

Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri



Ar. Gör. Gonca KURU*

“Bir ülke yalnızca bir toprak parçası değil, aynı zamanda bir geçmiş ve bir dildir.”

Juan Goytisolo

ÖZET

Avrupadan yayılan resepsiyon ve kodifikasyon hareketleri, özellikle onsekizinci yüzyıldan itibaren ülkelerin hukuk gündemini ve hukuk kültürünü meşgul eden önemli konulardır. Bu iki kavramın Alman hukuk hayatında oynadığı rol hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi açısından yadsınamayacak bir ölçüdedir. Çalışmada resepsiyon ve kodifikasyon kavramlarının, Thibaut ve Savigny’nin hukuki görüşlerindeki yeri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kodifikasyon, resepsiyon, Thibaut, Savigny, doğal hukuk okulu, tarihçi hukuk okulu.

ABSTRACT

Movements of reception and codification, which are pervaded from Europe, are significant subjects occupying the countries’ agenda of law and legal culture since the eighteenth century. The role of these two concepts from the points of philosophy of law and sociology of law and legal history is undeniable. This article analyzes the concepts of reception and codification within the legal scopes of Thibaut and Savigny.

Keywords: Codification, reception, Thibaut, Savigny, school of natural law, historical school of law.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

GİRİŞ

Tarihçi Hukuk Okulu'nun diğer hukuk felsefesi akımlarına nazaran daha az önemsenen bir okul olduğu, esasen kimsenin onu yadsımadığı ancak ciddiye de almadığı ifade edilmektedir¹. Bu iddiaya rağmen Alman Tarihçi Hukuk Okulu'nun ve önde gelen temsilcisi Frederich Karl von Savigny'nin Alman hukuk hayatındaki tesiri tartışma götürmeyecek açıklıktadır. Öyle ki, Almanya için yeni bir medeni kanunun hazırlanması ve yürürlüğe konulması çalışmalarının Savigny'nin görüşlerinin etkisiyle onlarca yıl ötelendiği ifade edilmektedir².

1814 yılında Anton Justus Friedrich Thibaut'un "Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanunun Gereği Hakkında" çalışmasına karşılık olarak Savigny'nin hazırladığı "Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi" başlıklı metin, Almanya'da kodifikasyon hareketi hakkındaki tartışmaları hararetlendirmiştir. Söz konusu tartışmanın net bir biçimde açıklığa kavuşturulması için, arka plandaki siyasi, hukuki ve felsefi koşulların da araştırılması önem arz etmektedir.

Bu çalışmada Alman hukuk hayatında önemli yer tutan ve Savigny ile Thibaut arasındaki kodifikasyon polemikinin özünü oluşturan noktaların aydınlatılması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, kanunlaştırma ve resepsiyon kavramları incelenerek, Doğal Hukuk Okulu'nun ve Tarihçi Hukuk Okulu'nun bahsi geçen düşünürleri nasıl etkilediği ele alınacaktır. Ardından Roma hukukunun Alman hukuk hayatındaki konumuna ayrı bir başlık altında yer verilecek; dönemin politik gelişmelerine de konuyla bağlantısı nispetinde değinilecektir. Son bölümde ise kanunlaştırma ve resepsiyon kavramları, Thibaut ve Savigny'nin hukuki görüşleri ışığında incelenecektir.

I. KANUNLAŞTIRMA VE RESEPSİYON KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

A. Kanunlaştırma Kavramı

Kanunlaştırma kavramı, "herhangi bir hususa müteallik hareket tarzını kanun haline koyma, kanun vaz'etme"³, "yazılı olmayan hukuka karşı, yazılı hukukun biçimlendirilmesine ilişkin yöntem"⁴, "dünya hukuklarının pozitif hükümlerle yalınlaştı-

¹ Robert E. Rodes, "On the Historical School of Jurisprudence" (2004). Scholarly Works, Paper 858, http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/858, (E.T. 09.12.2015), 2004, s. 165.

² Nitekim 1896 yılında kabul edilerek Alman İmparatoru tarafından ilân edilen Alman Medeni Kanunu ancak 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, C. I, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 142.

⁴ Stone, A., Primer on Codification, 29 Tulane Law Review, 1955, s. 303'den aktaran Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 103.

rılması, sistemleştirilmesi ve sentez haline getirilmesi çabası”⁵, “önceden mevcut ve birbirleriyle bağdaşmayan örf ve âdet kuralları ile geleneklerin yerini almak üzere, toplumsal yaşamın belirli bir bölümünün tekbiçim hukuk kurallarıyla düzenlenmesi”⁶, “bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan bir şekilde bulunan hukuk kurallarının birleştirilmesi suretiyle ülkenin tamamında geçerli bir hukuk sisteminin meydana getirilmesi”⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu “kanunlaştırma”nın batı dillerindeki karşılığının “codification” olduğunu, Latince “codex”ten türetildiğini ve kelimenin “büyük kanun”, “kanunlar mecmuası”, “mecelle” anlamına geldiğini belirterek, kanunlaştırma hareketleri ile amaçlananın medeni kanun, ceza kanunu, ticaret kanunu, usul kanunu gibi genel nitelikteki büyük kanunların yapılması faaliyeti olduğunu ifade etmektedir⁸.

“Kanunlaştırma” için eski hukuk dilimizde “tedvin” kavramının kullanıldığını dikkat çeken Zahit İmre de söz konusu kavramın medeni hukuk, ceza hukuku gibi büyük bir hukuk dalının kurallarının tümünün kanun olarak hazırlanması anlamına geldiğini, ancak küçük kanunların bu kavramın kapsamına girmediğini ifade etmektedir⁹.

⁵ Yntema’dan akt. Özsunay, s. 104.

⁶ Hirsch’ten akt. Özsunay, s. 103-104.

⁷ Jale Akipek, Türk Medeni Hukuku, Ankara 1966, C. I, s. 25’ten aktaran Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 5.

⁸ Velidedeoğlu, s. 143. Buna karşılık codex kelimesinin Antik Çağ’da ilk olarak ağaç gövdesi anlamında kullanıldığı, sonrasında ise sırasıyla; tahta levhayı, üzerine yazı yazılan tahta levhaları, üzerine yazı yazılan tahta levhaların birleşimini ifade etmesine karşılık en sonunda kelimenin anlamının tahta ile olan bağlantısının koparılarak dikişle tutturulan parşömen kitap anlamına geldiği de belirtilmiştir. Bkz. Jacques Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle-Essai de definition*-Liege, Les editions de l’institut de sociologie de l’Universite Libre de Bruxelles, 1967, s. 72’den aktaran Barkın Asal, *Yasalastırma: Kodifikasyon Teorisi ve Politikası*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 3.

⁹ Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1980, s. 71.

Bir başka tanıma göre kanunlaştırma iki anlama gelmekte; ilkiyle, hukuk kuralı koyulmasındaki özel bir yöntem, ikincisiyle, hukuk kuralı koymanın sonuçları ve bunları içine alan “kanun (code)”lar kastedilmektedir¹¹.

Onsekizinci yüzyıldan itibaren müessir olmaya başlayan kanunlaştırma hareketlerinin ortaya çıkmasındaki nedenler incelendiğinde, doğal hukukun, hukuku örf ve âdetlerden arındırarak, akla hizmet eder hale dönüştürmesinin devletler üzerindeki etkisi göze çarpar. Akıl aracılığıyla hukukun daha adil biçimde düzenlenmesi, aynı zamanda romantik bölgecilik düşüncesine bir karşı çıkış olarak da okunabilir. Ayrıca, hukuk kurallarının yazılı hale getirilerek kanunlarda toplanması, ilgili kuralların herkesçe bilinilebilirliğini sağlamasının yanı sıra hukuk güvenliği ve dolayısıyla iktisadi gelişmeler açısından da önem arz etmektedir¹².

Bu noktada, kodifikasyona yol açan sebepler ile onsekizinci yüzyılın ikinci yarısından sonra hukuk hayatında tesirleri derinden hissedilen bazı ilkeler arasındaki bağa dikkat çekmek yerinde olur. Kanunların sade ve anlaşılır olması, yazılı şekilde herkese açık halde bulunması yani herkesçe bilinebilir olması, bu sayede de hukukun sadece hukuk bilginlerinin tekelinde bulunmasının engellenmesi örnek verilebilir. Ayrıca kanunların mantıklı, birbiriyle uyumlu olmasının hukuki çelişkilerin yaşanmaması adına önemli olduğu ve mahkemelerin, önlerine gelebilecek hukuki sorunları

¹⁰ Hatemi'nin ifade ettiğine göre; “Code veya Almanca Gesetzbuch terimi münferit ve nisbeten kısa metinli bir kanunu değil, Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku gibi alanlarda geniş kapsamlı yasal düzenleme metinlerini ifade eder. Eski hukuk dilimizde bu terimi karşılamak üzere “Kanunname” veya “Mecelle” gibi terimler kullanılmıştır. Mecelle terimi ondokuzuncu yüzyılda İstanbul'da ve özellikle Ahmed Cevdet Paşa'nın gayretleri ile hazırlanan “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye” özel adı gibi kullanılmaya başlandı ve Cumhuriyet Dönemi'nde “kanunname” terimi de unutuldu. Bugün “Kanunname” için de yine “Kanun” terimini kullanılmaktadır”. Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 22. Diderot ve D'Alambert de editörlüğünü yaptıkları *Encyclopedie* isimli eserde, kanun (code) sözcüğünün birbirinden oldukça farklı anlamlara gelecek şekilde kullanıldığını ifade etmişlerdir. Eserde bu kullanımların, Roma hukukunun derlemeleri (the Theodosian Code, the Justinianian Code, the Gregorian Code); Roma kilise hukuku bilimi derlemeleri ve antolojileri (the *canons*) ve diğer kilise kuralları ve ilkeleri (the *Codex canonicum*, the *Codex Gratianus* vb.); eski ve yeni kanunların, düzenlemelerin, bildirilerin, anayasaların vb. tek bir ciltte ya da ciltler halinde tek bir eserde toplanması (the Code Neron, the *Corpus Constitutionum Marchicarum* vs.); bir memlekette uygulanmakta olan hukukun bir alanına ilişkin olarak kanuni hükümlerin derlemeleri (ceza hukuku, ticaret hukuku, medeni hukuk vb.) ve son olarak da teamül, düzenleme, genel yasal hükümler, ilkeler gibi hukuki konuları karşılayan hukuki sözleşmeler olduğu bilgisine yer verilmiştir. Diderot and D'Alambert 1779, III, 570'den aktaran Domiano Canale, ‘The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe’, Damiano Canale/ Hasso Hofmann/ Paolo Grossi (Vol. ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 9: *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Springer, Dordrecht-New York, 2009, s. 136.

¹¹ Özsunay, s. 103.

¹² İmre, s. 72-74; Özsunay, s. 112-113.

çözümüne kavuşturulabilmesi için, kanunların eksiksiz bir biçimde ilgili hükümleri kapsamına ihtiyaç duyulduğu unutulmamalıdır¹³.

