

Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü

Mustafa ŞENTOP*

Giriş

TANZİMAT, düzenleme, nizam verme anlamına gelen “tanzim” kelimesinin çoğuludur. Bir devri ifade için kullanılan bu kelime, daha çok hukuk faaliyetlerini çağrıştırır niteliktedir. Nitekim bazı Batılı yazarlar tarafından Tanzimat kelimesi, “legislation” olarak karşılanmış ve bu dönem öyle anılmıştır. Bu sebeple Tanzimat’ın en önemli yönünün hukukî yönü olduğu söylenebilir. Tanzimat’la aynı kökten gelen kelimelerin önceki yüzyıl ıslahatlarında ve layihalarında da kullanıldığı görülmektedir. “Nizam-ı Cedid”, hatta Koçi Bey risalesinde sözü edilen “nizam bozukluğu” gibi ifadeler, aynı kökten gelen kelimelerin uzun zamandır kullanıldığını göstermektedir.

Tanzimat dönemini başlatan Hatt-ı Humayun’da, çeşitli izah ve değerlendirmelerden sonra, devletin gerileme sebepleri arasında hukuk hayatındaki bozukluk zikredilmekte, yeni hukukî düzenlemelerin yapılması zaruretinden söz edilmektedir. Nitekim kısa bir süre içinde kanunlaştırma faaliyetleri başlatılmıştır.

Kanun; lügata göre, yasama organı tarafından, muayyen şekillere uyularak düzenlenen ve yürürlüğe girdikten sonra uyulması mecburi olan, genel, soyut ve sürekli kuraldır.¹ Genellik, soyutluk ve süreklilik bütün kanunlarda bulunmayabilir. Yetkili organ tarafından, öngörülen usullerle konulan müeyyideli kurallar, bu nitelikleri taşımasa da kanun adını almaktadır. O halde kanun için asgari şartlar; yetkili organ tarafından, belli usullerle konulma ve müeyyide içermedir. Yetkili organ yasama organıdır, ancak bu organın her zaman halk tarafından seçilmiş bir meclis olması gerekmez. Kral veya diktatörler tarafından konulan, yukarıdaki niteliklere sahip kurallar da kanun adını alabilir.

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ *Türk Hukuk Lügati*, Ankara, 1998, s.184.

Kanunlaştırma, XVIII. yüzyıl sonlarına doğru Avrupa'da başlatılan bir hukuk hareketidir. Daha önce de hukuk kurallarının derlenmesi, toplanması ve düzenlenmesine dair çeşitli ülkelerde çalışmalar yapılmıştır. Roma İmparatorluğu'nda "12 Levha Kanunu" olarak bilinen düzenleme oldukça eski tarihlidir. Osmanlı Devleti'nde de, ilk dönemlerden itibaren, yazılı metin halinde bazı hukuk kurallarının bir araya getirildiğini biliyoruz. Ancak bunları teknik anlamıyla "kanunlaştırma" olarak kabul etmek doğru değildir. Kanunlaştırma hareketi, belli bir tarihî dönemde ortaya çıkmıştır ve belli bir hukuk anlayışına dayanmaktadır. Böyle bir faaliyetin kendisi bizatihi olumlu veya olumsuz olarak nitelendirilemez, mevcut olmadığı durumlarda da bir eksikliğin veya geriliğin göstergesi olarak kabul edilemez.

Osmanlı Devleti'nde görülen kanunname geleneği ise farklı bir şekilde ele alınmalıdır. Osmanlı hukuk sistemi esas itibarıyla İslam hukukuna dayanmaktaydı. Hukukun bütün alanlarında İslam hukuku uygulanmıştır. Ancak İslam hukukunda devlet başkanının düzenlemesi için çok geniş bir alan bırakıldığı bilinmektedir. Bu alan Osmanlılarda geneli örfî hukuk diye adlandırılan düzenlemelerle doldurulmuştur. Eski Türklerden gelen yazılı kural koyma usulü İslam hukukunda tanınan bu yasama yetkisiyle birleştirilmiş ve kanunname geleneği ortaya çıkmıştır.

Tanzimat dönemi kanunlaştırmaları bu genel hukuk anlayışı içinde bir yer bulmaktadır. İki koldan süren kanunlaştırma faaliyeti, devlet başkanının yasama yetkisi içinde mütalaa edilmiştir. Mesela ceza hukuku alanında hazırlanan üç kanun ve bir tasarı, sadece tazir suç ve cezalarına inhisar ettirilmiştir. 1909 tarihinde hazırlanan ve 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun uyarlanmış bir tercümesi olan "layiha"nın başında, İslam hukukunda suçların tasnifine işaret edilmekte, yeni kanunun tazir suçlarını düzenlemek için çıkartıldığı, kısasla ilgili diğer hakları bertaraf etmediği belirtilmektedir. Bu sebeple Tanzimat dönemi kanunlaştırma faaliyetinin -özellikle iktibas edilen kanunlar bakımından-, Osmanlı Devleti'ndeki genel hukuk anlayışına dayandırılmaya çalışıldığını belirtmek gerekir.

Kanunlaştırma faaliyetinin teorik seviyede ve şeklen, İslam hukukunun genel çevresine uygun gözükmemesi, muhteva bakımından da aynı uyumun sağlandığını göstermemektedir. Gerçekte, ilk dönemlerde İslam hukukuna muhteva bakımından da uygunluk ehemmiyetle ele alınmış ve değerlendirilmiştir. 1256 tarihli ceza kanunu Kanun-ı Cedid'deki düzenlemeler böyle bir hassasiyeti göstermektedir. Yine 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu hazırlanırken yapılan müzakerelerde Osmanlı hukukunun genel yapısı dikkate alınmış ve Osmanlı hukuk yapısıyla uyuşmayan hususlar tartışılmıştır.² Kanunu hazırlayan komisyonda görev yapan Cevdet Paşa da, Fransız Ceza Kanunu'nda bulunan

² "Kanun-ı Cezamızın Edvar-ı Tekamülü-IV", *Ceride-i Adliye*, sy. 156, s. 481.

bazı düzenlemelerin çeşitli mülahazalarla kabul edilmediğini ifade etmektedir.³ Ancak bu hassasiyetin zaman içinde azaldığını, XX. yüzyıl başlarında ise artık kaybolduğunu, sadece şekli bir uyumun yeterli bulunduğunu söylemek mümkündür. 1909 tarihli layiha bunu açıkça göstermektedir. Layiha sistematik bir ceza kanunu öngörmekte, başında had ve kısas cezalarıyla ilgili esasların yürürlükte olacağı belirtilmekteyse de, getirilen sistem içinde bunun bir yer bulamayacağı ortaya çıkmaktadır.

I. Tanzimat Dönemindeki Kanunlaştırma Hareketlerini Hazırlayan Sebepler

Tanzimat'tan sonra Osmanlı Devleti'nde ciddi değişikliklerin yaşandığı, hukuk alanında da yeni bir dönem olarak değerlendirilebilecek gelişmeler olduğu muhakkaktır. Bu sebeple, Osmanlı tarihini Tanzimat öncesi ve sonrası şeklinde ayırmak nasıl mümkün ve hatta gerekiyorsa, hukuk tarihi bakımından da Tanzimat'ı bir dönüm noktası olarak belirlemek gerekmektedir. Bu dönemin başlangıcı kabul edilen Tanzimat Fermanı, pek çok hususta olduğu gibi, hukuk alanında da yeni dönemin istikametlerini ortaya koymaktadır.

Tanzimat döneminde kanunlaştırma hareketleri birtakım tesirler ve bazı zaruretler altında ortaya çıkmıştır. Aşağıda bu tesirler ve zaruretlerin neler olduğu üzerinde kısaca durulmaya çalışılacaktır.

Tanzimat'ın Batılı ülkelerin tesiriyle ortaya çıktığı ve bu tesir altında sürdüğü genel kabul görmektedir. Ama sadece bu tesir, uzun bir dönemi izah için yeterli değildir. Sosyal bilimlerde tek bir sebebe irca edilen izahlar yanıltıcıdır. Elbette olmazsa olmaz bir veya birkaç sebep vardır, ama mümkün olduğu kadar bütün sebepleri bir arada değerlendirmek ve tabloyu bir bütün olarak görmeye çalışmak gerekir. Tanzimat'a gelindiğinde, uzun bir süredir Osmanlı Devleti'nin "gerileme" içinde bulunduğu, her alanda sorunlar yaşandığı kabul edilmektedir. Yüzyıldan fazla bir zamandır adaletnamelerde, layihalarda ve çeşitli eserlerde sorunlar dile getirilmektedir. Şu halde, Batı'nın tesir ve baskısının ötesinde, devletin de yeni düzenlemelere ihtiyacı bulunmaktadır. Bu husus dikkate alındığında Tanzimat dönemindeki hukuk hareketlerini hazırlayan sebepleri iki başlık altında toplamak mümkündür.

A. İç Sebepler

Hukukun uygulanmasında üç unsur devreye girmektedir: Uygulayıcı [hakim], uygulanan kural [mevzuat] ve yargılama teşkilatı. Hukukun uygulanması veya daha geniş anlamda bir hukuk probleminden söz ediyorsak, sorunları bu sacayağını oluşturan unsurlarda aramak gerekir.

3 Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul, 1946, s. 45-46.

Osmanlı devletinde hakimler medreselerden yetişirdi. Zaten medreselerin hukuk öğretimi için kurulduğunu söyleyebiliriz. Osmanlı medreselerinin devletin kuruluşundan itibaren çeşitli aşamalardan geçtiği, özellikle Fatih ve Kanuni zamanlarında parlak dönemler yaşadığı bilinmektedir. Devletin gerilemesiyle birlikte, bütün kurumlarda olduğu gibi, hatta daha da çok, öğretim sisteminde sorunların yaşanması tabiidir. Nitekim, kimi dönemlerde padişahlara sunulan layiha ve risalelerde, devletin gerileme sebepleri içinde -hatta başında- adliye teşkilatı ve bununla bağlantılı olarak ilmiye sınıfı ve medreseler zikredilmektedir. Tanzimat'ın hemen öncesinde, medreselere dair bütün bu şikayetler tekrar dile getirilmiş, sorunları gidermek üzere Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi hazırlanmıştır.⁴ Bu metinde, ağırlıklı olarak rüşvet üzerinde durulmuş, rüşvetle hüküm verme, kadıları atama, kadıları görevden alma, naib atama gibi hususlar ayrı ayrı düzenlenmiş ve bu alanlarda işlenecek suçlar için cezalar tertip edilmiştir. Kadıların atanması sırasında riayet edilecek kurallar, imtihan ve usulü hakkında da ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Kısaca değindiğimiz bütün bu şikayet ve düzenlemeler, hukukun uygulayıcısı olan hakimlerin bilgi ve meslek ahlakı bakımından genel bir gerileme içinde olduğunu göstermektedir.

