarafından Hükümdara arz edilmek suretiyle 8 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe konuldu⁹⁰. Bundan dolayı, adı geçen kararname şekli yönden tam bir kanun sayılmamakla beraber maddî yönden tatbiki ve riayeti mecburî olması itibariyle tam bir kanun niteliğine sahip idi⁹¹.

Hemen ilâve edelim ki, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, aile hukukuna ilişkin bütün meseleleri değil, sadece «münakehât=evlenme» ve «müfârekât = boşanma» konularını düzenliyordu. Ancak, bu iki konuya ilişkin hükümler 1917'de yürürlüğe girmekle beraber «nesep, nafaka, müfârekât vukuundan sonra hadene, yani çocuk büyütme» gibi Aile Hukuku'nun diğer konularındaki komisyon çalışmaları devam ediyordu⁹². Ne varki, Büyük Harp boyunca dört yıl süren çok sıkıntılı ve acı günlerin Osmanlı İmparatorluk'u için mağlubiyetle sonuçlanması ve 1918 Meş'um Mondros Mütarekesi'nin imzalanması, bu çalışmaların kanuniyet kazanmasına mani olduğu gibi yürürlüğe girmiş bulunan 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin geleceğini de tehlikeye düşürdü.

Nitekim, Osmanlı İmparatorluğu'nun bu acı ve en ızdıraplı

⁸⁶ Esbab-ı Mucibe Lâyihası (Ansay, Eski Aile Hukukumuz, s. 18)

⁸⁷ Hıfzı, s. 3; Çandarlı, s. 88-89; Karaman, s. 225.

⁸⁸ Esbab-ı Mucibe Lâyihası (Ansay, Eski Aile Hukukumuz, s. 18).

⁸⁹ Esbab-ı Mucibe Lâyihası (Ansay, Eski Aile Hukukumuz, s. 18).

⁹⁰ Çandarlı, s. 88, 89; Onar, s. 64.

⁹¹ Onar, s. 64.

⁹² Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 723.

günlerinin ürünü olan söz konusu kararname, ancak 19 Haziran 1919'a kadar, 1 yıl 9 ay 11 gün yürürlükte kalabildi. Zira, 16 Mart 1919'dan itibaren İstanbul'u işgal altında bulunduran İtilâf Devletleri Kuvvetleri Yüksek Komiseryası müdahale ederek bu kararnamenin ilgasını istedi⁹³. Bunun üzerine 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi 19 Haziran 1919'da neşredilen ve «yevm-i neşrinin ferdasından itibaren mer'iyü'l-icra» olan 7 maddelik «Hukuku Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında»ki diğer bir kararname ile yürürlükten kaldırıldı. Aynı zamanda, bu son kararname ile 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nden önceki «kavaid ve ahkâmın» avdet ettiği, hâlen mercilerinde derdest-i rüyet olan meseleler «eğer bu merâci evvelki kavaid ve ahkâmına göre meracii aidisi ise evvelki kâvâid ve ahkâma tevfikân aralarında rüyet ve hal» olunacağı ve 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'ne «tevfikân lâhik olup henüz kazıye-i muhkeme teşkil etmemiş olan hükümlerin keenlemyekün» addedildiği hükme bağlandı⁹⁴.

1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin İşgal Kuvvetleri'nce lağvettirilmesinde, bu kararname ile gayri müslim tebanın aile hukukuna ilişkin ihtilaf ve ilişkilerinde kısmen islamî hükümlere tabi tutulmuş ve bu suretle çıkar ve imtiyazlarının zarara uğratılmış, dolayısıyla kilise ve Havra Hukuku'nun mevcudiyetine gölge düşürülmüş olmasının etkisi olduğu kadar, bu azınlıkların işgalci kuvvetleri içten tahriklerinin de rolü büyük olmuştur⁹⁵.

1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin mer'iyette kaldığı bu kısa süre içinde, 17. Kanunisanî. 1918 tarihinde neşrolunan bir nizamname⁹⁶ ile evlenme ve boşanmaya ilişkin idarî işlemler düzenlenmiştir. Bu nizamnamenin de desteği ile 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesinin, böyle bir dış müdahale sonucu mer'iyetten kaldırılmış olmasına rağmen, uygulamada, Türk toplumu için MK'nun

⁹³ HUSSAMÎ, A; Le Mariage et la divorce en droit musulman et particulièrement dans son application en syrie, Lyon 1931, s. 1; Çandarlı, s. 88, 89. CİN, H.; Eski Hukukumuzda Boşanma. Ank. 1976 (Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma), s. 125 vd.

⁹⁴ 8/Muharrem/1336 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin lağvı hakkında Kararname (Ansay, Eski Aile Hukukumuz, s. 51).

⁹⁵ Fındıkoğlu, s. 27, 28; Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e. s. 711; Hussami, s. 1; Cin, s.305.

⁹⁶ 17. Rebiulevvel. 1336 ve Kanunisanî 1334 Tarih ve 3107 numara ile Takvimi Vakayi'de Neşrolunan «Hukuk-i Aile Kararnamesine Müteallik Muamelatı İdariye Hakkında Nizamname» (Ansay, Eski Aile Hukukumuz, s. 32-35).

kabulüne kadar aile hukuku alanında fiilen yürürlükte kaldığı söv-
lenebilir⁹⁷.

Bundan başka, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi Osmanlı İm-
paratorluğu'nun sınırları içinde kısa bir süre uygulama imkanı bula-
bilmesine karşılık, Büyük Harp'in sonunda akdedilen 1918 Mondros
Mütarekesi ile anavatandan ayrılarak Fransız ve İngiliz mandasına
giren Irak, Lübnan ve Suriye'de uzun süre yürürlükte kalma imkânı-
nını bulmuştur⁹⁸. Bu arada, bugün sınırlarımız dahilinde bulunan
Hatay ilinde de 1939'a kadar söz konusu Kararname uygulanmıştır.
Bu uygulamanın sonuçları hakkında herhangi bir monografik araş-
tırma henüz yapılmış değildir⁹⁹.

II. 1917 HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ'Nİ HAZIRLAYAN ETKENLER

Bu bölümde aile hukukuna dair kanunlaştırma hareketinin,
yani 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin etkenleri üzerinde durul-
muştur. Ancak hemen ilâve edelim ki, bu etkenleri, gerek Tanzimat-
la başlayan genel kanunlaştırma hareketinin etkenlerinden gerekse
bunları birbirinden kesin hatlarla ayırmak bazan kolay olmamakta-
dır. Çünkü, genel kanunlaştırma hareketinin aile hukuku alanında
devamını sağlayan bu etkenler oldukça girift ve içiçe geçmiş durum-
dadırlar. Bu bakımdan, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin etkenle-
ri, burada, siyasi, iktisadî, sosyal, kültürel ve hukukî olmak üzere
genel bir tasnife tabi tutularak ele alınmıştır.

A. SİYASİ ETKENLER

Her şeyden önce, Türk Hukuk Tarihinde çağdaş anlamda ka-
nunlaştırma hareketini başlatan etkenlerin başında, siyasi olaylar
gelir. Bu olayları, iç ve dış olmak üzere, ikiye ayırarak incelemek
mümkündür:

1. Osmanlı imparatorluğunda modern kanunlaştırma hare-
ketinin başlamasına sebep olan ilk ve en önemli iç siyasi olay,
şüphesiz, 1839 Tanzimat hareketidir. Tanzimat Fermanında «me-
mâlik-i mehrusâmızın hüsnü idaresi zımında» bazı yeni kanunla-
rın çıkarılacağı, işbu gerekli kanunların «mevadd-ı esâsiyesi»nin,
can, namus ve mal emniyeti ile vergi ve askerliğe dair olacağı

⁹⁷ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 735.

⁹⁸ Hussamî, s. 3; Fındıkoğlu: Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 724; Cin, s. 305; Kara-
man, s. 227.

⁹⁹ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 725.

belirtiliyor. aynı zamanda şer'î kanunlara «muhalif hareket edenlerin... hiç bir rutbeye ve hatır ve gönüle bakılmayıp icrası zımında, mahsusen Ceza Kanunnamesi»nin tanzimi emrediliyordu¹⁰⁰.

