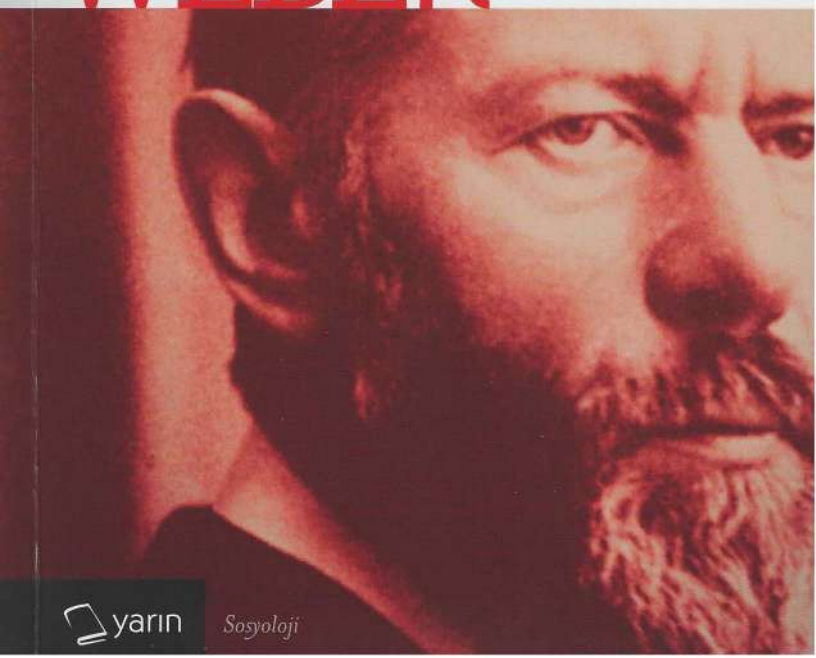
HUKUK SOSYOLOJİSİ

MAX WEBER



yarın Sosyoloji

HUKUK SOSYOLOJİSİ

MAX WEBER

yarın



Hukuk Sosyolojisi
Max Weber

© Yarın Yayınları, 2019

© Bütün yayın hakları Yarın Yayınları'na aittir. İzinsiz basılamaz, kopyalanamaz, çoğaltılamaz, kaynak gösterilmeden alıntı yapılamaz.

ISBN: 978-605-9931-02-1
Sertifika No: 30577

Yayın Yönetmeni : Ömer Altaş
Yayın Editörü : H. Ahmet Menteş
Çeviri : Latif Boyacı
Sayfa Düzeni Adem Şenel
Kapak Tasarım : Nurullah Özbay

Baskı-Cilt: Step Ajans Reklamcılık Matbaacılık Tanıtım ve Organizasyon Ltd.Şti.
Göztepe Mh. İnönü Cd. No:78 34200 Bağcılar İSTANBUL - TÜRKİYE
+90 212 446 88 46 | stepajans@stepajans.com
Sertifika No: 12266

1. Baskı: 2019

YARIN YAYINLARI
Cennet Mah. Namık Kemal Cad.
Küçükçekmece / İstanbul
Tel: 0 212 540 48 18 GSM: 0 533 580 27 41
www.yarinyayinlari.com
twitter.com/yarinyayincilik
facebook.com/yarinyayincilik
instagram.com/yarinyayincilik

HUKUK SOSYOLOJİSİ

MAX WEBER

Çeviri: Latif Boyacı

yarın

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ 9

I. MADDİ HUKUK ALANLARI 11
1. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk 11
2. Hak Tahsis Eden Yasa ve Yönetmelik 14
4. Ceza Hukuku ve Özel Hukuk 19
5. Haksız Fiil ve Suç 22
6. Buyurma Yetkisi 25
7. Gücün Sınırlanması ve Güçler Ayrımı 26
8. Maddî Hukuk ve Usul Hukuku 28
9. Hukuk Düşüncesinin Kategorileri 30

II. HAKLARIN OLUŞTURULMA BİÇİMLERİ 51
1. Hukuksal "Önermelerin" Mantıksal Kategorileri
Özgürlükler ve Yetkiler - Akit Özgürlüğü 51
2. Akit Özgürlüğünün Gelişmesi—"Statü Akitleri" ve"
Amaçlı Akitler"— Amaçlı Akitlerin Tarihsel Kökeni 53
3. Dava Konusu Sözleşmeye Ek Kurumlar:
Aracılık; Devir; Devredilebilir Araçlar 74
4. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları 77
5. Bir Sözleşmenin Etkisinin Tarafları
Dışına Yayılması–"Özel Hukuk" 93
6. Kurumsal Sözleşmeler-Hukuksal Kişilik 109
7. Özgürlük ve Zorlama 145

III. HUKUKİ NORMLARIN ORTAYA ÇIKIŞI VE OLUŞTURULMASI 187
1. Yeni Hukuki Normların Ortaya Çıkışı– Açıklama Olarak Yetersiz Örfi Hukuk Teorileri 187
2. Hukuki Normların Ortaya Çıkışı ve Gelişmesinde Taraf Uygulamalarının Rolü 189
3. İrrasyonel Yargılamadan Yargıç Tarafından Yapılan Hukukun Doğuşuna 195
4. Yukarıdan Dayatma Yoluyla Yeni Hukukun Gelişmesi 198
5. Yasama Yaklaşımları 205
6. Hukuk Kahinlerinin ve Germen Meclisinin Halk Adaletinin Rolü 210
7. Hukuk Uzmanlarının Rolü 220

IV. HUKUK İLERİ GELENLERİ (HONORATİORES) VE HUKUKİ DÜŞÜNCE TÜRÜ 237
1. Ampirik Hukuk Eğitimi: "Zanaat" olarak Hukuk 237
2. Akademik Hukuk Eğitimi: Bir "Bilim" olarak Hukuk – Dini Hukuktaki Kökenler 243
3. Hukuk İleri Gelenleri (Honoratiores) ve Roma Hukukunun Etkisi 249

V. BİÇİMSEL VE İÇERİKSEL RASYONELLEŞME TEOKRATİK VE SEKÜLER HUKUK 277
1. Hukuki Formalizmin Genel Koşulları 277
2. Kutsal Hukukun İçeriksel Olarak Rasyonelleşmesi 286
3. Hint Hukuku 288
4. Çin Hukuku 291
5. İslam Hukuku 291
6. İran Hukuku 297
7. Yahudi Hukuku 299
8. Kilise Hukuku 305

VI. EGEMENLİK VE PATRİMONYAL KANUN:
KANUNLAŞTIRMALAR 325
1. Egemenlik 325
2. Kanunlaştırmanın Arkasındaki İtici Güçler 339
3. Roma Hukukunun Kabulü ve
Modern Hukuk Mantığının Gelişmesi 345
4. Patrimonyal Kanunlaştırma Türleri 350

VII. DEVRİM KANUNUNUN
FORMEL NİTELİKLERİ— DOĞAL HUKUK 367
1. Fransız Medeni Hukuku 367
2. Pozitif Hukukun Normatif
Standardı Olarak Doğal Hukuk 369
3. Modern Doğal Hukukun Kaynağı 371
4. Formel Doğal Hukukun Özsel
Doğal Hukuka Dönüşmesi 371
5. Doğal Hukuk İdeolojisinde Sınıf İlişkileri 376
6. Doğal Hukuk'un Uygulamadaki Önemi ve Bozulması 379
7. Hukuksal Pozitivizm ve Hukuk Mesleği 381

VIII. MODERN HUKUKUN BİÇİMSEL NİTELİKLERİ 391
1. Modern Hukukta Partikülarizm 391
2. Modern Hukuksal Gelişimin
Anti-Formelistik Eğilimleri 394
3. Çağdaş Anglo-Amerikan Hukuku 405
4. Hukukçu Olmayan Hakimlerin Adaleti ve
Modern Hukuk Mesleğinde Korporatif Eğilimler 409

ÖNSÖZ

Karl Emil Maximilian WEBER, 21 Nisan 1864'de Almanya'nın Erfurt kentinde orta tabakaya mensup bir ailenin çocuğu olarak dünyaya geldi. Babası Ulusal Liberal Parti'nin tanınmış üyelerinden biriydi. Çocukluğu, aile dostlarından olan sanat ve bilim dünyasının önemli simalarının evlerine yaptığı ziyaretler sayesinde oldukça zengin bir kültür ortamında geçti. İlk ve orta öğrenimini Berlin'de bulunan özel bir okulda tamamladı. Küçük yaşlardan itibaren batının önemli düşünür ve sanatçılarının eserlerini okudu. İngilizce, İspanyolca, Fransızca, Rusça, Latince, gibi dilleri öğrendi. Tüm bunlar ilerde yapacağı çalışmaların alt yapısını oluşturmada kendisine oldukça yardımcı olacaktı.

Weber'in hayatı çalkantılarla doludur. Sık sık geçirdiği bunalımlar onun daha fazla ürün vermesine engel olduğu gibi tersinden bir bakışla sosyolojisinin orijinalliğine de katkısı olmuştur denilebilir. Weber, Almanya'nın bir çok önemli üniversitesinde sosyoloji, ekonomi, hukuk, siyasal bilimler gibi dersler verdi. Son olarak ders vermeye başladığı Münih Üniversitesinde, yaz başlarında yakalandığı zatürre hastalığından kurtulamayarak 14 Haziran 1920'de vefat etmiştir.

Max Weber, Alman sosyo-kültürel yapısı içinde yetişmiş ve bu iklimin etkisi ile eserlerini kaleme almıştır. Buna rağmen yazmış olduğu eserler tesir bakımından Alman sınırlarını çoktan aşmıştır. Sanayi sonrası yakın dönemin toplumsal değerlendirmesini yapan Weber küresel diye nitelendirilen bu zamanlarda

hala tartışılan ve metinlerine baş vurulan bir klasik olma özelliğini sürdürmektedir. Bu da sosyolojisinin özgünlüğünü ve tespitlerinin önemini göstermesi açısından dikkate şayandır.

Weber derin bir bilgi, çetrefilli bir dil ve yoğun bir kavramsallaştırmayla, anlaşılması zor ve yanlış anlamaya müsait eserler vermiştir. Kuşkusuz Max Weber'in geliştirdiği anlayıcı sosyoloji ulaştığı sonuçlar ve kullandığı yöntem bakımından eleştiriye açıktır ve eleştirilmesi gerekmektedir, lâkin Weber'i eleştiren yaklaşımların bir çoğu maalesef yanlış anlaşılmadan veya tam olarak anlaşılamamadan kaynaklanmaktadır. Bunda da en çok Weber'in ağdalı dili ve pozitif olmaktan daha çok idealist felsefeye dahil edilebilecek bir metodoloji kullanmasının payı bulunmaktadır.

Weber, Batıda özellikle Karl Marx ile birlikte kendisinden sonra gelen bütün sosyal bilimcilerin bir şekilde yüzleşmesi ve hesaplaşması gereken bir sosyal bilimci olmuştur. Onu böylesine etkili kılan hususlardan birisi de kuşkusuz ilgi alanlarının hukuktan iktisada, din tahlillerinden siyasal bilimlere kadar bir çok konuyu kapsaması ve bu alanlarla ilgili temel eserler vermesidir.

Günümüzde Weber'e yapılan atıflar bir tarafa Weber üstüne yapılan çalışmalar bile artık başlı başına bir literatür oluşturmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak Max Weber sosyolojisinin ne olduğuna dair bir merakı ve ilgiyi uyandırmıştır.

Elinizdeki eser hem bir sosyoloji ustasının, hukuk sosyolojisinden ne anladığını ve hem de bir disiplin olan sosyolojinin, nasıl meydana geldiğini göstermesi açısından klasik bir metin olma özelliğindedir.

Yarın Yayınları

I. MADDİ HUKUK ALANLARI

1. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk

Modern hukuk teorisi ve uygulaması arasındaki en önemli ayrımlardan birisi "kamu hukuku" ve "özel hukuk" arasındaki ayrımdır. [2] Fakat bu ayrımın kesin ölçütüyle ilgili tartışmalar vardır.

(a)Sosyolojik olarak, kamu hukuku devletin devlet yönelimli eylemi, yani devletin yasama ya da konsensus yoluyla geçerli olması gereken hedeflerinin devamı, geliştirilmesi ve doğrudan izlenmesine hizmet eden eylemleri düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Buna göre, özel hukuk da devlet kaynaklı olmakla beraber devlet yönetimli olmayan hareketleri düzenleyen normlar bütünü olarak tanımlanır. Bu tür bir tanım pek de teknik değildir ve bu nedenle uygulanması zordur. Ancak, hukukun iki büyük dalı arasında var olan neredeyse bütün ayrım girişimlerinin temelini oluşturur görünmektedir.

(b)Henüz belirtilen ayrım çoğu zaman bir diğeriyle iç içe geçer. Kamu hukuku "sıkı kontroller" bütünüyle özdeş sayılabilir. Bunlar sadece memurlara yönelik, görevlerini hatırlatan fakat "hak iddiası normları" olarak isimlendirilebilecek eylemlerin aksine bireylerle ilgili herhangi bir yasa tesis etmeyen, devlet memurlarının görevleriyle ilgili yönergeleri, kapsar.

Fakat bu ayrım doğru biçimde anlaşılmalıdır. Zira kamu hukuku normları, örneğin başbakanlık seçimiyle oy verme hakkı gibi bireysel hakları tesis edebilir. Ancak, böyle bir yasa kamu hukuku alanına girer.

Fakat günümüzde bir bireye ait böyle bir kamu hakkı yasa koyucunun kendisinin prensipte ihlal edilemez olarak gördüğü bir mülkiyet hakkıyla aynı anlamda, kazanılmış bir hak olarak görülmez. Hukuksal açıdan, bireylerin kamu hakları özel olarak sınırlanmış amaçlar için devletin aracısı olarak hareket ettiği eylem alanlarından başka şeyler değildir. Dolayısıyla, resmi olarak hak olarak görülseler de "hak iddiası normunun" sonucu olmaktan ziyade hala bir "yönetmeliğin" bir diğer görünümü, bir "yansıması" olarak görülebilir. Bunun yanında, bir hukuk sisteminde var olan ve özel hukuka ait olan bütün hak iddiaları, daha önce belirtildiği gibi, kazanılmış haklar değildir.

Gerçekte, herhangi bir zamanda tam olarak tanınan mülkiyet olaylarına bile yasal düzenin yansımaları olarak bakılabilir. Doğrusu, belli bir hakkın kazanılmış olup olmadığı sorunu, çoğu zaman tazminat olmadan el konulmaya müsait olup olmamasından başka anlama gelmez. Bu kontrollerin münhasıran kamu hukuku alanına ait olduğunu belirtmeden, bir kontroller bütünü olduğu söylenebilir. Fakat böyle bir kavram bile doğrudur. Zira bazı hukuk sistemlerinde, yönetim erkinin kendisi monarka ait patrimonyal bir hak, diğer bazılarında da vatandaşa ait anayasal haklar, çiğnenemez ve dolayısıyla kazanılmış haklar sayılabilir.

(c)Son olarak özel hukuk tâbi olma hukukundan ayrı olarak iş birliği hukuku sıfatıyla kamu hukukuyla ters düşebilir. O zaman özel hukuk birçok tarafın birbiriyle çatıştığı hukuksal

sorunlarla ilgili olacaktır. Öyle ki yasa bunları yasama, yargı ya da hukuksal işlemler yoluyla, tarafların kendileri tarafından koordine edilmiş, yasal alanlarını birbirine karşı "uygun şekilde" belirlenmiş olarak ele alır. Ancak, kamu hukuku alanında üstün gücün sahibi, buyurucu emir yetkisine sahip olarak, normların hukuksal anlamı vasıyasıyla tâbileri olan kişilerle çatışıyor. Yine de her devlet görevlisi emir yetkisine sahip değildir ve devlet organlarının kamu hukuku tarafından düzenlenen bütün etkinlikleri emir değildir. Bunun yanında, çeşitli devlet organları, yani eşit statüdeki güç sahipleri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi tam olarak "kamu hukuku" alanına aittir. Ayrıca, kamu hukuku alanı içerisine sadece devlet organları ve onlara tâbi olanlar arasındaki ilişkiler değil, aynı zamanda tâbilerin bu organları oluşturduğu ve kontrol ettiği etkinlikler de dahil edilmelidir. Bu bir kere kabul edildiğinde, burada tartışılan tanım bizi daha önce tartışılan tanıma, yani yetki kullanımı için her güç düzenlemesini ya da yetkiyi kullananlarla ona tâbi olanlar arasındaki ilişkilerin tanzimini kamu hukuku alanında görmeyen tanıma geri götürür. Örneğin, bir işverenin yetki kullanımı açık şekilde göz önüne alınmayacaktır, çünkü bu eşit statüde taraflar arasındaki bir sözleşmede ortaya çıkar. Yine, bir aile reisinin otoritesi özel hukuk alanında düşünülecektir –bunun nedeni kamu hukukunun sadece belirli bir hukuk sisteminde devletin devamına ve ayrıca onun öncelikli ilgi alanı olan bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik etkinliklerle ilgilenmesidir. Tâbii ki bu özel hedeflerin neyle ilgili olduğu sorusu bugün bile değişik şekillerde cevaplanır. Son olarak, belli kamu etkinlikleri bilerek, aynı konuyla ilgili olarak, bireylere verilen haklar ve

devlet dairelerine tanınan yetkilerin beraberce var olacağı ve birbiriyle rekabet edeceği şekilde düzenlenebilir.

Daha önce gördüğümüz gibi, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarının sınırlanması bugün bile kolay sayılmaz. Bu, geçmişte daha da az açıktı ve hatta bir zamanlar böyle bir ayrımın hiç yapılmadığı bir durum vardı. Bu durum bütün yasaların, yargı alanlarının ve özellikle yetki kullanım gücünün, özellikle, devlet başkanının "ayrıcalıkları" gibi kişisel imtiyazlar olduğu zaman söz konusuydu. Bu durumda, yargı yetkisi, ya da birini askere çağırma ya da bir başka açıdan itaat talep etme yetkisi aynen bir toprak parçasını kullanma yetkisi şeklinde kazanılmış bir haktı; bu aynen sonraki gibi bir devir ya da mirasın konusunu oluşturabilirdi. Bu patrimonyalizm durumunda siyasî otorite zorunlu bir kurum olarak örgütlenmiyor (*Anstalt*), fakat somut bir ittifakla (*Vergesellschaftung*) ve bireysel güç sahiplerinin uzlaşılarıyla, ya da yetki talebinde bulunan kişiler ve onlar arasında yapılan somut düzenlemelerle temsil ediliyordu. Bu, bir hane reisi ya da bir toprak beyi ya da serflerin lordundan temelde farklı olmayan bir tür siyasî otoriteydi. Böyle bir durum hiçbir zaman tam bir sistem olarak var olmadı, fakat var olduğu kadarıyla, hukuksal olarak "kamu hukuku" alanında nitelendirdiğimiz her şey bireysel güç sahiplerinin özel haklarını oluşturuyordu ve bu açıdan özel hukuktaki bir "hak"tan hiçbir şekilde farklı değildi.

2. Hak Tahsis Eden Yasa ve Yönetmelik

Bir hukuk sistemi biraz önce tanımlananın tam tersi bir nitelik kazanabilir; yani yukarıda tanımlanan türde bir "özel

hukuk" bugün alanına giren sosyal yaşamın geniş alanlarında bütünüyle yok olabilir. Bu, hak tahsis eden yasalar niteliğine sahip hiçbir normun olmadığı yerde gerçekleşir. Bu durumda normlar bütünü özellikle de "yönetmeliklerden" oluşur. Başka deyişle, bütün özel çıkarlar koruma altındadır, fakat bu, garanti altına alınmış haklar olarak değil fakat sadece bu düzenlemelerin etkinliğinin diğer yönü olarak gerçekleşir. Bu durumda hiçbir yerde saf formu içerisinde var olmamıştır; fakat olduğu ölçüde, bütün yasa formları "yönetim" içerisinde özümsenmiş ve "hükümetin" önemli bir parçası haline gelmiştir.

3. "Hükümet" ve "Yönetim"

"Yönetim" tek başına kamu hukukuna ait bir kavram değildir. Zira devlet ya da diğer kamu kurumları (yani, devletin kendi kurumsal organları ya da yetilerini devletten alan bağlı kurumlar) tarafından yürütülen türden yönetim yanında, bir hane ya da ticarî bir işletmede olduğu gibi özel yönetimin varlığını da kabul etmeliyiz.

"Kamu yönetimi" ifadesi, en geniş anlamı içerisinde, sadece yasamayı ve yargıyı değil burada " hükümet" olarak adlandırmak istediğimiz diğer kalan etkinlikleri de içerir. "Hükümet" yasal normlara bağlı ve kazanılmış haklarla kısıtlı olabilir. Bu açılardan yasamaya ve yargıya benzer. Fakat ayırt edilmesi gereken iki yön vardır. Birincisi ve pozitif açıdan, modern hükümet kendi yetki alanı için meşru bir temele sahip olmalıdır; modern bir hükümet işlevlerini "meşru" bir yargı yetkisi olarak yerine getirir; bu, hukuksal olarak devletin anayasal normlarıyla yetkilendirilmeye dayandığı anlamına gelir. İkinci olarak ve negatif açıdan, devletin gücü üzerinde yasa ve kazanılmış

haklar tarafından konulan sınırlamalar hareket özgürlüğü üzerinde kendisini ayarlaması gereken kısıtlamalar koyar. Bununla birlikte, hükümetin spesifik bir özelliği, yasayı sadece var olduğu ve kazanılmış hakların temelini oluşturduğu için tanıma ve uygulamayı amaçlamakla kalmamasında ve ayrıca siyasî, ahlakî, pragmatist ve diğer türden somut amaçlar gütmesinde yatar. Hükümet için birey ve onun çıkarları hukuksal anlamda hakların taşıyanı değil objesidir.

Modern devlette, yargıyı resmî olarak (hükümet anlamında) yönetime uydurma eğilimi olduğu doğrudur. Yargıçlara pozitif hukuk ya da hukuk teorisi tarafından sık sık kararlarını ahlak, eşitlik veya uygunluk temelinde vermeleri talimatı verilir. Öte yandan idarî alanda, modern devlet, prensipte sadece objesi olan vatandaşa, yargı yönetimi alanında var olanlarla resmî olarak özdeş kanun yolları, yani idarî mahkemelere başvurma hakkı vererek çıkarlarını koruma imkanı vermiştir. [5] Fakat bu güvencelerden hiçbiri yargı ve "hükümet" arasındaki temel çatışmayı ortadan kaldıramaz. Yasa yapımı da – belki bir ölçüde onlar tarafından sınırlanmış hissetse bile – spesifik olaylara salt müdahale etmekten ziyade tipik durumları ele alan genel kuralları yürürlüğe koyduğu her yerde, hükümet tarafından değerlendirilir. Her şeyden önce, hükümetin kurallara uyması normal bir şey sayılır ve onları bütünüyle hiçe saymak "keyfî" bir davranış olarak genellikle hoş karşılanmaz.

