

HUKUKSAL EVRİM VE KANUN YAPMA*

Alan Watson**

Çev.: Ahmet Emrah Akyazan***

Uzun yıllar iki bağlantı üzerinde çalıştım: hukuk kuralları ve uygulandıkları toplum arasındaki bağlantı ve hukukun kaynakları ile hukukun evrim gösterdiği yönler arasındaki bağlantı.¹ Bazı eleştiriler, hukuksal evrimi tartışırken, benim, kanun yapma işlevinin ve kanuna dayalı hukukun devrimci gücünü, olduğundan daha hafif gösterdiğimi öne sürdüler.² Bu konu, bu makaledeki odak noktasını oluşturacaktır.

Batı dünyasında kullanılmış olan pek çok hukuk yapma yönteminden, belirtmek gerekirse; örf ve âdet, hukukî emsal, hukuk uzmanlarının düşünceleri ve kanun yapma işlevi; hukuk geleneğine en az bağlı kalanı, kanun yapma işlevidir. Hukuk uzmanları ve yargıçlar, hukuk oluştururken çok kere oportünisttirler, fakat böyle davrandıklarında, kendilerinden görüşlerini doğrulayacak sebep istenir. Örf ve âdet hukuku sisteminde yargıç, bir örf ve âdet bulunmadığı hâlde, bulunduğu karar verebilir. Bunu yaparken de, bu örf ve âdeti kendisi icat eder veya başka bir yerdeki örf ve âdeti benimser. Ancak, örf ve âdeti kendisi icat ederken, davanın sınırları içinde kalmalı ve icat ettiği örf ve âdet, makul olmalıdır. Emsal kararlara bağlayıcı kuvvet veren bir sistem içinde,

* Orijinal metin: "Legal Evolution and Legislation", Brigham Young University Law Review, 1987, pp. 353 – 379. Bu çevirideki dipnotlar, orijinal metne sadık kalınarak yapılmıştır. Bu çalışma, Amerikan Mukayeseli Hukuk Çalışmaları Derneği'nin 1986'da, Brigham Young Üniversitesi'ndeki yıllık toplantısında sunulmuştur. Oldukça değişik bir şekilde, HUKUKİ HAYAL GÜCÜNÜN BAŞARISIZLIKLARI başlıklı kitapta, ikinci bölüm olarak yer alacaktır.

** Pennsylvania Üniversitesi'nde Hukuk Profesörü; Glasgow Üniversitesi'nde M.A. 1954, LL.B., 1952; Oxford Üniversitesi'nde D. Phil. 1960, D.C.L. 1973.

*** Avukat, Ankara Barosu, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi. Bu çeviri, Prof. Dr. Yasemin Işıktaç tarafından verilen "Hukukta Kaynak Problemi: Felsefî Açılımlar" doktora dersi kapsamında hazırlanmıştır. Çevirinin yayınlanması konusunda yardımcı olan Sayın Hocam Prof. Dr. Yasemin Işıktaç'a ve çeviriyi inceleyerek bazı kavramlardaki sorunları gideren Sayın Hocam Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan'a teşekkür ederim.

¹ Genel olarak bkz. A. WATSON, THE EVOLUTION OF LAW (1985).

² Fell, Book Review, 91 AM. HIST. REV. 85 (1986).

yargıç yine yenilik çıkarabilir, ancak getirdiği yenilik, davadaki gerçeklerle sınırlıdır ve yargıç, kararının makul olması için, sistem kurallarına yeterince uyararak işlem yapmış olmalıdır. Diğer hukuk uygulamacıları eserlerinde yargıçlardan çok daha fazla yaratıcı olabilirler. Fakat onların görüşleri, sistemde yetkili görüşler olarak kabul edildiği takdirde, hukuki etki yaratırlar. Örf ve âdet hukuku, hukuki emsal ve hukuk uzmanlarının görüşleri, her halükârda, özel hukuk geleneği sınırları içinde oluşturulmaktadır.³

Kanun yapma farklıdır. Mevcut âdetlere hiç uymayabilir ve hatta teorik olarak, herhangi hukukî bir geleneğe de uymayabilir. Kanun yapma, hukuk sistemini yeniden oluşturabilir. Kanun yapma; parlamenterlerin, diktatörlerin veya kralların işidir. Onların da, hukukî âdetleri bilmeye ya da hukukî âdetlere saygılı olmaya ihtiyaçları yoktur.⁴ Kanun yapma sırasında, zorlamalar kadar yaratıcılık da ortaya çıkabilir. Toplum, kanunlardaki değişiklikler için, diğer hukuk yapma yöntemlerine oranla, çok daha fazla baskı yapabilir. Buna ilâveten kanun yapma, toplumun özel bir ekonomik, dinî veya politik yola sevk edilmesi için en iyi yöntemdir. Bunlar, konunun dışındadır; bu makale biraz farklı bir konuya yer vermektedir: kanun yapma mevcut hukukî gelenekten nereye kadar bağımsız ve yaratıcıdır, nereye kadar hukukta devrim yapıcıdır ve toplum için yaratıcı özellikler getirir ve kanun yapma ne ölçüde sosyal amaçları gerçekleştirme için etkili şekilde kullanılmaktadır?

Açıktır ki, bu konuya, her zaman ve her yerde geçerli olan ve tüm dünyayı kapsayan bir yanıt verilemez. Bu makalenin alanı daha da sınırlıdır: Batı'nın hukuk tarihinden çıkan derslerle, çeşitli güçlerin, yasamanın yaratıcılığını sınırlandıracak ve politik seçkinlerin istedikleri gibi toplumun belirli ve ayrıntılı yollara yöneltilmesine mâni olacak şekilde hareket ettiklerini göstermek. Kabul edilebilir ölçüde genellemeyi ortaya koyabilecek spesifik örnekler verilecektir. Bu örnekler belirli sayıdaki önermeleri desteklemektedir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, bu makale sadece özel hukuku, ticaret hukukunu ve ceza hukukunu ilgilendirmektedir.

I. GELİŞEN HUKUKTA KANUN YAPMA İŞLEVİNİN SINIRLI ROLÜ

Birinci önerme şudur: en azından, son zamanlara kadar, kanun yapma, gelişen özel hukukta, ticaret hukukunda ve ceza hukukunda çok sınırlı bir rol oynamıştır. Önde gelen örnekler eski Roma'dandır. Roma Hukuku belki de dünyadaki en ileri giden, laik hukuk sistemi olduğu için kanun yapma da en fazla yaratıcı olan bir uygulamayı ortaya koymuştur. Diğer örnekler, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıldaki İngiliz hukukundandır. Çünkü İngiliz hukukuna, orijinalliği nedeniyle büyük ölçüde itibar edilmiştir.

A. Eski Roma'da Yasama

Roma Cumhuriyeti'nin Octavius'tan (daha sonra Augustus) önceki son iki yüzyıllık döneminde, tribünlük iktidarı İ.Ö. 36'da, *in perpetuum* olarak ve-

³ A. WATSON, *supra* not 1.

⁴ *Bkz. e.g.,* A. WATSON, SOURCES OF LAW, LEGAL CHANGE AND AMBIGUITY 11 (1984); Watson, *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, 131 U. PA. L. REV. 1121, 1156 (1983).

rilmisti ve bu, özel hukukta dünyanın bildiği en büyük ilerleme⁵ olarak görül-
mektedir. Bu değişiklikte yazılı kanun nasıl bir rol oynamıştır? Tercihen İ.Ö.
300'den başlarsak; bu tarihten sonraki ilk yazılı özel hukuk kanunu, halk oy-
lamasıyla yapılan, *lex Aquilia*'dır, bunun da nihaî olarak şekillenmesi, gelenek-
sel olarak yaklaşık İ.Ö. 287'de olmuştur.⁶ Roma'daki, en erken kanun halinde
toplama olan XII Levha Kanunları'nı istisna edersek; bu, Roma özel hukuk
kanunlarının en önemlisidir ve üç başlıkta düzenlenmiştir. Birinci başlıkta,
kölelerin ve dört ayaklı sürü hayvanlarının öldürülmesinden bahsedilir; ikinci
başlıkta, sözleşme hukukunun küçük teknik noktalarından bahsedilir; üçüncü
başlıkta da (hiç olmazsa, nihayet, orijinal olarak düzenlenen sahalar tartışıl-
maya başlandığından beri) kölelerin ve dört ayaklı sürü hayvanlarının yara-
lanması ile birlikte kölelerin ve diğer canlı mülkiyetin öldürülmesinden ve ya-
ralanmasından ve de her türlü cansız mülkiyete zarar verilmesinden bahsedilir.

lex Aquilia'dan sonra, şahsi garantörlerle ilgili çok sayıda kanunlar var-
dır. İ.Ö. 200 civarındaki *lex Furia* sadece İtalya'da uygulanıyordu ve *sponsor*
(kefil) ve *fidepromissor*'un (taahhüt altına giren kişi) (bunların her ikisi de, bir
çeşit, paraya garanti veren kişilerdir) sorumluluklarını iki yıl sonunda kaldırı-
yordu. Bu kişilerden her biri borcun kesin bir bölümünün kefaletini üstleni-
yorlardı. Daha sonraki yıllarda *lex Appuleia sponsorlar ve fidepromissorlar*
arasında bir çeşit ortaklık düzenlemesi getirdi. Tarihi tam olarak bilinmeyen
lex Cicereia, sponsorlar ve fidepromissorlar alma durumundaki kişinin, önce-
den bir ihtarname ile kefaletin konusunu ve kefillerin sayısını belirtmesi gerek-
tiğini öngörüyordu. İ.Ö. 81 dolaylarındaki *lex Cornelia* aynı kişinin, aynı yıl
içinde, aynı borçluya verilen paranın 20.000 Roma sikkesinden fazlasına kefil
olmasını yasaklıyordu.⁷

İ.Ö. 204 yılındaki *lex Cincia*, mahkemede korunma karşılığında hediye
verilmesini yasakladı. Ayrıca, belirli bir ilişkinin dışındaki herhangi bir kimseye
de, belirli bir meblağın üzerindeki hediyelerin verilmesini önledi. Kısa bir süre
sonra *lex Plaetoria* (veya *Laetoria*) düzenlendi. *lex Plaetoria*, bir küçüğü dolandı-
rana karşı hukuk davası açılmasını ve bir işlem nedeniyle hakkında dava açı-
lan küçüğe korunma imkânını öngörüyordu.⁸ İ.Ö. 210 yılı civarındaki *lex Atilia*,
Romalı yargıca ve halkın seçtiği pleblerin tribünlerine, vasi veya velisi bulun-
mayan bir kişiye, bir vasi veya veli tayin etme imkânını veriyordu.⁹ İ.Ö. 99 yılı
civarındaki *lex Titia*, benzer yetkileri, Roma'ya bağlı eyaletlerdeki yargıcılara da
tanımişti.

Vasiyet yoluyla intikal konusunda dört kanun vardır. İ.Ö. 204 – İ.Ö. 169
yılları arasındaki *lex Furia testamentaria*, bazı sınıflarda bulunanlar dışındaki
hiç kimsenin vasiyet yoluyla 1000 *asses*'ten fazla alamayacağını belirtiyordu.
İ.Ö. 169 yılındaki *lex Voconia*, en son yapılan vatandaş ve mal sayımında bi-

⁵ “İlerleme” elbette muğlak bir deyimdir. Benim “ilerleme” ile anlatmak istediğim, ka-
nunda uzun süreli tesiri olan bir değişikliklerdir.

⁶ *Bkz. e.g., G. ROTONDI, LEGES PUBLICAE POPULI ROMANI 241 (1912 & photo. tekrar baskı 1979).*

⁷ Bütün bu konular için bkz. G.3.118 – 25.