Hemen bu fermanın ilânını takip eden yıl içinde, 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesinin çıkarılmasıyla başlayan kanunlaştırma hareketleri, Kırım Harbi, 1856 Islahat Fermanı, I. Meşrutiyet'in ilânı, 93 Harbi, II. Meşrutiyet'in ilânı, Trablusgarp, Balkan ve nihayet I. Dünya harpleri gibi, birbirini takip eden büyük siyasî olayların toplumun bünyesinde meydana getirdiği sürekli sarsıntılar ve yeni ihtiyaçlar sebebiyle, zamanla artarak çeşitli hukuk alanlarında devam etti¹⁰¹.

Bundan başka, Osmanlı İmparatorluğu zaptettiği ülkelerdeki milletleri, özellikle statü personele dahil şahıs ve aile hukuku alanlarında kendi teâmül ve âdetlerini uygulamada tamamen serbest bırakmış ve bu bakımdan dünyanın en liberal imparatorluklarından biri olduğunu göstermiştir¹⁰². O sebeple, Türk toplumunun marjında bulunan gayri müslimlere, hemen hemen muhteriyete yakın bir serbestî tanınmıştır. Bundan dolayı, idarî bakımdan olduğu gibi, hukukî ve adlî bakımdan da garip bir karışıklık ve başıboşluk hasil olmuştur¹⁰³. Son zamanlara doğru, bu karışıklık ve başıboşlukla birlikte beliren dağılma ve çözülmenin önüne geçebilmek için, «muayyen ve kat'î kâideleri muhtevi kanunlar yaparak saltanatın kuvvet ve şevketini yükseltmek fikri kanunlaştırma hareketinin mühim amillerinden biri olmuştur»¹⁰⁴.

2. Dış siyasî olayların başında ise, gerek imtiyazların korunması sebebiyle olsun, gerek içteki gayri müslimlerin haklarının korunması bahanesiyle olsun, dış müdahaleler gelir.

Gerçekten bir süreden beri, Batılı devletler, yapılan reformlarla müslümanlara tanınmış olan haklardan, özellikle bütün kamu haklarından, gayri müslimlerin de istifadelerini sağlamak hususunda dünyanın en liberal devleti olan Osmanlı İmparatorluğuna tazyik etmeye başlamışlardı¹⁰⁵. Bu tazyiklerin bazen imtiyazları korumak bahanesiyle de yapıldığı oluyordu¹⁰⁶. Nitekim, Kırım

¹⁰⁰ Öztuna, C. XI. s. 188.

¹⁰¹ Veldet, Tanzimat. s. 165, 167; Onar, s. 59-64.

¹⁰² Veldet, Tanzimat. s. 167.

¹⁰³ Hıfzı, s. 60.

¹⁰⁴ Veldet, Tanzimat. s. 167.

¹⁰⁵ Veldet, Tanzimat, s. 163; Bkz. ayrıca, KÜRKÇÜOĞLU, Ö.; Türk-İngiliz ilişkileri (1919 - 1926), Ank. 1978, s. 27 vd.

¹⁰⁶ Fındıkoğlu, s. 40, 41.

Harbi sırasında İngiltere, Sultan'dan, tebasından herkese kanaatlerini serbestce söylemek ve kendi iradesiyle dinini seçmek hürriyetinin tanınmasının ve bu bakımdan liberal davranılmasını istedi¹⁰⁷.

İşte, sık sık vukubulan bu kabil dış müdahaleleri ve Osmanlı hukuk anarşizmine yöneltilecek eleştirileri önlemek için, İmparatorluk zaman zaman hukuk reformuna ve kanunlaştırma hareketlerine girişmiştir¹⁰⁸. Bu bakımdan dış müdahale ve eleştiriler veya bunların vukuu endişesi, kanunlaştırma hareketlerinin en önemli etkenlerinden biri olmuştur¹⁰⁹. Ancak, hemen belirtelim ki, genel kanunlaştırma hareketleri açısından önemli olan bu müdahale ve eleştiriler aile hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketi bakımından aynı önemi haiz değildir. Aksine, dış siyasi olayların aile hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketinin geç başlamasında, geç tahakkuk etmekle beraber tedvin edilen ve yürürlüğe giren 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin kaldırılmasında menfi bir rol oynamıştır.

B. İKTİSADİ ETKENLER

İktisadî vaziyetteki değişikliklerin yeni ihtiyaçlar doğurduğu ve bu ihtiyaçların da yeni düzenlemeleri gerektirdiği bir gerçektir¹¹⁰. Bu bakımdan, XVIII ve XIX. yüzyıl boyunca tamamen değişen iktisadî şartlar karşısında Osmanlı İmparatorluğu ile Batılı devletler arasında zamanla gelişen iktisadî ve ticarî münasebetler kanunlaştırma hareketlerini büyük ölçüde etkilemiştir¹¹¹. Nitekim, ilk kanunlaştırma hareketlerinin ticaret ve borçlar hukuku alanlarında¹¹² başlaması bu gerçeği açık bir şekilde doğrular¹¹³.

Bu kanunların yürürlüğe girmesiyle artan iktisadî ve ticarî münasebetler, kültürel münasebetlerin de yardımıyla, Meşrutiyet devri Türk ailesini büyük şehirlerde sarsıntıya uğratar. Yabancı kapitalizminin iktisadî ve moral tesirleriyle eski tip ailenin sarsılmaya başlaması, moda düşkünlüğüne, israf ve tüketime dönük harcamanın artmasına, konakların, çiftliklerin ve baba ocaklarının parçalanıp dağılmasına sebep olur¹¹⁴.

¹⁰⁷ Hıfzı, s. 60.

¹⁰⁸ Hıfzı, s. 97.

¹⁰⁹ Veldet, s. 168, 169.

¹¹⁰ Veldet, Tanzimat, s. 167; Cin, s. 291.

¹¹¹ Onar, s. 59.

¹¹² 1266 (1850) tarihli kanunname-i Ticaret, 1280 (1864) tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi, 1278 (1868) tarihli Usulü Muhâkemât-ı Ticaret Nizamnamesi ve Mecelle (Veldet, Tanzimat, s. 197-198).

¹¹³ Onar, s. 59, 60.

¹¹⁴ Ülken, s. 162-164; Oğuzoğlu, Aile Hukuku, s. 5.

Nihayet, 1914 Harbi, Türk kadınına doğrudan doğruya iktisadî hayata katılmaya zorlar¹¹⁵. O zamana kadar evinde kalan Türk kadını, büyük harbin devamı süresince ve onu takip eden yıllarda, karşısında bulduğu geçim derdi ve iktisadî zorlukları yenebilmek için, kocasından boşalan yeri doldurmak üzere sınaî ve ticarî müesseselerde çalışmaya başlar. Artık memur, müteşebbis veya işçi olarak iş hayatına katılır¹¹⁶.

İşte Türk kadınının dünyasında, kocasının yarasını sarmak ve ondan boşalan yeri doldurmak ihtiyacıyla meydana gelen bu değişiklik, aile hukuku alanına ilişkin müdevven bir kanuna olan ihtiyacı artırmıştır.

C. KÜLTÜREL ETKENLER

Aile hukukuna ilişkin sistematik bir kanunun hazırlanmasında siyasî ve iktisadî etkenlerle birlikte, kültürel etkenlerin de rolü büyüktür. Gerçekten, Harbiye, Tıbbiye, Ulûm-i Edebiyye, Maarif-i Âliyye, Guraba mektepleri gibi, bir çok askerî ve sivil eğitim ve öğrenim müesseselerinin açılması, tahsil yapmak üzere, Avrupa'ya öğrenci gönderilmesi, devlet ve saray teşkilâtlarında yaşayış tarzında, kılık ve kıyafette Avrupa'ya benzer değişikliklerin yapılmasıyla daha önce başlayan Osmanlı İmparatorluğu ile avrupa devletleri arasındaki kültürel münasebetlerin, Tanzimat'tan sonra siyasî ve iktisadî münasebetlerle birlikte artarak devam ettiği görülür¹¹⁷. Zamanla artan ve hız kazanan bu kültürel münasebetlerin tesiriyle, Osmanlı Toplumunun kılık-kıyafet tarzında, adabı muaşeret ve hayat üslubunda, erkek ve kadın ilişkilerinde, eğitim ve öğretim sistemi ile fikri yapısında büyük ölçüde değişiklikler meydana gelir¹¹⁸.

