

# **İÇİNDEKİLER**

ÖNSÖZ .....	5
İÇİNDEKİLER .....	9
KISALTMALAR LİSTESİ .....	13
<b>GİRİŞ .....</b>	<b>15</b>

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **ALMAN HUKUK TEORİSİNİN TARİHSEL ARKA PLANI**

A. Alman Hukukunun Tekâmül Safhalarına Genel Bir Bakış.....	19
B. Roma Hukukunun Yeniden Canlandırılması: Corpus Iuris Civilis ve Skolastik Tin .....	21
1. Corpus Iuris Civilis .....	21
2. Birinci Safha: Glossatorlar .....	23
3. İkinci Safha: Postglossatorlar .....	24
C. Almanya'da İktibas Öncesi Siyasal ve Hukukî Durum .....	25
1. Germenlerin Manevi Halefiyeti: Papa'nın Tacı .....	25
2. Halk Hukuku "Volksrecht" Devri .....	27
D. İktibas Sürecinin Tetkik Usûlü.....	28
1. İktibas Hadisesinin Temellendirilmesi.....	28
2. İktibas Sürecinin İrdelenmesine Yönelik Modern Metot .....	31
3. İktibas Sürecinin Coğrafya ve Zaman Bakımından Ayrımı .....	35
E. Roma Hukukunun Almanya'da İktibası .....	36
1. İktibasın Hazırlık Safhaları.....	36
a. İktibasın Eğitim ve Öğretim Ayağı .....	37
b. Kilisenin ve Kanonik Hukukun Konumu .....	38
c. Hukuk Eserleri ve Hukukçular.....	40
2. Roma Hukukunun İktibası ve Yerel Hukukun Konumu.....	42
a. Yerel Hukukun Yetersiz Oluşu .....	42
b. Yargı Teşkilatının Dönüşümü .....	44
c. İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi .....	45
F. 16. Yüzyılda İktibasın Seyri ve Millî Hukukun İnhitabı .....	46
1. Toplumsal Yaşamın Dönüşümü ve Gereksinimler.....	47

2. İktisadî Dönüşüm, Protestanlık ve Köylü Ayaklanması.....	48
G. 16. ve 17. Yüzyıl Hümanist Roma Hukuku Öğretisi.....	50
H. Pandekt Hukuk İlmi.....	52
1. Pandekt Hukuk İlminin Mânâsı ve İşlevi .....	52
2. Pandekt Hukuk İlminin Kaynakları .....	57

## İKİNCİ BÖLÜM

### TARİHÇİ HUKUK OKULU BAĞLAMINDA HUKUKUN DÖNÜŞÜMÜ

A. Giriş.....	59
B. Tarihçi Hukuk Okulunun Teşekkül Safhası .....	61
1. Teorik Zemin .....	61
2. Siyasal Zemin ve Kanunlaştırma Tartışması .....	61
C. Savigny ile Teorik İnşa .....	63
1. Marburg Yılları ve Jakob Grimm .....	63
2. Genel Hatlarıyla Savigny Öğretisi.....	64
3. Hukukun Kaynağı Öğretisi: "Volksgeist" .....	65
4. Programın İlanı ve Tepkiler .....	67
D. Tarihçi Hukuk Okulunun Yapısı ve Germenci Temâyüller.....	70
E. Roma Hukukunun Değeri ve Konumu .....	71
F. 19. Yüzyıl Alman Hukuk Bilimi Açısından Roma Hukukunun Değeri.....	75
1. Alman Hukuku Kısıkçında Roma Hukuku .....	76
2. Halk Hukuku ve Hukukçular Hukuku Tartışması .....	78
3. Savigny'nin Gözünde Kanun Koyucunun Konumu .....	80
G. Savigny'nin Hukuk Teorisinin Çözümlemesi .....	80
H. Hegel'in Hukuk Felsefesinin Konumu ve Etkileri .....	84
1. Hukukun Sosyolojikleştirilmesi Bağlamında Hegel .....	84
2. Kavram ve Terimlerin Belirlenmesi.....	85
3. "Volksgeist" Kavramının Kökeni ve Evrilmesi .....	87
4. Hegel'de "Volksgeist" Kavramının Yapısı .....	90
5. Hegel'in Kanunlaştırma Tartışmasında Tutumu.....	94
i. BGB'nin Teşekkülü .....	95
1. Hâkim Hukukî Anlayış ve Germencilerin Durumu.....	95
2. Siyasî Süreç ve Lex Lasker .....	96
3. Komisyonların Benimsediği Metot.....	98

