

GENE TANZİMATA DAİR

Yazan :

Doçent. Dr. Hıfzı Veldet

I. Giriş; II. Tenkidin şekli; III. «Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat» etüdünün asıl konusu; IV. Tanzimattan önceki birbuçuk asırda Osmanlı hukuk nizamı, vezir ve şehzade katli meseleleri; V. Yabancı kanunların ıktibas; meselesi; VI. «Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat» etüdündeki tali noktalar; VII. Netice.

I

Tanzimatın yüzüncü yıldönümü münasebetile Maarif Vekâleti tarafından çıkarılan (Tanzimat) eserinin içindeki «Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat» adlı etüdümüz (1) için İktisat Fakültesi profesörlerinden Ömer Lütfü Barkan, Hukuk Fakültesi Mecmuasının geçen sayısında bir tahlil ve tenkid yazısı neşretti (2). Bin sayfaya varan ve 32 etüd ihtiva eden bu eserin tamamı için daha önce İktisat Fakültesi mecmuasında 41 sayfalık bir tenkid makalesi (3) yazan mumaileyhin, bu 32 etüdden sadece birini ve Tanzimat kitabının mütevazı bir faslını teşkil eden 70 sayfalık küçük etüdümüzü adetâ büyük bir eser ölçüsünde ayrıca ele alarak bunun üzerine onsekiz sayfalık bir makale neşretmesi ve hele bu etüdün — kendilerinin de büyük ve önemli bir etüdlarini ihtiva eden (4) — Tanzimat kitabının «en şayanı dikkat bir faslını» teşkil ettiğini söylemek iltifat ve tevazuunu göstermesi (5) bizi çok mütehassis etti. Burada hem bu hususî ihtimama teşekkür ödevimizi yerine getirmek, hem de bazı noktalar hakkında düşüncelerimizi belirtmek istiyoruz.

Makale sahibi, bahis mevzuu olan etüdümüz hakkındaki iltifatlarını müteaddit yerlerde tekrar ettikten, bu etüdde meselelerin sistematik bir şekilde yerli yerine konulduğunu söyledikten sonra «Doçent Hıfzı Veldet'in bu etüdde bu suretle sarfettiği terkip ve sistematizasyon gayreti sayesinde bundan sonra bu sahada çalışmak isteyenler, mevzularının diğer sahalarla olan münasebetlerini kolaylıkla kavrayabilecekler ve bu etüdde ortaya sürülen fikirlerden hareketle, daha hususî herhangi bir mevzuun tetkikinde daha büyük bir emniyetle çalışmak imkânını bulabileceklerdir» (6)

(1) Tanzimat I 1940 s. 139-209.

(2) Hukuk Fakültesi Mecmuası 1941, Cilt VII. sayı 2-3 s. 700-717.

(3) İktisat Fakültesi Mecmuası, 1941, Cilt II, sayı 2, s. 288-329.

(4) Ömer Lütfü Barkan. Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnamesi, Tanzimat I, s. 321-421.

(5) H. F. M., aynı sayı, s. 700

(6) H. F. M., aynı sayı, s. 702.

diyerek makalesinin asıl tahlil ve tenkit kısmına geçmektedir.

II

Bu tenkid yazısını önce şekil bakımından gözden geçirmek istiyoruz. Bizce etraflı bir tenkid yazısı, ele aldığı eserin ilkönce hakiki hüviyeti, maksadı, her fasıl ve bahsinin ehemmiyet derecesi ve bu fasıl ve bahislerin eserdeki yerleri üzerinde tam bir fikir vermelidir ki, eseri okumadan tenkidi okuyanlar olursa eser hakkında derli toplu malûmat edinebilsinler. Halbuki Prof. Barkan makalesinin ilk sayfasında etüdümüzün fihristini bir not içinde vermeyi kâfi bulmuş (7) ve makalesinde bu etüdün yalnız bazı esaslı noktalarına dokunarak geçmiş ve tâli olan kısımlarını mufassalan ele almıştır. Öyle ki, mumaileyhin bu makalesini okuyanlar şayet ona mevzu teşkil eden etüdü daha önce okumamış iseler, bu etüdün gayesinin bilhassa eski Osmanlı Kanunnamelerinin ve fetvalarının tetkikından ibaret olduğu zehabına kapılacaklardır. Halbuki 70 sayfalık etüdün mezkûr Kanunnamelere tahsis ettiğimiz kısmı on bir sayfadan ibarettir (8) ve gaye sadece kodifikasyon (kanunlaştırma) cereyanını gözden geçirmek olduğu için, fetvalar hiçbir suretle incelenmemiş, yalnız bazı kanunnamelere girmiş olan fetva ifadelerine — o da yalnız dil ve ifade bakımından — kısaca temas olunmuştur. Şayet maksadımız fetva tetkikatı olsaydı etüdün adı her halde «Kanunlaştırma Hareketleri» olmazdı.

«Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat» etüdünün maksadını, giriş kısmında şu satırlarla belirtmiştik: «Bu etüdün gayesi Kanunlaştırma hareketi ve bunun garpte ve bizdeki akışı hakkında kısa ve toplu malûmat vererek bu akış içinde *Tanzimat devrinin vaziyetini tebarüz ettirmek* olduğu için evvelâ kanun ve kanunlaştırma mefhumları ve kanunlaştırmanın âmil-leri, tanzimat kanunlarına bir çok noktalardan esas teşkil eden Avrupa mevzuatını doğurmuş olan Garpteki kanunlaştırma hareketleri, Osmanlı Devletinde Tanzimattan önceki kanunlaştırma vaziyeti gözden geçirilecek ve bilâhare Tanzimat ile başlayan kanunlaştırma hareketi ve bunun çeşitli cephe-leri ve neticeleri tetkik olunacaktır» (9). Bundan anlaşılıyor ki, etüd Osmanlı Hukukunun karanlık problemlerini aydınlatmayı hareket noktası almış olmayıp, genel olarak, doğrudan doğruya kanunlaştırma konusunu ve bunun çeşitli tezahür şekillerini ve eserlerini ele almıştır. Bu tezahür şekillerinin misalleri ve umumî karakterleri verilirken şayet bazen teferruata girilerek münferit kaidelere de dokunulmuşsa bunlar ya hukukî zihniyetimize uymadığı veya dikkat nazarımızı

(7) H. F. M. aynı sayı, s. 700 not 1.

(8) Tanzimat I. s. 154-165

(9) Tanzimat I. s. 141

çektığı için, şöylece işaret edilivermiş noktalardır ve etüdün asıl konusu ile ilgisi asli değildir. Şehzade katli meselesi (10), bazı Kanunnamelerdeki fetva ifade tarzı (11), kazüist hukuk bakımından fetva sistemile İngiliz hususi hukukunun şekil benzerliği arzemesi (12), Kanunî Sultan Süleyman devrindeki tapu kütüğü müessesesi (13) Arazi Kanunnamsinde ormandan tarla açmağa müsait olan kaide (14) bu kabildendir. İşte etüdün asıl konusu bakımından çok tâlî olan bu gibi noktaları münekkit bilhassa ele alarak yazısının en mühim kısmını bunlarla doldurmuş ve esaslı noktalara az dokunmuş olduğu içindir ki, etüdmüzün hakikî karakteri, makale sahibinin asla şüphe etmediğimiz hüsnüniyetine ve hakkımızdaki samimi takdir ve iltifatlarına rağmen, o makale içinde kaybolup gitmiştir. Bu itibarla biz «Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat» etüdünün maksadını belirttikten sonra sayın Profesörün dokunduğu noktalar üzerinde ayrıca duracağız.