Bu alanda meydana gelen değişmelere, devlet adamları ile gayri müslim tebaa ve hâli vakti yerinde olanlar öncülük ettiler. Zira devlet adamları, esasen o güne kadar hâkim zümre ile dinî ve sosyal sebeplerden ötürü kaynaşmamış olan gayri müslim tebaa ve iktisaden durumları elverişli olan diğer kimseler, devrin icaplarına ve sarayın gidişatına uyarak «Memâlik-i Mahruseye tevârütleri gündün güne ziyadeleşen» avrupalıları bir çok bakımdan taklit etmeye ve onlar gibi yaşamaya başladılar¹¹⁹. Bunun sonucu olarak

¹¹⁵ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardine'e, s. 705, 706, 707.

¹¹⁶ Fındıkoğlu, s. 31; Cin, s. 291 vd.

¹¹⁷ TURHAN, M.; Kültür Değişmeleri, İst. 1969, s. 228, 231, 232.

¹¹⁸ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 693.

¹¹⁹ MARDİN, Ebül'Ulâ; Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, İst. 1946, s. 47; Fındıkoğlu, Ebül'Ulâ Mardin'e, s. 693; Turhan, s. 229, 232.

özellikle İstanbul, Selanik ve İzmir gibi büyük şehirlerde tedricen bir kıyafet değişikliğinin meydana geldiği ve bu arada «mesele-i «nisvan» adı altında kadın erkek münasebeti konusunda «avrupai» fikirlerin Osmanlı toplumuna girmeye başladığı görülür¹²⁰.

Yine bu devirde, bugünkü eğitim ve öğretim müesseselerinden pek çoğunun temelleri atılır¹²¹. Tanzimattan önce kız çocukları, pek cüz'i bir oranda erkek çocuklarla birlikte sıbyan mekteplerine devam ederlerdi. Tanzimattan sonra Kız Rüştiyeleri, Darülmualimat, Kız Sanayi Mektepleri gibi okullar açılarak kız çocuklarına da orta ve lise tahsil imkanları sağlandı. İkinci Meşrutiyet'ten sonra, kızların sırf kendileri için açılan «İnas Darülfünun»a devamları temin edildi. 1917'de Sıhhiye Nezâreti'nin kızların da doktor olabileceklerine dair kararı yayınladı¹²². Önceleri yalnız ebe, hastabakıcı ve daha sonra muallim olabilen kızlar, bu suretle erkeklerle müştereken aynı Dârülfünuna devam edebilme ve onlar gibi her türlü yüksek tahsil yapabileme imkânına kavuştular¹²³.

Nihayet, avrupa ile gittikçe artan ve hız kazanan bu kültürel münasebetlerin Osmanlı İmparatorluğun'da, daha önceki devirlerde raslanmadık oranda bir fikri inkişafa sebep olduğu görülür¹²⁴. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan ve imparatorluğun istikbaline bir çok bakımdan etki edecek olan Garpcılık, Türkçülük ve İslâmcılık akımları sayesinde aile hukukuna ait bir çok meseleler basında ve kamu oyunda tartışma konusu yapılır¹²⁵.

İslâmcılardan Mustafa Sabri¹²⁶ ve Ahmet Naim¹²⁷ Beyler, Beyân-ül-Hak ve Sebül'ür-Reşat dergilerinde Taaddüd-ü zevcâta dair yayınladıkları makaleleriyle bu müessesenin «fiilen caiz ve gayri vacip» olduğunu belirterek, tatbikatta «terk olunmak tarafını da kabul» etmekle beraber, eski aile hukuk düzenini savunmuşlardır¹²⁸. Yine İslâmcılardan Mansurizâde Said Bey, içinde Türkçülerin de bulunduğu İslâm Mecmuasında, aşırı İslâmcı olan Ahmet Naim Bey'e karşı çıkarak «Taddüd-ü zevcâtın İslamiyette

¹²⁰ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 693.

¹²¹ Turhan, s. 2.

¹²² Turhan, s. 276.

¹²³ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 708; Turhan, s. 276.

¹²⁴ Turhan, s. 257.

¹²⁵ Cin, s. 289 vd.

¹²⁶ Mustafa Sabri, s. 231.

¹²⁷ AHMET NAIM; Yine Taaddüdü Zevcâta Dair, Sebül'ür-Reşat, 31/Temmuz/1329, C. XII, sy. 308, s. 378-380.

¹²⁸ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 696.

menedilebileceği meselesinin esasen bedihî ve aşikâr bir keyfiyet» olduğunu, caiz olması sebebiyle Ulûl Emrin «menfâat-ı ve maslahât-ı umumiyye bulunduğu» takdirde taaddüd-ü zevcâtı meneden kanunlar vazetmeye şer'an yetkili bulunduğunu ileri sürmüştür¹²⁹. Daha sonra, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi tasarı halinde iken aynı dergide yayınladığı diğer bir makalesi ile de Şeriâtın «ahkâm-ı diyâniye ve ahkâm-ı kazâiye» olmak üzere ikiye ayrıldığını, ahkâmı diyâniyenin «unsuru bâtına ve hâlât-ı hafiye»ye, ahkâmı kazâiyenin ise «âlâim-i ve ahvâl-i zahiriye»ye istinat ettiğini, bütün kanunlara âlâim-i zahiriyenin konu teşkil ettiğini ve bu bakımdan âlâim-i zahiriye dayanarak Aile Hukuku alanında da kanunlaştırmaya gidilebileceğini belirtmiştir¹³⁰. Bu suretle Mansurizâde Said Bey, Ahmet Naim ve Mustafa Sabri Beyler gibi İslâmcılardan ayrılarak aile hukuku alanındaki kanunlaştırma konusunda Garpcılar ve Türkçülerle beraber hareket etmiştir¹³¹.

Buna karşılık, Garpcılar, ayın ve lâm imzasıyla «İzdivaç Meselesi» başlığı altında, İçtihad dergisinde yayınladıkları makale ile «rabıtaylı ailenin teşyit ve takviyesi için tarz-ı hazır-ı izdivaçın kat'iyyen fesh ve tardedilmesi icap ediyor» diyerek, görücülük usulünün terk edilmesini, hatta «izdivaç edecek kadınla erkeğin kab'l-en-nikâh görüşmesinde, birbirlerinin sıfatlarını anlamak için resmîyetten çıkmamakla beraber az çok hususî bir hayat imrar» etmelerini istemişlerdir¹³². Yine Garpcılardan Ateşzade İsmail Hakkı Bey kalkınmamış olmamızı, «müterakkî milletler gibi» çalışmamamıza ve bunu da «kadın ile erkek, yani iki nısfı beşerin yekdiğerinden ayrı yaşaması»na bağlayacak kadar bu konuda ileri iddiaya sahipdi¹³³. Daha sonra, aynı akıma mensup Celâl Nuri Bey, kanunlaştırma konusunda, «Tanzimattan sonra hayli kopyacılık» yapmamıza rağmen «mânây-ı garbiyesiyle bizde kod»un bulunmadığını belirterek, yalnız aile hukukunun tedvini ile Mecelle'nin tamamlanmasını değil, aynı zamanda Mecelle'nin de değiştirilmesini teklif ediyordu¹³⁴.

¹²⁹ MASURİZÂDE, S; Taaddüd-ü Zevcât Münasebetiyle, İslâm Mecmuası, 1330-1332, C. I, s. 325-330.