"Yönetimin" ilkel formu ataerkil güç, yani hane yönetimi tarafından temsil edilir. Hane reisinin otoritesi, ilkel formu içerisinde, sınırsızdır. Otoritesine tâbi olanların onun karşısında hiçbir hakkı yoktur ve onlara karşı davranışı düzenleyen normlar sadece davranışı üzerindeki bağımlı dinî kısıtlamaların

dolaylı etkileri olarak var olur. Esasen, hane reisinin teorik olarak sınırsız yönetim gücü ile akraba grupları arasında yapılan düzenlemelerde ortaya çıkan ve öne sürülen zararın kanıtı ve niteliği ile ilgili olarak uzlaştırma davalarının birlikte var olmasıyla karşı karşıya kalırız. "Hak iddiaları", yani haklar yalnızca sonrakinde söz konusudur ve mahkeme kararları burada verilir; zaman, kanıtla ilgili kurallara dair yerleşik formaliteleri, kısıtlamaları, yani" yargı" prosedürünün başlangıçlarını sadece akraba grupları arasındaki ilişkilerde buluruz. Bunların hiçbiri ilkel hükümet biçimini temsil eden ataerkil iktidar alanında gruplar arası düzenlemelerin ilkel yargı biçimini temsil ettiği şekilde bulunmaz. Bu ikisi birbirinden içinde işledikleri alanlar açısından da ayrıdır. Eski Roma adalet yönetimi kadar görece geç bir olgu bile hanenin eşiğinde duruyordu. [6] Daha sonra, ev otoritesinin asıl alanının ötesine nasıl yayıldığını ve patrimonyal monarşiye karşı belli siyasî formlar içerisine nasıl taşındığını ve dolayısıyla adalet yönetimine nasıl girdiğini göreceğiz.

Bu olduğunda yasama, yargı ve hükümet arasındaki ayrımlar ortadan kalktı. Sonuçlar aşağıdakilerden biri ya da diğeriydi.

İlk planda, yargı hem biçimsel hem de maddî olarak "yönetim" formunu aldı ve lord tarafından tâbilerine salt uygunluk ya da eşitlik düşüncelerine göre ve sabit formlar ve keyfi zamanlar olmadan yayınlanan kararnameler veya emirler aracılığıyla işledi. Fakat bu durum uç örnekler dışında hiçbir zaman tam olarak gerçekleşmedi; fakat ona yaklaşımlar yargılama ve kanıt yönetiminin yargıç tarafından yürütüldüğü bütün prosedür sistemlerinde olduğu gibi "soruşturma" prosedürlerinde de gerçekleşti. [7] Ev otoritesi örüntüsünün hane dışı

alanlara yayılmasının oldukça farklı diğer olası sonucu büyük oranda geçmişte ve bir anlamda bugün de İngiltere'deki durumda olduğu gibi yargı prosedürü formunu alan "yönetimden" ibarettir. Parlamento özel kanun tasarılarını, yani yetki belgesi verme gibi salt idarî yasaları kamusal önergelerle aynı şekilde ele alır. İki yasama türü arasındaki ayrımı belirleyememek eski parlamenter prosedürün genel özelliği olmuştur; zira İngiliz parlamentosu için bu, gerçekte görüşünü oluşturma açısından belirleyici bir faktördü. [8] Parlamento esasen bir yargı kurumu olarak ortaya çıktı ve Fransa'da bütün diğer işleri bırakacak şekilde gelişti. Yasama ve yargı işlevleri arasındaki bu karışıklık siyasî koşullar tarafından belirlendi. Almanya'da da salt idarî bir konu olan bütçe[9] siyasî nedenlerle olduğu kadar İngiliz örüntüsüne de bağlı olarak bir yasama eylemi olarak ele alınır.

"Yönetim" ve "özel hukuk" arasındaki ayrım, anlaşmalarla aynı formu aldığı yerde değişken hale gelir. Bu, memurların resmi görevleri sırasında kuruluşun üyeleri ya da diğer bireylerle mal veya hizmet mübadelesi için sözleşme düzenlemeleri yaptığında geçerli olan durumdur. Bu tür ilişkiler sık olarak özel hukuk normlarından alınır, yasanın özü veya biçimiyle ilgili genel yasal normlardan farklı şekilde düzenlenir ve dolayısıyla "yönetim" alanına ait olduğu ilan edilir. [10] Bu şekilde ele alınan hak iddiaları bir yasa olasılığıyla garanti edildiği sürece, "hak" olmaktan çıkmazlar ve ayrım artık sadece tekniktir. Ancak, öyle bile olsa ayrımın pratikte muazzam önemi olabilir. Fakat (eski) Roma özel hukuku alanına sadece düzenli bir jüri yargılamasında ve bir lex'e (kanun) dayanılarak icra edilen hak iddialarının ait olduğu

düşünülür ve sadece magistratın cognitio'su (vukufu) yoluyla icra edilen ve zaman zaman büyük ekonomik önemi olan[11] bütün haklar onun dışına çıkarılırsa onun genel yapısı tamamıyla yanlış anlaşılır.

4. Ceza Hukuku ve Özel Hukuk

Bilgelerin ve peygamberlerin otoritesi ve belli koşullar altında rahiplerin yetkileri, kaynakları somut vahiyde olduğu derecede, bir hanenin reisinin ilkel gücü gibi haklar ve normlarla kısıtlanmamış olabilir. Büyü inancı da "özel hukuktan" ayrı olarak ceza hukukunun asıl kaynağı olabilir.[12] Ceza yargılamasıyla ilgili modern görüş, geniş anlamda, kamunun maneviyat ve yararlılık kaygısının bir kuralın ihlali için kefaret hükmü verdiği şeklindedir; bu kaygı ifadesini suç işleyenin devlet daireleri tarafından cezalandırılmasında bulur, ancak suç işleyen düzenli bir prosedürün korumasından yararlanır. Öte yandan, özel hakların ihlalinin tazmini zarar görmüş tarafa bırakılır ve bu sonrakinin eylemi cezaya değil yasanın garanti ettiği durumun düzeltilmesine yol açar. Fakat bugün bile bu ayrım çok net biçimde her zaman uygulanmaz. Bu ilkel adalet yönetiminde kesinlikle bilinmiyordu. Başka türlü karmaşık hukuksal gelişmelerin geç evrelerinde her eyleme haksızlık gözüyle bakıyordu ve "sözleşme" ve *obligatio* kavramları hiç bilinmiyordu.[13] Gerçekte Çin hukuku uygarlık tarihinde hukuksal gelişmede büyük önem taşımış olan bu durumun[14] bazı izlerini hala taşımaktadır. Yabancı birinin akraba grubunun bir üyesine ya da mülküne karşı yaptığı tecavüz ya öç ya da anlaşmayı gerektirir; bunun takibi akrabaları tarafından desteklenen zarar görmüş tarafa bırakılır.

Anlaşmaya varma prosedürü ya hiç görünmez ya da en fazla, intikam gerektiren bir cinayetle yalnızca tazmin gerektiren bir hatalı işlem arasındaki ayrımın başlangıçlarını gösterir. Bunun yanında, "yasal" tazminat olarak isimlendirdiğimiz şeye yönelik eylemler ve cezayı hedefleyen cezaî soruşturma arasındaki ayrımın yokluğu ve her ikisinin de hatalı işler için bir tek tazminat kategorisi altında kapsanması ilkel hukuk ve prosedürün iki özgün niteliğiyle ilişkilidir. Suç kavramıyla ve iç güdüleri ve psikolojik yaklaşımları yansıtan suçun dereceleri fikriyle bütünsel bir ilgisizlik söz konusudur. İntikam için yanıp tutuşan biri güdülerle ilgilenmez; o sadece intikam arzusunu ortaya çıkaran olayın nesnel gerçekleşmesiyle ilgilenir. Öfkesi kendisini beklenmedik şekilde yaralanmasına neden olabilecek cansız nesnelere, yine beklenmedik şekilde zarar görmesine neden olabilecek hayvanlara ve ona bilmeden, önemsemeden veya kasıtlı olarak zarar veren insanlara karşı ifade edebilir. Örneğin bu, Roma *actio de pauperie*'sinin, yani bir hayvanın davranması gerektiğinden farklı şekilde davranmasının ve ayrıca *noxae datio* nun, yani bir hayvanın intikam için bırakılmasının asıl anlamıydı. [15] Her yanlış, bu nedenle tazminat gerektiren haksız bir fiildir, ve hiçbir haksız fiil tazmin gerektiren bir yanlıştan başka bir şey değildir.

Suç ve haksız fiil arasındaki ayırt edilemezlik hükümlerin uygulanma şekillerinde de ifade bulmuştur. Dava ister bir toprak parçası isterse katliam hakkında olsun prosedür değişmiyordu. Fakat oldukça iyi oluşturulmuş anlaşmaların dayatılmaya başladığı zaman bile bu hükümlerin uygulanmasını sağlayacak resmi mekanizma eksikti. Kehanetlerin veya diğer büyüsel araçların yorumuyla veya büyüsel ya da tanrısal

güçlere yakarmakla ulaşılan hükümlerin beraberinde kendisini uygulamak için yeterli büyüsel otorite taşıdığına inanılıyordu; çünkü itaatsizlik ciddi bir tür imansızlık oluşturuyordu. Askerî örgütlenme ile bağlantılı belli gelişmelerin sonucu olarak, [16] (örneğin kayıtlı Alman erken tarihinde olduğu gibi) yargılamanın tüm üyelerin karara katıldığı, tüm toplumdan oluşan bir meclis önünde gerçekleştiği yerde, bir yargı kararının verilmesindeki bu işbirliği sonucu, mecliste açıkça itiraz edilmemesi şartıyla bu kararın uygulanmasını hiçbir üyenin engellemeyeceği beklenebilir. Bununla birlikte, kazanan davacı kendi akraba grubu dışındakiler tarafından salt bir pasiflikten başka hiçbir şeye dayanamazdı. Tabii ki kaybeden taraf karara uymazsa yargı kararını uygulamak akrabalarının da yardımıyla kendisine düşüyordu. Hem Roma'da hem de Germen kabilelerinde bu yardımlaşma genellikle anlaşmanın ödemesi için zanlının rehin alınmasını içeriyordu; anlaşmadaki miktar ya mahkeme kararında sabitti ya da davacıların kendilerinin üzerinde anlaştığı bir miktardı. Bu yardımlaşma farklı dava türleri için değişmiyordu: Yardımlaşmaya davanın bir toprak parçası ya da katliamla ilgili olup olmadığına göre başvuruluyordu. Mahkeme kararlarının uygulanmasına yönelik resmi mekanizma, prens ya da magistratlar siyasi *imperium*'larını (buyruk verme yetkisi) bir hükmün uygulanmasını engelleyen kişilere karşı kullanma ve bu kişileri yasal yaptırımlarla, özellikle de sürgünle tehdit etme gereği görene kadar var olmadı. [17] Ancak, bütün bunlar medeni ve cezai hukuk usulleri arasında herhangi bir ayrım yapılmadan gerçekleşti. Belli hukuk adamlarının *(honoratiores)* etkisi altında [18] kefaret adaletinin eski formlarıyla devamlılığın sürdüğü ve Roma'da ve

Anlaşmaya varma prosedürü ya hiç görünmez ya da en fazla, intikam gerektiren bir cinayetle yalnızca tazmin gerektiren bir hatalı işlem arasındaki ayrımın başlangıçlarını gösterir. Bunun yanında, "yasal" tazminat olarak isimlendirdiğimiz şeye yönelik eylemler ve cezayı hedefleyen cezaî soruşturma arasındaki ayrımın yokluğu ve her ikisinin de hatalı işler için bir tek tazminat kategorisi altında kapsanması ilkel hukuk ve prosedürün iki özgün niteliğiyle ilişkilidir. Suç kavramıyla ve iç güdüleri ve psikolojik yaklaşımları yansıtan suçun dereceleri fikriyle bütünsel bir ilgisizlik söz konusudur. İntikam için yanıp tutuşan biri güdülerle ilgilenmez; o sadece intikam arzusunu ortaya çıkaran olayın nesnel gerçekleşmesiyle ilgilenir. Öfkesi kendisini beklenmedik şekilde yaralanmasına neden olabilecek cansız nesnelere, yine beklenmedik şekilde zarar görmesine neden olabilecek hayvanlara ve ona bilmeden, önemsemeden veya kasıtlı olarak zarar veren insanlara karşı ifade edebilir. Örneğin bu, Roma *actio de pauperie*'sinin, yani bir hayvanın davranması gerektiğinden farklı şekilde davranmasının ve ayrıca *noxae datio* nun, yani bir hayvanın intikam için bırakılmasının asıl anlamıydı. [15] Her yanlış, bu nedenle tazminat gerektiren haksız bir fiildir, ve hiçbir haksız fiil tazmin gerektiren bir yanlıştan başka bir şey değildir.

Suç ve haksız fiil arasındaki ayırt edilemezlik hükümlerin uygulanma şekillerinde de ifade bulmuştur. Dava ister bir toprak parçası isterse katliam hakkında olsun prosedür değişmiyordu. Fakat oldukça iyi oluşturulmuş anlaşmaların dayatılmaya başladığı zaman bile bu hükümlerin uygulanmasını sağlayacak resmi mekanizma eksikti. Kehanetlerin veya diğer büyüsel araçların yorumuyla veya büyüsel ya da tanrısal

güçlere yakarmakla ulaşılan hükümlerin beraberinde kendisini uygulamak için yeterli büyüsel otorite taşıdığına inanılıyordu; çünkü itaatsizlik ciddi bir tür imansızlık oluşturuyordu. Askerî örgütlenme ile bağlantılı belli gelişmelerin sonucu olarak, [16] (örneğin kayıtlı Alman erken tarihinde olduğu gibi) yargılamanın tüm üyelerin karara katıldığı, tüm toplumdan oluşan bir meclis önünde gerçekleştiği yerde, bir yargı kararının verilmesindeki bu işbirliği sonucu, mecliste açıkça itiraz edilmemesi şartıyla bu kararın uygulanmasını hiçbir üyenin engellemeyeceği beklenebilir. Bununla birlikte, kazanan davacı kendi akraba grubu dışındakiler tarafından salt bir pasiflikten başka hiçbir şeye dayanamazdı. Tabii ki kaybeden taraf karara uymazsa yargı kararını uygulamak akrabalarının da yardımıyla kendisine düşüyordu. Hem Roma'da hem de Germen kabilelerinde bu yardımlaşma genellikle anlaşmanın ödemesi için zanlının rehin alınmasını içeriyordu; anlaşmadaki miktar ya mahkeme kararında sabitti ya da davacıların kendilerinin üzerinde anlaştığı bir miktardı. Bu yardımlaşma farklı dava türleri için değişmiyordu: Yardımlaşmaya davanın bir toprak parçası ya da katliamla ilgili olup olmadığına göre başvuruluyordu. Mahkeme kararlarının uygulanmasına yönelik resmi mekanizma, prens ya da magistratlar siyasî *imperium*'larını (buyruk verme yetkisi) bir hükmün uygulanmasını engelleyen kişilere karşı kullanma ve bu kişileri yasal yaptırımlarla, özellikle de sürgünle tehdit etme gereği görene kadar var olmadı. [17] Ancak, bütün bunlar medeni ve cezai hukuk usulleri arasında herhangi bir ayrım yapılmadan gerçekleşti. Belli hukuk adamlarının *(honoratiores)* etkisi altında [18] kefaret adaletinin eski formlarıyla devamlılığın sürdüğü ve Roma'da ve

İngiltere'de olduğu gibi daha az bürokratikleşmenin olduğu yerde bu bütünsel ayrışmazlık kendisini somut nesnelerin tazmini için aynen îfa uygulamasının reddinde göstermeyi sürdürdü. Arazi hakkıyla ilgili bir eylemde bile karar genellikle para cinsinden veriliyordu. [19] Bu, her şeyi para cinsinden değerleyecek oldukça gelişmiş bir pazar ekonomisinin varlığından kaynaklanmıyordu. Bu daha çok, yanlış mülkiyet de dahil olmak üzere her yanlışın bir şekilde tazmin edilmesi gerektiği ilkel prensibinden kaynaklanıyordu ve bu sorumluluk da suçlunun kendi şahsına düşüyordu. Aynen îfa uygulaması Ana Kara'da erken Orta Çağlar'da görece erken ortaya çıktı; bunun nedeni prenslerin gittikçe artan *imperium*'u (buyurma yetkisi) idi. [20] Öte yandan İngiliz prosedürü, yakın zamanlara kadar bile, gayrı menkulle ilgili davalarda aynen îfa uygulamasını hayata geçirmek için alışılmamış hukuksal varsayımlara başvurmak zorunda kaldı. [21] Roma'da aynen îfa uygulaması yerine parasal tazminatlara çarptırmanın devamı resmî işlemleri en aza indirme genel eğiliminin bir sonucuydu. Bu da hukuk ricali *(honoratiores)* ile yönetim sisteminden kaynaklanıyordu.

5. *Haksız Fiil ve Suç*

Maddi hukuk da, davaların sadece nesnel olarak yasaya aykırı bir durumun varlığını değil zanlı tarafından yanlış bir işin yapıldığını ima ettiği anlayışından çok derin şekilde etkilenmiştir. Aslında, bütün "sorumluluklar" istisnasız *ex delicto* (kusurlu) sorumluluklardı; dolayısıyla sözleşmeli sorumluluklar daha sonra göreceğimiz gibi [22] başlangıçta haksız bir fiilden kaynaklanmış görünüyordu. İngiltere"de, geç Orta Çağlarda, bir akit davası resmi olarak farazi bir haksız fiille

bağlantılıydı. [23] Borçlunun ölmesi ile borçların indirilmesi bu kavramla birlikte herhangi bir "miras kanunu" kavramı olmaması nedeniyleydi. [24] Mirasçıların akit borçlarından sorumlulukları, daha sonra göreceğimiz gibi, çeşitli sonuçlar doğurarak, önce akrabaların sonra hane üyelerinin ya da ast ya da üst olarak olsun bir güç ilişkisindeki katılımcıların yanlış eylemlerinden ortak sorumluluk aracılığıyla gelişti. Modern ticaret için açıkça vazgeçilmez bir prensip olan iyi niyetli alıcıların korunması ilkesinin[26] kökeni hiçbir davanın bir hırsız ya da suç ortağına karşı *ex delicto* (kusurlu) olmayacağı eski fikrindedir. Ancak daha sonra, *ex contractu* (akit) davalarının ve "gerçek" "kişisel" davaların gelişmesi neticesinde, eski kurallar farklı hukuk sistemlerinde farklı gelişimler gösterdi. Böylece eski Roma [28] ve İngiliz hukukunda[29] ve ayrıca Çin hukukunun aksine görece daha çok rasyonelleşmiş Hindu hukukunda bunun yeri sahibin her mal sahibine karşı açtığı dava (*rei vindicatio*) tarafından işgal edildi. Daha da sonra iyi niyetli alıcının himayesi, pazar yerindeki alıcılarla ilgili olarak, İngiliz[31] ve Hindu [32] hukukunda ticarî işlemlerin güvenliğini sağlamak şeklindeki rasyonel temellere dayanılarak yeniden canlandırıldı. Alman hukukunun aksine İngiliz ve Roma hukukunda iyi niyetli alıcıların korunmaması ticarî çıkarların en farklı maddî hukuk sistemlerine uydurulabileceğinin bir diğer örneğidir. Bu, ayrıca, hukukun gelişmesini karakterize eden yüksek dereceli özerkliği de gösterir. Yasal sorumluluğun ihlali kavramının belki de bir diğer örneği *malo ordine tenes*[33] iadesinde bulunabilir. Bu sözcüklerin doğru çevirisi tartışılabilir bir konu olmakla birlikte bu yer iadesi için açılan bir Frenk davasında vuku bulur.

İki taraflı Roma *vindicatiosu*, Hallen *diadikasiası* [34] gibi hukuksal kurumlarla Alman arazi davalarında tamamıyla farklı fikirler etkin olmuş olabilir. [35] Bütün bu durumlarda; bunların *actiones de recursu*, yani bir kişinin belirli bir arazi parçası üzerindeki hakkına dayalı olarak onun belirli bir topluluğa tam üyeliğini belirleme eğitimindeki davalar olarak görüldüğü sonucu çıkarılabilir. [36] Zaten, *fundus* "üyeliği" ve κλήρος ise "üyenin payını" içerir. Yine, aslında, bir suç için yapılan düzenli *ex officio* (re'sen) yargılama bir yargı kararının resmi olarak dayatılması anlamında mevcut değildi. Hane içerisindeki ceza babanın hanesi üzerindeki otoritesinden kaynaklanıyordu. Bir akraba grubunun üyeleri arasındaki anlaşmazlıklar yaşlılar tarafından çözülüyordu. Ancak, bütün bu durumlarda, ceza verilip verilmeyeceği, verilecekse hangi şekilde ve derecede verileceği tamamıyla takdire dayalı bir meseleydi, zira "ceza hukuku" yoktu. Ceza hukukunun ilkel bir formu hanenin sınırları dışında, özellikle davranışın bir üyelerini tehlikeye attığı durumlarda gelişti. Bu gibi durumlar iki tür kötü davranış tarafından ortaya çıkarılıyordu: Dinî ve askerî itaatsizlik. Büyüsel bir norm, örneğin bir tabu çiğnendiği zaman bütün grup tehlikeye atılıyordu ve sonuçta büyüsel güçlerin, ruhların ve tanrıların öfkesi kötü sonuçlarıyla birlikte sadece günahkar (ya da suçlu) üzerine değil, aynı zamanda aralarında yaşamasına izin veren tüm topluluk üzerine inme tehdidinde bulunuyordu. Bilgeler ya da rahipler tarafından teşvik edilen cemaat üyeleri suçluyu sürgün eder ya da Yahudiler arasındaki taşlama örneğinde olduğu gibi onu linç ederlerdi. Yahut onu kefaret türü dinî bir çileye de tâbi tutabilirlerdi. Dine saygısızlık eylemleri bu nedenle "grup arası intikamdan" ayrı

olarak "grup arası ceza" olarak isimlendirilebilecek şeyin ana kaynağıydı. Bu tür cezanın ikinci kaynağı siyasî ya da aslen askerîydi. Kolektif savaş güçlerinin güvenliğini bir savaş başladıktan sonra itaatsizle tehlikeye sokan herkes savaş lordunun ya da ordunun cezaî tepkilerini göz önüne almak zorundaydı. [37] Tabii ki kişinin askerî olarak yanlış davranışının önce bir gerçek olarak tespit edilmesi gerekmekle birlikte bu gerçeğin tespiti prosedürü gerçekten çok kısaydı.

