

KORE'NİN GELENEKSEL HUKUKU VE BATI'NİN MODERN HUKUKLARI (*)

Yazan

Prof. Dr. Hyung Soong - Long ()**

Çeviren

Doç. Dr. Tayfun AKGÜNER

GİRİŞ

Hukuk; iktisat, politika, lisan, din ve ahlâk gibi kültürel fenomen'in bir parçası olup, toplumun büyüme ve gelişmesi ile yakından ilgilidir. Kore veya Doğu kültürü ile Batı'nın modern kültürü arasında büyük bir fark vardır. Bunun için, geleneksel Kore Hukuku ile Batı'nın modern hukukları birbirine benzemez.

Buna rağmen, Kore Batılılaşma gereğinin sonucu olarak, başta Alman Hukuku olmak üzere Batı'nın modern hukuklarını kabul etti. Kore tarihi ile uğraşan bilim adamları arasında, Kore'de Batılılaşmanın ne zaman başladığı konusunda fikir birliği yoktur¹. Ancak, Kore'de Batılılaşma hareketinin 100 yıl önce başladığını söylemek yanlış ol-

(*) Korea Journal'in Ekim 1975 sayısından alınmıştır.

(**) Prof. Dr. Hyung Soong - Jong, Seul Sung Kyun Kwan Üniversitesi Rektörüdür. Kendisi daha önce, Kore Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesiydi. Birçok yayınları arasında "Roma Hukukunun Prensipleri", "Batı'nın Hukuk Tarihi" ve "Madenî Hukuk" özellikle dikkati çeker. Metnin İngilizce aslı, Sung Kyun Kwan Üniversitesinin 80. öğretim yılı nedeniyle, 22-24 Eylül 1975 tarihleri arasında yapılan "Asiatic Studies" konferansına sunulan tebliğdir. Çeviri için izin alınmıştır.

1) Bkz. Ko Pyong-ik, Starting Point of Korea's Modernization, 1969, sh. 260 vd.; Tarih Bilimi Kurumu tarafından basılmıştır.

maz². 100 yıldan beri Kore'de Batı'nın modern hukukları kabul edilmeye başlanmış ve bugün Kore Hukuku gerek şekil ve gerek içerik olarak bir Batı hukuku olarak kabul edilmiştir.

Batı'nın hukukunu alırken "*kabul*" kelimesini kullanmaktayım. Çünkü, dar anlamda "*hukukun kabulü*" demek, bir toplumun (veya insan grubunun), kendi kimliğini muhafaza ederek, kendisine yapı, bölge, iklim ve toplum olarak yabancı bir başka toplumun hukukunu almasıdır³. Ancak "*kabul*", bir grup veya ülkenin, hukuku kabul eden süje olarak yargı erkini devamlı elinde tutmasıyla hukukiliğe kavuşur⁴. "*Kabul*" aynı zamanda benzemedir. Bunun yanında yabancı hukuku "*kabul*" ve bunun hukukilik kazanması, yabancı hukukun onu kabul eden toplumun yaşam ve düşün hayatı ile birleşmesi halinde mümkündür⁵. "*Kabul*" kavramını yukarıda açıklanan şekilde anlarsak, Kore'yi, Batı'nın modern hukuklarını "*kabul*" de örnek bir olay olarak ele alabiliriz. Kore, Batı hukukunu, doğrudan veya yarı-doğrudan kendi hukuku imiş gibi, benimseyerek almıştır. Kore'nin kabul ettiği Batı hukuku, Kore düşünce yaşamında çok etki yapmıştır.

Buna rağmen, Batı hukukları'nın kabulü, Kore'nin geleneksel hukuk kültürünü tam olarak ve kökünden silip atarak bir uyumsuzluk ve uyuşmazlık yaratmamıştır. Eski zamanda Kore düşünce yaşamına egemen olan ilkel, otoriter ve muhafazakâr tutumun, şimdi dahi⁶ bazı Kore'li hukukçuları az da olsa etkilediği söylenebilir⁷.

Böylece, Batı'nın modern hukukları ile geleneksel Kore hukuku arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusunu araştırmaya koyulabiliriz.

-
- 2) İbid., sh. 283 vd. Ayrıca bkz. Yi Kwang-rin "Historical Analysis of Korea's Democratic Development"; Song Pyongson, "Collected Modern Laws of the Late 'Han' Empire".
 - 3) Bkz. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, s. 127.
 - 4) İbid., s. 125.
 - 5) İbid., s. 128.
 - 6) Yun T'ae-rim, *Character of Koreans*, sh. 219 vd., Üniversite öğrencileri için bkz. aynı kitap, sh. 157 vd. Ayrıca bkz. Kim Tae-gil, *Value Views of Korea's University Students*.
 - 7) Yi Tae-je, "An Essay on Koreans' Legal Consciousness", *Social Science*, Vol. 1, Dr. Ch'oe Hae-t'ae'nin 60. doğum günü Armağanından.

Konuyu, iki hukuk arasında birbirine benzemeyen tarafları, iki hukukun ayırıcı niteliklerini açıklamaya çalışarak inceleyelim.