¹³⁰ MANSURİZÂDE, S; Hukuk-i Aile Kanun Lâyihası Münasebetiyle, İslâm Mecmuası, 15/Mayıs/1333, C. V, Sy. 53. s. 1049-1054 (Mansurizâde, Hukuk-i Aile), s. 1050.

¹³¹ Findıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 701.

¹³² AYIN LÂM; İzdivaç Meselesi, İçtihat, 21 Mart 1329, sy. 1-59, s. 1299.

¹³³ ATEŞZÂDE, İ. H.; 1400 Sene-i Hicrisinde Akd-i Nikâh Derneği, İçtihat, 18 Temmuz 1329, sy. 72, s. 1590-1594.

¹³⁴ Findıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 701.

İslâmcılar ile Garpcılar arasında telifci bir yol izleyen Türkçüler'e gelince; bunlardan, Ziya Gökalp'den çok önce hukukla sosyoloji arasındaki münasebeti sistemli bir şekilde ortaya koyan Ahmet Şuayp, aile hukukunun tedvini ile Mecelle'nin tamamlanmasını ileri sürmüştür¹³⁵. Yine bu fikir akımının en büyük teorisyeni olan Ziya Gökalp, bir taraftan «millî harsın mevcudiyetinden haberdâr» olmayan, «yalnız medenî terakkiye ehemmiyet» veren, dolayısıyla «her husus gibi, aile sahasında da körü körüne avrupayı taklide» çalışan garpcıların da, öbür taraftan «anenevî aile bozulacak diye asrî aile ve asrî kadınlık telâkkilerine kemali şiddetle» karşı çıkan müfrit Şarkçıların da hatalı yolda olduklarını belirterek bu konuda telifci bir görüş savunmuştur¹³⁶. Gökalp'e göre, «Türk ailesi avrupa medeniyetinden yeni zihniyetler alarak şüphesiz asrîleşecektir. Fakat Türk ailesi ne Fransız ailesinin, ne İngiliz ailesinin, ne Alman ailesinin eşi olmayacaktır... Binâenaleyh ailenin ve kadınlığın harsa ait kısmı da ancak dahilî tekâmül yoluyla olacaktır. Yoksa harsın tecdidî içtimâî bünyenin değişmesine tabidir... O halde avrupa medeniyetine girerken millî hasrımızın da tecdid edeceğini kabul etmek iktiza eder... Devleti teşkil eden hukuka gelince, ahlâki duygulara istinat ettiği için bunun bir ayağı harstadır, fakat, aynı zamanda, asrî ilimlere, usullere ve fenniyelelere tevafuk etmesi de liebed olduğu için bir ayağı da medeniyettir... Bu muzaafiyet esas mevzumuzu teşkil eden aile de aynıyle kabili tatbiktir.»¹³⁷.

Hemen ilâve edelim ki, her üç fikri akıma mensup müelliflerin müşterek tarafları, müfrit İslâmcılar hariç, aile hukukuna dair çağdaş anlamda kanunlaştırma hareketine tevlicî ve tefsircî bir zihniyetle taraftar olmalarıdır¹³⁸. O yüzdendir ki, 1917 Hukuk-î Aile Kararnamesi'nin tedvini her üç fikri akımın sâliklerini de memnun etmiştir¹³⁹.

Ancak, bu konuyla ilgili diğer bir hususu daha belirtelim ki, «millî düşünce ve hukukun millileştirilmesinin tanzimattaki kanunlaştırma hareketinde amil olduğunu kabule imkân» olmakla beraber¹⁴⁰, bu düşüncelerin aile hukuku alanındaki ka-

¹³⁵ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ. Mardin'e, s. 701.

¹³⁶ GÖKALP, Z; Aile Ahlâkı-Asrî Aile ve Millî Aile, Yeni Mecmua, 22/T. sâni/1917, C. I, sy. 20, (Gökalp, aile ahlâkı), s. 381-383.

¹³⁷ Gökalp, Aile Ahlâkı, s. 381-383.

¹³⁸ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 702.

¹³⁹ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 720.

¹⁴⁰ Veldet, Tanzimat, s. 168.

nunlaştırma hareketinde önemli derecede rol oynadığı yukarıdaki açıklamalardan açıkca anlaşılmaktadır.

İşte, her üç fikri akıma mensup müelliflerin aile hukukuna ait meseleleri, kamu oyu önünde tartışmaları, 1917 Hukuk-i Aile Karar-
namesi'nin tedvini ve kabulü için gerekli fikri ve kültürel zemini hazırlamıştır.

D. SOSYAL ETKENLER

Tanzimat'tan sonra Garpla olan siyasi, iktisadi ve kültürel alanlardaki sıkı münasebetler sosyal alanda da önemli değişikliklere yol açtı.

Her şeyden önce Tanzimatla birlikte bütün sosyal müesseseler gibi, aile müessesesi de sarsılmaya ve çözülmeye başlar. Arka arkaya gelen Balkan, Trablusgarp ve I. Dünya harpleri gibi, büyük felâketler bu sarsıntı ve çözülmeyi hızlandırır. Bu devrede artık konak tipindeki klasik Türk ailesi, Durkheim'in «conjugal» dediği, karı-koca ve evlenmemiş çocuklardan müteşekkil, yuva tipine geçerek küçülmeye yüz tutar⁴¹.

Bu arada, çözülen aile yapısı içinde daha serbest kalan kadın iktisadi faaliyetlerin yanında bir takım sosyal faaliyetlere de katılmaya başlar. Bu cümleden olarak, kadınların 1874'de kurulan, gerek 1876 Türk-Rus harbinde, gerekse 1897 Türk-Yunan harbinde büyük hizmetleri dokunan, daha sonra «Hilâl-i Ahmer» adını alacak olan «Malûl ve Hasta Askerlere Yardım Cemiyet-i Osmaniyesi»ne üye olmaları gösterilebilir. 1913'de açılan hastabakıcılık kurslarında yetişen genç Türk kızları, bu cemiyet aracılığı ile sosyal hayatın en şefkate muhtaç yerlerinde görev alırlar. Bundan başka «Türk Kadınları Esirgeme Derneği» ile, üyeleri yalnız kadınlardan meydana gelen, orduya elbise ve çamaşır temin etmek üzere kurulan «Kadınlar Eşya Pazarı» gibi sosyal ve iktisadi teşekküller vasıtasıyla Türk kadınları sosyal hayata büyük ölçüde katılırlar⁴². Daha sonra Türk kadınları, aile hukukuna dair tertip edilen toplantılara katılarak bu konudaki fikirlerini açıklamaya başladıkları⁴³.

⁴¹ FİNDIKLIOĞLU, Z. F.; İçtimâiyat Dersleri, C. I, İst. 1971 (Fındıklıoğlu İçtimâiyat), s. 209, 212; ÜLKEN, H. Z.; Hukuk ve Cemiyet, İş Mecmuası, 1942, sy. 30-31, s. 164; Cin, s. 291.

⁴² Fındıklıoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 706; Cin, s. 896.

⁴³ EŞREF EDİB; Hukuk-i Aile Hakkında Türk Ocağındaki İçtima Münasibetiyle, Sebul'ür-Reşat, 24/K. sani/1340, C. XXIII, sy. 585.

gene bu arada, birbirini takip eden harpler sebebiyle erkek nüfusun azaldığı, ve böylece evlilik müessesesini yakından etkileyen toplumun cinsiyet kompozisyonunda kadınlar lehine bir değişikliğin meydana geldiği görülür¹⁴⁴.

İşte bu devrede, gerek Türk aile yapısında ve toplumun cinsiyet kompozisyonunda meydana gelen değişiklikler sebebiyle olsun, gerekse kadının sosyal hayata daha çok katılması sebebiyle olsun, aileye dair bir çok yeni sosyal meseleler belirmeye başlar. Artık beliren bu yeni meseleler bir taraftan şikâyet konusu olurken, diğer taraftan «halli fasl» için gerekli bir takım hukukî tekliflere sebep teşkil ederler.