Ülkeleri kanunlaştırma hareketi içerisinde yer almaya götüren gayeler de dikkate alınmalıdır. Muhafazakâr amaçla yapılan kanunlaştırma, ülkede dağınık biçimde mevcut olan kuralların bir sistem dâhilinde birleştirilmesi ve bu sayede yürürlükteki hukukun herkesçe bilinebilmesi gayesini taşıırken; devrimci amaçla yapılanla ülkenin toplumsal, ekonomik yapısı ve gereklilikleri neticesinde eskisinden tamamen farklı, yeni hukuk kuralları yaratılmaktadır¹⁴. Devrimci kanunlaştırmalarda metodolojik bir gayeden ziyade politik amaçlar ön plandadır. Örneğin doğal hukukun tesiriyle gerçekleşen devrimlerle hedeflenen, bütün yurttaşları kapsayacak biçimde eşitlik ve özgürlük temelinde hukuki ve toplumsal düzenlemelerin yapılmasıdır¹⁵.

B. Resepsiyon Kavramı

Ülkelerin şu veya bu sebeple ortaya çıkan yeni toplumsal, siyasal, ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak bir hukuk sistemini kendi iç imkânlarıyla yaratması olası ise de, buna imkân vermeyen koşulların içerisinde de olabilirler. Kendi imkânlarıyla bir hukuk sistemini yaratamayan ülkeler, yabancı bir hukuk sistemini kısmen veya tamamen kabul ederek, kanunlarını kendi kanunları olarak yürürlüğe koyabilirler. İşte bu duruma; bir toplumun kanunlarının başka bir toplum tarafından alınmasına resepsiyon denir¹⁶.

Latince almak, kabul etmek, geri istemek anlamlarına gelen *recipere* fiilinden türetilmiş olan *receptio* çeşitli dillerde *reception*, *réception*, *rezeption* olarak kullanılmaktadır¹⁷.

Resepsiyon sözcüğü dilimize Fransızca *réception* sözcüğünün karşılığı olarak girmişse de sözcüğünün net bir Türkçe karşılığı yoktur. Kaynaklarda resepsiyon kav-

¹³ Canale, s. 137.

¹⁴ Bozkurt, s. 5; Özsunay, s. 104. Belirtmelidir ki hangi amaçla yapılırsa yapılsın kanunlaştırmaya karar verildikten sonra önemli bir husus da kanun yapılırken kullanılacak olan yöntemin saptanması hadisesidir. Bu aşamada kazüistik yöntemin mi soyut yöntemin mi yoksa soyut kazüistik yöntemin mi kullanılacağına kanun yapma tekniği bakımından önem arz ettiği belirtilmelidir. Özsunay, s. 108. Bu yöntemler hakkında bilgi için bkz. Özsunay, s. 108-110; İmre, s. 74-75.

¹⁵ Canale, s. 142.

¹⁶ Bozkurt, s. 5; Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu/ Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2002, s. 264.

¹⁷ Bozkurt, s. 5-6; Ergun Özsunay, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Medeni Kanunun Anlamı ve Önemi", Medeni Kanun 50. Yılı Sempozyumu (1. Tebliğler), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuku Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1978, s. 399 (Bundan böyle *Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi* olarak kullanılacaktır).

ramı yerine “iktibas”ın kullanıldığı görülmeğe de, “seçerek almak, tam olarak almak” anlamına gelen bu kavramın, resepsiyonu karşılamadığı belirtilmektedir¹⁸. Ayrıca, literatürde resepsiyon yerine yabancı hukukun benimsenmesi ifadesine de yer verilmektedir¹⁹. Cahit Can ise resepsiyon sürecinde alma ve benimsemeden oluşan iki aşama bulunduğundan bahisle, modern resepsiyonları ifade etmek üzere “yabancı hukuk alımı” ifadesinin kullanılmasının uygun olduğu fikrini savunmaktadır²⁰.

Kapsamındaki olguların çokluğu ve farklılığı nedeniyle “resepsiyon” yahut “iktibas” veya “benimseme” ile yabancı hukukun benimsenmesi, zorla benimsetilmesi, bir bütün olarak alınması, kısmen alınması; eski bir hukukun yeniden canlanması gibi çeşitli olguların hepsi anlatılmak istenmektedir²¹. Bundan dolayıdır ki konuyla ilgili çalışmalarda aynı sözcük farklı olgulara karşılık gelmek üzere kullanılmaktadır.

“Belirli bir hukuk ikliminde oluşan belirli bir hukuki fenomenin, bir başka hukuk ikliminde bilinçli bir şekilde yürürlüğe konması”²² veya “farklı uygarlıklar arasındaki kültür alışverişinin hukuk alanındaki özel adı”²³ olarak tanımlanabilen resepsiyonda hukuki aktarımın nasıl gerçekleşeceği önem arz etmektedir ve bununla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bozkurt, resepsiyonda iradenin oluşum şeklinin, yani bu iradenin baskıyla mı yoksa bilinçli bir istekle mi oluştuğunun önemli olmadığını savunarak, iki farklı hukuk ortamının varlığını gerekli bulmakta ve kendi hukuk ortamında gelişmiş bir hukuk ikliminin bir başkasında yürürlüğe girmesini yeterli görmektedir. Dolayısıyla, istençli ve bilinçli bir şekilde gerçekleştirilenler kadar zorla benimsetilenlerin de resepsiyon kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir²⁴.

¹⁸ Bozkurt, s. 6.

¹⁹ Örneğin Ergun Özsunay’ın makalesi “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Medeni Kanunun Anlamı ve Önemi” başlığını taşıırken Gülnihal Bozkurt da resepsiyon kavramını yabancı hukukun benimsenmesi olarak kullanmıştır. Bozkurt, s. 5.

²⁰ Cahit Can, *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2012, s. 37-38 dipnot 47, Can’ın çalışması açısından resepsiyon ve “yabancı hukuk alımı” arasında yaptığı anlam ayrımı için bkz. Can, s. 38.

²¹ Can, s. 23. Resepsiyon sözcüğü ile farklı olguların tümünün karşılanmak istenmesine karşılık ilgili eserinde Cahit Can yasama organının iradi kararı doğrultusunda bir bütün halinde gerçekleştirilen “hukuk alımı” ifade etmek üzere “yabancı hukuk alımı”, özellikle eski bir hukukun yeniden canlanması olgusu için ise resepsiyon sözcüğünü kullandığını belirtmiştir. Can, s. 23.

²² Max Rheinstein, “Types Of Reception”, *Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul*, No: 6, İstanbul, 1956, s. 31. Ancak belirtilmelidir ki, “hukuk iklimi” deyimini ile tek bir durum değil, çeşitli olası durumlar kastedilmektedir. Bu deyim bir ülkede gelişen, örneğin İsviçre, hukuki fenomenin başka bir ülke tarafından benimsenmesini, örneğin Türkiye, ifade etmek üzere kullanılmasının yanı sıra hukuki fenomenin aynı ülkede yeniden benimsenmesini de kapsamaktadır. Buna örnek olarak da İtalya’da Eski Roma İmparatorluğu dönemindeki hukukun, Orta Çağda yeniden benimsenmesi verilebilir. Rheinstein, s. 31-32.

²³ Can, s. 39.

²⁴ Bozkurt, s. 15-16.

Rheinstejn ise belirli bir hukuk düzeninde oluşan hukuki kavram, kurum ya da olgunun veya bunların hepsinin diğerk ÷lke tarafından benimsenmesi durumunun, istekli ve bilinçli bir şekilde yapılması gerektiğini; aksinin yabancı hukukun benimsenmesi değil benimsetilmesi, zorla kabul ettirilmesi (*imposition*) olduğunu savunur²⁵. Can da başarıya ulaşmış olsa dahi, zorla benimsetmenin resepsiyon kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatinde²⁶.

Ülkeleri, başka ülkelerin hukuk normlarını veya sistemlerini benimsemeye, almaya iten çok çeşitli neden mevcuttur. Bir ülkede gerçekleştirilen resepsiyon çalışmaları, değişme ve modernleşme isteğiyle ya da toplumun temel siyasal, sosyal ve ekonomik yapısının değiştirilmesi gayesiyle gerçekleştirilebilir. Dış baskıların etkisi ve bağımsızlık isteği de etkili olabilmektedir. Örneğin Türkiye ve Japonya resepsiyonlarında modernleşme ve değişme isteği ön plandayken, Osmanlı Devleti'nin özellikle ondokuzuncu yüzyılda gayrimüslim ve müslüman vatandaşlarına eşit biçimde uygulayabileceği genel bir hukuk oluşturma çabalarında dış baskılar, Fransız İhtilâli sonrasında Avrupa'da ve Latin Amerika'da kurulan yeni devletlerde ise bağımsızlık isteği itici bir rol oynamıştır²⁷.

Dayanılan gerekçe ne olursa olsun, kanunların hangi ülkeden resepsiyon yoluyla alınacağıın belirlenmesi politik bir karar olduğundan, politikacıların veya resepsiyonu gerçekleştirecek olan hukukçuların eğilimleri bu kararın alınmasında önem arz etmektedir. Tanzimat döneminde Osmanlı Devleti'nde yapılan resepsiyonda Fransa'da eğitim görmüş hukukçuların Fransız mevzuatından etkilenmeleri bu hususa örnek gösterilebilir²⁸.

Resepsiyonu farklı yönleriyle sınıflandırmak mümkünse de, değişik görünümelerde ortaya çıkması genelleme yapmayı zorlaştırmaktadır²⁹. Bundan dolayı bir ülkede resepsiyon üzerine yapılan çalışmalar incelenirken, sadece yabancı hukukun alınması değil, bu hukuk alımı ve neticesinde ortaya çıkan yeni hukuki düzenlemeler, bunların uygulanmasında karşılaşılan sorunlar, çözümü için başvuru yollar ile resepsiyonun örf ve âdetlere ne şekilde sirayet ettiği de incelenmelidir³⁰.

²⁵ Rheinstejn, s. 33.

²⁶ Can, s. 39-41.

²⁷ Bozkurt, s. 8-10.

²⁸ Bozkurt, s. 12.

²⁹ Resepsiyonun farklı açılardan gruplara ayrımı hakkında bkz. Bozkurt, s. 14-16; Özsunay, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi", s. 401-406.

³⁰ İmre Zajtay, "Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibas", (Çev. Teoman Akünal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXVII, S. 1-4, 1971, s. 321-322.

Ülkelerin resepsiyona yönelmelerinde etkin olan sebeplere bağlı olarak resepsiyon hareketleri üç dönemde incelenmektedir. Buna göre, ilk önemli resepsiyon hareketi Orta Çağda, Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde Roma hukukunun benimsenmesidir. İtalya'da eğitim alan Alman hukukçular ülkelerine döndükten sonra Roma hukukunun Almanya'da yerleşmesinde etkin rol oynayarak ilk resepsiyon hareketini gerçekleştirmişlerdir. Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Napoléon veya Code Civil) İtalya, Belçika, İspanya gibi çeşitli ülkelerde aynen ya da çok az değişikliklerle kabulü ise ikinci dönem resepsiyon hareketi olarak kabul edilir. Üçüncü dönem resepsiyon hareketleri ise çeşitli Batı Avrupa devletlerinin hukuklarının Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkeleri tarafından benimsenmesi ile gerçekleşmiştir³¹.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, kimisinde az kimisinde çok olsa da, her hukuk sisteminde yabancı kurumların varlığıdır. Yabancılık unsuru taşımayan bir hukuk sistemi yoktur. Ama resepsiyonu önemli kılan, yabancı bir hukuki düşünce, kurum veya yapının başka bir hukuk iklimine taşınması hadisesidir. Zira resepsiyonla birlikte, yeni düşünce sistemine uymayı gerektiren, bu doğrultuda hukuki ve kültürel değişikliklerin yapılmasına yol açan bir süreç başlatılmış olur³².

