

TEDVİN SOSYOLOJİSİ GÖZÜ İLE
FRANSIZ MEDENİ KANUNUNUN TEŞEKKÜLÜ

Prof. Fındıkoğlu

Bütün hukuk şubelerine şâmil olan umumî sosyolojik meselelerden birinin ve belki birincisinin tedvin denen probleminden ibaret olduğu malûmdur. İctimaiyat, her tedvin hâdisesi karşısında yahut vücuda getirilecek her hangi bir kodifikasyon önünde, diğer ilimlerin davranışını benimsiyecektir. Bu davranışın, vücuda getirilmek istenen tedvinler için daha güç, mesuliyetli olduğu da şüphesizdir.

Bir defa vücuda gelmiş, bir uzviyet gibi yaşamağa, gelişmeğe, tâlî uzuvlardan bazılarını feda etmeğe, yahut yeni bazı uzuvlar kazanmağa başlamış olan muasır kodlar içinde tarihçe en eski, beynelmilel muhitlerde yaptığı tesirler itibarile en müessir medenî kanun tipinin Fransız kod sivilinden ibaret bulunduğu, tedvin tarihinin hakikatlerinden biridir. 1789 Fransasının nihayet vücuda getirdiği bu hukukî mahsul, 1904 de yüzüncü yıldönümünü yaşadı ve etrafında büyük hukuk âlimlerinin bulunduğu meşhur «yüzüncü yıl kitabı — Livre Centenaire», bu yıldönümünde 1804 tedvini hakkındaki düşünceleri yalnız Fransaya değil, hemen bütün dünyaya yaydı. 1944, hesapça, Fransız medenî kanununun 140 ıncı senesidir. 140 yaşına giren bu kod, hakikatte yalnız Fransanın değil, bütün medenî milletlerin hukukî müesseselerine şu veya bu çapta tesir etmiş bir uzviyet sayılabilir. 1868 deki «Mecelle» mizin tedvininden evvel, bu uzviyet'in tesiri altında ne derece kalındığı, hattâ yeni bir tedvin politikasına yol açtığı, o zamanın hukukçularını iki istikamete ayırdığı malûmdur. Prof. Hıfzı Veldet'in salâhiyetli bir lisan ile çok güzel izah ettiği bu istikamet ayrılığı, mahiyet itibarile bugün bile ehemmiyetini muhafaza etmektedir. (1)

(1) Bak. Hıfzı Veldet: Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat, 1940 (Tanzimat kitabı içinde), sf. 139 - 209

Bilhassa vücuda gelmiş bulunan tedvin mahsulleri karşısında içtimaiyatın takınacağı tavırlar üç kolda gösterilebilir:

1 — Tedvin ameliyesi neticesinde ortaya çıkan hukukî Divan'ın, tıpkı şairin edebî tedvin neticesinde doğan divanı, yahut lisan âliminin vücuda getirdiği divan (2) dan bir farkı olmadığına göre yapılacak ilk iş, bu divanı vücuda getiren içtimai illetleri belirtmek, tedvin ameliyesine hâkim olan felsefî zihniyeti ve hukukî dünya görünüşünü aydınlatmaktır. Bu belirtme ve aydınlatma neticesinde kod denen mahsulün doğuş sebepleri anlaşılabilceği kadar anlaşılmiş olacaktır.

2 — Tedvinin mahsulü olan kod'un tedvin safhası bittikten ve kod'un meriyete girmesinden sonra bulunduğumuz âna kadar geçirdiği her çeşit değişiklik ve istihaleleri göstermek sırası gelir. Sosyolog, hâdiselere illiyet kategorisini tatbik etmek mecburiyetinde bulunduğuna göre bu istihalelerin sadece tasvir edilmesi kâfi değildir: İstihaleler, ilmi usulle ele alınacak, sebepleri ve şartları ile belirtilecektir. Nihayet içinde bulunduğumuz içtimai ânın vaziyeti ele alınarak üzerinde durmak lâzımdır.

3 — Fakat bu devre, sırf ilmi hattı hareket için ihtiyar edilir. Tedvinin «dün» ü ve «bugün» ünü tetkik eden hukuk âlimi, «yarın» için endişesiz değildir. Bilhassa hukukçunun mensup olduğu cemiyetin kodları mevzuubahs olunca mesele büsbütün değişir. «Düşünce» den «iş» e yönelen bir ilim endişesi ortadadır. O zaman hukuk sosyolojisi sahasını terkederek yine ona bağlı kalan, bağlı kalması icabeden hukuk politikası vâdisine geçmek zarureti vardır. Bu takdirde kod'un ya heyeti umumiyesi hakkında, yahut muayyen hukukî meselelere ilişkin maddeler hakkında bir takım içtihatlar, telâkkiler ve tadil, tebdil, icabında ilga teklifleri baş gösterecektir. Bu «düşünce» lerin «iş» e kalbedilmesi ânının mümkün olduğu kadar yakın bir zamana getirilmesi, hiç şüphesiz alâkadarların «hukuk uğrunda savaş» a verdikleri kıymete bağlıdır.

(2) İlerde gerek *Divan*, gerek bu unsurdan yapılmış ve *Divanlaştırma* manasına gelen *Tedvin* hakkında lisanî bir araştırma neşredebeyim. Şairlerimizin dağınık şiirlerini bir araya getirme ameliyesine nasıl tedvin, vücuda gelen mahsule divan deniyorsa, muhtelif menbalardan gelme hukukî kaideleri derli toplu şekilde ihtiva eden eser de bir *Divan* addedilebilir. Fakat hukukî sahada yalnız toplama ameliyesinin adına *Tedvin* denmiş, *Divan* yerine «Mecelle» kullanılmıştır. Sonradan «Mecelle» yerine «Kanunname», daha sonra sadece «kanun» tabiri kaim oluyor. *Tedvin* ameliyesine bazı hukuk âlimlerimiz «kanun» dan yapılmış «taknin» adının da verildiği malumdur.

İşte hukuk sosyolojisinin, bütün hukuk sahalarına şamil olan umumî «tedvin» meselesi karşısındaki üç tavrı bundan ibarettir. Fransız kod sivilî bu tavrı'ların tatbikatını yapmağa en müsait ve en elverişli kod'lardan biridir. Diğer taraftan bu üç tavrı'dan her biri, ayrıca ele alınmalı, sonradan üç tavrın tatbikatı neticesinde vücuda gelecek araştırmalar birleştirilmeli, sentetik bir neticeye varmalıdır. Biz bu hususta bir tecrübe olmak üzere, birinci tavrı ele alacağız, yani Fransız Medenî Kanununun, 1804 te ortaya atılması ânına kadar olan safhayı sosyolojik usul ile yoklayacağız. Bir zamanlar Türk hukukçularını düşündürmüş, hattâ iktibas politikamızda müessir de olmuş bir Medenî Kanun sisteminin teşekkülünü bilmek faydasız olmayacaktır, zannındayız. Kaldı ki Fransız kodu, günümüzün içtimai telâkkileri ve siyasî ideolojileri itibarile üzerinde en çok durulan bir kodudur. 1939 dan evvelki Fransa gibi 1942-1944 ün Pétain Fransası da bu kodun geçirdiği ve geçirmekte olduğu istihalelerde okunmaktadır. Yarınki Fransanın alacağı siyasî manzara ve hukukî çehrede zarurî olarak icabeden tadilatı yine bu kod üzerinde görülecektir.