⁸ *Bkz. e.g., G. ROTONDI, supra not 6, 271 – 72'de.*

⁹ *Bkz. e.g., M. KASER, DAS RÖMISCHE PRIVATRECHT I § 86 (1955).*

rinci sınıf vatandaş sınıfında yer alan bir kişinin, mirasçı olarak bir kadını tayin edemeyeceğini öngörmüş, ayrıca hiçbir kişinin, vasiyet veya ölüm sebebiyle (*mortis causa*) hibe olarak, mirasçıların aldığından daha fazla alamayacağı kuralını koymuştu. İ.Ö. 40 tarihindeki *lex Falcidia*, miras bırakan bir kişinin, terekesinin dörtte üçünden fazlasını miras olarak bırakamayacağını hükme bağlamıştı.¹⁰ Muhtemelen İ.Ö. 81 tarihinde çıkarılan *lex Cornelia*, düşman tarafından esir alınmış ve esarete iken ölmüş kişiler tarafından yapılmış olan vasiyetnamelerin geçerli olduğunu teyit etmişti.

İsa'dan önceki son yüzyılın ilk yarısındaki *lex Atinia*, çalınmış malın ilk sahibine dönünceye kadar, zamanaşımına dayanılarak iktisap edilmesini yasakladı. İ.Ö. 90 yılından önceki *lex Minicia*, medenî hukuka göre evlenme hakları olmayan ana babadan doğan çocukların, en düşük statüyü alacaklarını beyan ediyordu. İ.Ö. 50 yılı civarındaki *lex Scribonia*, irtifak haklarının, zamanaşımına dayanılarak iktisap edilmesini önledi.

Bütün bunlar, Roma Hukuku'nun en yaratıcı olduğu zamanlarda, özel hukuk kanunlarına giren düzenlemelerdir. Devletin yaptığı diğer düzenlemeler ile satış, kira, vekâlet ve ortaklığın modern şekli gibi sözleşme konuları ortaya konmuştur. İyiniyet, hukuk düşüncesinde önemli bir rol oynamaya başlamış ve Roma yargıcının (praetor) çıkardığı bir tebliğ ile, miras hukuku ile ilgili kanunda, bir hayli yenilik yapılmıştı.¹¹ Fakat o dönemde Romalılar için bile göze çarpan bir önem taşıyan kanun, *lex Aquilia* idi. Gördüğümüz gibi, diğer kanunların bazıları, kefiller hakkındaki vasiyet yoluyla mirasçılık konusunda olduğu gibi, gruplar hâlinde ortaya çıkmıştı.¹² Özel hukukta kanun yapma işlevinden farklı olarak, kamu hukuku alanında veya politik konularda çok fazla kanun yapıyordu. Özel hukukta bilinen on altı kanun vardır; politik, cezaî veya usul konularında ise en az 502 kanun mevcuttur.¹³ Bunların büyük çoğunluğu da, somut gündeme ilişkin özel konularla ilgilidir. Özel hukukla diğer kanunlar arasında bu dönemdeki orantısızlık –çok aşırı olmasa da– kanunları yapan meclislerin tipik ilgi alanlarını gösteren örneği teşkil etmektedir.

B. İngiliz Yasaması

İngiliz Hukuku, 19. yüzyılın hemen hemen sonuna kadar aynı olguyu ortaya koymaktadır: özel hukuk veya ticaret hukuku olarak bilinen özel hukuk kapsayan genel kanunlarda bir yetersizlik vardır. W.R. Cornish şunu ileri sürmektedir: 19. yüzyılın ortalarında kanunlarla getirilen; “hukuken eşlerin ayrılması ile ilgili düzenleme, sınırlı sorumluluk ile şirketleşmenin basit bir kayda bağlanması ve icatlarla ilgili patentlerin ayrıntılı formaliteler gerekmeksi-

¹⁰ Ayrıntılar için bkz., örneğin, A. WATSON, THE LAW OF SUCCESSION IN THE LATER ROMAN REPUBLIC 163 – 74 (1971).

¹¹ Seçilmiş ve en yüksek derecedeki Romalı resmî görevlilerin, görevlerini nasıl anladıklarını belirten tebliğler yayınlama hakları vardı. Mahkemelerde görevli sulh yargıçları, özellikle Roma'daki yargıçlar ve aedilis curulis'ler, hangi şartlarda bir hukuk davasını kabul edeceklerini belirten tebliğler yayınlardı. Teknik olarak kanun yapma güçleri olmasa da, kanun değişikliklerinde çok büyük etkileri vardı.

¹² Bu makalenin amaçları açısından, hangi meclislerin özel hukuk alanında kanun yapma işlevi bulunduğunu incelemek gerekli değildir.

¹³ Bkz. G. ROTONDI'de toplanan kanunlar, *supra* not 6.

zin tescil edilmesi konularındaki düzenlemeler, maddî hukuk doktrinine ilişkin değil, usul mekanizmaları ile ilgiliydi¹⁴ *Kanunların Kronolojik Listesi'nde*¹⁵, İngiltere, Büyük Britanya ve Birleşik Krallık Parlamentolarında yapılan kanunlar bölümüne bir göz atıldığında, parlamentoların zamanlarını büyük ölçüde yerel sorunlara, geçici önemi olan konulara ve vergilendirmeye ayırmış oldukları görülecektir.

Örneğin, III. George'un ilk altı yıllık hükümdarlığı döneminde (1760 – 1766) krallıkla ilgili 493 kanundan sadece üçü^{15.1} özel hukuku kapsayan genel kanunlar olarak görülebilmektedir. Bunlardan ilki, Kraliçe Anne'in yedinci yılında çıkarmış olduğu Lancaster Dükalığı'nda; Chester, Lancaster, Durham Kontlukları'nda ve Galler Prenslığı'nde toprakları bulunan küçüklerle ilgili kanunun hükümlerinin süresinin uzatılmasından ibaretti. İkincisi, esas olarak usul konularını ve idari konuları düzenliyordu. Gardiyanların borçları nedeniyle hapse konulan mahkûmların listelerini yapmaları ve bu listelerin kural-lara uygun olduğuna dair, yemin ettirilmeleri hükme bağlanıyordu. Mahkûmların mal ve mülklerinin listelerinin de yapılması gerekiyordu. Üçüncüsünün başlığı ise şöyleydi: “borçlanma yoluyla veya devlet hazinesi senetleri vasıtasıyla, 1766 yılı hizmetleri için belirli tutarda para toplanması için kanun.”^{15.2}

Bu dönemin kanunlarının ne istikamette olduğu, 1760 yılına ait bazı kanunların isimlerine bakılarak açıklanabilir: Vatandaşlarla ilgili Liste (ch. 1); Vergilendirme (ch. 2 & 3); Güney Denizi Şirketi (ch. 5); Denizde İsyân (ch. 8); George Keith'e Hibeler (ch. 15); Cornwall Yolları (ch. 32). Diğer zaman dilimlerini, hatta IV. William'ın son zamanlarını ve Kraliçe Victoria'nın hükümdarlığı dönemini de dikkate alırsak, benzer bir görüntü ortaya çıkmaktadır. 1660 yılına ait İmtiyazların İlgası Kanunu ile ilgili olarak Bernard Rudden; “Parlamento aslında bundan sonra, on dokuzuncu yüzyıla kadar özel hukuka müdahale etmemiştir” diyerek, görüşünü açıkça ifade etmektedir.¹⁶

Büyük kodifikasyonlara kadar, Kıta Avrupası'nda da, özel hukukta, benzer şekilde, pek az kanun yapılmıştır. Bunu kanıtlamak için kısa bir dönemi alabiliriz. 11. yüzyıldan ileriye doğru, büyük geliştirici unsur, Roma Hukuku'nun iktibasıdır. Roma Hukuku'nun kabul edilmesi yöreden yöreye değişmiştir. Kabulün sınırları ne kadar daraltılmak istenirse istensin, bunun önemi yoktur, çünkü her şeye rağmen kabul çok geniş ölçüde olmuştur. Eğer, her ülkede özel hukuk, kanun yapma işlevi yoluyla, geliştirilerek değiştirilmiş olsaydı, böyle bir kabul da olmayacaktı.¹⁷

¹⁴ Cornish, *İngiltere*, 3 HANDBUCH DER QUELLEN UND LITERATUR DER NEUEREN EUROPÄISCHEN PRIVATRECHTSGESCHICHTE 2217, 2218'de (H. Coing baskısı 1982).

¹⁵ 1. CHRONOLOGICAL TABLE OF STATUTES (1985).

^{15.1} Gönderme yapılanlar: Infant Trustees and Mortgages Act, 1763, 4 Geo 3, ch. 16; Insolvent Debtors Relief Act, 1765, 5 Geo 3, ch. 41; ve Unfunded Debt Act, 1766, 6 Geo. 3, ch. 15.

^{15.2} Unfunded Debt Act, 1766, 6 Geo. 3, ch. 15.

¹⁶ *Comparative Law in England*, 8 COMPARATIVE LAW AND LEGAL SYSTEM 79 (W. Butler & V. Kudriavtsev eds. 1985).

¹⁷ Orta Çağ'da kanun yapılmadığı düşüncesine karşı, bkz. Wolf, *Gesetzgebung and Kodifikation*, in 2 DIE RENAISSANCE DER WISSENSCHAFTEN IM 12. JAHRHUNDERT 143, 148 – 53 (P. Weimar baskısı 1981).

II. YAPILAN BİR KANUNUN ÇOK UZUN SÜRE YÜRÜRLÜKTE KALMASI

İkinci önerme şudur: kanun bir defa yapılıncı, kaldırılması ve yerine yerininin yapılması çok zordur. Eğer, özel şartlarda yapılan bir kanunun devrimci olduğu öne sürülürse, o zaman devrimci olan ve büyük değişiklikler yapan kanunun, sadece yürürlüğe girdiği tarihte bu özellikleri gösterdiğini belirtmek gerekir. Eğer kanun, sosyal şartlar değiştiği hâlde, yüzyıllar boyunca yürürlükte kalırsa, o zaman bu kanun, bir özellik gösteriyorsa, bu özellik, sosyal etkinliği engellemesidir. Elbette, zaman içerisinde mahkemeler, kanunu farklı şekilde yorumlayacaklar, fakat daha önce belirtildiği şekilde, anlaşılması güç hukuki kararlara yol açacak faktörler etkili olacaktır. Bir kanunun uzun süre yürürlükte kalması ile ilgili, Roma Hukuku'na ait en iyi iki örnek; İ.Ö. 5. yüzyıl ortalarındaki XII Levha Kanunu ve İ.Ö. 3. yüzyıldaki, mala verilen zararlar ilgili *lex Aquilia*'dır. Diğer örnekler; İngiliz İntifa Hakkı Kanunu, Kıta Avrupası ve Yeni Dünya'da *Vizigot Kanunu* ve *Ordenaçoes Filipinas*'tır.

A. XII Levha Kanunları: İ.Ö. Beşinci Yüzyıl Ortasının Kanunu

XII Levha Kanunları için kabul edilen geleneksel tarih İ.Ö. 451 yılı civarındadır.¹⁸ XII Levha Kanunları'nın derlenme şekli iki nedenle modern kanunlarla benzer değildir. Birincisi, kanunların bütünlüğünün sağlanmasına çaba göstermemiş olmasıdır. İkincisi, belirli bir hükmün kanunlara konulması için, hükmün bir yeniliği açıklaması veya mevcut bir hukuk uygulamasını teyit etmesi gibi spesifik bir sebep olmalıydı. Her halükârda, XII Levha Kanunları, sonra gelecek olan kanun yaratma işlevi için bir engel oluşturmamıştır. Fakat, bazı hükümleri, kanunlarla yenilenmiş olsa da, XII Levha Kanunları asla ilga edilmemiştir. Örneğin, İ.Ö. 445 yılı civarında, *lex Canuleia*, XII Levha Kanunları ile öngörülmüş bulunan ve Roma'daki soylular ile plebler arasındaki evliliği önleyen hükmü kaldırmıştır.¹⁹ Ayrıca, *lex Aquilia*, XII Levha Kanunları'nın, köle yaralanmalarına ilişkin tazminatların tayininde izin verdiği esasların, daha esnek hâle getirilmesine olanak vermiştir.²⁰ Örneğin, *edictum generale on iniuria* ile *membrum ruptum*, *os fractum* ve *iniuria* (bunların hepsi bedene verilen zarar çeşitleridir) için daha esnek tazminatlar öngörmüş ve XII Levha Kanunları'ndaki hükümlerin hususiyetini ortadan kaldırmıştır ve kastı ne olursa olsun, özellikle mağdurun köle olmadığı durumlarda, yeni bir bedensel yaralanma kanunu yaratmıştır. Aynı şekilde, Romalı yargıçların tebliğleri de, XII Levha Kanunları'nın alanını değiştirmiştir.²¹ Bu tebliğler, XII Levha Kanunları'nın hükümlerini ilga edemeseler de, yine de uygulamada kanun hükümlerinin önüne geçmiştir.²²

Hukukçular, kanun yorumcuları olarak, XII Levha Kanunları ile ilgilenmişlerdir. Son Cumhuriyet'e baktığımızda, geride kalan sadece altı metinde hukukçuların açık şekilde XII Levha Kanunları'na atıfta bulduklarını gör-

¹⁸ Bkz. e.g., A. WATSON, LEGAL TRANSPLANTS 13 – 15 (1974).