6. Buyurma Yetkisi

İntikamın yaygın olmasından kesin biçimde sabitlenmiş ve resmileştirilmiş bir ceza prosedürünün oluşumuna kadar dolaysız bir gelişme çizgisi tespit edilebilir; bunun nedenleri aşağıda netleşecektir. Bir hane grubunun efendisinin ya da dinî veya askerî otoritelerin cezayla ilgili tepkileri başta prosedürle ilgili formaliteden ya da egemenlikten bağımsızdı. Bir hanenin reisinin ceza yetkilerinin bir ölçüde kendi akraba grubunun yaşlılarının ya da grup arası belli ilişkilerden sorumlu dinî ya da askerî otoritelerin müdahalesiyle kısıtlandığı doğrudur; ancak genelde hane reisi kendi alanı içerisinde kendi başına bir yasa olarak kalıyordu ve hukuk kurallarıyla ancak çok özel durumlarda kısıtlanıyordu.

Bununla birlikte, hane dışı ilkel yetkilerle ilgili olarak kurallara yavaş ve sonuç olarak değişen bir tâbilik ortaya çıktı. Bu yetkiler *patrimonyal* monarşi tarafından bir haneninkiden oldukça farklı, veya başka bir deyişle *imperium* (buyurma yetkisi) kavramının kapsamındaki yetkiler hakkındaki ilişkilerde uygulanan hane benzeri şeylerdi. Kesin kuralların yerleşme sürecinden burada söz etmeyeceğiz. İmperium sahibinin bunları

kendi çıkarı için kendine de dayatıp dayatmadığından ya da içerisinde itaat göreceği gerçek sınırlar nedeniyle bunu yapmak zorunda olup olmadığından ya da bunların başka güçler tarafından ona uygulanıp uygulanmadığından bahsetmeyeceğiz. Bütün bu sorular egemenlikle ilgili analizimizde ele alınacaktır. Bununla birlikte, *imperium* her zaman – geçmişte bugünkünden de büyük ölçüde–sadece doğrudan kuvvet tatbikiyle değil aynı zamanda zarar verme tehdidiyle de cezalandırma ve özellikle de itaatsizliği bastırma yetkisini içermiştir. Cezalandırma yetkisi *imperium* uygulayan belirli alt dereceli memurlara veya onun otoritesine tâbi olanlara karşı da yöneltilebilir. Önceki durumda disiplin edici yetkiden, sonrakinde ise *cezaya çarptırma* yetkisinden söz ediyoruz. Bu bağlamda, "kamu hukuku" doğrudan ceza hukukuyla bağlantılıdır; her hâlükarda, kamu hukuku, ceza hukuku, ceza prosedürü ve dinî hukuk gerçeklere dayalı olarak bağlayıcı olarak kabul edilen en azından bazı kurallar olmadıkça sistematik olarak ele alınmaya başlanmaz.

7. Gücün Sınırlanması ve Güçler Ayrımı

Henüz sözü edilenlere benzer normlar her zaman var oldukları alan içerisindeki *imperium* üzerinde kısıtlamalar olarak hareket eder. Öte yandan, her kısıtlama "normatif" bir karaktere sahip değildir. İki türlü kısıtlama vardır: (1) Gücün sınırlandırılması (2) güçler ayrımı. Gücün sınırlanması, dinsel bir geleneğe ya da yasaya bağlı olarak, belirli bir *imperium*'un tâbilerin haklarıyla sınırlandığı yerde var olur. Güç sahibi sadece belli türden emirler yayımlar ya da belirli durumlar dışında ya da belirli koşullara tâbi olarak her türden emir yayımlar. Bu sınırlandırmaların "hukuksal" "teamül niteliğinde" ya

da salt "adetsel" statüsü olup olmadığı her seferinde bu sınırlamaların (zorlama araçları az ya da çok etkili olan) zorlayıcı bir kurum tarafından garanti edilip edilmediği, sadece geleneksel red yoluyla sürdürülüp sürdürülmediği ya da son tahlilde üzerinde hiç anlaşılmayan bir sınırlamanın olup olmadığı değerlendirilerek cevaplanmalıdır. Diğer kısıtlama türü olan "güçler ayrımı" bir *imperium*, ister eşit olsun isterse ondan üstün olsun, meşru geçerliliği bütünüyle otoritesinin kapsamını sınırlandırıcı olarak kabul edilen bir başka *imperium* ile çatıştığı yerde var olur. Hem gücün sınırlandırılması hem de güçler ayrımı birlikte var olabilir ve çeşitli organları arasında görev dağılımıyla modern devleti ayırt edici şekilde karakterize edilir: Devlet kesin belirlenmiş *imperia* sahiplerinden oluşan birliktir (*anstaltsmässige Vergeselleschaftung*); bu sahipler yerleşik kurallara göre seçilir; *imperia*ları güçler ayrımının genel kurallarıyla sınırlandırılır; içsel olarak her biri buyruk verme yetkisinin meşruluğunu gücün sınırlandırılması ile ilgili kurallar dizisiyle belirlenmiş bulur.

Hem güçler ayrımı hem gücün sınırlanması modern devlette görünenlerden oldukça farklı yapısal formlar alabilir. Bu, özellikle güçler ayrımı için geçerlidir. Yapısı patrimonyal, malikane türü, feodal ve siyasî kuruluşta olduğu kadar, *par majorve potestas*'ın aracılığı şeklindeki eski Roma yasasında farklıydı. [38] Bununla birlikte, Montesquieu'nun kamu hukuku kavramının ancak güçler ayrımı yoluyla mümkün olduğu ifadesinde doğruluk vardır. [39] Fakat bu önerme, güçler ayrımının mutlaka İngiltere'de var olduğunu düşündüğü türden olmak zorunda olmadığı şeklinde doğru biçimde anlaşılmalıdır. Öte yandan, güçler ayrımının her türü değil, sadece rasyonel olarak

örgütlenmiş bir kurum olarak devlet fikrine özgü tür bir kamu hukuku fikrine yol açar. Sistematik bir kamu hukuku teorisinin sadece Batı'da gelişmesinin nedeni siyasî örgütlenmenin yalnızca bu ülkelerde rasyonel olarak birbirine geçmiş yetki alanlarına ve bir güçler ayrımına sahip bir kurum formu almış olmasıdır. Eski Çağ ise, özellikle rasyonel bir güçler ayrımının var olduğu derecede sistematik bir devlet teorisine sahipti: Birçok Roma mahkemesinin *imperia* doktrini sistematik bir şekilde geliştirildi. [40] Başka her şey temelde anayasa hukukundan ziyade siyasal felsefeydi. Orta Çağlarda, güçler ayrımı sadece imtiyazlar, feodal hak talepleri ve diğer haklar arasındaki rekabetle görünüyordu; sonuç olarak anayasa hukuku ayrı şekilde ele alınmıyordu. Onunla ilgili ne varsa, feodal hukuk ve malikane hukuku içerisindeydi. Modern kamu hukukuyla ilgili belirleyici hukuksal kavramlar kökenlerini birçok faktörün özgün bir kombinasyonuna borçludur. Tarihsel bir gerçek olarak, onu *Ständestaat*'ın kamu kurumlarındaki imtiyazlı kişilerin, güçlerin hem ayrımını hem de sınırlanmasını gittikçe artarak kurumsal yapıyla birleştiren ittifakına borçludurlar. Hukuk teorisi açısından, onu Roma kurum kavramına, doğal hukuk görüşlerine ve son olarak Fransız hukuk teorisine borçludurlar. Modern kamu hukukunun bu gelişmesini egemenlik analizimizde ele alacağız. Sonraki bölümlerde yasa yapma ve yasa bulma ile ilgileneceğiz, ama bunu bugün özel hukuka ve medeni usul hukukuna bırakılmış ekonomik olarak geçerli alanlarla bağlantılı olarak yapacağız.

8. Maddî Hukuk ve Usul Hukuku

Çağdaş hukuk düşüncesi biçimlerimize göre siyasî kuruluşların "hukukla" ilgili etkinlikleri iki kategoriye ayrılır: Yasa

yapma ve teknik bir konu olarak "uygulamayı" içeren yasa bulma. Bugün yasa yapımı ile hukukçuların düşüncesinde rasyonel hukuk kuralları karakteri alan genel normların tesisini anlıyoruz. Yasa bulma ise bu tür yerleşik normların ve oradan hukuksal düşünmeyle çıkarılan yasa önermelerinin bu normlar altında toplanan "somut gerçeklere uygulanmasıdır". Bununla birlikte, bu düşünce biçimi tarihin tüm dönemlerinde yaygın olmamıştır. Genel normların oluşturulması olarak yasa yapımı ve bu normların belli olaylara uygulanması olarak yasa bulma, yargılamanın olaydan olaya değişen serbest karar verme anlamında " yönetim" olduğu yerde var olmaz. Böyle bir durumda eksik olan sadece yasal norm değil, aynı zamanda bir tarafın onu kendi davasına uygulatma hakkı fikriydi. Aynı şey hukukun bir imtiyaz olarak göründüğü ve buna göre yasal bir talebin temeli olarak yasal normların "uygulanması" fikrinin ortaya çıkmadığı yerde de geçerlidir. Yine, yasa bulmanın genel normların somut olaylara uygulanması olarak algılanmadığı yerde yasa yapma ve yasa bulma arasında ayrım yoktur. Başka deyişle, bütün irrasyonel yargılama örneklerinde ayrım yoktur; bu sadece ilkel bir yargılama biçimi değil aynı zamanda, daha sonra göreceğimiz gibi [aşağıda III. Kısımda] saf ya da değiştirilmiş biçimiyle tarih boyunca Roma hukukunun geliştiği yerler dışında dünyanın bütün bölgelerinde egemen olmuş bir yargılama biçimidir. Benzer şekilde, yasa bulma sürecinde uygulanacak hukuk kuralları ile sürecin kendisini göz önüne alan kurallar arasındaki ayrım bugün maddî hukuk ile usul hukuku arasındaki kadar net şekilde çizilmemiştir. Yasal prosedürün, erken Roma hukukunda ya da teknik olarak oldukça farklı biçimde İngiliz hukukunda olduğu gibi *imperium*'un

davalar üzerindeki etkisine dayandığı yerde, maddî hukuk davalarının Roma *actio*'su [41] ya da İngiliz *writ*'i [42] gibi dava usulü biçimlerini kullanma hakkıyla özdeş olduğu kavramını savunmak kolaydır. Eski Roma hukuk doktrininde usul hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrım çizgisi bu nedenle bizim çizdiğimiz gibi çizilmiyordu. Oldukça farklı nedenlerle, bizim sırasıyla usul ile ilgili ve maddî olarak isimlendireceğimiz benzer problemler karışımının, yargılamanın özgün büyüsel önemleri içerisinde yemin, şahitlerin yeminli tanıklığı, ya da işkence ile sorgulama gibi rasyonel olmayan kanıt biçimlerine dayalı olduğu yerde ortaya çıkması eğilimi vardı. Bu tür büyü eylemlerine başvurma hakkı ya da bunlara boyun eğme görevi, o zaman, maddî bir hukuksal talebin bir parçasıydı ya da onunla özdeşti. Bununla birlikte, usul hukuku ve maddî hukuk kuralları arasındaki ayrım Orta Çağlarda bir yanda *Richtsteige* ve öte yanda "hukukun yansımaları"[43] arasında yapılan ayrımda doğal olarak vardı. Bu ayrım oldukça farklı biçimde yapılmakla beraber Romalıların erken sistematikleştirme[44] çabalarında yapılan ayrımdan farklı değildi.

9. Hukuk Düşüncesinin Kategorileri

Biraz önce belirttiğimiz gibi çeşitli hukuk alanlarıyla ilgili mevcut temel kavramların birbirinden ayrılma biçimi büyük oranda hukuk tekniği ve siyasî örgütlenme ile ilgili faktörlere dayanmıştır. Bu nedenle ekonomik faktörlerin burada sadece dolaylı bir etkisi olduğu söylenebilir. Ekonomik etkilerin kendi rollerini oynadığına şüphe yok, ancak sadece bir dereceye kadar: Ekonomik davranışlarla ilgili, pazar ekonomisi ya da akit özgürlüğü gibi olgulara dayalı belirli rasyonelleştirmeler ve

sonuç olarak ortaya çıkan, hukuk mekanizması tarafından çözülecek temel ve gittikçe daha karmaşık çıkar çatışmalarıyla ilgili bilinç, hukukun sistemleşmesini etkilemiş ya da devletin kurumsallaşmasını yoğunlaştırmıştır. Bunu zaman zaman gözlemleme fırsatına sahip olacağız. Diğer bütün salt ekonomik etkiler sadece somut örnekler olarak vuku bulur ve genel kurallar olarak formüle edilemez. Öte yandan, siyasî koşullar ve hukuk düşüncesinin iç yapısı tarafından belirlenen hukuksal yönlerin ekonomik örgütlenme üzerinde güçlü bir etki icra ettiğini sık sık göreceğiz. Sonraki paragraflarda, hukukun, yani yasa yapımı ve yasa bulmanın biçimsel özelliklerinin etkilendiği en önemli koşulları kısaca ele alacağız. Hukukun rasyonelliğinin ve özellikle de ekonomik hayatla ilgili olan dalının, yani özel hukukun doğası ve kapsamıyla özel olarak ilgileneceğiz.

Bir kanun bütünü, hukuksal düşünüşün rasyonelleşmesine doğru birkaç mümkün seyirden hangisini alabileceğine bağlı olarak, birkaç farklı açıdan rasyonel olabilir. Görünüşte en temel düşünce süreci olan genelleştirmeyle, yani örneğimizde, somut bireysel olaylara karar vermede geçerli nedenlerin bir ya da daha fazla ilkeye, yani hukuksal önermeye indirgenme süreciyle başlayalım. Bu indirgeme süreci normalde, hukuksal değerlemede geçerli sayılan nihaî parçalarla ilgili olayın gerçeklerinin ön ya da eş zamanlı analizine bağlıdır. Öte yandan daha "hukuksal önermelerin" detaylandırılması gerçeklerin potansiyel olarak geçerli karakteristiklerinin belirlenmesine ve sınırlanmasına tepki verir. Süreç vaka çözümlemesi yöntemine hem dayanır hem de onu destekler. Ancak, iyi gelişmiş her vaka çözümlemesi metodu yüksek mantıksal arılıkta

hukuksal önermelerle sonuçlanmamış ya da bunlara paralel gitmemiştir. Oldukça kapsamlı hukuksal vaka çözümlemesi yöntemi taslakları salt bağımsız parçalardan oluşmuş bir birliğe, yani dış unsurların kıyası temeline dayalı olarak gelişmiştir. Hukuk sistemimizde, özel vakalardan "hukuksal önermelerin" analitik olarak çıkarılması hukuksal ilişkiler ve hukuksal kurumların oluşturulması sentetik işiyle, yani tipik bir sosyal ya da rızaya bağlı eylemin hangi yönlerinin hukuken geçerli sayılacağının ve bu geçerli parçaların mantıksal olarak tutarlı hangi şekilde hukuken eşgüdümlü, yani hukuksal ilişki içerisinde sayılacağının belirlenmesiyle birliktedir. Bu sonraki süreç daha önce tanımlananla yakından ilişkili olmakla birlikte, analizde çok yüksek dereceli bir yüceltmenin hukuken geçerli sosyal ilişkilerle ilgili çok düşük dereceli bir yapısal kavramsallaştırmayla ilişkili olması mümkündür. Öte yandan, "hukuksal bir ilişki" sentezi, düşük dereceli bir analize rağmen ya da ara sıra sadece sınırlı işlenmesi nedeniyle görece tatmin edici şekilde elde edilebilir. Bu çelişki analizin, sentetik yapıyla uyumluyken gerçekte onunla uyumsuz hale gelen daha ileri bir mantıksal göreve neden olmasının sonucudur. Burada ancak hukuksal düşünce biçimlerinin geç evrelerinde görünen " sistematikleşmeye" gönderme yapıyoruz. Genç bir hukuk için bu bilinmezdir. Günümüz düşünce biçimlerine göre bu analitik olarak çıkarılmış bütün hukuksal önermelerin, algılanabilir bütün gerçek durumların düzenleri etkin bir güvenceden yoksun olmasın diye mantıksal olarak kendi içinde tutarlı ve en azından teoride aralıksız bir kurallar sistemi oluşturacak şekilde bütünleşmesini temsil eder. Bugün bile her kanun bütünü (örneğin İngiliz hukuku) yukarıda tanımlanan

bir sistemin özelliklerine sahip olduğunu öne sürmez. Bu iddia tabii ki geçmişin hukuk sistemleri tarafından çok daha az sıklıkla dile getiriliyordu; bu öne sürüldüğü zaman bile mantıksal çıkarımın derecesi çoğu zaman aşırı derecede düşüktü. Genel olarak, "sistem" hukuksal verilerin emredilmesi için baskın şekilde dışsal bir taslak olmuştur ve hukuksal önermelerin oluşturulmasında sadece küçük bir öneme sahiptir. Roma hukukundan gelişmiş özellikle modern bir sistemleştirme biçiminin varış noktası toplumsal eylemlerin olduğu kadar hukuksal önermelerin anlamının da mantıksal analizinde olmuştur. Öte yandan " hukuksal ilişkiler" ve vaka çözümleme yöntemi gerçeklere dayalı somut karakteristiklerden geliştiği için bu tür bir işleme çoğu zaman direnir.

Şimdiye kadar tartışılan farklılıklara ek olarak, hukuksal uygulamanın teknik aygıtıyla ilgili olarak var olan farklılıkları da değerlendirmeliyiz; bu farklılıklar şimdiye kadar tartışılanlarla bir ölçüde bağlantılıdır ve bir ölçüde de bunlarla çakışır. Aşağıda mümkün olan en basit tip durumları göreceğiz.

Hem yasa yapımı hem de yasa bulma ya rasyonel ya da irrasyonel olabilir. Yasa yapımı ya da yasa bulmaya akılla kontrol edilemeyen araçlar uygulandığında, örneğin kehanetlere ya da bunun yerine geçen şeylere başvurulduğunda *biçimsel* olarak irrasyoneldirler. Öte yandan yasa yapımı ve yasa bulma, kararın genel normlardan çok ahlaki, duygusal ya da siyasal temele dayalı olarak değerlendirildiği şekliyle belirli bir olayın somut faktörleri tarafından etkilenme derecesinde özsel olarak irrasyoneldir. Rasyonel yasa yapımı ve yasa bulma biçimsel ya da özsel şekilde rasyonel olabilir. Bununla birlikte hukuk, hem içeriksel hem de usulle ilgili konularda, ancak

olayla ilgili gerçeklerin açık genel karakteristikleri dikkate alındığı ölçüde rasyoneldir. Bu şekilcilik yine iki farklı türden olabilir. Hukuksal olarak geçerli karakteristiklerin somut özellikte, yani duyu verileri gibi algılanabilir olması mümkündür. Gerçeklerin dışsal karakteristiklerine, örneğin belli sözcüklerin söylenmesine, bir imzanın atılmasına ve anlamlı belli bir sembolik eylemin yapılmasına bu bağlılık hukuki şekilciliğin en katı biçimini temsil eder. Formel hukukun diğer türü gerçeklerin hukuksal olarak geçerli karakteristiklerinin ve buna göre, oldukça soyut kurallar biçimindeki kesinlikle sabit hukuksal kavramların formüle edildiği ve uygulandığı yerde bulunur. Bu "mantıksal rasyonellik" süreci dışsal öğelerin önemini azaltır ve böylece somut şekilciliğin katılığını yumuşatır. Fakat özsel rasyonellikle zıtlık keskinleşir; çünkü sonraki, hukuksal problemlerle ilgili kararın soyut anlama yorumlarını mantıksal genellemesiyle elde edilenlerden farklı normlar tarafından etkilendiği anlamına gelir. Özsel rasyonelliğin üstünlük tanıdığı normlar ahlaki, faydacı ve amaç odaklı kuralları ve siyasal kuralları içerir; bunların hepsi mantıksal çıkarımı kullananla birlikte "oluşsal karakteristikler" çeşidinin şekilciliğinden ayrılır. Bununla beraber, özgün şekilde profesyonel, kanuncu ve soyut hukuk yaklaşımı modern anlamda sadece hukukun karakter olarak formel olması ölçüsünde mümkündür. "Duyu-veri karakteristiklerine göre sınıflandırmanın mutlak şekilciliği egemen olduğu ölçüde kendini vaka çözümlemesi yöntemi içerisinde tüketir. Sadece mantıksal anlam yorumunu kullanan metot özel biçimde sistematik görevi, yani hukuksal olarak geçerli kabul edilen birçok kuralın tamamının mantıksal yollarla, içsel olarak tutarlı bir soyut hukuksal

önermeler kompleksi içerisinde toplanması ve rasyonelleştirilmesinin uygulanmasına izin verir.

Şimdi görevimiz hukukun oluşturulmasına dahil olan çeşitli etkilerin onun biçimsel niteliklerinin gelişmesini nasıl etkilediğini tespit etmektir. Günümüz hukuk bilimi, en azından en yüksek derecede metodolojik ve mantıksal rasyonelliğe ulaşan formlar, yani Pandectist'leri Medeni Hukuku'nun hukuk bilimi yoluyla üretilmiş olanlar içerisindeki bilim aşağıdaki beş önermeden gelişir: Birincisi, her somut yasal karar soyut bir hukuksal önermenin somut bir "gerçek durumuna" uygulanması olmalıdır; ikincisi her somut durumda soyut hukuksal önermelerden hukuksal mantık yoluyla karar çıkarmak mümkün olmalıdır; üçüncüsü hukuk gerçekte ya da fiilen hukuksal önermelerden oluşan "aralıksız" bir sistem oluşturmalı veya en azından böyle bir aralıksız sistemmiş gibi ele alınmalıdır. Dördüncüsü, hukuksal açıdan rasyonel olarak açıklanmayacak ne varsa o hukuksal olarak da geçersizdir; beşincisi, insanlara ait her sosyal eylem her zaman hukuksal önermelerin ya " uygulaması" ya da "icrası" veya onun bir ihlali olarak görülmelidir; zira hukuk sisteminin "aralıksızlığı" bütün sosyal davranışların aralıksız bir "hukuksal düzenlemesiyle" sonuçlanmalıdır. (Bu sonuç açıkça olmasa da özellikle Stammler tarafından çıkarılmıştır.)[46]

Bununla birlikte şu anda bu teorik önermelerle ilgilenmeyecek, daha çok hukukun, işleyişi için önemli olan belirli genel biçimsel niteliklerini araştıracağız.