III

XVIII. asır Garp hukukiyatında çeşidli âmillerin tesiri altında (15) bir kodifikasyon hareketi başladı ve bu hareket XIX. asırda en büyük meyvalarını verdi ki, bunlar muhtelif memleketlerde meydana getirilen medenî kanun ve ceza, ticaret, usul kanunları gibi büyük ve genel mahiyeti haiz kanunlardır. Bunların, daha eski devirlerde Şark ve Garpte yapılmış müdevvenattan farkı şudur: eski devirlerin kanunları ekseriya hukukun her alanına ait kaideleri systemsiz bir şekilde yanyana koyan bir nevi kaideler mecmuasıdır. Bunlar yapılırken herhangi bir bakım, bir görüş zaviyesi esas olarak alınmamıştır. Halbuki XIX. asırdan sonraki kanunlaştırma hareketinin doğurduğu eserler, herhangi bir hukuk alanını geniş, etraflı ve tam olarak tanzim eden kanunlardır. Meselâ bu hareketin ilk ve en güzel eserlerinden biri olan Fransız Medenî Kanunu, bütün medenî hukuk alanının şahıs, aile, mallar, miras, borçlar gibi bütün kısımlarını sistemli, etraflı ve tam olarak nizamlamıştır. Bunun gibi ticaret kanunları ticaret hukuku alanını, ceza kanunları da ceza hukuku alanını böyle tam olarak tanzim etmişlerdir. İş-

(10) Tanzimat I. s. 157

(11) Tanzimat I. s. 160-161

(12) Tanzimat I. s. 153

(13) Tanzimat I. s. 196

(14) Tanzimat I. s. 186

(15) Tanzimat I. s. 143-144

te etüdümüzün ele aldığı konu XVIII. asır sonunda ve XIX. asır başında başlayan bu manâdaki modern kanunlaştırma hareketi içinde Tanzimat kanunlarının meydana gelişi ve bunlarla Garp mevzuatı arasındaki münasebet ve benzerlik veya benzememezliktir. Etüdü okuyanlar onun içindeki fikir akışının aynı hareket noktasından kalkıp aynı gaye ve neticeye doğru hiç sapmadan ilerlediğini görürler. Osmanlı Devletinde Tanzimattan önceki kanunlaştırma hareketine göz atan kısımlar, nihayet aynı akışa iltihak eden nehir kolları gibidir. Hele Ömer Lütfü Barkan'ın dokunduğu noktaların en çoğu, *etüdün asıl hedef ve cereyanına nazaran* tali kollar dahî değildir. Mücerret olarak ele alınırsa, herbiri ayrı ayrı birer etüd mevzuu olmağa degen bu noktaların, bizim, hedefi ve konusu yukarıda çizilen etüdümüzdeki yerleri işte böylece tamamen küçük ve ehemmiyetsizdir.

Bu kısa izahtan sonra bahis mevzuu etüdün fihristi tekrar gözden geçirilirse bu durum daha aydınlık olarak meydana çıkar:

§ 1. Giriş.

§ 2. Kanunlaştırma mefhumu ve kanunlaştırmanın âmilleri.

§ 3. Garpteki mühim kanunlaştırma hareketlerine umumî bir bakış: I. Cermen memleketler — II. Latin memleketler — III. Anglo-Saxon memleketler.

§ 4. Osmanlı devletinde Tanzimattan önceki kanunlaştırma hareketi: I. Umumiyet itibariyle — II. Fatih kanunnamesi — III. Süleyman kanunnameleri — IV. Eski kanunnamelerdeki ifade tarzı — V. İstanbul kütüphanelerindeki bazı kanunname nüshaları.

§ 5. Tanzimattan sonraki kanunlaştırma hareketi: I. Tanzimattaki kanunlaştırma hareketinin âmilleri — II. Tanzimata hemen takaddüm eden bazı adli ıslahat teşebbüsleri — III. Gülhane hattının kanunlaştırma hareketi bakımından tahlili.

§ 6. Tanzimattan sonra kabul olunan mühim kanunlar: I. Yerli kanunlar; 1. 1256 ve 1267 tarihli ceza kanunları; 2. Arazi kanunnamesi; 3. Mecellei Ahkâmı Adliye: a) Mecellenin tarihçesi; b) Mecelle'nin sistematığı; c) Mecelle'nin karakteri — II. Muktebes kanunlar: 1. Kanunnamei Ticaret; 2. Ticareti Bahriye Kanunnamesi; 3. Usulü Muhakemei Ticaret Nizamnamesi; 4. Ceza kanunu (1274); 5. Usulü muhakematı hukukiye kanunu; 6. Usulü muhakematı cezaiye kanunu.

§ 7. Fransız Medeni Kanununu iktibas temayülü.

§ 8. Mahakimi nizamiyenin teşekkülü.

§ 9. Netice.

Bunda görülüyor ki, Osmanlı Devletinde Tanzimattan önceki kanunlaştırma hareketi etüdün yalnız bir tek paragrafını (§ 4) teşkil etmektedir ve bu paragraf, bütünlüğü temin etmek ve biraz da geriye bakmak maksadile konulmuştur, yoksa Ömer Lütfü

Barkan'ın dediği gibi, «Hukuk tarihinin henüz pek karanlık fasıllarını doldurmak» (16) gayesile değil. Zaten böyle bir gayemiz olmadığını o paragrafın başındaki umumî düşüncelerde şu satırlarla tebarüz ettirmiştik: «Osmanlı Devletinin Tanzimattan önceki kanunları şimdiye kadar pek az işlenmiş olduğu için bu saha henüz bâkir denebilecek bir sahadır. Büyük küçük bütün eski Osmanlı kanunlarını bugünkü hukuk tasnifi zaviyesinden geniş bir tasnife tâbi tutmak, muhtelif kanunların ihtiva ettiği çeşitli kaideleri bir sistem içine sokarak ait oldukları hukuk sahalarına göre ayırmak ve bunların içinde dinden gelme kaidelerle Millî hukuktan, yani örf ve adet hukukundan gelme kaideleri birbirinden tefrik etmek suretile tamüli hukukumuzu aydınlatmak, hukuk tarihimiz, hatta denebilir ki, mustakbel hukukumuz bakımından fevkalâde faydalı bir iş olur: *fakat şunu derhal ilâve etmek lâzımdır ki, bu muazzam bir iştir, çok uzun yıllar mesai isteyen bir ihtisas işidir ve bunu başarmak hukuk tarihçilerine düşen en mühim bir vazifedir; zira yakın hukuk tarihimizin aydınlanmağa çok ihtiyacı vardır*» (17).

Bu satırların bir kısmı Prof. Barkan tarafından aynen zikredilmiş yalnız son birkaç satırı alınmamıştır. Halbuki biz asıl o son satırlarda, bu alanda teferruata girmenin hukuk tarihçilerine düşen bir ihtisas işi olduğunu zikrederek bizim yaptığımız işin sadece umumî bir göz atmadan ibaret olduğunu tebarüz ettirmek istemiştik. Bu defa şunu da ilâve etmek isteriz ki, işaret ettiğimiz işin lâyükile başarılabilmesi için hukukçu olmak, bugünkü hukukî müesseseleri sistemli bir şekilde bilmek lâzımdır. Ancak bu suretledir ki, eski hukukî müesseseleri yeni hukuk zaviyesinden incelemek, mukayesele-re imkân vermek ve Türk hukuku tarihinden beklenen rolü tam olarak yerine getirmek imkân dahiline girebilir. Türk hukuku tarihini mücerret olarak ele almak ancak tarihî keşifler yapmak ve vesikalar hazırlamak bakımından önemli olabilir ki, bunun da başlı başına büyük bir değer'i olduğu şüphesizdir. Bizim arzumuz ne kendi sahamızı bırakıp hukuk tarihçisi olmak ne de hukuk tarihçilerine materyel hazırlamaktır. Etüdümüzde İstanbulun muhtelif kütüphanelerindeki bazı kanunname nüshalarını zikrederken öntedenberi bu vesikalarla uğraşanları değil, bunlar üzerinde tetkikat yapacak amatörleri düşündük.

IV

Şimdi şekilden esasa gelelim: Prof. Ömer Lütfü'nün dokunduğu noktalardan yalnız ikisi etüdümüzü doğrudan doğruya ilgilendirmektedir ki, bunlardan biri Tanzimattan önce Osmanlı devletinde

(16) H. F. M. aynı sayı, s. 702

(17) Tanzimat I. s. 155.

mevcut hukuk nizamı, diğeri de Tanzimatta yabancı hukukun iktibas meselesidir.

Tanzimata takaddüm eden devirlerde en çoğu dinden gelme hukuk kaidelerinin mevcut olduğunu, fakat dinden gelme kaidelerin mahzurlarını ve bunların Osmanlı camiasında hukuk nizamını tesis ve temine artık kâfi gelmediğini belirterek (18) demiştik ki: «İşte Tanzimat bu nizamsızlığın ve emniyetsizliğin bir aksülâmelidir... bir cemiyette meşruiyet ancak hukuk nizamını tesis edici muayyen ve kat'i kaidelerin mevcudiyetile kurulur. Bir cemiyette her şahıs diğeri bir şahısla veya devletle olan münasebat ve muamelâtının neticelerini önceden kat'i surette bilir ve bütün münasebetlerinin, herkesin müsavi surette tâbi olduğu nizamlara bağlı bulunduğu hissini emniyetle duyarsa o memlekette meşruiyet teessüs etmiş demektir. Bu nizam, cemiyetin telâkki ve ihtiyaçlarına ve diğeri müterakki cemiyetler içinde ihraz etmek istediği mevkie göre *bilhassa devlet tarafından konulacak kaidelerle* temin edilebilir... Gülhane hattının müteaddit yerlerinde kanun koyma arzusu tekrar tekrar zikredilmiştir» (19).