¹⁹ Bkz. e.g., A. WATSON, ROME OF THE XII TABLES 20 – 30 (1975).

²⁰ Genel olarak bkz. G. ROTONDI, *supra* not 6.

²¹ Ayrıntılar için bkz. A. WATSON, LAW MAKING IN THE LATER ROMAN REPUBLIC 112 (1974).

²² Bkz. e.g., Cicero, *de oratore*, 1.44.195.

mekteyiz ve bunlardan sadece biri yorumla ilgilidir. Fakat, aşırı ölçüde yorumlara yer verilen davaları daha geniş şekilde incelediğimizde, XII Levha Kanunları'nın yorumlarına yer veren çok sayıda metin bulabiliriz. Bu metinler XII Levha Kanunları'nı açıkça zikretmiyor olabilirler. Bunun tek açıklaması ise, XII Levha Kanunları'nın uygun ve önemli olmasına rağmen, çok eski tarihli olmasıdır. Gerçek şudur ki, XII Levha Kanunları'nın modern kullanım için çok kere yetersiz kalması, sıkıntıya sebep olmaktadır. Bu itibarla, serbestçe yorumu yapıldığı hâlde, hukukçular bu yorumları XII Levha Kanunları'na dayanarak yaptıklarını söylemezler.²³

Kanunun psikolojik önemi, iptal edilmemesinin bir nedeni olabilir. Fakat bu neden, en meşhur özel Roma kanunu olan *lex Aquilia*'nın bâki kalmasının nedeni değildir. Hukuk tarihi²⁴ ve kanunun orijinal kapsamı²⁵ nasıl olursa olsun, uygulamadaki ve teorideki güçlükler çok geçmeden ortaya çıkmış ve yüzyıllar boyunca devam etmiştir, çünkü *lex Aquilia* hiçbir zaman iptal edilmiştir.

B. *lex Aquilia*

lex Aquilia'nın ikinci bölümü, ek bir alacaklı olan *adstipulator*'un, *acceptilatio* adı ile bilinen yöntemle, borçlunun borcunu affetmesi veya borçludan parayı alıp, borçluyu serbest bıraktığı hâlde, parayı gerçek alacaklıya devretmemesi hâllerinde, *adstipulator*'a karşı bir hukuk davası açılabilceği hükümünü getirmişti.²⁶ Gaius, bu bölümün gereksiz olduğunu, çünkü vekâletle ilgili hukuk davasının bu konuyu da çözeceğini, ancak borcu inkâr eden davalıya karşı *lex Aquilia* uyarınca açılacak davanın, tazminatı iki katına çıkaracağını öne sürmektedir. Aslında, Gaius tarihsel açıdan hata yapmaktadır, çünkü *actio mandati*, *lex Aquilia*'nın kanunlaştırılmasından çok sonra ortaya çıkmıştır. Fakat, Gaius'un bu yaklaşımı, *lex Aquilia*'nın öngördüğü hukuk davasının, Justinian döneminde kullanılmayan²⁷ bir yöntem olduğunu öne sürdüğü şekilde de görülebilir.²⁸

Kanunun eskimesi ve yeniden yorumlanmasına ilişkin ana prensipler, birinci ve üçüncü bölümleri ile ilgilidir. Birinci bölümde, bir kölenin veya dört ayaklı sürü hayvanının 'öldürülmesi' (bunun için *occidere* fiili kullanılmıştır) için hukuk davası açılabilceği hükme bağlanmıştır. Bilinmeyen bir nedenle, *occidere* fiili yanlış bir şekilde yorumlanarak, sadece zarar veren kişinin ve

²³ Bkz. A. WATSON, *supra* not 21, 112.

²⁴ Çok büyük ölçüde farklı olan, birinci ve üçüncü bölümler arasına sıkıştırılmış ikinci bölüm, mevcut birinci ve ikinci bölümlerden sonraki üçüncü bölüme ilâveten, muhtemelen İ.Ö. 287 civarında, en azından iki aşama daha bulunduğundan söz etmektedir. Bkz. Daube, *On the Third Chapter of the Lex Aquilia*, 52 L.Q. REV. 253 (1936).

²⁵ Üçüncü bölümün orijinal kapsamı ve anlamı çok tartışılmıştır. Bkz. e.g., M. KASER, *supra* not 9.

²⁶ Bkz. Levy – Bruhl, *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ANTIQUITÉ, 5, 507ff. (1958).

²⁷ Bkz. e.g., 2 F. DE ZULEUTA, THE INSTITUTES OF GAIUS 216 (1953).

²⁸ J.4.3.12.

kurbanın vücutlarının fiziken birbirine temas etmesi olarak anlaşılmış ve açılacak davalar bu anlamda kısıtlanmıştır. Böyle bir yorum gerekli değildir ve başka bir yerde, hatta cinayeti düzenleyen *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*'de bile bulunmamaktadır. Hatalı şekilde ölüme yol açılan diğer durumlar, *lex Aquilia*'nın kararları uyarınca bir ölüm sebebi, *mortis causam praestare*, teşkil etmekle birlikte, bir dava açılmasını gerektirmiyor, fakat bunun için (*ad hoc*), imparatorlukça bir telâfi getirilmesini öngörüyordu. Örneğin, bir kişi diğer bir kişiyi iterek, onun bir köleyi öldürmesine sebep olmuşsa, itilen kişi, kusuru olmadığı için sorumlu tutulmuyordu; iten kişi ise, *lex Aquilia*'ya göre, köleyi öldürmediği için sorumlu görülüyordu. Bununla birlikte, olaya göre, iten kişiye karşı hukuk davası açılabilirdi—i.e., *actio in factum*.²⁹ Açıkça görülüyor ki, hukukçular kanunun kapsamını mümkün olduğunca daraltmak istemişlerdir—belki de, davalı, sorumluluğunu inkâr ettiğinde tayin edilen iki kat tazminat sebebiyle— fakat bu kısıtlamalar, başarısız ve dar ayrımların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bunların giderilmesini de ancak yeni bir kanun sağlayabilecekti. Bununla birlikte, bir tebliğ ile bunları düzeltme imkânı bulunmuyordu.

lex Aquilia'nın üçüncü bölümü (nihayet sonunda), kölelerin ve dört ayaklı sürü hayvanlarının yaralanmasına ve her türlü mala ve mülke kusurlu şekilde verilen zarara karşı da hükümler öngörmüştü. Fakat bu hükümler de dar şekilde yorumlanmıştı. Ancak, birinci ve üçüncü bölümde öngörülen tazminat tayin etme yolları arasında bir fark vardı. Birinci bölüm uyarınca tazminatlar, kölenin veya hayvanın bir önceki yıldaki en yüksek değerine göre hesaplanıyordu. Üçüncü bölüme göre ise, tazminatlar aslında, otuz gün içinde ortaya çıkan zarara bakılarak hesaplanmalıydı. Fakat, bu eski yıllardaki kanun yazım şekli nedeniyle, kanunun ifadesi, kölenin, hayvanın veya şeyin, olaydan önceki otuz gün içindeki en yüksek değeri olarak anlaşılıyordu.³⁰ Tazminatların belirlenmesi yolları arasındaki farkın kökeni tarihten gelmektedir, fakat bunun faydasızlığı da, eski zamanlardan beri canlılığını korumuştur. Üçüncü bölümde yer alan otuz gün ifadesi hukukçular açısından bir sıkıntı yaratıyordu ve bu güne kadar gelen hiçbir davanın bu ifadeye göre sonuçlandırılmadığı görülmektedir. Gerçekte, zararların hesaplanmasında, finansal zararın dikkate alındığı gözlemlenmektedir.³¹ Kısacası, *lex Aquilia* hiçbir zaman ilga edilmemiş olsa

²⁹ D.9.2.7.3.

³⁰ G.3.218. Metin, hukukçuların *lex* kelimesine anlam verme konusunda karşılaştıkları güçlükleri ortaya koymaktadır.

³¹ Bu, D.9.2.24.'ten açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu, 23.11.'deki yargılama usullerindeki bitiş bölümü olarak belirmektedir. Bundan dolayı, asıl metne kelime ilâve ederek esasını değiştirmek mümkün değildir. (Ulpian'da h.t.23.11'de olmayan, fakat eserleri derleyenler veya selefleri tarafından Paul'de bulunan ve ona ilâve edilen bir şey vardır. Metin, eserleri derleyenlerin çalışması ise, bunlar tarafından, Ulpian'ın aktardıklarının arasına rahatça eklenmiş olabilir). Bu retorik bir soru şeklindedir; bu nedenle beklenen yanıtın, hukukçuların kabul ettikleri düşünce olduğu kabul edilebilir. D.9.2.23.11, bir kişinin, hayatta olan bir köleyi öldürdüğünü itiraf etmesi hâlinde, *actio legis Aquiliae*'nin verilmeyeceğini söyler. 9.2.24, bu durumda şunu ifade eder: “Bu, yaralı bir kişinin durumu karşısında aşıkârdır: bir kişi, yaraladığını itiraf ettiği hâlde, yaralandığı söylenen yaralı değilse, bu hâlde hangi yaralanmanın hesaplanması yapılacaktır? Veya hangi zamandaki değerlere başvurulacaktır?” Eğer, zarar, ziyan, kölenin

da; davacılar, yargıçlar, uygulamadaki avukatlar ve hukuk bilginleri, mevcut olanla idare etmişlerdir.