II. ROMA HUKUKUNUN ALMANYA TARAFINDAN RESEPSİYONU

Her ne kadar Batı Roma İmparatorluğu'nun resmi yıkılış tarihi M.S. 476 ise de İmparatorluğun yayıldığı topraklarda egemen olan hukuk düzeni ve ilgili kültür mevcudiyetini koruyor; İmparatorluğun yıkılmasının ardından Avrupa'da kurulan krallıklar kendilerini Roma İmparatorluğu'nun kültür ve medeniyet mirasçısı olarak görüyorlardı³³.

Batı Roma İmparatorluğu'nun çöküşü ile başladığı kabul edilen Orta Çağ süresince, bölgelere ve küçük devletlere ayrılması kesinleşen Almanya'da Cermen örf ve âdet hukuku uygulanmış, bu bölgelerin bazılarında yürürlükte olan hukuk kurallarının kitap olarak toplanmasına çalışılmıştır. Fakat Orta Çağ'dan Yeni Çağ'a geçilirken Roma Cermen İmparatorluğu'nda Roma hukukunun uygulanmaya başlanması, Almanya'da hukukun gelişiminin farklı şekilde seyretmesine yol açmıştır³⁴.

Roma hukukunun Almanya'da uygulanmasının arkasındaki nedenler ve bu kabulün nasıl gerçekleştiğine ilişkin çalışmalar incelendiğinde, durumun şu şekilde cereyan ettiği anlaşılmaktadır: İlgili dönemde Almanya'da siyasi ve merkezi birlik

³¹ Üçök/Mumcu/Bozkurt, s. 265; Özsunay, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi", s. 399-400.

³² Bozkurt, s. 7.

³³ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2012, s. 30.

³⁴ Üçök/Mumcu/Bozkurt, s. 254.

sağlanamadığı gibi hukuki birlik de sağlanamamıştı. Bundan ötürü hem merkezi gücü temsil eden imparator hem de diğer prenslikler Roma hukukunun kabulüne karşı durmamışlardır. Ayrıca ‘Kutsal Roma-Cermen İmparatoru’ ünvanını taşıyan ve kendilerini eski Roma İmparatorluğu’nun varisi konumunda gören Alman imparatorları da bu hukukun kabulünde bir sakınca görmemişlerdir. Hatta, geliştirilmiş ve dogmatikleştirilmiş Roma kamu hukukunun, kendi hakimiyetlerinin pekiştirilmesinde yararlı olduğu sonucuna bile varmışlardır³⁵. Fakat belirtmelidir ki, Almanya’da kabul edilen Roma hukuku Corpus Iuris Civilis’teki hukuk değil, Iustinianus zamanında toplattırılmış olan ve on ikinci yüzyıldan sonra genel olarak Corpus Iuris Civilis adı ile anılan derlemenin İtalyan hukukçuları tarafından, özellikle de sistematik hukuk biliminin kurucuları kabul edilen “kommentatorlar (*postglossatorlar*)³⁶”, tarafından düzenlenmiş, geliştirilmiş halidir³⁷.

Bu çerçevede İtalya ile Roma hukuku arasındaki bağlantıya da değinmek faydalı olacaktır. Onikinci yüzyıl, İtalyan üniversitelerinde, özellikle Bologna Üniversitesi’nde, onbirinci yüzyılın sonlarında başlayan Roma hukuku ile ilgili araştırma ve çalışmaların meyvelerini verdiği bir asırdır³⁸. Bu çalışmalar sebebiyle birçok kişi hukuk eğitimi almak üzere İtalya’ya gitmiştir. Bunda Rönesansın etkisiyle Antik Roma ve Yunan kültürlerine olan ilginin ve merakın canlanması kadar, Almanya’da üniversitelerin henüz kurulmamış olması da etkindir. Nitekim Almanya’da üniversitelerin kurulması için ondördüncü yüzyılın gelmesi gerekmiştir; 1348’de Prag’ta, 1365’te Viyana’da, 1385’te Heidelberg’te, 1388’de Köln’de ilk Alman üniversiteleri açılmıştır³⁹.

³⁵ Coşkun Üçok, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 1950, s. 312-313; Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 2003, s. 91. Bunun sebebi Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu düşüncesinin siyasal bütünlüğün devamı adına üç ortak manevi temele; Cermen unsuruna, Hristiyanlığa ve Roma kültürüne dayanmasıdır. Bu temellerin siyasal birliğini henüz sağlayamamış olan Alman İmparatorluğunu bir arada tutmaya yarayan en önemli bağ olduğu ifade edilebilir. Çelebican, s. 31.

³⁶ Postglossatorlar, onüçüncü ve onbeşinci yüzyıllar arasında Roma hukuk bilimine dair araştırmalar yapan hukukçulardır. Kendilerinden önceki glossatorların Corpus Iuris Civilis’i dogma kabul ederek glossa adı verilen notlarla açıklama çalışmalarına karşın postglossatorlar uygulamadan doğan ihtiyaçlara da cevap verecek biçimde Corpus Iuris Civilis’i incelemişler ve örf ve âdet hukukunu da kapsayacak şekilde, yerel hukukları da göz önünde bulundurup yeni ilkelere, kavramlara ve kurumlara ulaşmışlardır. Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul, 2012, s. 100.

³⁷ Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, 1947’ den aktaran Üçok, s. 314; Bozkurt, s. 20; Tahiroğlu/ Erdoğan, s. 100.

³⁸ Çelebican, s. 31-32; Andreas Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, I. Cilt, (Çev. Türkan Rado), Doğan Kardeş Yayınları AŞ Basımevi, İstanbul, 7. Bası, 1965, s. 11-12.

³⁹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 255; Stein, s. 89. Bu gelişmeye paralel olarak da 1387’de Heidelberg Üniversitesi’nde, 1460’da Basel Üniversitesi’nde, 1472’de Ingolstadt’da, 1477’de Tübingen

Eğitimlerini İtalya’da almış olan hukukçuların Alman hukuk hayatındaki te-sirlerini mercek altına aldığımızda karşımıza çıkan tabloda hukukçuların, özellikle yargıçların, eğitimini aldıkları Roma hukukunun ulusal halk hukuku olan Cermen hukukuna üstün gelmesinde (yöneticilerin ve Kilise’nin de yardımıyla) önemli rol oynadıkları görülür. Yöneticiler ve hukukçular, tüzükleri ve yönetmelikleri, şehir hu-kuklarını ve noter belgelerini hep Roma hukukundan elde ettikleri bilgiler doğrultu-sunda düzenlemişlerdir. Başlangıçta sadece yerli hukukta uygulanabilecek bir kuralın bulunmaması halinde buna aykırı olmayan Roma hukuku kuralları uygulanmaktadır. Ancak, İtalya’da eğitim almış hukukçu yargıçlar, farklı yerlerde değişiklik gösteren Cermen halk hukukunu iyi bilmedikleri için, bu hukukun boşluklarını doldurmaya çalışmak yerine Roma hukukunu uygulamayı tercih etmişlerdir. Bahsi geçen yargıç-lar, zaman içerisinde halk yargıçlarının mahkemelerin dışında tutulmasında da etkili olmuşlardır. Davalarda örf ve âdet hukukunun uygulanması istemi ise, bu kuralların çoğunlukla yazılı olmadığı ve ispatlanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle yerine getirilmemiştir. Bütün bu gelişmeler Roma hukukunun uygulamadaki rolünü güçlen-dirmiştir⁴⁰.

Alman hukukundaki “Küçük bölgenin hukuku büyük bölgenin hukukun-dan önce gelir.” kuralının terk edilmesinin de Roma hukukunun Almanya’da yer-leşik hale gelmesinde önemli bir rol oynadığı ifade edilebilir⁴¹. Ancak Roma hu-kukunun Almanya’da yerleşik hale gelmesine yol açan en mühim gelişmelerden biri, Ağustos 1495’te Kral I. Maximilian’ın emirleri doğrultusunda İmparatorluğun en yüksek mahkemesi olan Reichskammergericht’in kurulmasıdır. Düzenlemede Reichskammergericht’te Roma hukukunun uygulanacağı ve yüksek mahkeme üyele-rinin yarısının doktora yapmış Roma hukukuna hakim yargıçlardan oluşacağı hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, Yüksek Mahkeme’nin Roma hukukunu temel alarak karar vermesine; verdikleri kararların Yüksek Mahkeme tarafından bozulması-nı istemeyen alt derece yargıçlarının da hükümlerini Roma hukuku ekseninde kurma-larına sebep olmuştur. Böylece, mahkeme uygulaması aracılığıyla Roma hukukunun Almanya’da yerleştiği ifade edilebilir⁴².

Üniversitesi’nde, 1479’da Freiburg Üniversitesi’nde, 1493’te Viyana Üniversitesi’nde ve 1498’de Greifswald Üniversitesi’nde Roma hukuku kürsüleri kurulmuştur. Bu kürsülerde eğitimlerini İtalyan üniversitelerinde almış olan hukukçulara yer verilmesinin sonucu olarak da Roma hukukunun Alman-ya’daki etkisi daha belirgin hale gelmiştir. Charles Sumner Lobingier, “*The Reception of the Roman Law in Germany*”, Michigan Law Review, Vol. 14, No. 7 (May, 1916), s. 562.

⁴⁰ Bozkurt, s. 19.

⁴¹ Koschaker’den aktaran Üçok, s. 313-314.

⁴² Bozkurt, s. 20; Çelebican, s. 32-33; Stein, s. 91; Frederick C. Beiser, *The German Historicist Tradition*, Oxford University Press, New York, 2011, s. 240-241. Bu noktada Roma hukukunun neden örneğin İngiltere tarafından değil de Almanya tarafından benimsendiğine de kısaca değinmek faydalı olacak-

Bu gelişmeler bir bütün olarak ele alındığında ortaya çıkan tablo, Almanya’da halk içinde yerleşmiş bulunan Cermen hukukunun etkisinin zamanla silinerek yerini Roma hukukuna bıraktığı ve Roma hukukunun da hiçbir engel ile karşılaşmadan Almanya’da uygulanageldiğidir. Fakat belirtilmelidir ki tablonun bu şekilde oluşmasının ardında, söz konusu dönem itibariyle Almanya’nın hukuki birliğini sağlayamamış olması yer almaktadır.