Bizim burada «*devlet tarafından konulacak kaideler*» demek suretile lâyük kanunlara işaret ettiğimiz her halde Prof. Barkan'ın gözünden kaçmış olacak ki makalesinde: «Tanzimata takaddüm eden uzun asırlar boyunca Osmanlı devletinin kendine mahsus bir hukukî nizamı mevcut bulunduğu muhakkaktır. Son devirlerde nazarı dikkati celbeden bir hal almış bulunan suiistimallere rağmen bu cemiyette meşruiyeti ve hukukî nizamı tesis edici muayyen kaideler mevcuttur» diyor (20). Acaba Prof. Barkan *bilhassa hususi hukuk alanında* o devirde *devlet tarafından konulmuş* bu gibi muayyen kaç kaide gösterebilir? Şayet «muayyen kaideler mevcuttur» derken dinî hukuku murad ediyorsa, O zaman mesele değişir. Bir vakitler bu din kaidelerinin yegâne nizam unsuru olarak oynadığı büyük role biz etüdümüzün en başında zaten işaret etmiştik (21). Bundan maada, bir cemiyette bir takım hukuk kaidelerinin bulunması ile cemiyette hukuk nizamının bulunması da başka başka şeylerdir. Şayet nizamı tesis etmiye çalışan kaideler o cemiyetin muayyen bir devirdeki ihtiyacını karşılamaya kâfi gelmezse o nizam artık bozulur. İşte biz de Tanzimata takaddüm eden bir, bir buçuk asır içinde Osmanlı devletindeki nizamın bozuk olduğu ve bunun da, asrın ihtiyaçlarına yetecek hukuk kaidelerinin *devlet tarafından konulup tatbik edilememiş olmasından* ileri geldiği neticesine varmış bulunuyoruz. Yok-

(18) Tanzimat I. s. 140.

(19) Tanzimat I. s. 140 - 141.

(20) H. F. M. aynı sayı s. 703.

(21) Tanzimat I. s. 139 — 140.

sa(Osmanlı devletinde Tanzimattan önce hukuk nizamını tesis edici hiçbir kaide yoktu) tarzında bir fikrin hattâ hatırımızdan dahi geçmeyeceğinin, etüdümüzü bilhasa ince ince okuyup bir makale mevzuu ittihaz eden Prof. Barkan'ca da mâlûm olması lâzımdır. Zira böyle kaideler olmıyan bir yerde devletten de bahsolunamaz. Kezalik bahis mevzuu olan birbuçuk asırda devrin ihtiyaçlarına göre devlet tarafından konulmuş esaslı ve sistemli hukuk ve ceza kaidelerinin mevcut olmadığını sayın Profesör de pekâlâ bilirler. Din kaideleri veya devletin idarî kanun ve fermanları halinde eskiden gelen esaslara riayet edilmemeye başlanması da nizamsızlığı şiddetlendirmiştir. Bu durumun siyasi, içtimai ve ahlâkî bir çok sebepleri vardır ki bunları incelemek ayrı bir iştir. Muhakkak olan bir şey varsa o da Tanzimattan önceki bir, bir buçuk asır zarfında Osmanlı cemiyeti nizamının bozulmuş ve bunu tesis için devlet tarafından şu veya bu sebeple, etraflı kanunlar konulup tatbik edilememiş olduğudur. Mevcut hükukî kaidelere dahi riayet edilmediğini Gülhane Hattı en başında:

« ... 150 sene vardır ki, gavaili müteakibe ve esbabı mütenevviaya mebnî ne şer'i şerife ve ne de kavanini münifeye inkıyat ve imtisal olunmamak hasebile evvelki kuvvet ve mamuriyet bilâkis zaaf ve fakre mübeddel olmuş...» cümlesile bildiriyor.

Nizamsızlığı giderip mal ve can emniyetini tesis etmenin devlet tarafından kanunlar konulması ve bunların dürüst tatbiki ile mümkün olabileceği o zaman artık anlaşılmış ve bu cihet mezkûr Hatta şöyle ifade olunmuştur:

« ... Bundan böyle Devleti Aliyye ve memaliki mahrusemizin hüsnü idaresi zımnında bazı kavanini cedide vaz'ü tesisi lâzım ve mühim görünerek...» «velhasıl bu kavanini nizamiye hâsıl olmadıkça tahsili kuvvet ve mamuriyet ve asayiş ve istirahat mümkün olmayıp...» «... ulema ve vüzeradan velhasıl herkim olursa olsun kavanini şer'iyeye muhalif hareket denlerin kabahati sabitelerine göre tedibati lâyıkalının hiç rütbeye ve hatır ve gönüle bakılmıyarak icrası zımnında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsün...»

Demek ki bir nizamsızlık vardı ve Tanzimat bunu gidermek için lâzımgelen tedbirleri almak istemişti.

Bahis mevzuu olan asırlarda nizamsızlık mevcut olduğu, Keçecizade İzzet Mollanın 1253 tarihli ıslahat lâyihasında def'i mezalimden bahsedilmesinde (22) ve «... hülâsai kelâm herkese nizam verilmedikçe üslûbu kadim üzere kim çare mülâhaza ederse vahi ve izaai inayet olduğu zahirdir» denilmesinde dahi gayet açık olarak görülüyor.

Sultan Mahmudu adli devrinde konulan rüşvet kanunlarının ifade tarzları da (23) devrin nizamsızlığının açık bir delili değil midir? İşte biz etüdümüzün müteaddit yerlerinde zikredilen bu gibi vesikalara dayanarak nizamsızlığın mevcudiyetine işaret etmiş idik. Vardığımız netice şudur ki: Bahis mevzuu olan devirde devlet ferdin haklarına ve ferd de devletin menfaatlerine karşı âdeta hasım vaziyetinde idi. Ortada kanun namına yalnız kuru bir şeriat lâkır-dısı dönüyordu. «Şeriat isteriz» bağıntılarının altında ise neler, ne gibi arzular gizli olduğu o devrin Osmanlı tarihini biraz okuyanlarca malumdur. Keyfi katil, musadere, muhakemesiz nefiy, rüşvet ve ahlâk sukutu, mesken masuniyetine hürmetsizlik, şer'îye mahkemelerinin eski kudretlerini kaybetmesi, cehalet ve kaba taassup o devrin içtimai nizamını, daha doğrusu nizamsızlığını çizen bariz hatlardır. Bunların yanında gerek iç ve gerek dıştaki siyasi hâdiseler, kıyamlar, harpler devlet bünyesindeki nizamsızlığı besliyen, hattâ doğuran olaylardır. Bu durumda Prof. Ömer Lütfi Barkan'ın «bir nizam vardı» demesi her halde «nizam» kelimesini «kaide ve kanun» mânasına almış olmasile izah olunabilir. Eğer böyle ise bu kaide ve kanun da bilhassa yukarıda söylediğimiz «şeriat» olsa gerektir. Halbuki şeriat artık müeyyideden mahrum kalmış, ıslahat isteyenlerin de, mürtecilerin de dayandıkları, âdeta mevhum ve esrarengiz bir nesne haline gelmişti! İdari kanun ve fermanlar ise artık tatbik kuvvetlerini kaybetmişlerdi.

Hüsnüniyet ve ıslahatçı fikirler taşıdığında şüphe olmıyan Üçüncü Selim padişah olduğu zaman ilk icraat olmak üzere katil ve idam ile «saire ibret göstermiş» ve şehzadeliğinde kendisini gücendirmiş olan tersane emini Selim Ağa ile oğlu Nazifi katil ve mallarını musadere ettirmiştir (24). Bütün Osmanlı tarihlerinin o devirlere ait yaprakları gözden geçirilirse nizamsızlığın hangi dereceye vardığı anlaşılır. Bir Osmanlı müverrihi olan Cevdet Paşanın pek meşhur olan şu satırları da o sıralarda Osmanlı cemiyeti bünyesinin ne merkezde olduğunu gösteren çok canlı delillerden biridir:

« ... Bir müddettenberi *mezalim ve taaddiyat haddi tecavüz eylediğinden* memaliki Devleti Aliyyede olan reayanın ekseri perişan ve târiki diyar ve evtan olmalarile memalik harab ve aşiyanei büm-ü-gurab olarak Devleti Aliyye esbabı seferiyden âciz ve sureti zaferden mahrum kalmıştır... Memalikin bu derecelerde harabiyeti yalnız harekâtı askeriyeden olmayup, belki *âyanı memleket ve kuzat ve nüvvab ve memurini saire tekâlifi seferiyenin birkaç katını kendilerü için fukaraya tevzi ve cebren ve kahren tahsil eylediklerin-*

(23) Tanzimat I. s. 171-172.