C. İngiliz İntifa Hakları Kanunu

İngiltere'deki pek çok olasılık arasından, sadece bir örnek seçmemiz gerekiyor. Çok iyi bilinen 1535 tarihli *İntifa Hakları Kanunu* özellikle de uygun bir kanundur. On üçüncü yüzyılda, halk, topraklarını devretmeye başlamıştı, örneğin B, toprağını, faydalanmak için elinde tutması veya "kullanımı için" A'ya devrediyordu. On dördüncü yüzyıldan itibaren bu, genel bir uygulama hâline geldi. Common law hükümleri uyarınca; adalet ve nısfete göre, mal sahibi olan B'ye, toprak üzerinden tanınan bir menfaat yoktu; fakat 1400'lerde Chancellor (yüksek dereceli yargıç), B'yi korumak için müdahale etmeye başladı. Bu durum, mal sahipliği açısından, kayda değer avantajları bulunan ikilik esasını yarattı. Başlangıçta toprak, dolaylı şekilde vasiyet edilebilir bir durum kazandı. A'nın, toprağı, B'nin isteklerine göre yönetme mecburiyeti, B'nin ölümüyle bitmedi. Böylece, B hayatta iken, hak ve nısfete uygun olarak, malının kârının, ölümünden sonraki paylaşımını da yönetebilecekti. B, hayatı boyunca kullanımı devretmek suretiyle, common law'un kötü şöhretli açık feragatname prensibinden kurtulabiliyordu. Sadece, B'nin, kârın hak ve nısfet uyarınca devri için nihyeti gerekiyordu. Bundan başka, gelecekteki menfaatlerin yaratılmasındaki kısıtlamalardan da, İntifa Hakları Kanunu yoluyla kaçınılabiliyordu. Aynı şekilde, intifa hakkı sahibinin ölümünde talep edilen feodal yüklerden de kaçınmak mümkün olabiliyordu. Hukukî mal varlığı birkaç kişiye (A sıfatıyla hareket eden) de devredilebiliyordu. Bu kişiler, ortak intifa hakkı sahibi oluyorlardı. Ortak intifa hakkı sahiplerinden biri öldüğünde, onun payı, hayatta olan intifa hakkı sahiplerine geçiyordu. Böylece, feodal harçların ödenmesinden kaçınmak için, A'nın ölümü hâlinde, hukukî mal varlığının, hiçbir zaman başkasına intikal etmemesini sağlamak yeterli oluyordu. Hak ve nısfet uyarınca menfaat sahibi olan B'nin ölümünün ise, konuyla ilgisi yoktu. Üstelik, bu hile, hakkın ceza nedeniyle kaybedilmesinden ve mülkün devlete intikalinden de kurtulmayı sağlayabiliyordu. Bir intifa hakkı sahibi, hükümdara karşı hıyanet suçunu işlerse, common law uyarınca, kiracısı olduğu toprak ceza olarak devlet hazinesine intikal ediyordu. İntifa hakkı sahibi mahkûm edilir veya dolandırıcılığı nedeniyle kanunî haklarından yoksun bırakılırsa, toprağı bir yıl ve bir gün süre ile devlet hazinesine intikal ediyor ve bu durumda da toprağı, o yöredeki Lord'un mülkiyetine geçiyordu. Bununla birlikte, suç komisyonu önünde intifa hakkının kaldırılıp, hukukî mülkün devralınması sırasında, suç işlemiş olan kişinin ailesinin finansal menfaatleri korunabiliyordu.

İntifa hakkındaki bu gelişme, kralın malî çıkarları için zararlıydı, çünkü kral, feodal harçlarını kaybediyordu.^{31.1} Sonuç itibariyle, Kral VIII. Henry, 1529 yılında intifa haklarını kaldıran kanunu destekledi. Fakat, toprakları üzerindeki vasiyet yapma hürriyetini ellerinde tutmak isteyen toprak sahipleri ile irat

son otuz gündeki değeri olsaydı, dava açık ve kesin olmayacaktı; ancak, hesaplama sadece verilen şimdiki zarar, ziyana göre yapılırsa, dava açık ve kesin hâle gelebilir.

^{31.1} İntifa hakkının mevcut olmasının, genelde diğer feodal hükümdarları kötü şekilde etkilemediğini de not etmek gerekir –tebaalarından kaybettikleri feodal harçları, onlar da kendi hükümdarlarına ödemedikleri için, kazançlı çıkıyorlardı.

bağlama ve vasiyet metinlerini kaleme alan avukatlar, Kral Henry'e muhalefet ettiler. Kral Henry, common law'daki suiistimaller hakkında geniş bir soruşturma başlatarak gözdağı vermek istedi. Sonunda, 1535 yılında İntifa Hakları Kanunu çıkarıldı. İntifa Hakları Kanunu aslında, hukukî mülk ile hak ve nisfete dayalı mülk ayrımını ortadan kaldırıyordu. Kanuna göre, toprağını başka birine intifa hakkı ile veren kişinin bu toprağı, intifa hakkı sahibinin meşru olarak temellük ettiği mülk oluyordu. Böylece, B'nin hak ve nisfete dayalı mülkü, hukukî mülkü hâline geliyor ve A'nın toprak üzerinde hiçbir menfaati kalmıyordu.

Kanun, kralın parasını artırması bakımından çok başarılıydı, fakat halk tarafından hiçbir şekilde benimsememişti. Halkın benimsememesi; sadece mali yükleri tekrar getirdiği için değil, büyük evlât hakkı esasını da koyduğu içindi –toprak sahipleri bir süre önce kendi düzenlemelerini yapmış olsalar da. Neticede, 1540'ta Vasiyet Kanunu yürürlüğe girdi. Bu kanuna göre; toprağı tasarruf hakkı bulunan kişiye, socage (bir meblağ veya hizmete bedel olarak mülkü tasarruf hakkı) ile bulundurduğu toprağı vasiyet etme hakkı veriliyor, ayrıca şövalyelik hizmeti karşılığında bir kişiye verilen toprağın üçte ikisini de bu kişinin vasiyet etme hakkı getiriliyordu. Para değerindeki alışlagelen düşüş ve feodal toprağı elde tutma hakkı veren askerî ayrıcalıkların iptali ile, en geç 1600'lerde İntifa Hakları Kanunu'nun devamında kral açısından pek az yarar kalmıştı.

Buna rağmen, kanun mevcudiyetini sürdürdü. Temliknâme verenler baştan beri kanunda kaçamak yollar bulmuşlardı. Uyguladıkları hile, daha sonraları kanunun etkisini büyük ölçüde azaltmıştı, topraklarını şu şekilde vasiyet ediyorlardı: "A'ya ve mirasçılarına, B'nin ve mirasçılarının kullanımı için C'nin ve mirasçılarının kullanımı için." Oysa, İntifa Hakları Kanunu'ndan önce, sadece B lehine kullanım hakkı geçerliydi. Bir kullanım hakkı üzerinde bir başka kullanım hakkı olmuyordu. Bu durum, kanundan kısa bir süre sonra, davalarla teyit edilmişti. Fakat, on yedinci yüzyıldaki bir dönemde –bu süreçteki adımlar açık değildir– C'nin kullanım hakkının geçerli olması, vasiyet sahibinin isteğine göre kabul edilmeye başlandı. Kanun, birinci kullanım hakkını uygulama, fakat ikinciyi uygulamama şeklinde işletildi. İkinci kullanım hakkı, açıklık sağlanması amacıyla emanet olarak isimlendiriliyordu. O zamanlar, kabul edilen uygulamaya göre, temliknâmelerde A'nın adına atıfta bulunulmuyordu. Vasiyetnamenin geçerli olması için, "B'ye ve mirasçılarına ve kullanımlarına, C'nin ve mirasçılarının himayesinde" ibaresini taşıması gerekiyordu. İntifa Hakları Kanunu, 1925'te çıkarılan Mülk Kanunu ile yürürlükten kaldırıldı.³²

İntifa Hakları Kanunu, bu kapsamda, çok öğretici bir örnektir. Özellikle, yürürlüğe giren bir kanunun, daha sonra kanun yapma yoluyla kolay kolay kaldırılamadığını göstermektedir. Hatta, yüksek oranda izlenebilirliği olan özel kanunlarda durum böyledir. Ayrıca, burada olduğu gibi, kanunun istenilen bir gelişmenin önünü kesmesi de gözlemlenen bir olgudur. "B'ye mirasçılarına ve kullanımlarına, C'nin ve mirasçılarının himayesinde" ibaresini taşıyan bir vasi-

³² İntifa Hakları Kanunu'nun bu özetlenmiş açıklaması ve tarihi için bkz. J. BAKER, AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY 133 – 136 (1971); G. CHESHIRE & E. BURN, MODERN LAW OF REAL PROPERTY 39 – 59 (13. baskı 1982); S. MILSON, HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW 225 (2. baskı 1981).

yetnamenin geçerli kabul edilmesi çok uzun bir zaman aldı. Kralın feodal harçları, başka yollardan yine sağlanabiliyordu.³³

Milson, İntifa Hakları Kanunu'ndaki³⁴ “kâbuslu sonuçlar”dan bahsedip, soruyor: “İntifa Hakları Kanunu ve Vasiyetler Kanunu’nu yapanların basiret yoksunluğu ile suçlanmaları mantıklı mıdır?”³⁵ Bir açıdan bu soru acayip görünmektedir: kanunu yapanların, uzun zaman sonra kanunlarının nasıl yorumlanacağını öngörebilmeleri hiçbir zaman beklenemez. Bir başka açıdan, Milson’ın sorusunda ima ettiği –belki de niyeti bu değildi– kanunu yapanların, yaptıkları kanun ne kadar yetersiz olursa olsun, yerine bir yenisinin yapılamayacağı varsayımı ile çalışmış olduklarıdır. Bu akıl yürütme, gördüğümüz gibi doğru değildir.

D. Vizigot Kanunu

Yapılan kanunun uzun süre yürürlükte kalmasının Kıta Avrupası’ndaki bir örneği Vizigot Kanunu’dur. Vizigot Kanunu (veya *Liber iudiciorum* veya *Liber iudicum*) Kral Recesvind tarafından çıkarılmış olup, 654 yılına kadar olan Vizigot hukukunu kapsar. Fas’ın işgal edilmesinden sonra bile, İspanya’nın Septimania ve Catalonia bölgelerinde şahsın hukuku olarak kullanılmaya devam etmiştir. Fas’ın zapt edilmesi sırasında, Faslılardan ele geçirilen çok sayıda şehirde yürürlüğe konularak yeni bir önemle ortaya çıkmıştır. Sonradan, Castile hukukunun önemli bir parçası olarak, Vizigot Kanunu Yeni Dünya’ya bile ihraç edilmiştir.³⁶ *Fuero Juzgo* yürürlükten kalktıktan sonra, *Fuero Real* (1255) ve *Las Siete Partidas* geniş ölçüde onun yerini almıştır. Bunların her ikisi de, Alfonso X’e aittir. Bu kanunların her biri uzun süre kabul gördükten sonra, Amerika’daki İspanyol sömürgelerinde de uygulanmıştır.

E. Ordenações Filipinas

Ordenações Filipinas, İspanya Kralı II. Philip’in 1603 yılında Portekiz ve İspanya için yürürlüğe koyduğu kanunlardır. Bu kanunlar başlangıçtan itibaren eksik ve kusurludur. Lisanı muğlaktır, sık sık çelişkiler vardır, uzun ve ayrıntılıdır, bunların üstüne bir de pek çok boşluğu vardır. Özellikle dördüncü kitabın konusunu teşkil eden özel hukuk bölümünde önemli boşluklar görülür.³⁷ Boşlukların pek çoğu, esas itibarıyla Roma Hukuku ile doldurulmuştur. Roma Hukuku ile doldurulan bu boşluklar, Accursius’un ve Bartolus’un parlak görüşleri ile, yardımcı bir kanun olarak resmî bir statü kazanmıştır.³⁸ 1769’daki Lei da Boa Razão, yasakladığı diğer bazı konuların yanında, kanundaki boşluklara farklı bir yaklaşım getirerek, Accursius’un, Bartolus’un ve diğer hukuk uzmanlarının görüşlerine müracaat edilmesini yasaklamış ve davalarda

³³ Bkz. e.g., J. BAKER, *supra* not 32, 218’de; S. MILSON, *supra* not 32, 220’de.

³⁴ S. MILSON, *supra* not 32, 219’da.

³⁵ *Id.* 227’de.

³⁶ Bkz. e.g., T. VALIENTE, *MANUAL DE HISTORIA DEL ESPAÑOL* 120ff. (4. baskı 1983).

³⁷ Bkz. e.g., G. Braga da Cruz, *A formãcao histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, 50 REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE’ DE SÃO PAULO 32, 35 (1955).

³⁸ Ordenações Filipinas, 3. cilt, titulo LXIV (F.H.M. De Almoda baskısı 1966).

kanunların ruhuna göre karar verilmesi hükmünü getirmiştir.³⁹ *Ordenaçoës Filîpinas*, Brezilya 1822'de bağımsızlık kazanıncaya kadar yürürlükte kalmıştır. Ancak 1917'de *Codigo Civil Brasileiro*'nun yürürlüğe girmesine kadar, *Ordenaçoës Filîpinas*'ın temel prensipleri özel hukukun esasını oluşturmaya devam etmiştir.

