

## HENRY S. MAINE'İN EVRİMÇİ HUKUK ANLAYIŞI\*

Fehmiye Ceren Akçabay\*\*

### ÖZET

Bu çalışmanın amacı on dokuzuncu yüzyıl İngiltere'sinde hukuk alanında çalışmalar yapan Henry S. Maine'in evrimci hukuk anlayışını tartışmaktır.

Maine karşılaştırmalı ve tarihi metotla, toplumun ve tarihin gelişimine ilişkin bütünsel bir bakış açısı geliştirmeye çabalarken çalışmalarını sadece birbiri ile ilişkili gördüğü toplumlarla sınırlamıştır. Maine'in ortaya koyduğu teoriler, elindeki antropolojik verilerin sınırlılığı nedeniyle büyük oranda yanlışlanmış olsa da çalışmaları sosyoloji, antropoloji, hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisi gibi pek çok alanda ön açıcı olmuştur.

---

\* Bu çalışma Fehmiye Ceren Akçabay'ın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü'nde Doç. Dr. Gülriz Uygur'un danışmanlığında, 2007 yılında sunmuş olduğu yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

\*\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Tam adı Sir Henry Sumner Maine (1822-1888) olan İngiliz hukukçu, hukuk tarihçisi ve siyasal düşünür. Maine, Christ's Hospital ve Cambridge'deki Pembroke College'de öğrenim görerek, 1847'de Cambridge'de Medeni Hukuk kürsüsünde Profesör, 1852'de Inns of Court'ta Roma Hukuku kürsüsünde okutman olmuştur. Saturday Review'de imzasız makalelerle yazın hayatına başlayan Maine, en ünlü eseri *Ancient Law: its Connection with the Early History of Society and its Reation to Modern Ideas*'ı ( Eski Yasa: Toplumun Erken Tarihi ile Bağlantısı ve Çağdaş Tasarımlarla İlişkisi) 1861'de yayınlamıştır. Bu yapıtı O'na büyük bir akademik saygınlık yanında, 1862'de Hindistan Danışma Kurulu hukuk üyeliğine atanma fırsatı kazandırmıştır. Yedi sene Hindistan'da görev yaptıktan sonra İngiltere'ye dönen Maine, önce Oxford ardından Cambridge Trinity Hall'da çalışmıştır. Maine'in daha sonraki yapıtları şunlardır: *Village Communities in East and West* (1871, Doğu'da ve Batı'da Köy Cemaatleri), *The Early History of the Property of Married Woman* (1871, Evli Kadının Mülkiyetinin Erken Tarihi), *The Early History of Institutions* (1875, Kurumların Erken Tarihi), *The Effects of Observation of India on Modern European Thought* ( 1875, Hindistan Üzerine Gözlemlerin Çağdaş Avrupa Düşüncesine Etkileri), *Early Law and Custom* (1883, İlk Hukuk ve Töre), *Popular Government, Four Essays* (1885, Popüler Hükümet, Dört Makale) ve *International Law* (1888, Uluslararası Hukuk). Ayrıntılı bilgi için bkz. George Feaver, *From Status to Contract, A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, Longman, Green & Co Ltd, London, 1969.

## ABSTRACT

The aim of this study is to discuss the evolutionary law conception of Henry Sumner Maine who studied law in England in the nineteenth century.

While trying to bring a complementary perspective about the development of society and history with comparative and historical methods, Maine limited his studies with the societies he found relations with each other. Although they proved to be wrong because of the limited anthropological data, the theories Maine suggested have pioneered in many areas such as sociology, anthropology, legal history, and legal sociology.

## Giriş

İngiliz Hukukçu Henry Sumner Maine Roma hukuk tarihi, filoloji ve Alman gelenekleri gibi birçok kaynak üzerine araştırmalar yapmıştır. Pek çok farklı alanda yaptığı bu araştırmaları rasgele birbirine eklemek yerine bunlardan bir senteze varan ve kendine has evrimci bir hukuk anlayışı oluşturan Maine'i bu kapsamlı çalışmaya iten en önemli sebep, yaşadığı dönemde geçerli olan hukuk teorilerini çürütme isteğidir<sup>2</sup>. Maine'in çıkış noktası Austin'in analitik hukukunun, Bentham'ın hukuk ile ekonomi politik konularındaki faydacı görüşlerinin ve toplumsal sözleşmenin yetersizliğine ilişkin düşünceleridir<sup>3</sup>. Maine'in bu düşünceleri üzerinde en büyük etki ise Alman Tarihçi Hukuk Okulu'na aittir.

### 1. Henry S. Mane'in Çıkış Noktası

Henry Sumner Maine'in en ünlü eseri *Ancient Law*'un 1861'de yayımlanmasından önce, İngiliz hukuk çalışmalarına, faydacı düşünür Jeremy Bentham ve daha küçük bir oranda da olsa, hukukçunun görevinin, güncel hukuki fenomeni yakından incelemek olduğunu düşünen öğrencisi John Austin ağırlığını koymuştur. Bentham kariyerinin büyük bir kısmında hukuk reformlarıyla, Austin ise hukuki terminolojinin analiziyle ilgilenmiştir. Maine, bir hukukçunun temel amacının, hukuki bilgiyi daha "bilimsel" bir tabana yerleştirmek olduğu konusunda Bentham ve Austin'e katılmakla beraber ilk hukuki yayınlarından itibaren, hukuk çalışmalarında tarihin inkarının gereksiz

<sup>2</sup> Adam Kuper, *İlkel toplumun İcadı, Bir İllüzyonun Dönüşümleri*, Çeviren: İsmail Türkmen, İnsan Yayınları, 1995, İstanbul. s.27.

<sup>3</sup> Bock, *Comparison of Histories*, s.237-238.

ölçüde dar bir bakış açısı yarattığını, bunun da hukuk alanının tam olarak anlaşılmasına engel oluşturduğunu belirtir<sup>4</sup>. Maine'e göre faydacı ve analitik hukuk anlayışlarının temelinde toplumsal sözleşme dolayısıyla doğal hukuk düşüncesi yer almaktadır.

### 1.1. Faydacı Hukuk Teorisi

On sekizinci yüzyılın ortalarından on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar İngiltere'de hakim düşünce akımı olan faydacı teorinin tarihi eski Yunan düşünürleri Aritisppus ve Epicurus'un savunduğu faydacı ve hazcı düşüncelere kadar uzanmaktadır. On yedinci yüzyılda Thomas Hobbes'un insan doğasını egoist ve hazcı olarak tanımlaması, faydacı düşüncelerin İngiltere'de yeniden tartışılmaya başlanmasını sağlamıştır. Görüşleri faydacı teoriden farklı bir karakter taşımakla beraber Hobbes, mutlakiyetçi devleti savunurken buna gerekçe olarak insan egoizmini göstermektedir. Faydacı teori daha sonraları İngiliz düşünürleri tarafından olgunlaştırılmış; Jeremy Bentham, İngiliz düşünce tarihinde ilk kez çeşitli düşünürleri birarada toplayarak Faydacı düşünce akımını bir okul haline getirmiştir<sup>5</sup>.

Bentham'a göre insanların hayatları boyunca tüm isteği ve amacı, acıdan kaçmak ve hazza erişmektir. İnsanlar haz ve acı tarafından yönlendirilmektedir. Bentham fayda ilkesini de, bu hazcı ahlak anlayışından yola çıkarak açıklamaktadır. En büyük hazzı veren veya mutluluğu sağlayan hareket, fayda ilkesine uygun harekettir. Fayda, yalnız kişisel değil aynı zamanda sosyaldir. Kişinin faydasına olan hareket toplumun da faydasına sonuç doğurur. Bentham toplumu kişilerin birleşimden ibaret görmektedir. Bu nedenle devlet de fayda ilkesine uygun hareket etmeli, menfaat farklılıklarını bu ilkeye uygun şekilde çözmelidir. Hukuk kuralları da, insanların mutluluğunu artıracak şekilde oluşturulmalıdır. Hukuk toplumun mutluluğunu yani sosyal faydayı sağlamayı amaçlamalıdır. Sosyal faydayı gerçekleştirmek için kanun koyucu geçim araçlarını temin etmek, toplumda refah yaratmak, eşitliği gerçekleştirmek ve güvenliği sağlamak zorundadır. Bentham'a göre hukuk egemen tarafından vaaz edilen davranış kurallarıdır. Hukuku devlet otoritesine dayandıran bu açıklama hukuku adalet unsurundan soyutlamaktadır. Bentham'ın hukuka ilişkin

<sup>4</sup> George Feaver, *From Status to Contract, A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, Longman, Green & Co Ltd, London, 1969, s. 45.

<sup>5</sup> Adnan Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s.3-4.

bu görüşleri öğrencisi Austin aracılığıyla İngiliz pozitivistizminin oluşumunda önemli rol oynayacaktır<sup>6</sup>.

Bentham ve arkadaşları İngiltere'nin sosyal ve hukuki kurumlarının reformu için gösterdikleri çaba nedeniyle felsefi radikaller olarak da adlandırılmaktadır<sup>7</sup>. Özellikle, hukukta fayda ilkesi uygulanarak menfaatler arasında uyum sağlanması için bir hukuk reformu yapılması konusunda ısrarlı çalışmalar yürütmüşlerdir. Bu Faydacı Okulun deneyci ve realist karakterinin doğurduğu bir sonuç olarak değerlendirilmektedir. Bentham sadece İngiltere için değil Avrupa ve Amerika ülkeleri için de faydacı düşünceye uygun hukuk reformları önermiştir<sup>8</sup>. İngiltere'de gerçekleştirilen hukuk reformlarında Bentham'ın oynadığı rol Maine tarafından şöyle açıklanmıştır: "Bentham'ın zamanından beri O'nun etkisi ile açıklanmayacak hiçbir hukuk reformu yapıldığını bilmiyorum"<sup>9</sup>. Maine'e göre Bentham'ın düşüncelerinin İngiltere'de büyük etki yaratmasının sebebi, kendisinden öncekilerin yapamadığını başarıp "açık bir reform" kuralı oluşturmasıdır<sup>10</sup>.

Bentham'ın reform fikirlerinin İngiltere'de bu kadar etkili olmasının en önemli sebebi İngiliz orta sınıfının gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan ihtiyaçlar olmuştur. Fransa'da devrimin ardından yapılan sosyal ve hukuksal değişikliklere, İngiltere'de de ihtiyaç duyulmaktadır. Fakat İngilizler eskimiş kurumları devrimin neden olduğu karışıklıklara tercih etmektedir. Bu ortamda Bentham'ın doğal hukuk görüşünü ve toplumsal sözleşmeyi reddeden faydacı teorisi devrim yerine reform fikrinin gelişmesini sağlamıştır<sup>11</sup>.

## 1.2. Analitik Hukuk Teorisi

Hukuksal pozitivistizmin ilk sistemleştiricisi ve analitik pozitivistizmin kurucusu Austin, Bentham'ın izinden giderek İngiltere'de geçerli olan hukuk sistemi ve anlayışını sert bir şekilde eleştirmiştir. Londra'da Bentham ve çevresinin kurduğu *University College of London*'da, hukuk bilimi ve uluslararası hukuk alanlarında öğretim üyesi olan Austin, faydacılık düşüncesi

<sup>6</sup> Güriz, s. 262-270.

<sup>7</sup> Güriz, s. 257.

<sup>8</sup> Güriz, s. 32-33.

<sup>9</sup> Henry Maine'den aktaran Güriz, s. 32-33.

<sup>10</sup> Sir Henry Maine, *Ancient Law*, Every Man's Library, London, 1965, s.46.

<sup>11</sup> Güriz, s. 104-105.

doğrultusunda geliştirilen hukuk reformunu savunmuştur. Austin'e göre köklü bir reform için yapılması için, öncelikle hukukun tanımlanması gerekmektedir. İngiltere'de kralın ve parlamentonun çıkardığı kanunların yanında, gelenek ve din kurallarına da yer verilmesi hukukun doğru bir şekilde ele alınmasının önüne geçmektedir<sup>12</sup>.

Hukuku systemsizlikten kurtararak, çelişki ve yanlışların önüne geçmek ancak mantıki bir analizle mümkündür. Hukukun ne olduğu algı ve gözlem yoluyla belirlenmelidir. Buna göre hukuk gelenek, ahlak ile örf ve adeti kapsamaz; kanun koyucunun iradesinden ibarettir. Bu nedenle hukuk bilimi konu olarak pozitif hukukla sınırlıdır. Pozitif hukuk, siyasi bakımdan üstün olanların kendilerine tabi olanlar için belirlediği kurallardır ve emir içerirler. Emir bir davranışın yapılması veya bir davranıştan kaçınılması anlamına gelmektedir. Emrin muhatabı olan kişi, yükümlülük ve ödev altındadır. Emre uyulmadığı zaman kişi yaptırımla karşı karşıya kalır<sup>13</sup>. Austin, hukukun kaynağını siyasi bakımdan üstün bir otorite olarak açıklayarak, hukukun ahlâki açıdan tarafsız olması gerektiğini belirtmiştir<sup>14</sup>.

### 1. 3. Toplumsal Sözleşme Teorisi

Maine'in eleştirilerine konu olan diğer bir hukuk teorisi toplumsal sözleşmedir. Toplumsal sözleşme teorisi doğal hukuk görüşünün bir parçasıdır. Hukuk, düzen ve devletin bulunmadığı bir doğa durumu varsayımına dayanır. Doğa durumunda üstün hiçbir otorite bulunmaz. İnsanlar barış içinde ve birbirlerine saygı göstererek yaşamak için toplumsal bir sözleşme yaparak doğa durumundan toplum haline geçmişlerdir. Toplumsal sözleşme, insanların kendilerini idare konusunda sahip olduğu iktidarı, belli bir grup insana devrederek devleti oluşturmaları anlamına gelir. Toplumsal sözleşme düşüncesinin en önemli temsilcileri İngiliz düşünürler Thomas Hobbes ve John Locke ile Fransız düşünür Jean Jacques Rousseau'dur<sup>15</sup>.

Hobbes'a göre, doğa durumunda herkes mutlak olarak kendi davranışlarının belirleyicisidir. Herkes sahip olduğu veya olmadığı her şey

<sup>12</sup> Ertuğrul Uzun, 2004, "John Austin: Analitik Pozitivizm", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör: A. Haluk Atalay, Teknik Yayınları, s. 11-14.