(24) Tarihi Cevdet, Cilt IV. s. 221 - 223.

den ve mezalimi saireden naşı idi. Şöyle ki: Vüzeradan birine bir eyalet tevcih olundukta resmî caizeden başka sadrâzamlara ve sairelere dahi biraz seytakdim etmeleri mutad olup, cesim eyaletlerden darbhane için dahi bir miktar şey alınur idi. Halbuki valiler sık sık azlolunarak bir eyalet bir senede iki ve bazan üç defa birinden diğere tahvil ve tevcih kabul etmekle vüzerâ Rumeliden Anadoluya ve Anadolu'dan Rumeliye naklolunarak yol masrafları dahi hadden efzun olmakla müstağrakı düyun ve ekserinin hali diğergün olduğundan *imarî memleket ve terfihi raiyet hususu hatırlarına bile gelmeyüp heman masraflarını çıkarmak ve mümkün mertebe hallerini tanzim eylemek daiyesile ellerindeki aldıkları sonra emlâk ve hayvanatını dahi sattırırlar ve âyanlıkları beyi ile âyanların zulümlerini terviç edüp anlar dahi bir taraftan fukarayı soyarlar idi...* İşte âyanların zulmü bu veçhile hadden aşup esatini dini kavim olan ulemayı âlâmın dahi beynennas hakkı adil üzre faslı dava etmk vesair memurini dahi bu yola çekmek farizai zimmeleri iken bir vakittenberi menasıbı ilmiye eshabının kimi Dersaadette müstahdem ve kimi naehil olduklarından ve cihatı saireden dolayı bizzat mansıplarına gitmiyerek mahiye ile inabe etmk âdet olup *bir takım cehelei nâs dahi tağyiri kiske ve libas ile cesim niyabetlere nail olarak mesanidi şeriatî garrayı telvis eylediklerinden başka senelerde birkaç defa fukaraya tevzi olunan salyanenin, defter akçası namile birçoğunu ahiz ve istihlâs ve sair mahsulâtı fukarayı birer türlü şebikei mekir ile iktinas ettiklerine kanaat etmeyüp şehir kethudalarının intihap ve nasbı hususuna dahi müdahale derek harcı huccet namı ile bir hayli akça alup anlar dahi verdiklerini ahaliden maazi-yadetin alurlar idi...* Mazalimi vakıadan biri dahi iltizam maddesi idi ki... mültezimin gürühunun dahi sarraflardan başka istinat edecek yerleri olmayup hizmetkârlığa dahi tenezzül etmez bir alay müflis ve gaddar olduklarından taşralara çıkup maazi-yadetin bedeli iltizamın tahsili için *fukaranın altını üstüne getirürler idi...* ve ahalinin âyanı memleket ve memurini devletten istikâ ve iddiaları vukuunda mübaşiri mahsus gönderilerk ihkakı hak olunmak farizadan olduğu halde mübaşirlik maddesi dahi mücerret tebaa kayırmak için *bir tariki zulmü taaddi olarak bir gûna istida vukuunda kesesinde harçlığı kalmamış, birşey bilmez ve işe yaramaz etbâ makulelerinin, hizmeti mübaşiriye namile birkaç kise akça almaları için ellerine birer ferman verilerek taşralara gönderilüp anlar dahi mahalli memuriyetlerine vardıklarında ne taraftan ziyade hizmeti mübaşiriye alınabileceğini tasmin daiyesine düşerek tanzimi umur asla hatırlarına bile hutur etmediğinden memurini mahalliye ile bilittihat fermanı okutup anlar dahi devlet mübaşiri geldi deyu fukarayı tecrim ve hizmeti mübaşiriyesini tesviye ve istedikleri veçhile bir ilâm tertip ve itâ ile mübaşiri iade edegeldiklerinden ve bazan dahi aslı yok yere arzihaller tertip ve mübaşirler tayin ile fukarayı bu veçhile soyduklarından vasıtai ihkakı hukuku ibat olacak mübaşirlik hususu dahi başkaca ve başluca âleti fesad ve mucibi tahribi bilâd bir keyfiyet olmuştu:» (25).*

«Taşra halkı dahi *bu makule taaddiyatı mütevaliyeye tahammül edemiyerek* birçoğu terki diyar ile İstanbula gelüp kendülerine medarı maaş aramağa mecbur olmaları ile memleketlerinden bu veçhile perişan olanların tekâlifi dahi sairinin üzerine tahmil olunarak günden güne kasabat ve kura ha-

rap olmakta idiğünden başka İstanbulda dahi ziyade izdiham peyda olarak İstanbulun emri idaresi Devleti Aliyyeye bir gaili azime olmuştu» (26).

Üçüncü Selimin cülûsundan sonra sadaret kaymakamı Salih Paşaya yazdığı Hattı Hümayun dahi devrin nizamsızlık ve adaletsizliğini gösteriyor. Buna göre: ekseriyeti mezalimden âlem harab olmuş, reayada takat ve kadılar ve naibler ve voyvodalar ve âyanlar ve cizyedarların etmedikleri zulüm kalmamıştır (27). Gene aynı padişahın ıslahat maksadile topladığı meclisi meşveretteki müzakerede hazır bulunanların da zulüm ve taaddiyattan bahsetmeleri (28) ve meclisin sonunda Sultan Selimin «Şeyüislâm efendiye müteveccihen kuzat ve nüvvabın def'i mezalimi senden matlûbumdur ve kaymakam paşaya hitaben: Bak paşa vüzeranın def'i mezalimini ve hususatı sairesini senden bilirüm» demesi Osmanlı içtimaî bünyesinde o devirde tam ve hakikî bir nizam kalmadığının diğer bir delilidir.

Demek ki biz Tanzimata tekaddüm eden devirlerde devlette nizam ve bu nizamı tesis edici kaidelerin yokluğunu yazarken sayın Profesörün sandığı veçhile sadece «şehzade katli, vezirlerin idamı ile mallarının musaderesi gibi siyasî mahiyette fevkalâde tedbir ve icraata» istinat etmiş veya «Maktul Şehzadeler isimli tarihî tefrikanın fikirlerini işhat etmek mecburiyetinde kalmış» (29) değiliz (30). Prof. Ömer Lütfi Barkan, şehzade ve vezir katlinden ve onların mallarının musaderesinden bahsederken: «Bu tipik hukukî skandalları devrin umumî ve normal adalet kaideleri haricinde kalan fevkalâde siyasî tedbirler gibi mütalâa edebiliriz. Hususî bir devlet ve memur telâkkisinin ve siyasî zaruretlerin icaplarına uygun olarak düşünülecek olursa,

(26) Tarihi Cevdet, Cilt IV, s. 237.

(27) Tarihi Cevdet, Cilt IV, s. 237-238.

(28) Tarihi Cevdet, Cilt IV, s. 239.

(29) H. F. M. aynı sayı, s. 703-704.

(30) Mehmet Zekinin Maktul Şehzadeler kitabı hakiki bir tarih değildir. Bununla beraber bunun bir tefrika olduğunu da biz bilmiyoruz. Prof. Ömer Lütfi Barkan «tefrika» derken bunun hangi gazete veya mecmuada tefrika edildiğini de zikretmeli idi. Maamafih bu eserdeki hâdiselerin mevsukluğunu müdafaa etmek müellifi dururken, bize düşmez. Biz bu kitapta sahte ulema hakkında rastladığımız bir mülâhazayı kendi düşüncemize de uyduğu için, bir not halinde zikretmiştik (Tanzimat I, s. 140, not 1). Millî mücadele şefleri hakkında idam fetvaları çıkaran Osmanlı şeyhülislâmları bu sahte ulemanın en son mümessilleridir. Maktul Şehzadeler kitabını bir de Fatih Kanunnamesinin şehzade katli hakkındaki hükmü dolayısıyla gene not halinde zikretmiştik. Bir devrin ruhi haletini anlamak için bazan bir romana dahi müracaat olunabilir. Meselâ Anatole France'ın (Les dieux ont soif — Allahlar susamışlardı) ro-

büyük salâhiyetlerle en yüksek devlet makamlarını işgal eden kölelikten yetişme vezirlerin evlâtlarına geçebilecek ve bu suretle nüfuzlu aileler kurabilmelerini temin edecek şekilde büyük servetlere sahip olamamaları ve icabında mes'uliyetlerini en ağır bir şekilde ödemeleri bir dereceye kadar mazur görülebilir. Esasen bu gibi usuller, Osmanlı imparatorluğunda içtimai adaletin halk sınıflarının büyük bir sükûn ve emniyet havası içinde çalışmalarına müsait bulunduğu devirlerde de tatbik edilmişlerdir ve bugün bile fevkalâde vaziyetlerde, harp mes'ullerile siyasi parti mensuplarına tatbik edilen fevkalâde cezaları hatırlatmaktadırlar» (31) diyerek bunları âdeta caiz görüyor. Müsaadelerile söyliyelim ki biz bir hukuk ve adalet zihniyeti ve hukuk nizamının devlette en üstün nizam olması lâzım geldiği mülahazası ile keyfi hareketleri mazur göremeyiz. Fevkalâde hallerde olağanüstü siyasi tedbirler alınabilir; fakat bu tedbirlerin hududu kanun ve kaidelerle sınırlanmamış ise büyük suiistimallerin önüne geçilebilir mi ve Osmanlı tarihinde geçilebilmiş midir? Prof. Barkan'ın «umumî ve normal adalet kaideleri haricinde addettikleri» bu tedbirler söylediğimiz devirlerde *umumî ve normal adaletsizlik hâdiseleri* haline gelmemiş midir? Kaldı ki o devirde «umumî ve normal adalet kaideleri» nin de işlemediği, bilâkis haksızlık ve zorbalığın hâkim olduğu ve asıl halkın, kitlenin ıstırap çektiği yukarıya çıkardığımız tarih satırlarında görülmektedir.