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM****ALMAN HUKUKUNUN ETKİLERİ**

A.	Pandekt Hukuk İlminin İsviçre Özel Hukukuna Etkileri .....	99
1.	İsviçre'de Kanunlaştırma Fikri ve Tarihsel Arka Plan.....	99
a.	1881 Tarihli OR'nin Tarihsel Arka Planı ve Kökeni.....	105
b.	BGB'nin 1912 Tarihli OR Üzerindeki Tesirleri .....	106
2.	İsviçre Mahkemelerinde BGB Hükümlerinin Kaynak Değeri .....	107
3.	Circolazione de modelli: Dolaşım Teorisi .....	107
4.	ZGB'nin Özgünlüğü Bağlamında Genel Kısmının Önemi ve Sonuçları.....	109
B.	Genel Hatlarıyla Osmanlı'da Hukuk .....	111
C.	Osmanlı ve Cumhuriyet Dönemi Hukukta Modernleşme Hareketleri .....	114
1.	Genel Hatlarıyla Hukukun Dönüşümü.....	114
2.	İktibaslar Bağlamında Lozan Muahadesi.....	122
3.	Siyasal Açıdan Cumhuriyet Dönemi İktibas Hareketi .....	126
<b>SONUÇ .....</b>	<b>133</b>	
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>137</b>	



## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>A.e.</b>	: aynı eser / yer
<b>a.g.e.</b>	: adı geçen eser
<b>a.g.m.</b>	: adı geçen makale
<b>a.y.</b>	: aynı yayın
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>b.a.</b>	: bütüne atif
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>bs.</b>	: basım
<b>C.</b>	: cilt
<b>Çev.</b>	: çeviren
<b>Ed.</b>	: editör
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>krş.</b>	: karşılaştırınız
<b>nr.</b>	: numara
<b>OR</b>	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>S.</b>	: sayı
<b>s.</b>	: sayfa
<b>TMK</b>	: Türk Medenî Kanunu
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve diğerleri
<b>ZGB</b>	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)
<b>ZRG/GA</b>	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung (Savigny-Vakfı Hukuk Tarihi Mecmuası / Germencici Kısımlı)
<b>ZRG/RA</b>	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung (Savigny-Vakfı Hukuk Tarihi Mecmuası / Romancı Kısımlı)
<b>ZSR</b>	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht



## GİRİŞ

Çalışmamızı takdim ederken bazı hususların üzerinde durmayı gerekli görüyoruz. Çalışmamızı konu bakımından sınırlandırmadan önce, Roma-Germen İmparatorluğu'nun tarihçesine kısaca degenmeyi faydalı buluyoruz. İlk olarak 962'de I. Otto tarafından kullanılmaya başlayan Roma-Germen İmparatoru unvanı, I. Maximilian dönemine kadar (1508), Papa'nın taç giydirmesi suretiyle devam etmiştir. Bu unvanla taç giyen son imparator 1530 senesinde V. Karl olmuştur. 1530'dan sonra daha çok sembolik bir karaktere bürünen Roma-Germen İmparatoru unvanı 1806'dan itibaren tarihe karışmıştır. Kısaca Roma-Germen İmparatorluğu'nun, Almanlara hâkimiyet yetkisinin aktarılması ile (962) kurulduğu kabul edilmekte olup 1806'da sona erdiği ifade edilmektedir. Bu bakımından birinci bölümde 19. yüzyıl Alman hukukunun geçirdiği aşamalar hukuk tarihi ekseninde ve gerekli görüldüğü ölçüde siyasal yönleriyle ele alınmıştır. Dolayısıyla Roma İmparatorluğu ile onun halefi addedilen Roma-Germen İmparatorluğu arasındaki düşünsel ve hukukî bağ, siyasal olaylara yer yer temas edilerek irdelendi. Bu bağlamda Roma hukukunun Alman hukukuna temel itтиhaz edilmesinin tarihsel gelişimine yer verildi. Dolayısıyla Roma-Germen İmparatorluğu'nun, Roma hukukunu tedrici iktibası ile siyasal açıdan iktibasa temel teşkil eden; Papanın imparatorluk tacının manevi ve siyasal yönüne degenildi.