<sup>13</sup> Ayşen Furtun, **İngiliz Analitik Pozitivizmi, John Austin'in Hukuk Ve Devlet Teorisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.10.

<sup>14</sup> Uzun, s.11.

<sup>15</sup> Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s.192.

üzerinde hak iddia edebilmektedir. Bu “herkesin herkesle savaş halinde” olduğu bir mücadele ortamı yaratır. Sürekli ölüm korkusu içinde yaşayan insanlar, kendilerini koruma güdüsü ile hareket edip tüm haklarını ve yetkilerini toplumsal sözleşmeyle mutlak bir otoriteye devrederler. Dolayısıyla Hobbes’a göre hayvanlardan farklı olarak insanlar, doğal bir dürtü ile değil toplumsal bir sözleşme ile bir araya gelmekte ve devlet oluşturmaktadırlar<sup>16</sup>.

Locke’a göre doğa durumu, Hobbes’un düşündüğünün aksine, bütün farklılıklarına rağmen insanların çatışmasız ve birbirleri üzerinde egemenlik kurmadan yaşadıkları özgür bir dönemdir<sup>17</sup>. Ancak doğa durumunda, cezalandırma hakkına her insanın sahip olması, haksızlıkların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Herkesi bağlayan kanunlar olmadığı için hak ve özgürlükler sürekli tehdit altındadır. Locke’a göre insanlar, hak ve özgürlüklerini korumak ve güvenliği sağlamak için bir araya gelerek toplumsal sözleşme ile devleti oluşturmuşlardır. Toplumsal sözleşme ile devlete devredilen tek hak cezalandırma hakkıdır. Diğer bütün hak ve özgürlükler bireyde kalmaktadır; toplumsal sözleşme bunları korumak için yapılmıştır<sup>18</sup>.

Fransız Devrimi’nin en önemli düşünsel önderlerinden olan Rousseau’ya göre doğa durumu toplum öncesi bir durumdur. Doğa durumunda yaşayan insanlar masum, basit ve barış yanlısıdır. Bu dönemde insanlar arasında özgürlük ve eşitlik egemendir. Rousseau’ya göre özel mülkiyetin ortaya çıkması ve uygarlığın gelişimi, bu dönemin yozlaşmasına neden olmuş ve insanın gerçekten insani özellikler edindiği süreç kesintiye uğramıştır. Doğa durumuna geri dönülemeyeceği için insanlar toplumsal sözleşme etrafında birleşerek mülkiyet, özgürlük, eşitlik gibi hakları daha sağlam şekilde oluşturacak bir toplum düzeni ortaya çıkarmışlardır<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Ayşen Furtun, **Thomas Hobbes ve Doğa Kanunları**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, 17, 26-28.

<sup>17</sup> Mehmet Tefik Özcan, “John Locke’un Birey Anlayışı”, **Ord. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1917, s.581.

<sup>18</sup> Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbay, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s.155-157.

<sup>19</sup> N.J.H. Dent, **Rousseau Sözlüğü**, Çeviren: B. Gözkan, N. Ilgıncioğlu, A. Çitil, A. Kovanlıoğlu, Sarmal Yayıncılık, tarihsiz, İstanbul, s.136-139,320-323.

#### 1.4. Maine'in Bu Teorilere İlişkin Eleştirileri

Maine, toplumsal sözleşme teorisini yetersiz görmektedir. Tarihten yardım almaması, toplumsal sözleşme tartışmasını sadece merakla bağlı bir analize dönüştürerek dejenere etmekte ve araştırmacıyı, toplumların farklı zamanlarda farklı özellikler gösterdiği gerçeğinden uzaklaştırarak, tartışmanın yetersizleşmesine sebebiyet vermektedir<sup>20</sup>.

Maine, toplumun tarihten bağımsız ve akla dayanan ilkelere göre kurgulanmasının, sosyal hayatın temelini anlamakta çok fazla işe yaramayacağını düşünmüştür. Soyutlama, somut tarihi gerçeklerle bağlarını kaybettiğinde, aydınlatmak istediği konunun en can alıcı noktasını gözden kaçırma tehlikesini taşımaktadır. Zaman ve mekandan bağımsız evrensellikleri yaratan soyut analizin sınırlarına göz attığında, Maine "bu nasıl oluştu" sorusunu yanıtlamadan sadece "bu nedir?" sorusunu yanıtlamaya çalışan anlayışı protesto etmektedir. Koşullar sadece nesnelere doğalarının araştırılması ile bulunamayacağı gibi süreç de sadece ideal yapıdan çıkartılamaz. Var olma varlıklarda belirgin değildir. Tarihsel olan, teorisyenler gerçekle uyuşmayan ideal figürler yarattıkları için gözardı edilebilmektedir<sup>21</sup>.

Maine, toplumsal sözleşmeciler gibi, Austin'in hukuksal form arayışlarının ve Bentham faydacılığının da kuru hesaplamalarla yola çıktığını ve tarihi gözardı ettiğini düşünmektedir. Maine'e göre Austin ve Bentham kendi dönemlerini doğru olarak değerlendirmişlerdir. Zayıflıkları, en son veya yerel olarak gözlenen olguları evrensel kabul etmelerinden ileri gelmektedir. Dünyanın eskiden beri, az veya çok, onların gördüğü şekilde olduğunu varsayılmaktadır.

Maine Austin'i, hukuku evrensel olarak var olan, işlevsel güçlerin varlığından kaynaklanan ve temel prensiplerden kolaylıkla çıkartılabilecek resmi kanunlardan ibaret olarak gördüğü için eleştirir. Kanunlar, insanların karmaşık hayat tecrübelerinden ortaya çıkmaktadır. Hukuk tarihi, fikirlerin tarihidir. Süreç boyunca insanları motive etmiş duygular, değerler, inançlar ve kavramlar vardır. Maine'e göre hukukun doğru şekilde incelenmesi insanları sadece dar

<sup>20</sup> Maine, s.182.

<sup>21</sup> Sir Henry Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, Batoche Books, Kitchener, 1999, s.188-189, 197-198, 218.

spekülasyonlarının dışına çıkarmakla kalmayacak, aynı zamanda tarihsel bir sosyal bilimin de temellerini atacaktır<sup>22</sup>.

Maine, Batı tarihini araştıranların, Bentham'ın Faydacı Okulu tarafından hukuki ve toplumsal yeniliğin temel kaynağı olarak görülen yasama faaliyetlerine atfedilen büyük oranda sorgulanmamış önemin, daha önceki toplumların gerçek pratiklerinde destek bulmadığını fark edeceğini belirtmiştir. Maine tarihinin ulaşılması zor alanlarında "hiçbir yasama, hiçbir kesin yasa yetkisi bile tasarlanmadığını ve hayal edilmediğini" ileri sürer<sup>23</sup>.

Maine'e göre Bentham'ın düşüncelerinin kökeninde, doğal hukuk teorisi bulunmaktadır. Doğal hukuk eski bir Yunan kavramıdır ve Romalılar tarafından gelenekleri kendilerinininkinden çok farklı olan, yabancıları yönetmek için kullanılmıştır. Romalılar evrensel bazı hukuki ilkelerin olduğuna dair Yunan varsayımına dayanarak birtakım soyut hukuk kuralları oluşturmuş, adaletin soyut şartlarla sağlanabileceğini savunmuşlardır<sup>24</sup>. Bu spekülasyona açık bir teori olmakla birlikte Romalılar tarafından dikkatle uygulanıp aşırıya vurulmamıştır. Oysa doğal hukuk daha sonraları yanlış yorumlanarak doğal adaletten mükemmel ve orijinal yaşam inancına varılmıştır<sup>25</sup>. Maine'e göre oluşan bu yeni teori, Fransız Devrimi'nin üretmekte usta olduğu düş kırıklıklarına yol açmış, pozitif hukukun küçümsenmesi, deneyimin yadsınması ve a priori'nin diğer tüm yöntemlere tercihi gibi pek çok olumsuz sonuç doğurmuş ya da onlara hız vermiştir<sup>26</sup>.

Maine doğal hukuk ve doğal yaşama olan inancın akla uygun olmadığını düşünmektedir. Bu inanç ancak tarihsel metotla aşılabılır. Maine'e göre:

"...dinsel itirazlar bir yana ne zaman birisi böyle bir araştırmaya direniyorsa bunun altında büyük olasılıkla tarihsellikten uzak, doğal bireye ya da

<sup>22</sup> BOCK, Kenneth, 1974, "Comparison of Histories: The Contribution of Henry Maine", *Comparative Studies in Society and History*, Vol.16, No.2. s.232, 238-240.

<sup>23</sup> Maine, *Ancient Law*, s.4-5.

<sup>24</sup> Maine, *Ancient Law*, s.31-32.

<sup>25</sup> Maine, *Ancient Law*, s.44-45.

<sup>26</sup> Maine, *Ancient Law* s.53-54.



topluma olan bilinçli ya da bilinçsiz bir inanca dayanan bir önyargı veya kısır bir gözü kapallılık yatmaktadır<sup>27</sup>.

Gerçekte, Maine Bentham'ın görüşlerini doğal hukuk düşüncesiyle ilişkilendirirken pek de haklı değildir<sup>28</sup>. Bentham *A Fragment on Government* eserinde devletin toplumsal sözleşmeye dayandığı görüşünü açıkça reddederek, devletin kökeninden çok, devlet iktidarının fayda ilkesine göre oluşturulmasının önemli olduğunu belirtmiştir. Bentham İngiliz pozitif hukukunun eleştirilip toplumun faydası esasına göre reforme edilmesi gerektiğini söylerken, doğal hukuku da eleştirmektedir. Doğal hukuk, toplumsal sözleşme gibi hayali varsayımlara dayanmaktadır. Hukuk doğadan gelmez. Çünkü hukuk her zaman her yerde devlet otoritesi ile güvence altına alınmış ilkeler toplamıdır. Doğal hukuk ilkeleri ise belirsiz ve şüphelidir<sup>29</sup>.

Bentham toplumsal sözleşme teorisinin tarihi bir gerçeğin ifadesi olmadığını düşünmektedir. İnsanların devlete itaatini bu teoriye göre açıklamak mümkün değildir. Bentham; Hobbes, Locke ve Rousseau'nun görüşlerini inceledikten sonra bu üç teorisinin de aynı şekilde gerçekdışı olduğunu belirtmiş, devlete itaatin geçek sebebinin menfaat olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, devlet insanların mutluluğu için gereklidir ve onların menfaatine uygundur<sup>30</sup>.

### 1.5. Alman Tarihçi Hukuk Okulunun Maine Üzerindeki Etkisi

Maine'in analitik ve faydacı hukuka tepkisi, geleneksel tarih anlayışı ile çelişkisi ve özellikle kanunlara bireylerin tecrübelerinin detaylı şekilde incelenmesiyle anlaşılabilir bir öge olarak bakması, O'nun Alman Tarihçi Hukuk Okulunun devamcısı olması ile açıklanabilir<sup>31</sup>. Yüzyılın daha önceki yıllarında keşfedilen *Gaius'un el yazmaları*<sup>32</sup> Roma hukukunun gelişimi

<sup>27</sup> Maine, *Ancient Law*, s. 53.

<sup>28</sup> Kuper, s.34.

<sup>29</sup> Güriz, *Faydacı*, s. 64.

<sup>30</sup> Güriz, *Faydacı*, s. 64-68.

<sup>31</sup> Bock, *Comparison of Histories*, s.241.

<sup>32</sup> Gaius M.S. ikinci yüzyıl sonlarına kadar yaşayan, döneminin Roma hukukuna ilişkin *Institutiones* isimli bir eser yazan klasik hukukçudur. Bkz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975, s.78. Gaius'un el yazmaları Alman tarihçi Barthold Georg Niebuhr tarafından 1816 yılında İtalya'daki bir kütüphanede bulunmuş ve dönemin akademik dünyasını büyük oranda etkisi altına almıştır. Gaius'un el yazmaları Savigny ve Maine'in çalışmaları açısından özellikle önemlidir ve aynı zamanda ikisi arasında ortak bir noktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nick O' Brien, " 'Something Older

ve modern hukukla ilişkisi konusunda kıta Avrupa'sının büyük üniversitelerinde büyük bir ilgiye neden olmuştur. İngiltere'de ise akademik alanda çağdaş Avrupa hukuk sistemlerini ve klasik Roma hukuk tarihini konu alan hukuksal çalışma neredeyse yok gibidir<sup>33</sup>. Maine ise tam o dönemde, daha çok Alman bilim adamlarının hakimiyetinde olan Roma Hukuku okutmaktadır<sup>34</sup>.

### 1.5.1. Roma Hukuku ve Almanya

Roma hukukunun Almanya'da önemi büyüktür. Ortaçağda Almanya'da örf adet hukuku uygulanmıştır. Roma İmparatorluğu'nu yeniden canlandırmak amacı ile kurulan Roma Cermen İmparatorluğu ise on ikinci yüzyıldan itibaren İmparator Iustinianus'un *Corpus Iuris Civilis* adlı derlemesinden oluşan Roma hukukunu uygulamaya koymuştur. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda hukukun ulusallaştırılması ve hukuki birliğin sağlanması için eski Alman hukukuna karşı bir eğilim oluşsa da, on beşinci yüzyıldan itibaren eski Yunan ve Roma kültürüne yönelik merakın artması, Roma hukukunu yeniden ilgi odağı haline getirmiştir. İtalya'da yapılan araştırmalarla gelişen Roma hukuku bilgisi; Prag, Viyana ve Heidelberg gibi ilk Alman üniversitelerinin kurulması ile giderek artmıştır<sup>35</sup>. Avrupa'daki diğer ülkelerden farklı olarak Almanya, Cermen hukukuna bağlı kalmayarak Roma hukuku sistemini benimseyip geliştirmiştir. Bunun nedeni Almanya'nın Roma İmparatorluğu'nu mirasçısı olarak görülmesi kadar Almanya'da bütün ülkeye hakim bir hukuk ve bunu savunacak hukukçuların gelişmesini sağlayacak bir merkezi gücün oluşmamasıdır<sup>36</sup>.