Münekkit bu münasebetle bizim, Fatih Kanunnamesinde şehzade katline meşru bir şekil verilmiş olması hakkındaki tenkidimize de «Şehzade katli meselesinin devletin yüksek siyasi menfaatleri namına ihtiyar edilmiş fevkalâde bir siyasi tedbir olduğunu» (32) zikrederek cevap vermek istiyor. Şurası muhakkak ki Osmanlı devletinin bütünlüğünü korumak için o zaman Osmanlı tahtının bütünlüğünü korumak ve bu itibarla saltanat hırsı ile isyan eden, gâile çıkararak şehzadeleri tedip etmek lâzımdı. Buna kimse itiraz etmez; ancak bizim adalet hislerimize aykırı gelen şey Fatih Kanunnamesinde:

«ve her kimseneye evlâdımdan saltanat müyesser ola, karındaşların nizamı âlem için katletmek münasiptir.»

manı Fransız inkılâbındaki tipleri ne güzel canlandırmaktadır. Kaldı ki Maktûl şehzadeler kitabı bir roman değil, etüddür. Onda zikrolunan olaylardan bazılarının iyi tevsik edilmiş veya edilmemiş olmasının bize ehemmiyeti yoktur, çünkü bu cihet tamamen tarihi ilgilendirir. Bizce önemli olan nokta kitabın umumî olarak şehzade katli meselesinde suiistimaller olduğunu canlandırmasıdır ki bu cihet bütün ciddi Osmanlı tarihlerinden de anlaşılan bir keyfiyettir.

(31) H. F. M. aynı sayı. s. 704.

(32) H. F. M. Aynı sayı. s. 704.

şeklinde umumî bir kaide konulmuş olmasıdır. Nizamı âlem denildiğine göre burada düşünölen şey muhakkak ki tahtın ve devletin bütönlüğünü korumak kaygusudur. Fakat bu kaygu acaba daha beşikteki masum şehzadelerin katlini caiz gösterir mi? Belki bunu da idarî, siyasi, tarihî ve sair mülâhazalarla caiz addedenler bulunabilirse de biz insanî, hukukî ve ahlâkî mülâhazalarla asla caiz görememekteyiz.

V

Profesör Barkan'ın tenkidinde prensip bakımından dikkat nazarımızı çeken ve etüdün mevzuu ile pek yakından ilgili olan ikinci nokta da garb kanunlarının memleketimiz tarafından iktibasî meselesidir. Münekkî: «... esas itibarile yabancı kalan bir hukuk sisteminin bir memlekete nakil ve tatbikinin doğuracağı müşküller meselesi ayrıca üzerinde durmağa değer bir mevzu teşkil etmektedir. Genç hukukçularımızın bu nakil ve tatbik işinin ortaya koyduğu ilmî müşkülleri nasıl anladıklarını göstermek itibarile de mühim olduğu için Doçent Hıfzı Veldet'in bu husustaki fikirlerini hülâsa etmek isteriz.» (33) diyerek bizim düşöncelerimizi zikretmektedir. Biz diyorduk ki Tanzimat devrinde Fransız Medenî Kanununun iktibasî bahis mevzuu olduğu zaman şayet « bu kanun, bütönlüğü kaybedilmeden küçük tâdilâtla ve tamamen lâyük hükümleri muhtevi bir kanun halinde iktibas ve bu suretle hususî hukukumuzda 1926 da kurulmuş olan lâyük nizam o zaman teessüs etmiş olsaydı 57 senedenberi Medenî Kanun çerçevesi dahilinde tamamilen millileşmiş ve bünyemize uymuş bir Türk Medenî Hukuku meydana gelmiş olurdu» (34); zira bize göre «kanunlar hukuku sadece çerçeveler. Asıl hukuk, bu çerçeve dahilindeki tatbikat ve içtihadat ile teessüs ve tekevvün eder. İki memleketin medenî kanunlarının aynı olması medenî hukuklarının da mutlaka aynı olmasını icap ettirmez. Nitekim İtalya vaktile Kod Sivil'i aynen aldı ve bu kanun orada hâlâ mer'idir (34 a). Halbuki o zamandanberi, bu kanunun çerçevesi dahilinde, Fransız medenî hukukundan ayrı ve müstakil bir İtalyan Medenî Hukuku meydana gelmiştir. Zira aynı kanun maddelerinin tatbikatında çok defa Fransız mahkemeleri ayrı, İtalyan mahkemeleri ayrı içtihatlar tesis etmişlerdir. Kezalik bizim bugünkü Medenî Kanunumuz İsviçreninkinin hemen aynı olduğu ve iktibasî üzerinden henüz 15 sene geçmediği halde, birçok hususatta Türk mahkemeleri İsviçre mahkemelerinkinden farklı içtihatlarda bulunmuşlardır. 50 sene sonra bu farklar daha genişliyecek, kanunun boşlukları içtihatla doldurulacak ve bu suretle müstakil bir Türk Medenî Hukuku vücut bulacaktır» (35).

(33) H. F. M. Aynı sayı. s. 715.

(34) Tanzimat I. s. 201.

(34-a) Bu kanunun yerine 1941 yılında yeni İtalyan Medenî Kanun yürürlüğe girmiş bulunuyor.

(35) Tanzimat I. s. 201, not 3.

Maamafih Tanzimat devrinde radikal hareketin mümkün olmayacağını da etüdümüzün müteaddit yerlerinde tebarüz ettirmiştik (36).

Bizim iktibas hususundaki fikirlerimizi «Hıfzı Veldet yabancı bir kanun sisteminin milli bünyeye intibakı işini nisbeten kolay gören nikbin bir görüş tarzına sahiptir» (37) ifadesile tavsif eden sayın Profesör bu hususta kendi fikrini söylemiyor. Yalnız bizim «yeni kanunlarımızda meselâ evlenme ve boşanma hükümlerinde teamülümüze uymayan hükümler varsa, kanunu bu teamüle uydurmak değil, dini vicdanımıza hasredip ona müstenit hukukî teamülümüzü terk ve yeni Medenî Kanuna göre tesis etmek mecburiyetindeyiz. Medenî ve inkilâpçı millet sıfatını taşımak bize bunu emrediyor» (38) ibaremizi aynen naklederek şöyle diyor: «görülüyor ki bu suretle hukuku hayata uydurmak değil muayyen bir hayat telâkkisinin ifadesi olan yeni hukuk sistemleri kabul etmek suretile içtimâî hayata yeni bir ritm ve nizam vermek mevzuubahistir» (39).

Bu ifadeden anlaşılıyor ki münekkit bu hususta mütereddittir. Bize iltihak etmediği gibi aksini de söyliyemiyor. Binaenaleyh fikirlerimizi bir az daha tavzih etmeye çalışalım: Kanunlar, bilhassa cemiyet bünyesini ve ferdin günlük hayatını daha yakından ilgilendiren hususî hukuk kanunlarının hükümleri çeşitlidir. Bunlardan bazıları, meselâ borçlar ve ticaret hukuku alanları bugünkü Medenî âlemde birbirine çok benzer. Meselâ alım-satım, kira akitleri; çek, poliçe, havale her memlekette birbirini andırır. Zaten bu itibarladır ki Tanzimattaki iktibaslara da ilkönce bu alandan başlanmıştır. Buna mukabil hususî hukuktaki şahıs, bilhassa aile ve miras münasebetleri her cemiyetin bünyesine göre büyük değişiklikler arzeder. Hele eskiden tamamen dine dayanan aile hukuku Avrupada dahi pek değişti. Memleketimizde de bu alan yakın zamana kadar dinî hukuka dayandığı için, İslâmî hukuk çerçevesi dışındaki memleketlere nazaran bambaşka bir mahiyet arz ediyordu. İşte Tanzimatta radikal hareket edilememesinin sebebi, bu alanlarda dine dayanan hukuka dokunmak için cemiyet bünyesinin henüz olgunlaşmamış olmasıdır. Biz halen bir Garb hukuk sistemini iktibas etmiş bulunuyoruz. Dinî ananemize dayanan bazı eski hukuk kaidelerini bu sistem içinde ipka etmemize imkân olmadığı içindir ki yukardaki mülahazaları ileri sürdük ve aynı düşüncede ısrar ediyoruz. Aksi dü-

(36) Tanzimat I. s. 173, 202, 206/207.

