

## Türk Hukuk Devriminin Felsefesi<sup>(\*)</sup>

Yasemin IŞIKTAÇ<sup>(\*\*)</sup>

### I- Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra ilk hukuksal düzenlemeler "var olan hukuk düzeninin yenilenmesi" amacına yöneliktir. Bu nedenle 1923 yılında Adalet Bakanlığı bir talimat çıkararak yürürlükteki kanunların yenilenmesi amacıyla komisyonlar kurulmasını istemiştir. Bu komisyonların çalışmaları sırasında yararlanılacak hukuk kaynakları da aynı talimatta; fıkah hükümleri ve diğer uluslarca benimsenmiş yasal düzenlemeler olarak belirtilmiştir. Anayasalarla birlikte bir hukuk sisteminin asıl taşıyıcı ögesi olan medeni yasalar, bir hukuk düzeninin sistem olarak anlaşılmasında son derece büyük öneme sahiptir. Medeni hukuk alanında Ahkâm-ı Şahsiye ve Vacibat Komisyonları olmak üzere iki komisyon kurulmuştur. Her iki komisyon da eski gelenekçi tutumdan kopamamıştı ve bir çok tartışmadan sonra 19 Mayıs 1924'te yeni bir talimatname ile komisyondan "çok acele hazırlanacak modern kanunlar" istenmiştir. Bu talimat yeni yasalar yapmak için gereken uzun ve meşakkatli çalışmaların yerine uygun yasaların tercümesi yani resepsiyon seçeneğinde karar kılmıştır.

Türk Hukuk devrimini ilginç bir resepsiyon olarak ele alabiliriz. Resepsiyon yani iktibas yabancı ülke hukukunun benimsenmesi yoluyla hukuksal değişimin gerçekleştirilmesidir. Resepsiyon aslında bir reform çabasıdır. Reform ise var olan düzendeki bazı uygulamalardan hoşnut olmayıp sistemin özünü değiştirmeksizin belirli kurum, değer ve faaliyet ya da koşullarda bazı değişiklikler gerçekleştirildiğinde var olan düzenin iyileştirileceği, geliştirilebileceği ya da kurtarılacağı düşüncesidir. Siyasal, ekonomik ve hukuksal reformlar var olan yapı içinde gerçekleştirilir.

Yabancı hukukun benimsenmesi (Reception, Rezeption) ile belirli bir hukuk düzeninde gelişen bir hukuk kurumu, kavramı ya da olgusunun veya bunların tümünden oluşan bir bütünün, istenerek, başka bir hukuk düzenine alınması anlaşılır. Benimsenmenin başlıca özellikleri, benimsenen hukuk olgusunun benimsenen ülke tarafından istenerek alınıp aktarılması ve benimsenen hukukun ana yurdu ile benimseyen ülke arasında iki yanlı bir ilişkinin bulunmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti geleneksel doğu modelini be-

nimseyen imparatorluk hukukundan modern yaklaşımlı batı-laik hukuk düzenine köklü bir geçiş yaparak salt bir yasal hareketliliği değil aynı zamanda köklü yapısal değişiklikleri de gerçekleştirdiği için bu tutum bir devrim olarak isimlendirilmektedir. Bu bağlamda batılılaşma sadece bir amaç değil, tüm ilkeleriyle birlikte sistemli kalkınma ve aydınlanmanın bir aracı olarak da görülmüştür.

Aslında Osmanlı İmparatorluğu 19.yy.'in ikinci yarısından itibaren sistemde aksayan yönleri düzeltme arayışına girdiğinde batının başarılı işleyen kurumlarına dikkatini yöneltmiştir. Bu yenileşme çabaları bir devrim olarak değerlendirilemez. Ancak Cumhuriyet'le birlikte zihniyet değişikliğinin de öngörülmesi resepsiyonun anlamını değiştirmiştir. Batı Avrupa'da kanunlaştırma hareketinin kaynağı olan "Doğal Hukuk" akımı, akılcı felsefe, hukuk güvenliğinin sağlanması gibi etkenlerin yerine siyasal ve ekonomik etkenlerin Osmanlı İmparatorluğu'ndaki kanunlaştırma hareketleri üzerinde etkili olduğu görülmektedir. Yeni resepsiyonda ise Cumhuriyet döneminden önceki benimseme hareketlerinden farklı olarak rasyonalizm, millî egemenlik ve laiklik ilkeleleriyle modern ulus devlet yapısına köklü bir yönelim gösterir.

Önemli bir sosyolojik sorun olan toplumsal değişim açısından, reform ya da çalışmanın özgün yönelimi olarak resepsiyonun anlaşılmasında genel toplumsal değişim sorunlarının özgün bir değerlendirmesi yapılmalıdır. Toplumsal değişim içsel ve dışsal değişim biçiminde gerçekleştirilebilir. Akademik olan bu ayrıma rağmen aslında değişimin kökeni, tümüyle dışsal veya içsel etkenlere bağlı olarak açıklanamaz.

-Toplumsal değişimin nerede başladığı

-Toplumsal değişimi başlatan gruplar  
-Değişimin yönü, hızı vb.

Bu üç gösterge toplumların büyüklüğü ya da karmaşıklığı derecesine göre de değişmektedir.

Aslında tüm toplumsal değişimler gibi resepsiyon da bilinçli bir değişimdir. Çünkü bireylerin amaçlı eylemleriyle olur. Ancak amaç ve hedef arasında her zaman tutarlı bir çizginin bulunduğu ileri sürülemez. Çünkü toplumsal yaşamdaki çok sayıda girdi beklentilerinin her zaman olduğu gibi gerçekleşmesine olanak tanımaz. Yani amaçlanan şey başka, ortaya çıkan sonuç başka olabilir.

Değişimin amaçlı değişim niteliğini kazanması ortak bir amacın belirli ve planlı bir değişim süreci ile derece derece gerçekleştirdiği modern toplumlarda olmaktadır. Toplumsal kaos dönemlerinde etkin bir hukuk uygulamasından söz edemeyiz. Bir hukuk düzeninin geçerliliği, ancak bu düzene çoğunluğun uyması ile gerçekleşebilir. Çoğunluk var olan hukuk düzenini yadsıdığına, düzen kağıt üzerinde geçerliliğini koruyabilir ama, toplumsal planda artık geçerliliğini yitirmeye başlamış demektir. Kaosun sona erdirilmesi için önce düzenin sağlanması sonrada bu düzenin nitelikli bir hale getirilmesi yani hukuksal sisteme çevrilmesi gerekir. Toplumsal değişim farklı hız ve boyutlarda da olsa her toplumda gözlenen ve o toplumun bütün kurumlarını etkileyen bir süreçtir. Ekonomi, hukuk gibi temel toplumsal kurumların insanların temel gereksinimlerinin karşılanması sürecinde ortaya çıkan yeni gereksinimler yükselen talep ve değişime neden olmaktadır. Hunt, toplumsal değişimi "bir toplumun sosyal yapısındaki ve ilişkilerindeki değiş-

(\*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(\*\*) Doç. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

me” olarak tanımlarken<sup>(2)</sup>, Moore, toplumsal değişmeyi “normlar, değerler, kültürel ürün ve sembollerini kapsayan sosyal yapının değişmesi” olarak tanımlar<sup>(3)</sup>. Normatif yapıya atfedilen bu önem hukuksal argümanın değişiminin toplumsal açıdan taşıdığı önemi göstermektedir.