NOTLAR

1. *Max Rheinstein tarafından* düzenlenen hukuk sosyolojisi el yazmasının en ayrıntılı biçimde açıklanmış parçasıdır. *Weber tarafından diğer bölümlerde kullanılan liteatürün çoğu da burada anılmaktadır. Hukuk sosyolojisinin İngilizce basımı bir grup çalışmasıydı. Shils ve Rheinstein'a ek olarak Bayan Elizabeth Mann Borgese ve Bay Samuel Stoljar da tercümeye katıldılar; Bay Stoljar Dr. Alise Vagelis ve Dr. Stoyan Bayitchle birlikte açıklamalar üzerinde de çalıştı. Aksi belirtilmedikçe bu bölümdeki tüm açıklamalar bu grup tarafından yapılmıştır.*

Sonraki sayfalarda Rheinstein'in açıklamada kısaltılmış biçimde zikredilen kitap listesini yeniden yazacağız. Yıldızla işaretli kitaplar Weber tarafından sık kullanılmış görünmektedir. Weber tarafından kullanılan ya da bu bölümde geliştirilen düşüncelerle yakından ilişkili çağdaş literatürle ilgili daha fazla bilgi için Johannes Winckimann'ın tarafından en son Almanca basımı RECHT SSOZIOLOGIE için derlenen bibliyografyanın ikinci bölümüne bakınız. (gözden geçirilmiş ikinci basım; Neuwied: Luchterhand, 1957), 404-423

ALABASTER ALABASTER, E., NOTES AND COMMENTARIES ON CHINESE CRIMINAL LAW. 1899.

ALLEN ALLEN, C. K., LAW IN THE MAKING, 3 bölüm 1939

**AMIRA GRUNDRISS DES GERMANISCHEN RECHTS, 3. basım 1913*

**BLACKSTONE BLACKSTONE, W., COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 1765-69*

BONNER AND SMITH BONNER, R. AND SMITH, G., THE ADMINISTRATION OF JUSTICE FROM HOMER TO ARISTOTLE, 2 cilt 1930-38

**BRUNNER, ABH. BRUNNER H., ABHANDLUNGEN ZUR RECHTSGESCHICHTE 2 cilt, 1931. Daha önce başka yerlerde basılan makalelerin yeniden basımını kapsar.*

**BRUNNER, BRUNNER, H., DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE Cilt 1-1. basım RECHTSGESCHICHTE 1892, 2. basım. 1906. 2 cilt ilk basım 1892. 2. basım 1928. C. Freiherr von Schwerin*

*BRYCE BRYCE, J. , STUDIES IN HISTORY AND JURISPRUDENCE. 1901

BUCKLAND BUCKLAND, W. W. , TECTBOOK OF ROMAN LAW. 2cilt 1932.

DIAMOND DIAMOND, A. S. , PRIMITIVE LAW. 1935

*EHRLICH EHRLICH, E. , FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW. Moll Tarafından tercüme edildi. Weber Almanca aslını kullandı. S. t. GRUNDLEGUNG DER SOZIOLOGIE DES RECHTS. 1913

ENCYC. SOC. SCI. ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES, by Selingman, E. R. A. , and Johnson A. , tarafından düzenlenmiştir 13 cilt 1933

ENGELMAN ENGELMANN, W. , DIE WIEDERGEBURT DER RECHTSKULTUR IN ITALIEN . 1938

ENGELMAN AND ENGELMANN, A. AND MILLAR, R. W. , HISTORY OF CONTINENTAL MILLAR CIVIL PROCEDURE. 1927

*ENNECCERUS ENNECCERUS, L. , LEHRBUCH DES BÜRGERLICHEN RECHTS, 1928 basımı

*GIERKE GIERKE, O. , DEVELOPMENT OF POLITICAL THEORY, Freyd tarafından tercüme edilmiş. 1939

*GIERKE, GENOSSEN VON GIERKE, O. , DAS DEUTCHE GENOSSEN SCHAFTSRECHT, 4 cilt SCHAFTSRECHT 1868-1913

*GIERKE, PRIVATRECHT VON GIERKE, DEUTSCHES PRIVATRECHT, 3 Cilt 1895, 1905, 1917

*GOLDSCHMIDT GOLDSCHMIDT, L. , UNIVERSALGESCHICHTE DES HANDELSRECHTS. 1891

*HATSCHEK HATCHEK, O. , ENGLISCHES STAATSRECHT, 2 cilt. 1905

HEDEMANN HEDEMANN, J. W. , DIE FORTSCHRITTE DES ZIVILRECHT IM 19. JAGRHUNDERT, 3. cilt 1910, 1920, 1930

HOLDSWORTH HOLDSWORTH, SIR W., HISTORY OF ENGLISH LAW, 13 cilt;1 3. ciltler 3. basım. 1922-23; vols. 4-12, 1924-38;Tables and Index by E. Potton. 1932; cilt 13, Goodhart tarafından düzenlenmiş.

**HUEBNER HUEBNER, R., HISTORY OF GERMANIC PRIVATE LAW, Philbrick tarafından 1918de tercüme edilmitir. Weber Almanca aslını kullanmış, GRUNDZÜGE DES DEUTSCHEN PRIVATRECHTS . 1913.*

**JELLINEK JELLINEK, G., ALLGEMEINE STAATSLEHRE, 3. basım 1914*

**JELLINEK, SYSTEM JELLINEK SYSTEM JELLINEK G., SYSTEM DER SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHTE. 1892*

**JHERING JHERING VON JHERING, R., DER GEIS DER RÖMISCHEN RECHTS AUF DEN VERSCHIEDENEN STUFENSEINER ENTWICKLUNG, 3cilt, 5 ve 6. basımlar 1906-07*

JÖRS AND KUNKEL JÖRS AND KUNKEL JÖRS, P., RÖMISCHES PRIVATRECHT, 2. basım Kunkel W, 3. basım 1949.

JOLOWICZ JOLOWICZ, H. F., HISTORICAL. INTRODUCTION TO ROMAN LAW. 1932

**KARLOWA KARLOWA O., RÖMISCHE RECHTSGE SCHICHTE. 1901*

KASER KASER, M., DAS ALTRÖMISCHE JUS. 1949.

KELSEN KELSEN, H., GENERAL THEORY OF LAW AND STATE. 1945.

**KOHLER AND KOHLER, J., AND WENGER, L., ALLGEMEINE RECHTSGESCHICHTE, WENGER 1884.*

**LEIST LEIST, B. W., GRACO - ITALISCHE RECHTSGESCHICHTE, 1881.*

**MAINE MAINE. SIR H. S., ANCIENT LAW. 1906.*

**MAINE, INSTITUTIONS MAINE SIR H. S., LECTURES ON THE EARLY HISTORY OF INSTITUTIONS, 7. basım, 1897.*

**MAINE, EARLY EARLY LAW MAINE, SIR H. S., DISSERTATIONS ON EARLY LAW AND LAW CUSTOM .*

*MAITLAND, PAPERS MAITLAND, F. W., COLLECTED PAPERS. 3 cilt. 1911

*MITTEIS MITTEIS, RÖMISCHES PRIVATRECHT. 1908

*MITTEIS, REICHSRECHT MITTEIS, L., REICHSRECHT UND VOLKSRECHT IN DEN ÖSTLICHEN PROVINZEN DESRÖMISCHEN KAISERREICHS. 1891.

*MOMMSEN MOMMSEN, T., ABRISS DES RÖMISCHEN STAATSRECHTS 1893, 2. BASIM 1907

NOYES NOYES, R., THE INSTITUTION OF PROPERTY. 1936.

*PAULY AND WISSOWA PAULY, A. F., AND WISSOWA, G., REALENZYKLOPÄDIE DER KLASSISCHEN ALTERTUMSWISSENSCHAFT. 1894 ve sonrası.

PLANITZ PLANITZ, H., DEUTSCHE RECHTSGE SCHICHTE. 1950.

PLUCKNETT PLUCKNETT, T. F. T., CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW. 1948.

*POLLOCK AND POLLOCK, SIR F. AND MAITLAND, F. W., THE HISTORY OF ENGLISH MAITLAND LAW BEFORE THE TIME OF EDWARD I, 2 cilt, 1. basım 1899. 2. basım 1923.

RADIN RADIN, M., ANGLO – AMERICAN LEGAL HISTORY 1936.

RHEINSTEIN, DECEDENTS' RHEINSTEIN, M., DIE STRUKTUR DES VERTRAGLICHEN ESTATES SCHULDVERHAL

RHEINSTEIN, STRUKTUR RHEINSTEIN, M., DIE STRUKTUR DES VERTRAGLICHEN SCHULDVERHALTNISSES IM ANGLO-AMERIKANSCHEN RECHT. 1932.

ROSTOVTZEN ROSTOVTZEN, M. J., SOCIAL AND ECONOMIC HISTORY OF THE ROMAN EMPIRE. 1926. SAV. Z. GERM. ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE, GERMANISTISCHE ABTEILUNG.

SAV. Z. ROM ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE, ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

**SCHRÖDER LEHRBUCH DER DEUTSCHEN RECHTSGESCHICHTE, 16. basım 1922.*

SCHULZ, HISTORY SCHULZ, F., HISTORY OF ROMAN LEGAL SCIENCE. 1946.

SCHULZ, PRINCIPLES SCHULZ, F., PRINCIPLES OF ROMAN LAW 1936.

SEAGLE SEAGLE, W., THE QUEST FOR LAW. 1941.

SMITH SMITH, M., DEVELOPMENT OF EUROPEAN LAW. 1922.

**SOHM SOHM, R., INSTITUTES OF ROMAN LAW Ledlie tarafından tercüme edilmiştir, 3. basım 1907. Weber Almanca aslını kullanmış, INSTITUTIONEN DES RÖMISCHEN RECHTS, 15. basım 1917.*

**STOBBE STOBBE, O., GESCHICHTE DER DEUTSCHEN RECHTSQUELLEN. 1864.*

STONE STONE, J., THE PROVINCE AND FUNCTION OF LAW. 1946.

THURNWALD THURNWALD, R., WERDEN, WANDEL UND GESTALTUNG DES RECHTS

VINOGRADOFF VINOGRADOFF, P., OUTLINES OF HISTORICAL JURISPRUDENCE, 2 cilt 1922.

WENGER WENGER, L., INSTITUTES OF THE ROMAN LAW OF CIVIL PROCEDURE, tercümesi O. H. FISK. 1940.

Z. F. HANDELSR. ZEITSCHRIFT FUR DAS GESAMTE HANDELSRECHT.

Z. F. VGL. RW. ZEITSCHRIFT FÜR VERGLEICHENDE RECHTSWISSESCHAFT.

2. Weber burada Kıta ve özellikle de Alman hukuk teorisine gönderme yapmaktadır. Burada kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrıma özel bir vurgu yapılmaktadır. Ayrım Roma hukukçuları için tanıdıktı ve özellikle Ulpian'ın kamu hukuku tanımında (DIGEST 1. 1. 4) iyi bilinir. Buna göre kamu hukuku "Roma devletiyle ilgilidir." (*quod ad statum rei romanae spectat*) ve özel hukuk da "Bireylerin

çıkarlarıyla ilgilidir" (*quad ad singulorum utilitatem pertinet*). Ayrım bir hükümetin vatandaşlar arasındaki özel ilişkilerle ilgili sıkı bir hukuk düzenini garanti etmeye hazır olduğu halde onlar arasındaki ilişkileri sıkı ve hızlı kurallar içinde düzenlemeye gönülsüz kaldığı yerde nesnel bir öneme sahiptir. Bu durum modern çağın mutlak monarşilerine olduğu kadar geç Roma İmparatorluğuna da özgüydü. Devlet organları hukuk kurallarına tâbi olduğu ölçüde, kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrım önemini kaybetti ve nihayette özellikle hukuk yazını ve eğitimi amaçlarına yönelik olarak belirli hukuk kurallarının uygun bir sınıflandırması haline dönüştü.

3. Bkz. Aşağıda iii. kısım

4. Totaliter devletin "ideal tipiyle" ilgili bu tanım modern formu içerisinde ortaya çıkmadan önce yazıldı. – Weber'in "hükümet" terimi burada varlığını sürdürdü, ancak "yönetici" terimi Amerikan deyişine daha iyi uyabilir.

5. Bir Anglo-Amerikan hukukçusu bu hakkı mahkemelere başvurma hakkının sıradan bir örneği olarak görebilir. Fakat bir kıta hukukçusu olarak Weber bu hakkın korunmasını özel olarak kurulmuş Fransız ya da Alman tipi idarî mahkemelere verilmiş olarak görür. Vatandaşın hükümetin yetkililerinin kötüye kullanılmasına karşı korunması Örf ve Adet hukukunun geçerli olduğu ülkelerde bilinenden farklı çizgilerde düzenlenmiştir, ama bu daha az etkili olarak görülmelidir. Bkz. E. Freud, Administrative Law, I, Encyc. SOC. SCI. (1930) 452, ve Garner, *Anglo- American and Continental European Administrative Law* (1929), N. Y. U. L. Q. REV. 387

6. M. Kaser, *Zur altrömischen Hausgewalt* (1950), 67 SAV. Z. ROM 474

7. Alman, özellikle de Kıta usul teorisi iki tür yargılama arasında ayrım yapar: (1) *Offizialmaxime*'ye göre yargılama ve (2) *Verhandlungsmaxime*'ye göre yargılama. Birincisine göre, yargılama süreci, işlevi gerçekten ne olup bittiğini değerlendirmek olan ve dolayısıyla tek başına ya da öncelikle şahitleri çağırma ve onları sorgulama ve gerekli gördüğü kanıtları isteme hakkına sahip bir baş yargıcın yönetimindedir. İkincisine göre, yargıç taraflarca yönetilen bir yargılamada sadece bir

hakem rolü üstlenir; her taraf çağırmak istediği şahitlere, sorgulamada ve çapraz sorguda sormak istediği sorulara ve sunmak istediği kanıt türüne karar verir. Gerçekte iki tür yargılama da saf formu içerisinde hiçbir zaman var olmamıştır. Kıta hukuk usulü (hem medeni hukuk hem de ceza hukukunda) bugün büyük oranda *Verhandlungsmaxime*'yi izler. Ancak, özellikle ceza hukuku usulünde *offizialmaxime*'ye verilen belirli tavizlerle değişikliğe uğramıştır. Bkz. ENGELMANN AND MILLAR, II; "Millar, *Formative Principles of Civil Procedure* (1923). 18. . ILL. L. Rev. I, 94, 150; Usul ile ilgili makalesi, 12 ENCYC. SOC. SCI. 439 (ek literatür listesiyle birlikte) Modern kıta hukuk usulü ile ilgili olarak bkz. Ayrıca SCHLESINGER, COMPARATIVE LAW (1950) 197, 510, 523; Hamson, *Civil Procedure in France and England, (1950)* 10 CAMB. L. J. 411

8. Bkz. JELLINEK, SYSTEM 3; R. GNEIST, HISTORY OF THE ENGLISH CONSTITUTION (Ashworth tercümesi, 1891) 338; HATSCHEK, 503; J. E. A. JOLIFFE, CONSTITUTIONAL HISTORY OF MEDIEVAL ENGLAND (1937) 337, ayrıca ANSON, LAW AND CUSTOM AND THE CONSTITUTION (1892) 262; mevcut uygulama için bkz. WADE AND PHILLIPS, CONSTITUTIONAL LAW (1950) III.

9. Weber'in özel kanun tasarılarını ve bütçeyi "salt idari' meseleler" olarak sınıflandırması yasalar arasında *biçimsel* ve *içeriksel* (maddî) açıdan ayrım yapan Alman hukuk ve anayasa teorisinden kaynaklanır. Maddî açıdan yasa devletin vatandaşların hayatına, özgürlüğüne ve mülküne müdahalesine yetki veren bir kanun anlamına gelir. Biçimsel açıdan yasa ise içeriğine bakılmaksızın yasamadan çıkan bir kanundan ibarettir. Kıta üzerinde anlaşıldığı şekliyle " hukukun egemenliği" ile ilgili esaslardan biri devletin hayata, özgürlüğe ve mülkiyet haklarına insanların ya da onların uygun şekilde seçilmiş temsilcilerinin rızası olmadan müdahale etmesine izin verilmemesidir. Dolayısıyla, maddî anlamda herhangi bir yasa bir yasama eylemi, yani biçimsel anlamda bir yasa olmalıdır; ya da en azından bu temele dayanmalıdır. Kıta ülkelerinde çok katı biçimde savunulan ülkenin temelini oluşturan hukukun üstünlüğü şeklindeki bu siyasal teoridir. Bu hukukun bütününün

yazılı kurallar ya da kanunlar şeklinde ifade edilmesini gerektirir ve dolayısıyla yazılı kanuna değil de yargı içtihadlarına dayalı "örf ve adet hukukunun" meşru olarak kabulünü engeller. Yasanın mahkemeler tarafından, yasama organının bir kanunda açık olarak ifade edilen onayı olmadan yapılabileceği veya uygulanabileceği, böylece halkın uygun şekilde seçilmiş temsilcileri yerine yargının yönetiminin ortaya çıktığı fikri geleneksel kıtasal kavramlar olan hukukun üstünlüğü ve demokrasiye aykırı gözükmektedir.

Öte yandan, hayata, özgürlüğe veya tebaanın mülküne kamu müdahelesi oluşturmayan önlemler genellikle geçerlilikleri için biçimsel anlamda bir yasa gerektirmeyen "idarî eylemler" olarak sınıflandırılır. Fakat modern anayasa hukuku çoğunlukla "idarî bir eylemin" bile biçimsel bir yasa içerisinde maddileşmesini yani yasama organı tarafından uygun bir şekilde geçirilmesini talep eder. Bütçeyle ilgili olarak bu, teorik analiz açısından sadece kamu gelirleri ve giderleri programıdır ve dolayısıyla idarî bir eylemdir. Bu analiz tabii ki mülkiyete müdahaleyi oluşturan vergi ve gümrük hükümleri için geçerli değildir; fakat böyle bir bütçe için bile, pozitif anayasa hukuku onun bir yasama eyleminde maddileşmesini gerektirir. Bu nedenle, bütçe idarî bir eylem de olsa biçimsel anlamda bir yasa da oluşturur. Bkz. JELLINEK, SYSTEM 226; ayrıca KELSEN 123, 131; JELLINEK, VERWALTUNGSRECHT (1949) 8, 385; FLEINER, INSTITUTIONEN DES DEUTSCHEN VERWALTUNGSRESCHT (1922) 17; LABAND, DAUTSCHES REKHSSTAATSRECHT (1912) 130.

10. Bkz. Bu ülkede hükümet sözleşmeleri ve hükümete karşı sözleşme taleplerinin yürürlüğe sokulması için geçerli olan özel kurallar. Hükümet sözleşmelerinin özel statüsü, Fransa'da daha da belirgindir; orada sıradan mahkemeler tarafından değil Devlet Konseyi ve ona bağlı idari mahkemeler tarafından büyük oranda hukuki olarak oluşturulan özel kurallar bütününe tâbidirler. Bkz. GOODNOW, COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW(1893) I, 86, 107; II, 217; WALINE, LA NOTION JUDIARE DE L'EXCES DU POUVOIR (1926) 7-10, 76 ve devamı; F, A. OGG, EUROPEAN GOVERNMENTS AND POLITICS

(2. basım, 1943) 572, 768. Öte yandan, Almanya'da ve Alman sistemini izleyen diğer ülkelerde hükümet sözleşmeleri ve sıradan mahkemelerin yargısına tâbi olan sözleşmeler gibi ele alınır. Aynı muamele resmi görevleri sıradan olan kamu görevlileri tarafından işlenen haksız fiiller için de geçerlidir. Bkz. E. Borchard, *State Liability*, 14 ENCYC. SOC. SCI. 338, bibliyografya ile beraber; ayrıca 2 GOODNOW, adı geçen eser, 240, 258-261; İngiltere'deki hükümet sözleşmeleri için bkz. Wade ve Phillips, *yukarıda adı geçen eser*, n. 8, s 309.

11. GAIUS IV. 103, 105, takip ederek *iudicium legitimum* ve *inudicia quae imperio continentur* arasında ayrım yapmak adet haline geldi. İlki meselenin pretor önünde tanımlandığı, usulüne uygun şekilde biçimsel olarak ifade edildiği ve sonra laik bir yargıç (*iudex*) tarafından yargılandığı ve karar verildiği normal medeni hukuk usulüdür. Sonraki terim yaygın bir özellik olarak sorunun magistrat tarafından sadece kesin biçimde belirtilmekle kalmayıp, aynı zamanda onun önünde yargılandığı ve onun tarafından ya da onun otoritesi altında bir vekil (*subrogatus, surrogate)* tarafından karara bağlandığı çeşitli özel davaları kapsar. Bu usullerden birisi *ager publicus* olarak devletin sahip olduğu topraklarla ilgili davalara uygulanan sözde bürokratik *cognitio* idi. Bu prosedür normal medeni hukuk usulünden sadece *iudex*'in yokluğuyla değil, fakat aynı zamanda yargılamanın sadece özel iş içinde yapılabileceği gerçeğiyle ayrılıyordu. Weber'in belirttiği gibi bunun önemi Roma hukuku ile ilgili literatürde genel olarak ihmal edilmiştir. Bürokratik *cognitio*'nun hukuksal yönleriyle ilgili daha fazla bilgi için bkz. WENGER, 28, 62 vd. 239, 250, 255vd. *ager publicus* ile bağlantılı olarak taşıdığı önem hakkında bkz. WEBER, RÖMISCHE AGRARGESCHICHTE (1891), 167 vd; bkz. ayrıca MOMMSEN, 290.