III. KANUN KOYUCULARIN İLGİLENMEDİKLERİ ALANLAR

Üçüncü önerme, (ki üzerinde durmamız gerekmiyor)⁴⁰ kanun koyucuların ve kanun yapan meclislerin, kanun yaparken az ilgilendikleri görülen pek çok alan olduğudur. Kanunlarında radikal değişikliklere açıkça ihtiyaç duyulan, fakat hiçbir değişiklik olmayan veya gelecekte pek az değişiklik beklenen bir ülkeden, bu konudaki en iyi örnekler alınabilir. Daha önceden kanun bulunan hâlde de, bulunmayan hâlde de, bu durum ortaya çıkar. *lex Aquilia* yine Roma'dan bir örnektir. İngiltere'den, zorunlu toprak tescilini ve feodal ayrıcalıkların 1925'e kadar kaldırılmasını öngören dikkat çekici örneğin başarısızlığı, seçilebilir.⁴¹ Diğer örnek, yazılı iftira ve sözlü iftira arasındaki ayrımı ortadan kaldırmayı öngören kanundaki başarısızlıktır. Bu ayrım pek çok kişi tarafından kınanıyor ve bu yüzyıldaki hiçbir akademisyen tarafından desteklenmiyordu. Oysa, İftira Kanunu'nda fazlasıyla ihtiyaç duyulan reform, genel olarak başarısızlığa uğruyordu.⁴² Temliknâme verilmesine ilişkin İskoç Kanunu da bir başka örnektir.⁴³

IV. KANUN YAPMA SIRASINDA POLİTİK, SOSYAL VEYA EKONOMİK MESAJLARIN EKSİKLİĞİ

Çok şaşırtıcı da olsa, dördüncü önerme şudur: en tanınmış kanun yapıcıları bile, yaptıkları kanunlara, ayrıntılı şekilde politik, sosyal veya ekonomik mesajlar koymakla özel şekilde ilgilenmemişlerdir. Her ne kadar hukuk tarihçileri, hususiyeti olan bir kanuna baktıklarında, politik ve ekonomik düzen hakkında özel bağlantılar bulunduğunu iddia etseler de, bu iddialar çok kere özden yoksundur. Kanun koyucuların özel mesaj verme konusundaki ilgisizlikleri, Justinian'da, Büyük Frederik'te, Napolyon'da ve hatta Atatürk'te görülebilmektedir. Bu durum, bu tarihi şahsiyetlerin belirgin politik amaçları olmadığı anlamını taşımaz, fakat içinde buldukları çok yoğun şartlar içinde, özel hukuk kanunlarına ağırlıklı bir ilgi gösterme durumunda olmadıklarını gösterir. Büyük ölçüde politik bir hareketin bizzat kendisi, tesirli bir kanun yapma anlamını taşır, fakat kanun koyucunun ana amacı, kanunu daha kolay anlaşılır hâle getirmek, ülkedeki hukuk kurallarını birleştirmek, devleti modern hâle getirebilmek için hukuku modernize etmek veya kanunları kullanılmaya daha

³⁹ Bkz. e.g., G. BRAGA DA CRUZ, *supra* not 37, 62'de; cf. L. DELGADO, *QUADRO HISTORICO DO DIREITO BRASILEIRO* 92 (1974).

⁴⁰ Genel olarak bkz. A. WATSON, *SOCIETY AND LEGAL CHANGE* (1977).

⁴¹ Gerekçe için, bkz. *id.* 47 – 60'da.

⁴² Gerekçe için, bkz. *id.* 61 – 79'da.

⁴³ 1979 tarihli Toprak Tescili Kanunu'nun (İskoçya) kabulü sırasındaki konuşmalardan aktarmalar için, bkz. 24 J. OF THE L. SOC'Y OF SCOT. 235 – 36 (1979).

uygun hâle getirmektir. Bununla birlikte böyle amaçlar, toplum için “daha uygun” kuralların araştırılmasında yetersiz kalabilir.

A. Justinian

Justinian'a ve ona destek olanlara gelince, *Code*, *Digest* ve *Institutes* kanunlarındaki devamlılık gösteren kuralların, çok belirli bir toplumsal düzene uydurulmuş olduğu bilgisini, herhangi biri, hemen hemen *a priori* olarak dik-kate alacaktır. Justinian'ın niyeti eğer bu olsaydı, *Code*'u ve *Digest*'i, eski tarihlerdeki imparatorlardan ve hukukçulardan aktarılan bilgileri temel olarak oluşturmazdı. Bu aktarmaların seçilerek tespit edildiğine ve çağlarındaki ilgi alanlarını bir ölçüde yansıttıklarına şüphe yoktur, fakat bugünün şartlarına uygulanacak ifadeleri geçmişten seçip almak, içinde bulunulan dünyaya uyarlanacak hukuk kurallarının sağlanması için benimsenmesi zor bir yoldur. Üstelik, *Digest*, daha az ölçüde de *Code*, Roma'daki putperest dünyayı ve çeşit çeşit ekonomik şartlarını yansıtmakta olup, Constantinople'un Hıristiyan dünyasını aksettirmemektedir. Gerçekten, *Digest* ve *Code* büyük ölçüde, farklı dünyaları temsil etmektedir. Görünürde *Digest*'in metni, Alexander Severus'un 235'teki ölümünden sonraki döneme atfedilmektedir, fakat *Code*'un en geniş bölümü, büyük bir farkla, bu tarihten sonraki zamana ait bulunmaktadır. Bu itibarla *Digest*, *Code*'dan farklı olarak, Diocletian'dan önce, yüzyılın ortasındaki ekonomik iflâsı yansıtıyor olamaz. Diocletian'ın ve sonra gelen hükümdarların istibdadı, Constantinople'e gidiş, Hıristiyanlığın yükselmesi ve yaratıcı hukukçuların yokluğu da dikkate alınmalıdır. *Digest* ve *Code* arasındaki bu farklar, bu iki kanunun birbirinden bağımsız olarak hazırlandıkları dikkate alındığında, içinde bulunulan şartlar çerçevesinde daha da anlamlı hâle gelmektedir. Bulunan kanıtlara göre, Justinian, önce *Code*'un hazırlanması için emir vermiştir. Justinian'ın niyeti, klasik hukukçuların yazılarını toplayıp, özetlemek ve kanun olarak neşretmek değildir. Ancak eğer *Digest*, Justinian'ın eski kanunu almak şeklindeki ikinci aşama düşüncesini temsil ediyorsa, 529 yılında ilk *Code*'un tamamlanmasından ve ondan sonra gelen düzenlemelerin 534 yılındaki ikinci kanunun içine dahil edilmelerinden sonra, *Eller Kararı*'n yürürlüğe konulmasının bir açıklaması bulunmuş olur. *Eller Kararı*, çeşitli kaynaklardan toplanan düzenlemelerin *Digest*'teki başlangıç kısmını teşkil etmiştir. Fakat, *Code* ve *Digest* gibi böylesine birbirinden farklı iki eserin, aynı imparatorun himayesinde birbirinden bağımsız olarak tasarlanmış olmaları, bunlardan birinin veya her ikisinin de, bütünüyle belirli politik, sosyal veya ekonomik mesajlar içeren bağımsız hukuk kuralları ortaya koydukları düşüncesini yalanlamaktadır. Buna ilâveten, Justinian'ın kanun derleyicilerine verdiği emirler ile birinci *Code*'daki, ikinci *Code*'daki ve *Digest*'teki başlangıç bölümleri, Justinian'ın başka bir kitaptan alıntılar yapılarak, topluma herhangi özel bir yapı kazandırılmasına veya böyle bir toplumsal yapının sürdürülmesine izin verdiğine dair hiçbir ifade taşımamaktadır. Ayrıca, ilk *Code*'un iki başlangıç bölümünden, derleyicilerin işe başlaması ile ilgili ilkinde ve işin tamamlanıp yürürlüğe konulması ile ilgili ikincisinde, Justinian'ın ne istediğini bildiren beyanları mevcuttur. Aynı zamanda ikinci *Code*'un yürürlüğe konulmasını teyit eden başlangıç bölümü ile *Digest*'te, derleyicilerin işe başlaması ile ilgili başlangıç bölümü ve işin tamamlanıp yürürlüğe konulması ile ilgili başlangıç bölümü de elimizde mevcut bulunmaktadır.

B. Büyük Frederick

Prusya'lı Büyük Frederick, hukuku, “*Das Project des Corpus juris Fredericiani, d.h. S.M. in der Vernunft und Landes verfassungen gegründetes Landrecht, worin das Romishce Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema nach denen dreyen Objectis juris gebracht*”da kanun hâlinde topladı. Bu metin, 1749 – 1751 yılları arasında Halle’de neşredildi. Bu hususî başlık öğreticidir: “*Corpus juris Fredericiani* için Proje, Majestelerinin Topraklarındaki Hukuktur. Adalet ve Bölgelerin Anayasalarına Dayanarak Vazedilmiştir. İçinde Roma Hukuku, Kanunların Üç Amacı ile Uyumlu Şekilde, Tabii bir Düzen ve Haklılığa Dayalı Sisteme Aktarılmıştır.” Yani, *ius commune*’yi vermektedir ve gerçekte Justinian’ın *Institutes*’ine göre düzenlenmiştir. Burada, Prusya topraklarına özgü yeni bir hukuk düzenlemeye teşebbüs edilmemiştir. Şüphesiz ki, Başlangıç bölümündeki bazı paragraflar, özellikle 15, 22, 23 ve 28. paragraflar, *Projeye* teşebbüs edilmesine hız kazandıran saikleri kaleme alanlar için, bu saiklerin bağımsız *ius commune*’den memnuniyetsizlik olmadığını, fakat kanunun ne söylediğini bulmak olduğunu açık şekilde belirtmektedir –Justinian’ın *Corpus Juris Civilis*’inin yetersiz düzenlemesi ve sonraki hukukçuların yazdıklarının çok fazla olması nedenleriyle. Birinci kısmın ikinci bölümünde, birinci kitapta, Frederick, Alman İmparatorlarının ellerine geçtiği zaman Roma kanununu sistematize etmemiş olmalarının sadece esef edilecek bir şey olduğunu beyan etmektedir. Frederick’in başlangıçtaki amaçları –en azından meşhur Şansölyesi Samuel Cocceji’nin anladığına göre– ilk eserindeki temel hamle ile en iyi şekilde ortaya çıkmaktadır.⁴⁴ Frederick’in sonraki başarılı kanun hâlinde toplama teşebbüsleri yeni bir hukukçular ve filozoflar nesline çok şey borçludur.⁴⁵

C. Alman Kanun Yapımcıları

Almanya’da, on beşinci ve on altıncı yüzyıllar boyunca, pek çok şehir, kasaba ve köy, kendi kanunlarının yenilenmiş hükümleriyle karşılaştılar. Gerald Strauss’un işaret ettiği gibi: “Belediye ve bölge reformlarındaki önsözlere inanmak gerekirse, bunlar Almanya’da önem verilmeyen bir nedeni taahhüt etmektedir: eski kuralları tek bir kanunda toplayıp, açıklık ve tekdüzelik sağlayarak, hukukun her alandaki belirsizliğine son vermek.”⁴⁶ Ana amaç, kanunda özel politik ve sosyal mesajları toplamak değil, daha ziyade kanunun özünü anlaşılır hâle getirmektir.

⁴⁴ F. WIEACKER, PRIVATRECHTSGESCHICHTE DER NEUZEIT 328 (1967). Frederick William’in 1714’teki orijinal düşüncesi, Roma hukukunun yeniden kaleme alınmasıydı. *Bkz. e.g., Wagner, Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, WISSENSCHAFT UND KODIFIKATION DES PRIVATRECHTS IM 19 JAHRHUNDERT 191’de* (H. Coing & W. Wilhelm baskısı 1974).

⁴⁵ *Bkz. F. WIEACKER, supra not 44, 329 – 34’te.*

⁴⁶ G. STRAUSS, LAW, RESISTANCE, AND THE STATE 85 (1986). Bu, yeniden daha iyi şekillendirme çalışmaları için, daha sonraki sayfalarına bakınız.