— I. —

Fransanın coğrafi vaziyeti ve tedvin hâdisesi

Tedvin meselesi, medenî, cezai veya esasi teşkilât sahalarında tedvini hazırlayan âmîl ve şartların tetkikini icabettirdiğine göre sosyolojik usulün bu sahadaki ilk tatbikatı için Fransız Medenî Kanununa baş vurmaklığımızın ilk sebebi, yukarıda dediğimiz gibi, modern medenî kodların kronolojisi içinde Fransız kodunun en başta gelmesi, ikinci sebebi ise yine söylediğimiz veçhile 1926 Türkiye-sindeki medenî kanun kabul hâdisesinden çok evvel bizde bu kodla velev nazari de olsa bir alâka tesis edilmesidir.

Fransız Medenî Hukukunun tedvinini, sosyolojik bakımdan gözönüne aldığımız zaman ilkönce şu sorgu üzerinde durmak lâzımdır: bu tedvin vâkıası, 1804 ü önleyen seneler zarfında neden hazırlandı ve nihayet 1804 te nasıl gerçekleşti?

Bu suale cevap verirken coğrafyacı bir sosyolojinin yardımına baş vurmak mümkündür. Coğrafii çtimaiyata göre Fransa toprağı, millî vahdetin teessüsünü teshil eden şeraite maliktir. Bir defa etrafını, deniz kuşatmıştır. Şimalde ve şimali şarkide kara vaziyeti ile şarkta Ren nehri ve Alplar, cenupta İspanya ve Pireneler aynı ne-

viden tesir icra etmektedirler. Baskı, Fenikeli, Lâtin, İspanyadan gelme Norman'lar... aynı toprağın asıl sekenesi olan Golvahılarla kaynaşmıştır. Çünkü toprağın bir ucunu öbürüne bağlayan tabii yollar, cenupluyu Alsaslı ve Bretona yaklaştırıyor. Hele toprağın mahsulâtı buna daha çok müsaittir. İklim, bereket, mübadele kolaylığı, muhtelif ırki camiaları müşterek bir hayat ve taşkın bir refah karşısında birleştirmiştir. Paul Valéry bir vesile ile şöyle diyor: «Fransa, üzerine muhtelif aşilar yapılmış bir ağaca benziyor. Meyvaarının lezzeti, aynı ve bölünmez bir mevcudiyeti temin eden muhtelif usarelerin bir ittihadı mahsulüdür.» Coğrafyacı içtimaiyat, bu mecâzî ifadeyi coğrafi lisanla izaha çalışıyor. Hattâ aynı şerait, Fransanın Fransa için lâzım hayat sahalarına maliyetini de icabettirmektedir. Netekim III. Napoléon, Nice ve Savoie'yi, 1919 da Alsas-Loren'i, hattâ daha evvelki vukuat Şimalî Afrikayı Fransaya ilâve etmedi mi? İşte, Fransız İnkılâbından sonraki hukukî vahdet, bu neviden illetler ve şartların tesirile, Fransayı modern manâda ilk ve hakiki kodifikasyon memleketi haline koymuştur.

Şüphesiz, Fransız cemiyeti, üzerinde teessüs ettiği coğrafya sahasından ayrı düşünülemez. Daha sonra, coğrafi şeraitin bir dereceye kadar içtimai vahdeti, ırkların kaynaşmasını teshil ettiği de inkâr edilemez. Fakat mevzuumuzu teşkil ede hukukî hâdiseyi izah için, bir defa yine hukukî realite içinde kalarak düşünmek lâzım değil midir? Eğer eksik kalan yerler varsa, bunlar, Alplar, Pireneler, Ren'ler ve muhtelif denizlerle çevrilen Fransanın coğrafyasına başvurarak izah edilecektir.

— II. —

Coğrafi izahın kifayetsizliği ve örflerin tesbiti

Fransanın bu vahdeti onuncu asırla başlıyor. Söyle ki Hugues Capet'in 987 de sülâlesini hâkim kılması ile başlayan ve Fransız İnkılâbına kadar devam eden devre, bu vahdetin teessüs devresidir. Sekiz asırlık bir müddeti ihtiva eyliyen bir zaman içinde Fransanın hukukî ihtiyaçları, örf ve âdet hukuku ile idare edilmektedir. Bu örf ve âdet hukuku, sekiz asırlık Fransanın kanun manâsına gelen hukuku kadar «kaide = Norme» den ibaret hukukunu da temsil ediyor ve bütün reel hukuk münasebetlerini nizama sokuyor. O halde 1804 teki tedvin hâdisesini, bu sekiz asırlık hukukî hayatın kifayetsizliği ile izaha başlamak lâzımdır. Yani 10-18 inci asırlar içinde Fransız

hukukî müesseselerini düzene sokabilen, bu hususta Roma hukukundan gelme unsurlardan, «Kanonik = Canonique» sıfatı altında tanınan dinî hukuk kaidelerinden ve nihayet Kralların ferman ve iradelelerinden yardımlar görmek suretiyle kâfi gelen örf ve âdet hukuku 1804 kodifikasyonundan önce bir buhran tevlit etmiş olmalı ki, Fransız Kanunu Medenisini tedvin ihtiyacı hâsıl olsun. Yoksa, Fransız coğrafyası, siyasî ve millî vahdeti gibi, hukukî vahdeti de izaha kâfidir demek, hiçbir şey izah etmez. O halde evvelâ hukukî örf ve âdetlerin onuncu asırdan sonraki Fransada arzettiği manzarayı ve geçirdiği istihaleyi izah edeceğiz.

Onuncu asır Fransasının hukukî realitesine muhtelif mıntaka örflerinin düzen verdiği görülmektedir. Bu hukukî örflerin teşekkülünü aasştırmanın yeri burası olmadığı gibi, sosyoloji de, bir ilim olmak sıfatıyla, hâdiselerin menşesine gitmekten içtinap eder. On ikinci asra kadar dağınık, tesbit edilmemiş, seyyal bir halde bulunan Fransa âdet hukuku, on ikinci asırdan sonra tesbit edilmeğe başlandı. Ekseriya adliye memurları tarafından yapılan bu tesbit amelîyesi neticesinde «âdet kitabı = Coutumier» denen mahsuller vücuda geldi. Bunun yanında örf ve âdeti tatbik, yani muhakeme usulünü ihtiva eden ve «Tatbikat = Pratique» ismini taşıyan risaleler yazıldı. Fransızcanın en eskî metinlerine nümune teşkil etmek itibariyle bugün ayrıca lisanî bir kıymete malik olan bu örf ve âdet mecmuaları, Fransız hukuk tarihi için büyük bir ehemmiyeti haizdir.