Hukuk, bilindiği gibi, ekonomi, din, politika, ahlâk, lisan v.s. gibi kültürel fenomenlerle yakından ilgilidir. Onun için Batılılaşma sürecinde hukuk dışında diğer kültürel fenomenlerin Batı hukukunun girişinde etkileri olmuştur. Ancak, biz burada diğer kültürel fenomenlerin Batılılaşma sürecinde etkisini inceleyecek değiliz. Bunun yerine, bir Doğu toplumu olan Kore'de, Batı hukukunun nasıl hukuk mantığını ve geleneksel hukuk düşünce yaşamını etkilediğine değineceğiz. Başka bir deyişle, geleneksel Kore hukuku ve Batı'nın modern hukuklarının, Konfüçyüs'e ait alanla olan ilişkilerinden söz edeceğiz.

KORE GELENEKSEL HUKUKUNUN AYIRICI NİTELİKLERİ

Burada, geleneksel Kore hukuku dendiği zaman, Kore toplumunda yer almış olan daha modern Batı hukuklarının etkisinin görülmediği devredeki hukuk kastedilir. Kore geleneksel hukuku, hem Konfüçyüs'e dayandığı için evrensel ve hem de, Konfüçyüs felsefesinin Kore'de uygulanması sonucunu doğurduğu için yalnız Kore'ye ait bir hukuktur. Kore, Konfüçyüs felsefesine dayanan Çin Hukukunu "Üç İmparatorluk" devrinden itibaren kullanmaya başlamış⁸ ve yalnız Konfüçyüs felsefesinin evrenselliğine hizmet edip, Kore'nin kendi hukuku olarak gözükememiştir. Böyle olunca, Konfüçyüs felsefesinin evrensel niteliğinin Batı hukukları ile karşılaştırmasını yapmak daha yerinde olur. Demek ki, Kore geleneksel hukukunun temeli Konfüçyüs felsefesindedir⁹. Geleneksel hukukun, Batı hukuklarına zıt düşen birçok nitelikleri olmakla beraber bu niteliklerden iki tanesi çok ayırıcıdır:

8) Yi Hi-bong, Legal History of Korea, sh. 126; "Cultural History of Korea" Vol. 11, Kore Üniversitesi Millî Kültürü Araştırma Enstitüsü tarafından yapılmıştır; Chon Bong-dok, Study of Korea's Legal History, sh. 129-193.

9) Yi Pyong-su, "Korea's Modernization and the significance of the Penal Code", sh. 61, Vol. 11. Bu hukuk tarihi araştırması "Kore Hukuk Tarihi Kurumu" tarafından yapılmıştır.

1. Otoriter Nitelik :

Doğu'da, eski çağlarda görüldüğü gibi, Kore, Yi Hanedanının¹⁰ sonuna kadar otoriter rejimin doğulu despotizmi ile idare edilmiştir. Bu zamana ait Kore hukukunu otoriter bir hukuk olarak niteleyebiliriz. Konfüçyüs'de sınıf anlayışı, sosyal statülerine göre idare eden ve edileni birbirinden ayırır. İdare edilen idare edenin despotizm'ini otomatik olarak benimser ve ona boyun eğer. Sosyal düzenin¹¹ teorik temelleri, Mencius'un "*insan tabiatı*" doktrini ile "*Beş Temel Ahlâk Kuralı*" na dayanan Konfüçyüs felsefesinde¹² bulunabilir. Bu felsefe Doğu'nun kanun ve hukuk egemenliğini oluşturmuştur. Çin'de olduğu gibi, Kore'de de, geleneksel hukuk idare edenler lehine bir hiyerarşi ve kuvvetli olma durumu yaratmış; idare edilenler için ise, kontrol altında bulunmaları için ağır bir ceza sistemi, üretim ve vergi esnasından hareket eden bir vergi sistemi ve nihayet ülke savunmasından ziyade despotik kuvveti koruyan bir askeri sistem getirmiştir. İdare edilenlerin mülkiyet haklarını koruyucu özel hukuk hükümlerinin ve yaptıkları ticari muamelelerin güvencesinin olmayışı da¹³ otoriter tutumun bir sonucudur¹⁴. Aile ve miras hukuku ise, ceza hukukunu ve bir idari kuralı ilgilendirdiği zaman uygulanırdı¹⁵.