Batılı olmayan toplumlardaki değişim sürecini açıklamak amacıyla gerçekleştirilen modernleşme kuramı her şeyden önce modern ve geleneksel olarak nitelendirilen iki toplum tipinin karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Bu tipleştirilmede esas olarak modern toplum tipinin ne olduğu ifade edilmiş, geleneksel toplum ise bir tür “modern olmayan toplum” biçiminde algılanmıştır. Bu algılama açısından hukuksal değişimin iki ilginç örneği olarak Japonya ve Türkiye üzerinde durulabilir.

Japonya doğulu bir ülke olarak modernleşme sürecinde hukuksal resepsiyonun ilginç bir örneği olarak durmaktadır. M. S. 660 yılına kadar uzayabilen Japon İmparatorluk geleneği Çin yönetim modeli üzerine kurulmuştur. Feodal bir yapılanma olarak yüzyıllarca iç savaşlar yaşayan Japonya tarihinde sadece iki kez Moğol istilasına uğramış bunun dışında içe dönük bir toplumsal ilişki sürdürmüştür. Avrupalı sömürgecilerin 17. yüzyıl ortalarına doğru Japonya’yı keşfi ve sömürgeci faaliyetler yeni bir içe kapanma sürecini başlatmış ve 250 yıl sürecek bir despotizmi tetiklemiştir. Hıristiyan misyonerlerin katli, ülke dışına çıkışı yasaklamak için gemi yapım yasağı ve yabancıların ülkeye girişinin

engellenmesi gibi tedbirlerin konulmasına yol açmıştır. 1868’de Tokugava hanedanının devrilmesiyle yeni bir reform dönemi başlamıştır. “Batının teknolojisi ve doğunun kültürü” sloganıyla Japonya yeni bir açılım sürecine girmiştir. Batının teknolojik gelişimi ve kurumları yavaş yavaş Japon uygulamasına yansımıştır. Daha sonra 2. Dünya Savaşı’ndan yenilerek çıkan Japonya özellikle Amerika’nın da baskısıyla yeni bir batılılaşma ve demokratikleşme sürecine girmiştir. Bu daha çok siyasal yapılanmaya yansımıştır. Japonya tıpkı Türkiye gibi Kıta Avrupası hukukunu özellikle de Alman hukukunu benimsemiştir. Japonya’nın bugün ulaştığı gelişmişlik düzeyi çoğu zaman başarılı resepsiyonu, girişimciliği ve çalışkanlığı ile birlikte değerlendirme konusu yapılmaktadır<sup>(4)</sup>. Gerek Türk uygulaması gerekse Japon uygulaması bilinen en başarılı resepsiyon örnekleri olarak gösterilmektedir.

Japon Meiji Restorasyon Dönemi hukuk hareketleriyle hem Tanzimat Dönemi yenileşme hareketleri hem de Cumhuriyet Dönemi benimsemeleri arasında bazı ilginç benzerlikler bulunmaktadır. Her iki ülkede yabancı hukukun benimsenmesini batılılaşmak yani çağdaşlaşmak amacıyla yapmıştır. Gönüllü bir seçiş olması açısından da modeller benzerdir. Tanzimat yenileşmesi ve Japon hukuklarının modernleşmesinde dış ticari baskıların etkisi olduğu söylenebilir. Değişikliklerin kapsamındaki genişlik gerek Japon resepsiyonunun gerekse Türkiye Cumhuriyeti resepsiyonunun

devrimsel niteliğini göstermektedir. Belirli bir hukuk sisteminde yer alan ulusal bir hukuk düzeninin, başka bir hukuk sistemine yerleştirilmesi söz konusudur. Her iki ülkede de kendisine özgü bir dünya görüşü, hukuk anlayışı, yönetim biçimi ve gelenekler sisteminin varlığı dikkat çekmektedir.

Sürekli değişim ve gelişim içinde bulunan toplumlar, başka toplumların buluşu ya da ürünü olan bazı kurumları benimseyebilirler. Bir toplumun yaşam biçimini düzenleyen hukuk bu tür değişim konuları en temel alanlardan birisidir.

Türk hukuku açısından resepsiyonun çok cesurca ve geriye bakılmaksızın yapıldığı bir gerçektir. Bu yolla kabul edilen Avrupa kanunlarının toplumsal yaşamı nasıl ve ne ölçüde etkilediği ise hem hukuk sosyolojisinin hem de hukuk tarihinin en zor sorunlarından birisidir. Sadece resepsiyonla alınan yasalar değil toplumsal yaşama düzeninin programı olarak hukuk alanında yapılacak her türlü değişim, toplumun bütününden ya da yasaların getirdiği düzenlemelerle uyum gösteremeyen çeşitli kesimlerden tepki alabilir. Toplumu oluşturan sınıf ve yapı farkları ile birlikte bulunan birçok toplumsal katmanın her zaman birlikte hareket etmesini beklemek mümkün değildir. Buna ek olarak zihniyet olarak gelenekçi veya yenilikçi oluş da önemli bir etkidir. Bu nedenlerle resepsiyonla ilgili değerlendirmeler yapılırken resepsiyonun sadece hukuksal bir değişim olarak ele alınması yeterli değildir. Bu önemlidir; ancak bunun yanında tarihsel, sosyal ve politik nedenler ve bunlara eşlik eden diğer pek çok şart da göz önüne alınmalıdır. Bu nedenlerle Türk

Hukukundaki bu köklü değişimin temel koşullarını göz önünde bulundurarak ele almak gerekir.

## II-Tarihsel Perspektif

Devleti devlet yapan üç temel unsur olan toprak, halk ve egemenliğin 30 Ekim 1918 Mondros Ateşkesi ile bütünüyle parçalanması Osmanlı Devletinin fiilen sonuçlanması anlamına gelir. Kısa bir kargaşa ve kararsızlık anından sonra ortaya çıkan boşluk Sivas Kongresinden başlayan bir süreçle doldurulmuştur. Mustafa Kemal Anadolu ve Rumeli Müdafaa-ı Hukuk Derneklerini de arkasına alarak yeni bir siyasal cephe oluşturmuştur. 1919’da yapılan seçim bu siyasal yapının temellerini sağlamlaştırırken 28 Ocak 1920’de İstanbul’da toplanan Meclis-i Mebusan’da Anadolu’da hazırlanan Misak-ı Milli Beyannamesi ile bu siyasal yapı yeni bir devlet olma olanağına kavuştu. Türkiye’de 1920’den itibaren kurulmaya başlanan yeni siyasal anayasal rejim Mustafa Kemal’in damgasını çok güçlü bir şekilde taşımakla birlikte ulusal bağımsızlık savaşının koşullarından doğmuştur<sup>(5)</sup>.