Bir taraftan Coutumier'ler vücuda getirile dursun, diğer taraftan bunların ihtiva ettiği hukukî kaidelerin gerçekten birer âdet olup olmadığı her hâdise vesilesiyle tahkik edilmeğe başlandı. Tahkik iki türlü anket ile yapıldı. Birisine alelâde anket, diğerine de Jüri anketi deniyordu. Bugünkü jüri heyetlerinin ilk taslağı olan bu ikinci anket heyetleri, o mahallin yaşlı ve tecrübeli adamlarından teşekkül ediyordu. On dördüncü, on beşinci asırlarda bu ikinci anketin, ayrıca, herbiri on kişiden ibaret iki heyetçe yapılması fikri ileri sürüldü.

Hukukî âdetlerin tesbiti meselesi ortaya çıktıktan sonra ilk tesbitler pek sade bir şekilde yapılmıştır. Fakat bir defa tesbit amelîyesi başlamış demektir. Müteakıp asırlarda daha mükemmel, işlenmiş tesbitler ortaya çıkacaktır. Filhakika on beşinci asra doğru yapılan tesbitler, evvelce yapılanlara nisbetle daha girifttir. Bunların içinde en mühimmi Jacques d'Ableiges tarafından 1389 da vücuda getirilen ve (Fransanın büyük taamülnamesi — Le grand Coutumier de France) ismini taşıyanıdır.

On dördüncü asrın Fransız hukuk tarihinde, dolayısıyla, Fransız hukuk sosyolojisinde hususî bir kıymeti vardır. Bu asır, yukarıda işaret ettiğimiz millî Fransız vahdetinin teşekkül ettiği asırdır. Capet sülâlesi, yavaş yavaş İbni Haldun'un «infrad» dediği müessese halinde taazzuv etmeğe doğru yürüyor, derebeylerini kendi Mabeyninde toplamağa başlıyor. Bu siyasi vakıa, hukukî sahada vahdeti çabuklaştırmaktan geri kalmıyacaktır.

Bilhassa teamüli hukuku tesbit eden risalelerin yazılmasından evvel, teamüli hukuk kaideleri, hukukî hâdiselerle alâkadar şahısların kabîle ve ırklarına göre değişmektedir. Her hâkim, icabında muhtelif mıntakaların hukuk kaidelerini bilmek mecburiyetinde idi. Çünkü karara bağlamak mecburiyetinde olduğu bir davada bilfarz üç kişi alâkadar ise, bu üç kişiden herbiri bu üç kabîle ve ırklara mensup bulunuyorsa hâkim ona göre hareket edecek, şahsa göre değişen teamüli hukuk kaidelerini tatbik eyliyecekti. Fakat on birinci asırdan sonra buna imkân görülemedi. Alâkadar şahısların mensup oldukları mıntaka neresi olursa olsun, hâkimin bulunduğu mıntakanın âdet hukuku hükmünü tatbik etmeğe başladılar. Bu suretle Esmein'in «hukukun şahsiyeti — Personnalité du droit» dediği esas ortadan kalkmış «Mıntaka âdetleri = Coutum territoriales» vücudunda gelmiştir.

Bir taraftan aynı mıntakadaki hukukî hâdiselerle alâkadar şahıslara, mensup oldukları cemaat ve ırk başkalıklarına rağmen, o mıntakanın hukukî âdetlerinin tatbiki yolunda bir istihale vücudunda gelirken diğer taraftan on üçüncü asırdan sonra bütün Fransanın muhtelif mıntaka teamüli hukuklarının tesbiti ihtiyacı hissölundu. Bunun sebepleri arasında Fransanın içtimai morfolojisinde görülen bir hâdise de zikredilebilir: Şehirler ehemmiyet kazanıyor, Avrupa şehirleri için mühim olan «belediye» ler teşekkül ediyor. Hattâ bir bakıma şehirler âdeta site, medine halini alıyor. Derebeylerinin müsaadesi ile her şehir, kendi hukukî âdatlerini nizama sokmak ihtiyacındadır. Hukukî muameleler giriftleşmiştir. Bu muameleleri şifabî anane halinde kalan örflerle halletmek artık mümkün olamıyor, kaidelerin hiç değilse tesbiti lüzumu hâsıl oluyor. Bu tesbit, biraz evvel bahsettiğimiz anketleri artık ortadan kaldırmıştır. Çünkü yazılı şekli, yazılı olmamaktan doğan bir formaliteyi artık lüzumsuz kılmıştır. Cenubî Fransanın şehirlerinde 12 - 15 inci asırlarda gittikçe artan bu tesbit ameliyesi, bilhassa «Şehir Şartları = Chartes de Villes» nda tahakkuk etmiştir.

On beşinci asırda hukukî örflerin tesbiti ameliyesinde şöyle bir lüzum hissedildi: Fransanın belli başlı mıntakalarına mahsus bir tesbit ihtiyacı karşısında kalındı. Yani meselâ Normandiya, Bretanya, Orlean... ilâh gibi muayyen ve geniş mıntakalardan herbiri için bir tesbit yapıldı. Burada çevrenin genişlediği görülmekte yani nisbeten umumî bir teamül hukuku teşekkül etmektedir. Bu ihtiyaç, 1453 te Yedinci Chrles'in bir iradesinde ifade edilmiş bulunuyor. Halk mümessilleriyle adliye memurlarından mürekkep komisyonlar, her mıntaka —ki bu mıntakalar oldukça geniştir— için bir Coutumier vücuda getirecekti. Fakat bu proje neticelenemedi. Yedinci Şarl'dan sonra gelen 11 inci Louis zamanda da sürüncemede kaldı. 1495 te Sekizinci Charles zamanında yeni bir komisyon bu işi yürütmeğe çalıştı ise de neticeye 1497 de 12 nci Louis zamanında kavuşuldu. Bu defa yalnız halk ve adliye mümessillerinden değil, aynı zamanda Fransız İnkılâbından evvelki Fransanın bütün içtimai tabakalarının mümessillerinden (yani papaslardan, asilzadelerden, tierzeta - «Tiers-état» denen küçük burjuvalardan) mürekkep bir komisyon kararla muhtelif mıntakaların hukukî âdetleri nihayet tesbit olundu (3). Bilâhara muhtelif tarihlerde icabeden ıslahat ve tadilât ihmal edilmedi. Netekim 1580 de Paris ve Bretanyanın yazılı hale girmiş teamülî hukuklarında bazı tadiller yapılmıştır.