III. DOĞAL HUKUK OKULU VE FRANSIZ MEDENİ KANUNU’NUN KODİFİKASYON HAREKETİNDEKİ YERİ

A. Doğal Hukuk Okulu

Roma hukuku Alman hukuk hayatında kendini kabul ettirmiş ve hiçbir engelle karşılaşmadan uygulanıyor olsa da, onsekizinci yüzyıla gelindiğinde Avrupa’da ve dolayısıyla Almanya’da yeni düşünce akımları kendilerine yer buluyordu. Bununla bağlantılı olarak, din ya da Tanrı merkezli düşünceler ile eski, geleneksel, değişmez kabul edilen düşünceler terk ediliyordu. Köhnemiş inanışların yerini akılla kavranan düşünceler almaktaydı. Dönem, “akılın egemenliği” nin hukukta da önemsendiği bir dönemdir. Bu önemseyişin ardında doğal hukuk akımının aklın, kanunların, örf ve âdet hukukunun üstünde olması gerektiğini savunması önemli rol oynamıştır⁴³. “Akılını kendin kullanmak cesareti göster!” sloganı ile anılan aydınlanma dönemi koşullarında filizlenen düşünceler, bütün Avrupa’da etkisini göstermeye başlamıştı⁴⁴.

Doğal hukuk tek bir çağa indirgenemeyecek bir düşünce sistemidir ve tüm zamanlarda kendine yer bulmuştur. Başlarda doğadan, doğanın kendisinden hareket eden doğal hukuk ve onun, herkesin aklını kullanmak suretiyle bulabileceği, her toplumda ve çağda geçerli olan genel, evrensel, değişmez kuralları Orta Çağ boyunca kili-

tır. İmre Zajtay’a göre bu konu şu şekilde açıklanabilir: “Roma Hukukunun İngiltere’de benimsenmemiş olması, uygulamacıların kudretli bir meslekî organizasyona (Inns of Courts) sahip olmaları ile açıklanabilir. Pratikten yetişen İngiliz hukukçuları, uygulamanın bir ürünü olan Common Law’ı savunmuşlardır. Bu hukukçular, kendilerinin anlamakta ve uygulamakla zorluk çekecekleri yabancı bir hukukun Common Law’ın yerini almasına karşı kovmuşlardır. Buna karşı Almanya’da ülkenin kendi hukukunu yaratabilecek ve savunabilecek bir hukukçu sınıfının bulunmaması Roma Hukukunun benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Alman hukukçuları uygulamadan değil, üniversitelerden yetişmekteydiler. Yönetim ve yargı organlarında uzman olmayan kimselerin yerlerine geçen bu hukukçular, aşına oldukları Roma Hukukuna yöneltiler ve bu hukuku giderek uygulamaya, daha da genel olarak ülkenin hukuk yaşantısına soktular.” Zajtay, s. 311.

⁴³ Ernest Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara, 1996, s. 80-84.

⁴⁴ Deyişin özgün hali “Sapere aude!”dir ve Horatius’un bir şiirinde geçmektedir. Ancak söz, Alman Aydınlanması ile ilişkili olan ‘Doğrunun Dostları Topluluğu’ tarafından benimsenmiş olup Immanuel Kant tarafından “‘Aydınlanma Nedir?’ Sorusuna Yanıt” (1784) adlı eserde de kullanılmıştır. Immanuel Kant, “‘Aydınlanma Nedir?’ Sorusuna Yanıt” (1784), *Seçilmiş Yazılar*, (Çev. Nejat Bozkurt), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 213.

senin öğretilerinin kabul ettirilmesi amacıyla kullanılmışsa da Aydınlanma dönemi ile doğal hukuk akımının seyri değişmiştir⁴⁵.

Doğal hukukun geçirdiği bu değişim, kilisenin hukuk üzerindeki etkinliğinin yıkılarak aklın himayesindeki hukukun gelişmesine; Tanrı'ya bağlı olmayan ve Tanrı'nın dahi değiştiremeyeceği normları içerir bir doğal hukuk düşüncesinin kabulüne yol açmıştır. Aslında kökenleri Yunan ve Roma felsefesine dayanan doğal hukuk, yüzyıllar boyunca çeşitli görünümde Batının hukuk hayatında önemli rol oynamıştır. Doğal hukukun modern versiyonu olarak ele alınabilecek olan onyedinci ve onsekizinci yüzyıllardaki hukukun izlerini Hugo Grotius (1583-1645), Thomas Hobbes (1585-1679), Samuel von Pufendorf (1632-1694) ve Gottfried Wilhelm Leibniz (1648-1726)'de bulabilirsek de doğal hukukun onsekizinci yüzyılda Almanya'daki en önemli ve etkili temsilcisi Christian Wolff (1679-1754)'tur⁴⁶.

Christian Wolff, Roma hukuku ile doğal hukuku birleştirerek, Roma hukuku meselelerinin doğal hukuk kaidelerine göre çözüldüğü bir kitap hazırlamıştır. Onun açtığı yoldan gidenler aracılığıyla da Roma hukuku ile doğal hukuk arasında önemli bir bağın oluşması sağlanmıştır⁴⁷. Nitekim doğal hukuk öğretisi, Almanya'da hukukun sistematik olarak gelişmesine, genel hukuk öğretilerinin ve temel kavramlarının oluşturulmasına ve açıklığa kavuşturulmasına yardım etmiştir⁴⁸.

B. Fransız İhtilali ve Fransız Medeni Kanunu'nun Kabulü

Aydınlanma düşüncesi ile birlikte tohumları atılan ideolojiler ve bu anlamda üst ideoloji sayılabilecek olan liberalizmin ortaya çıkması ve burjuvazinin hukuki eşitsizlikleri yıkmak için ileri sürdüğü doğal haklar kuramı, Orta Çağ'da savunulduğunun aksine bu dünyada da mutluluğun yakalanabileceğinin bir ilanı olarak 1789'da Fransa'da gerçekleşen ihtilalin sebeplerindedir⁴⁹.

26 Ağustos 1789'da, 1791'de kabul edilen Fransız Anayasası'na sonradan ön-söz olarak eklenen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi kabul edilir. Bildiri incelendiğinde doğal hukuk ilkelerinin yasa maddelerine dönüştüğü görülmektedir. Bir giriş ile onyedinci maddeden meydana gelen Bildiri'nin ilk satırlarından itibaren insana içkin, doğal, devredilemez ve kutsal hakların bulunduğu hususuna önemle yer verilmiştir⁵⁰.

⁴⁵ Hirş, s. 75-85.

⁴⁶ Schwarz, s. 168; Üçok, s. 316.

⁴⁷ Schwarz, s. 168; Üçok, s. 316.

⁴⁸ Schwarz, s. 169.

⁴⁹ Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, 13. Bası, İstanbul, 2011, s. 238-239.

⁵⁰ Göze, s. 582-593; Hirş, s. 84.

Daha iyi ve daha adil bir hukuk için anayasalarda ve kanunlarda hukuki kaidelere yer verilmesi ve bu sayede hukukun içeriğinin rasyonelleşmesi doğal hukuk kuramının kanunlaştırma hareketlerindeki etkisini ortaya koymaktadır.

Söz konusu dönemde Avrupa’da Prusya Devletleri İçin Genel Memleket Kanunu’ndan sonra yapılan ikinci kanunlaştırma çalışması, konumuz açısından büyük önem taşıyan ve “Napoléon Kodu (Code Napoléon)⁵¹” ya da Code Civil olarak adlandırılan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’dur. Kanun, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’ndeki ilkeleri yansıtır olup, eşitlik ve özgürlük ilkelerine dayalı bireyci bir karaktere sahiptir ve soyut metod esasları gözetilerek hazırlanmıştır. Açık, yalın bir anlatıma sahiptir⁵².

Doğal hukuk kuramı, onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllardaki kanunlaştırma hareketlerinde öncü rol oynamıştır. Bunda doğal hukukun, hukukun içeriğinin kurallara bağlanması için kanunlaştırmaya verdiği önem başat unsurdur⁵³. Nitekim, hukukun insan aklının gereklerinden doğduğu kabulüyle geçmiş geleneklerle bağını yadsıyarak, özel hukukun doğal hukuk ilkeleri ışığında yeniden düzenlenmesini savunan doğal hukuk kuramının birçok Alman devletinde özel hukukla ilgili kodifikasyon faaliyetlerine katkıda bulunduğuna işaret edilmelidir⁵⁴.

IV. KODİFİKASYON TARTIŞMASI: THIBAUT ve SAVIGNY

A. Genel Olarak

Kodifikasyon tartışması olarak da adlandırılan süreç, Ekim 1813’te Napoléon’un Leipzig yenilgisi sonrasında, Almanya’nın yeni bir medeni kanuna mı gereksinim duyduğu veya eskiden olduğu gibi Roma hukuku ve gelenekler toplamıyla mı devam edileceği meselesi etrafında şekillenir.

Ondokuzuncu yüzyılın başlarındaki bu kodifikasyon tartışması, dönemin hukuk kültürü tarihindeki en önemli polemiklerden biri olarak arşivlerdeki yerini almıştır⁵⁵. Uyuşmazlığın bir tarafında Berlin Üniversitesi’nin ilk rektörü olan Friedrich

⁵¹ İlk hazırlandığı dönemde “Code civil des Français” adını taşıyan Fransız Medeni Kanunu’na 1807 tarihli bir kanun ile “Code Napoléon” adı verilmişse de sonraki yıllarda yapılan düzenlemelerle kanunun adının yeniden “Code civil” olması hususu karara bağlanmıştır. Fakat 1852’de bir kez daha “Code Napoléon” adının kullanılmasına başlanmış; 1870’e gelindiğinde ise tekrar orijinal adı kullanılmıştır. Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 118-119.

⁵² Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 119-120; İmre, s. 80.

⁵³ Schwarz, s. 169.

⁵⁴ Çelebican, s. 95-96; Schwarz, s. 169.

⁵⁵ Paolo Becchi, “German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, The Historicisms, and “Conceptual Jurisprudence”, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 9: A History of the

Karl von Savigny (1779-1861) diğer tarafında ise Kiel ve Jena, ardından Heidelberg Üniversitesi profesörlerinden Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) bulunmaktadır. Savigny eski sistemin devam etmesinin lüzumuna dikkati çekerken, Thibaut yeni bir medeni kanunun hazırlanmasının gerekli olduğunda ısrar etmekte idi. Zaman içerisinde Thibaut ve Savigny arasındaki bu tartışma kamuoyu tarafından da dikkatle takip edilen bir niteliğe bürünmüştür. Anlaşmazlık aynı zamanda kendi yandaşlarını da yaratmaktan geri kalmamıştır; iki tarafın çekişmesinde Gustav Hugo, Barthold Georg Niebuhr ve Grimm kardeşler; Jacob Grimm ve Wilhelm Grimm Savigny'yi desteklerken Anselm von Feuerbach ve Georg Wilhelm Friedrich Hegel Thibaut'un yanında yer almışlardır⁵⁶.

Napoléon'un Leipzig'te almış olduğu yenilginin Almanya'da politik ve uygulamaya yönelik konuların irdelenmesine yol açması, bu tartışmanın başlamasına tesir etmiştir denilebilir. Bu dönemde Rhine Konfederasyonu'nun yıkılmasının ortaya çıkardığı politik boşluk önemli bir hukuki sorunu gündeme getirmiştir. Ortaya çıkan ve cevabı aranan soru, Alman devletlerinde hangi medeni hukukun uygulanacağıdır. Söz konusu süreçte, üç seçenek öne çıkmaktadır: İlki eskiden olduğu gibi Roma, Kanon ve ortak hukukun bir birleşiminden oluşan ve Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'ndan beri Almanya'da tatbik edilen hukuk ile devam edilmesi, ikincisi Code Napoléon olarak bilinen ve dönemin en yeni medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun medeni hukuktan doğan sorunlara çözüm olması için Almanya'da da uygulanması yani Fransız Medeni Kanunu'nun resepsiyonu veyahut üçüncü bir seçenek olarak tıpkı Fransızların yaptığı gibi ama bu sefer Alman mahsulü olacak olan yeni bir medeni kanun hazırlanmasıdır⁵⁷.