### 1.5.2. Tarihçi Hukuk Okulu

On dokuzuncu yüzyılın başında kanun oluşturma ve hukuksal reformun geleneğe saygıyla bağdaştırılması Alman hukukçuların önde gelen tartışma konularından biridir<sup>37</sup>. Roma hukuku, bütün Alman devletlerinin ortak hukuku niteliği taşımaktadır. Bunun yanı sıra, Alman devletlerinin özel kanunları da

---

Than Law Itself': Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen', *The Journal of Legal History*, Vol: 26, No: 3, December 2005, s.229-251.

<sup>33</sup> Feaver, s. 45-46.

<sup>34</sup> Kuper, s.31.

<sup>35</sup> Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 2004, s. 88-89.

<sup>36</sup> Coşkun Üçok, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1.2, 1950, s.292, 310.

<sup>37</sup> Kuper, s.31.

hukuk alanında uygulama bulmaktadır. Almanya'nın ulusal birliğini sağlamayı kolaylaştırmak açısından ise tüm Almanya'ya kapsayacak bir medeni kanunun kabulü tartışılmaktadır. Bu aslında İngiltere'deki hukuk reformu tartışması gibi, Fransız Devrimi'nin ortaya çıkardığı ilke ve kurumlardan etkilenen bir tartışmadır. Ününü 1814 yılında yazdığı *On Vocation of Our Age For Legislation and Jurisprudence* (Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi) adlı bir makale ile kazanan Friedrich Carl von Savigny, bu tartışmalar sırasında medeni hukukun düzenlenmesine karşı çıkmış ve tarihçi hukuk okulunu kurmuştur<sup>38</sup>.

### 1.5.2.1. Savigny'nin Hukuk Anlayışı

Roma hukuku konusunda çalışan Savigny, her hukuk sisteminin belli bir sosyal ve hukuki gelişimin ürünü olduğunu, her halkın kendi özellik ve ihtiyaçlarına göre bir hukuka ihtiyacı bulunduğunu savunmuştur. Savigny'e göre her yerde ve her zaman geçerli, insanın aklından kaynaklanan doğal hukuk anlayışı, tamamen soyut ve gerçek dışıdır. Toplumsal sözleşme teorisi de tarihi bir gerçeği yansıtmamaktadır. Almanya'da yapılmaya çalışan medeni hukuk reformu ise doğal hukuk esasına dayanan Fransız Medeni Kanunu'nun iktibasından ibarettir. Böyle bir düzenleme ise hukukun geçirdiği tarihsel gelişime ters düşmektedir<sup>39</sup>. Savigny'e göre hukuk gelişimi süresince üç ayrı dönemden geçer:

1. İlk dönemde, hukuk halk vicdanında oluşarak, örf adet kuralları olarak ortaya çıkar.
2. İkinci dönemde, hukukla uğraşan bir sınıf olan hukukçular sınıfı ortaya çıkar. Hukuk artık sadece halk vicdanından doğmaz hukukçular da varolan kuralları yorumlayıp düzenleyerek hukukun gelişiminde rol oynar.
3. Üçüncü ve son dönem, hukukun kanunlar halinde yazılması yani kodifikasyon dönemidir.

Savigny'e göre, Almanya, hukukun gelişimi bakımından henüz ikinci dönemde bulunmaktadır. Kodifikasyon için hukuk kurallarının hukukçular tarafından bir süre işlenmesi gerekmektedir. Hukukun uzun bir oluşum süreci

<sup>38</sup> Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s.227-228.

<sup>39</sup> Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s.228-230.

içinde kesintisiz şekilde geliştiği düşünen Savigny için bu açıdan en önemli örnek ise Roma Hukukudur<sup>40</sup>.

Savigny, statik ve sürekli bir hukuk sistemi için uğraşan doğal hukukçulara karşı hukukun dinamik ve her zaman gelişen bir yapısı olduğunu savunmuştur. Hukuku belirleyen halk ruhu (volkgeist)<sup>41</sup> olduğunu söyleyerek Fransız Medeni Kanunu'na karşı tavrı almıştır. Savigny halk ruhu kavramını her ulusun bir devamlılığa ve deneyim birliğine sahip olması anlamında kullanmış, bu kavram ile hukuk bilimini özerkleştirmek ve hukukun gelişimini açıklamak istemiştir<sup>42</sup>.

Savigny ve kurduğu Tarihçi Hukuk Okulu, doğal hukuk gibi soyut varsayımlarla uğraşmak yerine hukukun tarihsel olarak incelenmesi gerektiği görüşünü ortaya atarak evrimci hukuk anlayışının gelişiminde öncü olmuştur. Savigny hukuksal gelişimi doğada varolan kademeli evrime benzetmektedir. Zaten Savigny'nin hukuksal gelişimi anlatmak için kullandığı sözcük, "Entwicklung" da evrim sözcüğüne karşılık gelmektedir. Savigny'e göre hukuk kültür ile birlikte evrimleşmektedir. Dil de hukukun gibi halk ruhundan doğmakta kendi iç dinamikleri doğrultusunda halkın içinde ilerlemektedir. Savigny'nin Darwin'den önce geliştirdiği bu görüşler Maine'i oldukça etkilemiştir ama Maine'in evrimci anlayışının gelişmesinde asıl rol oynayan Alman, Rudolph von Jhering'tir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. İngilizce'ye Çeviren: Abraham Hayward, Batoche Books, Kitchener, 1999.s.17-32.

<sup>41</sup> Halk ruhu (volkgeist) kavramı daha çok Savigny'e atfedilen bir kavram olmakla beraber, bu kavramı ilk kez kullanan Tarihçi Hukuk Okulu'nun bir başka mensubu olan Puchta'dır. Puchta da Savigny gibi toplumsal sözleşme kuramın eleştirerek hukukun kaynağının halk ruhu olduğunu savunmuştur. İlk eserlerinde, hukukun kaynağını belirtmek için halk vicdanı kavramını seçen Savigny de daha sonraları, özellikle Tarihsel Hukuk Okulu'nun içinde oluşmaya başlayan milliyetçi kutup Germanistler'e karşı tavrını belirtmek ve kültürel birlik vurgusu yapmak için hukukun halk ruhu kavramını kullanmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Acar, Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2006.

<sup>42</sup> ACAR, Ali, 2006, "Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2006.s., 71-72.

<sup>43</sup> E. Donald Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, *Columbia Law Review*, Vol:85, No:1, June 1985, s.40-43.

### 1.5.2.2. Jhering'in Hukuk Anlayışı

Jhering başlangıçta Tarihçi Hukuk Okulunun ve Savigny'nin görüşlerini benimsemiştir. Daha sonra kaleme aldığı *Hukuk Uğruna Savaş* eserinde ise hukukun oluşumunu dilin gelişimi gibi mücadele gerektirmeyen bir şekilde açıklayan bu görüşlere karşı çıkmıştır. Jhering'e göre aksine hukuk, uzun uğraş ve çabaların sonunda değişmektedir. Hukukun amacı barış ve düzendir. Ama bu amaca uğraşmak mücadele etmekle mümkündür. Roma hukukunun gelişmesi de bir mantık işleminin sonucu değil, sosyal bazı amaçlar için yapılan düzenlemelerin sonucudur. Hukuk, sürekli değişen hayat şartlarına uygun güvenceler yaratmalıdır. Jhering, Bentham'ın görüşlerine benzer şekilde insanın bencil bir doğası olduğu, bu nedenle bilinçli şekilde toplum yararına hareket etmeyeceği görüşündedir. Jhering doğal hukuku görüşünü eleştirerek evrensel hukuk görüşünü de reddetmiştir<sup>44</sup>. Maine özellikle Jhering'in Roma Hukukunun gelişimine ilişkin düşüncelerinden etkilenmiştir. Ama Alman düşünürlerinin iç ayrımları ile fazla ilgilenmemiş, onlardan Roma Hukukunun Alman toplumlarını nasıl etkilediğini öğrenmekle yetinmiştir<sup>45</sup>.

### 2. Maine'in Hukuk Anlayışı

Maine hukuk konusunda Bentham ve Austin'in görüşlerini, Savigny'nin izinden giderek Roma hukuku kaynaklarına dayanarak çürütmeye çalışmıştır. Maine'e göre ilk toplumlarla gelişmiş toplumlar arasındaki farkın kökeni Roma hukukunda bulunabilir. Batı'nın gelişimini sağlayan kural ve özgürlük arasındaki dengenin kökeni Roma'dır. Roma'daki hukuksal kurumların tarihi hukuk hakkında bize geniş bir bilgi birikimi sunmaktadır. Maine özellikle iki noktanın üzerinde durur. Roma hukuk sistemi nasıl ortaya çıkmıştır ve nasıl gelişmiştir? Roma hukuku ilkel hukukla gelişmiş hukuk arasındaki köprüyü oluşturmaktadır<sup>46</sup>.

Maine'e göre hukuki sistemin temelini gelenek tarafından değil yasama faaliyeti ile belirlenmesi, kanunun siyasal otoritenin bilinçli emri ile oluşması, sadece hukuka ilişkin güncel bir ifadedir. Maine görüşünü şu şekilde dile getirir:

<sup>44</sup> Jhering, *Hukuk Uğruna Savaş*, Çev: Rasih Yeğengil, Sinan Matbaası, İstanbul, 1964, s. 7-12.

<sup>45</sup> Kuper, s.32.

<sup>46</sup> K.B. Smelie, "Sir Henry Maine", *Ekonomica*, No.22. (March, 1928), s. 64-67.

“...ilginç olan şey, ilkel düşünce tarihine daldıkça Bentham’ın belirlediği öğeler bütününe benzer bir hukuk kavramı ile karşılaşmayız. Oysa insanlığın ilk çağında ne bir yasama ve ne de somut bir kanun yazarı düşünülemez.” Maine, tersine o zamanlarda büyük çoğunlukla ataerkil despotizm altında yaşayan kişilerin her fiillerinde, bir hukuk değil fakat istediği şekilde hareket eden bir rejimin kontrolü altında olduğunu ileri sürmektedir<sup>47</sup>.

### 2.1. Ataerkil Toplum Teorisi

Maine’e göre toplumsal sözleşme savunucularının toplumun kökenine ilişkin “doğa durumu” kurguları tarih ve deneyim dışıdır. Maine *Ancient Law*’da insanların özgür ve yazgılarına egemen olduğu doğa durumu varsayımı yerine, “ataerkil despot”un kaprislerinin egemen olduğu toplulukları yerleştirmiştir. Buna göre ilk toplumlar birbirine sözleşmeyle bağlı özgür bireylerden değil, birbirine statü ile bağlı, mülkiyeti ortaklaşa kullanan ailelerden oluşmaktadır<sup>48</sup>. Maine’e göre “Karşılaştırmalı hukuktan çıkarılan... Delillerin sonucu ataerkil teori olarak bilinen en eski insan ırkı tasarımıdır<sup>49</sup>”.

Kuper’in belirttiği gibi sanki Maine, Rousseau’nun teorisini baş aşağı çevirmiştir. Rousseau’ya göre ilkel toplumda hür ve eşit olan bireyler kamu yararına bir sözleşme ile bir araya gelerek modern dünyada despotizmle karşılaşmaktadır<sup>50</sup>. Maine ise ilkel toplumda, Rousseau’nun ve tüm toplumsal sözleşmecilerin iddia ettiğinin aksine bireylerin özgür olmadığını, ilkel toplumun totaliter kabile reislerinin yönetimindeki dayanışmacı aile birliklerinden oluştuğunu düşünmektedir. Zamanla toplum geliştikçe, bireylerin özgür olduğu toplum modeli, ilkel toplumun yerini almaktadır<sup>51</sup>.

Maine ataerkil teori ile ilk toplumların kan bağı esasına göre oluştuğunu ortaya koymuştur. Maine’e göre ilk hukukun doğal gelişimi de bu ataerkil aile yapısı içinde olmuştur<sup>52</sup>. İnsanlar, ebeveyne itaatin birarada tuttuğu, mutlak şekilde yalıtılmış gruplar şeklinde dağılmışlardır. İlk toplumlarda aileler modern

<sup>47</sup> Maine, *Ancient Law*, s.4-5.

<sup>48</sup> Maine, s.72-75.

<sup>49</sup> Maine, , s.72.

<sup>50</sup> Kuper, s.36.

<sup>51</sup> Maine, s. 99.

<sup>52</sup> Smelic, s. 68.

dönemdekine benzememektedir<sup>53</sup>. Kanun ebeveynin sözlere, ilk çağlarda toplum şimdiki gibi bir bireyler topluluğu değildir. Toplum bir aileler kümesidir. Daha açık olarak, ilkel toplum birimi aile, modern toplumdaki ise bireydir<sup>54</sup>.

*Ancient Law*'da ilk toplumlar, ataerkin yönetimindeki, ortak bir erkek atanın soyundan gelme akraba toplulukları olarak betimlenmektedir. Baba tarafı akrabalığın temeli, anne ve babanın evliliği değil, babanın kendisinden önce yaşamış olan atalarından devraldığı otoritedir<sup>55</sup>. Maine bu ilkel despotizmi Romalıların "*agnation*" kuramına dayandırmaktadır<sup>56</sup>. Roma hukukunda *agnatio* aynı evde yaşayan ya da ortak ata hayatta olsaydı yaşayacak olan kimseleri birbirine bağlayan hısımlıktır. Geçerli bir evlilikten doğan çocuklar ve evlilikle ailenin hakimiyetine giren kadınlar, birbiri ile *agnatik* hısımlı olurlar. Bu hısımlık aile reisi öldükten sonra da sürer<sup>57</sup>. Kadın aracılığıyla *agnatio* hısımlığı doğmaz. Bu hısımlık sadece erkeklere dayanır. Yani *patria potestas*'a sadece erkekler sahip olabilir. Baba egemenliği Roma hukukunda *patria potestas* olarak anılmaktadır<sup>58</sup>. *Patria Potestas* Romalılar tarafından şöyle tanımlanmaktadır:

"Çocuklarımız üzerinde haiz olduğumuz hakimiyet hukuku Roma vatandaşlarına hastır: Filhakika insanların hiçbirisi, bizim çocuklarımız üzerinde haiz olduğumuz gibi bir hakimiyete malik değildiler<sup>59</sup>."

Maine'e göre ilkel toplumlarda akrabalık *Patria potestas* ile sınırlıdır. Bu toplumlarda yönetici aile reisidir. Kadınlar evlilik yoluyla kocaların grubuna dahil olurken, erkekler evlenseler dahi kendi gruplarında kalmaya devam etmektedirler. Evlilik, kadın ve çocukları kocanın, aile reisinin yetkisi altına vermektedir. Kadının çocukları, kadının ailesi ile akraba sayılmamaktadır. Sadece erkeklerin çocukları asıl ataerkinliğin üyeleri olarak kabul edilmektedir<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> Maine, *Ancient Law*, s.78.