12. Hukuksal gelişmede büyünün rolü ile ilgili olarak bkz. G. Gurvitch, *Magic and Law* (1942), 9 SOCIAL RESEARCH 104, ve ayrıca, ESSAIS DE SOCIOLOGIE (1939) 204. İlkel toplumlarda ceza hukukuyla ve özel ya da medenî hukukun özgün doğasıyla ilgili olarak büyünün rolü hakkındaki genel bir anlatım için bkz. MALINOWSKI, CRIME AND CUSTOM IN SAVAGE SOCIETY (1926) 50-59, 67-68, 98-99, 119-121,

Bkz. ayrıca HOGBIN, LAW AND ORDER IN POLYNESIA(1934) ve Malinowski'nin ona yazdığı giriş yazısı, özellikle s. XVII- IXXII; LOWIE, PRIMITIVE RELIGION (1925); TYLOR, PRIMITIVE CULTURE (6. Basım 1920); RADCLIFFE-BROWN, THE ANDAMAN ISLANDERS (1922); WESTERMARCK, RITUAL AND BELIEF IN MOROCCO (1926) Temel çalışma olarak sayılan SIR JAMES FRAZER, THE GOLDEN BOUGH, cilt I ve II; THE MAGIC ART (3. basım 1911, kısaltılmış basım 1925). Problemle ilgili kısa bir giriş için bkz. ROBSON, CIVILISATION AND THE GROWTH OF LAW (1935) 74 vd.

13. Genel anlamda bununla ilgili olarak bkz. ENGELMANN AND MILLAR, 118, 129, 211, 652; R. DE LA GRASSERIE, THE EVOLUTION OF CIVIL LAW (1918) 609; DIAMOND 301, 307; LOWIE, PRIMITIVE SOCIETY (1920) 397, 425. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz:

a. Roma hukuku: NOYES 201-207; A. HÄGERSTRÖM, DER RÖMISCHE OBLIGATION BEGRIFF (1927) 600; KASER 308-316, 322-336

b. Yunan Hukuku: P. Vinogradoff, *Greek Law*, COLLECTED PAPERS, cilt 2 (JURISPRUDENCE 1928) 43, 44

c. Doğu Hukuku: "Hukuk "konulu makaleler 9 ENCYC. SOC. SCI. (1933) ve orada sözü edilen literatür, özellikle Seidl'ın Mısır Hukuku ile ilgili makaleleri, s. 209; Çivi Yazısı Hukuku ile ilgili olarak bkz. Koschaker s. 211; Yahudi Hukuku ile ilgili olarak bkz. Gulak, s. 219.

d. Slav Hukuku: L. J. STRACHOVSKY, A HANDBOOK OF SLAVIC STUDIES (1949); R. DARESTE, ÉTUDES D' HISTORIE DU DROIT (1889) 158-22 (L'ANCIEN DROIT SLAVE).

e. Germen Hukuku: AMIRA 280-282; 2 BRUNNER, RECHTSGESCHICHTE 328

İngiliz hukukunda haksız fiil ve sözleşme arasındaki ayrım oldukça geç bir evrede gelişti. Bkz. MAITLAND, FORMS 8, 48, 53 vd. ; HOLDSWORTH; II, 43 vd. III, 375, vd. , 412 vd; PLUCKNETT

14. Burada gönderme 1912 devrimini izleyen reformlardan önce varolduğu şekliyle Çin hukukunadır; bkz. J. H. WIGMORE, WORLD'S

LEGAL SYSTEMS (1928) 141; W. S. H HUNG, OUTLINES OF MODERN CHINESE LAW (1934) 5, 249; ALABASTER

15. *Actio de pauperie* ve *noxae datio* ile ilgili olarak bkz. SOHM 280, 331 (*antio de pauperie*); ve 191, 194, 280, 331 (noxae datio); WENGER 153, burada ek literatür belirtilmektedir.

16. Bkz. Aşağıda, III: 6. kısım, (c) maddesinde.

17. Roma ile ilgili olarak bkz. WENGER 8. vd. Germen Hukuku ile ilgili olarak bkz. HUEBNER, 427, 477, 478. Bkz. ayrıca STONE AND SIMPSON, LAW AND SOCIETY'(1928) vd. 284 vd. 'da toplanan kaynak materyaller.

18. *Honoratiores* (Latince "ileri gelenler"). Almanca'da *Honoratioren* sözcüğü kullanılır. Çoğunlukla dostça bir taşlama imasına sahip bu sözcük bir kasabanın daha saygın vatandaşları anlamına gelir. Mevcut bağlamda, Weber " Hukuk *honoratiores'i*" (*Rechshonaratioren*) ile (1) hukuksal problemlerle uğraşı bir şekilde özelleşmiş bir tür uzmanlık bilgisi haline getirmiş, (2) grupları içerisinde ilgili toplumlarının hukuk sistemine bazı özgün karakteristikleri sokabilme prestijine sahip sınıf mensuplarını kastetmektedir. Ancak, içerik bu türden insanların etkinlikleri için nominal ödüllendirmeden fazlasını alsalar da *honoratiores* olabileceklerini açığa çıkarır. Genel olarak hukuk *honoratioresi*'nin rolüyle ilgili olarak bkz. aşağıda IV. kısım.

19. *Omnis comdemnatio est pecuniaria* şeklindeki Roma kuralıyla ilgili olarak bkz. WENGER 143 vd.

20. Bkz. ENGELMANN AND MILLAR 166-168; ayrıca M. Esmain, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes* (1903), 2 REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL 5.

21. Weber burada hatalı görünüyor. Kafasındakiler tahliye davasında başvurulan hukukî varsayımlar olabilir. Bkz. MAITLAND, FORMS. İngiliz hukukundaki aynen ifa doktrini için bkz. MAITLAND, EQUITY (1936) 301-317; H. HAZELTINE, Early History of Specific Performance of Contract in English Law (FEST GABE FÜR KOHLER 1913) 68-69.

22. Aşağıda, II: 2. kısım 4. madde.

23. Bu ifade çok geneldir. Sözleme ihlali nedeniyle açılan zarar ziyan davası için geçerli olmakla birlikte, yazılı sözleşmenin bozulmasından doğan davalar, borç davaları ve haksız olarak alınan menkulün iadesi davaları için geçerli değildir.

24. Bkz. Goudy, *Two Ancient Brocards*, P. *VINOGRADOFF*, ESSAYS OF LEGAL HISTORY (1913) 216-227; HOLDSWORTH, III, 576 vd.

25. Bkz. Aşağıda, II:6. kısım.

26. Weber burada *Hand muss Hand wahren* ("el eli desteklemelidir.") şeklindeki eski Alman özdeyişini alıntılar. Bu bir mutemet malı üçüncü bir tarafa transfer ettiği zaman emanet veren kişinin sadece mutemede karşı dava açabileceği anlamına gelir. Bkz. HUEBNER, 407, 121, 448; 2 BRUNNER, RECHTSÖSCHICHTE 512; (1928), 668; HOLMES, COMMON LAW (1951), 164; 2 POLLOCK AND MAITLAND (1899) 155. İyi niyetli alıcıların modern ticarî faaliyetler için Amerikan hukukunda var olan mütevazı koruma kapsamının çok ötesinde var olan farazi vazgeçilmezliği ile ilgili olarak bkz. 3. MOTIVE ZU DEM ENTWURFE EINES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES FÜR DAS DEUTSCHE REICH (1888) 344.

27. Weber'in burada kastettiği dava, *rei vindicatio*'ya yaptığı göndermenin gösterdiği gibi, daha karmaşık bütün sistemlerde gelişmiş ve şu anda Amerikan hukukunda istihkak davasıyla oluşturulan davadır. Bu böyle bir sahibin, sayesinde ve herhangi bir akite veya haksız fiile başvurmadan hak sahibi olduğu bir malı tazmin edebildiği, fakat onu elinde tutma ya da kullanma hakkı ya da özel izni vermediği bir başka kişinin ellerinde bulduğu bir çaredir.

28. Roma *rei vindicatio*'su ile ilgili olarak bkz. WENGER 127; SOHM 189, 248, 269; BUCKLAND, MANUAL 139-142;

29. Bkz. MAITLAND, FORMS, 22 vd; POLLOCK AND MAITLAND, 107, 137, 146-148, 166; HOLDSWORTH, III, 318 vd.

30. Bkz. Jolly; *Recht und Sitte*, BÜHLERS, GRUNDRISS DER INDO-ARISCHEN PHILOLOGIE (1896)8.

31. İngiliz hukukundaki pazar meydanı tarihi ile ilgili olarak bkz. HOLDSWORTH V, 98, 105, 110-111

32. Bkz. I MILL AND WILSON, HISTORY OF BRITISH INDIA (1858) 160.

33. Latince- tam karşılığı: "Kötü düzeni destekliyorsun", yani " hukuka aykırı olarak"

34. *Diadikasia* hak sahibinin "gerçekten" kim olduğu ile ilgili olarak bir mahkeme ilanı isteyen iki müddei arasındaki tartışmadır. Bu nedenle farazi bir hak sahibi tarafından farazi bir suç failine karşı açılan zarar ziyan davası değildir. Bkz. MEIER UND SCHOEMANN, DER ATTISCHE PROCESS (1824) 367; 2 BONNER AND SMITH 79, 101

35. Bunlar, Weber'in eklediği gibi tamamıyla farklı yapıdadır. Bu davalarla ilgili olarak bkz. AMIRA 192-199, 266; GIERKE, GENOSSENSCHAFTSRECHT II, 268-325; R. Shom, *Frankisches Recht und römisches Recht* (1880), I SAV. Z. GERM. 27

36. Bkz. ayrıca WEBER, GENERAL ECONOMIC HISTORY (1950), I [WIRTSCHAFTSGESCHICHTE (1923) 17, 19] ve orada anılan kaynaklar.

37. Roma *comitia centuriata*'sı tarafından verilen askeri ceza için bkz. MAINE 374-382; LOWIE, ORIGIN OF THE STATE (1927). 102-108; ve aynı yazara ait PRIMITIVE SOCIETY (1920) 385, 394-396

38. Eşit yada daha yüksek yetkileri olan bir memur (*par maiorve potestas*) "müdahalesiyle" (*intercessio*) diğer memurların eylemlerini durdurabilir, bkz. MOMMSEN 22; L. HOMO, ROMAN POLITICAL INSTITUTIONS (1929) 29, 45, 221-223; JOLOWICZ II, 43, 45, 47, 337

39. MONTESQUIEU, SPIRIT OF THE LAWS (Nugent çevirisi, 1949) 151.

40. Bkz. HOMO, adı geçen eser; kısım, "buyurma yetkisi"(indeks), özellikle sayfa 206- 235; I MOMMSEN 76-191; W. HEITLAND, ROMAN REPUBLIC (1909) cilt I, kısım "buyurma yetkisi"

41. KASER 174; NOYES 146

42. Bkz. MAITLAND, FORMS 78

43. RICHTSTEIG -bir davanın nasıl açılacağı ve takip edileceğiyle ilgili tavsiyeler içeren bir kitap. RECHTSBUCH (Spiegel, "Mirror of LAW"- bir hukuk el kitabı, özellikle maddî hukukla ilgili. Her ikisiyle ilgili olarak bkz. STOBBE I, 289 vd. , 390 vd. , II, 143vd.

44. GAIUS' INSTITUTES (yaklaşık İ. Ö 161) ulaşabildiğimiz en eski eserdir. Burada materyallerin Kişiler, Nesneler ve Eylemler Şeklinde üç kısımda düzenlendiğini görüyoruz. Bu geleneksel olarak 18. Yüzyıla kadar takip edildi.

45. "Sistemleştirmenin" bu modern formunun ifadesi onsekizinci yüzyıl Doğal Hukuk bilginlerinin ve ondokuzuncu yüzyıl Alman Pandectistlerinin eseriydi; çalışmalarıyla ilgili olarak bkz. EHRLICH, 11; V. HIPPEL, GUSTAC HUGOS JURISTISCHER ARBEITSPLAN (1931); aynı yazar, ZUR GESETZMÄSSIGKEIT HURISTISCHER SYSTEMBILDUNG (1930); WIEACKER, VOM RÖMISCHEN RECHT (1944) 256; daha fazla bibliyografik referans için bkz. 20. yüzyıl Hukuk Felsefesi Dizileri, THE JURISPRUDENCE OF INTERESTS (1948) 200.

46. Bkz. RUDOLF STAMMLER, WIRTSCHAFT UND RECHT NACH DER MATERIALISTISCHEN GESCHICHTSAUFFASSUNG (5. basım, 1924) 541.

II. HAKLARIN OLUŞTURULMA BİÇİMLERİ

1. Hukuksal "Önermelerin" Mantıksal Kategorileri Özgürlükler ve Yetkiler - Akit Özgürlüğü

Sırasıyla kendi kanunlar bütününü oluşturan bütün kurumların, artık " meşru" hukukun tek kaynağı olduğunu iddia eden devletin *bir* zorlayıcı birliği içerisinde birleşmesi, hukukun ilgili tarafların çıkarlarına özellikle de ekonomik çıkarlarına hizmet ettiği resmî biçim içerisinde karakteristik olarak yansıtılır. Daha önce bir hakkın varlığını, hukukun kendisine hakkı verdiği birinin belirli bir beklentisinin hayal kırıklığına uğramayacağı olasılığındaki bir artıştan başka bir şey olmadığı şeklinde tanımlamıştık. Bir hakkın oluşturulmasını böyle bir olasılığı arttırmanın normal metodu olarak görmeyi sürdüreceğiz; fakat sosyolojik bir analizde, bu normal durumdan bir tarafın yasal olarak güvence altına alınan çıkarının bir "yönetmeliğin" yansımasından başka bir şey olmadığı ve tarafın tam anlamıyla bir "hakka" sahip olmadığı yerde tedrici bir geçişin olduğunu kabul etmeliyiz. [1]

Yasal güvence, kendisini gerçekten bir nesneyi ya da bir kişiyi kontrol etme gücüne sahip bulan kişiye bu tür bir gücün sürekliliğiyle ilgili belirli bir kesinlik verir. Kendisine bir şeyin sözü verilen kişi için yasal güvence sözün tutulacağı konusunda daha yüksek dereceli bir kesinlik sağlar. Bunlar gerçekte

hukuk ve ekonomik hayat arasındaki en temel ilişkilerdir. Fakat tek mümkün olanlar değildir. Hukuk aynı zamanda, sosyolojik açıdan, zorlayıcı aygıtın işleyişini kontrol eden egemen normların, ya belirli bir ekonomik kontrol düzeni ya da ekonomik beklentiler temelinde belirli bir anlaşma olabilen belirli ekonomik ilişkilerin oluşmasını güdüleyecek bir yapıya sahip olacak şekilde işleyebilir. Bu, hukukun açıkça belirli bir amaç için oluşturulduğu durumda meydana gelir.

Tâbii ki böyle bir durum hukuksal gelişmeyle ilgili belirli bir evreyi öngörür, bununla ilgili bazı gözlemlerde bulunmak uygun olacaktır.

Hukuksal bakış açısından, modern hukuk yasal önermelerden, yani içeriği belli bir gerçek durumun belirli yasal sonuçlar doğuracağını ifade eden soyut normlardan oluşur. Yasal önermelerle ilgili en olağan sınıflandırma, bütün normlar örneğinde olduğu gibi, buyurucu, yasaklayıcı ve izin verici normlar arasında ayrım yapar; sırasıyla, bireylerin diğer bir bireye karşı bir eylemi buyurma ya da yasaklama veya ona izin verme haklarına yol açar. [2] Sosyolojik olarak, başkalarının eylemi üzerinde yasal olarak güvence altına alınmış ve sınırlı bu türden bir yetki diğer insanların belli bir davranışı benimseyecekleri ya da bundan uzak duracakları veya kişinin kendi başına üçüncü bir tarafın müdahalesi olmadan belli bir davranışı benimseyeceği ya da bundan uzak duracağı beklentisine karşılık gelir. İlk iki beklenti talepleri, sonraki ayrıcalığı oluşturur. [3] Bu nedenle her hak bir güç kaynağıdır ve o ana kadar tamamıyla yetkisiz bir kişinin bile sahip olabileceği bir şeydir. Bu şekilde, topluluk içerisinde tamamıyla yeni durumların kaynağı haline gelir. Bununla birlikte şu anda bu olguyla ilgilenmiyoruz, bunun yerine bireysel bir hak sahibinin kontrol gücünü arttırdıkları oranda, belirli

türden yasal önermelerin niteliksel etkisini ele alacağız. Ele alacağımız bu tip daha önce sözü edilen yasal olarak güvence altına alınmış üçüncü tür beklentiler, yani ayrıcalıklar tarafından oluşturulur. Bu, mevcut ekonomik düzenin gelişmesinde özellikle büyük önem taşımıştır. Ayrıcalıklar iki türdendir: Birincisi sözde özgürlükler, yani, yasal olarak izin verilmiş davranışlar alanında üçüncü kişilerin, özellikle de devletin görevlilerinin belli türden müdahalelerine karşı koruma durumlarından oluşur; örnek olarak hareket özgürlüğü, vicdan özgürlüğü verilebilir. İkinci tür ayrıcalık bir bireye başkalarıyla olan ilişkilerini kendi iradesiyle düzenleme özgürlüğü veren ayrıcalıktır. Örneğin akit özgürlüğü böyle bir özerkliğin yasal düzen tarafından kabul edildiği derecede mevcuttur. Tabii ki, pazarın genişlemesiyle sözleşme özgürlüğünün genişleyen ölçeği ya da başka deyişle, hukuk düzeni tarafından geçerli olarak güvence altına alınan düzenlemeler ya da yine farklı bir ifadeyle, hukuksal düzenin bütünü içerisinde bu tür işlem eğilimlerini yetkilendiren kuralların görece önemi arasında yakın bir ilişki vardır. Kendine yeterliğin egemen ve mübadelenin eksik olduğu bir ekonomide hukukun işlevi doğal olarak başka türlü olacaktır: Bu, genel olarak kişinin ekonomik olamayan ilişkilerini ve başka kişilerle ilgili ayrıcalıklarını, ekonomik değerlendirmelerle değil, kişinin kökeni, eğitimi ve sosyal statüsüyle uygun olarak belirleyecek ve sınırlayacaktır.

2. Akit Özgürlüğünün Gelişmesi—"Statü Akitleri" ve" Amaçlı Akitler"— Amaçlı Akitlerin Tarihsel Kökeni

1. Hukuksal anlamda özgürlük, gerçek ya da potansiyel haklara sahiplik anlamına gelir. Ancak pazarı olmayan bir

toplulukta bu haklar doğal olarak yasal muamelelere değil, daha çok doğrudan bizzat hukukun buyurucu ya da yasaklayıcı önermelerine dayanacaktır. Öte yandan mübadele, yasal bir düzenin çerçevesi içinde, "yasal bir işlem" yani hukuksal bir talebin elde edilmesi, transferi, terki ya da icrası anlamına gelir. Pazarın her genişlemesiyle birlikte bu yasal işlemler sayıca çoğalır ve daha karmaşık hale gelir. Ancak akit özgürlüğü hiçbir hukuk düzeninde, yasanın zorlama garantisini, şartlarına bakmaksızın bütün ve her anlaşmanın emrine sunması anlamında sınırsız değildir. Gerçekte yasal bir düzen zorladığı ya da zorlamadığı anlaşmalarla karakterize edilir. Bu açıdan, ekonomik yapıdaki farklılıklara göre farklılaşan belirleyici bir etki farklı çıkar grupları tarafından uygulanır. Gittikçe genişleyen bir pazarda pazar çıkarları olanlar en önemli grubu oluşturur. Bunların etkisi yasanın yetki veren normlar aracılığıyla hangi yasal muameleleri düzenlemesi gerektiğini belirlemede egemen olur.

Bugün genel olarak gerçekleşen bu kapsamlı akit özgürlüğü tabiî ki her zaman var olmamıştır; akit özgürlüğünün var olduğu yerde bile bu bugün egemen olduğu alanlarda her zaman egemen olmamıştı. Akit özgürlüğü bir zamanlar, artık egemen olmadığı ya da olduğundan çok daha az egemen olduğu alanlarda var oldu. Bu gelişmenin ana evrelerini aşağıdaki kısa taslakta gözden geçireceğiz.

Eski hukukun aksine modern maddî hukuğun en temel özelliği, yasal zorlama tarafından garanti altına alınan taleplerin kaynağı olarak, hukukî *işlemlerin*, özellikle de *akitlerin* gittikçe artan önemidir. Bu özellik özel hukuka o kadar özgüdür ki, çağdaş toplum türü *a potiori* (çok daha güçlü

biçimde) özel hukukun geliştiği derecede bir "akit" toplumu olarak adlandırılabilir.

Hukukî bakış açısından bireyin hukukî ekonomik pozisyonu, yani meşru olarak elde edilmiş hakları ve geçerli sorumluluklarının bütünü bir yandan hukuksal olarak tanınmış aile ilişkisine dayalı *miras*la, öte yandan onun için yapılmış akitlerle belirlenir. Miras kanunu çağdaş toplumda, bir zamanlar özellikle ekonomik alanda ayrıcalık olan meşru hakların elde edilme biçiminin en önemli sürdürülme şeklini oluşturur. Miras olayında işlemler genel olarak ilgili bireyin kendi iradesinden bağımsız olarak gerçekleşir. Bu işlemler onun hukuksal olarak geçerli daha ileri eylemleri için başlangıç noktası oluşturur; bir kişinin belirli bir aile sıfatıyla böyle gruba üyeliği, sosyal ve ekonomik olarak özel ve doğal bir özellik sayılan ve ona kanun tarafından kendi rızasıyla yaptığı işlerden bağımsız olarak yüklenen doğal bir ilişkiye dayanır.

Bunun tersinin sadece görece olduğu açıktır, zira miras talepleri akite de dayanabilir[4]; mülkün vasiyetle geçmesinde edinmenin hukuksal temeli akraba çevresine üyelik değil, daha ziyade vasiyeti bırakanın tek taraflı eğilimidir. Ancak, vasiyet ya da miras akitleri günümüzde sık rastlanan şeyler değildir. Normal ve birçok hukuk sisteminde örneğin Avusturya'da tek mümkün durum evlilik sözleşmesidir.[5] Çoğu zaman böyle bir sözleşme evlilikten önce, aynı anda hem ölüm durumunda mirası hem de evlilikteki mülkiyet haklarını *inter vivos* (sağ olanlar arası) düzenlemek için yapılır. Başka deyişle, sözleşme, oluşturulacak olan bir aile ilişkisinin mülkiyet durumlarını düzenler. Vasiyetlere gelince, onların büyük çoğunluğu bugün, ahlakî bir sorumluluk olarak görülen cömertliğe

ek olarak, malikanenin varlıklarının özgün doğası ya da ilgili kişilerin özgün koşullarının yarattığı özel ekonomik ihtiyaçlar nedeniyle aile üyeleri arasında çıkarları dengelemeyi amaçlar. Bunun yanında, en azından Anglo-Amerikan hukuk bölgesi dışında, vasiyetle miras bırakma özgürlüğü belirli yakın akrabaların haklarıyla iptal olunamaz parçalarla dar biçimde sınırlandırılmıştır. Belli eski ve modern hukuk sistemlerinde daha geniş bir vasiyet özgürlüğünün önemi ve geçmişteki akitli aile anlaşmalarının artan önemi ve aynı zamanda bunların önemini yitirmesi bir başka yerde tartışılmaktadır. [7] Şu anda, özgürce seçilmiş içeriği bulunan ve tarafların hür seçimine göre özgürce yapılan hukukî işlemler aile ve miras hukuku alanında sınırlı bir öneme sahiptir.