Fransız Medeni Kanunu döneminin en yeni medeni kanunu idi ve bütün medeni hukuku 2281 maddede toplamış olmak gibi bir bütünlüğe, kolaylığa ve açıklığa sahipti. Ancak bu özelliklerine rağmen Almanya tarafından kabul edilmesi için büyük bir engeli de içinde barındırıyordu: O bir Fransız ürünüydü. Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya tarafından resepsiyonu yabancı bir hukuk tarafından ele geçirilmekle eş görülüyordu. Bu yaklaşımdan dolayı kabul edilemezdi. Fakat bu, diğer seçeneklerin sorunsuz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, Roma hukukunun anlaşılmasının, uygulanmasının getirdiği güçlükler de aşikâr idi. Ayrıca pek çok hukukçu ve yargıç için Corpus Iuris Civilis'in kısımları ve şerhleri demek olan Roma hukuku modern Almanya'dan ziyade Antik Roma için daha uygundu; çünkü Roma hukuku-

Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, Damiano Canale/ Paolo Grossi / Hasso Hofmann (Volume ed.), Springer, Dordrecht-New York, 2009, s. 192.

⁵⁶ Beiser, s. 233-234.

⁵⁷ Beiser, s. 234.

nun bazı kurallarına, kurumlarına örneğin kölelik kurumuna, modern Almanya’da yer verilemezdi. Son seçenek olan, bütün Alman devletlerinde uygulanacak yeni bir medeni kanunun hazırlanması fikri de Alman devletlerinin bir konu üzerinde anlaşılabilirlerinin o güne değin görülmemiş bir şey olmasından ötürü bir hayal ürünü olarak ele alınmaktaydı. Fakat bu hayalin gerçekleşebileceğine ilişkin Avusturya Medeni Kanunu ve Prusya kodifikasyonları gibi umut verici örnekler de yok değildi⁵⁸. Öyleyse, Almanya da kendi medeni kanununu hazırlayabilirdi. Ayrıca bu salt Almanya’nın kendi hukukuna bir katkı sunma çabası değil, devletin egemenliğine ilişkin de çok mühim bir mesele idi.

B. Thibaut’un Konu Hakkındaki Görüşü

Almanya’nın kendi medeni kanununu hazırlayabileceğine inananların başında, onlarca yıl medeni hukuk üzerine yaptığı çalışmalar ışığında, Almanya’nın çeşitli bölgelerinde uygulanan farklı hukuklar yerine tüm Almanya’yı kapsayacak yeni bir kanunun, aynı zamanda henüz milli birliğini kurmamış olan Almanya’nın ulusal birliğini kurmasında da önemli bir rol oynayacağı kanısındaki Thibaut geliyordu. Thibaut, Fransız İhtilali’nin de etkisiyle, eskimiş âdet ve görenekler yerine doğal hukukun akli ve genel ilkelerinin temel alındığı yeni bir kanunun hazırlanmasının gerekliliğine olan inancını “Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanunun Gereği Hakkında)” isimli çalışması ile gündeme getirmiştir⁵⁹.

Roma hukukunun sorunlarını gidermenin çok zor olduğunu düşünen Thibaut, bütün bir hayatını Roma hukukuna vakfetmiş bir kimsenin dahi, Roma hukukuna dair tam bir bilgiye sahip olamayacağını vurgulamıştır. Roma hukukunu labirente benzeten ünlü hukukçu, Roma hukukunda uzmanlaşmış hukukçuların dahi Corpus Iuris Civilis’i kısımları hakkında sürekli biçimde tartıştıklarını anımsatmıştır⁶⁰.

Savigny ve Thibaut arasındaki polemige neden olan asıl eser ise August Wilhelm Rehberg tarafından kaleme alınmıştır. 1814’ün başlarında basılan *Ueber den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland* (Code Napoléon ve Almanya’daki Uygulaması) isimli çalışmasında Rehberg bazı Alman bölgelerinde yürürlükte olan Fransız Medeni Kanunu’nun yürürlükten kaldırılarak eskiden var olan duruma geri dönülmesini savunmaktaydı. Napoléon işgalinin neden olduğu duygusal

⁵⁸ Beiser, s. 234; İlgili kanunlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Baki Kuru, “1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-4, ss. 102-139, 1958.

⁵⁹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 204.

⁶⁰ Beiser, s. 235.

hal ve ulusal gurur, Code Napoléon'a karşı bir tepkinin oluşmasına yol açmıştı. Bu yüzden, Rehberg'e göre Napoléon işgali karşısındaki direnişin ardından gelen zaferin Almanya'da medeni hukukunun düzenlenmesine nasıl tesir edeceği derhal çözülmesi gereken bir sorundu. Rehberg'e göre Fransa'nın hamillliği ortadan kalktığına göre bazı Alman devletlerinde uygulanan Code Napoléon'a veda edilerek eski düzene dönülmesinin vakti gelmişti⁶¹.

Rehberg'ün kitabı ulusal ve anayasal sorularla, medeni hukukla ilgili tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Konuya ilişkin çeşitli görüşler literatürdeki yerlerini almışlarsa da bunlardan en ilgi çekeni Thibaut'un ileri sürdüğü olmuştur. Her ne kadar Thibaut Napoléon işgali sırasında yadsınamayacak değerinden ötürü Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya'nın kimi bölgelerindeki yürürlüğünü desteklemişse de kanunun diğer Alman bölgelerini de kapsayacak şekilde uygulanmasına karşı çıkmıştır⁶².

Thibaut çalışmasında yeni bir medeni kanun hazırlamanın Alman otonomisi ve zamanın Alman halkının ihtiyaçlarının karşılanması bakımından ehemmiyetli olduğunu savunmanın yanı sıra; aklın gerektirdiklerine göre hazırlanacak bir kanunun, düzeni sağlayabilecek sistematik bir yapıyla donatıldığında, uyuşmazlığa yol açan konuları etkili ve kolay bir şekilde çözeceğine ilişkin görüşlerine de yer vermiştir. Ona göre aklın öğretenliğinde hazırlanacak böyle bir kanun, hukuku meslek edinmemiş olanlar tarafından da anlaşılabilir içerikteki ilkeleri barındırmalıdır⁶³.

Fransız Medeni Kanunu'nun resepsiyonu ya da yeni bir medeni kanunun hazırlanması mevzunun felsefi olduğu kadar düşünürlerin politik tercihleriyle de ilgili olduğu aşikârdır. Bu sebeple de Alman siyasi tarihine de değinmek gerekmektedir. Thibaut'un koşullarını bu açıdan ele alırsak; Thibaut'un Fransız Medeni Kanunu hakkında bu denli bilgi sahibi olması ve bir dönem onun yürürlüğünü desteklemesi 1806 yılından itibaren Heidelberg Üniversitesi'nde ders vermek üzere Heidelberg'te yaşamaya başlaması ile ilişkilendirilebilir. Heidelberg, 1806'da Rhine Konfederasyonu'nu oluşturan onaltı devletten biri olan Gran Duchy of Baden'e bağlıdır ve Konfederasyon'un kuruluş anlaşması gereği Fransa, Konfederasyon'un koruyucusudur. Bundan ötürü Heidelberg Üniversitesi, Freiburg Üniversitesi ile birlikte Code Napoléon'un Almanya'daki yürürlüğünün yayılması için çalışmalar yapmakla görevlendirilmiştir. Kanun liberal bir ruha sahip olmanın yanı sıra açıklık ve sadelik gibi özellikleri nedeniyle de hukukçular tarafından kolayca kabul edilmiştir. Heidel-

⁶¹ Becchi, s. 193.

⁶² Becchi, s. 193.

⁶³ Beiser, s. 236.

berg'teki bu ortam Thibaut'un Code Napoléon'u değerlendirecek, kendi fikirlerini oluşturması için gerekli zemini hazırlamıştır⁶⁴.

Thibaut'un Alman devletlerinin hukuklarını birleştirecek bir kanunun yapımı için komite oluşturulması önerisinin, 1814'te Napoléon'un ordusunun Rusya'ya yenilmesinin ardından Avrupa'nın ve dolayısıyla Almanya'nın geleceğinin tartışıldığı Viyana Kongresi'nin toplandığı döneme denk gelmesi de tesadüf değildir. Thibaut vatanseverlik duygularının kabarmasıyla ele aldığı yazısında Prusya, Avusturya ve Almanya'nın bazı bölgelerindeki uygulandığı şekliyle Almanya için ortak bir medeni kanunun yapılmasına duyulan ihtiyaca işaret etmiştir⁶⁵. Gerçi Thibaut, Napoléon savaşları sırasında ortaya çıkan ulusal hareketin henüz Almanya'nın siyasal birliğini sağlaması için yeterli olmadığını da farkındadır. Fakat O, Code Napoléon'un özüne ve içeriğine dair etraflıca yürüttüğü incelemeler neticesinde Almanlar tarafından Almanlar için ulusal bir medeni kanunun hazırlanması için doğru anın geldiğine inanmıştır. Zira Thibaut söz konusu ulusal hareketin, ulusal bir kanunun çatısı altında hukuk birliğinin sağlanmasına yetecek bir tesire sahip olduğu görüşündedir; hukuki parçalanmışlığın yerini, yapılacak yeni kanun ile hukuk birliğine bırakmasının vakti gelmiştir⁶⁶.

Thibaut'a göre, yapılacak kanunda tüm pozitif hukuka yer verilmeli, yani o husustaki tüm konular kapsamlı ve eksiksiz bir biçimde düzenlenmelidir; hukukta şeffaflık mutlak bir gereklilik olduğundan dikkatlerden de kaçırılmaması gereken bir husustur. İşte konuya bu yaklaşım Thibaut ve Savigny arasındaki karşıtlığı da görmemize olanak sağlar. Çünkü Thibaut herkes tarafından bilinebilir, akılla kavranılabilir olan hukuka duyduğu özlemi dile getiriyorken, Savigny hukukçular tarafından yaratılmış ve yine ancak onlar tarafından bilinebilir olan bir hukuk sisteminin önemini dile getirmektedir⁶⁷.

Savigny ile Thibaut arasındaki tartışmanın, iddia edildiği gibi devrimci veya muhafazakâr görüşlerin değil, ılımlı bir reformun nasıl gerçekleştirileceğine yönelik iki farklı kavrayışın çatışması olarak okunması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; hem Thibaut hem de Savigny aşırı uçlar olarak sayılabilecek *Fürst* ve *Folk* ile mutlakiyetçilik ve popüler demokrasi arasında güvenli bir liman kabul edilebilecek hukuka bağlı, hukukla yönetilen bir devlet biçiminin, *Rechtsstaat* in savunuculuğunu yapmaktadır. Her ikisinin de amacı ulusal birliğin sağlanması olup, bu birliği bizzat halkın sağlayamayacağına inanmaktadırlar. Bu görev halkı temsil eden elit kesim ta-

⁶⁴ Becchi, s. 193-194.