D. Napolyon

Code Civil'in hazırlanmasına, Napolyon şahsen büyük bir ilgi gösterdi. Bu kanunlaştırma ile, özel politik, sosyal ve ekonomik mesajlara uydurulmuş, devamlılık gösterecek bir kanunu, şartların yarattığı şeklindeki öneriyi desteklemek zordur. Başka yerde, bu durumun, haksız fiildeki sorumluluk hâlinde söz konusu olduğunu ileri sürmüştüm.^{46.1} Bu olgu, başka alanlarda da doğrudur. Bu defa, örf ve âdet hukukunun hâkim olduğu bir hukuk dalına bakmamız gerekiyor ve burada yeni fikirlerin etkisini bulmayı beklemeliyiz. Evlenme yoluyla oluşan mal varlığı hakkındaki bir kanun üzerinde ihtilâlcî düşüncenin ve Napolyon'un gayretinin ne etkisi olabileceğini anlamak kolay değildir. Ayrıca, bunun farkında olma konusunda hukuk tarihi ne ölçüde yaklaşım göstermiştir?

Code Civil'in 1387. maddesi, kanunun, evlilik beraberliğindeki mala ilişkin konuları düzenlemediğini, sadece eşlerin gerekli gördükleri takdirde bu konularda yaptıkları özel anlaşmalar bulunmaması hâlinde, kanunun uygulanacağını belirtmektedir. Ancak, eşler arasında yapılmış bulunan bu özel anlaşmaların, iyi ahlâk kurallarına aykırı olmaması şarttır. Sözleşme yapma ile ilgili bu hürriyet eski değildir. On altıncı yüzyıla kadar, evlilik rejiminin seçimi konusu bilinmiyordu. Fransa'nın her bölgesinde tek bir evlilik rejimi uygulanıyordu. Örf ve âdet hukukunun uygulandığı bölgelerde (*pays de droit coutumier*), mal ortaklığı düzeni, ve yer yer çeşitli kesin düzenlemeler vardı. Yazılı hukukun uygulandığı bölgelerde (*pays de droit écrit*) ve aynı zamanda Normandiya'da çeyiz sistemi vardı.⁴⁷ Kanunun 1390. maddesi, eşlerin genel olarak evlilik beraberliğinin, bir örf ve âdete ya da daha önce Fransa topraklarının farklı yörelerinde uygulanan ve *code* ile iptal edilmiş bulunan diğer bir kanuna göre düzenleneceğini şart koşmalarını yasaklıyordu. 1391. madde, eşlerin genel olarak mal ortaklığı rejimi uyarınca veya çeyiz rejimi uyarınca evlendiklerini bildirmelerine izin veriyordu. İlk hâlde, düzenleme, görünürde *Code*'un 1399 – 1539. maddelerine tâbi oluyordu (fakat gerçekte, 1399 – 1496. maddelerin bulunduğu ikinci bölümün ilk kısmı uygulanıyordu). İkinci hâlde, düzenleme, *Code*'un 1540. maddesinden 1581. maddesine kadar olan hükümlerine tâbi tutuluyordu. 1393. maddede ise, mal konusunda eşler arasında özel düzenlemeler bulunmadığı takdirde, 1399. madde ile 1496. madde arasındaki hükümlerin, Fransa'nın common law'unu teşkil edeceği belirtiliyordu.

Böylece, 1804 tarihli *Code Civil* hükümleri uyarınca eşler mal varlıklarının yönetimi için özel düzenlemeler yapabiliyorlardı. Fakat, bu düzenlemeleri yapmamışlarsa, 1399 – 1496. maddeler kapsamında belirlenip hükme bağlanmış olan, mal ortaklığı rejimi esasları evlilikte geçerli oluyordu. Bu özel mal rejimi, eşlerin, genel olarak yaşadıkları yerdeki toplumun kuralları çerçevesinde evlendiklerini bildirmeleri hâlinde de geçerli oluyordu. Eşler, kendi düzenlemelerini yapabilme hususundaki hürriyetleri ile uyumlu şekilde, kadının kocasına bir çeyiz getirmesi için de anlaşabiliyorlardı. Eğer eşler, evliliklerinde genel olarak bir çeyiz rejimi olacağını beyan etmişlerse, tarafların hakları, 1540 ile 1581. maddeler arasındaki hükümlere tâbi oluyordu.

^{46.1} A. WATSON, FAILURES OF THE LEGAL IMAGINATION 1 – 33 (1987).

⁴⁷ Bkz. L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, DROIT CIVIL 4, 1'de (1959).

Bu durumda, mal ortaklığı rejimlerinden hangisi Fransa'nın common law'unu teşkil edecektir? Ve çeyiz rejiminin uygulanacağı beyan edildiği hâlde, ayrıntıları belirtilmemişse, uygulanacak çeyiz rejimi, hangi rejimdir? *Code Civil*'i hazırlayanlar bu kuralları nasıl öne sürmüşlerdir ve bu kuralların kaynakları nelerdir?

İhtilâl sırasında, muhtelif ortaklık rejimleri arasında, *Paris Gelenek ve Göreneği* (*Coutume de Paris*) büyük farkla en yaygın olanıydı ve hatta Fransa'nın common law'u olarak nitelendirilebilirdi. Bu *Gelenek ve Göreneğin* kuralları, hukukî mal ortaklığının (*communauté légale*) temelini oluşturdu. Daha yeni ve daha iyi kurallar bulmak için çok fazla araştırma yapılmadı. 1803 yılının Eylül ve Ekim aylarında Devlet Konseyi'nde (Conseil d'Etat) yapılan müzakereler, öğretici niteliktedir.⁴⁸ Common law'un olup olmaması konusundaki ilk müzakere konusu dışında, kuralların içeriği hakkında, göreceli olarak daha az tartışma veya memnuniyetsizlik vardı. Büyük farkla en parlak gerekçe, Maleville tarafından öne sürüldü, ancak 1401. maddenin metnine olan muhalefeti başarılı olamadı. Hem Maleville'in, hem de karşıtı Berlier'nin öne sürdüğü gerekçeler önemliydi. Maleville, bu madde ile, eşlerden birine daha sonra gelecek malların ve menkul hediyeleşmelerin de diğer eşle paylaşılacağını öne sürerek şöyle diyordu:

Bu prensip o kadar gariptir ki, mal ortaklığını kabul eden gelenek ve göreneklerde bile, eşlerin, birbirlerinin borçlarından sorumlu olmayacaklarını; kendilerine ait menkul malların kısmen veya tamamen kendi mülkiyetlerinde kalacağını; aynı kuralın kendilerine daha sonra gelecek mallar ve hediyeler için de geçerli olacağını şart koşmaları gerekecektir. Paris'te yapılan evlilik sözleşmelerinde, yüz sözleşmeden on adedi bile, burada belirtilen hukukî mal ortaklığına göre onaylanmamaktadır. Ve siz bu düzenlemeyi, onu her zaman reddetmiş olanlara kural olarak kabul ettirmek istiyorsunuz!⁴⁹

Berlier'nin cevabının başlangıcı şöyleydi:

Bay Maleville, evlilikteki mal ortaklığını basit bir mal edinme ortaklığına dönüştürerek, ülkenin örf ve âdet hukukundaki en fazla yaygın olan uygulamalarından sapılmasını teklif ediyor: çok büyük ölçüde müracaat edilen Paris gelenek ve göreneği ve diğer gelenek ve göreneklerin çoğunluğu, eşlerin karşılıklı menkul mallarını, mal varlığı ortaklığına dahil etmektedir. Ve bu düşüncenin hâlen önemli bir ağırlığı mevcuttur, ciddi gerekçeleri olmadan birinin yeni şeyler icat etmemesi gerekir.⁵⁰

⁴⁸ Bkz. 13 P. FENET, RECUEIL COMPLET DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL 492 – 93 (1968).

⁴⁹ *Ce principe est si extraordinaire que, dans les coutumes même qui admettent la communauté, il est d'usage de stipuler que les époux ne seront pas tenus aux dettes l'un de l'autre; que leur mobilier leur demeurera propre en tout ou en parti; qu'il en sera de même des successions ou donations qui pourront leur advenir: en sorte que, sur cent contrats de mariage qui se passe a Paris même, il n'en est pas dix où l'on se tienne à la communauté légale telle qu'elle est ici présentée. Et l'on voudrait la donner pour regle a ceux qui l'ont toujours rejetée! Id. 550'de.*

⁵⁰ *Qu'en réduisant la communauté conjugale à une simple société d'acquêts, M. Maleville propose de déroger aux habitudes les plus générales du pays coutumier: car la coutume*

Böylece Maleville, *Code Civil*'in, *Paris Gelenek ve Göreneği*'ne uyan bir hükmüne karşı çıkıyordu. Gerekçeleri şöyleydi: ilk olarak, Paris'te bile bu kuralları istenmiyordu, ikinci olarak, evlilik sözleşmesi yapanların %90'dan fazlası farklı kuralları kabul etmişlerdir. Karşı gerekçe (nihayetinde galip gelen) bu hükmün *Paris Gelenek ve Göreneği* ile ilgili kuralları ve genellikle gelenek ve göreneklerle ilgili kuralları getirdiği ve birinin güçlü nedeni olmadan, yeni şeyler icat edemeyeceğiydi. Evlilikte mal varlığı kurallarını yeniden düzenlerken, devrimci isteğin bulunmadığını kanıtlamak için, bunlardan daha güçlü gerekçeler olamazdı.

1540'tan 1581'e kadar olan maddelerde düzenlenen çeyiz rejimi hakkındaki kurallar, *Code Civil*'in özel bir yeni politik, sosyal veya ekonomik mesaj vermesi açısından başarısızlığını kanıtlamada aynı ölçüde önemlidir. Çünkü, genellikle bunlar, sadece *yazılı hukukun uygulandığı bölgelerde (pays de droit écrit)* Roma hukukundan gelip, söylenmeden anlaşılan basit kurallardır. Gerçekten, 1559. madde, daha önce kabul edilmeyen bir Roma hukuku kuralını getirmiştir. Duveyrier'e göre, Roma hukuku daha önceleri kabul edilmemiştir, çünkü eski rejimin politik kurumları, şimdi görevde olanlardan farklı şekilde, Romalıların politik kurumlarına benzer değildi.⁵¹ Ancak, teklif edilen çeyiz hakkındaki kuralların, Devlet Konseyi'nde çok az tartışmaya yol açtığıнын önemini de belirtmek gerekir.

Fakat, biraz daha geriye gitmemiz icap ediyor. VIII. Yılın 24 Thermidor'unda (ilk Fransız Cumhuriyet takvimine göre 11. ay, 19 Temmuz – 17 Ağustos) komisyonun, kanun için sunduğu proje, mal ortaklığı kurallarından, kanunlardan ve özel sözleşmelerden bahsediyor, fakat çeyiz hakkında bir şey söylemiyordu. Bu durum, Güney Fransa'da öyle büyük bir kızgınlığa sebep oldu ki, daha sonraki projede çeyiz hakkında çok sayıda hüküm yer aldı.⁵² Bu, Estienne Pasquier'nin (1529 – 1615) kehânetini doğruladı:

Ülkede yazılı hukuktan geçinenlere sorun, size mal varlığının ayrılmasının, kıyas kabul etmez şekilde mal ortaklığından daha iyi olduğunu söyleyeceklerdir. Örf ve âdet hukukunun bulunduğu ülkede, bu tür hukuktan geçinenler ise, kanaatlerini mal ortaklığı lehinde belirteceklerdir. Bu kadar fazla istibdat, üzerimizde, uzun ve eski örf ve âdetin uygulanmasına yol açmaktadır.⁵³

Fransız İhtilâli ve sonraki olaylar, Fransız özel hukuku üzerinde gerçekten bir etki yaratmıştır. Özellikle, kişisel statülerde ve feodal mal varlığı kavramlarının ortadan kaldırılmasında bu etki gözlemlenmiştir. Fakat, açık şe-

de Paris, dont le ressort était immense, et le plus grand nombre des autres, confondait le mobilier respectif des époux dans la communauté; et cette considération est déjà de quelque poids, car il ne faut pas innover sans de graves motifs. Id. 551fde.

⁵¹ *Id.* 758'de.