Nitekim, 1851'de «Kocaili» meclisi, neslin çoğalmasına mâni olacak şekilde velilerin ergenlik yaşına gelmiş kızlarına geç izin vermelerini şikâyet ederek bu durumun ortadan kaldırılmasını Pa-dişahtan ister. Bunun üzerine ısdar olunan bir fermanla bu durum-daki kadınların, kâdılarının izniyle evlenebilmeleri sağlanır¹⁴⁵. Daha sonra, askerlik görevini yapmakta olan birinin, karısının, bir başkasına nikahlanmasına, bakmakta olduğu dava sebebiyle mut-tali olan, Galata Mahkeme-i Şer'iyye kadısı tarafından, «suver-i ma'ruza her veçhi muharrer ahvâl-i elime ve müessifiyeyi... dâfi'» için «gerek dersaadette gerek taşralarda... münâkehât, münhasıran mehâkim-i şer'iyyede huzur-u hâkimde icra olunarak meccânen bir vesikaya raptı»nı, «mehâkim-i şer'iyyenin haricinde bu gibi akitleri icra edenler»in cezalandırılmalarını isteyen «Mesihay-ı Ce-lileye takdim kılınan ârıza»¹⁴⁶ bu konuad bir başka örnek olarak gösterilebilir. Yine aynı yılda yayımlanan bir başka makaleden¹⁴⁷ aile hukuku alanındaki tatbikattan kadınların zarar gördüğü, bu-nun önüne geçmek için «bâdemâ... Mısır'da cari olan usule tevfi-kan» gerek nikâh akdinin, gerekse talâkın «huzur-u hâkimde» ic-rası yolunda bir temâyülün belirlediği anlaşılmaktadır.

Bütün bu olaylar, aile hukukuna ait meselelerin kanun mahi-yetindeki sistematik bir metne ve muntazam bir usule rapdedilme ihtiyacının iyice belirlediğini açıkca göstermektedir.

¹⁴⁴ Fındıkoğlu, s. 42.

¹⁴⁵ Turan, s. 14.

¹⁴⁶ Muhamat, 10/K. evvel/1329, sy. 29 (Muhamat) s. 881.

¹⁴⁷ FUAT ŞÜKRÜ; Ahkâm-ı Şer'iyye Dairesinde Nikâh ve Talâk, Muhamat, 10/K. Sani/1923, sy. 30, s. 919.

E. HUKUKİ ETKENLER

Nihayet hukukî etkenlere gelince, bunları çeşitli açılardan ele alıp incelemek mümkündür :

Önce, hukukî ve adli tatbikat açısından ele alındığında, o gün mer'î ve car'î olan tatbikatın kanunlaştırma hareketine sebep olduğu görülür. Gerçekten, Tanzimat'tan önce kâdıların önlerinde, riâyeti ve tatbiki zorunlu kanun niteliğinde bir metin bulunmuyordu¹⁴⁸. Uygulamak zorunda oldukları hukuk kuralları, büyük islâm müctehitlerinin ciltler dolusu, genellikle arapça yazılmış klasik çalışmalarında mevcuttu¹⁴⁹. Bu bakımdan bir kolaylık olmak üzere IV. Sultan Mehmet (1648-1687) bütün bu klasik çalışmaları ihtiva eden «Mültegâ'ül-Ahbar»ı Türkçe'ye tercüme ettirdi. 1824'de ikinci baskısı yaptırılan bu eser, kanun niteliğini haiz olmayıp sadece cezaî, adli, askerî, malî, milletlerarası ve diğer hukuk dallarına ilişkin islâm müctehitlerinin aynı konudaki çeşitli ve mütenakiz görüşlerini ihtiva eden bir hukuk mecmuası idi. Bu durum, önüne gelen meselelere uygulanacak hukuk kurallarını bunlar arasından bulup çıkarmak zorunda olan kâdı için büyük bir güçlük arz ediyordu¹⁵⁰.

Tanzimatla birlikte bu duruma bir son vermek için çeşitli hukuk dallarında kanunlaştırmaların yapılmış olmasına rağmen, bu defa hukukî ve adli tatbikat bakımından başka bir problemin ortaya çıktığı görüldü. Bu problem, Tanzimat'tan, özellikle Fransız kanunlarından iktibaslar suretiyle yapılan kanunlaştırmalardan sonra, memlekette ayrı ayrı kaynaklardan gelen ve birbirinden mahiyetleri itibariyle tamamen farklı olan iki ayrı hukuk sisteminin mer'î ve carî olmasından, yani hukukî «dualisme» den ileri gelmektedir. Bu devirde, bir yandan kaynağı dinî ve ilâhî olan İslam Hukuku uygulanırken, öte yandan kaynakları itibariyle avrupaî, özellikle Fransız hukuku olan bir kısım kanun ve nizamnameler de uygulanmaya başlanmıştır. Bu yeni kanun ve nizamnamelerin eskiden beri İslam Hukukunu uygulayan şer'îye mahkemeleri aracılığıyla uygulanması beraberinde bazı sakıncaları da getiriyordu. O sebeple, 1871 tarihli bir nizamname ile şer'îye mahkemelerinin yanında «Nizamiye Mahkemeleri» adı altında yeni mahkemeler ihdas edildi ve bu mahkemeler 1880 tarihli bir kanunla son ve mütekâmil şeklini aldı. İşte hem hukukî, hem adli tatbikat bakımın-

¹⁴⁸ Hussamî, s. 26.

¹⁴⁹ Onar, s. 60; Zeydan, s. 239.

¹⁵⁰ Hussamî, s. 26. Cin. s. 286.; Karaman, s. 225.

dan bu «dualisme» karşısında, ana hukuk olan İslâm Hukuku ile ayrı esaslara dayanan yabancı kaynaklı kanunlar arasında memlekette tam bir ahenk ve birliği sağlamak mümkün olamıyordu¹⁵¹.

Konuya kapitülasyonların getirdiği hukukî ve adlî imtiyazlar açısından bakıldığında, bir «dualisme»den ziyade bir «pluralisme»in mevcut olduğu görülür. Gerçekten kapitülasyonların himayesinde her konsolosluk, nezdinde, vatandaşlarını ilgilendiren davalara bakacak birer mahkeme bulunduruyordu. Bu mahkemeler sayesinde Osmanlı İmparatorluğunda yaşayan yabancılar, gerek Medenî ve Aile hukuku konusunda olsun, gerekse Ceza ve Ticaret hukuku konusunda olsun âdetâ hukukî bir muhteriyat ve imtiyaza sahiptiler. Hatta bu imtiyazdan istifade ile bazı müslümanların kendi memleketinin adaletinden kaçıp kurtuldukları bile görülmüyordu¹⁵². Ayrıca İmparatorluğun tebaasından olan gayri müslim dini ce'matlerin, yani hristiyan ve yahudilerin, dindaşlarının medenî, özellikle aile hukukuna ilişkin, meselelerini düzenleme ve uygulama konusunda sahip oldukları hukukî ve adlî yetki de durumu daha da ağırlaştırıyordu¹⁵³. Bu suretle mevcut ve mer'î olan hukukî ve adlî «pluralisme» karşısında, özellikle ailevî meseleler sözkonusu olduğu zaman, hukukî ve kazaî birliği sağlamak mümkün olamıyordu¹⁵⁴.

Hukuk politikası bakımından bir devlet için çok utandırıcı olan bu durum¹⁵⁵, aynı zamanda hukukî güvenlik ve eşitliğin gerçekleştirilmesi bakımından da büyük bir sakınca teşkil ediyordu. Çünkü hukukî güven belli ve kesin kuralların varlığı ile, hukukî eşitlik ise bu kuralların istisnasız (seyyanen) herkese uygulanması ile mümkündür¹⁵⁶. İşte gerek, hukukî güven ve eşitlikle birlikte memleket içinde hukukî ve adlî birliği sağlamak, gerekse bu suretle saltanatın «kuvvet ve şevketini» artırarak imparatorluğun politik birliğini sağlamak düşüncesiyle hareket eden iktidar, bir çok alanlarda gerçekleşmiş olan kanunlaştırma hareketini 1908'den sonra aile hukuku alanına da intikal ettirerek sürdürmek istiyordu¹⁵⁷. Büyük harbin arefesinde kapitülasyonların kaldırılması bu isteği düşünceden fiile intikal ettirmiştir¹⁵⁸.