⁶⁵ Schwarz, s. 171-172.

⁶⁶ Becchi, s. 194.

⁶⁷ Becchi, s. 197-199.

rafından yerine getirilmelidir. Thibaut'un önerisinde bu kesim kanunkoyucularken, Savigny'de hukukçulardır⁶⁸.

Bahsi geçtiği üzere, Thibaut'un doğal hukuk ilkelerinden hareketle yeni bir kanun yapılmasını konu alan çalışması Almanya'da çeşitli tepkilerle karşılanmıştır. Büyük tepki, dönemin saygın ve önemli hukukçusu Friedrich Karl von Savigny tarafından "Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)" başlıklı eser ile ortaya koyulmuştur. Böylece hiçbir çalışmanın hiçbir ülkenin hukuk tarihinde yaratmadığı etkiyi yaratarak, Almanya'nın kodifikasyon çalışmalarını yarım yüzyıldan daha uzun süre ertelemesine sebep olmuştur⁶⁹.

C. Savigny'nin Konu Hakkındaki Görüşü

Thibaut'un hâkimlerden ve uygulamacılardan oluşacak bir komitenin yeni bir kanun hazırlamasını öngören teklifine Savigny şiddetli bir biçimde karşı çıkmıştır. Kurulacak komitenin hukuk sistemini bir anda değiştirecek olması, hukukun temelini halkın bilinci olduğuna inanan Savigny'nin hukukun kökeni ve hukukun toplumla ilişkisi hakkındaki temel görüşlerini geliştirmesine yol açmıştır⁷⁰.

Savigny, Gustav Hugo'nun fikirlerini sistemli hale getirerek, Thibaut'un kodifikasyon savunusuna karşı bunlardan yararlanmıştı⁷¹. Roma hukukuna dair "Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts" adlı çalışması yaşadığı dönemde bile onlarca kez basılan Gustav Hugo (1768-1844), çağının önemli ve tanınan hukukçularındandır⁷². Ona göre pozitif hukuktan başka bir hukuk yoktur; doğal hukuk da

⁶⁸ Beiser, s. 237-238.

⁶⁹ Julius Stone, *The Province and Function of Law: Law as Logic Justice and Social Control*, Associated General Publications, Sydney: Maitland, 1950 s. 430; Rodes, s. 165.

⁷⁰ Stone, s. 430.

⁷¹ Becchi, s. 192; Mathias Reimann, "Nineteenth Century German Legal Science", *Boston College Law Review*, V.31, I. 4, N. 4, s. 852.

⁷² Becchi, s. 186. Hugo ardında birçok eser bırakarak hukuk literatürüne katkıda bulunmuştur. *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* başlıklı kitabı hukuk felsefesi açısından ayrıca önem arz etmektedir. Kitap hukuk felsefesinin Almanya'daki gelişiminin verimli olduğu bir dönemde basılmıştır. Bu öyle bir dönemdir ki, Hugo'nun kitabından sadece bir yıl önce, 1797'de, Kant'ın *Metaphysik der Sitten* (Ahlâk Metafiziği), Fichte'nin *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Bilim Öğretisinin İlkeleri Açısından Doğal Hukukun Temelleri) (1796-1797) ve Schelling'in *Neue Deduction des Naturrechts* (Doğal Hukukun Yeni Dedüksiyonu) başlıklı eserleri yayımlanmıştır. Ancak belirtilebilir ki Alman hukukunun hukuk felsefesi açısından bereketli olarak tanımlanan bu dönemde Hugo, doğal hukukun temelini kabul edildiği kadar da sağlam olmadığına inanmaktadır. Becchi, s. 186-187.

pozitif hukuktan bağımsız, tek başına bir sistem niteliğine haiz değildir. Zira doğal hukuk özünde pozitif hukukun felsefesidir⁷³.

Hugo'nun "pozitif hukuk felsefesi" ifadesini, hukuk felsefesinin, felsefenin değil pozitif hukukun bir parçası olduğunu göstermek için kullandığı ve böylece hukuku felsefi değerlendirmelerin nesnesi olmaktan kurtarmayı amaçladığı iddia edilmektedir. Bu görüşe göre Hugo, her ne kadar Rechtspositivismus (hukuki pozitivism) ifadesini kullanmıyor olsa da, içerik olarak kastettiği hukuki pozitivismdir. Çünkü Hugo farklı pozitif, ampirik, ulusal hukuk sistemlerine ilaveten doğal, rasyonel, evrensel bir hukukun var olduğuna inanmamaktadır; hukuk, ülkeden ülkeye, zamandan zamana değişen bir yapıda değildir. Bilhassa özel hukuka vurgu yaparak, hukukun pozitif niteliğinden bahseder. Bundan dolayı da Hugo'nun çalışmalarının, Almanya'da doğal hukuktan hukuki pozitivismze geçişe işaret ettiği ileri sürülmektedir⁷⁴.

Hugo için hukukun kökeni, özü öncelikli olarak tarihsel gerçeklikte bulunabilir ve bu gerçeklik evrensel bir geçerliliğe sahip değildir. Farklı hukuk sistemleri farklı halkların somut hukuki tecrübelerine dayanmaktadır⁷⁵.

Hugo'nun ilgilendiği asıl konu hukukun ne olduğu değil, değişik zamanlarda ve yerlerde nasıl bir düzen oluşturduğudur. Doğal hukukçulardan farklı olarak, hukukun ne olması gerektiği yerine, ne olabileceği sorusuna cevap aradığı dile getirilmektedir. Hugo'nun sorusunun önemi, Alman hukuk kültüründe hukukun tarihsel yönüne ilişkin bir ifadenin ilk kez kullanılmış olmasıdır⁷⁶.

Hugo'yla ilgili bu kısa açıklamadan sonra Savigny'nin Almanya için medeni kanun yapılması hakkındaki görüşlerine değinebiliriz. Savigny'nin iddiasına göre; hukuk yalnızca sözlü formülün bağımsız bir derlemesi değil, halkın deneyiminden ve öz yapısından oluşan bütününün de bir parçasıdır. Hukuk zaman içinde halkın genel gelişimini, yapısını, gençliğindeki formlar ve semboller yönünden zenginliğini, soyut düşünce yönünden fakirliğini yansıtmaktadır. Halkların yaşamlarındaki uzmanlaşma ve soyutlaşmanın neticesinde hukukta da uzmanlaşma ve soyutlaşma belirmektedir. Olgunlaşma sürecince dengeler değişmekte, hukuk bu özden yararlanmaya devam etmekte ve bunun neticesinde zenginleşmekte ya da halkla birlikte bozulmaktadır. Böylece halktaki uzmanlaşma ve soyutlaşma hukuka da yansımaktadır.⁷⁷ Aslında burada söz konusu olan, hukukun toplumu meydana getiren bireyler tarafından değil, hal-

⁷³ Becchi, s. 187.

⁷⁴ Becchi, s. 187-188.

⁷⁵ Becchi, s. 190.

⁷⁶ Becchi, s. 188.

⁷⁷ Stone, s. 430.

kın ruhundan teşekkül etmekte olduğudur. Bu sayede hukuk saptanırken tıpkı dilin oluşumunda olduğu gibi, devlet zoruyla veyahut yetkili kişilerin rasyonel çabalarıyla değil, zaman içinde bilinçdışı mistik bir usulle oluşmaktadır.⁷⁸

Hukukun evrilerek geliştiği düşüncesindeki Savigny, bu nedenle söz konusu gelişimin aşama aşama gerçekleştiği inancındadır. Buna göre ilk dönemde hukuk gelenek ve ahlâk kurallarına bağlıdır. Kanun koyucunun hukukun oluşumunda etkisi yoktur. Kültürel bir fenomen olarak halkın inançlarının dışavurumu biçiminde tezahür eden hukuk halkın bilincindedir. Sabittir ve yazısızdır. Sonraki aşamada hukukun özü, kaynağı olan örf ve âdet hukukunu hukukçuların işlemesi faaliyeti yer alır. Artık hukuk bilimsel bir forma bürünmüştür ve hukukçular halkın bilincinden doğan hukuka dair çalışmalar yapmaktadır. İşte ancak bu aşamadan sonra, yani hukukun özündeki kültürü yansıtmakla birlikte teknik unsurun geliştiği bu dönemin sonrasında, kodifikasyon yapılabilir. Zamanından önce, hukukun gelişim aşamaları göz ardı edilerek yapılacak bir kanunlaştırma ise örf ve âdet hukukunu arka plana iterek dikkatleri ilgili kanuna çekeceğinden kabul edilemez⁷⁹.

Savigny evrilerek gelişen hukukun iki unsuru bulunduğunu belirtir. Bunlar, hukukun politik ve teknik unsurlarıdır. Politik unsur, hukukun genel halk yaşamıyla bağlılığında karşılık bulurken; teknik unsur, hukukun bilimsel bir hale bürünmesine işaret eder. Bu kurama göre hukuk, dil bakımından pek de düzgün olmayan bir süreçte, daimi olarak gelişmekte; ilk olarak örf-âdet ve halkın inancı, sonrasında ise hukuk bilimi tarafından şekillendirilmektedir. Hukukun ilk şekilleniş biçimi politik yanını; hukukçular tarafından biçimlendirilmesi ise teknik yanını ortaya koymaktadır. Böylece hukukun kanunkoyucunun keyfi iradesi ile biçimlendirilmediğini söylemek mümkün olur⁸⁰.

Savigny, Puchta ve Johann Gottlieb Fichte'nin de düşüncelerinin etkisiyle, hukukun gerçekliğini tarihselliğinde ele alarak Hegel'in "geist"i ile birleştirmiştir. Ancak Hegel'in geist kavramını devlet yerine halk ile bağdaştırarak hukuk ile halk arasında olduğunu savunduğu ilişkiyi açıklığa kavuşturmakta kullanmıştır⁸¹.

⁷⁸ Tank Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1976, s. 132-133.

⁷⁹ Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, XII Levha Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 42-43; Güriz, s. 206-207.

⁸⁰ Frederick Charles von Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, (Çev. Abraham Hayward), Littlewood and Co, London, 1831, s. 29-30.

⁸¹ Özbilgen, s. 132. Ayrıca Savigny'nin kullandığı volksgeist'teki geist ile Hegel'in "weltgeist" kavramındaki geistun birbirinden farklı olduğu; Hegel'in geist kelimesini soyut ve düşünsel bir anlamda kullandığı ifade edilmektedir. Reimann, s. 853.

Savigny'nin ileri sürdüğü temel ilke, hukukun özünde halka yukarıdan veya dışarıdan uygulanan bir şey olmadığıdır. Hukuk, halkın süregiden hayatının içerisinde yer almakta ve bu nedenle de halkın ruhundan ortaya çıkmaktadır⁸². En yalın haliyle denilebilir ki, Savigny için hukuk, “volksgeist”ten (halkın ruhundan) doğmaktadır⁸³. Onun bu kavramı, romantik akımın etkisiyle benimsediği belirtilmektedir⁸⁴.