Kodifikasyon meselesile vesilesile ehemmiyetli olan noktalar üzerinde tevakküf etmek istediğimiz için teferrüata girmeyeceğiz. Söylemek istediğimiz şey şudur: 1804 te vücuda gelen Fransız kodunun hazırlanmasına doğru adım atılmıştır. Fakat bir kanunun vücuda gelişinin, öyle gelişi güzel tesbit ameliyeleri ile olmadığını, tedricî bir tekâmülün yavaş yavaş zemini hazırladığını daha iyi canlandırmak isteriz. Basit gibi görünen ve on üçüncü asırdan itibaren baş gösteren bu tesbit, hakikatte asıl tedvine doğru mühim bir adımdır.

Örf ve âdet hukukunun tesbiti Fransada nasıl cereyan etti? Akla gelebilecek ihtimallere işaret edelim: Bu tesbit ya olduğu gibi

(3) Başlıca şu mıntakalara mahsus hukukî âdetler tesbit edilmiştir:

1509 da	Orléan âdetleri
1510 da	Paris »
1539 da	Bretanya »
1577 de	Normandiya âdetleri
1459 da	Burgonya »

Bu devredeki Fransanın içtimai ehramını iyice anlamak, Tiyazeta hakkında malûmat edinmek için Bk. Fındıkoğlu Zyaeddin Fahri: Fransız İhtilâli, 1942, İş Mecmuası neşriyatından.

yapılmış bir şeydir, aklın, şuurun hiçbir müdahalesi yoktur. Azamî sadakatle metne geçirilmiş bir teamüli hukuk karşısındayız. Yahut tesbite memur komisyon, icabeden tadilât ve ıslahatı da metne ilâve etmiştir. (Bu tadilâtın âdet hukukuna ne derece uygun veya aykırı olduğu, ayrı bir meseledir). Anlaşıldığına göre Fransada bu ihtimallerden birincisi takip edildi. Tesbite memur olanlar, atıl bir halde sadece mevcut âdetleri metne geçirmişlerdir.

Bununla beraber Fransız teamüli hukukunun bu tesbiti, yukarıda söylediğimiz gibi kodifikasyon yolunda atılmış bir adım oldu. Zira, artık mevcudiyetini gösteren Fransız Krallığı, hukukî vahdet temin endişesile hareket ediyor. Fakat bu vahdetin husulü kolay olmayacağından şimdilik hiç değilse muayyen Fransa mıntakalarının tesbit edilmiş teamüli hukuklarını, üzerlerine basacağı Krallık damgası vasıtasile benimsemek arzusundadır. Şimdiye kadarki Fransa, her şehirli, her mıntakanın hiç bir siyasi ve idarî otorite tarafından tasdik edilmemiş yazısız hukuk kaidelerine göre hukukî muamelelerine nizam verirken şimdi, bu kaideler bir metinde bulunmakta, bu metin de Krallıkça damgalanmaktadır.

Mânası büyük olan bu hâdise şu neticeleri de doğuruyor:

1 — Hukukî örf ve âdetlere sabit bir şekil verilmiştir. Bu şeklin değişmesi için yeni bir tesbit ameliyesine baş vurmak lâzımdır. Bu ise ancak Krallığın müsaadesile olabilir. Hattâ hukukî otoritenin teamülden ve örf ve âdetten, krallığa geçmiş olduğunu, bir bakıma bunun kanun bile teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

2 — Hukukî örf ve âdetler yazılı bir şekil alınca, şu veya bu âdetin hakikaten âdet olup olmadığını anlamak için evvelce anlattığımız anketlere artık lüzum yoktur.

3 — Bununla beraber tesbit, hukukî örf ve âdetlerin devam eden tekâmülünü durduramamıştır. Tesbit edilen bir âdetin istimalden sakıt olduğu tahakkuk ederse o meselede yeni teşekkül eden örf ve âdete göre hareket kabildir.

— III —

Roma Hukukunun tesirleri

Bu suretle örf hukukunun tesbiti meselesine temas ettikten sonra, on dördüncü asırdan sonraki Fransanın hukukî hayatı üzerine tesir eden yeni bir âmilden bahseylemek icabediyor: R o m a H u k u k u.

Hukuk tarihçileri ve sosyologları arasında, bilhassa Roma huku-

ku müverrihlerince ehemmiyetli bir mesele olan şu nokta burada bizi de alâkadar etmektedir: Romanın inhitatından sonra Roma hukuku, büsbütün sönmüş müdür? Yoksa siyasi Romanın yokluğuna rağmen devam etmekte midir? Devam ediyordu ise bu devamın mahiyeti nasıldır? Bizi doğrudan doğruya alâkadar etmiyen meselenin yalnız işimize yarıyan tarafını alalım: On birinci asrın ortalarından sonra Roma hukuku, Bolonya'da dikkate şayan bir canlılık ile ortaya çıktı. Romanın inhitatından on birinci asra kadar olan zaman içinde Roma hukuku ister yaşamış olsun (ki Alman hukukçusu Fitting bu kanaattedir), ister devam etmemiş olsun (ki Max Conrat böyle düşünüyor) mevzuumuz bakımından pek mühim değildir. Fakat «haşiyeci - Glossateur» denen bir takım hukukçuların Roma hukukunun kaidelerini işlemek suretile on birinci asır ortasında İtalyada kurdukları mektep, bugünkü Avrupa kodlarının teşekkülünü izah bakımından çok mühimdir. Mektebin müessisi olan Irnerius'dan sonra gerek İtalyada, gerek Almanya ve Fransada Roma hukukuna ait metinler üzerinde şerhler ve haşiyeler yapmak sanatı çok kuvvetlendi. Bu sanat, bilâhare yaratıcı oldu, tefsirden inşaya geçildi, on dördüncü asırdan itibaren bir düziye artan bu faaliyet on altıncı asırda tedrisata intikal etti. (4) İtalyaya yakınlık dolayısıyla Roma hukukî kaidelerinden müteessir olan cenubî Fransa, şimalî Fransadan evvel Roma tesirine maruz kaldı. Tedricen hemen bütün Fransaya tesir etti. On yedinci asırdan sonra, teamüli hukuk kaideleri üzerinde yapılan tefsirlerde bu tesir müşahede edilmektedir.

— IV —

Kanonik hukukun tesirleri

Bir taraftan teamüli hukukun tesbit edilerek tashih ve tadili suretlerle istihalelere maruz kalması, diğer taraftan Roma hukukunun nüfuz eylemesi yanında üçünlü bir hukukî hâdise de «kanonik-Canonique» sıfatını taşıyan hristiyan hukukunun icra ettiği tesirlerde yaşamaktadır. (5)

(4) Anlaşıldığına göre Fransada ilk defa Cujas (1590 - 1522) Bourges ta Roma hukuku tedris etti. Bilâhare D. Godefroy ile İ. Godefroy isminde baba ve oğul iki Roma hukukçusu, daha sonra Domat (1625 - 1695) bunu devam ettirmişlerdir.