2. Hukukun İkinci Derecede Önemli Oluşu :

Yukarıda da değinildiği gibi, Doğu'nun geleneksel hukuklarının temel normu Konfüçyüs'e dayanıyordu. Bu hukuk sistemi aslında "*fazilet*" ve "*saygı*" esaslarını gözetip, hukuk olarak bunların uygulan-

-
- 10) Noboru Niida, "Legal History of China", sh. 10. Aynı yazarın bkz. Law and Ethic of Chinese Society, sh. 81 vd.
- 11) Chon Pong-dok, ibid., sh. 198. Daha geniş bilgi için bkz. Legal History of China, sh. 47 vd. Aynı yazarın bkz. Law and Ethic of Chinese Society, sh. 81.
- 12) Noboru Niida, Legal History of China, sh. 15, aynı yazarın bkz. Law and Ethic of Chinese History, sh. 87.
- 13) Yi Hi-bong, ibid., sh. 127.
- 14) Noboru Niida, Legal History of China, sh. 51. Aynı yazarın, Law and Ethic of Chinese Society, sh. 122.
- 15) Vgl. K. Zwegers' H. Kotz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebite des Privatrechts, Bd. I, 1971, s. 424.

masından ibaretti¹⁶. Bu anlamda Kore geleneksel hukuku "*istisnai bir hukuk*" değildi¹⁷.

Doğa'nın belli kurallara göre, Tanrı ve İnsan, Cennet ve Cehennem arasında bir uyum kurup, bütün bunlarla da evren arasında organik bir bağ kabul edilirdi. İnsan yaşamı, doğa kanununa bağımlı doğal bir süjeydi. Onun için eğer kişi doğa kanunlarının istediği gibi ve ona uygun yaşarsa, rahat ve uyumlu olurdu. Kişi, evreni idare eden doğaya uyumlu yaşayabilmek için çaba göstermeli ve çalışmalıydı. Bu kuralı ifade etmek için de "*fazilet*" terimi kullanılıyordu. "*Fazilet*" kavramının temeli de, Konfüçyüs felsefesine ve bu felsefenin "*ahlâk*" kavramına dayanıp, anlamı: değişen zaman ve yerin gereklerine uya-cak kadar uysal olmadır. İşte bu tanım, hukuk, politika, ve ahlâk'ın temeli olarak görülüyordu. Hukuk, fazilet uygulamasıdır. Başka bir deyişle, hukuk kuralları "*faziletli olma*"yı emrediyor, "*faziletli olma*"yı cezalandırıyordu.

"*Fazilet*"e çok kıymet veriliyordu ve ne zaman yanlış bir eylem yapılırsa, mahkemeler önüne gitmektense, "*fazilet*" kuralı uygulanarak çözüm aranıyordu. Konfüçyüs felsefesi, kişilere yapılan yanlışlıklara karşı haklarını korumak yerine veya yanlışlıkla zaten bozulmuş olan uyumu yargısal başvurularla arttırmaktansa; yanlış yapanla, dostane ilişkiler içinde bir uzlaşma yapmalarını öğretir. Böylece Konfüçyüs felsefesinin etik görüşünden hareket edilerek yargısal başvuruların yapılmaması, eski zamanlarda Kore'de ideal bir devletin başlıca görevi sayılırdı.

Bütün bunlara rağmen, geleneksel Kore toplumunda hukuk kurallarının uygulanmadığı veya bir hukuk düzeni bulunmadığı anlaşılmalıdır. Konfüçyüs felsefesinde dahi, hukukun uygulanması, faziletin ikinci derecede önemli bir kuralı olarak, insan yaşamını düzene koymak için gerekliydi. "*Üç İmparatorluk*" devrine kadar ulaşan eski zamanlarda, uygulanan kanunlar vardı. Çeşitli uyuşmazlıkları çözüm-

16) Vgl. Zweigert - Kotz, *ibid.*, s. 422 vd.; R. David and J. Relerley, *Major Legal System in the World Today*, 1968, sh. 441-445; A. Schnitzer, *Vergleichende Recgtslehre*, Bd. I, a. Aufl., 1961, s. 381.

17) Chon Pong-dok, *ibid.*, sh. 205. Ayrıca bkz. Kim Pyong-jo, *History of Trials-in Modern Korea*, sh. 180 vd.

lemeyi amaçlayan bu kanunlar “*Yi Hükümdarlığı*”nın sonlarına doğru tamamlandı. Bu kanunlar yalnız idari ve cezai hükümler içeriyordu.

Özel hukuk hükümleri hemen hemen yok gibiydi. Çünkü, bir tarafta Doğu'nun despotik otoriterizmi, diğer tarafta Konfüçyüs felsefesinin etkileri vardı. Adı geçen felsefeye göre, kanunlar yalnız suçluları cezalandırmak veya devletin idari yapısını korumak için yapılabilirdi. Buna bağlı olarak o zamanda yürürlükte olan kanunların çoğu ceza ve idare hukukunu ilgilendiriyordu. Uyuşmazlıkların giderilmesinde genellikle başvurulanan yöntem; uyuşmazlık çıkması halinde, bölgede Konfüçyüs felsefesine göre ahlâklı bilinen üçüncü bir kişinin uyuşmazlığa taraf kişiler arasında arabulucu olmasıdır. Şu halde, Konfüçyüs felsefesinden esinlenen geleneksel hukuk, ilk olarak sosyal nizamı korumayı, ikinci olarak da, ahlâka yardımcı bir kural olmayı amaçlıyordu¹⁸.