20. yüzyılda kaleme alınan temel eserlerde Roma hukukunun iktibası meselesi teorik ve pratik olmak üzere iki unsurla açıklanmaktadır. Alışlagelmiş ayrimı izleyerek iktibası teorik ve pratik olmak üzere irdeledik. İktibasin siyasal ayağı, teorik unsur "*translatio imperii*" (hâkimiyet yetkisinin aktarılması) düşüncesi ile temellendirilmektedir. Dolayısıyla hukuk tarihi ile ilgili olan siyasi hadiselere de gerekli görüldüğü ölçüde degenilmiştir. İktibasin pratik unsuru ise Roma hukukunun İtalya'nın Bologna okulunda işlendiği halinin, Roma-Germen İmparatorluğu'nda tatbik edilmesiyle başlayan süreçtir. Bu bağlamda Bologna okulunun faaliyetlerine kısaca degenildi.

Roma hukukunun iktibası bağlamında 20. yüzyılda ortaya atılan mukayeseli araştırma metodu etrafında ele alınmıştır. Ancak tezin hacmi ge-reği Roma hukukunun iktibası hadisesi sadece özel hukuk bağlamında ve

Alman hukuk tarihiyle sınırlandırılarak irdelendi. Diğer ülkelerde gerçekleşen Roma hukukunun iktibası hadiseleri, ayrıntılı olarak ele alınmamış olup sadece Alman hukuk tarihiyle ilgisi ölçüsünde işaret edilmekle yetinmiştir. Bunun yanı sıra iktibasın başarıya ulaşmasının belki de en önemli unsuru olan “eğitim ayağına”, üniversitelerde yaşanan dönüşümde ayrıntılı olarak dephinildi. Üniversitelerde uzun yıllar boyunca okutulan kanonik hukukun Roma hukukunun benimsenme sürecinde ikinci plana atılması ve köprü işlevi ifa etmesi ele alındı.

Roma-Germen İmparatorluğu'nda Roma hukukunun “müsterek hukuk” olarak tatbik edilmesi gayesiyle 1495'te kurulan *Reichskammergericht*'in (Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi) yapısı ve işlevi izah edildi. Pratik iktibas ile birlikte yöresel ve yerel yönetimlerin takındıkları tavır tasvir edildi. Söz konusu tasvirde Roma-Germen İmparatorluğu hâkimiyeti altında bulunan Germen menşeli krallıkların iktibas hadisesine dair tutumları, coğrafya ve zaman bakımından ayrırmak dikkate alınarak izah edildi. Bu bağlamda yerel hukukların yetersiz oluşuna da yeri geldiğinde işaret edildi. Birinci bölümde son olarak Pandekt hukuk ilminin kökeni, anlamı ve önemine dephinildi.