Misak-ı Milli birkaç açıdan son derece önemlidir. İki ülkenin siyasal gelişiminin önünü açmak, ikincisi bir hukuksal bütünlük sağlamak, üçüncüsü ise mali gelişme için engel oluşturan kapitülasyonları kaldırmak. Misak-ı Milli sadece tam bağımsız bir devlet olma isteğini değil aynı zamanda farklı bir yapılanmanın ortaya çıkarılacağını da göstermektedir. Osmanlı merkezi olan İstanbul 16 Mart 1920’de işgal edilince ortaya yeni bir durum çıkmıştır. O da yeni devletin merkezinin İstanbul olmayacağıdır. 23 Nisan 1920’de o zamanlar küçük bir Anadolu kasabası olan Anka-

(2) C. L. Hunt, *Sociology*, 4. Edition, Tokyo, Toshio Printing, 1976, s. 538 vd.

(3) W. E. Moore, “Social Change”, *International Encyclopedia of Social Sciences*, New York, McMillan, 1968, s. 366.

(4) Bozkurt Güvenç, *Japon Kültürü*, 4. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992; Karel von Wolfereen, *Japon Gücünün Sırrı*, 2. Baskı, çev. İnci Kurmuş, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992.

(5) Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 4. Baskı, İstanbul, Y.K.Y., 1997, s. 45 vd.

ra'da TBMM toplanmıştır. TBMM seçim yoluyla kurulmuştur ve verdiği ilk karar da İstanbul hükümetini tanıma- mak olmuştur<sup>(6)</sup>. Kurulmuş olan bu hukuksal zemin egemenliğin bir aileden alıp doğrudan halka vermiştir. Böylece siyasal kökenli bir hareketle hukuka ilişkin temel düzenlemelerle bir yön çizilmiş oldu. Bu gelişmeleri 20 Kasım 1922'de yapılan Lozan Konferansı izlemiştir. Lozan Konferansı en az kuruluş çalışmaları kadar önem taşır. Yeni cumhuriyetin tam bağımsızlığının asıl uluslararası alanda kabulü anlamına gelir. Bu konferans ile genç cumhuriyetin hukuksal olarak tam bir değişim içine girmesi, ülke topraklarında yaşayan ve o güne kadar çeşitli kapitülasyonlarla ayrıcalıklar elde etmiş olan azınlıklar açısından önemli tartışmalara yol açmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun dinsel yanı ağır basan hukukunun<sup>(7)</sup> tek hukuk olarak kabulü halinde azınlıklara da uygulanacak olması Lozan'daki en büyük tartışmalardan birisidir. Kapitülasyonların bir sonucu olarak konsolosluk mah-

kemeleri ilgili oldukları azınlıkların hukuksal sorunlarını çözümlenmekteydi. Bu yeni devletin tek hukuk altında bütünleşmesi açısından çok büyük bir engeldi ve 17 Aralık 1927 tarihli Başbakan Rauf Bey'in şu telgrafı temel kaygıları ortaya koyuyordu: "... Yabancıların mahkemelerimize başvurmalarını da tabamız gibi hukuk ve özgürlüklere haiz, fakat tamamen yasalara tabi olacaklarını kanunlarımızın çağın gereksinimlerine göre düzeltilmelerine taraftar olduklarını, herhangi bir devletin tebaasından uzmanlara gereksinim duyulduğunda başvurabileceğini ancak adli teşkilatımızda veya hakimlerimizin arasında bir yabancıнын kabulüne izin vermeyeceklerini" bildirmekteydi<sup>(8)</sup>. Lozan'da asıl tartışmaların özel hukuk alanlarında özellikle de aile hukuku alanında çıktığını görüyoruz. Kapitülasyonların kaldırılması tartışılmaktadır. Ancak büyük devletlerin Türk adalet sistemine kapitülasyonlardan daha geniş bir denetim ağı kurmak üzere hazırlıklar yaptıkları da görülmür. Lozan da 31 Ocak 1923'te Türk he-

(6) İstanbul hükümetini tanımadığına dair ilk karara ek olarak 23 Nisan 1920 tarihli TBMM'nin suret-i teşkilî hakkındaki heyet-i umumiye kararı 25 Nisan 1920 tarihli "kuvveti-i icra teşkiline dair heyet-i umumiye kararı" ve 2 Mayıs 1920 tarihli "TBMM icra vekillerinin suret-i intihabına dair 2 Sayılı kanun"la meclis hükümetini oluşturmak için gerekli olan hukuksal zemini de hazırlamış oldu. 28 Şubat 1921 tarihine kadar çıkarttığı 104 yasa ve karamame ile yeni devletin hukuksal yapısı şekillenmiştir. Bkz. Ergun Özbudun, 1921 Anayasası, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992, s. 20 vd.

(7) Teokratik bir devlet olan Osmanlı İmparatorluğu, temelde İslam hukukunu uyguluyordu. Ancak Osmanlı hukuku sadece İslam hukukundan ibaret değildir. Kamu hukukuna ilişkin konularda padişah İslam hukukunun temellerine aykırı olmamak veya bu alanın dışında olmak koşuluyla hukuk yaratma yetkisini kullanırdı. Kamu hukuku alanına İslam hukuku kurallarının azlığı, geniş topraklara ve birbirlerinden ırk, din, kültür bakımından büyük farklılıklar gösteren insan gruplarına hükmeden devletin şartlara ve zamana uyma gereksinimi padişaha bu yetkinin verilmesini zorunlu kılmıştır. Padişahın daima bir oluşum ve gelişim halinde bulunan hayatın her gün getirdiği farklı ve yeni gereksinimlere uygun olarak ceza, vergi, toprak hukuku gibi alanlarda koyduğu kurallara "örfi hukuk" adı verilir. Padişahlar şeriat dışı alanda akıl yoluyla ve eski Türk geleneklerinden de yararlanarak koydukları kurallarla Osmanlı Devlet örgütüyle ilgili ana düzenlemeleri yapmışlardır. Bunlar kanunname başlığı altında toplanmıştır. Örfi hukuk sadece kamu alanında geçerli olup özel hukuka ilişkin konular bütünüyle İslam hukuku ilkelerine göre kadılar tarafından fıkıh kitaplarından benzer olaylar araştırılarak kıyas yöntemi ile çözülmüştür. Ülkede yaşayan farklı din ve mezheplerdeki gayrimüslimlere ise yine İslam hukukunun bu konudaki "zimmet" hükümlerine uygun olarak kendi dini hukuk kuralları uygulanmıştır. Bkz. Halil Cin, "Osmanlı Hukuku ve Tanzimat Dönemi Yargılama Usulü", 150. Yıldönümünde Tanzimat, Ed. H.D.Yıldız, Ankara, 1992, s. 2; Haim Berger, "Sharia Law and Custom in the Ottoman Law", The Court Record of the 17. Century, Bursa, International Journal of Turkish Studies, BD. 2, 1981, ss. 131-147.