¹⁵¹ Mardin, s. 47, 62 vd.; Onar, s. 59, 60; Cin, s. 285 vd.

¹⁵² Fındıkoğlu, s. 40, 42.

¹⁵³ Hussamî, s. 26; Fındıkoğlu, s. 42.

¹⁵⁴ Fındıkoğlu, s. 42.

¹⁵⁵ Fındıkoğlu, s. 40.

¹⁵⁶ Veldet, Tanzimat, s. 177.

¹⁵⁷ Fındıkoğlu, s. 33; Veldet, Tanzimat, s. 167.

¹⁵⁸ Hıfzı, s. 97.

Bundan başka, Tanzimatla başlayan kanunlaştırma hareketinin takip ettiği seyir itibariyle, artık sıranın aile hukukuna geldiği de açıkça anlaşılıyordu. Çünkü mantıkî bir muhakeme bize kanunlaştırma hareketinin önce dünyevileşmeye (sécularisation) en elverişli alanlarda, özellikle iktisadî münasebetlerde başladığını, daha sonra hukukla dinî ve ahlâkî kuralların en fazla kaynaştığı ailevî münasebetler alanına geçtiğini göstermektedir¹⁵⁹. Nitekim Türk kanunlaştırma hareketi de böyle bir seyir takip etmiştir. Önce 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesi ile ceza hukuku alanında başlayan kanunlaştırma hareketi daha sonra sırasıyla ticaret, arazi, usûle dair kanunnameler ve Medenî Hukukun yalnız «muamelat»a dair bölümünü düzenleyen «Mecelle» ile iktisadî ve ticarî münasebetler alanına geçmiştir. Bu durum karşısında siyasî, iktisadî, kültürel ve sosyal etkenlerin de tesiriyle kanunlaştırmanın, henüz girmediği aile hukuku alanında da, kendini şiddetle hissettirdiği görülür. İşte yukardan beri açıklamaya çalıştığımız bütün bu etkenler altında aile hukuku alanındaki kanunlaştırma çalışmaları 1914 ilk büyük Dünya harbiyle birlikte başlar.

§ 4. 1917 HUKUK—İ AİLE KARARNAMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ

1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, burada hükümleri üzerinde durulmaksızın, sadece şekil ve sistemetiği; kapsam ve hukuk politikası açısından taşıdığı özellikler itibariyle ele alınıp incelenmiştir. Bu bakımdan inceleme üç bölüme ayrılmıştır.

I. ŞEKİL VE SİSTEMATİĞİ YÖNÜNDEN ÖZELLİKLERİ

Aile hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketinin ilk ürünü olan 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin şekil ve sistemetik bakımdan arzettiği özellikler hakkında kısa ve özlü bir fikir vermek maksadıyla bu kanunun çatısı aşağıya alınmıştır:

¹⁵⁹ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 694.

HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ
MÜNÂKEHÂT - MÜFÂREKÂT

	<u>madde</u>
KİTAB-I EVVEL : MÜNÂKEHÂT HAKKINDADIR	1—101
I. BAB : 1. Fasil — Nişanlanma hakkındadır	1-2
2. Fasil — Ehliyet-i Nikâh hakkındadır ...	4-12
II. BAB : 1. Fasil — Nikâhı memnû olanlar hakkındadır	13-19
2. Fasil — Müslümanlar ve Museviler hakkın da nikâhı memnu olanlara müte- dairdir	20-26
3. Fasil — İseviler hakkında nikâhı memnu olanlara mütedairdir	27-32
III. BAB : 1. Fasil — Nikâhın akdi hakkındadır	33-39
2. Fasil — İseviler hakkında nikâh akdine dairdir	40-44
3. Fasil — Kefâet hakkındadır	45-68
IV. BAB : 1. Fasil — Müslümanlarda nikâhın fesat ve butlanı hakkındadır	52-58
2. Fasil — Müsevilere müteallik nikâhın fesat ve butlanı hakkındadır	59-62
3. Fasil — İsevilere müteallik nikâhın fesat ve butlanı hakkındadır	63-68
V. BAB : 1. Fasil — Nikâhın ahkâmı beyanındadır ...	69-77
2. Fasil — İsevilere Müteallik Nikâhın Ahka- mına mütedairdir	78-79
VI. BAB : 1. Fasil — Mehir hakkındadır	80-91
2. Fasil — Nafaka hakkındadır	92-101
KİTAB-I SANİ : MÜFÂREKÂT HAKKINDADIR	102-157
I. BAB : 1. Fasil — Ahkâm-ı Umumiyye	102-110
2. Fasil — Tâlâk-i ric'i ve bâin hakkındadır	111-118
3. Fasil — Hıyâr-i tefrik hakkındadır	119-131
II. BAB : 1. Fasil — İsevilerin ve Müsevilerin müfâre- kâtı hakkındadır	132-138
III. BAB : 1. Fasil — İddet hakkındadır	139-149
2. Fasil — Müteddeninin nafakası hakkın- dadır	150-157

Yukarıdaki şema¹⁶⁰ incelendiğinde, 1971 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 9 bab, 29 Fasil ve bir yürürlüğe dair olmak üzere, 157 maddeden oluşan iki kitaptan ibaret olduğu görülür. 6 bab, 15 fasıl ve 101 maddeden meydana gelen birinci kitap «Münâkehât»a, yani evlenmeye, 3 bab, 5 fasıl ve 56 maddeden meydana gelen ikinci kitap «Müfârekât»a, yani geniş anlamıyla boşanmaya dairdir. İçinde buldukları baba göre sıra numarası alan fasılların numaraları, Medenî Kanun'un sistematığına uyduğu halde babların numaralanışı uymamaktadır. Çünkü Medenî Kanun'un bütün kitaplarının bab numaraları birbirini takip (teselsül) eder.

II. KAPSAMI YÖNÜNDEN ÖZELLİKLERİ

Kapsamı yönünden arzettiği özelliklere gelince, bu kanunun yalnız aile hukukunun evlilik (karı-koca) hukukuna dair «münâkehât» ve «müfârekât» bahislerini düzenlediği görülür. Hatta bir bakıma nafaka (md. 10, 11) ve velayete (md. 92-101, 150-154) dair birkaç münferit hüküm istisna edilirse, bu kanunda «Karı-koca» hukukunun tamamı bile değil, sadece ilk üç bölümünü teşkil eden «Evlenme», «Boşanma», ve «Evliliğin Umumî Hükümleri»ne dair bahisleri düzenlenmektedir. Şu hale göre, aile hukukunun «Karı-Koca mal idaresi» ile «Hısımlar» ve «Veraset» hukukuna dair hükümleri 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesinin kapsamı dışında kalmıştır. Onun için bu kanunun kapsamı, 357 maddesi ile Medenî Kanun'un en geniş kitabını teşkil eden «Aile Hukuku»na nisbetle çok dardır. Ancak hemen bir hususu belirtelim ki, «münâkehât» ve «müfârekât» gibi aile hukukumuzun en önemli iki bahsini düzenleyen bu kanunun henüz tamamlanmadığı; nesep, nafaka, müfârekât vukuundan sonra hadâne, yani çocuk emzirme gibi, konuların da hazırlanmasına devam edildiği, ne var ki kanunun çok kısa süren ömrü sebebiyle ve o günün ağır şartları altında bunların mer'iyete konulamadığı bilinen bir gerçektir¹⁶¹.

Yukarda alınmış olan şema incelendiğinde 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesinde Müslümanlar, Müseviler ve İseviler olmak üzere üçlü bir ayırımın gözetildiği açıkça görülür. Maddelerden 13'ünün yalnız Museviler'e, 27'sinin yalnız İseviler'e ve 5' inin müştereken her iki cemaate ait meseleleri düzenlediği dikkate alınırca, bu kanunun

¹⁶⁰ Bu şema, Ansay'ın «Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar, «Ank. 1952» adlı eserine aldığı Kararname metninden istifade ile çıkarılmıştır. Bğz. ayrıca, Karaman, s. 225 vd.