(5) Hristiyan hukukuna neden «Kanonik» sıfatı verildiğini, yahut sadece kanun - Canon dendiğini bilmiyorum. Canon, Yunanca kaide manasına gelen

Fransız hıristiyanlığı 1682 tarihine kadar Papalığa sadık kalmış, bu tarihte Gallicanisme isimli bir dinî hareket vücuda gelmişti. Hareketin programına göre Fransız klisesi, Romaya sadık kalmakla beraber, Fransadaki «umumi meclisler - *Gonçiles généraux*» in istiklâlini ilân eyledi. (6) İşte bu ilâna kadar kanonik hukuk, Fransada aile hukukuna, borçlar hukukuna mutlak surette hâkim olmuştur. 1682 den, yani Fransız kilisesinin hürriyetini elde etmesinden sonra da kısmen yaşamış, hattâ dünyevî hukuka nüfuz eylemiştir. Meselâ ikraz üzerine faiz memnuiyeti, ihtilâle kadar devam etmiş ise bu kanonik hukukun tesirinden dolayıdır. Keza vasiyetnameler, sivil mahkemelerde de cereyan etse, kanonik hukukun gösterdiği şekil dairesinde yazılmalıydı. Derebeylik mahkemelerinin usulü muhakemesi kalkınca onların yerini kanonik hukukun usulü muhakemesi tutmuştu. 1679 da Üniversitelere Roma hukuku tedrisatı girinceye kadar 1220 de başlayan kanonik hukuk tedrisatı icra olunmaktadır. 1679 dan sonra da Roma ve hıristiyan hukuklarının ehemmiyeti birbirine denk bir hale gelmiştir.

İlk kanonik hukuk eseri 1012 de Worms keşişi Burchard tarafından Lâtincede olarak vücuda getirilmiştir. On ikinci asırda başka eserler de yazıldı. Bunlar arasında İtalyan Gratianus'un kü zikredilebilir. Bundan sonra papalık tarafından muhtelif eserler vücuda getirildi. İşte bu neviden mesai ile *Corpus juris canonici* ismi altında son şeklini 1502 de alan kanonik kod husul bulmuştur.

Kanonik hukukun ihtilâlden önceki Fransada ne dereceye kadar hukukî bir otoriteye malik olduğu ayrı bir mesele halindedir. Bazılarına göre bu hukuk, hiç bir zaman kanun mahiyetini haiz olmamış, ancak bir hukuk mezhebi olarak karşılanmıştır. Bazıları ise Gallican kilisesinin hürriyetleriyle çarpışmadığı noktalarda kanun mahiyetini taşıdığını düşünüyorlar. Bizim, mevzuumuz itibarile işaret edilmeğe muhtaç olan nokta şudur: Fransa umumi bir kodifikasyona doğru yürürken aynı zamanda kanonik hukukla da mücadele etmiştir. Hukuk için mücadele bakımından bu noktanın ehemmiyeti büyüktür. 1804 de kodifiye edilen Fransız kanunu mede-

Kanon'un Lâtincede geçmiş şekli olup, umumiyetle dinî inzibatı temine yarıyan kaidelerin topuna birden verilen isimdir. Arapçada ve Türkçedeki *Kanun* kelimesi ile Yunanca *Kanon'un* münasebetini araştırmak lisaniyat ile birlikte hukuk tarihini de alâkadar eden ayrı e alâkabahş bir noktadır.

(6) Bu istiklâl Bossuet tarafından yazılmış dört maddelik bir beyanat ile ilân edilmiştir. İstiklâl aleyhtarlığına *Ultramontainisme* ismi verilir.

nisindeki aile hukuku, kanonik hukuka rağmen teessüs ettiği gibi (7) borçlar hukukuna taallük eden birçok meselelerde de dogmatik mahiyeti haiz kanonik hukuka muhalefet aşikârdır. (8) Diğer taraftan Roma hukukunun tesirlerine karşı kilisenin daima menfi davrandığını da unutmamalıdır. XIII üncü asırda Papa, Pariste Roma hukukunun tedris edilmesine mani olmuş, bu yasak ancak XIV üncü Louis zamanında kaldırılabilmişti. (9)

— V —

Krallık iradeleri

On üçüncü asırdan sonra gittikçe kuvvetlenen Fransa Krallığı ne tesbit edilmiş olan teamüli hukuk kaidelerile, ne Roma hukukunun tesiri altında yapılan şerh ve tefsirlerle, ne de kanonik hukukun hükümlerile iktifa edemezdi. Merkeziyet kuvvetlendikçe, merkeziyetin iradesi de belki bütün diğer hukuk kaynaklarının fevkine yükselecekti. Tesbit edilmiş, Krallık damgasını kazanmış olsa bile teamüli hukuk, kaynağını halktan, halkın hafızasında yaşayan hukuk kaidelerinden almaktadır. Roma tesiri, müfessirler vasıtasile geliyor. Nihayet, kanonik hukuk, dinî ve ruhanî bir otorite namına hüküm veriyor. Halbuki bu dinî otoriteye artık boyun eğmiyen muazzam bir cismanî otorite, yani Krallık teşekkül etmektedir. Bu hal, hukuki hayatta tesirini göstermeli, yani ferman buyuran Krallığın sesi yükselmelidir.

İşte 1804 kodifikasyonundan evvel işaret ettiğimiz başlıca üç hukuk kaynağını (yani yazılı olan teamüli hukuk, şerh ve tefsir edilmiş Roma hukuku, kanonik hukuk) itmam eden bir dördüncü hukuk kaynağı olmak üzere Kral iradelerini görüyoruz. Bunlardan muayyen bir mesele için çıkmış olanlara «Ferman - Edit», bir kanu-

(7) Bu muhalefetlerin başlıcası ve en meşhuru ikraz üzerine faizin memnuiyeti meselesidir. Ch. du Moulin'in 1681 de neşredilen iki ciltlik «Külliyat»ı bu memnuiyete karşı nasıl mücadele edildiğini göstermektedir. Du Moulin (1500 - 1566) bu mücadeleyi 1550 sıralarında yaptı. Aynı meselenin bizde ve müslüman cemiyetlerde de mevcut olduğu, yakın zamanlara kadar «Efkârı Umumiye» yi işgal ettiği malumdur.

(8) Bununla beraber Fransız örf ve âdetleri bugün de kanonik hukukun tesiri altındadır. De Bonald'ı idameye çalışan Fransız muharrirleri ve edipleri, meselâ P. Bourget (Bk. Le divorce), hâlâ bu tesiri yaşatırlar. 1940 hezimetine uğrayan bugünkü Fransada boşanma hukuku sahasında kanonik hukukun bariz tesirleri görülmektedir denebilir.