(8) Bilal Şimşir, Lozan Telgrafları I, No:4, s. 104.

yetine sunulan "Türkiye'de adaletin yönetilmesine ilişkin bildiri tasarısı"nda Türk adalet bakanlığı ile bazı şehirlerin mahkemeleri ve Yargıtay'a 5 yıl süre ile hukuk danışmanları ataması öngörülmekte ve danışmanlara "Kanunları Adalet teşkilatını ve cezaevlerini çağdaş koşullara uydurmak için gerekli reform tasarılarını hazırlamak görevleri verilmektedir"<sup>(9)</sup>. Ancak bu konu büyük tartışmalara ve sonuçta konferansın kesilmesine yol açmıştır. Türkiye'nin tezi "Türkiye'deki azınlıkların haklarını diğer anlaşmalarla kabul edilen esaslar içerisinde ve Müslümanlarla aynı şartların sağlanması ile kabul edilir. Azınlıkların korunması, Türk ülkesinin bütünlüğüne ve bağımsızlığına zarar verecek bir bahane olarak kullanılamaz", biçiminde özetlenebilir. Sonuçta Türk devletini din ayrımı yapmaksızın tüm vatandaşlarına uygulanacak bir Medeni kanun çıkarma hakkının korunması bir yıl içinde yeni kanun yayınlanana kadar azınlıkların eski yasal düzenlemelere uyma gereği noktasına varılmıştır<sup>(10)</sup>.

Bu tartışmalarda batı ülkelerinin Türkiye'de yaşayan herkese uygulanabilir genel nitelikte bir kanun hazırlanmasının olanaksızlığı konusundaki düşüncelerine Türkiye Cumhuriyeti üç yıl sonra yeni bir medeni yasa ile yanıt vermiştir<sup>(11)</sup>.

Sonuçta Lozan Antlaşması ile sadece azınlıklar değil, ülkede bulunan yabancılar da ayrıcalıklarını kaybetmişlerdir.

Artık yabancılarla, vatandaşlar arasında hukuksal açıdan bir farklılık olmayacaktır. Hukuksal temel olan eşitliktir. Bu kabul hukukta reform hareketlerinin başlaması için uygun ortam yaratmıştır<sup>(12)</sup>. Öneriler özellikle Avrupa'da eğitim almış aydınların önerisi, hukuka ilişkin daha önce yaşanmış hatalı deneyimlerden sıyrılarak batı hukuk ilkelerinin bilimsel dayanakları ile birlikte bir hukuk birliği sağlayacak biçimde kabulüdür<sup>(13)</sup>. Bu radikal önerileri 3 Mart 1924 tarihinde halifeliğin kaldırılması, tevhid-i tedrisat kanununun kabulü izlemiştir. Böylece gereksinimlere cevap vermeyen eski hukuk, bütünüyle bırakılacak batıdan resepsiyon yoluyla alınan hukukla sistem yeniden kurulacaktır. Bütün yasalar içinde özel bir yere sahip olan medeni yasalar, başka hukuk dalı tarafından veya özel bir takım kurullarla düzenlenmeyen insanın bir kişi olarak önem taşıyan tüm işlem, eylem ve ilişkilerini düzenleyici bir genelliğe sahiptir. Bu genellik medeni kanunların belli zümre ya da meslek veya yaş grubunu değil tüm toplumu kapsayıcı olduğunu gösterir. Öyle ki bu eşitlik belli ölçüde yabancıları da kapsayabilir. Bu derece önemli bir yasanın ne tür bir yapılanma ile ortaya çıkarılacağı konusu gerçekten de büyük güçlükler arz eder. Bir çok tartışmadan sonra İsviçre Medeni kanunu 17 Şubat 1926'da kabul edilmiştir ve 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir<sup>(14)</sup>. Monogami, medeni haklardan yararlan-

(9) Cemil Bilsel, "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", Medeni Kanunun XV. Yıldönümü için Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944, s. 31 vd.; Seha Meray, Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar, Belgeler, Cilt:1, Ankara, 1972, s. 41-42.

(10) Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, 1996, s. 180 vd.

(11) Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 181.

(12) Bilsel, "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", s. 34.

(13) Ziya Gökalp, Türkçülüğün Esasları, İstanbul, 1970, s. 74.

(14) Bu sırada bazı medeni yasaların da resepsiyon ile ilgili tartışmalar yapılmıştır. Örneğin Alman Medeni Yasası eskiliği, hukuk Almancası'nın güçlüğü ve detaycılığı nedeniyle, İtalyan medeni yasası ise özellikle aile hukukuna ilişkin Katolik tutumu nedeniyle reddedilmiştir. M. E. Bozkurt, "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?" Medeni Kanunun XV. Yıldönümü için Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944, s. 7-20.

ma ve onları kullanma, miras, evlilik birliği, boşanma, velayet, kadın erkek eşitliği gibi çağdaş bir çok ilke benimsemiştir. Türk medeni yasası genel, milli, sosyal ve dini farklılıkların hak ehliyetini etkilemesine izin vermediği için de laik özellikler taşımaktadır. Türk Medeni Kanunu bu özellikleri ile demokratikliğini ve devrimciliğini vurgulamıştır<sup>(15)</sup>. Bunun anlamı; “Çağdaş uygarlığın Türk toplumuyla bağdaşmayan yönleri varsa, bunun sebebi Türk milletinin yetersizliği ve bilgisizliğinden değil, onun gereksiz bir biçimde varmış bulunan ortaçağ örgütü ve dinsel düzenlemeler ve kurumlarıdır”. Medeni Kanun bu gerekçe ile, “geri kalmışlığın ve çağdaş uygarlıktan uzak kalışın sebebinin Türk toplumunun yetenek eğilimine bağlanamayacağını, Türk milletinin yetenekli ve bilgili olduğu, ancak milletin birtakım hürâfelerle aldatıldığını” ortaya koymaktadır. Aynı gerekçede amaç olarak da “çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisini bu uygarlığa uydurmak zorundadır” denilmektedir. Aynı doğrultuda 26.6.1956 tarih ve 6762 sayılı, 1. Ocak 1957 de Türk Ticaret Kanunu, 18 Haziran 1927 de Hukuk Muhakemeleri Usulü yasaları da yürürlüğe girmiştir.

Yukarıdaki tarihsel perspektif şu sonuçları gösteriyor;

- Tek tip bir hukuka gereksinim duyulması

- Yenilik ve gelişimleri karşılayabilecek nitelikte bir hukuk sistemi oluşturma istemi

- Tam bağımsızlığın anahtarı olarak ve dış baskılardan kurtulmak için ulusal yapıyı bütünleştirici tek hukukun zorunluluğu.