“Volksgeist”in çok özel bir anlamı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; “volk” ne toplumsal ne de ampirik olup, kültürel bir kavramdır. “Geist” ise, Hegel’in “Weltgesit”indeki gibi soyut ve ussal bir mahiyette değildir; somuttur ve halkın çoğunlukla paylaştığı kültürel özellikleridir. Bu halde, “Voksgeist” kültür olarak bir milletin özelliğidir⁸⁵.

Halkın ruhundan doğan hukukun gelişmesi de, tıpkı dilin gelişmesi gibidir. Dilin gelişim sürecinde bir kesinti olmaması olgusundaki gibi hukukun da gelişiminde bir kesinti yaşanmaz. ⁸⁶. Uygarlığın ilerlemesi ile birlikte ulusal eğilimlerin daha da belirgin hale gelmesi hukukçuların ayrı bir sınıf olmalarına yol açmıştır. Dil de zamanla gelişerek bilimsel bir hal alır. Bu gelişme ile birlikte de halkın bilinci hukukçulara devrolmaktadır. Bu aşamada hukuk, toplumu temsil eder bir niteliğe bürünmüştür. Bundan böyle hukuk, iki yönlü hayatı olduğundan daha soyut ve yapaydır; artık hukuk hem varlığını sürdürmeye devam eden toplumun bütününe bir parçasıdır hem de hukukçuların ellerinde ayrı bir bilgi alanıdır⁸⁷.

Bu görüşe göre hukuk, kanunkoyucunun zorlamasıyla değil, uzun ve sesiz bir gelişimle, zaman içerisinde, kendiliğinden yavaş yavaş oluşur. Tek tek bireylerin ya da grupların bu gelişime katkısı yoktur; çünkü hukuk insan iradesinin bir ürünü değildir; o halkın ortak inancının sonucunda oluşmaktadır. Hegel'deki geist'in aksine devlet değil, halk bir ruha sahiptir ve hukuk da bu halktaki bu ruhun ürünüdür. Kısacası hukukun özü, örf ve âdet ile bağlantılıdır. İşte bu yüzden ki örfün ve âdetin ürünü

⁸² Rodes, s. 165.

⁸³ Halk ruhu olarak dilimize çevrilen “Volksgeist” terimi ile büyük çapta milletin değil, bir bölgenin halkının kastedildiği ve bu anlamda örf ve âdetin de yerel ve bölgesel olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği şeklindeki görüş için bkz. Hırş, s. 88, dipnot 8(b). Volksgeist kavramı hakkında detaylı bilgi için ise bkz. Nathan Rotenstreich, “Volksgeist”, *Dictionary of the History of Ideas*, <http://xtf.lib.virginia.edu/xtf/view?docId=DicHist/uvaGenText/tei/DicHist4.xml;chunk.id=dv4-66;toc.depth=1;toc.id=dv4-66;brand=default>, (E.T. 09.12.2015), s. 490-496.

⁸⁴ Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, London:Stevens&Sons Limited, s. 93'den aktaran Ali Acar, “Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2006, s. 71.

⁸⁵ Reimann, s. 853.

⁸⁶ Savigny, s. 27.

⁸⁷ Savigny, s. 28.

olarak toplumda oluşmuş olan hukuk, doğal hukukçuların iddia ettikleri gibi evrensel de değildir. Her halk nasıl ki kendi dilini geliştirirse aynı şekilde toplumsal gelişim koşulları dâhilinde kendi hukukunu da oluşturur. Bunun sonucu ise her dilin ortaya çıktığı, geliştiği ulusta geçerli olması olgusunda olduğu gibi her hukukun da ortaya çıktığı, geliştiği toplumda geçerli olmasıdır⁸⁸.

Savigny'nin en önemli temsilcisi olarak kabul edildiği Tarihçi Hukuk Okulu'na göre, halkın günlük pratikleri ile zaman içerisinde şekillenen hukuk toplumun kültürünün bir parçasıdır. İnsanların giyim kuşam zevklerinin veya damak tatlarının farklı olması gibi farklı halkların farklı hukukları da olabilir. Hukuki kanunlar, kültürü bu veya şu şekilde etkilese de eğer kültür kesin bir biçimde bu düzenlemeleri reddederse o zaman kanunlar yapılmalarına sebep olan amacı gerçekleştiremeyeceklerdir⁸⁹.

Tarihçi Hukuk Okulu'nun; hukuku toplumun kültürünün bir parçası olarak görmesi ve her halkın farklı hukukunun olabileceğini savunması dönemin baskın hukuk görüşü olan doğal hukuk akımına tepkinin de bir sonucudur. Tarihçi Hukuk Okulu'na göre, doğal hukuk kuramının savunduğu gibi, ister akıl isterse doğa kaynaklı olsun tüm uluslar için, bütün zamanlarda ve tüm mekânlarda geçerli olacak evrensel hukuk kaideleri yoktur⁹⁰. Okulun savunduğu bu temel savın, yani hukukun özünde halkın sürmekte olan yaşamından, halkın ruhundan ortaya çıktığı düşüncesinin, doğal hukuk kuramı tarafından savunulan herkes tarafından bilinebilir, rasyonel ve her yerde geçerli hukuk kuralları olduğu fikri ile çatıştığı açıktır. Tarihçi Hukuk Okulu'nun analitik hukuk felsefecilerinin savunduğunun aksine hukukun yapılmadığını, bulunduğunu iddia etmelerinin dayanağı da budur. Aslında hukuka felsefi açıdan yaklaşan hukukçular da tarihsel açıdan ele alanlar gibi, hukukun yapılmadığını, bulunduğunu savunurlar. Ancak aralarındaki fark, bulunan hukukun biçimlenişine ilgilidir. Doğal hukukçuların adalet ve hak ilkelerinin bulunup kural olarak şekillendirildiğini iddia etmelerine karşılık, Tarihçi Hukuk Okulu taraftarları insan eylemlerinin ya da toplumsal eylemlerin insanın tecrübelerinde bulunduğunu ve peyderpey kural haline geldiğini ileri sürmektedirler⁹¹.

⁸⁸ Güriz, s. 207; Yasemin Işıқтаç, , *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul, 2010, s. 216; Özbilgen, s. 133.

⁸⁹ Rodes, s. 169. Ancak; hukukun özünün felsefe ya da us değil; halkın kültürel özelliklerinin dışavurumu olduğu belirtilse de söz konusu olan hukuk olduğunda; kültürün, antropolojik bir içeriğe sahip olmaktan ziyade, halkın entelektüel hayatının bir özelliği işlevinde olduğu ileri sürülmektedir. Bunun nedenin ise Savigny'nin hukuku sadece örf ve âdet olarak ele almayıp onun tarih boyunca gelişen bir olgu olduğunu da kabul etmesi ve hukuktaki gelişim ile kastettiğinin ise hukuk uygulamalarındaki gelişmeler değil; hukukçuların fikirlerindeki gelişmeler, değişimler olduğu görüşü için bkz. Reimann, s. 854.

⁹⁰ Rodes, s. 169; Işıқтаç, s. 216. Savigny'nin doğal hukuka ilişkin görüşleri için bkz. Acar, s. 84-86.

⁹¹ Roscoe Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. 24, No. 8, 1911, ss. 591-619, s. 603.

Savigny açısından hukuk hayatında süreklilik ve gelenek önemli yer teşkil eder ve doğal hukuk, hukukun bu fonksiyonunu ve her halkın sahip olduğu ihtiyaçlardaki farklılıkları dikkate almadığından kabul edilemezdir. Tıpkı dildeki gelişim gibi her ulus kendi ihtiyaçları ve gelişimlerine cevap verecek şekilde kendi hukukunu yarattığından hukuk evrensel bir yapıda olamaz⁹².

Savigny'nin kodifikasyon tartışmasında yer verdiği görüşleri ise şu şekildedir: Savigny, Thibaut'un beyanlarının Almanya'nın ulusal birliğinin kurulması amacını taşıdığını bildiğini ifade ederek, onun görüşlerine yönelik ortaya koyduğu itirazının düşmanlıkla beslenmiş bir itiraz olarak okunmaması gerektiğini; aksine, zaten kendisinin de kalben aynı amacın peşinde olduğunu ve bunu gerçekleştirebilecek yöntem üzerine düşündüğünü ve işte bu noktada görüşlerinin Thibaut'ununkinden büyük ölçüde farklılaştığını yazmıştır⁹³.

Savigny, Thibaut'un önerisinin iki ya da dört sene sürmesi muhtemel, kapsamlı bir çalışmayı içerdiğini ifade eder. Thibaut'un amaçladığı çocuklarına, hatta torunlarına miras bırakabileceği ve gelecekte sadece belirli bölümlerinde değişiklik yapılmasının yeterli olacağı düzeyde bir medeni kanun hazırlamaktır ve Savigny'e göre Thibaut zor bir işe kalkıştığının bilincindedir⁹⁴.

Savigny'e göre kanunun hazırlanması aşamasına geçmeden sorulması gereken önemli bir soru vardır: Kanunun hazırlanması görevini kim yerine getirecektir? Thibaut'a göre bu işi yerine getirilmesi için bir komiteye gereksinim vardır⁹⁵. Ancak Savigny bunu pek inandırıcı bulmaz. Zira ona göre dönemin Almanyası henüz hukukun gelişim aşamalarından olan ikinci dönemi, yani hukukçuların halkın vicdanından doğan kuralları düzenleyip sınıflandırdıkları dönemi, yaşamaktadır. Hukukun teknik unsurunun ağırlık kazandığı bu dönemi yaşayan Almanya üçüncü aşama olan kodifikasyon için henüz hazır değildir⁹⁶.

Savigny'nin Almanya'nın henüz kodifikasyona hazır olmadığını ifade etmesinin altında yatan asıl düşünce onun hukuk görüşünde saklıdır. Önceki sayfalarda belirtildiği üzere Savigny, hukuk ile toplumun kültürü arasındaki ilişkiye önem atfeder. Hukukun politik elemanı ile teknik elemanını birleştirerek hukukun kültürel bir eleman olarak tedricen geliştiğini düşünür ve yazılı hukuk sisteminin evrimleşerek olgunlaştığına inanır. Bu görüşe göre, ilk dönemlerde hukuk gelenek ve ahlâk kuralla-

⁹² Güriz, s. 204-205, 207.

⁹³ Savigny, s. 176-177.

⁹⁴ Savigny, s. 177.

⁹⁵ Savigny, s. 178.

⁹⁶ Güriz, s. 206.

rı çerçevesinde gelişmekte ve sabit bir biçimde bulunmaktadır. Yazılı değildir. Ulusal birliğin sağlanması ile hukukun teknik yönü oluşur yani hukukçuların çalışması ile etnik kültüre yazılı kültür eklenmiş olur ve böylece ikinci gelişim aşaması tamamlanmış olur. Bu aşama hukukun, kökenindeki kültürün korunduğu; fakat aynı zamanda teknik yanının da ortaya koyulduğu aşamadır. Bir hukuk düzeninde ancak bu aşamaların akabinde kodlaştırma yani kodifikasyon yapılabilir⁹⁷.