Çalışmamızın ikinci bölümünde 19. yüzyıl Alman hukuk teorisinin oluşumu, tarihçi hukuk okulunun öğretisi bağlamında açıklandı. Burada Alman hukuk teori tabiri, Roma-Germen hukuk dairesinin teorik temelleri anlamında kullanılmıştır. “*Rechtstheorie*” (hukuk teorisi) tabiri, Alman hukuk edebiyatında hukukun kaynağı, kökeni, değeri, oluşumu vb. konulara dair görüşleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bakımından söz konusu tabir Almanca kullanımında olduğu gibi, Alman hukuk teorisi, Savigny'nin hukuk teorisi şeklinde kullanılmıştır. Buradaki esas gaye çalışmamız bakımından, Roma-Germen hukuk dairesini 19. yüzyılda olgunlaşmaya başlayan teorik zemin ile sınırlandırmaktır. Ayrıca 19. yüzyıl Almanyasında hâkim hukuk teorisyenlerinin, tarihçi hukuk okulundan çıkışması nedeniyle çalışmamızı tarihçi okulla sınırlandırdık. Bu bağlamda 19. yüzyılın hâkim hukuk okulu konumunda bulunan, tarihçi hukuk okulu teorik ve siyasal zemini bağlamında irdelenmiştir. Tarihçi hukuk okulunun kurucusu kabul edilen Savigny, kuramsal çerçeveyenin açıklanmasında merkezî konuma alınmıştır. Ayrıca tarihçi hukuk okulunun önemli temsilcilerinden Puchta'nın görüşlerine de kayda değer oranda yer verildi. 19. yüzyılda Almanya'yı da tesiri altına alan kanunlaştırma fikri ve tartışmaları etraflıca açıklandı. Tarihçi hukuk okulunun temel öğretilerinin yanı sıra tarihsel ve siyasal veçhe tetkik edildikten sonra 19. yüzyıl

Alman hukuku bakımından Roma hukukunun önemi ve değerine dair görüşlere yer verildi. Roma hukukunun kaynak değerine dair 19. yüzyılda gerçekleşen tartışmalarda genellikle bu çağın onde gelen eserlerine müracaat edildi. Buradaki temel gaye 19. yüzyıldaki öncü Alman hukukçularının bakış açısını yansımaktır. Bu bağlamda tarihçi hukuk okulu bünyesinde yer alan ve Beseler'in önderlik ettiği Germenci kolun önemli hukukçularının görüşlerine de yer verildi. Böylece tarihçi hukuk okulunun iki ana kolu olan Romacı ve Germenci hukukçuların 19. yüzyıl Alman hukuk teorisine katkıları teorik çerçevede izah edildi. Bu bölümde ele alınan konulardan biri de *Volksgeist* (halk ruhu) kavramının kökeni ve evirilmesidir. Bu doğrultuda Hegel ile Savigny'nin hukukun kaynağı öğretisi ile *Volksgeist* kavramı arasındaki ilişki irdeledi. Böylece Türkçe hukuk literatüründe henüz araştırma konusu yapılmayan, ancak müstakil olarak çalışmaya değer olan, Hegel ve tarihçi hukuk okulunun ilişkisine genel hatlarıyla degenişmiş olundu. Bunun yanı sıra Hegel ve Hegelci felsefenin savunucuları ile tarihçi hukuk okulu temsilcileri arasındaki tartışmalara yer verildi. Tarihçi hukuk okulunun Romacı ve Germenci hukukçuların Almanların ilk kanunlaştırması olan BGB'nin kuramsal alt yapısını inşa etmeleri, akabinde BGB'nin teşekkülü ve komisyon çalışmalarında takip edilen metot ele alındı.