Bu hedeflerle başlayan Türk hukuk devrimi özü itibarıyla bugüne kadar ay-

nı doğrultuda gelişimini sürdürmüştür. Sistemin özel hukuk alanındaki bu başarısına karşın kamu hukuku alanında özellikle de insan hakları ile ilgili hala eleştiri alıyor olması ise başka bir konudur. Tazminattan beri özlemi çekilen “zamanın ihtiyaçlarına uygun kanunlar”, “çağdaş bir hukuk sistemi yaratma” amacı kamu hukuku alanındaki yasalara da yansımıştır.

Çağdaş hukuk zihniyeti yazılı hukuk kurallarını oluştururken, üstün hukuksal ve insan değerleriyle toplumun ileriye dönük gereksinimlerini göz önünde bulundurmıştır. Hukukun genel ilkelerle biçimlenmiş genel ve soyut yapısı gelecek beklentileri de eklenerek hukuka bir dinamizm kazandırılmıştır.

Atatürk, hukuk devrimini geleneksel doğmalardan kurtarmak için çağdaş batı hukuk sistemlerinde olduğu gibi toplumun ihtiyaçları doğrultusunda gerekli olan yeniliklere açık bir hale gelmesini sağlamıştır.

Tanzimat dönemi yenileşme hareketlerinde farklı bir tutum görüyoruz. Örneğin 1856 Fransız Ceza Kanunu yeni ceza kanunu olarak benimsenirken birinci maddesinde “...her halde Ahkâm-ı Şer’iye’nin mahfuz bulunduğu” hükmü konularak yeni hukukun uygulaması açısından hem zihniyet olarak hem de teknik açıdan oldukça kapsamlı bir istisna getirilmiştir. Oysa Cumhuriyet döneminde hukuk devrimi bu tür tavizleri bünyesinden bütünüyle uzaklaştırmıştır.

Yenilik ve gelişimleri karşılayabilmek açısından “milli egemenlik” kavramının benimsenmesi ulus devlet modeliyle örtüşür ve çağdaş batılı düşünce ile aynı paraleldedir. Gerçi 1876 Anayasasında egemenlik millet ilişkisini kur-

muştur. Ancak 4., 7. ve 87. mad. Ahkâm-ı Şer’iye’ye uygunluğa açık göndermelerıyla sınırlı bir milli egemenlik belirlemesi yapmıştır. 20 Ocak 1921 Anayasasının 1. mad. “hâkimiyet bila kaydü şart milletindir” diyerek net bir yaklaşım göstermiştir.

1937’de açıkça anayasaya girmiş olan laiklik Türk hukuk devriminin temel ilkesidir. 1928 anayasa değişikliğiyle devletin resmi dini ve şeriat hükümlerinin uygulamasıyla ilgili maddelerin kaldırılmasıyla fiilen laiklik yerleşmiştir. Laiklik ilkesi Türk hukuk devrimini oluşturan unsurların bir sonucu olarak görülmemelidir. Aksine laikliğin Türk hukuk düzenindeki tanımı hukukun kaynağının rasyonelleştirilmesidir. Kurulmuş olan hukuk düzeni, günlük yaşamda din üzerindeki baskıyı engellemek diğer yandan dini, toplum yapısını ve yaşantısını belirleyen bir unsur olarak değil, kişilerin kendi bünyelerinde bulunan kişisel bir kurum olarak ele alır.

Ceza hukuku alanında 1810 tarihli Fransız Ceza kanunu 1858 yılından beri yürürlüktedir. Bu yasa üzerinde pek çok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin yasanın bütünü üzerinde etkileri ve daha güçlü bir siyasal iktidar yaratmayla ilgili amacı da göz önünde tutulduğunda yeni yönetimin bu yasaya da sıcak bakamayacağı açıktır. Önerilen 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasıdır. Çeşitli tartışmalardan sonra 1.3.1926 tarih ve 765 Numaralı kanun 13 Mart da yayınlanmış ve 1 Temmuz 1926 da yürürlüğe girmiştir. Bu yeni yasanın en önemli hükmünün “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanında bir çok insan onu-

ruyla bağdaşmayan ceza da ortadan kaldırılmıştır.

1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa dayanılarak hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve vergi kanunları da hazırlanıp yürürlüğe girmiştir.

Bir bütün halinde ele alındığında Türk hukuk devriminin kapsamının genişliği daha çok anlaşılmaktadır. Hukuk devrimi özelliği gereği diğer tüm devrimlerin hem temelini hem de güvencesini oluşturmuştur. Kemalist devrimin bir aracı olarak hukuk, geleneksel yapının değiştirilmesine yönelik politikaların bir güvencesi de olmuştur. Hukuk devriminin kökeninde Atatürk’ün açıkça belirlemiş olduğu “dışa bağımlılıktan kurtulmak için kalkınma” ve “demokratik toplumlardaki siyasal, sosyal ve ekonomik özgürlüklere kavuşma” istemi asıl itici güçtür. Böylece ülke muasır devletler topluluğuna dahil edilmiş olacaktır<sup>(16)</sup>. Resepsiyon, Türk milletinin kendi kimliğinden vazgeçmesi anlamına gelmemiştir. Resepsiyonla alınan yasaların iktibas öncesi koşullar ve daha sonradan ortaya çıkan gereksinimler doğrultusunda yapılan değişiklikler de hukukun milli karakterini belirginleştirmiştir. Aslında benzer hukuk kurallarının farklı sonuçlar veriyor olmasını bir yandan da olumlu alabiliriz. Benimsenmiş hukukun içselleşmesi uygulamanın milli nitelik kazanması bu farklılaşmalar çerçevesinde de alınabilir. Ancak Türk uygulaması açısından mehz yasadan bütünüyle bir kopuştan söz edemeyiz. Aksine uygulamada örneğin İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını ve doktrinini dikkatle izlendiğini görmekteyiz.

(15) Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, s. 198.

(16) Mustafa Kemal Atatürk, *Nutuk*, C: II, s. 124 vd.

Yargıtay çeşitli kararlarında bunu açıkça göstermiştir<sup>(17)</sup>. Türk Doktrini ve uygulaması ile yabancı yasalar millileşirken, Türk sosyal yaşamındaki yabancı oluş niteliğini de yitirmiştir. Böylece hukukun en başarılı uygulanması olarak benimseme ile ilgili süreçler yürürlüğe girmiştir. Eski hukuk sisteminin mülkiyet ve geliştirilmiş ticari uygulamaları medeni hukukun özellikle borçlar hukuku ve mülkiyete ilişkin konularındaki başarısını garantilemiştir. Resepsiyonun hukuk sisteminin bazı dallarında daha başarılı olması doğaldır. Ticaret Hukuku gibi modern ekonomik ve teknik gereksinimleri karşılayacak bir alanda yabancı kanunların alınması daha kolaydır. Çağdaş koşulların yarattığı gereksinimlerin benzerliği ve hukukun globalleşmesi bu tür benzeşmeleri giderek arttırmaktadır.