Kanunların hazırlandığı dönemde, hukuk kuralları ve bunlara ulaşma bakımından da sorunlar yaşanmaktadır. Bilindiği üzere, Osmanlı hukuk mevzuatı fıkıh kitaplarıyla kanunnamelerden oluşmaktadır. Kanunnameler, Fatih döneminden itibaren çıkartılmış ve bir müddet, tahta çıkan her padişah tarafından yenilenmiştir. Kanuni döneminden itibaren, padişah tarafından yeni kanunname hazırlanmadığı, mevcut kanunnamelere bazı ilaveler ve para miktarlarının değiştirilmesi dışında kapsamlı düzenlemeler yapılmadığı görülmektedir.⁵ Tanzimat'a geldiği sıralarda, Osmanlı hukukunun önemli bir kısmını düzenleyen kanunnameler, yani mevzuat bakımından da bir eksiklik ve yetersizlik söz konusuydu.

Hem kanunnamelerde, hem de fıkıh kitaplarında mevcut hukuk kurallarını okuyup anlama bakımından, hakimlerin sorunlar yaşandığı da görülmektedir. Nitekim Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Mazbatası'nda bu durum açık bir şekilde ifade dilmektedir:

Ulum-ı şer'iyede meharetle zevata nedret geldiğinden mehakim-i nizamiyede lede'l-icab kütüb-i fikhıyyeye müracaatla hall-i şüphe edebilecek aza bulundurmak şöyle dursun, memalik-i mahrusada kain bu kadar mehakim-i şer'iyeye kafi kudat bulmak müşkil olmuştur.⁶

4 Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli "Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 1981-1982, c. XIV, sy. 25, s. 139-143.

5 Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. I, İstanbul, 1990, s. 129-130.

6 *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, İstanbul, 1305, s. 6.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hukuk alanında yeni düzenlemelere, ülke içinde de ihtiyaç bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.

B. Dış Sebepler

Tanzimat dönemindeki reformlarda en etkili unsur, Batılı devletlerin baskısıdır. Osmanlı Devleti, hükümler aldığı coğrafyanın genişliği, ülkenin sahip olduğu merkezî ve stratejik önem ile nüfusu göz önüne alındığında Batı ülkeleri nazarında önemli yerini hala korumaktaydı. Bir çok ülke için Osmanlı, hem bir pazar, hem de bir müttefik olarak önemli olduğu gibi, bir başka devletin yanında yer almasına imkan vermemek gibi tersinden bir politikanın da zemini teşkil etmekteydi. Bu yüzden, Osmanlı Devleti'nin dış politikasında olduğu gibi iç politikalarında da etkili olmak, bütün Batılı devletlerin hedefiydi. Bu hedefi gerçekleştirmek için, mümkün olan bütün araçları kullanmaya çalışmaktaydılar. Bunlardan en önemli ikisi, Osmanlı yönetiminde yaşayan gayrimüslim teba ile Batılı ülkelerle yakın temasta bulunan yöneticilerdi.

Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimlerin XIX. yüzyıl başlarına kadar devletle ciddi sorunları olmamıştır. Münferit olaylar dışında, "cemaat"lerin toplu taleplerine ve mevcut durumlarına dair şikayetlerine rastlanmamaktadır. Son yüzyılda ise, hem devletin zayıflaması, hem de Fransız ihtilali gibi ulusçuluk fikirlerini tahrik eden önemli hadiselerin etkisiyle, Osmanlı teba'sı olan gayrimüslimlerin bağımsızlık talepleriyle ayaklandığını görmekteyiz.⁷ Bu tür ayrılıkçı teşebbüslerin, Batı ülkeleri tarafından desteklendiğini, Osmanlı yönetimi üzerinde hem bir baskı unsuru, hem de bir zayıflatma aracı olarak düşünüldüğünü görmekteyiz.

Öte yandan Batılı devletlerin iktisadî ve ticarî hayattaki gelişmeleri, Osmanlı ülkesi ile de ticarî ilişkilerin artmasına yol açmış; bu ticarî faaliyetlerin ise gayrimüslim teba'ya eliyle yürütülmesi tercih edilmiştir. Böylece, her bakımdan, gayrimüslim teba'nın korunması ve desteklenmesi, rahat bir şekilde faaliyet sürdürmeleri ve yönetim üzerinde etkili olmaları arzu edilmiştir.

Mısır hidivi Mehmed Ali Paşa isyanı karşısında Batı ülkelerinden yardım temin etme niyetinin de Tanzimat'ı -en azından- hızlandıran bir husus olduğunu belirtmek gerekir.⁸

Yapılan ilk hukukî düzenlemelerin, Batı ile ilişkilerin yoğun olduğu ticaret hukuku gibi alanlarda gerçekleştirilmesi, bu bakımdan önem taşımaktadır. Ceza hukuku alanında da Batılı ülkelerin, Osmanlı-İslam hukukundaki mevcut

7 Ortaylı, Balkan ülkelerinin bağımsızlık hareketlerinde, Fransız ihtilalinden ziyade, daha önceden mevcut olan etnik bilincin tesirli olduğunu düşünmektedir. İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İstanbul, 1995, s. 52.

8 Cavid Baysun, "Mustafa Reşit Paşa", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s. 734.

bazı hükümlerin uygulanmaması ve özellikle de Osmanlı'nın gayrimüslim vatandaşlarının ceza hukuku alanında imtiyazlı muamelelere tabi tutulması yönünde telkinlerde buldukları bilinmektedir. Osmanlı mahkemelerinde gayrimüslimlerin şahitliklerinin dinlenmesi ve irtidadın suç olmaktan çıkartılması için dönemin yöneticilerine baskılar yapılmıştır.⁹ Tanzimat Fermanı'nda çıkartılması taahhüt edilen¹⁰ kanunun, ceza kanunnamesi olması ve fermanın İstanbul'da bulunan bütün sefirlere resmen bildirilmesine dair ifadeler de dikkat çekicidir.¹¹

Türkiye'nin uluslararası dengeleri gözetererek, iç hukukuna istikamet vermeye başlaması Tanzimat sonrasında ortaya çıkmıştır.

II. Tanzimat Döneminde Kanunlaştırma Faaliyeti ve Hazırlanan Kanunlar

Kanunlaştırmada ana hatlarıyla iki yolun takip edildiği görülmektedir. Bunlardan biri, Osmanlı hukukundaki uygulamaların kanun metni haline getirilmesi suretiyle hazırlanan kanunlar [tedvin] olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğeri ise, Avrupa kanunlarından tamamen veya kısmen iktibas edilmek suretiyle kanunlar hazırlanmasıdır. Bu iki kanunlaştırma tarzının bir arada yürüdüğü ve belli alanlarda çatıştıkları, belli alanlarda ise uzlaştıkları söylenebilir. Çalışmamız kanunlaştırma hareketlerinden çok, konuyla ilgili literatür üzerine yoğunlaştığından, hazırlanan temel kanunlar üzerinde burada kısaca durulacaktır.

A. Tedvinler

1. 1840 Tarihli Ceza Kanunu

Tanzimat'ın ilanından yedi ay kadar sonra, 3 Mayıs 1840 tarihinde, yeni hazırlanan bu ceza kanunu yürürlüğe girdi. 1256/1840 Tarihli Ceza Kanunu Tanzimat'tan sonra hazırlanan ilk kanundur.¹² Hazırlanması sırasında çeşitli kaynaklardan, özellikle Batı'da hazırlanmış kanunlardan istifade edildiği tahmin

9 Akgündüz, *Kanunnameler*, c. I, s. 275; Ed. Engelhard, *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye'nin Tarih-i Islahatı 1826 – 1882*, çev. Ali Reşad, İstanbul, 1328, s. 115-116.

10 "... her kim olur ise olsun kavanin-i şer'iyeye muhalif hareket edenlerin kabahat-ı sabitelerine göre tedibat-ı layıklarının hiç rütbe ve hatır ve gönüle bakılmayarak icrası zımında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin (...)." *Düstur*, (Birinci Tertib), c. I, s. 7.

11 "(...) keyfiyet-i meşruha usul-i atıkayı bütün bütün tagyir ve tecdit demek olacağından işbu irade-i şahanemiz Dersaadet ve bilcümle memalik-i mahrusemiz ahalisine ilan ve işaa olunacağı misillü düvel-i mütehabe dahi bu usulün inşaallahü teala ilelebed bekasına şahit olmak üzere Dersaadetimizde mukim bilcümle süferaya dahi resmen bildirilsin (...)." *Düstur*, (Birinci Tertib), c. I, s. 7.

12 Kanun ve değişiklikler için bkz.: *Ceza Kanunname-i Hümayunu ve İlaveleri*, İstanbul, 1256. Ayrıca bkz.: Ahmed Lütfi, *Mir'at-ı Adalet*, İstanbul, 1304; Serkiz Karakoç, *Külliyyat-ı Kavanin*, Dosya: 5, No: 992; "Kanun-ı Cezamızın Edvar-ı Tekamülü", *Ceride-i Adliye*, sy. 152, yedinci sene, Teşrinisani 1332, s. 251 vd.

edilmekle birlikte, muhteva bakımından “yerli” bir kanundur.¹³ 1256 tarihli ceza kanununun, pek çok suçu düzenlemediği anlaşılmaktadır. Nitekim, aynı sene içinde kanuna çeşitli ilaveler yapılmıştır.¹⁴ Bu kanun, Osmanlı kanunname geleneğine daha yakın, biraz acele hazırlanmış ve sistematik olarak başarısız bir kanundur.

2. 1851 Tarihli Ceza Kanunu: Kanun-ı Cedid

İlk kanundan 11 sene sonra hazırlanan yeni ceza kanunu içerik bakımından önemli farklılıklar taşımamaktadır. Yeni bir kanun hazırlamak yerine, ilk kanunda değişiklikler yapma yolunun neden tercih edilmediğini bilemiyoruz. 1274/1858 Tarihli Ceza Kanunu’nun aksine, Kanun-ı Cedid yeni bir anlayış ve sistem farklılığı getirmemektedir. Maddeleri değerlendirildiğinde, önceki kanuna göre daha sistemli olduğu, İslam hukuku hükümlerine uyum konusunda daha fazla titizlik gösterildiği dikkati çekmektedir.

3. Arazi Kanunnamesi

23 Şevval 1274/1858 tarihli bu kanun, içerik olarak tamamen yerlidir. Şekil bakımından Batı kanunlarına benzemektedir. Daha önceki kanunlar, özellikle 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunları göz önüne alınırsa, sistematik ve madde tetsüli bakımından yerli kanunlarda bulunmayan hususlar bu kanunda dikkati çekmektedir. Kanun, Osmanlı hukukunda araziye dair uygulanagelen hükümleri bir araya getirmiştir. Bu kanunun araziye dair hükümlerin bütünüdür düzenlemeyip, mülk arazi ile ilgili kısmını fıkıh kitaplarına havale etmesi, örfi-şer’î hukuk ayrımının ve klasik Osmanlı hukuku anlayışının halen mevcut olduğunu göstermektedir. Ayrıca buradan hareketle, bir süre sonra *Mecelle* ile teşebbüs edilecek olan İslam hukukunun tedvini meselesinin henüz tam olarak kararlaştırılmadığını düşünebiliriz. Kanunun Türk Medeni Kanunu ile çelişmeyen hükümlerinin yürürlüğünü halen sürdürdüğü de sürülmektedir.¹⁵

4. Mecelle-i Ahkam-ı Adliye

Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinin en önemli eseri *Mecelle*’dir. *Mecelle*, İslam hukukunun eşya, borçlar ve yargılama ile ilgili hükümlerinin tedvini suretiyle meydana getirilmiştir. Daha önce de medenî hukuk alanında *Metn-i Metin* adıyla bir tedvin teşebbüsü olmuş ancak gerçekleştirilememiştir. *Mecelle*’nin hazırlanmaya başladığı sıralarda ceza hukuku ve ticaret hukukun-

13 Aydın, “Ceza” *DİA*, 1993, c. VII, s. 478-482; Hıfzı Veldet [Velidedeoğlu], “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat – I*, İstanbul, 1940, s. 176.