<sup>54</sup> Maine, *Ancient Law*, s. 74.

<sup>55</sup> Maine, *Ancient Law*, s.78-79.

<sup>56</sup> Maine, *Ancient Law*, s.88.

<sup>57</sup> UMUR, Ziya, 1982, *Roma Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.s., 22-23.

<sup>58</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s.158-159.

<sup>59</sup> Gaius'tan aktaran Umur, *Roma Hukuku*, s.399.

<sup>60</sup> Maine, *Ancient Law*, s.88.

## 2.2. Toplumun Gelişimi

Maine, Roma hukukunun en erken dönemlerine ilişkin yaptığı çalışmalar sonucu ataerkil ailenin, Hint-Avrupa toplumunun kökeni olan bir tür ilkel aile örgütlenmesi olduğu sonucuna varmıştır<sup>61</sup>. Roma patria potestas'ından “açıkça bizim ortaçağ ataerkil otorite tipimiz” diye bahseder<sup>62</sup>. Maine göre aileler toplumun orijinal birimidir. Zamanla aileler birleşip *gensleri*<sup>63</sup> oluşturmuştur. Daha sonra gensler biraraya gelerek kabileleri, onlar da birleşerek ulusu ortaya çıkarmıştır. Bütün devletlerin gerisinde de bu dizilim yeralmaktadır<sup>64</sup>. Kabile topluluklarındaki yerel kontrollerin yerini alan güçlü, merkezi devletler, tımar ve mark gibi antik kurumların oluşumunu net bir şekilde etkilemiştir. Yasama organlarının yaptıkları değişiklikler, bireylerin zorlayıcı hareketleri ile birlikte bu toplulukların yıkılmasına neden olmuştur<sup>65</sup>. Bu, Aristoteles'ten beri birçok yazarın desteklediği toplumsal gelişim şemasıdır. Maine bu şemayı benimsemekle birlikte, küçük reformlarla kademe kademe gerçekleşen bir ilerlemenin yanında, devrimsel sıçramaların da mümkün olduğunu düşünmektedir. Maine'e göre siyasal ilerleme büyük bir devrimin, kan ve aile temeline dayanan toplumlardan, ülke ve devlet temelli toplumlara geçişin bir ürünüdür<sup>66</sup>. “Siyasal düşünceler tarihi, gerçekte siyasal olarak tek olası toplumsal zeminin kan bağı olduğu varsayımı ile başlamaktadır. Bir prensibin yıkılması ve ardından, örneğin yerellik gibi yeni bir prensibin, öncekinin yerine siyasal yaşama zemin oluşturması şeklinde bizim devrim dediğimiz irkiltici ve kesin değişimler... Ancak erken uluslar için geçerlidir”<sup>67</sup>.

Hindistan ve Roma örneklerini Rusya, Sırbistan ve İskoçya'da yapılan son çalışmalardan alınan bulgularla bir araya getiren Maine, toplumların keskin bir gelişme çizgisi olmasa da en azından “bireylerin ayrı haklarının dereceli

<sup>61</sup> Maine, *Ancient Law*, s.72.

<sup>62</sup> Maine, *Ancient Law*, s.81.

<sup>63</sup> Maine Savigny ile paralel şekilde *gens*i aynı soydan gelen ailelerin doğal bir şekilde birbirlerine bağlanmaları olarak açıklamaktadır. *Gens* in oluşumu konusunda ikinci bir yaklaşım ise Nieburh'un savunduğu suni görüşüdür. Buna göre gens devletin oluşturduğu suni bir kurumdur. Kan bağı ile değil soyadı ile belirlenir. Gens hakkında herkesin ortak olduğu nokta ise gensin, aile ile devlet arasında bir geçit olduğudur. Gens kendisine özgü dini inançları ve ilahları olan büyük bir ev topluluğudur. Bkz. Umur, *Roma Hukuku*, s.6-7.

<sup>64</sup> Maine, *Ancient Law*, s.74.

<sup>65</sup> Maine, *Lectures on*, s.48-61,66.

<sup>66</sup> Kuper, s.38.

<sup>67</sup> Maine, *Ancient Law*, s.76.



olarak, toplumun derleme haklarından ayrışması" doğrultusunda bir gelişmenin olduğunu vurgular<sup>68</sup>.

### 2.3. Hukukun Gelişimi

Maine'e göre uygarlık eski hukukun katı formalitelerinin kırılması ve bireyin özgürleşmesi ile gerçekleşmiştir. Hukuk ataerkil toplumun giderek çözümlenmesini vasiyet, mülkiyet ve sözleşme gibi bireyi özgürleştiren hukuk tekniklerinin ortaya çıkmasını sağlayacak şekilde gelişmiştir. Roma hukuku bu değişimin tamamını yansıtır. Maine ataerkil ailedeki ilahi emir ile başlayan gelenek hukukundan yazılı hukuka geçiş, hukuki değişim vasıtalarının oluşması ve hukukun statüden sözleşmeye doğru gelişmesi açısından her zaman Roma hukuku kaynaklarını dayanak göstermektedir<sup>69</sup>.

Maine ilk toplumlardaki hukuk hakkında söylediklerini filozofik etkilerin dışında kalmış güvenilir bir kaynak olarak gördüğü Homeros'un İlyada'sına dayandırmaktadır<sup>70</sup>. Homeros'un rehberliğinde hukuk, ilk başta ataerkil toplumun bir sonucu olarak ailedeki en yaşlı erkeğin ağzından çıkan sözcüklerden ibarettir<sup>71</sup>. Tanrısal olduğu düşünülen otoritenin emirleri düzeni belirler. Daha sonraları hukuk, rahiplere benzer din görevlileri ve kanun koyucular olarak Homeros<sup>72</sup> şiirlerindeki gibi kahraman krallar tarafından, ihtiyaç doğduğunda anlık yargılar olan *themiste*'lerle belirlenmiştir. Maine: *Themiste*'yi, Homeros'un İlyada adlı yapıtında anılan adalet tanrıçası

<sup>68</sup> Maine, *Ancient Law*, s.158.

<sup>69</sup> Smelie, s. 67-69.

<sup>70</sup> DUFF, M. E. Grant Duff, 1892, "Sir Henry Maine: A Brief Memoir of his Life", *By the Right Honour M. E. Grant Duff G.C. S. I With some of his Indian Speeches and Minutes*, Selected and Edited by Whitley Stokes, D.C.I. London: 1892, Edinburg Review, 178: 365 (1893: July), s.107.

<sup>71</sup> Homeros İlyada'da Kykloplar'ın ne derleyicilere ne de *themiste*'lere sahip olmadığını, eşleri ve çocukları üzerinde yargı yetkisine sahip olduklarını söylemektedir. Maine'e göre Homeros, Kykloplar'la yabancı ve daha az gelişmiş bir uygarlıktan bahsetmektedir. Bkz. Maine, *Ancient Law*, s.74. Kyklop'lar Türkçe'ye tepegöz olarak da çevrilen Yunan mitolojisindeki devlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000, s.187.

<sup>72</sup> Homeros'un yaşam öyküsü hakkında pek çok rivayet olsa da bilindiği kadarıyla M.Ö. dokuzuncu yüzyılda Anadolu'da yaşamış büyük bir ozandır. İlyada ve Odyssea adlı yapıtları eski Yunan uygarlığını konu almıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Homeros, *İlyada*, Çev: Azra Erhat, A. Kadir, Can Yayınları, İstanbul, 1992, s.14-15. Homeros'un İlyada'sı eski Yunan'dan günümüze gelen en eski belge olma özelliği taşımaktadır. Bkz. Edith Hamilton, *Mitolojya*, Çev: Ülkü Tamer, Varlık Yayınları, İstanbul, 1997, s.7.

*Themis*'ten<sup>73</sup> üretmiştir. *Themistes*'ler gelişmiş emsaller ya da tek tip kavramlar olmadan, sadece "izole edilmiş gerçek aşamalarının hükümleridir"<sup>74</sup>.

Maine'e göre, Hint-Avrupa toplumunun batı kollarında, bu kralların kutsal güçlerine olan inanç en sonunda, askeri ve politik aristokrasinin hakim olduğu genel bir harekete yol açarak, azalmıştır. Ari kökene sahip Doğu toplumlarında ise, liderlik ve otoriteye doğru gerçekleşen bu dönüşüm yerine, gücün krallar ve rahip benzeri elitler tarafından paylaşıldığı sistemler gelişmiştir.

Batı'da aristokrasi, siyasal bir oligarşi olarak Doğu'daki din adamları kastının yerini almıştır. Bu yeni elit, yasama yetkisini ele geçirmiş fakat tanrısal çıkarımlar yapmak yerine geleneğin bilgisini kendilerinde tekelleştirmiştir. Aristokrasi bu sayede idareyi sadece kutsal bir öncülükle değil, aynı zamanda kanunların bilgisinin meşruluğuna dayanarak gerçekleştirir. Maine'e göre böylece gelenek ve emsaller, hukuka ilk olarak sistematik bir şekilde girmiştir, çünkü bu yeni aristokratlar için eski hükümleri hatırlamak ve bu bilgiyi topluma aktarmak zorunludur. Maine'in "gelenek hukuku devri" olarak adlandırdığı bu dönem yazının icadıyla sona erer. Yazının icadı ile aristokrasi bilgi tekeline yitirir, gelenekler yazılı kurallar halini alır.

Maine'e göre Roma tarihinin genel gelişimine göre gelenek hukuku oldukça erken bir dönemde sisteme bağlanmış gibi görünmektedir. Roma hukukunun ilk düzenlemesi ve sonraki Roma medeniyetinin temel kanunlarının ana kaynağı olduğuna inanılan Roma'nın on iki levha kanunu<sup>75</sup>, o dönemin gerçek kanuni pratiklerini genel olarak yansıtmaktadır. Maine'e göre, Doğu'da Roma'daki gibi kanunların yayınlanmasını mecburi hale getiren bileşen, krallar ve rahipler üzerinde etki kazanamamış, buradaki düzenlemeler Roma'ya oranla çok daha geç olmuştur. Hint geleneksel hukukundan anlaşıldığı üzere, Hint kanunlarının düzenlenmesi büyük oranda yavan formüller içermektedir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> *Themis* eski Yunan'da kanun, kural koyucu tanrıcadır. Adı koymak, yerleştirmek, oturtmak anlamına gelen *Themis*, *Olympos*'taki düzenin koruyucusu, evrensel ve ölümsüz tanrısal yasanın temsilcisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erhat, 282.

<sup>74</sup> Maine, *Ancient Law*, s.2-3, 5.

<sup>75</sup> On iki levha kanunu, Roma'da Cumhuriyetin kurulmasından kısa süre sonra oluşturulan yazılı kurallar bütünüdür. Bu kurallar forum meydanındaki fildişi levhalara kazındığı ve on iki ayrı kanun metninden oluştuğu için bu isimle anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Villey, *Roma Hukuku Güncelliği*, Çev: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul, 1985, s.20-22.

<sup>76</sup> Maine, *Ancient Law*, s.6-8.

Maine'e göre, bu kodifikasyon döneminden sonra bile, hukuki işlemler büyük oranda törenlere bağlı kalmış ve prosedürün en ufak detayına köleliğe varan bir bağlılık gözlemlenmiştir. Bu dönemde varolan iktidarlar yeni bir hukuk düzeni oluşturacak kadar güçlü olmadıkları için mevcut gelenek hukukunu desteklemekle yetinmişlerdir. Hukukun bir sistem olarak ortaya konması, dini otoritelerden kurtulması ve bir hukukçular sınıfının ortaya çıkması çok daha sonraları gerçekleşebilmiştir. İlk dönemlerde siyasi iktidarın zayıf olması, hukuk sisteminin şekli ve katı olması sonucunu doğurmuştur. Devletin, hukuku kontrol etmeye başlayarak, hususi ölçü almaların ve kişilerin haklarını kendi başlarına elde etme çabasının yerini alması, geç ve zor olmuştur<sup>77</sup>.

### 2.3.1. Hukukun Gelişimini Sağlayan Araçlar

Maine'e göre hukuki değişim, gelişmenin gerekliliğini fark eden bazı "ilerici toplumlar"ın bu yönde hukuki düzenlemeler yapması ile mümkün olmuştur. Toplumlar büyüyüp yayıldıkça, başka toplumlarla ilişkiler geliştirdikçe ve insan zekası gelişip yeni bilgiler kazandıkça yeni toplumsal ihtiyaçlar ortaya çıkmaktadır. Maine bu ihtiyaçların eski hukuk kuralları ile karşılanamayacak nitelikte olduğu görüşündedir. Ancak yeni toplumsal koşullar yeni hukuk kuralları gerektirirken, geleneksel ve doğüstü inançlara dayanan eski hukuk kurallarının uygulanması da toplumsal huzur açısından gereklidir. Maine'e göre toplumların bu çıkmazdan kurtulması ve hukukun gelişimi üç araç vasıtası ile mümkündür. Bunlar hukuki kurgu<sup>78</sup>, eşitlik ve yasama<sup>79</sup>.

#### 2.3.1.1. Hukuki Kurgu

Hukuki kurguların rolü, yeni ihtiyaçları karşılamak için eski hukuk normlarına yeni anlamlar vermektir. Maine bu kurguların hukuki gelişmenin kundağını teşkil ettiğini, hukuki gelişmenin öncelikle hukuki kurgular içinde doğup geliştiğini söylemektedir. Maine'e göre hukuki kurgular reform mekanizmalarıdır. Hukuki kurgular sayesinde yöneticiler reform yaparken

<sup>77</sup> Maine, *Lectures on*, s.148-149.

<sup>78</sup> Maine hukuki kurguyu (legal fiction) Roma hukukundaki *fictio* sözcüğünden türetmiştir. *Fictio*, gerçekte varolmayan bir olayın veya unsurun var kabul edilmesidir. Bkz. Umur, Roma Hukuku Lügatı, s.71, Maine de *fictio*'yu Roma hukukunda davalının, davacının engel olmadığı, gerçekte varolmayan iddiaları içeren istemi olarak tarif etmiş ve kendisinin hukuki kurguyu bundan daha geniş şekilde ele aldığı ifade etmiştir. Bkz. Maine, *Ancient Law*, s.15.