Türk Hukuk Devrimi ile hızla yabancı kanunlar tercüme edilmiş, meclisten geçmiş, halktan hemen hiç tepki almadan yürürlüğe sokulmuşlardır. Ancak farklı hukuk ortamlarında, farklı toplumların gereksinimlerine uygun olarak doğmuş, farklı kültürlerin ürünü olan ve birbirleriyle homojenlik içinde olmayan pek çok yasanın yürürlüğe konması kuşkusuz bir şüpheye yol açmıştır. Yeni Hukukun tüm kuralları uygulamada hemen geçerli olmamıştır. Alışkanlıklar, inançlar, pratik gereksinimler, sosyal gerçekler karşısında bazı kurallar aynen uygulanamamıştır. Aile Hukuku ve kısmen Miras Hukuku alanında kadın erkek eşitliğine yürürlük kazandırmak ve özellikle medeni nikah usulünü bütünüyle yerleştirmek ne yazık ki mümkün

olmamıştır. Bu alanlarda bir kısım eski hukukun izi olarak sürdürülen gelenekler, yürürlükteki kanunlara ters düşüyordu. Kanun koyucunun, bu alışkanlıklar sonucu toplumun bir kısmının yeni yasa karşısında uğrayacağı ve bir süre sonra topluma yansiyacak olan zararları azaltmak için ayrıksı hükümler konulması, örneğin resmi memur önünde yapılmış nikaha dayanmayan birleşmelerin - imam nikahı veya başka şekiller altında devam eden beraberlikler gibi- geçerli evlilik ve bu birleşmelerden doğan çocukların da nesebinin sahîh olarak kadınla erkeğe izafeyle tescilinin yapılması gibi- çatışmanın en tipik örneğini oluşturmaktadır. Çeşitli af yasası uygulamalarını da bu önlemlere ek olarak gösterebiliriz. Bu sorunların hukukun iktibas edilen diğer dalların değil, sadece Aile Hukukuna ilişkin olduğuna da dikkat edilmelidir. Üstelik, yeni hukuk kurallarının yerleşmesinde karşılaşılan güçlükler de sadece eski hukukun getirdiği alışkanlıkların devam etmesi değil, yeni kanunun getirdiği ayrıntılı şekil şartları gibi teknik, halkın kültür, eğitim düzeyi gibi sosyal ve nihayet ekonomik koşulların da rol oynadığı unutulmamalıdır.

Eski ve yeni yaşam biçimleri arasındaki çatışmaların bir süre daha yaşanacağı şüphesizdir. Ancak, hukukun itici gücü sosyal geleneklerin oluşumunu yeni bir yola da sokmaktadır. Aslında Türkiye'deki hukuksal değişim arayışları Osmanlı İmparatorluğu'nun yenileşme çabalarına kadar götürülebiliriz. Bu yenileşme çabaları zihinsel açılıma da işaret etmektedir. Osmanlı İmparatorluğunun

gelişen batı karşısında yeni bir pozisyon arayışı söz konusudur. Çöküş döneminin çözümlenmesi için önerilen bu yeniliklere ek olarak bir entelektüel hareket olarak Jön Türkler tarafından ortaya koyulan bir zihniyet değişikliğini de sayabiliriz. Jön Türkler tarafından savunulan, din ve devlet işlerinin ayrılması kadın-erkek eşitliğinin sağlanması gibi düşüncelerin, kurtuluş savaşının olağanüstü şartlarının da etkisiyle radikal bir biçimde laik bir hukuk düzenine dönüştürüldüğünü görüyoruz. Türkiye böylece İslam Hukukunu uygulamayan ilk ve tek Müslüman ülke oluşuyla, Osmanlı İmparatorluğunu içinde çüründüğü hukuk çokluğuna da düşmemiştir<sup>(18)</sup>.

Benimsenen hukukun getirdiği değerlerin milli olmadığı yolundaki, resepsiyonun en temel eleştirisi artık hukukta birleşme eğilimlerinin yoğunluğuna da bağlı olarak önemini yitirmiştir. Bugün için ancak bazı özel kanunların milliliğinden bahsedilebilir. İnsan hakları öğretisi ve uluslararası ticaret hukuku hatta ticari yargılama hukukunun uluslararası oluşu konusu tartışma dışıdır. Ayrıca uluslar arası hukuk alanında resepsiyonla köklü değişim, bir prestij kaybı da sayılmamaktadır<sup>(19)</sup>. Avrupa birlik hukuku gibi, ortak kurallarla yeni hukuksal birlikler oluşturulurken, ülkelerin kendi hukuk kurallarından vazgeçmeleri ya da bazı alanlarda kendi hukuk kurallarını geri çekmeleri de hep gündemdedir<sup>(20)</sup>.

Günümüzde en çok üzerinde durulan ve insanın insanca yaşamını sağlayan "insan hakları"nın köklü temelini, Türk hukuku açısından 1926 yılında Türk Medeni Kanunu atmıştır. Eşitlik, insan

haklarının vazgeçilmezliği gibi ilkeler, uluslararası düzeyde en kapsamlı ifadesi ilk kez 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile bulmuşken, medeni yaşamız bu ilkeleri 1926'da topluma kazandırmıştır. Medeni Yasa 8. maddesi ile genel eşitliği düzenlemiştir. Bu hüküm sayesinde kadın erkek arasında cinsiyete dayanan, Müslüman olanlarla olmayanlar arasında dine dayanan, yerli ve yabancı arasında ırka dayanan asilzade ve aşiretten olanlarla olmayanlar arasında soy bağına dayanan ayrımlar ortadan kalkmıştır.

Medeni Yasa 8. maddesiyle getirdiği eşitlik ilkesi ile ilgili genel kuralların yanında, özellikle kadın erkek eşitliği konusunda özel düzenlemeler de yapılmıştır. Kadın ve erkeğin eşitliği ve irade serbestliği evlenmeden başlayarak bir çok kurum içinde biçimlenmiştir. Aynı şekilde medeni yasanın 23. maddesi 1. fıkrası özgürlüklerden vazgeçilmeyeceğini 2. fıkrası ile hangi hallerde sınırlandırma getirileceği konusunu düzenler ancak bu sınırlandırmanın sınırları da düzenlenmiştir. İnsanlık tarihi ve deneyimler, çeşitli açılardan zayıf olanların temel hak ve özgürlüklerden çoğu zaman maddi yarar karşılığında vazgeçtiğini gösteren örneklerle doludur.

Medeni kanun 23. maddesi 2. fıkrası ile yasakoyucu, insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu özgürlüğünden "insanlık onuruyla" bağdaşmayan gerekçelerle vazgeçemeyeceğini düzenlemiştir.