⁵² *Bkz. e.g., C.-B.-M. TOULLIER & J.-B. DUVERGIER, LE DROIT CIVIL FRANÇAIS 6.2, 7.2, 5ff.'de, 25f. (6. baskı n.d.).*

⁵³ *"Interrogez ceux qui sont nourris au pays de droit écrit, ils vous diront que la séparation de biens est sans comparaison meilleure que la communauté, et ceux du pays coutumier donneront leur arrêt en faveur de la communauté de biens. Tant a de tyrannie sur nous un long et ancien usage."* E. PASQUIER, *LES RECHERCHES DE LA FRANCE*, liv. IV., ch. XXI, col. 411 – 12 (1923).

kilde, ani ve devrimci şekilde kuralları resmen yürürlüğe koyma uygulaması, pek çok alanda görülmedi, kanunları hazırlayanlar, bütün tartışmalarına rağmen, köklerini geçmişten alan ve özel politik, sosyal, ekonomik veya ahlâkî mesajlar temelinde açıklanamayacak kurallar ortaya koydular. Gerçekten, bazen zora başvuran hukukî değişikliklerin sadece kanun yoluyla konulması şaşırtıcı değildir. Şaşırtıcı olan, değişikliğin akla gelmediği alanların bu kadar geniş olmasıdır.

E. Atatürk

Türklerin hayatını yeniden düzenlemek ve modernleştirmek isteyen (ve çok başarılı olan) Atatürk⁵⁴, 1926 yılında Türk Medenî Kanunu'nu (*Türk Kanunu Medenîsi*) yürürlüğe koydu. Bu kanun, gerçekte, iki İsviçre kanununu ihtiva ediyordu, *Schweizerisches Gesetzbuch* ve *Obligationenrecht*. Bağımsız şekilde yapılan değişiklikler pek az ve sadece önemsiz konulardaydı. Fakat asıl dikkat çekici olan, bu iki İsviçre kanununu hazırlayanların, bu iki kanunu İsviçre'ye uygun ve millî İsviçre anlayışı ve ahlâkî bilinci ile uyumlu görmeleiydi. Bununla beraber, Türk evlilik hukukunun şartları ve ortamı hakkında N.Y. Gürpınar şöyle yazıyordu: "Ayrıca, Türkiye'deki devrimi müteakip, genç cumhuriyetin prensiplerine uygun bir hukuku süratle yaratmak gerekiyordu. Bunun için Türk Medenî Kanunu, İsviçre'den alınmıştır."⁵⁵ Daha geniş çerçevede modern bir Türk kanununa olan ihtiyacı açıkladıktan sonra, B.N. Esen şöyle yazmaktadır:

Gerçek durum buydu. İsviçre her zaman *mükemmel* demokrasi ülkesidir ve hep öyle idi. Uzun bir demokrasi geçmişi olan İsviçre, medenî kanun için bu nedenle model olarak alındı. Türkiye bir an bile tereddüt etmedi. Ve 1926'da *Schweizerisches Gesetzbuch* ve İsviçre *Obligationenrecht*'i, küçük değişiklikler yapılarak, devletin yazılı kanunu olarak alındı. Eğer yabancı kökenli bu kanunlar, dörtte bir asırdan beri Türkiye'de en küçük bir güçlük olmadan uygulandıysa, bu durum, kanunların, sosyal ortamdaki manevî eğilimi tam olarak yansıtmasından kaynaklanmıştır. Bu da, kanunların yorumlandığı ve uygulandığı yerdeki hukuk ve adâlet düşüncesini ortaya koymaktadır.⁵⁶

Böylece, özel hukuk ve ticaret hukuku ile ilgili olarak, Türkiye'de demokrasiyi amaçlayan bir devrim lideri, aradığını, neredeyse tam olarak, İsviçre'nin çok farklı şartlarında hazırlanmış olan kanunlarında bulabilmektedir.

F. Sovyet Kanun Yapımcıları

Belki daha da şaşırtıcı olanı, Sovyetler Birliği'nde özel hukukun, sosyalist olmayan eski hukukuna ne derecede sadık kalmış olduğunu görmektir. Sovyet hukukunun, medenî hukuk sistemleri arasında mı yer aldığı, yoksa ayrı

⁵⁴ Watson, *The Evolution of Law: Continued* 5 LAW AND HISTORY REVIEW, 537, 550 – 53 (1987).

⁵⁵ N. GÜRPINAR, DIE ENTWICKLUNG DES TÜRKISCHEN EHERECHTS SEIT DER REZEPTION DES SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCHES 142 (Göttingen 1966) (çeviri A. Watson tarafından yapılmıştır).

⁵⁶ B. ESEN, WIE MAN IN DER TURKEI RECHT SPRICHT 16f. (1950).

bir grupta mı sınıflandırılması gerektiği konusunda teorisyenler arasında tartışma olmuştur.⁵⁷ Ancak, Alman hukukunun, özellikle Pandektenrecht şekli ile, devrimden önceki Rus hukukunu anlamlı ölçüde etkilediği genellikle kabul edilmektedir. Bu durum, kanunların taslaklarında kolaylıkla görülebilmektedir. Ayrıca, bu etkinin devam ettiği, Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'nin 1964 tarihli medenî kanunundaki yapıdan da aşikâr şekilde anlaşılmaktadır. Nitekim, birinci kısmı teşkil eden Genel Prensipler, hemen hemen eşit şekilde, Almanların *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) kanunlarının Allgemeiner Teil başlıklı birinci kitabını çağrıştırmakta ve hukukî işlemler, sürelerin hesaplanması, zamanaşımı nedeniyle hukuk davalarının sınırlandırılması gibi aynı konuları (ve sıralamaları) içermektedir. Birinci bölüm benzer konuları da atlamaktadır—e.g., “eşya”—Rus Medenî Kanunu'nun ikinci bölümü, mülkiyet hukukunu, üçüncü bölüm ise borçlar hukukunu düzenlemektedir. Diğer taraftan, BGB, ikinci kitabında borçlar hukukuna yer verirken, üçüncü kitabında “eşya” hukukunu düzenlemektedir. Rus kanunu, örneğin B. Windscheid tarafından, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁵⁸ adıyla sınırları belirtilen, gelişmiş Pandektenrecht sistemini, tam olarak burada izlemektedir. BGB'de, bu sistemin sırası değiştirilmiştir. 1922 tarihli Rus Medenî Kanunu, dördüncü (1964 kanununda yedinci bölüm) ve son kitabında miras hukukuna yer verir ki, bu düzenleme tam olarak, BGB'nin beşinci ve son kitabına tekabül eder. 1964 tarihli kanun, 1922 tarihli kanundan farklı şekilde, kitaplar ihtiva eder (BGB'de bunların karşılığı yoktur). Kitaplar, telif haklarını, keşif haklarını, icat hukukunu ve yabancılarla vatansızların durumlarını düzenlemektedir. Fakat bunlar sıra ile, Batı'daki modern medenî kanun sistemlerindeki modern medenî kanunların, bu konuları kapsaması trendini yansıtmaktadır.

RSFSC medenî kanununda Pandectist yapının varlığını sürdürmesinden daha dikkat çekici olan, sosyalizm öncesi hukukun varlığını devam ettiriyor olmasıdır. Kanunun hemen hemen bütün hükümleri, özerlerini ve düzenlenme biçimlerini, daha önce mevcut olan Pandectist kurallara veya örf ve âdet kurallarına borçludur. Gerçekten, sadece on hüküm, veya on hükümdeki bazı kısımlar, köklerini önceki hukukî gelenekten almaktan çok, Sosyalist olarak tanımlanabilmektedir, bu hükümler şunlardır: 1(1), 5, 93, 96(3), 105(3), 106, 107, 111, 137(2) ve 434.⁵⁹

Özel hukukun tamamı politikadan bağımsız değildir. RSFSC medenî kanunundaki on hükümde bulunan hukukî yaklaşım, derin değişiklikler yapabilmıştır. Fakat, eski hukukun pratik anlamı olan büyük bölümü mevcudiyetini korumuş olup, bunların amacı da, özel bir mesaj vermek değildir, sadece orada kalmışlardır. Bu çerçevede, Martin Krygier doğru olarak şunu öne sürmektedir: “Bütün geleneklerde, nakledilen geçmiş (gerçek veya gerçek olduğuna inanılan) buna katılanlar tarafından, şimdiki zamanlarının güvenilecek şekilde anlamlı parçası olarak değerlendirilmektedir.”⁶⁰

⁵⁷ Bkz. e.g., A. WATSON, *supra* not 1, 112 – 14'te.

⁵⁸ Genel olarak bkz. B. WINDSCHEID, *LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS* (9. baskı 1909 & photo. yeniden baskısı 1963).

⁵⁹ Bu görüşü, Bernard Rudden'in nezaketine borçluyum.

⁶⁰ Genel olarak bkz. KRYGIER'S LAW AS TRADITION 237 (1986).

V. YASAMA MECLİSLERİ ÇOK KERE DEVRİMCİ ÖNERİLERİ REDDETMEKTEDİR

Beşinci önerme şudur: hukuk reformu için öne sürülen devrimci öneriler, devrim sırasında bile, meclisler tarafından reddedilmekte veya etkilerinin çoğunu yitirecekleri şekilde sulandırılmaktadır. Bunun iyi bir örneği Fransa’da Cambacérés’in kanun taslaklarıdır. Diğer bir örnek, yaptığı kanun tekliflerini, hükümetlerin ciddiye almaları için Jeremy Bentham’ın yaptığı başarısız ikna teşebbüsleridir.

A. Cambacérés’in Önerilerinin Reddedilmesi

Fransız İhtilâli döneminde Fransa, her farklı yerleşim yerinin kendi hukuk sisteminin bulunduğu bir ülkeydi. 5 Temmuz 1790 gibi erken bir tarihte, Kurucu Millî Meclis (Assemblée Nationale Constituante) yayınladığı kararname ile, “medenî kanunların kanun koyucular tarafından gözden geçirilip, tekrar düzenleneceğini ve basit, açık ve Anayasa’ya uygun hukuk kurallarından oluşan genel bir kanun yapılacağını bildirdi.” Ve bu kararname, 1791 Anayasası ile şu şekilde onaylandı: “Bir tek medenî kanun yapılacak ve bütün krallığın ortak kanunu olacaktır.” Millî Kongre, 1792 yılının 25 Haziran’ında çıkardığı kararname ile, Millî Kongre hukuk komitesinin bir ay içinde bir medenî kanun projesi hazırlamak mecburiyetinde bulunduğunu belirtti. Cambacérés’in hazırlanan ilk projesi, 7 Ağustos 1792’de Kongre’ye sunuldu.⁶¹

Bu ilk proje, önceki kanunla karşılaştırıldığında devrimci bir nitelikteydi. Örneğin, şahıslar hukukunun III. başlığının, II. maddesi, karı ve kocaya, evlilikteki ortak mal varlıkları için, eşit yönetim hakkı getiriyordu. IV. başlığın, beşinci maddesi, aslında, babası bilinmeyen çocuğun statüsünü değiştiriyor ve ebeveynini bilmeyen bir kişinin, ebeveynini kaybetmiş bir kişi gibi, “öksüz” olarak nitelendirilmesini öngörüyordu. V. başlığın, ikinci maddesi, ebeveynin belli başlı görevinin, çocuklarını besleyip, büyüttükten sonra, onları eğitmek veya ziraî ya da mekanik bir ticareti öğrenmelerini sağlamak olduğunu bildiriyordu; bu konudaki başarısızlığın cezası, bütün hayatları boyunca çocuklarına yiyecek temin etmek olacaktır. VI. başlık, boşanmayı düzenliyor ve önce basit bir mekanizma ve aile meclisinin kararını öngörüyordu. Boşanma için hiçbir prensibe gerek duyulmayacak ve hatalı davranmış olan eşe hiçbir ceza verilmeyecekti. Evlât edinme –Fransa’da son zamanlarda kabul edilmişti– VII. başlık altında düzenlenmişti. Bekâr ya da evli, reşit olan herkes evlât edinebilecekti. Evli bir çift de evlât edinebilecek ve evli taraflardan sadece birinin evlât edinmesi, diğerinin kabulüne bağlı olacaktır.