BATI'NIN MODERN HUKUKLARININ ÖZELLİKLER¹⁸

Batı'da birçok hukuk sistemi olduğu için, burada modern hukuk sistemlerinin bütün özelliklerini tanımlamaya çalışmak olanaksızdır. Adı geçen zorluğa ve her hukuk sisteminin kendine özgü bazı özellikleri bulunmasına rağmen, bütün Batı hukuklarında ortak bir özellik vardır. Bu ortak özelliğe Kore'nin geleneksel hukukuna ilişkisi ölçüsünde değineceğim. Bugüne kadar Kore'nin kabul ettiği modern Batı hukuku, Kontinental Hukuk ve bu hukuk içindeki Alman Hukukudur. II. Dünya Savaşından sonra ise, Anglo-Sakson Hukuku ve özellikle Amerikan Hukuku sistemimize eklendi¹⁹.

Genel olarak, Batı'nın modern hukuklarının ortak bir karakteri vardır. Gerek Kontinental Hukuk ve gerek Anglo-Sakson Hukuku olsun, bu ortak karakter şudur: Hıristiyan ahlâk öğretisine dayanan, liberal demokrasi ve onun sosyal prensiplerini gerçekleştirmeyi amaç

18) Bkz. Zweigert - Kötz ve Chon Pong-dok'un bu konudaki çalışmaları.

19) Kore Üniversitesi Hukuk Yönetimi Araştırma Merkezi tarafından yapılan çalışma: “Study on Reception of Foreign Legal System”, 1972.

edinen, kapitalist ekonomik yapıya sahip oluşlarıdır²⁰. Bu durum, Konfüçyüs felsefesine ve otoriterizme dayanan Kore'nin geleneksel hukukuna çok ters düşer.

1. Liberal Özellikler :

Modern düşüncenin özü, herkesin kendi geleceğini tayin etmesi prensibine dayalıdır. Bunun anlamı, özgürlük ve özgürlük bilincidir ki, bu kavramlar Batı'nın ahlâk ve hukuk sisteminin temelidir. Batı'nın özgürlük fikri eski Yunan felsefesine dayanır. Özgürlük, Romalılar tarafından diğer kavimlerden önce benimsenmiştir.²¹ Modern özgürlük fikri ise, kişilerin feodal bağdan kurtulmaları ile başlamış ve daha sonra eşitlik ve özgürlük kavramları beraberce benimsenmiştir. Konu özgürlüğe gelince idare edenler ve idare edilenler arasında bir ayırım yapılmıyordu: "Bütün kişiler kişi olarak kıymetli ve önemlidir; devlet, vatandaşlarına temel haklarının en fazlasını garanti etmekle yükümlüdür"²²; "Her vatandaş hukuk önünde eşittir ve cinsiyet, din ve sosyal nedenlerden siyasî ekonomik, sosyal ve kültürel hayatta ayırım yapılamaz. Hiçbir imtiyazlı kast kabul edilemez ve her ne şekilde olursa olsun kurulamaz"²³.

Despotik otoritarizmin aksine modern hukuklar, vatandaşlarının mülkiyet haklarını korur ve özel hukuk kuralları ile ticari işlemleri koruma amacı güder²⁴. Özel hukukta kişi doğumla haklardan yararlanır ve bağımsız, özgür bir varlık olarak eşitlik kuralına tabidir. Kişinin özgürlüğü ve eşitliği burjuva toplumunun bir vasıtası olarak, kişinin mülkiyet haklarında, özel hayatın korunmasında, kendi kendini idare ve sorumluluk kavramlarında ortaya çıkar.

2. Temel Norm :

Hukuk kurallarına sosyal ve toplumsal yaşamı düzenleyen bir vasıta olarak bakarsak, Kore geleneksel hukuku ile Batı Hukuku ara-

20) Rene David, *Traité Elementaire de Droit Civil Compare*, 1950, sh. 224.

21) F. Schulz, *Principles of Roman Law*, sh. 140-163.

22) Kore Cumhuriyeti Anayasası, md. 8.

23) *İbid.*, md. 9.

24) Hyun Soon - jong, *Introduction to Comparative Law*, sh. 140 ve sh. 184.

sında büyük bir fark göze çarpar. Daha önce de değinildiği gibi, Kore geleneksel hukuku'nun, sosyal yaşamın kontrolü alanında ikinci derecede ve tamamlayıcı bir fonksiyonu vardır. Batı'nın modern hukuklarında ise, genellikle hukuk diğer sosyal normlardan önce uygulanır. Kontinental ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde durum böyledir. Batı Dünyasında, sosyal yaşamın önemli konularının ilk önce hukuk kuralları ile düzenleneceği kabul edilmiştir. Örf ve adet kuralları, yargıcın hukuk yaratma gücü ve diğer ahlâki kurallar, yazılı hukuk bulunmadığı zaman uygulanabilir. Kara Avrupası Hukukunda kanunlar, Anglo-Sakson hukukunda ise, daha önce aynı konuda verilmiş mahkeme kararları hukuka kaynak olur. Herkes hukuk tarafından düzenlenen; örneğin, mülkiyet, akit şartlarını yerine getirme, evlenme, mirasa hak kazanma vs. gibi konularda korunur. Böylece hukuk tarafından tanınmış ve korunmuş olan bir yararın çiğnendiğini her kişi hak olarak iddia edebilir. Bu kişi aynı zamanda hakkını aramanın bir görev olduğuna inanır. Adı geçen düşünceye verilen isim, ilk defa *Rudolf von Ihering* tarafından kullanılan, "Kamphums Recht" (Hak İçin Mücadele) olmuştur. Hak ve görev ilişkisi, diğer bir deyişle hak için mücadele, yargı mercileri önüne gitme ve orada birtakım yargısal usullere tabi olma, demektir. Yargı mercilerinde yargıçlar, hukuki anlaşmazlığı iki tarafı da bağlayan hukuk kurallarını uygulayarak gidermeye çalışırlar²⁵. Yukarıda değinilen esaslar özel hukuku ilgilendirmesine ve hak kavramına ait olmasına rağmen kamu hukukunda da uygulanır.