Resepsiyonun iki çağdaş ve başarılı örneği olarak Türk ve Japon uygulamaları bu benimsemeden ortak ve milli bir kültür yaratmış olmakla çağdaşlaşma

(17) Örnek olarak 28.11.1945 ve 13/15 sayılı içtihadı birleştirme kararında "kanunlarımızı yorumlarken kendi memleketimizi gözönünde tutmakla beraber, yorumlamada ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz" denilmektedir. Resmi Gazete, 1946, s. 6365.

(18) Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 211 vd.

(19) M. Rheinstein, "Types of Reception", Annales de la Faculte droit d'Istanbul, No. 6, 1956.

(20) Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 213 vd.

konusunda başarılı bir sınav vermişlerdir.

Günümüzde 78. yılına girmiş olan medeni yasa, geçen bu uzun sürede dil açısından, çalışma, ekonomi ve teknik alanlardaki ve özellikle uluslararası düzeydeki değişiklikler karşısında bazı açılardan erozyona uğramıştır. Mehaz İsviçre Medeni Yasası eşler arası mal rejimi, evlatlık kurumu, kadın erkek eşitliğini zedeleyen hükümler, kişilik hakkının korunması gibi konularda, uluslararası gelişmeler ve sözleşmelere uygun olarak gözden geçirilmiş ve değerlendirilmiştir<sup>(21)</sup>. Bu değişiklikler daha sonra Medeni yasamıza da yansımıştır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler anlamında da iç hukukla ilgili düzenleme yapma gereksinimi doğmuştur.

Birkaç örnek vermek gerekirse; örneğin kadın erkek evlenme yaşları açısından medeni kanunumuz farklı düzenlemeler getirmektedir. Oysa kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın giderilmesi sözleşmesi<sup>(22)</sup>, evlenme yaşı açısından da ayırım yapılmamasını öngörmektedir. Bu düzenleme medeni yasanın bu açıdan gözden geçirilmesini öngörmektedir. Aynı sözleşme 16-1. madde ile de "...taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli tüm önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilişkisine dayanarak kadın haklarını sağlayacaklardır" ilkesi getirilmiştir. Aynı şekilde çocuk hakları sözleşmesi<sup>(23)</sup>, açısından da bazı hükümlerin yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir. Tüm bu çabalar Medeni Yasanın başlangıçtan beri

taşıyıcısı olduğu Türk hukuk devrimini devam ettirdiğini gösteriyor. Bir aydınlanma devrimi olan Türk Hukuk Devrimi topluma bütünüyle yeni bir yapı kazandırma savaşıdır. Hukuk-kültür ilişkisi açısından karşılıklılık, aydınlanmanın hem hukuk eliyle hem de kültürleşmeyle kurulabileceğini gösterir. En temel yapı taşı olarak laiklik hukukun kaynağını kesin olarak rasyonelleştirilmesi olanağını sunar. Bu olanak aydınlanmanın bir proje olmaktan çıkarak gerçeklik olmasını sağlar. Atatürk, bir kültür ögesi olarak hukukun değişmesiyle bir yandan laikliği güvenceye almış diğer yandan yapısal değişikliklerin itici gücüne çevirmiştir. Bir başka ülke hukukunun benimsenmesi, eğer rasyonel gerekçelerle oluyorsa "ülkeler bir çoktur, fakat uygarlık birdir" söyleminin bir ifadesine dönüşebilir.

### III- Sonuç

Türk hukuk devriminin felsefi temelini sınırlı doğal hukukçu bir anlayış olarak belirleyebiliriz. Cumhuriyet bu felsefi temeli milli egemenlik görüşü üzerine kurar ve 1789 İhtilali'nin kökenlerine bağlı kalır. 29 Ekim 1923 tarihinde anayasanın 1. maddesi "Türkiye Devletinin hükümet şekli cumhuriyettir" ifadesi ile bu milli egemenlik anlayışını açıkça hüküm altına almıştır. Başlangıçta normativist pozitivist temeller Fransız İhtilali yansımasıydı. Bu nedenle etkin bir pozitivist tavır Türk hukuk uygulamasında ve teorisinde görülür. Bu aynı zamanda anlaşılabilir bir şeydir. Çünkü son derece köklü, sosyolojik bir kırılma olarak yaşanan Kurtuluş Savaşı

ve sonrasındaki gelişmeler yeni zihniyetin yerleşmesi açısından tavizsiz bir uygulamayı zorunlu kılmıştır.

Ancak normativist pozitivist bu tutumun aynı zamanda doğal hukukçu izlenimini de açıkça görebiliriz. 1924 Anayasasının 68. maddesinin ilk fıkrası "Her Türk hür doğar, hür yaşar" ifadesi açık bir doğal hukuk atfıdır. Eşitlik ve özgürlüğün doğuştan sahip olunan haklar olarak tescili aynı zamanda bu hakların vazgeçilmezliğini göstermektedir.

Aynı esasların özellikle Medeni Yasanın 4. maddesindeki açık adalet göndermesinde de görebiliriz. Böylece katı pozitivist uygulamadan çok hukukun amaçsal kavranışı ve sonuç olarak da toplumun düzeninin güvencesi olmasına gönderme yapılmış olmaktadır. Türk hukuk devriminin belkemiğini oluşturan Medeni Yasa, hem rasyonel hem de evrensel oluşuyla belirgin bir felsefi tutum göstermektedir. Medeni Yasanın 1. maddesinin düzenlenmesiyle birlikte kurduğu "hukuk sisteminin boşluk içermeyen bir bütün olduğu" düşüncesi evrenselliğin bir delili olarak kabul edilmektedir. Çünkü hâkim önüne gelen uyuşmazlığı önce hukukun olanaklarıyla, o yeterli olmazsa örf ve âdetle, o da yeterli olmazsa kendisi kanun koyucu olarak çözecektir. Hâkim insanın doğasından kaynaklanan hukuka dayanacaktır. Yani hukukun idesi ve ideali olan adalet çerçevesinde çözüm oluşturacaktır. Burada örf ve âdet hukukuna ikincil bir imkanla başvurulması fazla abartılmamalıdır. Çünkü örf ve âdet ilkelerinin uygulanma kabiliyetleri anayasayla uygunluk çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Yani örf ve âdete anayasaya aykırı olmamak koşuluyla başvurulabilecektir. Sonuçta hukuksal argümanın yetersizliği hâkimi karar vermemeye değil, sis-

temle uyum gösterecek bir boşluk doldurma faaliyetine yönelir. Burada da kriterin adalet olduğunu görüyoruz.

Uygulamanın adaletle sürekli ilişkilendiriliyor olması "adaletin kestiği parmanın" neden acımadığını bize gösterir. Adaleti bir eşitlik düşüncesi olarak tanımladığımızda, geçerli ve yürürlükteki hukuka bağlılık bunu temin edeceğinden yine doğal hukukçu bir tutum ortaya çıkarır.

Adalete uygunluk düşüncesi her türlü hukuk sisteminde şu üç alanda bir zorunluluk olarak varlığını hissettirir;

-Hukukun uygulanmasında

-Hukukun amaç ve sonuçlarının yorumlanmasında

-Hukukun negatif uygulanmasının sınırında

Eşitlik düşüncesi daha geniş bir anlamda sorumluluk ve karşılıklılık açısından tüm hukuk ilişkilerine yansıtılabilecek genişliktedir.