Cambacérés, kendisi de düşüncelerini göz önüne seriyordu. Medenî hukukun büyük yapısını kurmak istiyordu; bu, kuruluşu basit bir yapı olacak, fakat boyutları heybetli, büyük ölçüde basit ve en çok da, sistemin kaygan kumları üzerine kurulmadığı için çok sağlam olacak, doğal kanunların sert gelişme ortamı ve Cumhuriyetin temiz dünyası üzerine inşa edilecekti.⁶²

⁶¹ Bkz. e.g., 13. P. FENET, *supra* not 48, XXXVifde.

⁶² Cambacérés şöyle diyordu:

Il faut élever le grand édifice de la législation civile: édifice simple dans sa structure, mais majestueux par ses proportions; grand par sa simplicité même, et d’autant plus

“Kanun koyucu bir kere daha yüksek bir gaye ile her şeyi söylemeyi arzu etmeyecek, önceleri pek çok şüpheyi bir tarafa bırakarak ortaya koyduğu ve-
rimli prensiplere rağmen, geride pek az sorun bırakmış olan gelişmeleri durdu-
racaktı.”⁶³

Pek çok tartışmadan sonra, birinci projeden, fazla karmaşık olduğu için vazgeçildi –şimdi, modern bir okuyucuya, karmaşık olarak görünmese de– ve Cambacérès ikinci bir proje hazırlayıp, 9 Eylül 1794’te Milli Kongre’ye sundu. Derhâl, bu projenin, ilk projeye göre tam ters yönde hataları bulunduğu değeri-
lendirmesi yapıldı –çok kısa ve felsefi yazılmıştı– ve yedi kişilik bir komite ka-
nununu hazırlaması için işe başlatıldı. Kısa süre sonra komite on bir kişiye çıkarıldı, Cambacérès de komiteye dahil edildi.⁶⁴ Komitenin çalışması, Cambacérès’in hazırladığı üçüncü proje ile sonuçlandı ve bu proje Messidor’da (Fransa devrim takviminde ikinci ay, 19 – 20 Haziran/ 19 – 20 Temmuz) sunuldu. Bu vesile ile Cambacérès şunları söylüyordu:

Bugün, politik ortamda her şey değiştiği için, eski kanunların yerine, basit hukuk kuralları içeren, anlaşılması kolay şekilde yazılmış bir kanun getirmek gerekmektedir. Bu yeni kanunun aynı zamanda sosyal mutluluğun ve kamu ahlakının da bekçisi olma ilkesi bulunmalıdır.

Birinci medenî kanun projesi de bu ruhla tasarlanmıştı. Milli Kongre’de tartışılırken muhtelif kusurları bulundu, bunlar çalışmanın hızlı şekilde tasarlanıp, yapılmasının kaçınılmaz sonuçlarıydı. Bunları ortadan kaldırmak için, kanun yapma komitesi, prensipleri, dolaşık ifadelerden; kural-
ları, örneklerin sonuçlarından ayırmaya ve çalışmayı, herkesin, sosyal hayattaki gidişata göre kurallar bulabileceği, bir hüküm ve ahlâkî kurallar bütünü hâline getirmeye özel bir önem verdi. Bu metodun sağlayacağı avantaj ne olursa olsun, halkın sabırsızlığını ve kanun yapıcılarının gör-
rüşlerini tatmin edemeyecektir. Yargıçlar kanun yapıcısı değilse, kanun-
ların otoritesini adaletle sağlamak yeterli olmaz; aynı zamanda kanunların adaletli olduğunu gözler önüne sermek, açıklıkla şüpheyi ortadan kaldırmak, istisnâî durumları basiretle öngörmek de gereklidir. Böylece kanun yapıcısı verimli prensipler vazederek, önceden pek çok şüpheyi çözümler ve gelişmelerin ilerlemesini sağlayarak, geride pek az sorun kalmasına imkân verir; bunun için de, her şeyi söylemeyi arzu etmez. Projedeki kanun-
ların sınıflandırılmasında ve kanunnamenin size sunulmasında komisyonu yönlendiren görüşler bunlardır.⁶⁵

solide que, n’étant point bâti sur le sable mouvant des systèmes, il s’élèvera sur la tere ferme des lois de la nature, et sur le sol vierge de la république.

⁶³ “Le législateur ne doit pas aspirer à tout dire; mais, apres avoir posé de principes féconds qui écartent d’avance beaucoup de doutes, il doit saisir des développemens qui laissent subsister peu de questions.”

⁶⁴ Bkz. e.g., 13. P. FENET, *supra* not 48, XVİİf’de.

⁶⁵ *Aujourd’hui que tout est change dans l’ordre politique, il est indispensable de substituer aux lois anciennes un code de lois simples, dont la relation facilite l’intelligence, et qui soient tout à la fois le principe du bonheur social et la sauf – garde de la morale publique. C’est dans cet esprit que fut rédigé le premier projet de Code civil. En le discutant, la Convention nationale ne tarda point a découvrir en lui diverses imperfections, effet inevitable de la rapidité avec laquelle l’ouvrage avai été concu et executé. Pour les faire*

Bu üçüncü projenin de kaderi aynı şekilde kötü olmuştur. Kanunlaştırma sırasındaki cesur girişimlere ve saygı uyandıran üç projeye rağmen, ihtilâl devri, Fransa'da ihtilâlcı bir kanun yaratılmasına yeterli değildir.

B. Jeremy Bentham'ın Önerileri

Bu çerçevede, Jeremy Bentham'ın model kanunlar hazırlamak için yaptığı önerilerin dikkatle incelenmesi için, hükümetlere yaptığı başarısız ikna girişimlerine bakmak da eğitici olacaktır. Böyle ifadeleri içeren mektupları; Amerika Birleşik Devletleri Başkanına⁶⁶, Pennsylvania Valisine⁶⁷, Amerika Birleşik Devletlerinin diğer Valilerine⁶⁸ ve bütün Rusya'nın İmparatoruna⁶⁹ yazmıştır. Anlamalı olan şey, o kadar çok önerdiği kanun hazırlama önerilerinin hiçbir zaman kanuna dönüştürülmemesi değil, hiçbir politik liderin, ondan bir taslak hazırlamasını istememiş olmasıdır. Hazırlayacağı kanunların temel değişiklikler içereceğine de hiç şüphe yoktur. 1814 yılının Mayıs ayında bütün Rusya'nın İmparatoruna şöyle yazıyordu:

EFENDİMİZ, – Bu müracaatımın sebebi, Majesteleri İmparatora, hukuk bakanlığıyla ilgili bir öneri sunmaktır. Altmış altı yaşındayım. Bu yıllarımın elliden pek az kısmında, hiçbir hükümetten karşılık beklemeksizin, bu alandaki çalışmalarımı meşgul oldum. Hevesim, kalan yıllarımı, Majestelerinin çok büyük ülkelerinde, hükümetin bu daldaki durumunu daha iyileştirmek yönünde çalışmalarla geçirmektir. 1802 yılında, benim çalışmalarımında belirtilen bir bölüm, aynı hâli ile alınıp, *Geneva'lı Bay Dumont* tarafından Paris'te üç cilt hâlinde, *Medenî ve Ceza Hukuku Kitapları (Traité de Législation Civile et Pénale, &c)* ismiyle yayınlanmış, 1805 yılında bu kitapların Rusçaya çevirisi (eğer bana verilen bilgi doğruysa), Majestelerinin hükümetinin emriyle, St. Petersburg'da neşredilmiştir. Bu kitapların yayınlanmasından sonra, Avrupa'da, bu kitaplar çerçevesinde yürürlüğe konulan iki büyük kanun külliyatı görülmüştür: biri *Fransız İmparatoru* tarafından, diğeri *Bavaria Kralı* tarafından. Bunlar, son yarım yüzyılda, bu ölçüde kapsamlı içeriklerle ortaya çıktığı görülen yegâne kanun külliyatlarıdır. Bunlardan, *Fransız İmparatoru* tarafından yürürlüğe konulan külli-

disparaitre, le comité de législation s'attacha singulierement à séparer les principes des developpemens, les règles des corollaires, et à réduire l'ouvrage à un recueil de préceptes où chacun pût trouver les règles de sa conduite dans la vie civile. Quelque avantage que puisse présenter cette methode, elle ne saurait remplir ni l'attente de la nation, ni les vues du Corps législatif. Là où les juges ne sont point législateurs, il ne suffit pas d'assurer l'authorité des lois par la justice: il faut encore qu'elles soient disposées de manière a en écarter le doute par la clarté, à en prévenir les exceptions par la prévoyance. Ainsi, sans aspirer à tout dire, le législateur doit poser des principes féconds qui puissent d'avance resoudre beaucoup de doutes, et saisir des developments qui laissent subsister peu de questions. Telles sont les vues qui ont guidé la commission de la classification des lois dans le projet de code qu'elle vous présente. Id. 140fde.

⁶⁶ Bkz. 4 THE WORKS OF JEREMY BENTHAM 453 (J. Bowring baskısı 1962). Burada, Bowring'in gösterdiği titizlikle ilgilenmemize gerek yoktur.

⁶⁷ *Id.* 468'de.

⁶⁸ *Id.* 476'da.

⁶⁹ *Id.* 514'te.

yatın bir bölümünü, tamamlanmış bir ceza kanunu oluşturmuştur. İtibar gören bu çalışmanın önsözünde, yetkili bir kişi olmadığı hâlde, benim de adımın zikredilmesi ayrıcalığı yaşadım: *ölenlerden, Montesquieu, Beccaria ve Blackstone* zikredilirken; *yaşayanlardan* (işin doğrusu böyle olmasa da) sadece *benim* adım zikrediliyordu. Bay Bexon tarafından kaleme alınan *Bavaria* kanununda, benim çalışmama çok daha *özel* ve çok daha fazla *atf* yapılmış ve çalışmama pek çok *methiyelerde* bulunulmuştur. *Fransa*'da, Napolyon'un mevcut gücü altında – *Bavaria*, Napolyon'un etkisinde kalmıştır – hayattaki bir İngilizin çalışmasından alındığını bildiren bir bilgi verme âlicenaplığının gösterilmiş olması, çalışmamın takdire şayan olduğunu ortaya koymuştur. Beğenmek bir şey, kabul etmek ayrı bir şeydir. Bu iki modern çalışma ve bunlardan önce benim yaptığım çalışma, temel olarak eski Roma'nın hukuk ilmini esas almışlardır. Rusya, her hâlde böyle bir ipoteğin altında kalmayacaktır ... *Fransız* modeli üzerindeki kanunlar hâlen azamî ölçüde görüş sahasındadır. Efendim, söylenmesi gereken şudur; *Rusya* kendi modelini ortaya koymalı ve Avrupa'nın değerlendirmesini o zaman beklemelidir.⁷⁰

“Beğenmek” fakat “kabul etmemek” kanun yapma yoluyla hukukta reform gerçekleştirme teşebbüslerinden pek çoğunun mezar kitabesi olarak işe yarayabilir.

VI. SONUÇ

Bu makale, kanun yapma işlevinin, Batı dünyası hukukunun gelişimindeki sınırlı rolünü göstermeye çalışmıştır. Bu olguya pek çok faktör yol açmaktadır: kanun bir kere yürürlüğe girdikten sonra, faydasızlığı ortaya çıktığı hâlde, yürürlükte kalmaya devam eder ve kanunun kaldırılması süreci çok yavaş işler. Kanun yapma işlevinin, herhangi özel bir politik, sosyal veya ekonomik mesajın devamlılığında genellikle eksiklikleri vardır ve kanun yapıcıları devrimci olabilecek önerileri çoğunlukla reddederler. Böylece, kanun yapma işlevi, potansiyel olarak kanunu en radikal, hatta devrimci biçimde değiştirme yolu olabileceği hâlde, kanunlardaki değişiklikler ve Batı dünyasındaki hukuk yapma işlevinin tarihi, hukuk yapma işlevinin bu potansiyeli değerlendirmedeki başarısızlığını kanıtlamaktadır.

⁷⁰ *Id.*