14 22 Rebiülevvel 1256’da, kanunun 1., 5. ve 6. fasıllarına ilaveler yapılırken, metne 14. fasıl eklenmiştir.

15 M. Akif Aydın, “Arazi Kanunnamesi”, *DİA*, 1991, c. III, s. 346-347.

da olduğu gibi medeni hukuk alanında da yabancı bir kanunun iktibas edilmesi fikri gündeme getirilmiş, zamanın meşhur kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun kabulü için çalışmalar yapılmıştır. *Mecelle*'yi hazırlayan komisyonun başkanı Cevdet Paşa'nın üstün gayretleriyle bu alanda iktibasın önüne geçilmiş ve yerli, orijinal bir kanun ortaya çıkarılmıştır. Toplam 16 kitap halinde hazırlanan *Mecelle* bir bütün olarak hazırlanıp yürürlüğe konulmamış, her kitap tamamlandıkça peyderpey yürürlüğe girmiştir. O dönemin çeşitli tartışmaları dikkate alındığında bu çalışmanın akamete uğraması ihtimalinin böylece önlenmeye çalışıldığı söylenebilir.¹⁶

5. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

25 Ekim 1917 tarihinde muvakkat kanun olarak yürürlüğe giren bu düzenleme esas olarak İslam hukukunun aile hukukuna dair kısmının tedvini mahiyetindedir. *Mecelle* ile medenî hukukun önemli bir kısmı düzenlendiği halde aile hukuku dışarıda bırakılmıştı. Kararname, öncelikle bu eksikliği gidermek üzere hazırlanmıştır. Ayrıca, çeşitli savaşlar ve Batı etkisiyle değişen toplum yapısının ortaya çıkarttığı yeni ihtiyaçlar da böyle bir düzenlemeyi gerekli kılmıştır. Önceki yıllarda, bu zaruretlere sebebiyle, bazı hususların fetvalarla düzenlendiği bilinmektedir. Kanunun önemli birkaç özelliği vardır. Bunlardan ilki, İslam hukukunda takip edilen Hanefi mezhebinden ilk kez ayrılarak başka mezheplerin görüşlerinden de yararlanılması, yani *tefikiçi* bir usulün benimsenmesidir. *Mecelle*'nin hazırlandığı sırada Hanefi mezhebi dışından görüş almak bir yana, mezhep içinde tercih edilen görüş dışındaki görüşlerin bile benimsenmesinin hoş karşılanmadığı dikkate alınca yaklaşık elli sene içinde nasıl bir değişimin yaşandığı ortaya çıkmaktadır. Kanunun başka bir özelliği, Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimlerle ilgili farklı hükümlerin aynı metinde düzenlenmesidir; kanun Müslüman, Hıristiyan ve Yahudiler için ayrı ayrı hükümler getirmektedir. Ayrıca cemaat mahkemelerinin yargı yetkisi bu kanunla kaldırılmıştır. Yaklaşık 21 ay tatbik edilen bu kanun, içeride ve dışarıda muhalefetin etkili olması sebebiyle yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁷

6. Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye Nizamnamesi

Tanzimat'tan sonra mahkemelerin ana hatlarıyla ikiye ayrıldığı, yargılama usullerinde de bazı farklılıklara gidildiği bilinmektedir. Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde asli ve tek mahkemesi olan şer'iyeye mahkemelerinin yargıla-

¹⁶ Bu konuyla ilgili olarak bkz.: M. Akif Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları*, 1989, c. IX, s. 31-50.

¹⁷ Bu kanunla ilgili geniş bilgi için bkz.: M. Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 125 vd. Ayrıca bkz.: Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, 1988, s. 292-305.

ma usulü, Tanzimat'tan sonra, *Mecelle*'de yer alan hükümlerle birlikte çeşitli hukukî belgelerde düzenlenmekteydi. Dağınık ve karmaşık bir yekun oluşturan bu düzenlemeler, 2 Rebiülevvel 1336/1917 tarihinde bir araya getirilmiş ve Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye Kararnamesi çıkartılmıştır.¹⁸ Bu düzenlemede pek çok hükümde Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'na atıflar yapılmakta, bir paralellik temin edilmeye çalışılmaktadır.

B. İktibas Suretiyle Benimsenen Kanunlar

1. Kanunname-i Ticaret

Özel hukuk alanında ilk kapsamlı iktibas [resepsiyon] bu kanunla gerçekleştirilmiştir. 18 Ramazan 1266/1850 tarihli bu kanunla 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun önemli bir kısmı aynen iktibas edilmiştir.¹⁹ Kanunun mukaddimesinde bu duruma hiç temas edilmemekte, sadece, "(...) kavanin-i mütedavile-i ticaretten tertib (...)" ettirilerek hazırlandığı belirtilmektedir. Mukaddimede verilen bilgilerde "mezkur mecmua" denilerek Fransız Ticaret Kanunu tarif edilmektedir. Elde bulunan metnin dört kısma ayrıldığı, birinci kısmın genel olarak ticarî muamele, şirket akdi ve poliçe, ikinci kısmın deniz ticareti, üçüncü kısmın iflas ve dördüncü kısmın ise ticaret mahkemelerinin teşkilatına dair olduğu belirtilmekte, bu kısımlardan dördüncü kısmın "usul-i haliye ve dahiliye-i Devlet-i Aliye'ye tevafuk etmediği cihetle icrası gayri kabil olmak" sebebiyle terk edildiği, ikinci kısım olan deniz ticaretiyle ilgili hükümlerin, diğer iki kısım kadar ehemmiyetli ve acil olmadığı ve daha sonra ilave edileceği ifade edilmektedir. Buna göre, dört kısımdan oluşan Fransız Ticaret Kanunu'nun genel hükümler içeren birinci ve iflasla ilgili hükümler içeren üçüncü kısımları Kanunname-i Ticaret olarak düzenlenmiştir.²⁰ Deniz ticaretiyle ilgili üçüncü kitaptan, daha sonra, ayrı bir kanun hazırlanırken istifade edilmiştir. Ticaret mahkemelerinin teşkilatına dair dördüncü kitap ise, yaklaşık on sene sonra, 1276/1860'da Ticaret Kanunname-i Humayununa Zeyl olarak kabul edilmiştir.

18 Geniş bilgi için bkz.: Ahmet Akman, "Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye Kararnamesi", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989.

19 *Düstur*, Birinci Tertib, c. I, s. 375-445.

20 Bozkurt, birinci ve üçüncü kitapların 1850 yılında yayımlandığını, 1855 yılında ise İflas Kanunnamesi adıyla ikinci kitabın yayımlandığını ifade etmektedir. Bkz.: Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, 1996, s. 151. Ancak iflasla ilgili düzenlemelerin üçüncü kitapta olduğu ve 1850 tarihli kanunda yer aldığı, ikinci kitabın ise deniz ticaretine dair hükümler içerdiği kanunun mukaddimesinde açıkça ifade edilmektedir. Nitekim Bozkurt da, başka bir yerde "ikinci cildin" deniz ticaretine dair olduğunu belirtmektedir (s. 152). O halde "İflas Kanunnamesi" hakkındaki değerlendirme ve yürürlük tarihi sorunu gözükmemektedir.

Halbuki ilk kanunun mukaddimesinde bu kısmın Osmanlı hukuk sistemine uygun olmadığı için tatbik kabiliyeti bulunmadığı belirtilmiştir. Bu kanunda İslam hukukuna ve Osmanlı uygulamasına uyum meselesi dikkate alınmamış, ticaret hukuku ayrı bir teknik alan gibi düşünülmüştür. Daha sonra, *Mecelle*'nin ticaret hukukuyla ilgili düzenlemelerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamada ne tür sorunların yaşandığını şimdilik bilemiyoruz. Ticaret Kanunu'nun ticaret mahkemelerinde, *Mecelle*'nin ise nizamiye mahkemelerinde uygulandığı farz edilse de²¹, bu alanda tamamen bağımsız iki işleyişin ne derecede mümkün olduğu düşünülmelidir.

2. Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi

Yukarıda değindiğimiz üzere, Kanunname-i Ticaret kabul edilirken Fransız kanununda yer alan deniz ticaretiyle ilgili ikinci kısım daha sonra düzenlenmek üzere ertelenmiştir. İşte bu düzenleme 6 Rebiulevvel 1280/1863'te Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi'nin kabulüyle gerçekleştirilmiştir.²² Ancak bu kanunun sadece Fransız Ticaret Kanunu'nun ikinci kısmından iktibas edilmediği, İtalya'daki Sardunya ve Sicilya gibi küçük devletlerle, Hollanda, Belçika, İspanya ve Prusya'nın deniz ticaret kanunlarından da yararlandığı ifade edilmektedir.²³

3. Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi

10 Rebiülahir 1278/1861 tarihli bu düzenleme²⁴ Fransız ticarî usul kanunundan iktibas edilmiştir. Fransız ticaret kanunu da kısa bir süre önce iktibas edildiğinden, yargılama usulüyle ilgili düzenlemeyi de oradan almak münasip görülmüştür. Bu kanunun önemi, şer'î yargılama usulünden ayrılan ilk düzenleme olmasıdır. Gıyabî yargılama usulü gibi bazı konularda İslam hukukundan farklı hükümlerin benimsendiği görülmektedir. Bu düzenlemenin 1880 tarihinde Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun yürürlüğüne kadar, ticaret mahkemeleriyle birlikte nizamiye mahkemelerinde de tatbik olunduğu ifade edilmektedir.²⁵ *Mecelle*'nin yargılama usulüne dair "Dava", "Beyyinat ve't-Tahlif" ve "Kaza" kitaplarının 1293/1876 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alınır, bu bilgiyi ihtiyatla karşılamak gerekir. En azından *Mecelle*'nin sözü geçen kitaplarının yürürlüğe girmesinden sonra, nizamiye mahkemelerinde Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi uygulanmamış olmalıdır.

21 Bkz.: Şevket Mehmedali Bilgişin, *Türk Ticaret Hukuku Prensipleri*, Ankara, 1936, s. 33.

22 *Düstur*, Birinci Tertib, c. I, s. 466-536.

23 Vayani Kostaki, *Mücmel Ticaret-i Bahriye Kanunu Şerhi*, İstanbul, 1313, s. 30.

24 *Düstur*, Birinci Tertib, c. I, s. 780-810.