(9) Bk. G. Zeller: La France et l'Allemagne, 1932, sf. 49.

nun tefsiri hakkında çıkanlara «Beyanat - Deklarasyon», bir kaç meseleye şâmil bulunanlara ise «İrade, emir, nizamnamei krali, buyuruk - Ordannance» ismi verilmektedir. İlk nümunelerine on dördüncü asır başlarında şahit olduğumuz bu iradeler, Fransız hukuk sosyologu Esmeyn'e nazaran, birer kod addedilebilirler. Bilhassa on dördüncü ve on beşinci Louis zamanlarında sadır olan iradeler, gerçekten birer kodifikasyondur. Hattâ Fransız kodifikasyonunu bunlarla başlatmak doğru olur. Muhakeme usulüne ait olmak üzere Colbert'in tavsiyesile on dördüncü Louis'hin isdar ettiği ve Krallık meclisi âzalarile adliye hayatının ileri gelmiş pratisyenleri tarafından hazırlanan ve adliye şûrasınca münakaşa edilip kabul edilen kod, sadece bir ferman, bir irade değil, başlı başına bir kodifikasyon eseri, bir kanundur. 1806 da ilân edilen usulü muhakeme kanunu, hakikatte, on dördüncü Louis devrinde hazırlanan usulü muhakeme kanunu projesinin mutlak tesirlerine maruz kalmıştır. (10)

VI

Tedvinde Rasyonalizm ve Amprizm giriftliği

Verdiğimiz kısa izahat, asıl Fransız kanunu medenisinin tedvin edildiği 1804 den evvelki Fransız hukukunu yaratan kaynakları kâfi derecede aydınlatmıştır kanaatindeyiz. Demek ki başlıca dört menba karşısındayız:

1 — Örf ve âdet hukuku; 2 — Roma hukuku; 3 — Kanonik hukuk; 4 — Kraliyet irade ve fermanları. Bunlar hakkında fazla tafsilât hukuk sosyolojisinden ziyade Fransız hukuk tarihini alâkadar eder. Bizim göstermek istediğimiz nokta, kodifikasyon hâdisesinin Fransada nasıl cereyan ettiği. 1804 kodundan evvelki Fransanın tesbit edilmiş teamülî hukuku, gittikçe kifayetsiz görünmekte-

(10) Fransız inkılâbından evvel neşredilen başlıca «nizamname» lere işareti ediyoruz:

1670 de	İstintak	«İrade - nizamname» si
1673 de	Ticaret	»
1681 de	Deniz ticareti	»
1669 da	Orman ve sular	»
1685 de	Esaret ve esirler	»
1731 de	Hibe	»
1735 de	Vasiyet	»

Bunlardan 1673 ve 1681 ticaret nizamnameleri, 1807 de tedvin edilen Fransız ticaret kanununa müessir olmuşlardır.

dir. Voltaire'in on sekizinci asırda Fransız hukukunu alâkadar eden meşhur sözü, bu kifayetsizliğin, binnetice bu buhranın formülünden başka bir şey değildir. Bununla beraber onuncu asırdaki teamüli hukuk, meselâ on beşinci, on altıncı asırlarda aynı değildir: Örf ve âdet hukuku kendiliğinden inkişaf ediyor, zenginleşiyor, giriftleşiyor. Çünkü üzerinde teessüs ettiği morfoloji değişmektedir. Fransa'nın eski seknesini teşkil eden Golvalılarla, yeni gelen muhtelif Cermen kabilelerinin hukukî âdetleri, olduğu gibi kalamazdı. Bir taraftan tedahüller, karşılıklı nüfuzlar vukua gelmektedir. Diğer taraftan teamüli hukuk, yine teamüli kalmak şartile, yazılı şekle giriyor. Tesbit edilen teamüli hukukun, olduğu gibi tesbit edilip edilmeyeceği meselesi, hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisinin müşterek meselelerinden biridir. Şüphesiz teamüli hukuku tesbit edenler, heyetler veya fertler olduğuna göre tesbit esnasında mutlak olarak passif ve âtil kalmak mümkün müdür? Yoksa tesbit sırasında, istihale geçiren içtimai şe'niyetin ihtiyacı, hattâ ideali, tesbit edenin kalemi ile, mevcut âdetlerin rengini değiştiriyor mu? Başka ifade ile hukukî tecrübelerin mahsulü olan örf ve âdetler tesbit edilirken, tesbit edenin «akıl - Ratio» ı işlemiyor mu? Netekim, muhtelif mıntaka âdetlerinin tesbitinden sonra tadil ve ıslahlarına da geçildiğini kaydettik. Bu tadil ve ıslah ameliyeleri, şehirlerin siteleşmesi, müstakil belediyelere hâkim olması ile yakından ilişkilidir. Diğer taraftan Roma hukukunun tesirleri, hukukî vakıalar üzerinde mülâhaza ve tefekkürde bulunmağı teshil etmektedir. Bu tesir, bilhassa cenup Fransasında barizdir. Netekim on üçüncü asırdan itibaren tesbit ameliyesi cenupta vukua geldi. Bunun içindir ki şimal ve merkez Fransasına «âdet hukuku memleketleri - Pays de Coutume», cenup Fransasına ise «yazılı hukuk memleketleri - Pays de droit écrit» denmektedir. Bütün Fransada hukuk âdetleri tesbit edilmişse de, cenupta Jüstiniyen kodu, âdet hukukuna hâkimdir. Fransız lisanında Oc (cenub Fransızcası) ve Oïl (şimal ve merkez) ikiliğine mukabil, Fransız hukukunda da aynı neviden bir ikilik görülmektedir.

Mıntaka âdetlerinin tesbiti ameliyesi bir müddet sonra bereketli bir manzara vücuda getirdi. Şüphesiz seyyal ve firarî olan örfler, mülâhazaya elverişli değildirler. Fakat bir defa tesbit edildi mi, kendiliğinden mülâhazayı doğurur, tenkide, tadil ihtiyacına meydan verir. On beşinci asrın sonlarında âdet hukukuna ait tefsirlerin çıkması, bu tesbit ameliyesinin eseridir. On altıncı ve on yedinci asırlarda teamüli hukuka ait neşriyat pek bereketlidir. Nasıl bugün hususî devletler hukukunda henüz üzerinde birleşilmiş umumî kaideler