<sup>79</sup> Maine, *Ancient Law*, s.15-16.

muhafazakar çoğunluk her şeyin aynı kaldığını düşünmektedir. Maine'e göre hukuki kurgu "kanun hükmünün tahrif edildiğini, teskerenin değiştirilmediğini, işlemin dönüştürüldüğü" saklar ya da saklamaya çalışır<sup>80</sup>. Maine hukuki kurguların bu ikili işlevini şöyle tarif eder:

"... bu hukuki kurgular gelişme yönündeki arzuyu tatmin ederken aynı zamanda değişikliğe karşı beslenen körü körüne muhalefeti de rahatsız etmiyor<sup>81</sup>."

Roma sisteminde yaşanan gelişmeler bunun en güzel örneğidir. Maine bu konudaki görüşlerini milattan önce sekizinci yüzyıldan, Iustinianus düzenlemesinin yapıldığı milattan sonra 565'e kadar, Roma hukuk tarihinde yaşanan gelişmelere dayandırmaktadır. Maine'in hukukun gelişimi konusunda çizdiği tabloya benzer şekilde, Roma'nın ilk dönemlerinde, hukuk işlerine din adamları bakmaktadır. *Pontifex* olarak adlandırılan ve Roma'nın ilk hukukçuları olarak bilinen bu din adamları hukuk bilgisini tekelleştirmişlerdir. *Pontifexler* esas olarak *interpretatio* (kanunların tefsiri), *cavere* (hukuk kurallarına şekil vermek) ve *respondere* (belirli olaylar üzerine tarafların kendilerine sordukları hukuki sorulara cevap verme) görevlerini yerine getirmektedir. On iki levha kanununun düzenlenmesinden sonra Cumhuriyet Döneminde ortaya çıkan ve *praetor*'lara<sup>82</sup> danışmanlık eden laik hukukçular olan *Iusprudentes*'ler ise *respondere* faaliyetlerini genişletmişlerdir. Laik hukukçular, sözlü ve yazılı cevaplar diğer adı ile *Responsa Prudentium*'lar sayesinde gelenekleri değiştirmeden toplumsal ihtiyaçlara uygun şekilde yorumlamaya başlamışlardır<sup>83</sup>. Bu nedenle *Iusprudentes*'ler Roma hukukuna asıl büyüklük kazandıranlar olarak kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Maine'e göre *Iusprudentes*'lerin *Iusprudentia* olarak bilinen hukuk uygulaması hukukun değişimini kolaylaştırmıştır. Aynı modern İngiliz hukuk sisteminin erken dönemdeki gelişiminde olduğu gibi, uygulanan kanunun hep var olduğu varsayılarak dava hukuku, hukuku değiştirmiştir<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Maine, *Ancient Law*, s.15–17.

<sup>81</sup> Maine, *Ancient Law*, s.16–17.

<sup>82</sup> Praetor, Roma'da yönetim ve yargı işlerini yürüten halk meclisi tarafından seçilen yetkililere verilen addır. Praetor'luk Roma hukukuna şekil veren bir makamdır. Karadeniz Çelebican, s.22-23.

<sup>83</sup> Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s.98, 170, 181–184.

<sup>84</sup> Villey, s.35.

<sup>85</sup> Maine, *Ancient Law*, s.16.

Maine hukuki kurgu kavramını genişleterek, preatorların daima eski Roma kanunlarını tatbik etmekle yükümlü olduklarına dair faraziyeyi bile kurgu olarak kabul etmiştir<sup>86</sup>. Hukuki kurgu sayesinde bütün yeni prensipler, halka kanunların tefsirleri olarak tanıtılmış ve bu sayede eski kanunlara olan saygıdan da yararlanılmıştır. Ancak kurgular sadece belirli gelişme aşamalarını atlatmaya yaramaktadır, hukuki değişim sonuna kadar kurgularla ilerletilemez. Çünkü kurgular aynı zamanda hukukun anlaşılmasını güçleştirmekte ve uygulamada karışıklığa sebep olmaktadır<sup>87</sup>.

### 2.3.1.2. Eşitlik

İnsan ilişkilerinin çoğalış ve çeşitlenmesi, yeni ve daha rasyonel prensiplerin müdahalesini zorunlu kılar. Bu noktada devreye eşitlik normları girer. Maine'e göre eşitlik normları hukukun değişimi sağlayan ikinci araçtır. Maine eşitliği "kesin ilkeler üzerine kurulmuş ve bu ilkelerin doğasında bulunan olağanüstü bir kutsallığın etkisiyle doğal bir iktidar talep eden" ve "hukukun yanında varolan bir dizi kural" olarak adlandırmaktadır<sup>88</sup>.

Maine eşitlik kavramı ile doğal hukuk kavramını beraber ele alır. Maine'e göre eşitlik ilkeleri bir toplumda varolan asıl hukuk ilkelerinin yanı sıra başında yeralan ve temsil ettikleri ahlaki değerler dolayısıyla pozitif ilkelerin yerine geçmeye layık oldukları düşünülen kurallar toplamıdır. Eşitlik normları gerçekte büyük çapta kurgulardır ancak mevcut hukuktan daha rasyonel ve ahlaki oldukları için mevcut hukukun gelişmesini sağlamaktadırlar<sup>89</sup>.

Hukuki kurgularla gerçekleştirilen reformların ardından Cumhuriyet Dönemi'nin sonuna doğru Romalılar da eşitlik ilkesini benimsemişlerdir<sup>90</sup>. Kanuni reformlar açısından eşitlik, *Responsa Prudentium*'larla uygulamaya koyulan hukuki kurguların yerini almıştır. Roma'nın askeri ve ticari büyümesinin bir sonucu olarak medeni hukuk alanında yabancılara ilişkin düzenlemeler zaruri olmuştur. Yabancılara ilişkin hukuktan sorumlu olarak atanan *Pretor Peregrinus, aequitas* yani eşitlik ilkelerine dayanarak, Roma'daki gelişime ayak uyduramayan eski hukukun değişmesini sağlamıştır.

<sup>86</sup> Topçuoğlu, s.480.

<sup>87</sup> Maine, s.16-17.

<sup>88</sup> Maine, *Ancient Law*, s.17.

<sup>89</sup> Maine, *Ancient Law*, s.17.

<sup>90</sup> Kuper, s.42.

Eşitlik ilkesinin uygulaması sonucu ortaya çıkan *Ius Gentium*<sup>91</sup>'un temelinde yatan ise Yunan doğal hukuk düşüncesidir<sup>92</sup>.

Maine, Hint ve Avrupa tarihleri arasındaki farklılığın bir açıklamasının da Romalılar'ın Yunanlar'dan devraldığı doğal kanunlar olabileceğini düşünmektedir. Romalı hukukçuların basit, simetrik ve uyumlu bir hukukun oluşturulabileceğine dair inançları, din tarafından korunan ve saklanan eski uygulamaların delinmesine neden olmuştur. Yine de Maine'e göre Roma'nın doğal hukuk doktrini "devrimci ya da anarşik değil çare niteliğindedir." Roma'da doğal hukuk düşüncesi daha iyi bir hukuka ilişkin inancı canlı tutarken, pozitif kanunların zorunluluğunu reddetmemiştir<sup>93</sup>.

### 2.3.1.3. Yasama

Pozitif hukukun reddedilmemesi hukuki değişimin devamı açısından önemlidir. Çünkü hukuki değişimin üçüncü aracı yasamadır. Maine'e göre yasama faaliyeti, özellikle modern toplumların hukukunun yaratılmasında önem taşımaktadır. Maine, Savigny gibi kanunlaştırmayı küçümsememiş fakat kanunlaştırma faaliyetinin hukukun değişimi konusunda sadece araçlardan biri olduğunu belirtmiştir<sup>94</sup>.

Maine yasama terimini "tüm toplumun organı ve ıslah araçlarının en sonuncusu olan, ister otokratik bir prenslik, ister parlamenter bir birlik olsun, yasamanın kararnameleleri" anlamında kullanmıştır<sup>95</sup>. Yasama, otoritenin yerleştiğinin bir göstergesidir. "Bir ulusun gençliği ve bebekliğinde, yasamanın

<sup>91</sup> *Ius Gentium* Roma vatandaşlarının yanında yabancılara da uygulanabilen hukuka verilen addir. Roma İmparatorluğu'nun sınırlarının gelişmesi ile Roma egemenliği altında yaşamaya başlayan yabancıların artması bu hukukun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bkz. Karadeniz Çelebican, s.91-93. *Ius Gentium*'un gelişmesinde stoacı düşünürlerin savunduğu *Ius naturale* yani doğal hukuk düşüncesinin etkili olduğu tahmin edilmektedir. Zenon tarafından M.Ö. 308 yılında Atina'da kurulan Stoacı Felsefe Okulu özellikle ahlak ve erdem üzerine düşünceler geliştirmiştir. Bu okulun Roma'daki devamcısı Cicero pozitif hukuk kurallarının uygulanmasında doğabilecek haksızlıkların giderilmesi için *aequitas* yani eşitlik kavramına başvurulmasını istemiştir. Bkz. Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s.176–180.

<sup>92</sup> Maine, **Ancient Law**, s. 34–37.

<sup>93</sup> Maine, **Ancient Law**, s. 45-46.

<sup>94</sup> TOPÇUOĞLU, Hamide, 1963, **Hukuk Sosyolojisi Derstleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara., s. 482.

<sup>95</sup> Maine, **Ancient Law**, s.17.

özel hukukun genel reformu için öncelikli olarak kullanıldığı pek görülmemiştir<sup>96</sup>,

Maine *Ancient Law*'un ilk üç bölümünde ortaya koyduğu hukukun gelişimine dair bu tarihi dizi ile Bentham'a a priori'yi yalanlamıştır. Buna göre yasama, hukuki evrimin kökeni değil zirvesidir<sup>97</sup>. Yine de Maine'in yaptığı Roma hukuk tarihi çalışması hukuk sisteminin gelişiminde biraz geç de olsa yasamanın önemli rol oynadığını kanıtlamaktadır<sup>98</sup>.

### 2.3.2. Hukukun Gelişim Yönü

Hindistan ve Roma örneklerini; Rusya, Sırbistan ve İskoçya'da yapılan son çalışmalardan elde edilen bulgularla bir araya getiren Maine toplumların keskin bir gelişme çizgisi olmasa da, en azından "bireylerin ayrı haklarının dereceli olarak, toplumun derleme haklarından ayrışması" doğrultusunda bir gelişmenin olduğunu vurgulamıştır<sup>99</sup>.

Maine ilerici toplumların gelişiminin, gitgide aileye bağlılığın zayıflaması ve bireysel sorumlulukların artması açısından aynı olduğu görüşündedir. Medeni hukukun birimi olarak ailenin yerini giderek birey almaktadır. Maine'e göre kişiler arası ilişkilerin aileler arasındaki ilişkiler içinde kaybolduğu toplumdaki, bütün ilişkilerin bireylerin özgür katılımıyla belirlendiği bir toplum düzenine doğru ilerleme söz konusudur. Aile düzleminde hak ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen statüler yerini gün geçtikçe sözleşmeye bırakmaktadır<sup>100</sup>.

"Statü kelimesi, değeri ne olursa olsun bana yeterince araştırılmış görünen, süreç hukukunu ifade etmek için, bir formül inşa etmede faydalı olabilir. Bireyler hukukunda bahsedilen tüm statü biçimleri eskiden beri ailenin içinde varolan güçler ve imtiyazlardan çıkarılmıştır ve bir ölçüde hala onlardan faydalanmaktadır. O zaman, eğer en iyi yazarların kullandığı anlamda, bu kişisel koşulları belirlemek ve böylesi koşulları anlaşmanın acil ya da uzaktan sonuçlarında uygulamaktan kaçınarak statü terimini kullanırsak, ilerlemeci

<sup>96</sup> Maine, *Ancient Law*, s.25.

<sup>97</sup> Kuper, , s.42.

<sup>98</sup> Feaver, s. 49.

<sup>99</sup> Maine, *Ancient Law*, s.158.

<sup>100</sup> Maine, *Ancient Law*, s.99.

toplumların hareketinin şimdiye kadar statüden sözleşmeye doğru olduğunu söyleyebiliriz<sup>101</sup>.

Maine “statü” terimini, özellikle aileden kaynaklanan, verili hak ve yükümlülükler için kullanmıştır. Statü, bu anlamıyla özgürlük işareti “sözleşme”nin karşıtını oluşturmaktadır. İlk toplumları belirleyen ilke statü ilişkileri, modern toplumları belirleyen ise sözleşme ilişkileridir. Sözleşme bireyin ilkel statü bağlarından kurtulması ile ortaya çıkmıştır<sup>102</sup>. Maine ilerlemeci toplumlarda hukuki hareketin “şimdiye dek” statüden sözleşmeye olduğunu belirtmiştir. Yani bu sürecin devam edeceğine ilişkin bir öngörüsü yoktur<sup>103</sup>.

Maine’e göre hukuki hareketin statüden sözleşmeye doğru olmasının en önemli nedeni, ataerkil aile yapısının geçirdiği dönüşümdür. Maine baba otoritesinin her şeyin üstünde olduğu ataerkil toplum biçiminin, hukuki kurguların en önemlilerinden biri olan evlat edinme ile aşınmaya başladığını ileri sürer. Evlat edinme sonucu kimsesizler ailelere kabul edilmiştir. Bu aynı zamanda *Patria potestas* ilkesinin, dışarıdan gelenleri aileye kabul edecek şekilde, esnetilmesi anlamına gelmektedir. Bu hukuki kurgu sayesinde artık birlik üyelerini belirleyemeyen *agnation*, yeni gerçekliğe uyum sağlamak için geliştirilmiştir<sup>104</sup>.

Başlangıçta evlat edinme ailenin güçleneceği inancı ile hoş karşılanırken, daha sonraları asil çekirdeği oluşturan akraba erkek topluluğu, yeni gelenlere karşı ayrımcılık uygulamaya ve hakların yeniden kan bağına göre düzenlenmesini talep etmeye başlamıştır. Sayıları zaman içinde artan evlat edinilenler de kendilerine uygulanan ayrıma karşı alternatif medeni haklar talep etmişlerdir. Bu zaman içinde kan bağı ilkesinden yerellik ilkesine geçilmesini sağlamıştır. Maine, yerellik ilkesine geçişi şu şekilde açıklar:

“ Bunların, siyasal hakların, gerçek ya da yapay, yalnızca kan bağına bağlanması yolundaki sert ısrarları; ikincilere, gerçekliği daha sağlam başka bir

<sup>101</sup> Maine, *Ancient Law*, s.100.