KORE GELENEKSEL HUKUKU İLE BATI'NIN MODERN HUKUKLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kore geleneksel hukuku ve Batı'nın modern hukuklarının ayırıcı niteliklerini incelediğimiz zaman, aralarında bir çelişki ve farklılık görürüz. Buna rağmen ilginç olan, Kore toplumunun Batının modern hukuklarını kabul ederken, kendi geleneksel hukuku ile bu hukuk arasında ciddi hiç bir uyumsuzluk ve uyuşmazlığın ortaya çıkmamasıdır. Öyleyse katalizatör nedir? Aynı soru diğer kültür fenomenleri

25) Zweigert - Kötz, *İbid.*, s. 420; David - Grassman, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, s. 539.

için de geçerlidir. Bütün kültür fenomenleri yalnız toplumun içindeki kültür değişmelerinden değil, aynı zamanda, komşu kültürlerin etkisinde de kalarak değişir. Aynı şekilde Kore geleneksel hukuku da, Batı'nın hukukunu alırken din, düşünce, siyaset, ekonomi alanlarında Batılılaşma cereyanlarına paralel hareket etmiştir. İki hukuk arasındaki çatışmayı önleyip uyum sağlayan katalizatör'ün incelenmesinde yarar vardır.

1. Kore Toplumunda Modern Unsurların Kendiliğinden Ortaya Çıkması ve Büyümesi :

Daha önce de değinildiği gibi, Kore'nin geleneksel hukukuna yabancı bir hukuk olan Batı Hukuku, Hıristiyanlık ahlâkı, liberal demokrasiye dayanan bir siyasi sistem ve kapitalist bir ekonomik yapı üstüne oturur. Bunun için Kore'de modern hukukların kabulü, ortaya birçok zorluklar çıkarmıştır. Bu zorlukları biraz olsun ortadan kaldıran, Kore'nin geleneksel toplumunda kendiliğinden ortaya çıkan Batılılaşma cereyanları olmuştur. Kore'de modern düşüncenin kurucusu 17. inci yüzyıl ortalarında kurulan "*Gerçek Düşünce Silhak Okulu*" dur. Bu zamandan beri feodal aile düzeninin değiştirilmesini isteyen birçok kişi ve akım ortaya çıkmıştır²⁶. Bu cereyan ve modern hukuk öğretisinin ortaya çıkışı, "*Kablo Reformları*" nın yapılmasına neden olmuştur. Köylülerin "*Tong-hak*" isyanı zamanında ileri sürdükleri talepler, modern hukukların Kore toplumunda kendiliğinden ortaya çıkmasına yardım etmiştir. İşte bu olgu, Batı hukuklarını kabul ederken ortaya çıkan uyumsuzlukları az da olsa, ortadan kaldırdı. Japon istilâsından önce "*Han İmparatorluğu*" nun son zamanlarında hukuk ve ceza yargılama usulleri birbirinden ayrıldı²⁷. Gene aynı yıllarda, yeni bir ceza kanunu, medeni kanun, ticaret kanunu, ceza yargılama usulü kanunu ve ayrı bir cezai kovuşturma kanunu yapma girişimleri oldu²⁸. 1905 yılında bütün ekleri ile birlikte bir ceza kanunu kabul edildi. Adı geçen kanunda modern hukuk terimleri kullanılıyor, çeşitli konular düzenleniyordu. Kanunun hazırlan-

26) Cf., Yi Pyong-su, İbid., sh. 61.

27) Report to the King, 5, 29 Mart 1895 (Rules of Inter - Ministerial Relations, 43).

28) Royal Record of King Kojong, 15 Haziran 1895, No. 7 of Rule of Law Drafting Committee, 19 Haziran 1895 tarihli gazete.

masının uzun yıllar aldığı farzedilmektedir. Gerek kanunun içeriği ve gerek Japonya'nın istilâ kuvveti olarak tutumu gözönünde tutulursa, adı geçen kanunun hazırlık çalışmalarının uzun sürmesinin değeri anlaşılacağı gibi²⁹, bu olgu, Kore'nin modern hukuklara karşı yaklaşımına da bir örnek olabilir.