25 Yorgaki, *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu Şerhi*, İstanbul, 1329, s. 5; Velidedeoğlu, s. 198.

4. Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu

5 Receb 1296/1879 tarihli bu kanun²⁶, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan, çok az değişiklikle aynen alınmıştır. Bu kanun hazırlanırken Osmanlı hukukunun genel yapısına ve şer'î hukuka uygunluk konusunda bir titizlik gösterilmemiştir. Hukuk usulü ile ilgili yaklaşık aynı tarihlerde yürürlüğe giren kanunda gözetilen hassasiyetin, ceza usulünde görülmemesinin sebepleri olmalıdır. Bunlardan ilki, aşağıda değineceğimiz üzere, hukuk usulüyle ilgili kanunun yürürlüğe giriş tarihinden yaklaşık on sene kadar önce müsvedde olarak hazırlanmış ve Mecelle Cemiyeti'nin elinden geçmiş olmasıdır. 1858 tarihli ceza kanununda da görüldüğü üzere, o tarihlerde şer'î hukukla uyum meselesi daha fazla önemsenmekte ve değerlendirilmekteydi. Zamanla bu hassasiyette bir azalma olduğu diğer kanunlaştırma faaliyetlerinden de anlaşılmaktadır. Ayrıca, *Mecelle* yürürlükteki bir kanun olarak usul hükümleri de içermekte olduğundan, aynı alanda düzenleme yapan yeni kanunun yürürlükteki bu kanunla uyumunun gözetilmesi tabii karşılanmalıdır. Her ne kadar *Mecelle*'nin yargılama konusunda genel hükümler içerdiği söylenebilirse de, ceza usulüyle ilgili olarak özel bir düzenlemenin mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Son olarak, İslam hukuku eserlerinde de ceza usulü alanında hukuk usulüne nispetle daha az detay bulunduğu da belirtmek gerekir.²⁷

C. Karma Usulle Benimsenen Kanunlar

1. 1876 Kanun-ı Esâsîsi

Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası 1876 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Bu anayasanın Fransa ve Belçika anayasalarından yararlanılarak hazırlandığı belirtilmektedir.²⁸ 1851 Tarihli Prusya Anayasası'ndan istifade edildiğini belirten yazarlar da vardır.²⁹ Ama her halükarda Osmanlı Devleti'nin süregelen siyasî ve hukukî yapısının temel esaslarıyla korunduğu, yeni bazı kural ve kurumların ise ilave edildiği belirtilmelidir. Bu haliyle anayasanın karma usulle hazırlandığını söyleyebiliriz. 1909 senesinde ise anayasada önemli değişiklikler yapılmıştır.

2. 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu

1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'u Osmanlı Devleti'nde uzun yıllar yürürlükte kalmış bir kanundur. Hazırlanışı ve yürürlüğe girişinde olduğu

²⁶ *Düstur*, Birinci Tertib, c. IV, s. 131-224.

²⁷ Klasik dönem Osmanlı ceza yargılaması için bkz.: Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004.

²⁸ Recai G. Okandan, *Amme Hukukumuzun Anahatları*, Birinci Kitap, İstanbul, 1959, s. 141.

²⁹ Bozkurt, s. 69.

gibi, zaman içinde geçirdiği değişikliklerle de dikkati çekmektedir. İkinci Meşrutiyet dönemine kadar süren 52 yıllık dönemde 19 irade-i seniyye ile kanunun 15 maddesi değiştirilmiş, 26 maddesine ise ilaveler yapılmıştır. II. Meşrutiyet'ten sonra yapılan değişikliklerle, kanunun toplam 101 maddesi değiştirilmiş, bir madde eklenmiş, bir faslına ve bir bâbına ilave yapılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da, kanunda, biri oldukça kapsamlı, dört değişiklik yapılmıştır.

Ceza Kanunname-i Hümayunu, İslam hukukuna uygunluğu bakımından tartışılan bir kanundur. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun hatalar içeren bir tercümesi olduğunu, tamamen bu kanuna dayandığını söyleyen hukukçular olduğu gibi,³⁰ İslam hukukuna açıkça aykırı hükümler içermeyecek nitelikte bir kanun olduğunu ileri süren hukukçular da vardır.³¹ Kanunun esaslarının Fransa'dan alındığı, ancak çok büyük değişiklik ve ilavelerin yapıldığı şeklinde orta bir görüşü savunan hukukçular da vardır.³² Belirtmek gerekir ki, bu kanun hazırlanılırken Batı ülkelerindeki kanunlardan istifade edilmiştir. Bu husus, hazırlık komisyonunda bulunan Ahmet Cevdet Paşa tarafından bizzat belirtilmektedir.³³ Kanunun bazı bölümlerinin çok büyük ölçüde Fransız kanunundan alındığı gerçeğine rağmen,³⁴ hazırlanan müsvedde metin üzerinde çalışıldığı, çok değişik görüşlerin alındığı ve değerlendirildiği görülmektedir.³⁵ Ceza

30 Bkz.: Yusuf Ziya, "Kanun-ı Ceza Layihasının Hutut-ı Asliyesi", *Ceride-i Adliye*, Birinci Sene, sy. 4, 17 Kanunusani 1325, s. 138; Bozkurt, "1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun hemen hemen aynen tercümesinden ibaret" olduğunu ifade eder (s. 100).

31 Ahmet Akgündüz, "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'-i İrtikab Kanunnamesi", *Belleten*, c. LI, sy. 199, s. 157-158; Cin ve Akgündüz, s. 288.

32 Hıfzı Veldet, s. 198; Aydın, "Ceza", *DİA*, 1993, c. VII, s. 478-482.; a.mlf., "Batılılaşma", *DİA*, 1992, c. V, s. 162-167.

33 Bkz.: Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul, 1946, s. 45-46.

34 Gabriel Baer, "The Transition From Traditional to Western Criminal Law in Turkey and Egypt", *Studia Islamica*, 1977, sy. 45, s. 145.

35 Mesela, teşebbüsle ilgili Fransız Ceza Kanunu'nda yer alan hükmün alınmadığı, bu hususta bir tartışma ve değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Kanunda 3 Cemaziyelahir 1277/1860 tarihinde ilk değişiklik yapılırken, buna dair Meclis-i Ali-i Tanzimat mazbatasında genel esaslar konusuna değinilmekte ve şöyle denilmektedir: "Bir kimse bir cinayetin icrasını teammüd ve tasmim edib de yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayiluliyetle ol cinayet fi'le çıkmamış olur ise ol cinayeti işlemiş hükmünde olduğu Fransa kanununda münderic ise de sü-i istimalatdan ihtirazen bu madde müstekillen kanunnameye derc edilmeyerek icab eden maddelere kayd ve şart olarak birleştirilmiş idi. Cebren fi'l-i şeni icrasına tesaddi edenler hakkında dahi bu kaidenin icrası emr-i tabii olmasıyla 198. maddeye böyle bir fıkra ilavesine lüzum görülmüştür." Bu kısa açıklamadan anlaşılacağı üzere, kanunun hazırlandığı sırada, Fransız Ceza Kanununda bulunan genel esaslarla ilgili hükümler değerlendirilmiş, bunların kanun metnine işlenip işlenmeyeceği tartışılmıştır. Ancak, teşebbüsün nerede başlayıp nerede bittiği ve neyin teşebbüs sayılacağı hususları açıklığa kavuşturulmuş hususlar olmadığından uygulamada suiistimaller yaşanacağından endişe edilmiştir. Bu sebeple teşebbüsle ilgili genel bir hüküm yerine, çeşitli suçları düzenleyen maddelere ayrı bir fıkra halinde teşebbüse dair hükümler eklenmiştir. Bkz.: "Kanun-ı Cezamızın Edvar-ı Tekamülü-IV", *Ceride-i Adliye*, sy. 156, s. 481.

Kanunname-i Hümayunu'nun ilk halinde Fransız kanunundan büyük ölçüde etkilendiğini, XX. yüzyıl başlarından itibaren ise Alman ve İtalyan kanunlarının etkisiyle bazı düzenlemeler yapıldığını ifade etmeliyiz.

3. Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı

1879 senesinde yürürlüğe giren “İlamat-ı Hukukiyenin Tenfizine Dair Kanun”la kısmen de olsa hukuk muhakemesi alanında bazı düzenlemeler yapılmıştı.³⁶ 2 Receb 1297/1880 tarihli bu kanun,³⁷ Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan 301 maddelik bir layiha ile Fransız usul kanununun bazı esaslarının birleştirilmesi suretiyle hazırlanmıştır.³⁸ Velidedeoğlu, bu kanunun esasının 1807 tarihli Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanunu olduğunu ifade ediyorsa da, aynı yerde metnini kaydettiği Şura-yı Devlet tarafından hazırlanan esbab-ı mucibe layihasında bu kanaat desteklenmemektedir.³⁹ Buna göre, Şura-yı Devlet'in ilk kurulduğu zamanlarda hazırlanan, ancak yürürlüğe konulmayan usul-i muhakemat kanunu layihası esas alınarak, Mecelle Cemiyeti tarafından 301 maddelik bir yeni layiha tanzim edilmiş, Şura-yı Devlet'te ise Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan layiha esas alınarak, eski layihaya ve gerektiğinde Fransız kanununa müracaat edilerek metne son şekil verilmiştir. *Mecelle*'deki usul hükümleriyle paralellikler teşkil eden yönler dikkate alınır, bu kanunun sadece “iktibas” olarak değerlendirilmesi doğru olmayacaktır.

III. Kanunlaştırma Hareketleri Üzerine Yapılan Çalışmalar

Bu bölümde kanunlaştırma hareketi üzerine yapılan çalışmalardan bir kısmını ele almak ve değerlendirmek istiyoruz. Bir sonraki bölümde kaydettiğimiz bibliyografyada bulunan eserlerden bizim için dikkat çekici olan bir kaçını ele alacağız. Eserler bibliyografyada yer aldığından ayrıca dipnotlarda belirtilmemiştir.

A. Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Üzerine Yapılan Çalışmalar

Kanunlaştırma hareketlerini genel olarak değerlendiren ilk kapsamlı çalışma Hıfzı Veldet [Velidedeoğlu] tarafından yayımlanmıştır. Maarif Vekaleti'nce Tanzimat'ın yüzüncü yılı münasebetiyle hazırlanan derlemede yayımlanan “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat” başlıklı makale, hukuk hareketleri ve kanunlaştırma üzerine en kapsamlı, derli toplu ve muhtevalı çalışmadır. Müel-

36 Kanun için bkz.: *Düstur*, Birinci Tertib, c. IV, s. 225-235.

37 *Düstur*, Birinci Tertib, c. IV, s. 251-318.