Kamu hukukunda akitli işlemlerin rolü, her halükarda niteliksel olarak, hiçbir şekilde önemsiz değildir. Bir memurun her ataması akitle yapılır ve anayasal hükümetle ilgili bazı önemli olgular, özellikle bütçeyle ilgili kararlar, biçimsel olmasa da içeriksel açıdan hiçbirisi diğerini hukuksal olarak zorlayamayan çok sayıda bağımsız devlet organı arasında özgür bir anlaşmayı öngörür. Bununla birlikte, hukukî anlamda, kamu görevlisinin yasal olarak sabit yükümlülükleri, hür olarak yapılan bir özel hukuk sözleşmesi olayında olduğu gibi, bir atama sözleşmesinden değil, bir memur sıfatıyla devletin otoritesine boyun eğme eyleminden kaynaklanmış gözükür. [8] Benzer şekilde, bütçe öncesi özgürce ulaşılan bir anlaşma ne bir "sözleşme" olarak görülür; ne de anlaşma hukukî olarak önemli bir olay olarak ele alınır. Bunun nedeni, geçerli hukuksal nedenlerle, "egemenliğin", organlarının eylemlerine kamu görevlerinin icrasının örnekleri olarak bakılırken bir "birlik"

olarak algılanan modern devletin temel niteliği olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle, kamu hukuku alanında serbest sözleşme alanı temelde uluslararası hukukta bulunur. Ancak, bu anlayış tarihsel olarak her zaman egemen olmamıştır ve geçmişte siyasî kurumları doğru biçimde tanımlamıyordu. Öncüleri, bir kamu görevlisinin konumu serbest sözleşmeye bugün olduğundan daha az dayanıyordu. Gerçekte, daha sonra göreceğimiz gibi, bu bir lordun kişisel, yarı ailevi otoritesine bütünsel itaatine dayanıyordu. [9] Fakat diğer siyasî eylemler, örneğin diğer birçok idarî eylem için olduğu kadar kamu yararı için de imkan sağlamak isteyen eylemler, kurumsal olarak örgütlenmiş siyasî yapının koşulları içerisinde, yetki ve imtiyazlarının sahibi olarak siyasî topluluğu oluşturan prens ve malikaneler arasındaki akitlerden başka bir şey değildi. Hukuksal olarak, müşterek eylemlerine özellikle bu şekilde bakılıyordu. [10] Feodal bağda özünde sözleşmeye dayanıyordu, *pactus* ifadesi de bütün ciddiyetiyle, hali hazırda yazılı kanunlar olarak isimlendireceğimiz *leges barbarorum* gibi mevcut yasalar yığınına uygulanıyordu; [11] Hukuktaki gerçek "yenilikler" o zaman gerçekte yalnızca resmî otoritelerle "meseleyle" ilgili olarak bir araya gelen tüm toplum arasında serbest biçimde yapılan anlaşmayla gerçekleştiriliyordu.

Sözleşme ya da akit kavramının kullanımıyla ilgili olarak verebileceğimiz son örnek, hukuksal biçimleri söz konusu olduğu kadarıyla ne olursa olsun, örneğin Iroquois "evleri" gibi özerk gruplar arasında serbestçe yapılan anlaşmalara dayanan ilkel siyasî kuruluşlardır. [12] Sözde "erkek evleri de" ilk planda sürekli olması tasarlanmış gönüllü kuruluşlardı ve bu açıdan macera amacıyla kurulan ve tamamıyla serbest anlaşmaya

dayanan daha önceki gönüllü kuruluşlardan farklılaşıyordu. [13] Serbest anlaşma olgusu da oldukça ilkel düzeylerde *yargı* alanında ortaya çıkar. Gerçekte, bu en başlangıçlarına işaret eder. Akraba grupları arasında birleşme için yapılan anlaşmadan gelişen hakemlik anlaşması, yani bir hükme ya da sorgulamaya gönüllü boyun eğme sadece usul hukukunun bütününün kaynağı değil, aynı zamanda eski özel hukuk sözleşmelerinin bile genel olarak dayandırılabileceği çıkış noktasıdır. [14] Bunun yanında, usulle ilgili önemli teknik ilerlemelerin çoğu, en azından biçimsel olarak, taraflar arasındaki gönüllü anlaşmanın ürünleri olmuştur. Dolayısıyla, Baş Şansölye ya da *pretor* gibi egemen otoritelerin müdahalesi davanın ilerlemesini kolaylaştırmak için tasarlanan belli anlaşmaları yapmaları için tarafları zorlama şeklinde karakteristik bir form aldı. [15] Bu nedenle bunlar "zorunlu sözleşmelerin" örneklerinden başka bir şey değildir. (*Rechtszwang zum Kontrahieren*); zorunlu tımarcılık da feodal yani siyasal hukuk alanında önemli bir rol oynadı.

2. Hak taleplerinin ve sorumlulukların hukukî temelini oluşturan gönüllü anlaşma anlamında "sözleşme" (akit) bu nedenle, hukuk tarihinin en erken dönemlerinde ve evrelerinde bile büyük ölçüde yayılmıştır. Dahası, gönüllü anlaşmanın öneminin ya tamamen kaybolduğu ya da büyük oranda azaldığı hukuk alanlarında, yani, kamu hukuku, usul hukuku, aile hukuku, miras bırakanların mülkü hukukunda da bulunabilir. Öte yandan, hukuk tarihinde ne kadar geri gidersek, aile ve miras hukuku dışındaki alanlardaki ekonomik edinim aracı olarak sözleşme daha az önemli hale gelir. Bugünkü durum büyük oranda farklıdır. Sözleşmenin günümüzdeki önemi ekonomik sistemimizin yüksek derecede piyasa odaklı olmasının

ve paranın oynadığı rolün sonucudur. Özel hukuk aktinin genel olarak öneminin artması bu nedenle toplumumuzun pazar yöneliminin hukuksal yansımasıdır. Fakat pazar toplumu tarafından üretilen sözleşmeler (akitler), kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında bir zamanlar bugünkünden daha büyük rol oynayan sözleşmelerden tamamıyla farklıdır. Gönüllü anlaşmanın genel karakterinin bu köklü dönüşümüne uygun olarak, daha ilkel tipe "statü akti" ve mübadeleye ya da pazar ekonomisine özgü olana "amaçlı sözleşme" (Zweck-Kontrakt) diyeceğiz.

Ayrım, siyasî ya da kişisel, sürekli veya geçici birliklerin ya da aile ilişkilerinin sayesinde oluşturulduğu bütün bu ilkel sözleşmelerin ilgili kişilerin tüm hukuksal durumunda (evrensel konum) ve sosyal statüsünde bir değişiklik içerdiği gerçeğine dayanır. Bu sözleşmeler bu etkiye sahip olmak için başlangıçta ya dolaysız büyüsel eylemlerdi ya da en azından büyüsel öneme sahip eylemlerdi. Uzun bir süre, sembolizmleri bu karakterin izlerini taşıdı ve bu sözleşmelerin çoğunluğu "dostluk sözleşmeleriydi." Böyle bir sözleşme vasıtasıyla kişi birinin çocuğu, babası, karısı, kardeşi, efendisi, kölesi, akrabası, savaş arkadaşı, patronu, klienti, takipçisi, vasalı, tâbisi, arkadaşı ya da oldukça genel olarak yoldaşı (Genosse) oluyordu. Bir başka kişiyle "dost olma", yine de, belirli bir amaca ulaşılmasına katkıda bulunan sözleşmenin bir şekilde icrasının karşılıklı olarak garanti edildiği ya da beklendiği anlamına gelmiyordu. Bu yalnızca, bir başkasına söz vermenin, doğru biçimde ifade edersek, taraflar arasındaki ilişkide yeni bir yönelimi getirdiği anlamına da gelmiyordu. Sözleşme daha çok kişinin nitelik (ya da statü) açısından daha önce sahip olduğu nitelikten

farklı bir şey olacağı anlamına geliyordu. Zira bir kişi bu yeni rolü gönüllü olarak kabul etmedikçe, yeni rolündeki gelecek davranışının mümkün olacağına zor inanılacaktır. Her taraf bu nedenle bedenine yeni bir ruhun girmesini sağlayacaktır. Oldukça geç bir evrede, sembolizm kanın ya da tükürüğün karıştırılmasını veya emilmesini ya da animistik bir süreçle ya da başka bir büyüsel törenle yeni bir ruhun yaratılmasını gerekiyordu. [16] Düşünüşü büyüye dalmış biri, tarafların sözleştikleri "dostluk" niyetine tüm davranışlarında bağlı kalmaları için büyüsel bir garantiden başka bir şey düşünemez. Fakat tanrı fikri zamanla animizmin yerini aldıkça her tarafı doğa üstü bir gücün egemenliğine sokmak gerekli görülür. Bu güç sadece ortak güvenliklerini sağlamakla kalmaz aynı zamanda kardeşliğe aykırı davranış durumunda onları müştereken ve defalarca tehdit eder. Başlangıçta kişinin kötü büyüsel güçlere koşullu teslimi olarak görünen *yemin* daha sonra tanrısal gazabı ceza vermeye çağıran koşullu bir kendine lanet niteliği alır. [17] Bu nedenle yemin sonraki zamanlarda bile bütün dostluk anlaşmalarının en evrensel formlarından biri olarak kalır. Fakat kullanımı çok sınırlı değildir.

3. Yemin, dostluğun gerçek büyüsel formlarının aksine, teknik olarak "amaçlı" sözleşmelere, yani ne tarafların statüsünü etkileyen ne de yeni yoldaşlık vasıfları yaratan; örneğin sadece takası, belirli (özellikle ekonomik) bir performansı ya da sonucu amaçlayan sözleşmelere garanti görevi görmeye uygundur. Ancak bu türden bir sözleşme, en ilkel toplumda görünmez. En erken zamanlarda, salt gereçsel bütün sözleşmelerin arketipi olan *takas*, ekonomik ya da siyasal bir topluluğun yoldaşları arasında sadece ekonomik olmayan

alanda, özellikle de üyeleri birbiriyle kısmen yoldaş ve kısmen yabancı olma garip ikili rolünde çatışır gözüken egzogamiden sibler arasında kadınların takası olarak genel bir olgu olmuş gözükmektedir. Egzogami durumunda takas aynı zamanda bir dostluk eylemi olarak görünür; kadınlar salt nesne olarak görülse de; büyüsel yollarla statü değişikliği oluşturulabileceği şeklindeki eşzamanlı bir fikir eksik olmayacaktır. [18] Dış evlilikle kartelleşmiş klanlar arasındaki ilişkilerde var olan ve denetimli egzogaminin doğuşuyla yaratılan tuhaf ikilik belki de çok tartışılan bir olguyu, yani birinci kadınla evlenirken herhangi bir formalite gerekmezken sonraki kadınlarla evlilikte belli formalitelerin gerektiği olgusunu açıklamaya yardımcı olabilir. Sonraki biçimsiz kalmış olabilir, zira bu asıl ve dış evlilik öncesi bir evlilik türüydü ve dış evlilik öncesi zamanlarda takasın dost olma süreciyle ilgisi yoktu. Bununla birlikte, birinci eşin genel olarak sabit ekonomik statüsünden yoksun olan ikincil eşlerin ekonomik güvencesiyle ilgili özel düzenlemeler ihtiyacının sabit sözleşme formalitelerini gerekli kıldığı daha mantıklıdır.

Ekonomik takas her zaman kişinin kendi "hanesinin" üyesi olmayan kişilerle, özellikle akraba ve "kardeş olmayan" yabancılarla; kısaca yoldaş olmayanlarla yaptığı işlemlerle sınırlıydı. Özellikle bu nedenle takasta "sessiz" ticaret anlamında, büyüsel formalizmin hiçbir belirtisi yoktu. Ancak zamanla piyasa kanunu vasıtasıyla dinî koruma kazandı. Bununla birlikte, böyle bir koruma, tanrılara olan inanç sadece statü sözleşmeleri için uygun doğrudan garanti araçları sağlayan büyüsel kavramlarla birlikte yerini alıncaya kadar yerleşik bir formlar bütünü olarak ortaya çıkmayacaktır. [19] Bazan, bir takas işleminin

bir tür özel dostluk davranışı ya da muadili bir şey vasıtasıyla statü sözleşmesinin garantisi altında yer aldığı oluyordu. Ancak, bu genellikle toprak söz konusu olmadıkça gerçekleşmeyecekti. Normalde takasın uygulamada hiçbir garantisi yoktu ve takasın doğal ya da yapay, çok kapsamlı bir dostluk ilişkisinin ürünü olmayacak bir "sorumluluğun" yüklenmesi anlamına gelecek bir kavram mevcut değildi. Sonuç olarak, takas başlangıçta yalnızca bir malın hemen teslimin den oluşan, eş zamanlı ve karşılıklı iki eylem dizisi olarak gerçekleşiyordu. Bununla birlikte mal hırsızdan öç ve onun kefareti talebiyle korunur. Bu nedenle, takasa uyarlanan "yasal koruma" türü bir yükümlülüğün değil, bir sahipliğin korunmasıydı. Daha geç bir zamanda, hakkın garantisi sorumluluğunun geliştiği yerde, sadece dolaylı olarak haktan yoksun olan satıcıya karşı hırsızlık eylemine yönelik bir eylem şeklinde korunuyordu. [20]

Takasın resmî yasal kurgulaması belli malların, özellikle de madenlerin parasal bir işlev kazanmasına, yani, satışın ortaya çıkmasına kadar başlamaz. Bu gelişme çartal paranın ya da devlet parasının varlığına değil, [21] özellikle Roma hukukunda gösterildiği gibi salt telafi edici ödeme araçlarına dayanır. *Per aes et libram* (bakır ve ölçekle) işlemler eski Roma *ius civile*'sinde (medeni hukuk) var olan iki yasal işlem formundan birini oluşturur. Roma şehir hukukunda bu peşin parayla alım şekli, aile ya da miras hukuku veya uygun mübadele soruları içerip içermediklerine bakılmaksızın, özel yasal işlemlerin en farklı sınıfları için neredeyse evrensel bir işlev kazandı. [22] Diğer statü akitleriyle birlikte dostluk anlaşmaları da bireyin mevcut sosyal statüsüne ve onun bütünsel kişiliğini algılayan bir kurumla bütünleşmesine yönelikti. Bu tür

bir sözleşme kapsamlı haklar ve ödevleriyle ve buna dayanan özel tutumsal niteliklerle beraber para sözleşmesine zıt görünmektedir. Para sözleşmesi spesifik, nicel olarak sınırlı, vasıfsız, soyut ve genellikle koşulları ekonomik olarak oluşturulmuş bir anlaşma sıfatıyla amaçlı sözleşmenin arketipini oluşturur. [23] Ahlakî olmayan bir amaçlı sözleşme olarak para sözleşmesi yasal işlemlerden büyüsel ve dinsel öğeleri çıkarmanın ve hukukun sekülerleşmesinin uygun aracıydı. Örneğin, Roma hukukunda medeni hukuka ait evlilik biçimi olan *coemptio* dinsel hukuka ait evlilik biçimi olan *conferreatio* ile çatışır hale geldi. [24] Para sözleşmesinin tek uygun araç değil en uygun araç olduğu doğruydu. Gerçekte spesifik bir nakit para işlemi olarak oldukça muhafazakar bir niteliği vardı; zira en azından başlangıçta geleceğe yönelik taahhüt ögelerinden tamamıyla yoksundu. Zira bu işlemin etkisi yalnızca, malların uygun şekilde elde edilmesinin garantisi olması yanında, bunlara güvenli şekilde sahip olunmasını da sağlamaktı; ne olursa olsun esasen işlem, kapsamındaki taahhütlerin gerçekleştirileceği garantisini teşkil etmiyordu.

4. Sözleşme yoluyla sorumluluk kavramı[25] ilkel hukuka tamamıyla yabancıydı; sadece bir sorumluluk ve talep biçimine sahipti, bu *ex delicto* ortaya çıkan türdendi. Zarar gören tarafın hak talebinin miktarı birleştirme uygulaması ve ona eşlik eden teamüllerle kesin biçimde tespit ediliyordu. Yargıç tarafından tespit edilen *wergilt* borcu en eski gerçek borçtu ve bütün diğer sorumluluk biçimleri ondan çıkıyordu. [26] Öte yandan sadece bu tür davalar mahkemeler tarafından bir sorumluluktan kaynaklanmış olarak görülüyordu. Farklı akraba gruplarının üyeleri arasındaki tartışmalara gelince, menkul

malların tazmini ya da gayrı menkullerin teslimi için hiçbir resmî prosedür yoktu. Her şikayet zorunlu olarak, davalının kişisel olarak davacıya tazmin edilmesi gereken bir yanlış yaptığı tezine dayanıyordu. Dolayısıyla *ex contractu* (akitten kaynaklanan) bir davaya ya da bir menkul malın ya da toprak parçasının geri alınması ya da kişisel statünün belirlenmesi davalarına yer yoktu.

a. Bir kişinin bir evin, bir akraba grubunun, siyasî bir kurumun, gerektiği şekilde bir üyesi olup olmadığı sorunu, bir iç mesele olarak, sadece grubun kendisi tarafından kararlaştırılabilir. Fakat bu açıdan da birçok değişiklik olmuştur. Bir kardeşin kardeşini, bir akrabanın akrabasını, lonca kardeşinin lonca kardeşini ya da patronun klientini (ya da bunun tersi) mahkemeye vermesi ya da onun aleyhine tanıklık etmesi her türden kardeşlik ya da sadakat ilişkisinde, (bu ilişkilerin hiçbirinde kan davası olasılığının mümkün olmaması gibi) temel bir normdur. Onlar arasındaki cinayet dolayısıyla intikam ruhlar ya da tanrılar, rahiplerin aforoz yetkisi, evin efendisi, ya da grubun linç prosedürleri meselesiydi. Fakat siyasal kuruluş askerî topluluğu oluşturur hale geldiğinde ve askeri görev ve siyasal haklar doğumla birlikte meşru evlilik bağında, hür olmayan insanların ya da aşağı durumda doğanların askerî haklarının ve dolayısıyla da ganimeti paylaşma haklarının olmaması şeklinde, birbirine geçtiği zaman bir kişinin ihtilaflı statüsünün belirlenmesi için yasal bir prosedür olmak zorundaydı. Toprakla ilgili davaların ortaya çıkışı bu durumla alakalıydı.

Kullanılabilir arazinin belli bölgeleri üzerindeki yetki, kıtlık artıkça, hem siyasal kuruluşlar hem de hane toplulukları

olmak üzere her tüzel kişiliğin hayatında gittikçe önemli bir hal aldı. Gruba tam üyelik hakkı arazide pay sahibi olma talebini doğurdu ve, öte yandan, sadece arazi sahipleri grubun tam üyesi oluyordu. Grup içindeki toprak ihtilafları her zaman, galip olan grubun ihtilaflı araziyi alacağı anlamına geliyordu. Arazinin kişisel olarak sahiplenilmesi geliştikçe, davacının rolü gruptan hem davacı hem de davalı üyelik hakları nedeniyle arazi üzerinde hak iddia ettiğinden, bir başkasını dava edecek bireysel üyeye devredildi. Arazi üzerindeki üyelik hakkını ilgilendiren böyle bir ihtilafta dava konusunun zorunlu olarak bir ya da diğer tarafa ait olduğu tespit edilmeliydi, zira bu onun tüm siyasal ya da sosyal varlığının temelini oluşturuyordu. Bir grup üyesi olarak ikisinden sadece biri onun üzerinde meşru olarak hak sahibi olabilirdi, aynen bir kişinin üye ya da yabancı, hür ya da köle olabildiği gibi. Özellikle eski *polis* (şehir devleti) gibi militarist birliklerde, *fundus* ya da *kleros* ile ilgili hukukî ihtilaf iki taraflı bir ihtilaf biçimi almak zorundaydı. Bir tarafın, zarar gördüğü varsayılan bir kişi tarafından, daha sonra masumiyetini ispat etmeye çalışacak bir suçlu olarak ilan edilmesi yerine, her bir taraf mütemerrit olma pahasına haklı olduğu iddiasında bulunmalıydı. Dolayısıyla, ihtilafın böyle bir üyelik hakkıyla ilgili olduğu yerde haksız fiil davası taslağı uygulanamazdı. Hiç kimse *fundus*'u çalamazdı, bunun nedeni sadece doğal engeller değil aynı zamanda kişinin, hiç kimsenin grup üyeliği statüsünü çalamamasıydı. Dolayısıyla, statü ya da arazi ihtilafları için, tek taraflı haksız fiil davasıyla birlikte, davalının davacının iddiasına karşı gerekli karşı dava ile beraber Hellen *diadikasia*'sı ya da Roma *vindicatio*'su gibi iki taraflı dava gelişti. [27] Bir grup üyesinin araziden pay alma

hakkıyla ilgili ihtilafı içeren bu statü davasında *rem* hakları ile *personam* hakları arasındaki ayrımın temelini görmeliyiz. Bu ayrım bir gelişmenin ürünüydü ve yalnızca eski kişisel grupların dağılmasıyla, özellikle de akraba gurubunun mülkiyet üzerindeki katı egemenliğinin çöküşüyle birlikte ortaya çıktı. . Bu yaklaşık olarak *Mark* birliğinin [28] ve "gizleme" sisteminin gelişme evresine ya da mülkiyet düzenlemesinin ilgili bir evresine yerleştirebilir. İlkel hukuk düşüncesi sadece *rem* ve *personam* hakları arasındaki ayrımla değil, aynı zamanda iki tür temel gerçekle karakterize ediliyordu. Birincisi bir bireyin şöyle diyeceği bir gerçekti: "X'in evinde doğmam ya da büyütülmem nedeniyle; evlilik, evlat edinme, dostluk, askerî ittifak, ya da üyeliğe kabul ile Y grubunun bir üyesiyim ve bu sayede Z isimli mülk parçasını kullanma talebinde bulunma hakkına sahibim. Ya da ikinci olarak, Y Grubunun bir üyesi olan X bana, yani A'ya ya da benim grubuma üye B'ye C türü bir yanlış yapmış ve bu nedenle o ve arkadaşları A'nın üyeleri olan bizlere kefaret borçludur, diyecektir. (Arap hukuk dilinde kimse "A'nın kanı dökülmüştür. " demez, fakat "Bizim kanımız dökülmüştür. " der.) Mülkün bireysel olarak sahiplenilmesi arttıkça önceki yapı herkese karşı *in rem* bir hak talebi, özellikle *hereditatis petitio*[29] ve *rei vindicatio* türü davalar şeklinde gelişti. Sonraki gerçek-durum belirli bir kişiye karşı *in personam* hak şeklinde gelişti. Yani bu hak alacaklıya karşı belli bir sorumluluk yerine getirmeye mecbur olmak şeklinde elde edilir ve sorumluluk sadece alacaklıya yönelik olarak mevcuttur. Asıl durumun netliği ve gelişme çizgisinin dolaysızlığı akraba grubunun içerisindeki ve farklı akraba grupları arasındaki yasal ilişkilerin dualizmi tarafından bulandırılır. Daha önce gördüğümüz gibi akraba

grupları arasında ne intikam ne de hukuk davası olabilir; ancak grubun yaşlılarının hakemliği söz konusudur; direnenlere karşı sadece boykot ve sürgün yaptırımı uygulanabilir. Prosedürün her türlü büyüsel formaliteleri eksikti; akraba grubu içerisindeki ihtilafların hakemlikle çözümü idarî bir meseleydi. Hukukî prosedür ve yasa yargı ona bağlı akraba grupları ve aynı siyasal topluluğa ait üyeleri arasında mevcuttu.