Diğer taraftan, Kore'de kapitalizm'in gelişmesini 17 nci yüzyılın sonu ve 19 uncu yüzyıl ortalarına rastlatabiliriz. 18 inci yüzyılın ortaları da kapitalizm'in Kore'de gelişimi açısından önemlidir³⁰. Kapitalizmin temel yapısının doğuşu da, Kore geleneksel hukuku ile Batı hukuku arasındaki uyumsuzluk ve uyuşmazlığa bir tampon görevi yapmıştır.

Daha önce de işaret edildiği gibi, Kore geleneksel hukuku Konfüçyüs felsefesinde temelini bulan "*fazilet*" esasına dayanıyordu ve bu, bütün diğer hukuk kurallarının dayandığı *temel norm*'du. İşte, özellikle özel hukuk alanında, "*fazilet*" denen geleneksel hukuk temel normu'nun, Batı hukuku ile sürtüşmeyi ve çelişkiyi yavaşlatan bir görev yaptığını söylemek yerinde olur. Geleneksel hukuk sisteminde hukuki uyuşmazlıkları giderirken mahkemeler çeşitli yollara başvuruyorlardı. Uyuşmazlığa taraf olan kişiler için "*fazilet*"e dayanan bir çözümde birleşme kaçınılmazdı ve böylece uyuşmazlığa taraf kişiler çevrenin uyuşmazlıktan ötürü kendilerini eleştirmelerine de set çekmiş olurlardı. Gerçi bugün yukarıda değinilen uygulama gittikçe azalmakta ise de, başta çiftçiler olmak üzere sosyal yaşamın her kademesinde gene de göze çarpmaktadır. Batı'nın modern hukuku kabul edildikten sonra dahi, *tahkim* ve *uzlaşma* şekillerinde ortaya çıkan Kore'nin geleneksel hukukunun yaklaşımı zamanımızda dahi uygulanmaktadır. Buna bağlı olarak, modern yazılı hukukların ve yargılama usullerinin bir kısmı rafa kaldırılmıştır. 1970 yılına ait "*Yargı Organı İstatistik Yıllığı*" nda, ilk derece mahkemelerinin 88. 784 hukuk davasını sonuçlandırdıkları yazılıdır. 88.784 davadan 54.463'ü

29) Yi Pyong-su, *ibid.*, sh. 67.

30) Reflection on Korea's History, Tarih Bilimi Kurumu basısı, sh. 269; ayrıca bkz. Kim Yonh-ho, Rise of Capitalism in Korea, sh. 275; Kang Man-gil, Development of Commercial Capital in the late Yi Dynasty, sh. 6 ve sh .206.

(%64.7) karara bağlanmış, 8.621 (% 9.7) uyuşmazlık, uzlaşma yolu ile giderilmiştir. 18.133 dava (% 20.4) da geri alınmıştır³¹.

Uzlaşma yolu ile giderilen uyuşmazlıklar, 1974'de 12.469'du³². Görüldüğü gibi, mahkemelere intikal eden uyuşmazlıklardan büyük bir kısmı, yargısal bir karar dışında çözümlenmiştir. Ayrıca, gerek bilmezlikten ve gerek mahkemelere ulaşmadan çözümlenen uyuşmazlıkları da gözönünde bulundurursak, Kore'de uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel yöntemlere büyük ölçüde başvurulduğunu görüyoruz. Genel kanı odur ki, Kore'liler aile ilişkileri ve trafik kazalarından doğan uyuşmazlıkları mahkemelere aksettirmemekte dirler. Akitlerden doğan uyuşmazlıklarda bile, mahkemelere en son çare olarak başvurulmaktadır.

S O N U Ç

Kore geleneksel hukuku Konfüçyüs felsefesine dayandığı için diğer geleneksel hukuklar, özellikle Çin Hukuku gibi, bu felsefenin evrensel özelliklerini taşır. Kore geleneksel hukukunun özellikleri, hukukun genel prensiplerinde değil, ufak detaylarında bulunabilir. Geleneksel hukuk yukarıda değinilen özelliği ile yalnız temel norm olarak değil, hukuk uygulaması yönünden de Batı'nın modern hukuk sistemlerinden kesin olarak ayrılır. Bu farklılık modern ve ilkel hukuk sistemleri arasındaki anlayış farkından ziyade, Hıristiyan ve Konfüçyüs felsefeleri arasındaki çelişkidendir. Bu olgu, ilk defa *Silhak Okulu* tarafından uygulanan modern düşünce yönteminden önce, Yi Hanedanının sonuna doğru doğan ve gelişen modern düşünce akımında açıkça görülebilir. Böylece Kore'de Batılılaşma yönünde uyanış ve bilinçlenme, bağımsız ve kendiliğinden oluşmuştur. Yani, Kore modern hukukunu yalnız kendi kaynaklarına dayanan ve bağımsız olarak doğan bir hukuk olarak kabul edebilirsek, bu hukukun Batı'nın hukuku ile bir benzerlik gösterdiğini iddia edebiliriz. Bu varsayışın arkasındaki neden şudur: Eğer kişinin eşitliği ve değerine önem veren ve kişiyi temel alan düşünce Kore'de egemen olsaydı, bu ülkede de Batı

31) Yargı Organı İstatistik Yıllığı, (Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır).