<sup>102</sup> Kuper, s.38.

<sup>103</sup> Feaver, s.55.

<sup>104</sup> Maine, *Ancient Law*, s.87-89.



ilkeyi öğretti. Bu artık her yerde, siyasal işlemler konusunda topluluğun temelini dayanan yerellik ilkesiydi<sup>105</sup>.”

Yerellik ilkesi ile düzenlenen toplumda bireyleri birbirine bağlayan bağlar giderek zayıflamıştır. Bu bireylerin giderek daha özgür olmasını sağlar. Çağlar alan bir özgürleşme sürecinin ardından ise sözleşme ile düzenlenen ilişkiler ortaya çıkar. Maine'e göre bireycilik ve sözleşme bu nedenle yüksek uygarlıkların bir ürünüdür.

Maine'e göre Roma tarihsel kayıtlarında zamanla ebeveynlerin kendi nesilleri üzerindeki kontrolü kaybetmelerine dair çok kanıt vardır. Örneğin, Roma *patria potestas*'ı altında, aile reisi, kendi neslinden olan insanlar üzerinde, bütün hukuki süreçlerde, hatta evlenme ve boşanmalarda, bebeklerin evlat verilmesi ya da satılmasında bile kayıtsız şartsız bir otoriteye sahiptir. Ebeveynin hukuki güçlerinin, sivil yargıçların yargısına bırakılması İmparatorluk döneminin başına kadar gerçekleşmemiştir<sup>106</sup>.

Toplumsal ve ekonomik koşulların zamanla geçirdiği değişim, Roma'da hukuki ve ekonomik bir birlik olan aile kurumunun ile her konuda yetkili belirleyici olan aile reisinin değişimine neden olmuştur<sup>107</sup>. Roma hukuku kaynaklarında, baba hakimiyetinin Cumhuriyet devrinin sonlarından başlayarak, Hıristiyanlığın da etkisi ile özellikle İmparatorluk döneminde azaldığı belirtilmektedir. Bu hakimiyetin azalmasında özellikle *Peculium* kurumu önemlidir. *Peculium*, erkek çocukların ve kölelerin, hukuken maliki olmamakla birlikte iş yapmakta kullanabileceği sermayedir. Aile ilişkilerinin gelişmesi ile aile reisinin bütün hukuki işlemleri tek başına yapma imkanının kalmaması, *peculium* kurumunu doğurmuştur. Bu sayede aile reisinden kısmen de olsa bağımsız hukuki işlemler yapılmaya başlanmış ve erkek çocuklar zamanla aile reisinin yardımcısı haline gelmişlerdir.

*Peculium*'ların zamanla farklı türleri ortaya çıkmıştır. Önce İmparator Augustus, askerlerin savaş sırasında ganimet olarak kazandıkları malları, miras bırakmalarına izin vermiştir. Daha sonra bir kimsenin asker olurken aldığı hediyeler, bir askerın diğerine bıraktığı miras ve eşinden gelen miras da bu *peculium*'a eklenerek, buna *peculium castrense* yani savaşta elde edilen

<sup>105</sup> Maine, *Ancient Law*, s.78.

<sup>106</sup> Maine, *Ancient Law*, s.83.

<sup>107</sup> Karadeniz Çelebican, s.171.

*peculium* adı verilmiştir. Bununla beraber hala vasiyette bulunmadan ölen askerin sahip olduğu *peculium* aile reisine geçmektedir. Üç yüzyıl sonra İmparator Constantinus zamanında ise aynı ayrıcalıklar devlet memurları için de geçerli hale getirilmiş, bu kişilerin görevleri vasıtası ile elde ettikleri mallar ve aldıkları hediyeler de *peculium* sayılmıştır. Roma'daki en büyük kanunlaştırma hareketlerinin mimarı İmparator Iustinianus, daha sonra bunlara *peculium quasi castrense* adını vermiştir. Yine Constantinus annenin ve anne tarafından gelen tüm malların çocuğa intikalini kabul edip, baba tarafından temlikini yasaklayarak, aile reisinin hakimiyetinin azalmasını sağlamıştır. Iustinianus ise bu durumu genişleterek çocuğun babasından başka kişilerin yardımı ya da kendi çabası ile elde ettiği malların mülkiyetini çocuğa vererek, babanın bu mallar üzerindeki haklarını kısıtlamıştır. Bu tür *peculium*'a ise *peculium adventicium* adı verilmektedir. Ayrıca daha sonra bu mallar çocuğa yapılan bağışlar ve aile reisinin rızası dışında kabul ettiği mirası da kapsayacak şekilde genişletilmiş ve bunlara da *peculium adventicium irregulare* adı verilmiştir<sup>108</sup>.

Maine de *Ancient Law*'da imparatorluğun ilk yıllarıyla birlikte baba hakimiyetinin *peculium castrense*, *peculium quasi castrense* gibi araçlarla azaldığını, özellikle Constantine ve Iustinianus'un aile reisinin haklarını kısıtlayarak Roma aile hukukunda çığır açtıklarını belirtmiştir. Maine'e göre bu, erken Roma toplumundaki aile reislerinin tescilli ayrıcalıklarının ciddi şekilde azalması anlamına gelmektedir ve bütün uygar dünya bundan etkilenmiştir<sup>109</sup>.

Maine, Roma hukukunda kadınların hakları konusunda da benzer değişimler tespit etmiştir. Eski Roma'da üç tür evlilik söz konusudur. *Confarreatio* dini törenle yapılan evliliktir. Belirli sözlerin söylenmesi ile gerçekleşen *coemptio* ve kadının erkeğin evinde bir süre kalması ile aileye katıldığı *usus* türü evliliklerin ise dini içeriği yoktur. Erkeğin kadın üzerindeki hâkimiyetinin belirgin olduğu bu erken Roma evlenme biçimleri altında, koca eşi üzerinde büyük haklara sahiptir. Evlilikle birlikte kadının tüm malı erkeğin ailesinin olmakta ve erkeğin ölümünden sonra bile kadın, eşi tarafından belirlenmiş bir koruyucuya emanet edilmektedir. Ancak zamanla cinsiyetlerin eşitliği varsayımı, başta gelen Romalı yargıçlar arasında yaygınlaşan bir doğal hukuk ilkesi haline gelmiş ve kadınlar zamanla kişi olarak bağımsızlık ve mülkiyet hakkı kazanmışlardır. İlkçağda Hıristiyanlığın ve barbar nosyonların

<sup>108</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 401–403.

<sup>109</sup> Maine, **Ancient Law**, s.83–84.

etkisiyle Roma hukukunda evrim, kadının kan bağından bağımsızlaşarak, aşamalı biçimde kocasının hukuki kişiliğinden serbest kalmasıdır. Maine, benzer değişimlerin modern evlilik hukukunda da izlenebileceğini belirtmektedir<sup>110</sup>. Kadınları özgürleştiren bu süreç Maine *Ancient Law*'u yazdığında henüz tamamlanmamıştır<sup>111</sup>.

Maine kanunların gelişiminin, insanlar üzerindeki özgürleştirici etkisi ile ilgili teorisi bakımından Roma hukukundaki köle efendi ilişkilerini de önemsemektedir. Kölelik kurumu bir modern bir Avrupalı'ya barbarca görünse de, Maine'e göre gerçekte Roma tarihinde köle, medeniyetin başlangıcında olduğundan çok daha iyi konumdadır ve bu gelişme doğal hukuk ilkeleri sayesinde meydana gelmiştir. Modern Avrupa tarihinde ise kölenin statüsü ortadan kalkmış ve köleliğin yerini sahip ve hizmetçi ilişkileri sözleşmesi almıştır<sup>112</sup>. Feaver'ın ifadesiyle, "Maine bu argümanı, İngiliz hukuki yazınının en çok beğenilen metinlerinden biri haline gelmiş çarpıcı bir genellemeyle açıklamaktadır"<sup>113</sup>:

"Tarihin sınırından, bireylerin tüm ilişkilerinin aileyle sınırlandığı bir toplum koşullarından başlayarak, görünüşe göre tüm ilişkilerin bireylerin özgür anlaşmalarından doğduğu bir toplumsal düzen aşamasına ilerliyoruz..."<sup>114</sup>

Maine'in gerçekleştirdiği hukuki çalışmalara göre medeni hukuk, batı tarihinin bilinen tarihinde çok az bir yer kaplamasına karşın, "medenî kanunlar tarafından dikkate alınan bireyin, ailenin yerini aldığı" Roma'da, aynı modern "ilerlemeci" Avrupa toplumlarında olduğu gibi giderek genişlemiştir<sup>115</sup>.

Maine ilkel toplumun yapıtaşı olan ataerkil ailelerin komünal bir yapıya sahip olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla sözleşme gibi özel mülkiyet ve miras hukuku da tarihi evrimin bir ürünüdür<sup>116</sup>. Maine Roma hukukunda taşınır mülkiyet biçimlerinin gelişimine dair de izler bulmuştur. Katı Roma kanunu *res mancipi*'nin dereceli şekilde daha uyumlu bir kanun olan *res nec mancipi*'ye

<sup>110</sup> Maine, *Ancient Law*, s.91-92.

<sup>111</sup> Feaver, s.52-53.

<sup>112</sup> Maine, *Ancient Law*, s.95-97.

<sup>113</sup> Feaver, s.53.

<sup>114</sup> Maine, *Ancient Law*, s.97.

<sup>115</sup> Maine, *Ancient Law*, s.99.

<sup>116</sup> Kuper, , s.42.

dönüşmesi, Maine'e göre İngiltere'deki mülkiyet düzenlemelerinin değişimine benzemektedir. İngiltere'deki gayrimenkul kanunu da dereceli olarak menkul kanunu karşısında dönüşmüştür<sup>117</sup>. *Res mancipi* yük ve çeki hayvanları: köylerdeki gayrimenkul irtifakları gibi Roma ve benzeri tarımla geçinen toplumlar açısından önemli olan mallardır. Bu malların devri ancak *mancipatio* denilen şekle bağlı bir sözleşme ile mümkündür. *Res mancipi* olmayan mallar ise *res nec mancipi* olarak adlandırılır ve devirleri *traditio* denilen şekle bağlı olmayan bir sözleşme ile yapılabilir. Ekonomik ve toplumsal değişimle birlikte mallar arasındaki bu ayrım zamanla azalmış, Iustinianus döneminde ise tamamen ortadan kalmıştır<sup>118</sup>. Bu dönemden sonra bütün mallar *traditio* ile devredilebilir hale gelmiştir. Maine'e göre, Roma'da zaman aşımı ile bir mala sahip olma anlamına gelen *usucapion* ya da *cessio in jure* yani hileli mülkiyet gibi mülkiyet reformuna yardımcı olan başka hukuk kurumları da mevcuttur. Bunlar zaman içinde özel mülkiyetin ortaya çıkmasını sağlamışlardır. Maine'e göre modern kanunlarda da bunların benzerleri mevcuttur<sup>119</sup>.

Maine, ilk toplumdaki ailelerin çarpıcı biçimde küçük bağımsız birer işletmeye benzediklerini düşünmektedir. Maine'e göre erken aile hukuku, modern işletme kavramına karşılık gelmektedir. "İşletme hiç ölmez ve buna bağlı olarak ilkel hukuk içerdiği bireyleri dikkate alır, örneğin ataerkil aileler sürekli ve farksızdır"<sup>120</sup>.

Maine'e göre ailenin bir işletme olması, kalıtımsal mirasın neden vasiyetle bırakılan mirastan daha eski bir kurum olduğunu açıklamaktadır. Maine, Roma hukukunun erken dönemlerinde mirasla mülkiyet bırakılmadığını ve vasiyetin geri dönülemez, gizli ya da yazılı olmadığını gözlemleyerek verasetin aslında aile içindeki hakimiyet tarafından düzenlendiğini belirtmiştir. Yazılı vasiyetnameler, sadece bir sonraki nesile doğal olarak unvan verilen çizgide bir kopma yaşandığında kullanılmaya başlanmıştır<sup>121</sup>.

Roma sözleşme hukukunu da tarihsel olarak inceleyen Maine, eski dönemlerde sözleşmenin sözlü ve zor bir prosedüre sahip olduğunu, sözleşmenin zamanla törensel niteliklerinden arındığını ve uygulamasının kolaylaştığını

<sup>117</sup> Henry Maine, *Ancient Law*, s.160,167

<sup>118</sup> Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s.130, 182, 208.

<sup>119</sup> Maine, *Ancient Law*, s.160, 167-170.

<sup>120</sup> Maine, *Ancient Law*, s.75.

<sup>121</sup> Maine, *Ancient Law*, s.108-112, 122.

belirtmektedir. Maine ilk kanunların bireylerin sözleşme yapmasına izin vermediğini, aile reisinden bağımsız şekilde sözleşme yapabilmenin ancak ileri uygarlıklar döneminde mümkün olabildiğini eklemektedir. Bireylerin sözleşme özgürlüğünün olmaması ilk toplumlarda aynı zamanda mülkiyetin ortak olması sonucunu doğurmaktadır<sup>122</sup>.

Maine'in "statüden sözleşmeye" teorisi, erken hukuk hakkında yaptığı en meşhur genellemelerden biri olmakla birlikte, içerdiği özel politik görüşler nedeniyle hep tartışmalı kalmıştır. Maine tarafından Roma kişiler hukukuna dayandırılan bu hüküm, genel olarak "ilerlemeci" hukuki sistemlerin şartlarına ilişkindir. Bu nedenle Maine'in çağdaşları tarafından, sanayinin gelişmesi ile ortaya çıkan yeni Avrupa toplumundaki önde gelen ideolojik akımların doğrulanması olarak algılanmıştır. Maine bireyciliğin bir ifadesi olarak, ilerlemeci Batı insanının, hukuki düzenlemelerin doruğuna doğru yürüdüğünü, bireylerin özgürlüğü için prensipte kişiler ile sözleşme yapıldığını iddia etmiştir.