(37) H. F. M. aynı sayı. s. 716.

(38) Tanzimat I. s. 201.

(39) H. F. M. aynı sayı. s. 716.

şünce ricat olur, bizi çok uzaklara ve gerilere götürebilir. *Milli gelenegimize dayanan* kaidelerin bu sistem içinde yer bulmasına ise can ve gönülden taraftarız, yeter ki bu kaideler mütekâmil hukuk zihniyeti karşısında bir gerilik teşkil etmesinler. Acaba genç Profesör bu fikirleri paylaşmıyorlar mı?

Şunu da ilâve edelim ki yabancı bir hukukun iktibası tarihte yalnız bizim memlekette görülmüş bir hal değildir (40). XV ve bilhasa XVI. asırlarda Roma hukukunun Alman milleti tarafından tedrici iktibası bunun en şümüllü misalidir. Daha sonra kodifikasyon devrinde, bilhasa XIX. asır başında modern büyük kanunlar yapıldığı zaman bunlar başka memleketler tarafından bazan aynen, bazan değişikliklerle iktibas edilmiştir. Böylece meselâ, Fransız Medenî Kanunu, İtalya, İspanya, Portekiz, Belçika, Hollanda, Rumanya ve bazı Cenub Amerikası devletlerince ve İsviçrenin Cenevre, Lozan, Friburg, Nöşatel kantonlarınca; Avusturya Medenî Kanunu da İsviçrenin Bern, Argovis, Lüzern kantonlarınca iktibas edilmişti. XIX. asrın sonunda kabul olunup XX. asır başında yürürlüğe giren Alman Medenî Kanunu da, ananeleri Almanyanınki-ne nazaran her bakımdan başka olan Japonya ve Çin tarafından — bittabi birçok değişikliklerle — kabul olundu. Demek ki iktibas hâdiseleri bir vakiadır ve böylece Medenî hukuk yer yer, grup grup birleşmektedir. Ortaçağdaki hukuk dağınıklığı ile bugünkü hukuk gruplanmalarını karşılaştıracak olursak birkaç asır sonra bütün dünyada hukuk birliğine doğru gidileceğini tahmin etmek yersiz olmaz asırız. Bu itibarladır ki yabancı kanunların iktibas meselesinde biz bedbin değil, Profesör Barkan'ın dediği gibi, nikbin bulunuyoruz. Elverir ki bunlar ileri ve bünyemize uyacak elâstikiyette olsunlar.

VI

Etüdün asıl mevzuu ile doğrudan doğruya ilgili esaslı problemlerden Prof. Barkan'ın dokunduğu bu ikisi hakkındaki düşüncelerimizi söyledikten sonra şimdi *teferrüata* gelelim:

1. Bunlardan Şehzade ve vezir katli meselesi üzerindeki fikirlerimizi yukarda nizam ve nizamsızlıktan bahsederken bir daha tekrar ettik (41). Burada artık dokunmıyacağız.

(40) Bu husta bak: Prof. A. B. Schwarz, Yabancı bir hukukun alınması ve benimsenmesi, İstanbul Üniversitesi açılış dersleri 1933 - 1934 ve 1934 - 1935 (İstanbul 1935) s. 455 - 467.

*(41) Bak yukarıda s. 1060

2. Etüdün konusu bakımından çok tâlî olan cihetlerden birisi eski kanunnamelerdeki ifade tarzıdır. Münekkit bunlardan fetva ifadesini ele alarak: «bu kanunnamelerde fetva sistemi fuzulidir... prensipleri müşahhas bir hale sokan ve tahsillerini medresede yapmış olan kadılar için munis olan fetva tarzındaki meseleler bazı nüshalara sonradan ilâve edilmiştir... Diyebiliriz ki, bu kanunnamelerin meydana gelmesinde ve muayyen istikametlerde tadil ve tebdil edilmiş olmalarında fetva sisteminin tesiri mevzubahis olamaz» diyor (42). Biz böyle bir şey iddia etmemiştik. Bu satırları okuyup da bizim etüdümüzü okumamış olanların, sanki tarafımızdan fetva sistemi hakkında esaslı tetkikatta bulunularak yanlış neticelere varıldığı zehabına kapılacakları pek tabiidir. Fetva sistemi kanunnamelerde fuzulî olabilir; fakat tetkik ettiğimiz kanunnamelerde bu tarzda yazılmış pek çok kaideler vardır ve biz kanunnamelerin sadece ifadelerini gözden geçirirken, bu ifade tarzlarından birisinin de fetva sistemi olduğunu söylemiş ve birkaç misal vermiştik (43). «Bu kanunnamelerin meydana gelmesinde ve muayyen istikametlerde tadil ve tebdil edilmiş olmalarında fetva sisteminin tesiri» nden bahis bile edilmemişti.

3. Kezalik şekil bakımından, eski Osmanlı hukukundaki fetva sistemile İngiliz hususî hukuku arasında *kazüist form itibarile* bir benzerlik müşahade etmiştik. Dikkat nazarımızı çektiği için *sadece bir iki satırlık bir mülâhaza olarak* (44) zikredilen ve etüdün asıl mahiyetile ilgili olmıyan bu meseleyi münekkit önemle ele alarak:

«itiraf etmek lâzımdır ki, çok mühim gözüken bu fikir tahkika, işlenmiye ve tavzihe muhtaçtır. Fakat müellifin etüdünde bu sistemi asıl tesiri mevzubahis olan hukuk sahasında ve fetva kitaplarında değil, bilâkis eski Osmanlı kanunnamelerinde tetkik etmiş olması pek yerinde değildir»

diyor (45). Buna bütün bütün hayret ettim. Ben etüdde fetva sisteminin ne özünü ve ne de bunun İngiliz «mesele veya mahkeme hukuku» ile münasebetini tetkik etmiş değilim ki, fetva kitaplarını ele alayım. Etüdün adı «Kanunlaştırma hareketi» dir ve XIX. asır başlangıcından itibaren bu hareketin meydana getirdiği çeşitli kanunları gözden geçirerek Tanzimattaki kanunlaştırma hareketinin bu aradaki mevkiini belirtmeye çalışmaktadır. Bu itibarla fetva kitaplarını incelemek tamamen konu dışında bir iş olurdu. Zaten fet-

(42) H. F. M. aynı sayı s. 707, 708

(43) Tanzimat I. s. 160 - 161.

(44) Tanzimat I. s. 153.

(45) H. F. M. aynı sayı s. 707.

valardan bahseden yarım sayfalık parçanın başlığı da «Eski kanunnamelerdeki ifade tarzı» dır (46).

4. Münekkidin: «müellifin bu kanunnamelerin tavsif ve tahlili sadesinde vermiş olduğu malûmat da ne kadar kıymetli olursa olsun kâfi sayılamaz» mülâhazası (47) da yerinde değildir; zira bu sahanın henüz bakir bir saha ve bunu aydınlatmanın hukuk tarihçilerine düşen bir vazife olduğunu etüdümüzden alarak aynen yukarıya çıkardığımız (48) satırlar göstermektedir. Binaenaleyh asıl etüdün sadece 5 - 10 sayfa tutan bir bahsi içinde eski kanunnameler hakkında «kâfi malûmat» vermek iddiasile hareket etmediğimiz meydandadır. Münekkit mevzuu tamamen başka olan etüdümüze bu gibi büyük iddialar izafe etmekle, bütün iyi niyetine rağmen, etüdün asıl hedef ve gayesini gözden kaçırmış ve böylece mahiyetini tebdil etmiştir.