38 Velidedeoğlu, s. 198.

39 Şura-yı Devlet Mazbatası için bkz.: *Düstur*, Birinci Tertib, c. IV, s. 251-256.

lif özel hukuk alanında çalışan biri olduğu halde, ceza ve usul kanunlarıyla ilgili olarak da değerli bilgiler vermektedir. Çalışmada, Avrupa'daki önemli kanunlaştırma hareketlerinden Osmanlı kanunnamelerine, Tanzimat sonrası tedvin ve iktibas faaliyetlerinden yeni mahkemelerle ilgili düzenlemelere kadar pek çok konu ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir. Yazar, değerlendirmelerini birinci elden kaynaklara dayandırmaktadır. Velidedeoğlu'nun çalışmasını bizce önemli kılan bir başka husus ise, oldukça objektif bir tutum ve bakış açısıyla kaleme alınmış olmasıdır. Müellifin çalışmasında şöyle bir değindiği dikkat çekici bir konu ise, Osmanlı hukukunun Kara Avrupası hukuk sisteminden ziyade Anglo-Sakson hukuk sistemine olan benzerliğidir. Bu konu, üzerinde ciddiyle çalışılmaya değer niteliktedir.

Hukukçu olmamakla birlikte, hukuk sosyolojisi alanında çalışmalar yapan ve dersler veren Ziyaeddin Fahri [Fındıkoğlu], *İctimaiyat-Hukuk Sosyolojisi* isimli eserinde, kanunlaştırma faaliyetlerini büyük bir vukuf ile incelemekte ve değerlendirmektedir. Kitabın "Tedvin Sosyolojisi" başlıklı kısmında genel olarak tedvin üzerinde durulmakta, daha sonra da "tedvin tarihimiz" incelenmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nun tedvini ile Osmanlı Devleti'nde aile hukukunun tedvini ise daha ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir.

Yabancı kanunların iktibas ile hukuk sisteminin bütün olarak iktibas arasındaki ayrımı işaret eden Ferit Ayiter'in "Yabancı Kanunların Alınması ve Milli Hukuk" başlıklı çalışması dikkat çekicidir. Bu makalede iktibas sorunu ele alınarak, değişik bir perspektif getirilmeye çalışılmaktadır. Genel olarak iktibasın lehinde olanlar, yeni bir hukuk ve dünya görüşü, bir "devrim" nazarıyla konuya baktıkları için, iktibas suretiyle yeni bir hukuk alemine intikal edildiği görüşündedirler. Ayiter ise, kanun iktibasının bir hukuk iktibası olmadığını, hukukun kanundan ibaret bulunmadığını, dolayısıyla kanun iktibasıyla mevcut hukuk anlayış ve görüşünün değişmeyeceğini ileri sürmektedir. Müellifin bir bütün olarak yapılacak iktibasın lehinde olmadığını söyleyebiliriz. Bu sebeple genel hukuk anlayışı çerçevesinde iktibasa bir yer belirlemeye çalışılmaktadır. Uygulamanın ortaya çıkarttığı sonuçlarda müellifin görüşünü destekleyen yönler de vardır.

İstanbul Hukuk Fakültesi'nin *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* adıyla yayımladığı yıllığın 1956 senesine ait 6. sayısı, genel olarak kanunlaştırma ve iktibas faaliyetlerine tahsis edilmiştir. Bildiri özetleri ve makaleler içeren bu çalışma, İngilizce ve Fransızca metinlerden oluşmaktadır. "The Reception of Western Law in Turkey" başlıklı makalesinin sonunda K. Lipstein, Türk hukuk reformu üzerine İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde yazılmış eserlerin bir listesini vermektedir. Yıllıkta yer alan Hıfzı Timur'a ait iki makale önemli kanunlara değinmektedir. Bu makalelerin ilki "Views on the Transition in Turkey from Islamic Law to A Western Legal Set-up", ikincisi ise, "The Place of Islamic

Law in Turkish Law Reform” başlığını taşımaktadır. Aynı yerde iktibas çeşitleri hakkında derli toplu bilgi veren Max Rheinstein tarafından yazılmış “Types of Reception” başlıklı makale de önemlidir.

Türk Kanunu Medenisi’nin İsviçre’den iktibası hakkında yazan Aytekin Atay ve Ergun Özsunay, kanunlaştırma hareketlerinin geneli üzerinde durmakta ve bazı sonuçlara varmaktadırlar. Başka pek çok pozitif hukukçunun yaptığı gibi, müellifler de, iktibasın haklılığını ve yerindeliliğini ispat etmeye çalışmaktadırlar. Yazılanlarda hakim olan temel anlayışın, “İslam hukukundan kurtulmak için yapılacak her şey doğrudur” anlayışı olduğu görülmektedir. Bu sebeple, kanunun İsviçre’den alınmış olması, bizatihi önemli değildir. Yine de pek çok müellif gibi, İsviçre Medeni Kanunu’nun tercih edilmesinin “makul” sebeplerini sıralamaktadırlar. Ancak bu türden bütün çalışmalarda, İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’nun yıllar önce Osmanlı Türkçesine tercüme edildiği, *Ceride-i Adliye*’de yayımlandığı, daha sonra da kitap olarak basıldığı hususuna değinilmemektedir. Bir çalışmamızda⁴⁰ -ceza hukuku bakımından- belirttiğimiz gibi, medeni hukuk ve borçlar hukuku alanında da iktibas edilen kanunların tercihinde temel sebeplerden birinin elde mevcut hazır bir metnin bulunması olduğunu unutmamak gerekir. Bu hususu Dönmezer, ceza kanunu için açık bir şekilde ifade etmektedir.⁴¹

Gülnehal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi* isimli eserinde, iktibas yoluyla benimsenen kanunlarla birlikte Tanzimat döneminde hazırlanan diğer kanunları da ele almaktadır. Eserde Osmanlı Devleti’nde ve Türkiye Cumhuriyeti’nde iktibas [resepasyon] süreci incelenmektedir. Bu alanda çeşitli çalışmalar yapılmış olmakla beraber, bunların önemli bir kısmı medeni kanunla ilgilidir ve medeni hukuk uzmanları tarafından yazılmıştır. Hem iktibas yapılan bütün alanların incelenmesi, hem de tarihî sürecin ortaya konması bakımından müstakil bir çalışmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Bozkurt’un eseri Tanzimat’tan itibaren Batı ülkelerinden alınan kanunları toplu olarak incelemekte ve değerlendirmektedir. Belgelerin sadeleştirilerek verilmesi tartışılabilir olsa da, müellifin arşiv kaynaklarından yararlanmış olması iktibasını inceleyen eserlerde pek rastlanmayan olumlu bir tutumdur. Cumhuriyet döneminde iktibas edilen kanunların nasıl seçildiği hususu ise tam olarak aydınlatılabilmemiş değildir. Kabul edilen kanunların hepsinin Osmanlı hukuk hayatında tanınan, tercümeleri yapılmış ve tartışılmış metinler olmasının tercih edilmelerinde etkili olup olmadığı hiçbir çalışmada ele alınmamıştır.

Kanunlaştırma hareketleri üzerine ilginç bir çalışma ise Tuncer Namlı’nın “Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslam Alimlerinin

40 Mustafa Şentop, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Ceza Hukuku*, İstanbul, 2004.

41 Sulhi Dönmezer, *Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku (15 - 18 Aralık 1981)*, İstanbul, 1983, s. 110 ve 115.

Aldığı Tavrı ve Bunun Neticeleri” adlı yüksek lisans tezidir. Bu çalışmada kanunlaştırma hareketleri genel olarak değerlendirildikten sonra, benimsenen kanunlardan hareketle ortaya çıkan doktriner hukuk tartışmaları incelenmektedir. Bu türden çalışmaların hukuk kültürü ve perspektifleri bakımından büyük önemi olduğunu ifade etmek gerekir.

B. Kamu Hukuku Alanında Yapılan Kanunlaştırmalara Dair Çalışmalar

1876’da yürürlüğe giren Anayasa metni üzerine çeşitli çalışmalar mevcuttur. Ancak anayasanın hazırlanması konusunda ayrıntılı ve birinci elden kaynaklara dayanan bir çalışma bulunmamaktadır. Orhan Aldıkaçtı’nın *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* adlı çalışmasında 1876 Anayasası’na da değinilmekte, hazırlık çalışmaları ve 1909 tarihli değişiklikler hakkında bazı bilgiler verilmektedir.

Maarif Vekaleti tarafından hazırlanan *Tanzimat-I* adlı derlemeye ceza hukukuna dair bir makaleyle katılan Tahir Taner, Osmanlı Devleti’nin son zamanlarında yetişmiş, Lozan Konferansı’nda Türk heyetine hukuk müşavirliği yapmış bir zattır. Bu özellikleri dikkate alındığında hem Osmanlı hukuku hakkında doğrudan bilgi sahibi bulunduğu, hem de iyi bir hukukçu olduğu düşünülmelidir. Ancak müellifin “Tanzimat ve Ceza Hukuku” başlıklı makalesi hem oldukça kısa ve az bilgi içermekte, hem de Osmanlı hukukuyla ilgili yanlış bilgiler barındırmaktadır. Mesela, çok iyi bildiği tahmin edilen bir konuda bile, İslam hukukundaki cezalar hakkında yanlış bilgiler vermektedir. İçinden geldiği uygulamayı, hukuk mantığına da aykırı olacak şekilde okuyucuya sunmaktadır. Taner’in makalesinden hareketle, benzer çalışmaları ve Tanzimat dönemi hukuk hayatına dair bazı önemli noktaları göstermeye çalışalım.

Tanzimat döneminin en önemli özelliği hukuk hayatında düalizmdir. Şer’î hukukla Batı’dan iktibas edilen hukuk, şer’î mahkemelerle nizamiye mahkemeleri bir arada varlıklarını sürdürmüş ve birlikte işlemiştir. Bu ikiliğin hukuk hayatında birtakım sonuçları olacaktır. Bu sonuçları objektif bir biçimde ele almak, sorunun kaynağının nerede olduğunu tespit etmek ilim adamının görevidir. Bu sebeple en azından vakaları doğru tespit etmek ve yine en azından ortalama bir mantık zinciri içinde değerlendirmek gerekir. Müellif çalışmasının bir yerinde hukuk hayatındaki ikiliğin sonuçlarını şöyle ifade etmektedir:

Filhakika bu ikilikten bazen çok garip ve fakat aynı zamanda, hususiyle adaletin tevzii bakımından, pek çirkin ve içinden çıkılmaz vaziyetler tehdadüs ediyordu. Çok nadir olmakla beraber, bilfarz bir adam öldürme fiilinden dolayı takip edilen bir şahsın – vicdani delil sistemini takip eden- nizamiye mahkemesince beraetine karar verilmiş olduğu halde, maktulün veresesi tarafından vaki müracaat sebebiyle hadiseye elkoyan -ve kanuni delil sistemini tatbik eden- şer’iyye mahkemesi aynı şahsın kısasen katline hüküm verebiliyordu.