yoksa, yahut yeni teşekkül halinde ise, o zamanın Fransasında da muhtelif hukuk sahalarında vahdet mevcut değildir, fakat vahdet temayülleri belirmektedir. Üniversitelerde tedris edilen Roma ve kanonik hukukları, teamüli hukuka yer vermezken 1679 da bir Fransız hukuku fikri belirdi ve tedrisatta yer aldı. Hukukî vahdet temayülüne cevap verecek kodifikasyonu, yine insan kafası vücuda getireceğine göre bu kafanın teşekkülü lâzımdı. Kafa teşekkül etmeden eser vücuda gelemezdi. Roma hukukçuluğu, bu kafanın teşekkülünü hazırladığı gibi, muhtelif âdet hukuklarının tesbiti, tadili ameliyeleri de aynı gayeye hizmet eyledi. Krallığın hâkimiyetini ifade eden ferman ve iradelerin hazırlanması için de böyle bir kafaya ihtiyaç aşıkâr idi. Nihayet bütün bunları çevreleyen daha geniş bir tesir, bizzat içtimai hayatın, ne kadar tesbit ve tashih edilirse edilsin, âdet hukukunun kadrosuna giremeyen grafiğidir. On beşinci asırdan sonra kendini yavaş yavaş göstermeğe başlayan burjuvazi, yeni bir takım iktisadî münasebetlerin doğmasına vesile oluyordu. Netekim daha on dördüncü asırda bile borçlar hukukuna teallük eden meselelerde, örf ve âdetlerin kifayetsizliği hissedilmiş olacak ki, tesbit edilen örf ve âdet hukukunda cevabı bulunamıyan davalar için Roma hukuk kaidelerine müracaate imkân verilmiş, bu suretle Roma hukuku, şimal ve merkez Fransasında da bir ilâve hukuk mahiyetini almış idi. Âdet hukuku cari olan bazı mıntakaların hukukşinasları, kendi mıntakalarının Coutumier'lerinde cevapsız kalan noktalar için evvelâ Paris âdet hukukuna, ancak bu kâfi gelmediği takdirde Roma hukukuna müracaati lüzumlu buluyorlardı. Bu arada örf ve âdet hukuku, Fransanın içtimai morfolojisinde (nüfusunda, şehirlerin teşekkülünde, ticaret yollarının inkişafında) vukua gelen tehavvülleri takip eden deruni tekâmülünü geçiriyordu. Bu tekâmülde başlıca üç nokta, işaret edilmeğe değer:

1 — Fransanın muhtelif mıntakalarındaki örf ve âdet hukuklarından mukayeseli bir örf ve âdet hukuku, milli bir Fransız hukuku çıkarma hareketi görülüyor. İkinci ve üçüncü derecedeki farklılara rağmen müşterek tarafların toplanmasına ehemmiyet veriliyor. Tedrisata kadar nüfuz eden Fransız hukuk folkloru malzemesi, artık folklorik, yani kollektif ve kendiliğinden mülâhazasız cereyan eden tekâmülüne nihayet vermekte, yeni bir mütefekkir zümrenin, jürisconsulte'lerin muhakeme, tefsir ve tenkidinden geçmektedir. Bu hâdise, mütefekkir hukukçular zümresinin, tefsir ve tenkitlerinin iyi ve şayanı arzu olmasından dolayı zuhur etmiş olmayıp, bilâkis Fransız cemiyetinin içtimai, siyasî, iktisadî ve bilhassa morfolojik şartları

icabî olarak hukukçular zümresinin zuhuru zarurî ve gayri kabili ictinap olduğu için vücuda gelmiştir. Bu zümre hukukî hayatta vahdeti tesis edecek idi. Etmesi lâzım idi. Çünkü «o zamanlar hukuku mektube ile hukuku teamüliye beyninde bir fark gözetiliyordu. Hukuku teamüliye dahi namütenahi değişip bazı yerlerde büyük evlât hakkını tasdik, bazı mahallerde reddolunur idi. Bu hakkın tasdik edildiği yerlerde dahi terekenin şâmîl bulunduğu ahvalin ne keyfiyet, ne de kemmiyeti hakkında aynı değil idi. Teamüli hukukta daha sair mütenakız ahkâm var idi. Bir mahalde kızlar, ebeveynlerinin mirasından bir hisse alırlardı. Bittabi bunun miktarı şehre göre tebeddül ederdi. Diğer bir mahalde mirastan büsbütün mahrum idi. Meselâ Normandiyada kızların, ebeveynlerinin mirasından yalnız bir gül şapkasından başka bir şey almağa hakları yok idi. Hak, yalnız veresenin sınıfına değil, emvalin keyfiyetine göre farklı idi. Zadedgân sınıfına ait emval ile ahali sınıfına ait emval, menkul ile gayri menkul, valideye ait emval ile pedere ait emval arasında bir fark mevcut idi. (11)» 1804 Fransa medenî kanunu, bunları ortadan kaldırarak müsavat kaidesini tatbik etmiş bulunmaktadır.

2 — Paris, Fransanın merkezi olmak rolüne gittikçe daha elverişlidir. Fransız sosyologlarından Jaurès'in pek güzel anlattığı gibi, Fransanın on beşinci asırdan sonraki içtimai siyasi ve iktisadî tarihi Parisi merkez yapacak tarzda cereyan etmektedir. (12) Aynı hal hukukî vahdet hareketinde de görülüyor: Bazı mıntakaların teamüli hukuk müfessirleri, kendi mıntakalarının âdetlerinde cevap bulamadıkları takdirde Paris Coutumier'lerine müracaate temayül ediyorlar. Hakkında en çok tefsir yapılan âdet hukuku, Paris mıntakası âdet hukukudur. Binaenaleyh bütün şerait, ilerde tahakkuk edecek kodifikasyon işinin burada cereyan edeceğini hissettirmektedir.

3 — Nihayet hukukî vahdete yürürken, kanonik hukukun tesirinden kurtulmak için, Fransanın on yedinci asır Fransası, yani Descarts Fransası, daha sonra on sekizinci asır Fransası, yani Voltaire ve Rousseau Fransası olması lâzımdı. Hıristiyanlıktan mülhem olan Avrupa sosyologlarının kanonik hukuka ehemmiyet vermelerine, bu hukuku, umumiyetle Avrupanın hukukî tekâmülü, meselâ aile

(11) Bk. Ed. Frank: felsefei hukuku medeniye, Türkçe Konstantin tercümesi, 1917, İstabl, sf. 175. Bu müsavat Fransız medenî kanununun 732 inci maddesi ile tesis edilmiştir.