5. Gene kanunnamelerden bahsederken münekkit: «Doçent Hıfzı Veldet tarafından tetkik edilmiş bulunan kanunnamelerden belki de hiç biri resmî bir devlet dairesine mevzu bulunan resmî bir vesika mahiyetinde

(46) Prof. Barkan'ın makalesinde, herhalde bir tertip yanlışlığı neticesinde vaki olmuş ihmaller gözümüze çarpmaktadır: Münekkit bahis mevzuu makalesinde (H. F. M. aynı sayı s. 707 nin başında) «malûm olduğu üzere» dedikten sonra bizim etüdde İngiliz hukukunun «en mühim kısmı örf ve adete, daha doğrusu mahkeme teamüllerine dayanmaktadır. Bu teamüller mahkeme kararile vücut bulmuştur... İngiliz hukukunun bariz vasfı mücerretlik ve umumîlik değil kazüistlik — tabir caizse — meseleciliktir. Zira bir çok ahvalde tatbik edilen şey, umumî bir kaide değil, eski bir mesele hakkındaki mahkeme kararının ihtiva ettiği prensiptir» tarzındaki ifademizi (Bak: Tanzimat I. s. 153) hemen aynen tekrar etmekte fakat bu satırlar tırnak arasına alınmadığı için tamamen münekkidin sözleri gibi akseylemektedir. Burada münekkit «İngiliz hukukunun bariz vasfı» yerine «İngiliz kanunlarının bariz vasfı» demek suretile, ayrı ayrı şeyler olan «hukuk» ve «kanun» arasındaki farkın kaybolup gitmesine sebebiyet vermiştir. Münekkidin bu makalesinde buna benzer bir kaç ihmale daha rastladık. Meselâ H. F. M. aynı sayı 711 inci sayfanın en başındaki mülâhazalar da bizim fikirlerimizin tekrarı olduğu halde münekkidin fikirleri gibi aksetmiştir. Keza aynı makalede (H. F. M. aynı sayı s. 715 sondan üçüncü satırda) «fikrimizce» kelimesinden sonra gelen «bu devirde ortaya konmuş olan hukukî mevzuat arasında bir vahdet ve insicam temin edilememiş bir taraftan dinî kaidelerden mülhem kanunlar yapılırken, diğer taraftan mühim Fransız kanunları — o da ekseriya natamam bir şekilde — iktibas olunmuş bulunması» ibaresi tamamen bizim ifademiz olduğu halde (bak: Tanzimat I. s. 205) sırf tırnak içine alınmadığından münekkidin fikri gibi akseylemektedir.

(47) H. F. M. aynı s. 708.

(48) Bak yukarıda s. 1054

telâkki edilebilecek bir kanunnamenin hakiki ve tam bir metnini ihtiva etmemektedirler» diyor (49).

Biz ise şöyle demiştik: «Sultan Süleyman devrine ait kanunnamelerden birisi Viyana İmparatorluk kütüphanesinden getirilmiş olan nüshasından istinsah edilmek suretile Tarihi Osmanî Encümeni Mecmuasına ilâve olarak 1329 (1913) tarihinde neşredilmiştir (Kanunnamei Âli Osman). Aynı kanunnamenin vaktile padişahlar için tahrir edilmiş olan fevkalâde ve okunaklı bir elyazması elyevm İstanbul Üniversite Kütüphanesinde Yıldızdan gelme eserler meyanında bulunmaktadır» (50). «Osmanlı kanunnamelerinin tab ve neşredilmiş olanlarından birisi de Prof. Fuad Köprülü'nün hususî kütüphanesinden istiare olunup, Millî Tettebbüler mecmuasında basılmış olan kanunnamedir» (51).

Bizim bildiğimize göre bu kanunnamelerden muhafaza edilmiş aslı bir metin yoktur. Bu itibarla biz en tam gördüğümüz metinleri ele aldık ve sonradan yapılan tadil ve ilâveleri takip etmek için faydalı olabilecek hususî el yazmalarını da, hiçbir mütalâa eklemeksizin «İstanbul Kütüphanelerindeki bazı kanunname nüshaları» başlığı altında sadece zikrettik; ve hattâ o sıralarda bazı kıymetli kanunnameler Ankara'ya nakledilmek üzere sandıklarda kapalı bulunduğundan zikredilenlerin eksik bulunduğuna da bir notla işaret eyledik (52). Şayet münekkit arşivlerde bu kanunnamelerin aslı ve resmî metnini bulursa cidden kıymetli bir keşif yapmış ve Türk hukuku tarihi vesikalarını zenginleştirerek hizmet etmiş olur ve biz de zevk ve minnettarlıkla istifade ederiz.

6. Matbu kanunnamelerde Prof. Fuad Köprülü'nün hususî kütüphanesinden ariyet alınarak bastırılmış olanı hakkında «bu kanunname daha ziyade bir hususî hukuk kanunudur» demiştik. Münekkit bu mülâhazaya karşı bu kanunnamenin daha ziyade bir amme hukuku kanunu olduğunu ileri sürüyor (53). O devirlerde amme hukuku kaidelerile hususî hukuk kaidelerinin, bir fark gözetilmeden gelişi güzel ve sistemsiz bir şekilde kanunnamelere konulduğu bittabi münekkitçe de malûmdur. Biz bahis mevzuu olan nüshada hususî hukuk kaidelerinin çokluğuna bakarak yukarıdaki mülâhazayı serdetmiştik. Münekkit de amme hukuku kaidelerine bakarak aksi mütalâada bulunuyor. Bu da bir fikirdir ve kanunnamenin tarzı her iki mülâhazaya da müsaittir. Esasen biz de bunu gö-

(49) H. F. M. aynı sayı s. 709

(50) Tanzimat I. s. 157

(51) Tanzimat I. s. 159

(52) Tanzimat I. s. 162, not 2.

(53) H. F. M. aynı sayı s. 709

zönünde tutarak «*daha ziyade* bir hususî hukuk kanunudur» ifadesini kullanmıştık (54). Hakikat şudur ki, mezkûr kanunnameye doğrudan doğruya ne bir hususî hukuk kanunu ve ne de amme hukuku kanunu demeye imkân yoktur. Tabir caizse bu, muhtelit bir kanundur, hattâ bugünkü mânada bir kanun da değil, bir kaideler dergisidir.

7. Münekkit 1274 tarihli Arazi Kanunu hakkındaki bazı tenkidî mülâhazalarımızı yerinde bulmuyor. Bu husustaki sözlerine başlarken: «Arazi kanununun tetkiki esnasında kabul edilmiş bulunan esas tasnif ve hülâsa ediş şeklinin *tamamile doğru*» olduğunu söyleyerek (55) bizim verdiğimiz hülâsayı temyiz tetkikatından geçirip kaziyei muhkeme haline koyan genç Profesör bu ifadesile bize, verdiği ilk karar Temyiz Mahkemesince tasdik olunan müptedi bir hâkimin zevk ve inşirahını tattırmıştır.

Teferruata ait gördüğü noktalara dokunan münekkit:

- a) Bu kanunda liberalizmin tesiri olduğunu;
- b) Bunda (millî) ile (şer'î) nin bir tutulamıyacağını;
- c) Arazii memlûke hükümlerinin bu kanunda tedvin edilmemiş olmasının büyük bir noksan telâkki edilemeyeceğini;
- d) Kanunnamenin ihtiva ettiği prensiplerin içtimai ve iktisadî bakımdan kıymet ve ehemmiyetile tatbikatta doğuracakları neticeler hakkında etüdde pek az bir şey söylenebildiğini;
- e) Baltasile ormandan yer açan köylüye bahşedilen haklara dair Arazi Kanunnamesinin 104 üncü maddesini ilgilendiren tenkidin yerinde olmadığını, ileri sürüyor ve bu münasebetle bir de:
- f) Tapu kütüğü müessesesinin mahiyeti hakkında malûmat verilmediğini söylüyor (56).

Bunları birer birer gözden geçirelim:

a) Münekkit bu kanunun «araziyi daha fazla mülk haline sokmağa çalışan bazı hükümlerinde Garb memleketleri fikriyatının ve bilhassa liberalizm cereyanlarının bilvasita tesirleri mütalâa edilebilir.» diyor. Bu *bilvasita* tesirin nasıl, ne suretle, hangi yollarla vukua gelmiş olduğunu tavzih etselerdi belki biz de tenevvür ederek bu husustaki kanaatimizi değiştirirdik.

b) Biz Arazi Kanununda millî ile şer'îyi bir tutmadık. Esasen bu ikisini bir tutmadığımız, etüdün diğer bütün ifadelerinden (57)

(54) Tanzimat I. s. 159

(55) H. F. M. aynı sayı s. 712

(56) H. F. M. aynı sayı s. 712 - 713

(57) Bak yukarıda s. 1054

ruh ve manâsından çıkmaktadır. Bunu en iyi anlayacak vaziyette olan Prof. Barkan bu manâyı bizim bu kanunun «kökleri tamamen millî (şer'i) hukuka gömülüdür» ibaremizden çıkarmış olsa gerek. Biz bununla (millî ve şer'i) demek istemiştik. Bu bir tek cümle mücerret olarak ele alınca, mutarızanın yanlış yere konulması yüzünden, belki münekkidin verdiği mâna çıkabilir. Fakat etüdü baştan aşağıya inceleyen Prof. Barkan'ın bununla ne kastedildiği hususunda hiç şüphe etmemesi icap ederdi. «Türkiye'de arazi hukukunun dinî hukuktan tamamen ayrı olduğu» fikri ise Prof. Barkan'ın tezidir, ispat ve tavziha muhtaçtır.