Maine'in hayatı boyunca yaşadığı deneyimler, statüden sözleşmeye ifadesinin inandırıcılığını açıkça desteklemiştir. Maine'in yaşadığı dönemde iş yaşamı ve endüstrinin düzenlenmesinde sözleşme özgürlüğü, tesis kurma özgürlüğü ve miras bırakma özgürlüğü, parlamentonun desteklemesi ve saygı göstermesi gereken konular olarak kabul edilmiştir. On dokuzuncu yüzyıl İngilteresi'nde aile hukuku bu gelişmelerden diğer hukuk dalları kadar pay almamış olsa da, Evli Kadının Mülkiyeti Eylemleri, yüzyıl sonunda kadınlar mülkiyet hakkını tamamen elde edinceye kadar sürmüştür. Dahası 1865'te *Ancient Law*'un üçüncü baskısına hazırlanırken, Maine, kendi tezine destek olarak, Rusya ve Amerika'da köleliğin kaldırılmasına işaret etmiştir<sup>123</sup>.

### 3. Maine'in Toplum ve Hukuk Görüşlerine İlişkin Eleştiriler

#### 3.1. Ataerkil Toplum Teorisine İlişkin Eleştiriler

Maine'in doğa durumunun yerine koyduğu ve ataerkil teori olarak tarif ettiği aile birliği fikri, toplumsal düşüncede bir dizi akrabalık kuramının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Ancak on dokuzuncu yüzyıl evrimcilerinin büyük çoğunluğu anaerkil ailenin ataerkil aileyi öncelediği görüşündedir.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Maine, *Ancient Law*, s.88, 99-100.

<sup>123</sup> Feaver, s.53-54.

<sup>124</sup> Özbudun, Şafak, s.36.

Maine gibi Roma hukuku konusunda çalışmalar yapan İsviçreli hukukçu Johann Jacop Bachofen, *Ancient Law* ile aynı yıl yayınlanan *Das Mutterrech* (Analık Hukuku) adlı yapıtında analık hukukunun babalık hukukunu, anaerkin ise ataerki önelediği tezini işlemiştir. Bachofen'in hukuk öğretimine dilbiliminden geçmesi yapıtında simge çözümlmelerine yer vermesine yol açmıştır<sup>125</sup>. Bachofen, yapıtında hukuk tarihinden çok dilbilim ve mitoloji verilerine dayanmıştır. Tarihsel olarak saptanmış doğrularla değerlendirildiğinde mitolojik geleneğin ilkçağların güvenilir ve bağımsız bir belgesi olduğunu düşünmektedir<sup>126</sup>.

Bachofen, Yunan mitlerine dayanarak yaptığı tarihsel çözümlmeler sonucu, karmaşık/kuralsız cinsel ilişkilerle belirlenen bir evrenin ardından, kadınların daha ahlaklı bir yaşam için verdikleri mücadele ile soyun ana hattından izlendiği kurallı evliliklerle belirlenen anaerkine geçildiği sonucuna varmıştır. Bu dönemde göçebe hayattan yerleşik düzene geçilmiştir. Anaerkin dönemde kadın cinsi olumlu nitelermelere sahiptir. Mitolojide bu dönemin ürünü olan toprak, sol yan, karanlık gibi dişil egemenliğinin sembelleri mevcuttur. Fakat Bachofen'e göre süreç içerisinde anaerki yerini, soy hattının erkekten izlendiği babaerkine bırakır. Bu da analık hukukunun yerine babalık hukukunun, dişil sembellerinin yerini, gökyüzü, sağ yan, aydınlık gibi eril sembellerin alması sonucunu doğurur. Ataerki ile birlikte krallıklar ve imparatorluklar çağı başlamıştır. Roma siyasal düşüncesi ataerkini koruyarak kendisini takip eden uygarlıklara aktarmıştır<sup>127</sup>.

Maine, Bachofen'in görüşlerini pek önemsememiştir. Zaten Bachofen görüşleri başlangıçta Amerika'da ya da İngiltere'de de yankı bulmaz. Ancak kısa süre sonra ünlü bir polemikçi olan İskoç hukukçu John Ferguson McLennan, Bachofen'in anaerki tezini savunmaya başlar<sup>128</sup>.

McLennan'ın hukuk kariyeri fazla parlak olmasa da, 1865'de yayınlanan *Primitive Marriage* (İlkel Evlilik) kitabı ile antropolojik çalışmalara damgasını vurmuştur. Bachofen'i de okumakla birlikte McLennan, esas olarak ünlü İngiliz ekonomist Robert Thomas Malthus'un nüfus üzerine yaptığı

<sup>125</sup> Özbudun, Şafak, s.38-39.

<sup>126</sup> Johann Jacob Bachofen, *Söylence, Din ve Anaerki*. Çeviren: A.Kaya-S.Gürkan. Bağlam Yayınları, 1997, Ankara, s.100-101.

<sup>127</sup> Bachofen, s.122,135-138,146.

<sup>128</sup> Kuper, s.46.

çalışmalardan etkilenmiştir. Maltus, *Essay on The Principle Of Population*'da (Nüfus Üzerine Deneme) ilkel toplumların sadece besleyebilecekleri kadar nüfusa izin verdiklerini söyler. Barınma ve yiyecek mücadelesi olağanüstü bir insan telefı söz konusudur. Kıtık, salgın hastalıklar ve savaşın yanı sıra çocuk düşürme ve katli de mevcuttur.

Kuzey Hindistan'da kız çocuğu katlinin varlığını ortaya koyan Cave-Brown'ın 1857'de yayınlanan *Indian Infanticide: Its Origin, Progress and Suppression* (Hint Çocuk Katli: Kökeni, Gelişimi ve Zaptı) adlı çalışması ilkel çocuk katli tartışmasını daha da artırmıştır. McLennan da varolma mücadelesi yüzünden ilkel toplumların kız çocuklarını öldürdüğünü düşünmektedir.

McLennan'ın tezine göre eski dönemlerde barınma ve yiyecek mücadelesi, cesur ve avcı insanlara duyulan ihtiyaç nedeniyle cinsiyetler arası dengeyi bozarak erkek çocukların kızlara yeğlenmesine neden olur. Kızlar daha savunmasız ve daha az faydalı olduğu için onları büyötmek toplulukların çıkarlarına uymaz. Bu nedenle ilkel toplumlarda kız çocuklar katledilmektedir. Kız çocuklarının öldürölmesi sonucu nüfus içinde kadınların sayılarının azalmasıyla, erkekler eşlerini topluluk dışından getirmek zorunda kalmaktadır. McLennan bunu egzogami yani dışevlilik olarak adlandırır. Toplumlar arasında devamlı süren yaşam mücadelesinin bir sonucu olarak dışevliliklerde de zora başvurulmakta, kadınlar zorla ele geçirilerek çok kocalılık ortaya çıkmaktadır. McLennan'a göre bu durumda bir kişinin babasını belirlemek çok zor olduğu için, ilk akrabalık sistemleri de kadın yoluyla kan bağına dayanmaktadır.

McLennan'a göre zaman içinde vahşi eş paylaşım usulleri giderek değişmiştir. Kadınların kaçırıldığı ve birçok erkek tarafından paylaşıldığı vahşi çokkocalılık, yerini bir süre sonra bir dizi babaları ayrı erkek kardeşin aynı kadınla evlendiği Tibet çokkocalılığına bırakır. Bu dönemde kadının çocukları erkekler kümesinin ortak soyunu taşır. Babalığın tanınması konusunda önemli bir adım olan bu evreyi, bir erkeğin ölen erkek kardeşin karısını devraldığı *levirate* sistemi izler. Babalık kavramının iyice geliştiği *levirate* sistemi, ekonomik refahın eş zamanlı artışı ve mal birikimi ile desteklenerek, baba yanlı soy ilişkilerin gelişmesine sebep olur<sup>129</sup>. McLennan'a göre kritik nokta, klan

<sup>129</sup> Kuper, s.46-48.

mülkiyetinin tekeşli ailelerin ortaya çıkmasına neden olacak şekilde bireysel/ailesele mülkiyete dönüşmesidir<sup>130</sup>.

Kuper'e göre McLennan Maine'in ataerkil teorisini ters çevirmiş ve toplumların gelişimi açısından kabul edilen iki klasik varsayıma meydan okumuştur. İlk olarak, McLennan ilk ailenin ataerkil değil anaerkil olduğunu, ilk akrabalık sistemlerinin kadın soyuna dayandığını ileri sürmüştür. İkincisi, Maine'in de benimsediği klasik toplumsal evrim şemasını ters düz ederek aileyi başa değil sona koymuştur. McLennan'a göre toplumsal gelişimin başında kabile, daha sonra gens ya da hane ve en sonda da aile yer almaktadır.

McLennan kendini Hint-Avrupa karşılaştırmalarıyla sınırlamayı pek çok kaynağa başvurmuştur. Maine'in aksine bütün ilkel davranış tanımlarından yararlanmışır. McLennan'a göre ulusların medeni hakların oluşturulması ve uygulanmasında kullandığı semboller fosillere eşdeğerdir. Keşfedilecek semboller eski kurumsal şekilleri yansıtacaktır. McLennan'ın fosil araştırması O'nun üzerindeki dolaylı Darwin etkisi ile açıklanabilir<sup>131</sup>.

Maine, McLennan ve yandaşlarının kendi teorisine yönelttikleri eleştirileri ciddiye almamaya çalışır. Hint köyleri sıkıca *patria potestas* üzerine kuruludur ve en azından Hindistan'ın anaerkil bir evreden geçtiğine ilişkin kanıt çok azdır<sup>132</sup>. Hatta son araştırmalar Sami ve Urulların kökeninde de Hint-Avrupalılar gibi *patria potestas*'a dayandığını göstermektedir. McLennan'ın tezinin az uygarlaşmış toplumlara uygulanması önemli değildir. Yüksek ırkların varolan düşük ırkların akrabalığından geliştiği açıkça gösterilmedikçe ilgi çekici değildir<sup>133</sup>.

Ne var ki McLennan'ın tezini daha da geliştiren Amerikalı Hukukçu Lewis Henry Morgan, Maine'e yeniden ve daha güçlü şekilde karşı koyar. Morgan kitabında siyasal ve toplumsal evrimi anaerkil toplulukla başlatıp aile ve devletin ortaya çıkması ile sonlandırmaktadır<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Sibel Özbudun, Balkı Şafak, **Antropoloji: Kuramlar/Kuramcılar**. Dipnot Yayınları, 2005. Ankara, s.43.

<sup>131</sup> Kuper, s.49.

<sup>132</sup> Maine, **Village Communities**, s.31-65.

<sup>133</sup> Maine, **Lectures on**, s.122-126.

<sup>134</sup> Lewis Henry Morgan, **Eski Toplum II**, Çeviren: Ünsal Oskay, Payel Yayınları, 1987, İstanbul, s.143vd.



Maine, Morgan ve McLennan'ın iki yıl sonra 1833'de yayınlanan *Dissertations on Early Law and Custom* (İlkel Hukuk ve Gelenek Üzerine Denemeler) adlı yapıtında rakip ilkel toplum teorilerine cevap vermiştir. Darwin'in büyük bir başarı kazandığı ve ırkların aynı kökenden geldiğine ilişkin kuvvetli bir inancın olduğu bu dönemde, Maine artık anaerik tezlerin yalnız düşük ırklara uygulanabildiği, yüksek ırklar için geçerli olmadığı gibi iddialar öne süremez. Anaerik teorinin kendi teorisinin ters çevrilmiş olduğunu söyleyerek McLennan ve Morgan'ın görüşlerindeki çelişki ve boşlukları ayrıntılı olarak tartışır<sup>135</sup>. Maine burada ilk kez Darwin'e başvurarak iddialarını güçlendirmeye çalışır. Darwin'e göre cinsel kıskançlık temel bir duygudur ve ilkel toplumlarda düzenli çiftleşme ilişkileri belirlemektedir<sup>136</sup>. Maine'e göre erkeklerde cinsel kıskançlığın fiziksel güç ile birleştiği düşünülürse ataerik aileyi tanımlamak kolaylaşır<sup>137</sup>. Yine Maine, Darwin'in evrimci gelişmelerin aynı zamanda gerçekleşmeyeceğine ilişkin tezine dayanarak Maine anaerik aileyi savunan rakiplerine güçlü bir karşı atakta bulunur:

“Bildığım kadarıyla, yazıya geçirilmeyen çağlar boyu toplumların gelişiminde, toplumsal yapının eşzamanlı değilse de aynı şekilde dönüşüm çizgisine hiçbir yerde rastlanmıyor. Acımasız varolma mücadelesine eşlik eden büyük değişimlere rağmen, insan doğasının derinliklerine işleyen ve hiç durmayan bir güç uzun sürede aynı sonucu ortaya çıkarabilir. Fakat bu gücün etkisinin baştan sona aynı kalacağı fikri inanılmazdır<sup>138</sup>.”

Maine ayrıca, McLennan ve diğerlerinin karşılaştırmalı metodu yanlış anladığını iddia etmiştir. İlkellik ve barbarlıkta karşılaşılan her türlü kurumu, uygar toplumlarda bulunan formların geçmiş bir formu, daha sonra gelenin atası olarak algılamıştır. Maine ilkel davranışların çoğunun uzak antik bir geçmişten günümüze devam eden bir davranış biçimi olduğunu düşünmesine rağmen, bu formlar arasında gerçek tarihsel ilişkilerin aydınlatılmasını, sorunun temeli olarak görmektedir<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Maine, *Dissertations on Early Law and Custom* adlı yapıtının “Theories of Primitive Society” adlı yedinci bölümünü tamamen bu tartışmaya ayırmıştır. Bkz. Maine, *Dissertation on*, s.106-219.

<sup>136</sup> Darwin Kurumu, Çeviren: Cem Taylan, Pan Yayıncılık, 2000, İstanbul, s.111.

<sup>137</sup> Maine, *Dissertation on*, s.113-114.

<sup>138</sup> Maine, *Dissertation on*, s.119.

<sup>139</sup> Bock, *Comparison of Histories*, s.247.

Geçici ilişkilerin ortaya çıkarılması, karşılaştırmalı filolojide bile yeterince zordur. Karşılaştırmalı tarihte de ataerkil aile gibi benzerlikler ve varsayımsal formlar abartılabilir. Tüm toplumların “birinin yaklaşması diğerinin ise bitişi zamanın geldiğini bildiren saatin çalması ile” ortaya çıkan aşamalardan geçtiğini düşünmek zordur. Karşılaştırma bir parçanın diğerini aydınlatabileceğinin ortaya atılması ile sadece başlamaktadır<sup>140</sup>.