(12) J. Jaurès, Histoire socialiste de la révolution française, c. I ve İş Mecmuası, sayı 26-28.

hukukunda monogaminin teessüsü bahsinde müessir göstermelerine rağmen (13) 1804 kodifikasyonunu hazırlayan cereyanlar içinde kanonik hukuka belli başlı bir yer ayrılmasına lüzum olmadığı kanaatindeyiz. Bilâkis hukukî mücadele, belki kanonik hukuk aleyhine muvaffak olmuştur denebilir. (14)

VII

Tedvinde büyük adamın rolü

Anlaşıyor ki XVI, XVII ve XVIII inci asırlar, 1804 Fransız kanunu medenisinin hazırlayıcı asırlarıdır. Bu hazırlanmada 1) âdet hukukunun, 2) Roma hukukunun, 3) kanonik hukukun, 4) Kral irade ve fermanlarının rollerini ve tesir derecelerini aramak mevzuumuzdan hariçtir. (15) Sosyoloji gözü ile mühim olan nokta, on sekizinci asır Fransasında hukukî «geştalt» ın, değişme ihtiyacı karşısında kalmasıdır. (16) On sekizinci asrın aydınlık cereyanına mensup feylesoflarının tesirini bir tarafa bırakalım. Hukukî kaidelerin tevhidini isteyen bir çok hukuk müellifleri, 1804 kodunun hazırlanmasında şu veya bu şekilde müessir olmuşlardır. Bunlardan meselâ Pothier (1699 - 1772) en başta gelir. Fransız kanunu medenisinin tedvininde bu müellifin icra ettiği tesir pek büyüktür. Keza Portalis (1745 - 1807) in tedvin ameliyesinde gördüğü iş çok mühimdir. Fakat bu gibi şahsiyetler hakkında vücuda getirilecek monographie'ler, onları söyleten içtimai vaziyetin sociographie'si ile tamamlanır-

(13) Bk. Koppers, Familie, in Hand. d. Sociologie. sf. 112

(14) Hıristiyanlığın şark ve garpta aile münasebetlerini aynı surette tanzim etmediği, meselâ Habeş hıristiyanlığı ile garp hıristiyanlığının aynı manzarayı göstermediği aşıkardır. O halde kadına karşı hürmette, monogamik müessesede Avrupanın, hıristiyanlığın gelmesinden evvelki ve sonraki hususî ve din ile alâkadar olmayan sosyal vaziyetinin tesiri aranmalıdır.

(15) Bir de Fransız kodu üzerinde islâmî hukukun tesirinden bahsediliyor. Bu meseleye «Prof. Ebülulâ armağan» ındaki araştırmamızda temas etmiştik. Bir Türk hukuk kamusunda buna işaret olunuyor: Bk: Kamusu hukuk, İstanbul, 1309 (1888), Hüseyin Galip, sf. 268: «Elyevm Avrupada cari olan jüri usulü, İmamîâzam hazretlerinin zamanında mevcut olan heyetten mehurdur ki Napolyon, Mısırdan avdetinde teşkil etmiştir.»

(16) Umumî içtimaiyatta, bilhassa hukuk sosyolojisinde «Gestalt - kalıp, şekil, bünye, geştalt» adile yaâdedilen yeni nazariye hakkında Bk. Fındıklı Ziyaeddin Fahri: İçtimaiyata giriş, 1944, sf. 132

sa bu mühim ve büyük tesirlerin mühim bir kısmının muhitten geldiği görülecektir. (17)

Çok fazla uzaklara gitmeğe lüzum görmeksizin onuncu asırdan on dokuzuncu asır başlangıçlarına kadar devam eden sekiz asırlık bir devre içindeki Fransanın hukukî hayatı hakkında verdiğimiz bu izahat şöyle bir hükme bağlanabilir: Bu neviden bir hukukî tekâmü-geçiren bir memlekette «hukukî vahdet - Unité juridique» teessüs etmeli, belli başlı hukuk sahalarında kodifikasyon yapılmalıdır. Filhakika böyle bir zaruret, her türlü tabii şeraiti hazır olan bir tabiat vakıasına hâkim olan zarurettten pek farklı değildir. Muhteva itibarile değilse bile şekil itibarile aralarında bir ayniyetin mevcut olduğu inkâr edilemez. Fakat bu şeraitin tesiri altında mutlaka bir kodifikasyonun icap ettiğini, bunun zarurî olduğunu söyleyemeyeceğiz. İsviçrede hâlâ ceza hukukunun tedvin olunmamış olması, yahut İngilterede medenî kanunun henüz tedvin edilmemiş bulunması gibi, Fransada da kodifikasyon tahakkuk etmiyebilirdi. Fakat sekiz asırlık bir müddet içinde deveran eden Fransız hukukî hayatı, her senesi ve her asrı ile bizi bu tahakkuka doğru götürmüyor mu? Başka cemiyetlere tatbik ve tamim edilmemek şartile, Fransız hukuk tarihinin vakıaları karşısında, yalnız Fransız cemiyetine mahsus bir içtimaî zarurettten bahsetmemek için hiç bir sebep yoktur. Netekim: bu zaruret, on dokuzuncu asır başlarında, büyük bir siyasî ihtilâlin ferdasında tahakkuk etmiştir. Bu tahakkuka Napoléon'un vasıta olması, tarihî vakıalardan istikra yapmak suretile kurulan ve müstesna fertlerin izah edilmez, ilâhî, orijinal tesirlerini meşru ve lâyıık olduğu hadde irca eden sosyolojik tezi inkârı yol açamaz. 1804 mahsulü olan kanuna «Cod Napoléon» ismi verilmesi, izah etmeğe çalıştığımız sekiz asırlık hukukî ve sosyal tekâmülün vasıl olduğu neticenin tabii-liğini gizliyemez. Nihayet olsa olsa çabuklaştırıcı, kanal açıcı bir müdahale hakkının büyük adama verilmesini, vakıalara sadık bir ilmi sosyolojinin inkâr etmiyeceği aşikârdır. Ne Pothier ve Portalis gibi fikrî tesirleri bulunan hukuk âlimlerinin, ne de Napoléon gibi siyasî tesirler icra eden devlet adamlarının rolleri küçük ve ehemmiyetsiz görülemez. (18) Şu kadar var ki hukuk

(16) Bk. Esmein, A. g. e., sf. 723 bu müellif iki isim daha zikretmektedir. Bunlardan biri *Bourjon* olup davasını «Fransanın müşterek hukuku ve Paris âdet hukuku - «Le droit commun de la France et la coutume de Paris» isimli eserinde izah etmiştir. Diğeri «Fransız hukukunun kaideleri - Le règles du droit français» sahibi olan De Livinniere'dir.

(18) Bk. Büyük adam meselesi İş. N. 19

sosyolojisinin vazifesi, siyasî bir edebiyat ve fertçi bir ruhiyat yapmağa lüzum görmeden, bu gibi şahsiyetleri, mensup oldukları cemiyetin kaubı ve geştalti içinde yerli yerine koymaktır. Fransız medenî kanunun tedvinini takip işi bize bir çok istifadeler yanında hukuki hayatta her nevi (yani fikri, felsefi, nazari sahada tesir edenlerle, teşriî ve siyasî bakımdan müessir olan) büyük adamın rolü hakkında bir fikir edinmek için çok elverişli, umumiyetle büyük adam meselesi denen problemi aydınlatıcı neticeler de verecektir.