Hakların pozitif metinlerle güvenceye alınması hatta uluslar arası platformda hem normatif hem uygulama ve korruma altına alınmış olması acaba sistem için gerçek bir garanti teşkil ediyor mu? Hukuka niçin uyuyoruz? Hukuka uygun davranışın niçin iyi bir şey olduğunu düşünüyoruz? Ya da milli hukuk açısından okuma yaparsak Kurtuluş Savaşı ile kazanılmış bir ülkede eşit ve hür vatandaşlar olarak laiklik ilkesinin koruması altında demokratik haklar çerçevesinde kurduğumuz cumhuriyetin bize katı pozitivist bir uygulama olarak değil adaletli bir uygulama olarak yansımasını istemek en doğal hakkımızdır. Bu nedenlerle Türk Hukuk Devrimi'nin yarattığı güvenlik ve düzen arayışının aynı zamanda adaleti garantileyen bir model olarak kavranması daha uygun olacaktır.

(21) Ahmet Kılıçoğlu, "Çağdaş ve Laik Bir Toplum Yaratılmasında Medeni Kanunun Rolü", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 200-1, Yıl 57, 2000, s. 7-16.

(22) İlgili sözleşme için kısaltılmış şekilde bakınız Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, Sayı. 18898.

(23) İlgili sözleşme için bakınız, Resmi Gazete, 11 Aralık 1994, ss. 22-138.

### KAYNAKÇA

Atatürk, Mustafa Kemal: Nutuk, Cilt: 2.

Berger, Haim: "Sharia Law and Custom in the Ottoman Law", The Court Record of the 17th Century, Bursa, International Jurnal of Turkish Studies, BD.2, ss.131-147.

Bilsel, Cemil: "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", Medeni Kanunun XV Yıl Dönümü İçin Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944.

Bozkurt, M. E.: "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944.

Bozkurt, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, 1996.

Cin, Halil: "Osmanlı Hukuku ve Tanzimat Dönemi Yargılama Usulü", 150. Yıldönümünde Tanzimat, Editör: H.D. Yıldız, Ankara, 1992.

Gökalp, Ziya: Türçülüğün Esasları, İstanbul, 1970.

Güvenç, Bozkurt: Japon Kültürü, 4. Bası, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992.

Hunt, C. L.: Sociology, 4. Edition, Tokyo, Tosho Printing., 1976.

Kılıçoğlu, Ahmet: "Çağdaş ve Laik Bir Toplum Yaratılmasında Medeni Kanunun Rolü", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 200/1, Yıl:57, 2000, ss. 7-16

Meray, Seha: Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar, Belgeler, Cilt:I, Ankara, 1972.

Moore, W. E.: "Social Change", International Encyclopedia of Social Sciences, New York, McMillan, 1968.

Özbudun, Ergun: 1921 Anayasası, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992.

Rheinstein, M.: "Types of Reception", Annales de la Faculte Droit d'İstanbul, No: 6, 1956.

Şimşir, Bilal: Lozan Telgrafları I, No: 4.

Tanör, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 4. Bası, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1997.

Wolferen, Karel von: Japon Gücünün Sırrı, 2. Bası, çev. İnci Kurmuş, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992.

## Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos-Physis" (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi<sup>(1)</sup>

Hayrettin ÖKÇESİZ<sup>(2)</sup>

### I

Aynı zamanda bir kültür fenomeni olan hukuk; tüm hukuk anlayışlarının birbirlerinden farklı bakışları yanında, özellikle "hukuk kültürü"nü dile getiren yönüyle<sup>(3)</sup> siyasetin pozitif hukuk ile olan ilişkisinin değerlendirilmesinde ölçüt ve zemin oluşturmak işlevini görmektedir.

Dilimizde "Siyaset" in "politika" karşısında insan yaşamını sona erdirmeye - idam cezası - anlamını taşımış olması; tüm egemenlik tartışmalarının ve sürecinin gerçekleştiği siyaset alanının, sözcüklerin anlam benzerliği nedeniyle, meydana - siyaseti (bir zamanlar idam cezasının tatbik edildiği meydanı) çağrıştırmaya, meşruluk irdelenmelerinde unutulmaması gereken bir boyutun bulunduğu uyarısını yapmaktadır: Egemenliğin salt siyaset - iktidar alanında tutulması ya da hep bu alana çekilmek istenmesi ve bu alanın yasallıkları ile açıklanma yoğunluğu, daha çok hukuksal bir kavram olarak onun insanlıkdışı

eylemler için kötüye kullanılmasına çok uygun bir ortam hazırlamaktadır.

Hukuk kültürünün yapısını nomos- physis etkileşiminde, "olması gereken" ile "olan"ın ya da "hukuk" ile "iktidar"ın diyalektiğinde bir bireşim olarak, yedi üçüzlü bir kurguyla açıklamanın; "egemenlik"teki değişim, dönüşüm ve meşruluk sorunlarının topik ve etik hatlarını ortaya koymada yardımcı olacağını düşünüyorum.

Buradaki tüm açıklamaların sözkonusu şemada "doğa", "toplum" ve "kültür" öğeleriyle içeriklendirdiğim bir "çevre"de en geniş zeminini bulduğunu belirtmeliyim. Bu kavramların alanlarında çalışan gerçeklik bilimlerinin yardımı ile, tüm önermelerimizin doğruluklarının sınanmasını ve desteklenmesini sağlamak olanağı doğmaktadır. Örneğin bir "doğal hukuka" ve "hukuk kültürü"ne bu bağlamda, bir causa finalis değil, causa efficiens anlamında, "eşyanın tabiatı" bakışıyla yönelmek mümkün olacaktır.

(1) 21. Dünya Felsefe Kongresi'nde (10-17 Ağustos 2003) kısaltılarak sunulan bu bildiri, ilk önce Anayasa Mahkemesi'nin 25-26 Nisan 2003 tarihinde düzenlediği sempozyumda tartışmaya açılmış ve daha sonra Tarih Vakfı'nın 27-28 Haziran 2003 tarihinde düzenlediği "Düşünen Sivil Toplum: Felsefi Yaklaşımlar - Açılımlar" konulu sempozyumda bir kez daha yinelenmiştir. Burada "Hukuk devletinde Direnme Hakkı" konulu bildiri ile ilişkilendirilerek yayımlanmaktadır.

(2) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(3) Georg Mohr, Zum Begriff . der Rechtskultur, b.y.: Kulturen des Rechts (Dialektik, enzyklopaedische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften) 1998/3, s. 9 vd. Bu bağlamda bir kültür bilimi olarak anayasa kuramının konu edildiği bir eserde hukuk-kültür problematiğine ilişkin bkz. Peter Haeberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1998, s. 9 vd. ve 1163 vd.