32) İbid., sh. 30.

hukuklarının bir benzeri görülebilirdi. Bugün Kore'nin geleneksel hukuku, modern hukuklara benzer bir şekil almıştır. Buna rağmen, uzun yıllar Konfüçyüs öğretisinin etkisinde kalan Kore'lilerin yaşamına bu öğretinin "*fazilet*" prensibinin, Batı'nın hukuklarını kabul ettikten sonra da etki yapmaya devam ettiğini söyleyebiliriz. Uyuşmazlıkların çözümünde Kore'lilerin bugün dahi, yargı dışı barışçı ve uzlaştırıcı yöntemlere, hakemlik müessesesine başvurduğunu görüyoruz. Hakem seçilen bir kişinin iki tarafın da şerefini, izzetinesini, koruması gereklidir. Tahkim sonunda, ne bir tarafın zaferini ne de diğer tarafın yenilgisini ileri sürmek mümkündür. Yani tahkim, kazananı ve kaybedeni olmayan bir çözüm olmalıdır. Evrensel uyumu ideal gören Konfüçyüs öğretisi de bunu öngörür. Bir uyuşmazlığa en iyi yaklaşım, uyuşmazlığa taraf olan kişilerin prestijini ve şerefini koruyan bir tutum olmalıdır. Asya düşünce yönteminde en iyi uygulama olmakla beraber, uyuşmazlığa taraf olan kişilerin her zaman uzlaştırıcı bir çözümü kabullendikleri söylenebilir mi? Bazen kabullenmek istemeyenler olmuştur. Ancak böyle bir kişi ailesi, akrabaları, arkadaşları, işindeki âmiri ve diğer sosyal gruplar tarafından tehdit ve baskı altında tutulurdu. Böylece kişi toplumda yalnız başına yaşamak ve özgürlüklerini kullanamama durumunda kalırdı. Yargı dışı çözümler hem kişinin gelişmesini önüyor; hem de, kişinin toplumda ilerlemesine bir engel teşkil edebiliyordu³³.

Özetlersek, Kore'nin geleneksel hukuku, Kore halkının geleneksel "*fazilet*" anlayışının devam etmesiyle hukuktan başka diğer sahalarda da hüküm süren Batılılaşma cereyanlarının etkisinde kalmakla beraber, yavaş yavaş Batı'nın modern hukuk anlayışı ile birleşmektedir.

1976, İstanbul

33) Vgl. Zweigert - Kötz, ibid., s. 434.

Antonio LEFEBVRE D'OVIDIO

Roma Üniversitesi
Seyrüsefer Hukuku
Kürsü Profesörü

Gabriele PESCATORE

Roma Üniversitesi
Seyrüsefer Hukuku
Görevli Profesörü
Danıştay Daire Başkanı

SEYRÜSEFER HUKUKU

Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş

Beşinci Bası (*)

MILANO

Dott. A. Giuffrè Editore

1969

(*) Eser, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti, Hava ve Sigorta Hukuku Kürsüsü öğretim üyesi **Doç. Dr. Mes'ut Önen** tarafından, italyancadan türkçeye çevrilmiştir.

ÇEVİRİ İÇİN AÇIKLAMA

İtalyan Hukukunda, denizde, havada ve içsularda yapılan taşımalara, seyrüsefere ilişkin hükümler ve kurumlar, bir tek "kod"da toplanmıştır: 30 Mart 1942 tarih ve 327 sayılı *Codice della Navigazione* (= *Seyrüsefer Kanunu*).

İtalyan Seyrüsefer Kanunu, Ülkemizde Deniz Ticareti Hukuku ve Hava Hukuku dallarını oluşturan hukuk kurumlarını, bunlara içsular yolu ile yapılan taşımalar ve seyrüsefer kurumlarını da ilâve etmek suretile, hem Özel Hukuk kuralları ve hem de Kamu Hukuku kuralları niteliklerindeki, hükümlerle düzenlemiş bulunmaktadır. Kanunda, Özel Hukuk kuralları yanısıra, İdare Hukuku, Usul Hukuku, Ceza ve Ceza Usul Hukuku, Uluslararası Hukuk kuralları da yer almıştır.

Yalnız Ülkemiz bakımından değil, fakat diğer Dünya ülkeleri açısından da "orijinal" olan bu düzenleme, 1920'li yıllardan itibaren başlatılan geniş çaplı bir doktrinal çalışmanın ürünüdür. Etkin hukukçu ANTONIO SCIALOJA tarafından 1922'de formüle edilen ve 31 Ocak 1928'de Napoli Üniversitesinde verilen "Giriş" dersinde tam olarak saptanan bir "program", İtalyan Seyrüsefer Kanunu ile sonuçlanmıştır.