Ceza kanunu bile, 171. maddesinde: 'Hükmü kanuni hukuku şahsiyeyi iskat edemeyeceğinden maktulün veresesi var ise anların iddiaları üzerine hukuku şahsiye davası muhakemei şer'iyeye havale olunur' demek suretiyle müstakil olarak kısas için şer'iyeye mahkemesine müracaata hak ve salahiyet vermiştir. Her ne kadar hükümdarın iradesi olmadıkça idam hükmü infaz edilemez ve bu itibarla hükümdar affetmek salahiyetini haiz ise de, şer'iyeye mahkemesince kısasına hükmedilmiş ve fakat nizamiye mahkemesince beraetine karar verilmiş olan şahsın, kısas cezasından affi halinde, Ceza Kanununun 172 inci maddesi hükmünden yine kurtulmaması lazım geliyordu. O madde şöyledir: 'Kısas veya idam cezalarından affolunan katil müebbeden yahut 15 seneden ekall olmamak üzere muvakkaten küreğe konulur.' Elhasıl neresinden bakılsa mesele karışık ve çetin idi.⁴²

Tahir Taner'in, 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun uygulandığı dönemlerde yaşamış ve hukuk öğrenimi görmüş bir kişi olması hasebiyle, o dönemi daha iyi bilmesi gerektiği halde, buradaki ifadeleri tamamen bir faraziyeye dayanmakta ve yanlışlıklar içermektedir. Mesela, hükümdarın af yetkisi ve "kısas cezasından affi" ile ilgili ifadeler yanlıştır. Kısastan af yetkisi sadece öldürülenin varislerine aittir, hükümdar dahil bir başkasının kısastan affetmesi mümkün değildir. Müellifin İslam hukukundaki bazı suçları saydığı yerde de (s. 221), "şer'i hükümlere göre, irtidat, şirk, zina ve sirkat gibi hukukullahı taalluk eden (...) fiiller (...)"den söz ederken, "şirk" diye İslam hukukunda suç konusu olmayan bir fiili zikretmesi ilginçtir. Halbuki Taner, incelediğimiz dönemin aydınlatılmasında katkı sağlayacak hukukçulardan biridir.

Müellifin, şer'iyeye ve nizamiye mahkemeleri arasında görev karışıklığının yol açtığı sorunlara işaret ederken, "bir şahsın (...) nizamiye mahkemesince beraatine karar verilmiş olduğu halde, maktulün veresesi tarafından vaki müracaat sebebiyle hadiseye elkoyan ve kanuni delil sistemini tatbik eden şer'iyeye mahkemesi, aynı şahsın kısasen katline hüküm verebiliyordu" şeklindeki görüşü de isabetli değildir. Bir başka görüşe göre, bir dava ceza mahkemesinde görüldükten sonra, "verilen hükme rağmen davacı taraf kadiya müracaat ederek verilen hapis cezasını uygulattırmayıp tazminat almakla yetinebilirdi".⁴³ Halbuki eldeki bilgi ve belgeler, bu tür ihtimallerin söz konusu olamayacağını göstermektedir. Hatta ikinci ihtimal, kanuna göre yargılama yapan nizamiye mahkemelerinde davacının hükmü değiştirme veya affetme yetkisi bulunmadığından, tasavvur bile edilemez.

42 Tahir Taner, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat-I*, İstanbul, 1940, s. 231, dipnot.

43 İlber Ortaylı, "Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine", *Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan*, İ.Ü. Siyasal Bilimler Fakültesi, 1982, s. 505; a.mlf., "Osmanlı Devletinde Laiklik ve Hukukun Romanizasyonu", *Erdem*, Aydın Sayılı Özel Sayısı, Ocak 1997, c. IX, sy. 27, s. 1206.

Katil ve müessir fiiller gibi bazı suçlarda failin hem şer'iyeye, hem de nizamiye mahkemelerinde yargılanıyor olmasına rağmen, hükmün kesinleştirilmesi her iki yargılamanın tamamlanmasına bağlı kılındığından ve üst mahkemede iki ayrı karar bir arada incelendiğinden içinden çıkılmaz bir durumla karşılaşmamaktadır. Kanunlardaki düzenleme de dikkate alındığında, nizamiye mahkemelerinin, kısas gerektiren suçlarda ceza vermesi, failin kısasla cezalandırılmamasına bağlı olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, "nizamiye mahkemelerinden beraat eden bir şahsın şer'iyeye mahkemesinde kısasına hükmedilmesi" ihtimali asla söz konusu olmaz. Belki tam tersi mümkündür. Şer'iyeye mahkemelerinde, kanunî delil sebebiyle suçun tam sübutu gerçekleşmediği veya varislerin affı sebebiyle, cezalandırılmayan şahsın nizamiye mahkemelerinde cezalandırılması mümkündür, kanun da bunu öngörmektedir.

Müellifin ileri sürdüğünün aksine, "kanunî delil" sistemiyle mahkumiyeti gereken bir şahsın "vicdanî delil" sistemiyle beraatı ise mümkün değildir. Kanunî deliller mahkumiyete hükmetmeyi gerektiriyorsa, vicdanî delillerle bundan kaçınılamaz. Belki aksi düşünülebilir: Kanunî delillerle mahkumiyete hükmedilemese de, vicdanî delillerle hükmedilebilir. Vicdanî delillerin -kanunî delilleri içermekle beraber- daha kapsamlı olduğu, ama kanunî delillerin vicdanî delillere dayanmayı güçleştirdiği hususu dikkatten kaçırılmamalıdır.

Ehud R. Toledano'nun *International Journal of Turkish Studies*'de yayımlanan "The Legislative Process in the Ottoman Empire in the Early Tanzimat Period: A Footnote" başlıklı makalesi, ceza hukuku alanında kanunlaştırma faaliyetinin işleyişine ışık tutan kısa ama değerli bir çalışmadır. 1840 tarihli ilk ceza kanununun uygulanması sırasında karşılaşılan bazı sorunlar kanunda değişiklikler yapılmasını gerektirmiştir. Bu ilk kanundaki değişikliklerden, Velidedeolu dışında, başka bir çalışmada söz edilmemektedir. Toledano'nun çalışması, özellikle kanunlaştırma sürecinin nasıl işlediğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Meclis-i Vala'nın yasama fonksiyonuyla ilgili olarak Seyitdanlıoğlu da kısa bilgiler vermektedir.⁴⁴ Bu konu üzerinde daha ayrıntılı çalışmalar yapılması; sadece yasama sürecinin anlaşılmasına katkı yapmakla kalmayacak, yabancı kanunların iktibasında izlenen yol ve yöntemleri, kanunlaştırma faaliyetine verilen önem ve değeri, Batılılaşma sürecindeki algılama farklılıklarını da gösterecektir.

Tanzimat dönemindeki ceza kanunları ve cezaî müeyyideleri ele alan Ahmet Gökçen'in *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* adlı eseri de, alanında yapılmış ilk çalışma olması bakımından önemlidir. Çalışmada, kanunlarda ve İslam hukukunda bulunan cezalar tespit edilmiş, bu cezaların nasıl uygulandığı izah edilmiştir. Çalışma ekin-

⁴⁴ Mehmet Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala*, Ankara, 1994, s. 102-110.

de Tanzimat döneminde kabul edilen üç ceza kanununun metinleri de verilmiştir. Ancak, ilk iki kanunda yapılan değişikliklere yer verilmemiştir. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu'nun ise 1298/1881 tarihinde yayımlanan matbu metni esas alınmıştır. Halbuki bu tarihten sonra, son kanunda pek çok değişiklik yapılmış, özellikle XX. yüzyılın başlarından itibaren genel sistemi etkileyecek kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir. Bu çalışmanın, dönemi toplu olarak incelemesi bakımından ilk ve önemli bir metin olduğu söylenebilir.

Tarafımızdan yapılan bir çalışmada ise, Tanzimat döneminde hazırlanan ceza kanunları ve bu kanunlarda yapılan değişiklikler incelenmekte, hukuk ikiliğinden kaynaklanan genel uygulama sorunlarına değinilmektedir. Özellikle İslam hukukundaki cezaların, ceza kanunlarının kabulünden sonra nasıl bir yer bulduğu incelenmektedir. Çalışmada, Cumhuriyet döneminde, 1926'da kabul edilen ceza kanununun, daha önce Osmanlı hükümeti tarafından tercüme ettirilip hazırlandığı, bir tasarı olarak Meclis'e sevk edildiği ama müzakere edilemediği ifade edilmekte ve tasarı metni ekte verilmektedir. Bu çalışmaya göre, 1926 Türk Ceza Kanunu doğrudan İtalyan Ceza Kanunu'nun tercüme edilmesi suretiyle değil, Osmanlı Adliye Nezareti tarafından hazırlanan tercümenin sadeleştirilmesiyle hazırlanmıştır. Bu çalışmada da, 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarıyla ilgili bilgilerde ve özellikle 1274 tarihli kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile mukayesesi bakımından eksiklikler bulunmaktadır.

Şer'iyeye mahkemelerinde yargılama usulüyle ilgili düzenlemeyi inceleyen Ahmet Akman'ın "Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye Kararnamesi" adlı yüksek lisans tezi, usul hukuku alanında ayrıntılı tek çalışmadır. Bu kararname Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı'na atıflar yaptığı için, bu çalışmada hukuk usulüyle ilgili düzenlemelere de değinilmektedir. Yukarıda hukuk usulüyle ilgili bu düzenlemenin bütünüyle bir iktibas olmadığını belirtmiş ve önemine değinmiştik. Yargılama usulünün bu temel kanunu ve uygulanması üzerine çalışmalar yapılması gerekmektedir. Halil Cin'in "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri" başlıklı makalesinde de yargılama usulüyle ilgili düzenlemelere özet olarak değinilmektedir.

C. Özel Hukuk Alanında Yapılan Kanunlaştırmalara Dair Çalışmalar

Mecelle'nin hazırlanması, yürürlüğe girişi ve tadili çalışmalarını ele alan Osman Kaşıkçı'nın *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* adlı eseri, kapsamlı son çalışma olması bakımından önemlidir. Daha önce A. Refik Gür'ün *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* adını taşıyan çalışması ile Osman Öztürk'ün *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle* adlı çalışması bu konuda daha önce yapılmış önemli çalışmalardır. Yine Sıddık Sami Onar'ın "Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codificationu, Mecelle" başlıklı makalesi, *Mecelle* ile birlikte kanunlaştırma faaliyetleri hakkında da değerlendir-

meler içermektedir. M. Akif Aydın'ın "Mecelle'nin Hazırlanışı" başlıklı makalesi ise sadece *Mecelle*'nin hazırlanması sürecine hasredilmiş önemli bir çalışmadır. Ebülula Mardin'in bir nevi biyografi çalışması olan *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa* adlı kapsamlı eseri de *Mecelle*'nin hazırlanmasına dair önemli bilgiler içermektedir.

Mecelle'de düzenlenmeyen aile hukuku hükümleri geç bir dönemde ayrı bir metin halinde kabul edilmiştir. 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesine dair M. Akif Aydın'ın *İslam-Osmanlı Aile Hukuku* adlı çalışmasında, genel olarak İslam aile hukuku hakkında bilgiler verildikten sonra, Osmanlı uygulaması üzerinde durulmakta, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yürürlüğe girişine kadar bu alanda meydana gelen değişiklik ve gelişmeler değerlendirilmektedir. Yine Kararname'nin hazırlanması süreci ve içerdiği hükümler sistematik olarak incelenmektedir. Mehmet Ünal'ın "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi" başlıklı makalesi de Tanzimat sonrası dönemde aile hukuku düzenlemelerini ele alan değerli bir çalışmadır.