c) Arazii memlûke hükümlerinin arazi kanununda tedvin edilmiş olması, kanunlaştırmanın ruh ve manâsı bakımından bir noksandır. Bu husustaki fikrimizde her zaman ısrar ederiz. *Hukukçu olanların «kanunlaştırma — kodifikasyon» dan anladığı mânâ: bir hukuk sahasının bütün şûmulü ile tam ve etraflı olarak tedvin edilmesidir.* Arazi Kanununda, her ne mülâhaza ile olursa olsun, arazii memlûke hükümlerinin tedvin edilmemiş bulunması bu kanunun bütünlüğünü haleldar etmektedir. Zira (Arazi Kanunu) adını taşıyan bir kanundan beklenen şey, onun bütün arazi hukukunu tedvin etmesidir. Kanunlaştırma mefhumunun ruh ve manâsına dikkat ederlerse her halde sayın münekkit de bizim fikrimize iştirak ederler sanırız.

d) Biz şayet «Kanunnamenin ihtiva ettiği prensiplerin içtimai ve iktisadî bakımdan kıymet ve ehemmiyetile tatbikatta doğuracağı neticeler hakkında pek az bir şey» değil de çok şey söylemek için tetkikatımızı derinleştirseydik bunun için etüdümüzün içerisinde yalnız altı sayfalık bir yazı değil, en az bu etüd hacminde müstakil bir etüd neşretmemiz lâzımgelirdi.

Münekkid burada tezada düşmektedir; zira hem «Tanzimatın yüzüncü yılı münasebetile neşredilen kitapta Dr. Hıfzı Veldet tarafından sureti umumiyede kanunlaştırma hareketleri içinde tetkik edilen ve etüdün ayrı fasıllarını teşkil eden mevzulardan bir çokları muhtelif müdekkikler tarafından ayrı ayrı ve daha esaslı bir şekilde tetkik edilmek istenilmiştir. Bununla beraber bu etüdlere, Doçent Hıfzı Veldet'in makalesinde mevzu bahis olan meselelerin hepsini ihtiva etmediği gibi, bir çok noktalarda arzu edilen malûmatı temin etmiş de sayılamazlar» (58) diyerek bizim sureti umumiyede ele aldığımız meselelerden herbiri hakkında hususî ve müstakil etüdlerin bile «arzu edilen malûmatı getirmiş sayılmıyacakları»

(58) H. F. M. aynı sayı s. 701, not 2.

nı» söylüyorlar hem de aşağıda bizden gerek Arazi Kanunu, gerek eski kanunnameler ve gerek cezai prensipler (59) hakkında uzun malûmat istiyorlar ve etüdü'nün altı sayfalık bir bahsi içinde «Arazi Kanununun ihtiva ettiği prensiplerin içtimai ve iktisadi bakımından kıymet ve ehemmiyetile tatbikatta doğuracakları neticeler hakkında» tafsilât vermemizi bekliyorlar. Unutmıyalım ki, kendileri arazi hukuku ve Arazi Kanunu bahsinde aynı Tanzimat eseri içinde 100 sayfalık kıymetli bir etüd neşretmişlerdir (60).

e) Biz modern bir arazi kanununda baltasile ormandan yer açmak hakkını halka veren bir maddenin geri ve zararlı olduğunu söylemiştik. Prof. Barkan aksini iddia ediyor, bu hüküm geri ve zararlı değildir diyor (61). Biz fikrimizde ısrar ediyor ve bu hususta fazla bir şey yazmaya lüzum görmüyoruz. Yalnız şunu kaydedelim ki; Anadolu'nun eskiden ormanlık olan mıntakalarının bugün çıplak, ağaçsız ve kuru olması, eskidenberi mevcut olup arazi kanununa da geçen (cibali mübaha) kaidesinden gelme asırlık itiyadın zararlı netice ve tesirini gösteren en canlı bir delildir.

f) Münekkit Arazi Kanunu münasebetile ve «teferruata ait olmakla beraber» kaydile bir de bizim tapu kütüğü müessesesinin Kanuni Sultan Süleyman devrinde tesis edildiği şeklindeki bir mülahazamıza dokunarak şayet bu kütükten maksat «bu devirde de yaptırılmış olan büyük arazi tahrirleri ise onların çok eski zamanlardanberi yapılmakta olduğu unutulmamalıdır» diyor (62). Bizim o devirdeki tapu kütüğü müessesesinden bahsederken bugünkü manâda bir tapu sicilli müessesesini kasetmediğimiz ve zaten münekkidin de bunu böyle anlamadığı makalenin ifadesinden anlaşımaktadır. O devirlere ait tapu kütüğü üzerinde yapılmış bir tetkikin mevcudiyetini, müellif gibi, biz de bilmiyoruz. Arazi tahrirlerinin Kanuni Süleyman devrinde büyük ölçüde yeniden yapılmış olması dolayısıyla bizim tapu kütüğü tarihimize o tahrirleri mebbe ittihaz etmek hususundaki fikirlerimiz tamamen şahsidir ve bunların etüdü'nün asıl konusu ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu sahayı tam surette tenvir etmesini Prof. Barkan'dan beklemek hakkımızdır.

(59) H. F. M. aynı sayı s. 706

(60) Tanzimat I. s. 321 - 421

(61) H. F. M. aynı sayı s. 713

(62) H. F. M. aynı sayı s. 713

VII

Böylece Prof. Barkan tarafından dokunulmuş olan esaslı ve tali noktaları yeniden gözden geçirdik. Yukarıda da söylediğimiz gibi, etraflı bir tenkid yazısı, ele aldığı eserin ilkönce hakiki hüviyeti, maksadı, her fasıl ve bahsinin ehemmiyet derecesi ve bu fasıl ve bahislerin eserdeki yerleri üzerinde tam bir fikir vermelidir ki, eseri okumadan tenkidi okuyanlar olursa eser hakkında yanlış malûmat edinmesinler. Hele tenkit makalesi bir profesörün kaleminden çıkma 18 sayfalık bir etüd hacminde olursa, bu, mutlak beklenir. Biz onu cidden tarafsız bir gözle ve dikkatle okuduğumuz halde «Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat» etüdü ile incelediğimiz asıl problemin hakiki çehre ve ölçüsünün onda belirtilememiş olduğunu gördük. Münekkit, klasik bir teşbihle, ormanın içinde aşınası olduğu bazı ağaçların tetkikine dalmış, asıl ormanın karakter ve hududunu çizmemiştir (63). İtiraf edelim ki, bizi, Tanzimata dair tekrar yazı yazmağa sevkeden âmil de budur. Münekkidin şu satırları, *etüdü müzün, asıl gayesinden uzaklaşarak*, hangi zaviyeden ele alındığını çok açık olarak gösteriyor:

«Biz bu yazımızda hukuk tarihinin henüz pek karanlık olan fasıllarını doldurmak hususunda tesadüf ettiği müşkülâtı ve sarfettiği gayretleri bilhas- sa tebarüz ettirmeğe çalışacak ve ancak bundan sonra bu sahada yapılması gereken işlerin mahiyetini izah edebilmek için, müteferrik bazı noktalar ve bazan da teferruat üzerinde duracak ve daha fazla kendi ihtisas ve alâkamız dairesinde kalan hususî bazı meseleler üzerinde kendi fikirlerimizi söylemeye çalışacağız» (63).

Halbuki, yukarıda belirttiğimiz gibi, biz o etüdü, «hukuk tarihinin henüz pek karanlık olan fasıllarını doldurmak» için yazmadık; içinde, değil böyle muazzam bir iddia, buna dair en küçük bir ima bile yoktur. Mütevazi etüdü müzden bu gibi büyük neticeler ummuş olmasını, arkadaşımızın hakkımızdaki itimat ve teveccühünün bir nişanesi addederiz. İşaret ettikleri mevzuu etüdün küçük ve tâli bir bahsi olarak değil de esaslı bir şekilde ve doğrudan doğruya ele alarak bu teveccühe lâayık olmıya çalışmayı ne kadar isterdik.

Yazdıkları bu kıymetli tenkit etüdü ile bize bazı hususlar hakkında tenevvür etmek ve bazı hususlarda da fikirlerimizi tasrih ve tavzih eylemek fırsatını verdiklerinden dolayı değerli arkadaşımıza samimî teşekkürlerimizi sunarız.

Doçent Dr. Hıfzı Veldet