Üçüncü bölümde ilk olarak 19. yüzyıl Alman hukukunun, İsviçre hukukuna etkileri birincil kaynaklara müracaat edilerek ele alındı. Pandekt hukuk ilminin İsviçre Borçlar Kanunu olan 1881 tarihli OR ile OR'nin tadil edilmiş haliyle birlikte yürürlüğe giren İsviçre'nin medenî hukuka ilişkin ilk kanunlaştırması olan 1912 tarihli ZGB'ye etkileri, tarihsel ve teorik arka plan bağlamında tetkik edildi. Pandekt hukuk ilminin İsviçre hukukuna tesirleri; İtalyan hukukçu Rodolfo Sacco'nun "*circolazione de modelli*" (kanunların dolaşımı) olarak nitelendirdiği teorisi, hukukun özellikle profesörler düzeyinde dolaşımı, ekseninde izah edildi. Bunun yanı sıra ZGB ve BGB'nin ayırsan ve ortak yönlerine degenildi. Ayrıca üçüncü bölümde Osmanlı Devleti'nde hukuk ve yargı kurumu genel hatlarıyla ifade edildi. Akabinde Osmanlı Devleti ve Cumhuriyet dönemi hukukta modernleşme hareketleri tasvir edildi. Cumhuriyet dönemi iktibas hareketinin amilleri siyasal ve hukuki açıdan irdeledi. Burada iktibasin amilleri iç ve dış nedensel olmak üzere ele alındı. Lozan Muahedenamesi ve devrim fikri merkeze alınarak, Cumhuriyet dönemi iktibasları medenî hukuk ve borçlar hukukuyla sınırlı olmak üzere tahlil edildi. ZGB'nin Türkçeye tercüme edilmesi ve iktibasin hazırlık çalışmalarına da degenildi. Son olarak 1926

tarihli Türk Kanun-ı Medenîsinde tercüme faaliyetleri sırasında tadel edilen yahut alınmayan genel hükümlere ilişkin önemli görülen maddeler ifade edilerek tahlil edildi.

Çalışmamızda Roma hukukunun Roma-Germen İmparatorluğu'nda iktibası ile modern dönemde gerçekleştirilen iktibasların mukayesesini amacı güdülmemiştir. Nitekim söz konusu iktibaslar zamansal bakımdan farklı dönemlerde gerçekleştirilmiş olup başkaca amillere dayanmaktadır. 1500'lerde vuku bulan iktibas hadiseleri ile 19. ve 20. yüzyılda gerçekleştirilen iktibasların mukayesesinin, mantık ilkeleri gereğince hakikati yansıtması söz konusu değildir. Bu doğrultuda Roma hukukunun iktibası hadisesi, sadece 19. yüzyıl Alman hukuk teorisini etkilemesi bağlamında işlenmiştir.

Özetle çalışmamızda şu soruların cevapları aranmıştır: Tarihçi hukuk okulunun fikrî yapısı Alman hukukunun şekillenmesinde ne gibi tesirlerde bulunmuştur? Tarihçi hukuk okulunun tesirleri sadece Pandektci karakterde mi olmuştur? Pandektci ve Germenci unsurların İsviçre hukukuna tesirleri ne ölçüde gerçekleşmiştir? Kita Avrupasında yaşanan bu gelişmelerin Türkiye'ye yansımaları ne şekilde olmuştur?

Çalışmamızda istifade edilen kaynaklar birinci ve ikinci bölüm bakımdan 19. yüzyılda kaleme alınan bir kısmı gotik alfabeli temel eserlerdir. 19. yüzyıl Alman hukukunun bakış açısını yansıtmak amacıyla, zikredilen asırdaki Romacı ve Germenci hukukçuların muteber eserlerine müracaat edildi. Özellikle Savigny ile Germenci hukukçu Eichhorn'un kurduğu tarihçi hukuk okulunun yayım organı "Tarihsel Hukuk Bilimi Mecmuası" (1815'te kurulan bu mecmua halen yayımlanmaktadır) yaklaşık 200 yıllık bir birikimi yansıtması nedeniyle çalışmamızda en önemli müracaat kaynağı olmuştur. Çalışmamızın genelinde 20. ve 21. yüzyıla ait temel eserlere de sıkça müracaat edilmiştir. Bu bağlamda Koschaker'in *Europa und das römische Recht* (Avrupa ve Roma Hukuku), Dilcher'in *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule* (Germenciler ve Tarihçi Hukuk Okulu) adlı eserlerini zikredebiliriz. Üçüncü bölümde ise önde gelen Alman ve İsviçreli hukukçuların eserlerine ve Türk hukuk tarihi araştırmaları bağlamında kaleme alınan temel eserlere müracaat edilmiştir. Ayrıca gerekli görüldüğü yerlerde TBMM Zabit Ceridesi ile *Ceride-i Adliye*'den istifade edilmiştir.