Maine’e göre antik tarihin belirlenmesinde ilkellik koşullarının kullanılmasını destekleyenler, karşılaştırma yaparken, iki parça arasında bir bağlantı kurulması gerektiğini ve bu bağlantının da sadece tarih ile kurulamayacağını gözardı etme eğilimindedirler<sup>141</sup>.

### 3.2. Hukukun Gelişim Yönüne İlişkin Eleştiriler

Maine’in hukuki kavramları alışılmadık şekilde kullanması, görüşlerinin hukukçular yerine sosyologlar tarafından kabul edilmesine neden olmuştur. Örneğin; hukukçular modern evlilik tarihinde Maine’in anlattığı gibi bir hareketin olduğuna, kadın ve erkeğin hukuki statüsünde eşitlik yarattığına katılmaz. Sosyologlar ise, geleneksel toplumdan farklı olarak modern toplumdaki toplumsal koşulların, kişisel statünün belirlenmesinde daha geniş bir bireysel seçim yelpazesi yarattığı gerçeğini gördüğü için Maine’i takdir ederler<sup>142</sup>.

Meşhur bir Amerikalı sosyal bilimci olan Robert Redfield “geniş insanlık tarihinin, daha dar olan Avrupa tarihinin ve kabile toplumunun diğer toplumlarla ilişkilerin etkisiyle dönüşümünün hep birlikte, genellemeyi yerine getirdiğini” statüden sözleşmeye teorisinin, gerçeklik tarafından doğrulandığını belirtmiştir. Redfield’e göre Henry Maine’in *Ancient Law* adlı yapıtı, ilkel hukuk kurumlarının kökenine ve doğasına ilişkin uzun süren çalışmaların ardından hala bu alanda temel eser olmayı sürdürmektedir.

“Maine’in çalışması bugünün öğrencilerinin övgülerini almak için yapılmıştır. Tarihsel uzmanlık içeren bir çalışmadır. Kendi zamanında çıkan,

<sup>140</sup> Maine, *Dissertation on*, s.111.

<sup>141</sup> Maine, *Dissertation on*, s.106-127.

<sup>142</sup> Feaver, s.55.

kurumların kökenleri ve doğası üzerine olan kitaplar arasında Maine'i özel yapan, genel fikirlerin, özgül, doğrulanabilir gerçeklere işaret etmesidir<sup>143</sup>."

İlkel toplumlar konusunda yaptığı araştırmalarla tanınan Hoebel'e göre gerçekten ilkel olan toplumlarda, hukuki alandaki en önemli değişim, statüden sözleşmeye olan kayma değil, "imtiyaz-haklar ve hukuki normların sorumlu bireyden ve onun akraba grubundan, sosyal bir varlık olarak siyasi örgüt temsilcilerine geçtiğinde" yaşanan büyük prosedürel dönüşümdür<sup>144</sup>. Aslında Maine'in hipotezlerinden neredeyse hiçbiri sonraki araştırmanın sıkıntısından yara almadan çıkmamıştır<sup>145</sup>. Ama yine de Maine'in yaşadığı tarih göz önüne alınırsa, 1942 gibi geç sayılabilecek bir tarihte E.A. Hoebel şunları yazabilmiştir: "Sir Henry Maine'in *Ancient Law*'u, ilkel hukuki kurumların kökleri ve doğası üzerindeki üstün çalışması, seksen yıl sonra hala ayaktadır"<sup>146</sup>."

İlkel hukuk çalışmalarının önderlerinden A.S. Diamond ise, Maine'in genel hukuki gelişim aşamaları teorisi için, kendi çalışmalarında elle tutulur bir destek bulamadığını iddia etmektedir. Diamond Maine'in öncü dehasını takdir eder, fakat O'na göre ilkel topluma ilişkin araştırmalar sonucu giderek büyüyen kanıt çığı, ortaya *Ancient Law*'un yazarının erken hukuk tarihinde bulunması gerektiğini düşündüğünden çok daha karmaşık bir kurumsal modeller dizisi çıkarmıştır.

Diamond'ın *Ancient Law* ile ilgili temel eleştirisi, hukuki gelişmenin ilkel aşamalarını gerçekten tanımlayamadığı üzerinedir. Hammurabi kanunları, Asur hukuku ve bu yüzyılda keşfedilen Hitit kanunlarını incelemiş olan Diamond, bunların herhangi bir dini hukuk temeli teorisini destekleyecek kanıt içermediklerini ifade eder. Ayrıca Maine'in hukuki değişim aşamaları teorisini, ilkel hukukun korunmuş bölümleri desteklememektedir<sup>147</sup>.

Diamond'ın yönelttiği eleştiri aslında Maine'in ilkel kaynaklara başvurmamasına ilişkindir. Şüphesiz ki Diamond'ın incelediği Hammurabi'nin M.Ö 2000'den kalan kodu ve sonrasında Hitit, Asur ve Eşnunna kanunlarının

<sup>143</sup> Robert Redfield, "Maine's Ancient Law in The Light of Primitive Societies", *The Western Political Quarterly*, Vol: 3, No:4, 1950, s.574.

<sup>144</sup> E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man, A Study In Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge, 1954, s. 328-329.

<sup>145</sup> Feaver, s.56.

<sup>146</sup> Hoebel, s. 329.

<sup>147</sup> Feaver, s. 57.

yanında, Roma kanunları görece olarak modern kalmaktadır. Bunun bir sonucu da, Maine'in, kanun düzenlemesinin Doğu'ya Batı'dan daha sonra geldiği varsayımının sorgulanması olmuştur<sup>148</sup>. Hoebel'in işaret ettiği gibi detaylı alan çalışmaları asıl olarak Maine'in ilkel hukukun sert ve esnemez bağlamını abarttığını gösterir.

“İlkel sorun vakalarının çoğunda, durum şaşırtıcı derecede akışkandır, ama daha önceden varolan hukuk tarafından oluşturulmuş kanallar arasında akıp, oldukça tahmin edilebilir yerleşimlere hareket ederler<sup>149</sup>.”

Bazı antropologlar da Maine'in ilkel toplumlarda hukukun ilk olarak dini temellere dayanarak ortaya çıktığına ilişkin görüşüne katılmamaktadır. Malinowski'ye göre, önceki toplumlarda yasama ve yürütme süreçlerine dahil olan, Maine'in vurguladığı gibi dini inanç değil oldukça genel anlamda sihirdir<sup>150</sup>. Ama Max Gluckman'a göre kanun ve din farklı sosyal gerçeklikler olsalar da, Maine her ikisinin de erken hukukta yakın ilişki halinde olduğunu söylerken haklıdır: “Aydınlığa kavuşmanın tek yolu “dini” her iki anlamda da hukukun kaynaklarından biri olarak görmektir: corpus juris olarak ve ihtilaflar üzerinde bir yargılar dizisi olarak<sup>151</sup>.”

Scala ise Maine'in sosyal bilimlerdeki bir geleneğin parçası olduğu görüşündedir. Maine'in döneminde, hukukun, sözleşmeden doğan, sürekli değişerek ve sosyal düzenlemeleri belirleyen tüm kuralların üzerindeki dış kabuk olduğu düşüncesi yepyeni bir düşüncedir. Fakat aslında Maine'de statü ve sözleşme olarak beliren dikatomi sosyal bilimlerin bir çağını belirlemiştir. Topluluk (gemeinschaft-community) ile toplum (gesellschaft-society) arasındaki ayrım Tönnies, Durkheim, Weber, Simmel ve Parsons gibi bilim adamları tarafından detaylandırılmıştır. Cevap aranan soru; komünal sınırlarla birarada duran dünyayı gerimizde bırakıp, kişisel olmayan ve sözde bireyler arasında yapılan geçici anlaşmalara bağlı bir dünyaya geçmemizin bize neler

<sup>148</sup> Feaver, s.56–57.

<sup>149</sup> Hoebel, s.283.

<sup>150</sup> Bronislaw Malinowski, **Yabani Toplumda Suç ve Gelenek**, Çeviren: Şemsa Yeğin, Epsilon Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.53–56.

<sup>151</sup> Max Gluckman'dan aktaran Feaver, s.57 .

kazandırıp ve neler kaybettiirdiğidir. Topluluk ve toplum arasındaki analitik dikotomi tarihsel evrimin bir anlatımıdır<sup>152</sup>.

## KAYNAKÇA

- 1) ACAR, Ali, 2006, "Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2006.
- 2) BACHOFEN, Johann Jacob, 1997, Söylence, Din ve Anaerki, Çeviren: A.Kaya-S.Gürkan, Bağlam Yayınları, Ankara.
- 3) DARWIN, Charles, 2000, **Darwin Kuramı**, Çeviren: Cem Taylan, Pan Yayıncılık, İstanbul.
- 4) BOCK, Kenneth, 1974, "Comparison of Histories: The Contribution of Henry Maine", **Comparative Studies in Society and History**, Vol.16, No.2.
- 5) DENT, N.J.H., tarihsiz, **Rousseau Sözlüğü**, Çeviren: B. Gözkan, N. Ilgıncioğlu, A. Çitil, A. Kovanlıoğlu, Sarmal Yayıncılık, İstanbul.
- 6) DIAMOND, Alan, 2007, "Introduction", **The Victorian Achievement of Sir Henry Maine**, Hazırlayan: Alan Diamond ( [www.jebmp.gmsr.com](http://www.jebmp.gmsr.com) internet adresinden 25.03.2007 tarihinde alınmıştır.)
- 7) DUFF, M. E. Grant Duff, 1892, "Sir Henry Maine: A Brief Memoir of his Life", **By the Right Honour M. E. Grant Duff G.C. S. I With some of his Indian Speeches and Minutes**, Selected and Edited by Whitley Stokes, D.C.I. London: 1892, Edinburg Review, 178: 365 (1893: July).
- 8) ELLIOTT, E. Donald, 1985, "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", **Colombia Law Review**, Vol. 85, No.1.(Jan 1985)
- 9) ERHAT, Azra, 2000, **Mitoloji Sözlüğü**, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- 10) FEAVER, George, 1969, **From Status to Contract, A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888**, Longman, Green & Co Ltd, London.

<sup>152</sup> Dante J. Scala, " Henry Sumner Maine's Ancient Law", **Society**, May/June 2002, s.46-54.

- 11) FOOTE, Shelby, 2003, "Introduction", **The Annals and The Histories**, Cornelius Tacitus, The Modern Library, Newyork.
- 12) FURTUN, Ayşen, 1997, **İngiliz Analitik Pozitivizmi, John Austin'in Hukuk Ve Devlet Teorisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- 13) FURTUN, Ayşen. 2005, **Thomas Hobbes ve Doğa Kanunları**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.
- 14) GÜRKAN, Ülker, 1969, "Sosyal Değişimler", **Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 15) GÜRİZ, Adnan, 1963, **Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 16) HAMILTON, Edith, 1997, **Mitologya**, Çeviren: Ülkü Tamer, Varlık Yayınları, İstanbul.
- 17) HOEBEL, E. Adamson, 1954, **The Law of Primitive Man, A Study In Comparative Legal Dynamics**, Harvard University Press, Cambridge.
- 18) HOMEROS, 1992, **İlyada**, Çeviren: Azra Erhat, A. Kadir, Can Yayınları, İstanbul.
- 19) JHERİNG, Rudolph, 1964, **Hukuk Uğruna Savaş**, Çeviren: Rasih Yeğengil, Sinan Matbaası, İstanbul, 1964.
- 20) KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, 1986, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 21) KUPER, Adam, 1995, **İlkel toplumun İcadı, Bir İllüzyonun Dönüşümleri**, Çeviren: İsmail Türkmen, İnsan Yayınları, İstanbul
- 22) MAİNE, Sir Henry, 1965, **Ancient Law**, Every Man's Library, London.
- 23) MAİNE, Sir Henry, 1999, **Dissertation on Early Law And Custom**, Batoche Books, Kitchener.
- 24) MAİNE, Sir Henry, 1999, **Lectures on the Early History of Institutions**, Batoche Books, Kitchener.

- 25) MAİNE, Sir Henry, 1886, **Popular Government**, John Murray, London.
- 26) MAİNE, Sir Henry, 1889, **Village Communities in the East and West**, Henry Holt and Company, Newyork.
- 27) MALINOWSKİ, Bronislaw, 2003, **Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek**, Çeviren: Şemsa Yeğın, Epsilon Yayıncılık, İstanbul.
- 28) MORGAN, Lewis Henry, 1987, **Eski Toplum II**, Çeviren: Ünsal Oskay, Payel Yayınları, İstanbul.
- 29) O' BRIEN, Nick, 2005, " 'Something Older Than Law İtself': Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen'", **The Journal of Legal History**, Vol.26, No.3, Dec. 2005.
- 30) ÖKTEM, Niyazi ve Ahmet Ulvi Türkbağ, 2003, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul.
- 31) ÖZBUDUN, Sibel ve Balkı Şafak, 2005, **Antropoloji: Kuramlar/Kuramcılar**, Dipnot Yayınları, Ankara.
- 32) ÖZCAN, Mehmet Tefvik, 1987, "John Locke'un Birey Anlayışı", **Ord.Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- 33) REDFIELD, Robert, 1950 "Maine's Ancient Law in The Light of Primitive Societies", **The Western Political Quarterly**, Vol. 3, No.4.
- 34) SAVİGNY, Friedrich Carl, 1999, **On Vocation of Our Age For Legislation and Jurisprudence**, İngilizceye Çeviren: Abraham Hayward, Batoche Books, Kitchener.
- 35) SCALA, Dante J., 2002 " Henry Sumner Maine's Ancient Law", **Society**, May/June 2002.
- 36) SMELİE, K.B., 1928 "Sir Henry Maine", **Ekonomica**, No.22. (March,1928).
- 37) TOPÇUOĞLU, Hamide, 1963, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 38) UMUR, Ziya, 1982, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

- 39) UMUR, Ziya, 1975, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- 40) UZUN, Ertuğrul, 2004, “John Austin: Analitik Pozitivizm”, **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Derleyen: A. Haluk Atalay, Teknik Yayınları, İstanbul.
- 41) ÜÇÖK, Coşkun, 1950, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1.2.