Arazi Kanunnamesiyle ilgili olarak Ö. Lütfi Barkan'ın "Türk Toprak Hukukunda Tanzimat ve 1274/1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi" başlıklı ayrıntılı makalesi bu alandaki temel çalışmadır. Bir kitap hacmindeki bu makalede, kanunnamenin hazırlanışıyla ilgili bilgiler de verilmektedir. Arazi Kanunnamesi'ne dair Halil Cin'in çalışmalarını da zikretmek gerekir. *Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması* adlarını taşıyan eserlerde Cin, Arazi Kanunnamesinin hazırlanması süreci ile içerdiği hükümlerin Tanzimat öncesi dönemdeki uygulamalarla ilişkisine değinmektedir.

Aynur Beyazal'ın "Tanzimat Sonrası Türkiye'sinde Medeni Hukuk Sahasında Yapılan Kanunlaştırmalarda Laiklik-Sekülerlik Sorunu" adını taşıyan tez çalışmasında özel hukuk alanında yapılan düzenlemeler, şer'î hukuk-seküler hukuk bağlamında değerlendirilmektedir.

IV. Konuya Dair Bir Bibliyografya Denemesi

"Kanun-ı Cezamızın Edvar-ı Tekamülü", *Ceride-i Adliye*, 1332-1333, sy. 152, 153, 154-155, 156, 157, 158.

Affan Osman; "Devlet-i Aliye-i Osmaniye Hukuk-ı Cezasının Esasıyla Terakkıyat-ı Tedriciyesi", *Muhamat*, 6 Cemaziyelahir 1330/10 Mayıs 1328, sy. 11, s. 321-329.

Ahmed Lütfi, *Mir'at-ı Adalet*, İstanbul, 1304.

"Ahval-i Şahsiye ve Vacibat Komisyonları Raporları", *Ceride-i Adliye*, 1339, 1340-1341, sy. 10-13, 14, 15.

Akgündüz, Ahmet; "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakla-

- rı, Tatbik Şekli ve Men'-i İrtikab Kanunnamesi”, *Bellekten*, c. LI, sy. 199, s. 153-191.
- Akgündüz, Ahmet; “Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri”, *Ahmet Cevdet Paşa (1823-1895) Sempozyumu (9-11 Haziran)*, Ankara, 1997, s. 335-341.
- Akman, Ahmet; “Usul-i Muhakeme-i Şer’iyye Kararnamesi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989.
- Aldıkaçtı, Orhan; *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1982.
- Ansay, S. Şakir; *Medeni Kanunumuzun 25. Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar*, Ankara, 1952.
- Artuk, Emin. “Atatürk ve 1926 Tarihli Türk Ceza Kanununun Hazırlanması”, *Hukuk Araştırmaları* (Atatürk’ün 50. Ölüm Yılı Özel Sayısı), Eylül-Aralık 1988, c. III, sy. 3, s. 73-81.
- Arvas, İbrahim; “Halkçuların Müthiş Kanunları Hala Yaşayacak mı?”, *Sebilürreşad*, 1952, c. VI, sy. 139, s. 217.
- Ataay, Aytekin; “Neden İsviçre Medeni Kanunu?”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Medeni Kanunun 50. Yılı Sempozyumu Tebliğler – I*, İstanbul, 1976, s. 59-72.
- Atay, Neşet Halil; “Milli Devletin 1923’den Önceki Kanunlarında Cumhuriyetin İbtidai Şekilleri”, 1944, c. II, sy. 23, s. 1-11.
- Aydın, M. Akif; “Mecelle’nin Hazırlanışı”, *Osmanlı Araştırmaları*, 1989, c. IX, s. 31-50.
- Aydın, M. Akif; “Türk Hukukunun Laikleşmesi Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”, *İslami Araştırmalar*, 1995, c. VIII, sy. 3-4, s. 166-172.
- Aydın, M. Akif; *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985.
- Ayiter, Ferit; “The Interpretation of a National Systems of Laws Received From Abroad”, *Annales de la Facult de Droit d’Istanbul*, 1956, c. VI, sy. 6, s. 41-43.
- Ayiter, Ferit; “Yabancı Kanunların Alınması ve Milli Hukuk”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul, 1944, s. 170-215.
- Azrak, Ülkü; “Tanzimat’tan Sonra Resepsiyon”, *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi*, c. III, s. 602-606.
- Baer, Gabriel; “The Transition From Traditional To Western Criminal Law In Turkey and Egypt”, 1977, *Studia Islamica*, sy. 45, s. 139-158.
- Belgesay, Mustafa Reşit; “Tanzimat ve Adliye teşkilatı”, *Tanzimat – I*, İstanbul, 1940, s. 211-220.
- Belgesay, Mustafa Reşit; “Türkiye’de Yabancı Kanunların Kabulü”, *Annales de la Facult de Droit d’Istanbul*, 1956, c. V, sy. 6, s. 93-98.
- Beyazal, Aynur; “Tanzimat Sonrası Türkiyesi’nde Medeni Hukuk Sahasında Yapılan Kanunlaştırmalarda Laiklik-Sekülerlik Sorunu”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1998.
- Bilsel, Cemil. “Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü*, İstanbul, 1944, s. 21-71.
- Bozkurt, Gülnihal; *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara, 1996.
- Bozkurt, Mahmut Esat; “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, *Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul, 1944, s. 7-20.

- Celal Nuri; *Havaic-i Kanunimiz*, İstanbul, 1331.
- Cevdet Ferid; “Kanun-ı Cezanın Me’ hazları”, *İstanbul Barosu Mecmuası*, Temmuz 1927, sene: 1, sy. 7, s. 404-409.
- Cin, Halil; “Tanzimat Dönemi’nde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri”, *150. Yılında Tanzimat*, Hakkı Dursun Yıldız (haz.), Ankara, 1992, s. 11-32.
- Cin, Halil; *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara, 1974.
- Çoker, Fahri; “Tanzimat’ın Getirdiği Hukuk Kurumları ve İşlevleri”, *Tarih ve Toplum*, Kasım 1989, c. XII, sy. 71, s. 16-20.
- Davran, Bülent; “Yabancı Kanunların Alınmasına Müteallik Bazı Mülahazalarla Birlikte, Türk Medeni Kanununda Yapılan ve İsviçre Medeni Kanununa Nisbetle Fark İhtiva Eden Değişiklikler Hakkında Rapor”, *Annales de la Facult de Droit d’İstanbul*, 1956, c. V, sy. 6, s. 131-143.
- Ekinci, Ekrem Buğra; *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul, 2004.
- Engelhard, Ed.; *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye’nin Tarih-i Islahatı 1826-1882*, çev.: Ali Reşad, İstanbul, 1328.
- Erk, Hasan Basri; “Adli Kanunlarımız Tadil Edilirken Düşündüklerimiz”, *Sebilürreşad*, c. V, sy. 109, s. 133-134.
- Erkin, Safa Şevket; “Medeni Kanunumuzun İktibasında Mahmud Esad’ın Rolü”, *İş, Felsefe, Ahlak ve İctimaiyat Mecmuası (İş ve Düşünce)*, 1941, c. X, sy. 1 [37], s. 11-18.
- Erman, Eyüp Sabri; “Türk Hukukunda Aşamalar ve Devrim Kanunları”, *Adalet Dergisi*, 1973, c. LXIV, sy. 4, s. 209-215.
- Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri; “Special Aspects of the Turkish Reception of Law”, *Annales de la Facult de Droit d’İstanbul*, 1956, c. V, sy. 6, s. 155-165.
- Gökçen, Ahmet; *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989.
- Gözübenli, Beşir; “Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle”, *Ahmet Cevdet Paşa (1823-1895) Sempozyumu (9-11 Haziran)*, Ankara, 1997, s. 285-289.
- Hacıhabiboğlu, Nuri; “Kanunların İktibas ve Hatalar Meselesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1949, c. V, sy. 61, s. 25-27.
- Haçeriyan, Nazaret; “İsviçre Kanun-ı Medenisi”, *Ceride-i Adliye*, 1330, c. V, sy. 104, s. 5662-5675.
- Heyd, Uriel; “The Ottoman Ulema and Westernization in the Time of Selim III and Mahmud II”, *Studies in Islamic History and Civilization*, Uriel Heyd (ed.), Kudüs, 1961, s. 63-96.
- “İhzar-ı Kavanin Komisyonu Çalışma Raporları”, *Ceride-i Adliye*, 1333, Sene: 7, sy. 160, 161, 162.
- İnalçık, Halil; “Kanun”, *DİA*, c. XXIV.
- İnalçık, Halil; “Kanunname”, *DİA*, c. XXIV.
- Kanun-ı Cezanın Bazı Mevaddı Makamına Kaim Olmak Üzere Tadilen ve Zeylen Tanzim kılınan Layiha-i Kanuniye ve Esbab-ı Mucibesi*, İstanbul, 1326.
- Kaya, Şükrü; “Kanunların Türkleşmesi”, *Yedigün*, 1942, c. XIX, sy. 474, s. 5; sy. 476, s. 5.
- Kunter, Nurullah; “Yirmi Beş Cumhuriyet Yılıın Ceza Tarihçesi”, *İstanbul Barosu Dergi-*

- si, (Cumhuriyetin 25 inci Yıldönümü Fevkalade Nüshası), Ekim 1948, Yıl: XXII, sy. 10, s. 539-584.
- M. S. E.; "Tanzimat'tan Cumhuriyete Kadar Geçen Devre Ait İl İdaresi ve Teşkilatı Kanunları", *İdare Dergisi*, 1951, sy. 211, s. 141-196.
- Mardin, Ebul'ula; *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul, 1946.
- Mehmed Talat; "Eski ve Yeni Kanunların Yekdiğeriyle Karşılaştırılması", *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, 1926, sy. 3, s. 141-145.
- Milashlı Gad Franko; "Mecelle ve Usul-i Muhakeme Kanunlarının Teşkilat-ı Esasiyeye Muvafakatı", *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, 1926, sy. 2, s. 61-64.
- Nadolski, Dora Glidewell; "Ottoman and Secular Civil Law", *International Journal of Middle East Studies*, 1977, sy. 8.
- Namlı, Tuncer; "Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslam Alimlerinin Aldığı Tavrı ve Bunun Neticeleri", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1988.
- Nusret Hilmi; *Code Civil yani Fransız Medeni Kanunu yahut Hukuk-ı Adıye Kanunnamesi*, İstanbul, 1303.
- Oktay, Bayülken; "Atatürk'ün Adalet ve Hukuk Siyaseti ve İnkılap Kanunlarımız", *İstanbul Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Yıllığı*, 1986, sy. 1, s. 194-223.
- Onar, Sıddık Sami; "Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codificationu, Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. XX, sy. 1-4, s. 57-85.
- Ortaylı, İlber; "Osmanlı Devletinde Laiklik ve Hukukun Romanizasyonu", *Erdem*, Aydın Sayılı Özel Sayısı, Ocak 1997, c. 9, sy. 27, s. 1201-1208.
- Önen, Ergun; "Atatürk ve Hukuk İnkılabı", *Hukuk Araştırmaları*, c. III, sy. 3, s. 24-29.
- Özbudun, Ergun; *1921 Anayasası*, Ankara, 1992.
- Özdamar, Seyit Ali; "Osmanlı Bağlamında Mısır'da Aile Hukukunun Kanunlaştırılması ve Tarihi Seyri", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Orta Doğu ve İslam Ülkeleri Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1998.
- Özer, Yusuf Ziya. "Adalet Teşkilatının Tarihi Tekamülü", *Adliye Ceridesi*, 1936, sy. 20, s. 1401-1412.
- Özsunay, Ergun; "Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler", *Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulamaları Merkezi*, İstanbul, 1983, s. 11-43.
- Öztürk, Osman; "Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Adli ve Hukuki Çalışmalar", *İslam Medeniyeti*, 1973, yıl: 3, sy. 29, s. 34-35.
- Öztürk, Osman; "Türkiye'de Milli – Enebi Hukuk Mücadelesi", *İslam Medeniyeti*, 1973, yıl: 3, sy. 30, s. 25-26 ve 1973, sy. 31, s. 26-27.
- Postacıoğlu, İlhan E.; "Türk Medeni Kanununun İsviçre'den İktibas ve Bugünkü Tadil Tasarısı", *İstanbul Barosu Mecmuası*, 1985, c. XLIX, sy. 10-12, s. 842-866.
- Rheinstein, Max; "Types of Reception", *Annales de la Facult de Droit d'Istanbul*, 1956, c. V, sy. 6, s. 31-40.
- Schacht, Joseph; "Problems of Modern Islamic Legislation", 1960, *Studia Islamica*, sy. 12, s. 99-129.