¹⁶¹ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 723.

müslümanlara dair ancak 112 madde ihtiva ettiği anlaşılır. Bundan başka, «işbu kararnamede gayri müslimler hakkında istisnâen beyan olunan ahkâma muhalif olmayan mevad, sarahat-ı mahsusa olmadıkça onlar hakkında dahi câridir» diyen 155. maddesi gereğince 115 maddesi Müslümanlarla İseviler arasında, 134 maddesi Müslümanlarla Müseviler arasında, 97 maddesi de her üç cemaat arasında müşterektir.

Dikkati çeken bir başka özellik de bab ve madde kenar başlıkları olmadığı halde, kitap ve fasıl başlıklarının bulunmasıdır.

Ayrıca maddeler formüle edilirken kavramların aynı mükemmelikte kullanıldığı söylenemez. Nitekim bazı maddelerde (md. 27) mükemmel bir ifade tekniği kullanıldığı halde, bazılarında ise düzenlenmek istenen müesseseye aynı mükemmellikte ifade edilememiştir. Onun için bu maddelerde, bazan «iki hemşire gibi» (md. 16) denerek, meseleci (kazuistik) bir ifade tekniğine başvurulduğu, bazan da fesat yerine «batıl» (md. 54, 63) kelimesi kullanılarak «nikâhın fesat ve butlanı»nın birbirine karıştırıldığı görülür. Bütün bunlara rağmen ifade tarzının zamanına göre düzgün, sade ve ileri olduğu rahatça söylenebilir.

Yine kapsamı itibariyle bir başka açıdan bu kanunun, Medenî Kanun'un «Aile Hukuku» kitabının dışına taşdığı ve bu bakımdan daha geniş olduğu söylenebilir. Gerçekten Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkan «Kefaet», «Mehir», «Tâlâk» ve «Taaddüd-ü zevcât» gibi müesseseler 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi tarafından ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu müesseselerle ilgili maddeler de çıkarıldıktan sonra Kanunun kapsamının bugünkü «Aile Hukuku» karşısında daha da daraldığı görülür.

Bundan, başka 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin getirdiği bir başka yenilik de, nişanlanma müessesesidir. Türk Hukukunda, nişanlanmayı ilk tanıyan ve bugünkü esaslara uygun olarak ilk düzenleyen kanun 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'dir¹⁶².

Ayrıca, bu özelliklerine, bir de, o güne kadar evlenme konusunda bir ehliyet teorisi kurulmamış olan İslâm Hukuku'nda ilk defa bu kararname ile evlenecek taraflar için muayyen bir yaş haddi öngörülerek bu eksikliğin giderildiğini eklemek gerekir. Buna göre, bugün olduğu gibi, evlenecek erkeklerin 18, kadınların ise 17 yaşını doldurmuş olmaları şarttır. Ancak bu yaş hadlerini doldur-

¹⁶² Husamî, s. 90; Cin 283 vd. ayrıca MK. md. 83 ile 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi md. 1'i karşılaştırınız.

mamış olan erkek veya kadınlar hakime müracaatla balığ olduklarını açıklayarak evlenmelerine izin verilmesini isteyebilirlerdi. Böyle bir istekte bulunabilmek için, erkeklerin en az 12, kadınların 9 yaşını doldurmuş olmaları gerekirdi (md. 4-5, 6). Aynı şekilde akıl hastalarının evlenmesi konusunda da, bu kanun o gün için yenilik sayılabilecek, bir takım sınırlamalar getirmiş ve gerek olmadıkça akıl hastalarının evlenmesine izin vermemiştir (md. 9)¹⁶³.

Bütün bu müsbet yönlerine karşılık kapsamı itibariyle 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin lehine kaydedilmeyecek bir husus var : O da, bazı ahlâk kurallarının aynı kalıplar içinde ifade edilmiş (md. 73), şartla evlenme ve boşanma (md. 38, 61) gibi, bugünkü hukuk sistemlerine yabancı olan müesseselere yer verilmiş olmasıdır.

III. HUKUK POLİTİKASI YÖNÜNDEN ARZETTİĞİ ÖZELLİKLERİ

A. İLK KANUN OLMASI

Her şeyden önce, bu kanunun Osmanlı İmparatorluğu'nun müslim ve gayri müslim tebaasına ait aile hukuku kurallarını modern anlamda tedvin eden ilk kanun olması, kapsamı ne olursa olsun ona kanunlaştırma hareketleri bakımından mümtaz bir yer vermektedir¹⁶⁴. Dinî ve ailevî olaylar arasında birlik ve beraberliğin hüküm sürdüğü ve fıkha sadık bir kanunlaştırmanın bile zor olduğu bir devirde¹⁶⁵, kapsamı noksan da olsa, böyle bir kanunun tedvini kanunlaştırma hareketi açısından kayda değer önemli bir olaydır. Nitekim 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi daha sonra Cumhuriyet devrinde arka arkaya hazırlanan 1339 (1323) ve 1340 (1924) tarihli Aile Hukuku Kanun taslaklarına modellik; ıstılah ve müesseselerin yerleşmesi ve gelişmesinde bir önderlik etmiştir¹⁶⁶. Aynı zamanda, bu konudaki gelişmelerin İsv. Medenî Kanun'un iktibasında da büyük faydaları olduğu şüphesizdir. Ayrıca 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, dinî esaslara istinat etmekle beraber, bu esasları kanunlaştırmakla aile hukuku alanında kısmî bir devletleştirme ve laikleştirme hareketinin başlamasına da sebep olmuştur¹⁶⁷.

¹⁶³ Cin, s. 294 vd.; Karaman, s. 226.

¹⁶⁴ Hussamî, s. 2.; Karaman, s. 225.

¹⁶⁵ Fındıkoğlu, Ebül'Ulâ Mardin'e, s. 690, 715.

¹⁶⁶ Fındıkoğlu, Ebül'Ulâ Mardin'e, s. 737; Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma, s. 136 vd.; Karaman, s. 227.

¹⁶⁷ Fındıkoğlu, Ebül'Ulâ Mardin'e, s. 704.

B. HUKUKİ BİRLİĞİ SAĞLAMASI

Bu kanunun ülke çapında aile hukuku alanında hukukî birliği sağlayıp sağlamadığı konusuna gelince; bu konudaki görüşleri kanunun leh ve aleyhinde olmak üzere iki noktada toplamak mümkündür. Aleyhte olan birinci görüşe göre, bu kanun Müslümanlar, Müsevîler ve İsevîler için ayrı ayrı hükümler sevkettiği için modern kanunlardaki hukukî birlik ilkesinden mahrumdur. Üstelik, bir de, bu dinî cemaatlerin hukuklarını kanunlaştırmakla devletçe kabul edilmiş bir vahdetsizlik manzarası arzeder¹⁶⁸. Buna karşılık, bizim de katıldığımız lehde olan ikinci görüşe göre, bu kanun üçlü bir karaktere sahip olmakla beraber o günkü Osmanlı Toplumunun dinî açıdan olduğu kadar, etnik açıdan da heterojen olduğu dikkate alınırca, aile hukuku alanında mer'î ve cari olan çeşitli dinî hukuk kuralları ve bu alanda kazaî fonksiyon icra eden çeşitli mahkemeler arasında bir birlik sağladığı da inkâr olunamaz¹⁶⁹.