Doktrinal görüş, ister denizde, ister havada ve ister içsularda cereyan etsin, her seyrüsefer ve taşıma biçiminde, "teknik olgu" nun aynı olduğu, ve bunun da, "birleştirici fizyonomi" ortaya koyduğu gözleminden hareket etmektedir. Hareket noktasını böylece saptayan doktrinal ve yasamaya ilişkin programla, *seyrüsefer hukukunun birliği ve muhtariyeti* savunulup gerçekleştirilmektedir.

Bu tutumu ve yönü ile diğer hukuk sistemlerine göre farklılık gösteren İtalyan Hukuk Sisteminin konuya ilişkin düzenlemesi ve bunun sistematik incelenmesi, Ülkemizde hiçbir Türkçe yayına konu olmamıştır.

İşte deniz ticareti ve hava seyrüseferi kurumlarına İtalyan Hukukundaki bu farklı yaklaşımı, Türkçede, Türk hukukçularının incelemesine sunabilmek amacıyla bu çeviri yapılmıştır.

Çeviri için seçilen eser, fazla hacimli olmayan, fakat, deniz, hava ve içsularda yapılan seyrüseferin bütün sorunlarını, mevzuat, içtihatlar ve doktrin açısından bir bütün olarak içeren, her sorun ve çözümünde de zengin doktrin, içtihat ve ilgili mevzuat yollamalarına yer veren bir eserdir.

Çeviride, İtalyan Hukuk düşüncesinin yazı ile ifade tarzını aktarabilmek amacı ile, İtalyanca metne sadık kalmaya özellikle dikkat edilmiş, serbest çeviriden kaçınılmıştır.

Tamamı 718 sayfayı bulan eserin basım ve yayını, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezinin Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (= MHAD) aracılığı ile gerçekleştirilecektir. Şöyle ki: Derginin her sayısında yayınlanan kısımları içeren fasiküller, sonuçta, okuyucu tarafından toplanıp birleştirilmek suretiyle, konuya ilişkin tam metin elde edilebilecektir. Öte yandan, ayrı bası yolu ile sağlanacak bir miktar nüshanın da Fakülteler ve diğer ilgili Kurumlar Kitaplıklarına dağıtılması düşünülmektedir.

Basım ve yayım işlerinin, malî sorunlarla güçleştiği bir dönemde, İtalyan Hukukunun bu çok ilginç alanını, böylece, Türk diline kazandırmadaki çözüm getirici ve olumlu katkısından dolayı Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü Sayın Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a teşekkürü borç biliyorum.

4. Levend - İstanbul, 18 Aralık 1983

Doç. Dr. Mes'ut ÖNEN

BİRİNCİ BASI İÇİN UYARI

Bu eserde, genel hukuk doktrininin eriştiği zemin üzerinde, hukuk biliminin bu dalının yeniden kuruluşu yöntemini, deniz ve hava trafiğinin somut gerçeğine ve bundan doğan pratik sorunlara uyumu da geniş ölçüde koruyarak, kurumsal bir ele alışı sınırları içinde de olsa, ilk defa, (bazan hususi hukuk, zaman zaman da idare, usul, uluslararası ve ceza hukuku nitelikleri gösteren) seyrüsefer hukukunun bütün alanlarına yayma amacı güttük.

Bu güç görevin hangi ölçüde gerçekleştiğine karar vermek bize düşmez; bununla beraber, sahte bir alçak gönüllülük göstermeksizin ifade edebiliriz ki, eser, sadece doğrudan doğruya hitab ettiği öğrencilere değil, fakat aynı zamanda seyrüsefer hukuku araştırmalarına ve uygulayıcılarına da faydalı olacaktır.

İzlenen amaçlar gözönünde tutularak, yasal kaynaklar çizgisine yeterince bir uygunluk muhafaza etmek için, eserin sistematigi, bazan sert bir soyut kıstasın gerektirdiği sıralamadan ayrılmıştır. Bütün özel yasalar nazarı itibare alınmıştır. Seyrüsefer kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki doktrin ve içtihatlar ile yeni yasal düzenlemeleri etkileyen veya özel bir önem taşıyan daha önceki doktrin ve içtihatlarını yönlenmelerine de daima işaret edilmiştir.

*
**

Bu çalışmamızı, tarafımızdan uygulanan yöntemi ilk defa kullanmak ve burada belirtmek istenen kurumların tekrar ele alınışına başlamak suretile, otuz sene evvel, modern seyrüsefer hukuku biliminin temelini atan Antonio Scialoja'ya ithaf ediyoruz.

Bu sahifeler, öğretimi için minnet hislerinin ve, —Sesta'daki Villanın zeytin ağaçları ve Mont'Argento'nun çam ağaçları altında— via Avezzano'nun ciddi kütüphanesinde birlikte geçen günlerin silinmez hatırası ve böylece onun için duyduğumuz müşterek muhabbet içinde oluşup kuvvetlenen kardeşçe dostluğumuzun kanıtı olsunlar.

Roma, 1 Ocak 1950

A. L. d'O. ve G. P.