- Schwarz, Andreas B.; "Bugünkü Hususi Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medeni Kanununun Tesiri", *Adalet Dergisi*, 1948, sy. 8, s. 963-981.
- Seyitdanlıoğlu, Mehmet; *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868)*, Ankara, 1994.
- Shaw, Stanford J.; "The Central Legislative Councils in the XIX. Century Otoman Reform Movement Before 1876", *International Middle East Studies*, sy. 1, s. 51-84.
- Şafak, Ali; *İslam Hukukunun Tedvini*, Erzurum, 1978.
- Şentop, Mustafa; *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, İstanbul, 2004.
- Taner, Tahir; "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat – I*, İstanbul, 1940, s. 221-232.
- Tanör, Bülent; *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, 1992.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; "Atatürk ve Laik Hukuk Düzenine Geçiş Safhaları", *Hukuk Araştırmaları*, c. III, sy. 3, s. 17-20.
- Timur, Hıfzı; "Views on the Transition in Turkey from Islamic Law to a Western Legal Setup", *Annales de la Facult de Droit d'Istanbul*, 1956, c. V, sy. 6, s. 82-88.
- Toledano, Ehud R.; "The Legislative Process in the Otoman Empire in the Early Tanzimat Period: A Footnote", *International Journal of Turkish Studies*, 1980, c. I, sy. 2, s. 99-106.
- Tunçay, Mete; "1293 Kanun-ı Esasisinin Son Tadilleri", *Kanun-ı Esasinin 100. Yılı Armağanı*, Ankara, 1978, s. 249-255.
- Ünal, Mehmet; "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXXIV, sy. 1-4, s. 195-231.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat – I*, İstanbul, 1940, s. 139-209.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; "Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'i Hukuktan Laik Hukuka Geçiş", *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul, 1968, s. 705-724.
- Yavuz, Cevdet; "Atatürk İnkıpları Çerçevesinde 'Esbab-ı Mucibe Layihası' Açısından Türk Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun İktibas Üzerine Düşünceler", *Hukuk Araştırmaları*, c. III, sy. 3, s. 54-63.
- Yusuf Ziya [Özer]; "Kanun-ı Ceza Layihasının Hutut-ı Asliyesi – I ve II", *Ceride-i Adliye*, 17 Kanunusani 1325, Birinci Sene, sy. 4, s. 136-142 ve 7 Nisan 1326, sy. 9, s. 362-367.
- Yüksel, Ali Said; "Tercüme Kanunlar", *Türk Düşüncesi*, 1957, c. VIII, sy. 12, s. 16-20.
- Zajtay, İmre; "Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibas", çev.: Teoman Aküinal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4, s. 309-324.

Sonuç

Tanzimat, Osmanlı hukukunda önemli bir dönüm noktasıdır. Ferman'da genel değerlendirmelerden sonra yapılması gerekenler arasında özellikle yeni kanunlar hazırlamaktan söz edilmektedir. Nitekim, bir sene geçmeden ilk ceza kanunu hazırlanmıştır. Arkasından ticaret kanunu ve diğer kanunlar kabul edilmiştir.

Tanzimat döneminde kanunlaştırma faaliyeti, tatbik edilen mevcut hukuk kurallarının tedvini [codification] ve başka ülkelerin kanunlarını benimseme

[reception] şeklinde iki koldan yürütülmüştür. İlk kanun, bir ceza kanunu olarak, tedvin çalışmasıdır. Bir sonraki ticaret kanunu bir iktibastır. Bu dönemde bir yanda *Mecelle* gibi gerçekten büyük bir tedvin hareketi gerçekleştirilirken, öte yanda Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu gibi Osmanlı hukuk sistemi dikkate alınmadan alelacele yapılmış iktibaslar yer almaktadır. Ancak, ceza hukuku üzerine yaptığımız çalışmalarda da gördüğümüz üzere, iktibasların önemli bir kısmı üzerinde genel hukuk sistemi bakımından bir itina ve dikkat gösterilmiştir. Ceza Kanunname-i Humayunu hazırlanırken, Fransız Ceza Kanunu'ndaki kurumlar ve hükümler tek tek değerlendirilmiş, Osmanlı hukukunun genel yapısına uygun bir çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır. 1909 senesinde tercüme edilen 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun da Osmanlı hukuk sistemine uydurulmaya çalışıldığını görüyoruz. Bu dikkat, sadece Osmanlı hukuk sistemine değil, iktibas edilen kanunlara da vukufiyeti icap ettirmektedir. Daha sonraki iktibas faaliyetlerinde bu itina ve dikkati maalesef göremiyoruz. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun kabulü sırasında ciddi hatalar yapılmış, bir kısmı düzeltilmiş, bir kısmı ise varlığını sürdürmüştür.⁴⁵

Kanunlaştırma faaliyetinin önemli bir kısmında, en azından şeklen, İslam hukukuna ve Osmanlı hukukunun genel yapısına uygun davranılmaya dikkat edilmiştir. Ancak zaman içinde hem şer'iyeye mahkemelerinin faaliyet alanının daraltılması, hem de kanunların uygulamada öne çıkmasıyla, İslam hukukundan gelen hükümlerin nisbeten ihmale uğradığını söyleyebiliriz.

İlk zamanlarda bir deneme, belki de Batı baskısını azaltacak bir adım olarak görülen hukuk alanındaki düzenlemeler, zaman içinde hem mevzuat, hem de uygulama bakımından ciddi gelişme kaydetmiş ve Türkiye'ye mahsus bir hukuk birikimini oluşturmuştur. Mahkeme kararları incelendiğinde, bugün de kullandığımız pek çok kavram ve yaklaşım tarzının en az yüz sene önce mevcut ve gelişmiş olduğunu görmek ilgi çekicidir. Hukuk alanında Cumhuriyet dönemindeki reformların birdenbire ortaya çıkmadığını, oldukça eskiye dayanan bir "geleneğin" bulunduğu altını da çizmek gerekir.

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma faaliyetleri üzerine yapılan çalışmalar çok yetersizdir. Halbuki yaklaşık yüzyıl devam eden bir hareket söz konusu-

45 Nurullah Kunter, "Yirmi Beş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, (Cumhuriyetin 25 inci Yıldönümü Fevkalade Nüshası), Ekim 1948, Yıl: XXII, sy. 10, s. 546. Kunter, Türk Ceza Kanununu hazırlamak üzere kurulan komisyonun son çalışmasından söz ederken, "(...) Komisyon adına merhum Fahrettin Karaoğlan'ın iştirak ettiği üç kişilik bir komite, İtalyan Kanununun mevcut tercümesini ufak tefek tadillerle kabul etti. Hatta burada da aceleden bir çok maddelerde eskiden mevcut olan cürüm kelimeleri unutuldu ve bunlar Ceza Kanununun tab'ı zamanında vukubulmuş hatalar diye gösterilerek, sonradan kabul olunan 26 Nisan 1926 tarih ve 825 sayılı Mer'iyet Kanununun 39 uncu maddesiyle tashih olundu" demektedir. Para cezaları ile hapis cezası arasında mevcut olan ve 1909 tercümesinde dikkat edilen nispet ise 1926 kanununda bozulmuş, paraya çevrilen hapis cezalarında ceza zaman aşımı bakımından sorunlar doğurmuştur.

dur. Genel olarak, münferit birkaç kanun üzerinde çalışılmış, özellikle Cumhuriyet sonrası hukuk reformlarını tebcil eden daha çok ideolojik çalışmalar yayımlanmıştır. Genel olarak hukuk kurallarının şerhini yapma usulüne dayanan Türk hukuk öğretimi sistemi, kuralların ortaya çıkışı ve nasıl bir hayat sürdürdüğü meselelerine alaka göstermemiştir, halen de göstermemektedir. Yaklaşık 75 sene yürürlükte kalan medeni kanunun uygulamada neler getirdiği, yerleşen veya uygulama kabiliyeti bulmayan kuralları ve bunun sebepleri üzerine yapılmış bir çalışma yoktur. Kısaca, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e hukuk hareketleri bakir bir alan olarak araştırmacıların alakasını beklemektedir.

On the Literature of Legislation Movements in the Tanzimat Era

Mustafa ŞENTOP

Abstract

In the Tanzimat era, legislations can classify in three groups. First are codifications that making rule from old Ottoman law, second is reception of western law, and third are eclectic legislations. Studies on the legislation movements that approximately continued a century are not enough. The some of present studies have included the ideological approaches and the subjective opinions. Studies that detailed and purpose of understanding on the legislation movements are necessary. This article examines the legislation movement in the Tanzimat era and the literature on this subject.

Keywords: legislation, reception, codification, civil law, penal law

Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü

Mustafa ŞENTOP

Özet

Tanzimat döneminde yapılan kanunlaştırma faaliyetlerini ana hatlarıyla üç grupta toplamak mümkündür. Birincisi, klasik dönem Osmanlı hukukunun kanunlaştırılması (kodifikasyon), ikincisi Batıdan iktibas (resepsiyon), üçüncüsü karma sistem. Yaklaşık yüzyıl devam eden kanunlaştırma hareketleri üzerine yapılan çalışmalar oldukça sınırlıdır. Ayrıntılar üzerinde duran ve kanunlaştırma sürecini inceleyen, tartışan çalışmalar çok azdır. Mevcut çalışmaların önemli bir kısmında ise Batılılaşma amacını tebcil eden bir perspektif hakim olduğu için, objektiflikten uzak değerlendirmeler yer almaktadır. Bu dönem kanunlaştırma hareketleri anlamaya yönelik ayrıntılı çalışmaları beklemektedir.

Anahtar Kelimeler: Yasama, kanunlaştırma, kamu hukuku, özel hukuk, ceza hukuku.