C. EVLENMEDE DEVLETİN MÜDAHALESİNİ SAĞLAMASI

Her şeyden önce devletin evlenme akdine müdahalesi bakımından bu kanunun, o zamanki Osmanlı Toplumunu için arzettiği önem kayde değer. Gerçekten evlenmelerin nüfus memurlarına bildirilmesi ve tescili konusunda bir takım münferit hükümler nüfus nizamnamelerinde yer almış olmasına rağmen, 1917'ye kadar devlet aile hayatı ve ondan doğan problemlerle bu kanunun tanzim ettiği ölçüde ilgilenmemiştir^{169a}. Onun için ailevi problemler Adalet Bakanlığına değil, «Meşihât» denilen Şer'îye Bakanlığına bağlı şer'îye mahkemelerine bırakılmıştı. Bu açıdan 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi bize Türkiye'de yalnız politik müessesenin inkişaf ettiğini değil, aynı zamanda ailevi hayatta radikal bir değişkenliğin de yapıldığını göstermektedir.

Şu halde bu kanun vasıtasıyla modern devlet ideallerinden biri olan «conjugal» aile tipi devletin müdahalesi ve Türk kamu hayatının gereklerine ve ihtiyaçlarına uygun hukukî reformlarla kendiliğinden gerçekleşmiştir¹⁷⁰. Bu bakımdan 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin nikâh akdini bugünkü esaslara yaklaştırmış olduğu

¹⁶⁸ Fındıkoğlu, s. 42, 44, 45 ve Ebul'Ulâ Mardin'e s. 716; Hussami, s. 62; Cin, s. 292 vd.

¹⁶⁹ Fındıkoğlu, s. 40, 41 ve Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 718.

^{169a} Cin, s. 296 vd.

¹⁷⁰ Fındıkoğlu, s. 40 ve Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 710.

nu söylemekle mübalâğa edilmiş olmaz (md. 37)¹⁷¹. Ayrıca «akdi nikâhın icrasından evvel keyfiyetin ilân» olunacağını öngören Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 33. maddesi karşısında, MK. md. 98'in, bizde, yeni bir şey olmadığı anlaşılır¹⁷².

D. POLİGAMİK EVLİLİK VE TÂLÂK MÜESSESELERİNİ İSLAH ETMESİ

Son olarak, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin Poligamik evlenme (taadüd-ü zevcât), tâlâk (rèpudiation) ve boşanma (hiyar-i tefrik) konularında izlediği hukuk politikası üzerinde durmak isteriz¹⁷³.

Bu kanunun «üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc sahîh ve şart muteberdir» diyen 38. maddesiyle erkek için bigamiye izin verilmiştir. Ancak kanun gene bu hükmü ile hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmayan poligamik evliliği ilk eşin iznine bağlamaktadır. Aile ocağında rakîbeye izin vermeyen tabii kadınlık psikolojisini iyi bilen komisyon bu şartla poligamik evliliği «ismi var cismi yok» bir müessese haline getirmiştir. Ortadoksların çok radikal bir şekilde yapılacak reform esprisine karşı her an muhalefet etmeye hazır vaziyette bulunduğu bir devirde, bu hükmü, bir bakıma monogamik evlenme yolunda atılmış önemli bir adım olarak değerlendirmek gerekir¹⁷⁴. Hatta o günün şartlarında bu müessesenin tamamen kaldırılmasının zor olduğunu bilen hukukçulardan biri¹⁷⁵, poligamiyi müdafaa niyeti olmaksızın, bu kanunun «şeriatın poligamiyi emretmediğini ve fakat ona cevaz verdiğini ilan etmiş olması»nı bile kendileri için yeterli bulmuştur. Çünkü bu hüküm sayesinde «şayet erkek bir daha evlenme hürriyetine sahipse, buna karşılık kadında ona müsaade etmemek hürriyetine sahiptir.»¹⁷⁶. Bu bakımdan şer'i cevaz ile poligaminin açık ve net reddi arasında bir denge kurmaya çalışan kanunun bu maddesinin (md. 38), hukuk politikası yönünden isabetli bir yol izlediği söylenebilir¹⁷⁷.

Gene bu kanunda düzenlenen tâlâk (md. 102-118) ile hiyar-i tefrik (md. 119-131) müessesesine gelince; erkeğin tek taraflı bir

¹⁷¹ Cin, s. 296 vd.; Karaman, s. 226.

¹⁷² Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 711; Cin, s. 299.

¹⁷³ Bkz. Cin, s. 300 vd.

¹⁷⁴ Fındıkoğlu, s. 43, 45, 46; Cin, s. 802; Karaman, s. 226.

¹⁷⁵ AHMET SAKİ; En Revue de turquie, Lausanne, Juin 1918.

¹⁷⁶ Fındıkoğlu, s. 45, 46; Bkz. ayrıca Mehmet Zihni, s. 2.

¹⁷⁷ Fındıkoğlu. Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 715.

irade ile karısını boşamasına imkân veren tâlâk müessesesi bir taraftan «nikâh-ı biş-şart» ile tahdit edilirken, diğer taraftan kadına bazı sebeplere dayanarak kocasından ayrılma imkânı veren «hıyar-ı tefrik» müessesesiyle erkeğin tâlâk yetkisi dengelenmeye çalışılmıştır. Bu suretle 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi «müslüman kadınlara teveccüh eden ve erkekler tarafından kullanılan bu «defetme» selahiyet ve nüfuzunu asrî şekilde boşamaya kalbeyledi. Bize göre bu kalbedişin manası çok büyüktür. 1926'daki müsavatchi tâlâk prensibi için zemin hazırlanmıştır, denebilir»¹⁷⁸.

Ayrıca yine bu kanun, 130. maddesi ile aile içinde çıkan anlaşmazlıkların önce «Aile Meclisi» tarafından halledilmesini öngörmüştür. Türk Hukuku için yeni olan bu müesseseyi, yani «aile meclisi»ni, kanun koyucu «memleketimizde aileler içinde mevcut pek çok uygunsuzlukların refi ve izalesine hâdim» görmüş ve bu suretle «zevcilerine zulüm ve itisaf ettikleri halde tâlâk kendi ellerinde olmak hasebiyle haklarında nafaka takdirinden başka bir muamele icrası mümkün olmayan zevcelerin muamele-i itisafkârânelerine»¹⁷⁹ son vermek istemiştir.

S O N U Ç

Yukarda 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi hakkındaki görüşlerimizi yeri geldikçe etraflı bir şekilde açıklamıştık. Burada, o açıklamaların ışığı altında vardığımız sonuçları kısaca belirtmekle yetineceğiz.

Bazı tenkitlerin düşündüklerinin aksine, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesini başarılı bir teşriî eser olarak mütalâ ediyoruz. Çünkü bu eser devletle aile arasındaki ilişkiyi kuran ilk Türk Aile Hukuku kanunudur. Onun bu niteliği bile değerini takdire yeter. Ayrıca o, kendisinden sonra aile hukuku alanında cereyan eden kanunlaştırma hareketlerine de modellik etmiştir. Dolayısıyla aile hukuku ile ilgili birçok hukukî müessese ve mefhumların gelişip yerleşmesine sebep olmuştur.

Bundan başka, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi en farklı ve en heterojen unsurları modern bir hukuk esprisi içinde birleştirmeyi iyi başarmıştır. Gerçekten üçlü karakterine rağmen bir vahdetten

¹⁷⁸ Fındıkoğlu, Ebul'Ulâ Mardin'e, s. 713; Bkz. ayrıca, CİN, H.; Eski Hukukumuzda Boşanma, s. 104, 107, 122 vd. 125, 127 vd.

¹⁷⁹ Münâkehât ve Müfâkerât Kararnamesi Esbabı Mucibe Layıhası (Ansay, Eski Aile Hukukumuz, s. 31.).

de mahrum değildir. Prensip çeşitliliği içinde bile, din ve ırk ayırımı gözetmeksizin devletin müdahalesini eşit şekilde temin etmesi bakımından o, tam bir vahdeti temsil etmektedir.

Yine, söz konusu kararname ikili bir ruhtan esinlenmiştir; bir taraftan dinî geleneklerden, diğer taraftan modern hukuk ruhundan. Buna rağmen bu kanun ile kanun koyucu, olaylarla hukukî unsurları bağdaştırma konusunda güzel bir örnek vermiştir.

Kısaca, 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesini Türk Aile Hukuku'nun kodifikasyonu açısından ileri ve önemli bir adım olarak değerlendirmek gerekir.