Görülmektedir ki, Savigny kanunlaştırmaya karşı çıkmamaktadır. Sadece her ulusun gelişim sürecinin farklı olduğunun ve kanunlaştırma yapılırken her ulusun kendi özellikleri çerçevesinde incelenmesi gerekliliğinin altını çizmektedir. Zaten Savigny'nin söz konusu dönemde kodifikasyona itiraz etmesi de buna dayanmaktadır; Almanya, halkın ürünü olan iradi hukukun yazılı hale getirilmesi demek olan kodifikasyona henüz hazır değildir ve zamanı gelmeden yapılacak olan kanunlaştırma faaliyeti ile örf ve âdetin gelişme süreci engellenmemelidir⁹⁸. Ona göre, kodifikasyon yapılabilir; fakat, kötü bir kanunlaştırma yapmaktansa hiç yapmamak daha iyidir⁹⁹. Zamansız yapılacak kanunlaştırma ile hukuk, halkın ruhunun ürünü olmaktan çıkarak yasamanın ürünü haline gelir. Bu ise hukukun tarihsel yönünü yadsımak anlamına geldiğinden Savigny açısından kaçınılması gereken bir durum olarak görülür.

Kanunlaştırmaya ilişkin görüşlerini bu şekilde aktardıktan sonra Savigny'nin resepsiyon hakkındaki düşüncelerine geçebiliriz. Yukarıda anlatıldığı üzere resepsiyon sözcüğü yabancı hukukun benimsenmesi, zorla benimsenmesi, bir bütün olarak alınması, kısmen alınması, eski bir hukukun yeniden canlanması gibi çeşitli olguları anlatmak için kullanılabilir. Savigny, resepsiyon kavramının bir toplumun kanunlarının başka bir toplum tarafından kendi kanunları olmak üzere alınması biçimindeki nitelendirilme şekline ve hukukun, halkın ruhunun ürünü olması gerektiğini düşündüğü için, yabancı bir ülkeden hukuk alımına karşı çıkmıştır. Bu sebepten ötürü Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya tarafından resepsiyonunu kabul edilemez bularak itiraz etmiştir¹⁰⁰.

Peki Savigny'nin Roma hukukunun resepsiyonuna karşı tutumu nasıldır? Zira, madem ki her halk zaman içerisinde kendi hukukunu yaratmaktadır o zaman başka bir halkın, Roma halkının hukuku olan Roma hukukunun Almanya'da uygulanması neye dayandırılmakta, nasıl açıklanmaktadır? Volksgeist ile kastedilen Alman hukukunun Alman halkının ruhundan doğması ise Roma hukukunun uygulanmasına

⁹⁷ Özcan, s. 42-43.

⁹⁸ Savigny, s. 61-69.

⁹⁹ Savigny, s. 65.

¹⁰⁰ Acar, s. 81-82.

devam etmek yerel hukukun doğal gelişimine engel teşkil etmez mi? Peki alınmış ve benimsenmiş bir hukuk olarak Roma hukukunun neden kendini oluşturan, geliştiren Alman hukukuna kıyasla Almanya'nın karakterine ve gereksinimlerine daha uygun olduğu düşünülmektedir?¹⁰¹. Savigny'nin bu sorulara karşı tutumunu anlayabilmek için Roma hukukunun Almanya'da resepsiyonu başlığında ele aldığımız kısımdaki bilgileri hatıra getirmemiz gerekmektedir. Buna göre Alman halkı, Alman kültürü ve de Alman hukuku Rönesans ve öncesinde yaşanan kültürel gelişmelerin etkisiyle büyük ölçüde Avrupa'da ortaya çıkan ortak kültürel unsurların etkisi altındaydı. Teorinin ve uygulamanın mükemmel bir sentezi olarak Roma Hukukunun Almanya'daki resepsiyonu ile Roma hukuku bu ortak kültürün üzerine yerleşip şekillenmiş, Alman hukukunun vazgeçilemeyecek bir parçası olmuştur¹⁰². Söz konusu dönemde Roma hukuku Alman hukukunun içine nüfuz etmiş ve sessiz sedasız, yavaş yavaş hukukun bir parçası haline gelmiştir¹⁰³. Bu sebeple Roma hukukunun Alman hukukuna tamamen yabancı olduğunun iddia edilemeyeceği ve onun Almanya'nın karakterine ve gereksinimlerine uygunluğunun yadsınamayacak bir gerçeklik haline geldiği açıkça görülmektedir.

SONUÇ

Thibaut ve Savigny tartışması, hukuk ile kültür arasındaki bağın yorumlanmasına ilişkin bir karşıtlık olarak da okunabilir. Çünkü Savigny'e göre hukuk toplumsal bir olgudur ve toplumsal bir olgu olarak hukuk, toplumun ruhu, tarihi, geçirdiği evrim ele alınmaksızın anlaşılabilir. Nasıl her ulusun ruhunu yansıtan kendine has bir dili varsa, kendine has bir hukuku da mevcuttur. Dolayısıyla, halkın hukuku bir oldubittiye getirilemez. Hukuk, dil ile birlikte parçası olduğu halkın ruhunda kendiliğinden geliştiği için sadece o kültür alanında geçerli olmaktadır. Hukuki gelişim sürecine vaktinden önce yapılacak müdahaleler, o topluma ve onun kültürüne müdahale anlamına gelmektedir. Örneğin, hukukçuların hukukun gelişim aşamalarına müdahale etmesi ve vaktinden evvel kanunlaştırma yoluna gitmesi; geleneklere, örf ve âdete, toplumun çağlar boyunca ilmek ilmek işleyip tecrübelerini bir bütün haline getirdiği halk ruhuna zarar verir.

Almanya'da özellikle ondokuzuncu yüzyıldan itibaren geçerli olan Romantizm akımına duyduğu ilgi, Savigny'nin Aydınlanmaya ve onun söylemlerine karşı çıkmasında etkili olmuştur. Zira hukukun akıl aracılığıyla oluşturulabileceği, hukuktaki belirsizlik ve kapalılığın kuralların yazıya geçirilmesiyle giderilebileceği ve bu sebeple

¹⁰¹ Stone, s. 429.

¹⁰² Acar, s. 81.

¹⁰³ Stone, s. 429.

herkes için geçerli, evrensel, değişmez niteliğe haiz kanunların yapılması zarureti Thibaut için ne kadar tartışma götürmezse, Savigny için de o ölçüde kabul edilemezdir.

Her iki düşünürün de Almanya'nın hukuki ve siyasi birliğini sağlayarak güçlü bir devlet haline gelmesini istediği açıktır. Ancak, hukuki düşüncelerini dayandırdıkları felsefi ve politik zeminin farklılığı, uzlaşmalarının önündeki en önemli engeli de bünyesinde barındırmaktadır. Thibaut, doğal hukuk ve Aydınlanma ilkelerinin rehberliğinde Almanya'nın kendi medeni kanununu hazırlamak için doğru dönemde bulunduğuna işaret etmişse de, Savigny bunun için erken olduğu, Alman halkının henüz kendi kanununu hazırlayacak aşamaya gelmediği yönündeki ısrarından vazgeçmemiştir. Taraflar arasındaki anlaşmazlık da hukuk literatüründe Kodifikasyon Tartışması olarak yerini almıştır.

Bu tartışma ile Savigny örf ve âdetin hukukun oluşumundaki etkisine, hukukun ilerlemesi ile toplumsal yaşam arasındaki bağa işaret ederek hukuk düşüncesine önemli katkılar sunmuştur. Aydınlanmanın ışığıyla Thibaut hukukun aklın ürünü olduğunu savunurken Savigny de hukuk ile toplum arasındaki ilişkide tarihi olguların yadsınmaması gerektiğini ifade ederek hukukun tarihi ve toplumsal yönüne dikkat çekmiştir. Böylece tartışmanın, doğal hukuk teorisinin ve dolayısıyla felsefenin egemenliğine rakip olarak; hukukta sadece felsefenin değil, tarihin ve toplumların rolüne yönelik çalışmaların ivme kazanmasında etkili olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Ali, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2006, ss. 65-89.
- ASAL, Barkın, Yasalaştırma: Kodifikasyon Teorisi ve Politikası, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013.
- BECCHI, Paolo, "German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, The Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence" ", A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, V. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, Damiano Canale/ Paolo Grossi/ Hasso Hofmann (Volume ed.), Springer, Dordrecht-New York, 2009, ss. 185-224.
- BEISER, Frederick C., The German Historicist Tradition, Oxford University Press, New York, 2011.
- BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010.
- CAN, Cahit, Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2012.
- CANALE, Domiano, "The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe" A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, V. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, Damiano Canale/ Paolo Grossi/ Hasso Hofmann (ed.), Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, ss. 135-183.
- ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2012.
- GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, 13. Bası, İstanbul 2011.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007.
- HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2010.
- HİRŞ, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara, 1996.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul, 2010.
- İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Fakülteler Matbaası, 3. Bası, İstanbul, 1980.
- KANT, Immanuel, " "Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt", Seçilmiş Yazılar, (Çev. Nejat Bozkurt), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, ss. 211-222.
- KURU, Baki, "1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-4, 1958, ss. 102-139.
- LOBINGIER, Charles Sumner, "The Reception of the Roman Law in Germany", Michigan Law Review, Vol. 14, No. 7 (May, 1916).
- ÖZBİLGİN, Tanık, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1976.
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, XII Levha Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

- ÖZSUNAY**, Ergun, “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Medeni Kanunun Anlamı ve Önemi”, Medeni Kanun 50. Yılı Sempozyumu (1. Tebliğler), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuku Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1978, ss. 399-413.
- ÖZSUNAY**, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1978.
- POUND**, Roscoe, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, Harvard Law Review, Vol. 24, No. 8, 1911, ss. 591-619.
- REIMANN**, Mathias, “Nineteenth Century German Legal Science”, Boston College Law Review, V.31, I. 4, N. 4, 1990, ss. 837-897.
- RHEINSTEIN**, Max, “Types Of Reception”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, No: 6, 1956, ss. 31-40.
- RODES**, Robert E. “On the Historical School of Jurisprudence” Scholarly Works, Paper 858, http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/858, (E.T. 09.12.2015), 2004.
- ROTENSTREICH**, Nathan, “Volksgeist”, Dictionary of the History of Ideas, <http://xtf.lib.virginia.edu/xtf/view?docId=DicHist/uvaGenText/tei/DicHist4.xml;chunk.id=dv4-66;toc.depth=1;toc.id=dv4-66;brand=default>, (E.T. 09.12.2015)
- SAVIGNY**, Frederick Charles von, Of The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence, çev. Abraham Hayward, Littlewood&Co. Old Bailey, London,1831.
- SCHWARZ**, Andreas, Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. Türkan Rado), Doğan Kardeş Yayınları AŞ Basımevi, İstanbul, 7. Bası, 1965.
- STEIN**, Peter, Roman Law in European History, Cambridge University Press, 2003.
- STONE**, Julius, The Province and Function of Law: Law as Logic Justice and Social Control: A Study in Jurisprudence, Associated General Publications, Sydney: Maitland, 1950.
- TAHIROĞLU**, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul, 2012.
- ÜÇOK**, Coşkun, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2, 1950, ss. 292-312.
- ÜÇOK**, Coşkun/ **MUMCU**, Ahmet/**BOZKURT**, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2002.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat*, C. I, Maarif Matbaası, 1940, ss.139-209.
- ZAJTAY**, İmre, “Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibası”, (Çev. Teoman Akunal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXVII, S. 1-4, 1971, ss. 309-324.