Akraba grubu dağılıp yerini hane toplulukları, komşuluk dayanışmaları ve siyasal birlik kombinasyonuna bıraktığı zaman siyasal birliğin yasal prosedürünün aynı akraba grubunun ve hatta aynı topluluğun üyeleri arasındaki ilişkilere ne kadar müdahale edeceği ile ilgili sorun ortaya çıktı. Durum bu olduğu ölçüde, arazi üzerindeki bireysel hak talepleri de başlangıçta yukarıda adı geçen iki taraflı savunma biçiminde, grup üyeleri arasında da hakim önünde dava konusu oldu. Öte yandan, siyasi güç ataerkil bir biçim alabiliyordu ve ihtilafı çözme metodu o zaman şu ya da bu şekilde genel olarak bir "idarî" dava, yani sadece içerideki ihtilaflara uygulanabilen bir prosedür haline gelecekti. Daha sonra bu tür siyasî kurumun yasal prosedürünün karakteristiklerini de etkileyebiliyordu. Sonuç olarak, iki talep kategorisi arasındaki eski ve yeni ayrım kavramının belirgin sınıflandırması bulanıklaştı. Ayrımın teknik biçimi bizi burada ilgilendirmiyor. Biz daha çok suçlardaki kişisel sorumluluğun akit yükümlülüğünü nasıl ortaya çıkardığı ve bir dava nedeni olarak yasayı ihlal eden suçun *ex contractu* yükümlülüğü nasıl doğurduğu sorununa döneceğiz. Bağlantı halkası yasal prosedür tarafından belirlendiği ya da bunda tanındığı şekliyle anlaşma yükümlülüğüne dayanıyordu.

b. Amaçlı bir sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün kabulünün ekonomik bir ihtiyaç olmak zorunda olduğu en erken tip durumlardan biri *krediden* kaynaklanan borçtur. Borçlunun şahsının münhasır mesuliyeti evresinden kurtulma sürecinin tedriciliğini tam da bu süreçte algılayabiliyoruz. Kredi, daha önce gördüğümüz gibi, başlangıçta kardeşler arasında faizsiz bir tür acil durum yardımıydı. Dolayısıyla dava edilemezdi; zira kardeşler, yani bir akraba grubu ya da bir loncanın üyeleri arasında, yahut patron ve klient arasında ya da herhangi başka türden bir kişisel sadakat ilişkisi içerisinde hiçbir dava kabul edilemezdi. Kardeşlik grubu dışındaki birine verilen bir kredi, tâbii eğer veriliyorsa, kendi içinde yasal olarak faiz almanın yasaklanmasına tâbi değildi. Fakat kişisel mesuliyet çerçevesinde başlangıçta dava edilemezdi. Hayal kırıklığına uğramış alacaklı için sadece büyüsel prosedürler mevcuttu, bunlar bazen oldukça garip nitelikte olabiliyordu ve artıkları uzun süreler varlığını sürdürdü. Çin'de alacaklı intihar tehdidinde bulunur ve bazen ölümünden sonra borçlusunu takip etme beklentisiyle bunu yapardı. [30] Hindistan'da alacaklı borçlunun evinin önünde oturur ve orada ya açlıktan ölür ya da kendisini asardı; bu şekilde çocuğunu borçludan intikamını almaya zorlardı; borçlu bir Brahminin katili olarak yargıcın müdahalesine tâbi bile olurdu. [31] Roma'da XII Tablet'in *improbitas*'ı ve daha sonra *Fides*'in ciddî ihlali durumlarından kaynaklanan *infimia*sı muhtemelen iyi niyet ve dürüst iş yapma kurallarına saygısızlık durumunda eksik olan dava edilebilirliğin telafisi işlevini gören toplumsal boykotun kalıntılarıydı;

c. Birleşik bir yükümlülükler hukukunun gelişmesi kesinlikle haksız fiil davasından kaynaklandı. Tüm akraba grubunun

cezai mesuliyeti, örneğin, tüm akraba ve hane topluluğunun üyelerinin, içlerinden biri tarafından yapılan sözleşmenin icrasına yönelik kapsamlı müşterek mesuliyetinin kaynağıydı. [32] Bununla birlikte, dava edilebilir çeşitli akitlerin gelişmesi büyük oranda kendi koşullarında gerçekleşti. Paranın ekonomik hayata girmesi çoğunlukla belirleyici rolü oynadı. Hem Roma *ius civile*'sindeki ilkel sözleşme biçimleri, yani *nexum*, *per aes et libram* yapılan borç sözleşmesi, ve *stipulatio*, sembolik antla yapılan borç sözleşmesi [33] para sözleşmeleriydi. *Nexus* için açık olan bu gerçek *stipulatio* için de kesindi. Her ikisiyle ilgili olarak da sözleşme öncesi evreyle olan bağlantılar oldukça açıktır. Bunlar kesin olarak biçimsel sözlü işlemlerdi ve gerekli fiilerin tarafların kendileri tarafından gerçekleşmesini talep ediyordu. Her ikisinin de kökeni aynıdır. *Stipulatio*'ya gelince, bu konuda *Mitters*'e[33]a katılabiliriz. O bunun, Germen yasasındaki kıyaslara dayanarak; faiz gibi tamamlayıcı koşullar ve benzer meselelerle ilgili anlaşmalarla bağlantılı olarak prosedürde ortaya çıktığını ve bunun dışında esasında sadece çok mütevazı bir rol oynadığını kabul eder. Takasa ek olarak, yargılamanın temelini oluşturan uzlaşma anlaşması da amaçlı sözleşme yolunda bir basamak teşkil ediyordu. Şöyle ki, kardeşlik anlaşmasından ziyade düşmanlar arasında bir anlaşma olduğundan, meseleyle ve özellikle ispat edilecek noktayla veya noktalarla ilgili kesin bir formülasyon gerekiyordu. Yargılama formaliteleri sabitleştikçe, sözleşme mesuliyetlerini oluşturan tali işlemler için gittikçe daha çok gerekçe ortaya çıktı.

Bir tarafın diğerine güvence vermesi bu işlemlerin en önemlilerinden biridir. Birçok hukuk sisteminde bizzat hak almayı ortadan kaldırmayı amaçlayan prosedür bizzat hak alma

yasasıyla gerçekleştirilmek zorundaydı. Davacı davalıyı mahkemeye gitmeye zorlayabilir ve davalı suçlu bulunursa ondan uzlaşma ödemesinden vazgeçmeyeceği güvencesini alana kadar onu salmayabilirdi. Bu tür bizzat hak alma her zaman ihtilaflının bedenine yönelikti, çünkü davanın temelinde davalının davranışının nesnel bir hata oluşturduğu şikayeti yoktu. Davalının yargılama zamanına kadar rahat bırakılması için vermek zorunda olduğu güvence kefaletle ya da ant içmesiyle sağlanıyordu.

Dolayısıyla, bu iki hukuksal uygulama ilk defa zorunlu olarak dayatılabilir işlemler olarak prosedür sırasında görünmektedir. Daha sonra, üçüncü bir tarafın kefaletinde davalının kendisine yargılamanın icrasını garanti etme izni veriliyordu. Buradaki hukuksal görüş davalının kendi teminatı olduğuydu. Bu aynen hür işçilerle ilgili en eski hukukî formun her yerde, önceleri baba ya da efendi tarafından normal şahsın yerini alan, kişinin kendisini geçici köle olarak satmasına benziyordu. En eski akit yükümlülükleri belli prosedür düzenlemelerini genel hukuksal yaşama aktarmaktan oluşuyordu. Germen hukukunda ant içmek ya da rehin vermek sadece ekonomik olarak değil, aynı zamanda hukuksal formalitelerle ilgili olarak da borç sözleşmesi yapmanın en eski yoluydu. Bununla birlikte, hem Roma hem de Germen hukukunda ant içmenin kaynağı olan kefalet, bu sonrakinde hukuk düşüncesi açısından hiç şüphesiz akraba grubunun ve hane topluluğunun üyelerinin müteselsil kişisel yükümlülükleriyle bağlantılıydı. Gelecekteki bir yükümlülük için ikinci bir güvence, yani teminat biçimi hem Roma hem de Germen hukukunda [35] başlangıçta ya haciz olarak alınıyor ya da kişisel olarak dava ve

mıaz edilme yükümlülüğünden kurtulmak için veriliyordu; dolayısıyla, bugün olduğu gibi, müstakil olarak var olan bir dava için bir güvence değildi. Teminat verilmesi daha ziyade, borç ödenmediği sürece hukuki olarak alacaklının mülkiyetinde kalacak olan malların mülkiyetinin transferini teşkil ediyordu; öte yandan borcun zamanında ödenmesi üzerine onun mülkiyeti hukuk dışı olacak ve dolayısıyla önceki alacaklıya karşı kanuna aykırı bir fiil oluşturuyordu. Bu nedenle, en eski dava nedenlerinin, yani kişiye veya mallarına gerçek bir zarar, olağan kalıbına rahatlıkla uyuyordu. Kendini borcu karşılığında koşullu olarak köle olarak satma şeklindeki çok yaygın hukuksal işlem kısmen olası icra biçimleriyle ve kısmen de daha önce gördüğümüz gibi, aynı zamanda prosedürle bağlantılı olan rehin vermeyle ilişkiliydi. Borçlunun bedeni alacaklının teminatını oluşturuyordu ve eğer borç uygun biçimde ödenmezse onun yasal mülkiyetine geçirilecekti. Aslında akitli borç yükümlülüğü, türediği öç ve uzlaşma yükümlülüğü gibi, borçlunun mal varlıklarıyla kişisel bir yükümlülük değil, borçlunun yalnızca fiziksel bedeniyle ilgili bir yükümlülüktü. Esasen borçlunun mal varlıkları üzerinde hiçbir icra yoktu. Ödemenin yapılmaması durumunda, alacaklının tek çaresi kişi üzerinde icra uygulamasıydı, onu öldürebilir ya da rehin olarak hapse atabilir, sözleşmeli hizmetçi olarak tutabilir ya da köle olarak satabilirdi; birkaç alacaklının olduğu yerde, On iki Tablo'nun gösterdiği gibi onu parçalara ayırabilirlerdi. [36] Alacaklı borçlunun evine yerleşebilir, borçlu ona hizmet etmek ve ihtiyaçlarını karşılamak zorunda kalabilirdi. (*Einleher*);[37] fakat bu zaten borçlunun varlıklarının yükümlülüğüne geçişe işaret etmektedir. Fakat, geçiş ancak yavaşça gerçekleşiyordu, borcun

ödenmemesi durumunda kişinin yükümlülüğü Roma'da yalnızca statü ihtilaflarında ortadan kalkıyordu;[38] Almanya'da ise bu on dokuzuncu yüzyıla kadar ortadan kalkmadı. En eski salt bağlayıcı sözleşmeler olan *nexum* ve *stipulatio* ve Almanların arasındaki *vadiatio*[40] hiç şüphesiz gelecek için taahhüt edilmiş malların teslimi [için teminat olarak kişinin koşullu yükümlülüğüne] gönüllü boyun eğmeye işaret ediyordu.[41] Kişinin dolaysız yükümlüğünden bu şekilde kaçınılıyordu. Fakat taahhüt yerine getirilmezse, olası tek çare yine borçlunun şahsına başvurmaktı.

Esasen bütün akitler malların mülkiyetinde bir değişiklikle ilgili sözleşmelerdi. Bu nedenle sözleşme yükümlüğünün eski formlarını, özellikle de parasal bir borcun oluşturulması için evrensel olarak gerekli kati ve biçimsel olanlarını gerçekten temsil eden yasal işlemlerin bütünü sembolik olarak mülkiyetin transferiyle ilgili hukukî formlardı. [42] Bu sembolik formlardan bazıları hiç şüphesiz büyüsel kavramlara dayanıyordu. Sürekli etkiye gelince, hukuk düşüncesi başlangıçta basit sözler gibi elle tutulmaz olguları geçerli görmüyor, sadece hatanın kendisiyle, yani tanrılara karşı bir yanlış hareket, bir yaşamın ya da bir organın veya görünür bir malın ihlali ile ilgileniyordu. Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için elle tutulabilir mallar üzerinde bir tasarrufu içermeli ya da en azından bu tür bir yoruma açık olmalıydı. [43] Eğer durum buysa, gelişme sürecinde en farklı içerikleri bütünleştirebilirdi. Öte yandan bu şekilde formüle edilmeyen bir işlem, peşin parayla işlem ya da en azından söz veren kişinin fikir değişikliğini engelleyecek kısmî bir ödeme şeklinde depozitoyla işlem olması dışında yasal olarak geçerli olmayacaktır. Bu şekilde,

birçok hukuk sisteminde temel olan bir ilke ortaya çıktı. Buna göre yalnızca, ödeme içeren amaçlı sözleşmeler bağlayıcı olabilirdi. Bu yaklaşım o kadar etkiliydi ki bir İngiliz doktrini olan "karşılık" ondan çıktı: "Bir karşılığın, nominal de olsa, gerçekten ödendiği yerde, sözleşme yasal olarak karşı çıkılmayan her türlü içeriği alabilirdi ve hatta uyacağı hukuksal bir sınıflandırmanın olmadığı yerde bile geçerli olacaktı. On iki Tablet'te, anlamı çok tartışılan, [44] *mancipatio* ile özgürlüğünü kabul etmenin daha ilkel metodunu oluşturuyordu; öte yandan, gelişme olanakları daha sınırlı, temeldeki biçimsel kavram özünde benzerdi.

Bir tarafta şekilci parasal işlemlerden gelişen kalıplar ve öte tarafta dava usulüne ait teminata ek olarak, hukuk amaçlı sözleşmeleri yasal olarak uygulanabilir kılmak için üçüncü bir imkan geliştirdi: *Ex delicto* (kusur) davalarından yapay olarak yeni sözleşme davaları oluşturmak. Bu metoda geç Orta Çağlar'da İngiliz hukuk sistemi gibi teknik olarak çok gelişmiş bir sistemde bile başvuruldu. Hukukun ekonomik olarak rasyonelleşmesi, uzlaşma yükümlülüğünün, başlangıçta algılandığı gibi, bir intikamın parayla satın alınması değil, ortaya çıkan zararı telafi etmek olduğu anlayışının doğuşunu destekledi. Dolayısıyla, bir sözleşmenin yerine getirilmemesi artık tazminat gerektiren bir zarar olarak nitelendiriliyordu. On üçüncü yüzyıldan itibaren İngiltere kraliyet mahkemelerinin avukat ve yargıçları gittikçe daha çok sözleşme olayında sözleşmeye uymamanın bir ihlal oluşturduğunu ve dolayısıyla özellikle *assumpsit* (zarar ziyan) davası yoluyla yasal koruma gerektirdiğini ilan ediyordu. [45] Bu teknik olarak oldukça farklı tarzda da olsa Romalıların *pretör* uygulamasının önce kusur davaları ve

sonra da *dolus* (kötü niyet) kavramının yaygın uygulamasıyla yasal koruma alanını genişletmesine benziyordu. [46]

3. Dava Konusu Sözleşmeye Ek Kurumlar: Aracılık; Devir; Devredilebilir Araçlar

Herhangi bir içeriğe sahip olabilecek dava edilebilir sözleşmeden doğan taleplerin oluşturulmasından sonra bile, gelişmiş ve tamamıyla ticarî sosyal ilişkinin gerektirdiği hukuksal durumdan hala uzağız.

Rasyonel her ticarî kuruluş, sözleşmeden doğan hakları elde etme ve geçici ya da sürekli aracılar vasıtasıyla yükümlülük alma imkanına ihtiyaç duyar. Bunun yanında, gelişmiş ticaret sadece hukuksal talepleri devretme imkanına değil, aynı zamanda oldukça özel olarak, transferlerin sayesinde hukuksal açıdan güvenli olarak yapılabildiği ve devri yapanın ünvanını sürekli test etme ihtiyacını ortadan kaldıran bir metoda ihtiyaç duyar. Modern kapitalist bir ekonomi için vazgeçilmez olan bu hukuksal kurumların gelişmesi başka yerde tartışılacaktır. [47] Mevcut bağlamda, erken zamanların gelişmelerine kısaca temas etmekten başka bir şey yapmayacağız. Yükümlülüklerin oluşturulmasında doğrudan temsilin iyi bilindiği Grek hukukunun aksine, Roma hukukunda "aracılık" neredeyse imkansızdı. [48] Medeni hukuk davalarının şekilciliğiyle ilişkili olan bu hukuksal durumun, temsilin uygulamada yaygın olarak bilindiği gerçekten kapitalist işletmelerde kölelerin kullanımını mümkün kılmış gözükmektedir. Yine, borç ilişkisinin oldukça kişisel karakteri sonucu alacak haklarının devri hem eski Roma hem de Germen hukukunda bilinmiyordu. [49] Oldukça geç bir zamanda Roma hukuku dolaylı temsil yoluyla

bir vekil yarattı ve ayrıca nihaî olarak bir devir yasasına ulaştı; ancak bunun ticarî işlemler açısından faydası geç dönem imparatorluk yasalarının büyük oranda etik eğilimleri tarafından bozuldu. [50] Gerçekte, modern zamanların başına kadar, alacak haklarının devredilebilirliği için güçlü bir uygulama talebi yoktu; ancak düzenli ticaret konusu olan veya doğrudan hakların üçüncü şahıslara devredilmesine hizmet edenler bunun dışındaydı. Bu gereksinimleri karşılamak için alacaklının ya da hâmilin emrine ödenebilen gereçler vasıtasıyla ticarileşme gerçekleştirildi; bu hem taleplerin, özellikle de parasal taleplerin hem de ticarî mallar üzerindeki tasarruf yetkilerinin ve ticarî işletmelerdeki üyelik haklarının transferine hizmet etti. Bunlar Roma hukukunda kesinlikle bilinmiyordu ve Goldschmidt'in inandığı gibi, Helenistik ya da Kohler'in düşündüğü gibi Hammurabi'ye kadar dayanan ve hamiline ödenebilen enstrümanların gerçekten devredilebilir olup olmadığı hala kesin değildir. [51] Ancak, ne olursa olsun, üçüncü şahıslara ve onlar vasıtasıyla ödemeyi resmî Roma hukukunda yalnızca dolaylı olarak mümkün olduğu şekilde kolaylaştırdı. Hak doğuran gerçek enstrümanlar Roma hukukunda hiç bilinmiyordu, bunun tek isnisnası *contractus literalis*, yani bir bankerin hesaben saklamasıydı. [52] Helenistik hukuk ve geç Roma hukukunda yazılı enstrumanların kullanımı (bu Doğuda en eski zamanlarda bile çok gelişmiş durumdaydı) belli işlemlerin zorunlu olarak kayıt altına alınması ve belli yarı devredilebilir enstrümanların kullanımı şeklinde gelişti. Bu belki de, devletin önceleri temelde malî amaçlar güttüğü kayıt ısrarıyla gerçekleşti. [53] Hellenik ve Hellenistik şerhlerde belgelendirme tekniği, halkın bilmesi açısından, Romalıların bilmediği iki

memur olan saray hazinesi memuru ve noter kâtibi tarafından icra ediliyordu. [54] Noterlik kurumu İmparatorluğun Doğu Kısmından Batı tarafından devralındı. Fakat Batı'da yazılı enstrumanların kullanımıyla ilgili geç Roma uygulaması yedinci yüzyıldan önce ve muhtemelen Doğulu, özellikle güçlü Suriyeli tüccar akını vasıtasıyla, Roma sonrası uygulamalarla bağlantılı olarak gerçek anlamda gelişmedi. Ancak daha sonra, yazılı enstrüman hem alacaklının hem de hâmilin emrine ödenebilir enstrüman olarak çok hızlı biçimde gelişti. [55] Bu ticaret yoğunluğunu klasik antikiteyle karşılaştırdığımızda aşırı derecede sınırlı olarak görmemiz gereken bir dönemde şaşırtıcı bir durumdur. Çoğu zaman olduğu gibi, benimsenen özel hukuk birliğinin kaybolmasından sonra, gelişmelerin ticaret merkezleri ve onların sadece teknik olarak eğitim görmüş noterleri tarafından belirlenmesi ve noterliğin Antikitenin ticarî geleneklerinin geride kalan tek taşıyıcısı ve dolayısıyla da tek yaratıcı güç olmasıydı. Ancak, enstrümanların tam olarak kullanılmasıyla ilgili olarak, gelişme, Germen hukuk düşüncesinin rasyonel olmayan biçimleri tarafından da desteklendi. Halkın düşüncesinde enstruman bir tür fetiş olarak görünüyordu; resmi teslimat önce şahitlerin huzurunda yapılıyor, özel yasal hükümler oluşturuluyor, Germen hukukunda *festuka*, Babil hukukunda ise *bakannu* olarak isimlendirilen mızrak atılması gibi yarı büyüsel semboller yaratılıyordu. [56] Aslen, sembol olarak üzerinde yazı olan enstrüman değil, yazı olmayan parşömen teslim ediliyor ve ancak ondan sonra üzerine kayıt giriliyordu. [57] Fakat İtalyan hukukunda, yazılı delilin gelişmesi Alman hukuk sembolizmi ve noterlerin uygulamalarının birlikteliğine bağlı olarak Orta Çağlar'da

bile destekleniyorken[58] hukuksal olarak belirleyici esas rolün mühür tarafından oynandığı İngiliz hukukunda uzun bir süre bilinmez kaldı. [59] Modern ticaretin karakteristiği olan ticarî belge türlerinin gelişmesi büyük oranda Orta Çağlarda, ancak, Arap etkisi altında, kısmen idarî kısmen de ticarî gereksinimler sonucu ortaya çıktı. [60] Eski Roma ticareti, bugün bize vazgeçilmez görünen bu teknik araçlar olmadan gerçekleşebiliyordu ve gerçekleşmek zorundaydı.

4. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

1. GENEL OLARAK. Bugün, sözleşme özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar tarafından engellenmediği sürece, herhangi bir sözleşmenin içeriğinin taraflar arasında bir hukuk oluşturduğu ve belirli formların uygunluk nedeniyle, özellikle de hakların ve dolayısıyla da yasal güvencenin açık biçimde gösterilebilirliği için belirlendiği esas olarak kabul edilmiştir. Bu ilkeye ancak oldukça geç bir zamanda; Roma'da hukukun aşamalı olarak içselleştirilmesi yoluyla ve modern zamanlarda Medeni Hukuk doktrininin ve ticaret gereksinimlerinin etkisi altında ulaşıldı. Ancak, genel olarak var olan bu sözleşme özgürlüğüne rağmen modern yasalar, bir sözleşmenin taraflarının özel olarak kabul edilmiş belli sınırlamaları ihlal etmedikleri sürece ne isterlerse o konuda anlaşma yapabilecekleri genel kuralından memnun değildir. Bunun yerine, çeşitli türden anlaşmaları *ius dispositivum*'un belli özel kurallarıyla, yani taraflar başka kurallar koymadığı sürece işler olacak kurallarla düzenler. [61] Bununla birlikte, bu olgu genel olarak, salt yerindelik düşüncelerinden kaynaklanmaktadır. Bir kural olarak, taraflar olası bütün geçerli hususlarla gerçekten ilgilenmeyi düşünmez

ve ayrıca denenmiş ve iyi bilinen tiplere bağlı kalmak uygundur. Bunlar olmadan modern ticarî ilişki neredeyse imkansız olurdu. Fakat, sınırlamaları kaldıran normların ve sözleşme özgürlüğünün önemi bu açıdan hiçbir şekilde bitmiş değildir. Bunlar daha da hayati bir öneme sahip olabilirler. Belirli durumlarda kısıtlamayı kaldıran kurallar vasıtasıyla normatif kontrol, zorunlu olarak, tarafların bireysel özgürlük alanlarının kapsamının salt sınırlanması işinden öteye geçmektedir. Genel bir kural olarak, izin verilen yasal işlemler işlemin taraflarının üçüncü şahısları da etkileme yetkisini içerir. Bir anlamda ve belli derecede iki kişi arasındaki neredeyse her yasal işlem, yasal olarak garanti edilmiş kontrol yetkileri üzerindeki tasarruf hakkının dağılım biçimini değiştirdiği kadarıyla, sınırsız şekilde büyük bir yabancılar bütünüyle ilişkileri etkiler. Bu etki birçok farklı şekillerde gerçekleşir. Salt şekilci bakış açısından anlaşma sadece mevcut taraflar arasında hak ve yükümlülükler yarattığı ölçüde, hiçbir dışsal etki ortaya çıkmaz görünmektedir; çünkü bu durumda sözün yerine getirileceği beklentisi dışında hiçbir şey yasal olarak garanti edilmiş gözükmemektedir. Yine, işlem sadece mülkiyetin bir elden diğerine devrini ilgilendirdiği ölçüde, ki genelde durum budur, üçüncü şahısların çıkarı neredeyse hiç etkilenmemiş gözükür. Mallar onlara daha önceden olduğu gibi ulaşılmaz görünür ve tüm yapmaları gereken sahip olarak yeni bir kişiyi tanımaktır. Bununla birlikte, gerçekte üçüncü şahısların çıkarları üzerindeki bu etkisizlik sadece görecedir. Bir borç sözleşmesi yapan kişinin her alacaklısının çıkarları borçlunun artan yükümlülükleri tarafından etkilenir ve komşuların çıkarları da toprağın her satışıyla, örneğin yeni sahibin ekonomik olarak

gerçekleştirmeye gücü yettiği ya da yetmediği kullanım değişiklikleri vasıtasıyla etkilenir. Bunlar yasa tarafından genel olarak kabul edilen ve garanti altına alınan hakların ampirik olarak olası yansımalarıdır. Bu yansımalar bir hukuk sistemi tarafından her zaman görmezden gelinmez; örnek olarak geç Roma hukukunda olduğu gibi alacakların "daha güçlü bir alacaklıya" devrinin yasaklanmasını verebiliriz. [62]

Bunun yanında, üçüncü şahısların çıkarlarının sözleşme özgürlüğünden yararlanılması yoluyla bir başka şekilde etkilenebileceği durumlar vardır. Örneğin, biri kendisini köle olarak sattığında ya da bir kadın evlilik aktiyle kocasının kocalık yetkisine boyun eğdiğinde, ya da bir toprak parçası bir aile sözleşmesine (*Fidei commissum*) tâbi olduğunda, ya da birkaç kişi tarafından bir şirket kurulduğunda üçüncü kişilerin çıkarları daha önce sözü edilen durumlarda etkilendiğinden nitelik olarak farklı biçimde etkilenebilir; ancak, etkilenmenin gerçek derecesi nicel olarak daha az olabilir ve gerçek tarzı durumdan duruma değişebilir. İkinci grup olaylarda sözleşmeyi yapan tarafların faydası için bütünüyle yeni bir özel yasa yapılır. Bu üçüncü şahısların hak ve taleplerini ve beklentilerini, yasal geçerliliğin ve zorlama garantisinin sözleşme yapan tarafların düzenlemelerine tahsis edilmesi ölçüsünde bağlar. Bu durum öncekinden farklıdır, zira yeni özel yasanın kuralları anlaşmaların geçerliliği ya da alacaklarının mal varlıklarına el koyma yetkisi gibi meselelerde o zamana kadar geçerli genel kuralların yerini alır. Özel bir yasanın bütünüyle yeni kuralları artık, bir kölenin, evli bir kadının ya da ailevi gerekliliklik nedeniyle toprak sahibi haline gelen bir kişinin sadece yeni değil aynı zamanda mevcut sözleşmeleri için de geçerlidir; bir

şirketin hissedarı olan kişiler durumunda da yeni özel bir yasa en azından bazı sözleşmeleri için geçerlidir. Adli ifadenin kendine özgü tekniği çoğu zaman durumun anlamını ve üçüncü şahısların çıkarlarının onun tarafından etkilenme şeklini belirsizleştirir. Örneğin bir şirket yasal olarak beyan edilmiş bir sermayeye sahip olmalıdır, bu belirli önlemler çerçevesinde bir hissedarlar toplantısındaki kararla düşürülebilir. Bu, uygulamada, bir şirket oluşturmak için birleşen kişilerin yasa tarafından alacaklılara ve daha sonraki bir tarihte hisse edinen üyelere sürekli var olan borçların üzerinde alacak ve ortak mal artığını beyan etmeye zorlanacağı anlamına gelir. Yıllık olarak dağıtılacak karı hesapladıklarında şirketin yöneticileri ve üyeleri "sermaye" olarak beyan edilen para, somut malların ya da uygun değerleme ve muhasebe kurallarına göre hesaplanan alacakların değeri tarafından karşılanmadıkça hiçbir kârın dağıtılamayacağı kuralının ihlali nedeniyle cezaî işlem tehdidiyle bu beyanla sorumludur. Ancak, belli önlemlere uyulması şartıyla, şirket üyelerinin beyanlarını geri çekmesine ve dolayısıyla alacaklılar ve sonraki hissedarlar için ilgili garantiyi düşürmesine izin verilir. Başka deyişle, başlangıçta beyan edilen miktarın karşılığı olmadığı halde kâr dağıtabilirler. Bu tür kısıtlamaları kaldıran özel hukuk kuralları tarafından sağlandığı şekilde bir şirket oluşturma imkanı o sırada şirketin üyesi olmayan üçüncü kişilerin, yani alacaklıların ve sonraki hisse alıcılarının çıkarlarını etkiler. Aynı şey bir kişinin gönüllü köleliğe girişinden ya da evlilik dolayısıyla kârının eski ipotekler üzerindeki öncelikle birlikte ipotek koyucu olduğu birkaç hukuk sisteminde olduğu gibi kârının lehine kocanın bütün mal varlığı üzerine ipotek konulmasından kaynaklanan

sözleşme özgürlüğüyle ilgili kısıtlamaların üçüncü şahıslar açısından taşıdığı önem için de geçerlidir. [63] Üçüncü şahıslarının hukukî durumunu bu etkileme biçiminin (ki bu başka türlü geçerli hukuk kurallarından ayrılır) doğrudan katılımcılar grubu dışında neredeyse her yasal işlemden kaynaklanan yansımaların" ötesine geçtiği açıktır. Burada, bu iki sınıf olgunun birbirine bağlandığı çeşitli geçici evreleri tartışmayacağız. "Sözleşme özgürlüğü", burada tartıştığımız anlamda, sadece dolaylı yansımalar değil özel yasanın oluşturulmasıyla da doğrudan katılımcı grubunu aşacak türden yasal işlemlere etkin şekilde katılma yetkisi anlamına gelir. Bu yetkinin üçüncü şahısların çıkarlarını koruyan bazı kısıtlamalara tâbi olduğu yerde bile, belli somut eylemlerde bulunmaya da bundan uzak durma basit yetkisi anlamında bir "özgürlük hakkından" ibaret bir ayrıcalıktan fazla bir anlam ifade eder.

Öte yandan hukuk yabancıların çıkarlarını doğrudan etkileyecek görünmeyen ya da en azından genel olarak geçerli yasadan başka özel herhangi bir yasa içermeyen ve hatta üçüncü şahıslara zarardan çok fayda sağlar görünen anlaşmalara yasal geçerlilik vermeyi reddedebilir. Bu tür *sözleşme özgürlüğü kısıtlamaları* çok farklı olabilir. Dolayısıyla, klasik Roma hukuku özel yasa oluşturmakla üçüncü şahısların çıkarlarını etkileyecek bir şirketin kurulmasını ya da başka bir araca başvurulmasını kabul etmiyordu; bir ortaklığın kurulmasında özel bir ortaklık fonunun oluşturulması ya da ortaklar tarafından müştereк ve ayrı ayrı sorumlulukların yüklenilmesi yoluyla genel yasanın değişikliğe uğratılabileceğini reddediyordu. Üçüncü şahısları sadece dolaylı olarak etkileyecek olsa bile, kirayla alım ya da uzun vadeli kira sözleşmesi yoluyla sabit kira gelirleri

oluşturmanın geçerliliğini de reddediyordu. Soyadı içeren kurumun kullanımı en azından özel şahıslar için reddediliyordu, çünkü *ager vectigalis* kurumu başlangıçta yalnızca belediyeler için mevcuttu ve gayrimenkul sahipleri için ancak daha sonra mevcut hale geldi. [64] Klasik Roma hukuku devredilebilir enstrumanları bilmiyordu ve hatta alacak haklarının devrine bile izin vermiyordu. Modern hukuk bir bireyin kendisini bir kölelik ilişkisine tâbi kılacağı bir sözleşmeyle özel yasa oluşturulmasını engellediği gibi, uzun süre sürekli kira gelirleriyle gayrı menkullerin ipoteğini de önledi; bu sonrakine Almanya'da ancak son zamanlarda ve kesin biçimde sınırlı koşullar altında izin verildi. [65] Modern hukuk, aynı zamanda, antik çağda oldukça normal sayılan birçok anlaşmayı, üçüncü şahısları ne özel yasa oluşturmakla ne de dolaylı yansıma yoluyla etkileseler de, iyi ahlakı ihlal edici ve dolayısıyla geçersiz sayar. Eski Mısır'da tam bir sözleşme özgürlüğü olan cinsel ilişkilerle ilgili bireysel anlaşmalar, özelde, bunun dışında tutulur;[66] zira meşru evlilik günümüzde tek formdur. Aynı gözlem antik çağda yaygın olan ataerkil ve evsel otoriteyle ilgili anlaşmaların büyük kısmı gibi diğer aile düzenlemeleri için de geçerlidir. [67]

Sözleşme özgürlüğünü sınırlandırma şekillerindeki bu farklılıkların nedenleri çok çeşitlidir. Belli yetkilendirmeler yoktu; çünkü özel ticarî kurumların yasal olarak tanınması o zaman gerçek bir ihtiyaç olarak görülmüyordu. Bu büyük olasılıkla eski hukukta, ya da daha kesin bir ifadeyle, Roma İmparatorluğunun resmi hukukunda devredilebilir enstrümanların yokluğunu açıklar; en azından dışsal olarak benzer türden

senetler antik çağda bütünüyle bilinmiyor değildi; bunlar örneğin Eski Babil zamanlarında ortaya çıkar. [68]

Aynı açıklama modern kapitalist ortaklık biçimlerinin olduğu için de geçerli olabilir; ki antik çağ bunlar için çeşitli türden devlet kapitalist kurumlarından başka benzerine sahip değildi, çünkü antik kapitalizm temelde devletten geçiniyordu. Fakat ekonomik bir ihtiyacın yokluğu hiçbir şekilde geçmişte belli hukuksal kurumların yokluğunun tek açıklaması olamaz. Teknolojik endüstri metodları gibi, hukukun sağlamasını vermek zorunda olduğu hukuk tekniğinin rasyonel kalıpları da mevcut bir ekonomik çıkara hizmet etmeden önce "icat" edilmelidir. Dolayısıyla, bir hukuk sisteminde kullanılan özel türden teknikler, ya da başka deyişle, düşünce biçimleri belirli bir hukuksal kurumun kendi bağlamında icat edileceği olasılığı için genel olarak inanılandan çok daha büyük önem taşır.

Ekonomik durumlar yeni hukuksal formlara otomatik olan neden olmazlar; bunlar sadece eğer icat edilirse yasal bir tekniğin gerçek anlamda yayılması için olanak sağlar. Spesifik olarak kapitalist hukuk kurumlarımızın birçoğu, Roma hukuku mantıksal anlamda Orta Çağ hukukundan çok daha fazla rasyonelleşmiş olsa da, Roma değil Orta Çağ kökenlidir. Bu durumun belli ekonomik nedenleri olmasının yanında hukuk tekniği farklılıklarından kaynaklanan çeşitli nedenleri de vardır. Çünkü Orta Çağ hukukunun düşünce biçimleri birçok açıdan gerçeydi. " Dolayısıyla, yazılı enstrüman rasyonel bir kanıt biçimi olmaktan çok "hakların" somut bir cisimleşmesi olarak işlendiği zaman bu mantık değil, bir tür hukuksal animizm daha büyüydü. Hukuksal partikülarizmden kaynaklanan, her

türden gruba bütün üyeleri için yabancılara karşı zincirleme sorumluluk yükleme şeklindeki geleneksel uygulama da mantıksal değildi; aynı şekilde, daha önce sözü edilene benzer bir olgu olarak en farklı alanlardaki ayrı fonları tanımaya hazır olmak da[69] sadece salt siyasal koşulların ışığında açıklanabilir. Hukuksal gelişmenin mantıksal ve yönetsel yönlerindeki bu "gerilik" unsurları, ticaretin çok daha mantıksal ve teknik olarak daha çok rasyonelleşmiş Roma hukukunda mevcut olandan çok daha çeşitli, uygulamada daha faydalı hukuksal araçlar üretmesini sağladı. Oldukça genel olarak, Orta Çağ ticarî hukukununkiler gibi yükselen modern kapitalizme özellikle uyan özel kurumların siyasî nedenlerle farklı somut çıkar gruplarının ihtiyaçlarıyla ilgili çeşitli yasal hükümler üreten bir toplum bağlamında çok daha kolay biçimde ortaya çıkabilirdi.

Bununla birlikte, hukukun o zaman bilimsel olarak ele alınmaması da önemliydi; yani bir ilkenin hukuksal olarak geçerli olabilmesi için belli bir kavramlar sisteminden "çıkarılması" gerekliydi; bu tür mantıksal kurgu dışında hiç bir şey hukukî olarak algılanamazdı. Belli koşullar altında hukuksal rasyonalizm gerçekten de yaratıcı yeteneğin engellenmesini ima edebilir; ancak bu nokta çok fazla abartılmamalıdır; zira bu yakın zamanlarda da bazen yapılmıştır. [bkz. VIII] Baskın şekilde ahlaki ya da siyasî kaygılar ve düşünceler sözleşme özgürlüğünü üzerinde var olan, çoğu modern hukuk sisteminin ayırt edici özelliği olduğu gibi, aile meselelerinde ya da köleliğe sözleşmeli olarak tâbi olmanın yasaklanması gibi diğer sınırlamalardan sorumludur.

2. SÖZLEŞME VE EVLİLİĞİN KÖKENİ.[70] Cinsel ilişkilerde sözleşme ilkel değildir. Teknolojik olarak en geri ve ekonomik

ve sosyal olarak en az farklılaşmış kabileler *de facto* (fiilen) hayat boyu ataerkil poligami içinde yaşar. Endogaminin tiksindirici bulunarak reddi açıktır ki en dar çevrede, hane topluluğu içerisinde, ortak büyüme dolayısıyla cinsel dürtünün görece azalmasıyla başladı. Kişinin kendi kız kardeşini başkasının kız kardeşiyle takası muhtemelen en eski cinsel sözleşme türüdür. Kadının akraba grubu tarafından mal karşılığı takası ve nihaî olarak normal evlilik biçimi yani hem Hindistan'da hem de Roma'da aristokratik evlilik biçimleriyle yani kaçırmayla veya kutsal törenle evlilikle birlikte özellikle sıradan halk tabakalarına ait evlilik biçimi olarak varlığını sürdüren kadın alımı[71] o zamandan itibaren gelişti. [72] Bununla birlikte hem kaçırma hem de kutsal tören vasıtasıyla evlenme belli sosyal örgütlenmelerin oluşumunun ürünleridir. Önceki, genç adamları ailelerinden koparmakla kalmayıp kadınları ve çocukları da ataerkil gruplarda toplayan askerî ittifakların oluşumu sonucu ortaya çıktı. Erkekler evinde kız kaçırma bir kadın elde etmenin kahramanca yoluydu, fakat böyle bir toplulukta yaşayan erkekler karılarını dışarıdan da satın alabilirdi. Kız kaçırma adetiyle birleşen bu uygulamalar kadınların mübadelesi için kartellerin oluşumuna ve dolayısıyla görünüşte egzogaminin doğuşuna neden oldu. Belli türden animist kavramların özellikle ve aslen oymakları, aynı zamanda avcı gruplar olan ve sonradan kutsal törenlere sahip büyüsel kült toplulukları haline gelen halklar arasında yerleşik hal aldığı yerde totemik olarak düzenlemeye başladı. Oymaklar daha az gelişmiş ya da daha çok dağınık oldukça ataerkil evlilik özellikle şefler ve *honoratiores* arasında daha belirgin hale geldi. Onların durumunda bu, kolaylıkla çok eşlilikle sonuçlandı, hanenin

efendisi üyeler üzerinde tam kontrol sahibiydi, onları kendi amaçları için istediği gibi kullanıyordu; ya da akraba grubunun güçlü kaldığı yerde şef onları en azından takas için kullanabiliyordu ya da akraba grubunun üyelerine üründen bir pay vermek zorundaydı. Hane üyelerinin bu kullanımının sınırları şefe önce karısının kardeşi tarafından dayatıldı. Yüksek statüden bir aile kızlarını yük hayvanları olarak ya da sınırsız kullanım için satmıyordu; yabancılara sadece kişisel statüleriyle ve çocukları için diğer karıların ya da kadın kölelerin çocuklarına karşı tercihli statüyle ilgili güvenceler karşılığı veriliyorlardı. Bu gibi güvencelere karşılık olarak kıza giderken bir çeyiz bağışlanıyordu. Meşru birinci karı ve meşru çocuklar kavramı, yani meşru evliliğin yasal karakteristikleri bu şekillerde ortaya çıktı. Çeyiz ve karının sürekli bakımı, çeyizi, terk edilmesi durumunda ona yapılacak ödeme, çocuklarının hukuksal konumu ile ilgili yazılı anlaşma tam bir evliliğin bütün diğer cinsel ilişkilerden ayrılmasını sağlayan bir test haline geldi.

Bununla birlikte aynı anda cinsel sözleşme özgürlüğü de birçok farklı formda ve derecede ortaya çıktı. Hizmet evliliği (*Dienstehe*), [73] deneme evliliği, geçici dost evliliği[74] görülebilirdi ve özellikle soylu ailelerin kızları kocanın ataerkil yetkisine tâbi olmaktan kaçınma konusunda endişeliydiler. Aynı zamanda, fahişeliğin, yani evlilik tarafından özel olarak sağlanan sürekli bakımdan ayrı olarak elle tutulabilir bir karşılık için cinsel hizmet sağlamanın her türü mevcuttu. [75] Hem heteroseksüel hem de hemoseksüel fahişelik, bunun için bir karşılık alma olasılığı kadar eskidir. Öte yandan, bu geçim sağlama şeklinin onursuz sayılmadığı bir topluluk neredeyse

yol gibidir. Bu ayrım, askerî ve dinî açıdan önemli bir amaç olan meşru çocuklar doğurma adına resmi evliliğin özellikle ahlaki ve siyasî değerlendirmesiyle ortaya çıkarılmamış daha sonra desteklenmiştir. Evlilik ve fahişelik arasında bir yerde, özellikle soylular arasında, cariyelik kurumu vardı; bu kadın bir hizmetçiyle, kumayla, bir cariyeyle, bir *bayadère* ile ya da evlilik dışı ya da yaygın veya saf türde "serbest" evlilik yaşayan başka türden bir kadınla sürekli bir cinsel ilişki yaşamaktı. Böyle bir birlikten doğan çocukların statüsü çoğunlukla babanın takdirine bırakılıyor, sadece birinci eşin çocuklarının tekel hakları tarafından sınırlandırılıyordu. Bununla birlikte, vatandaşlığın siyasî-ekonomik ayrıcalıkları erkek ve kadın vatandaşların oğullarına ayrıldığı için vatandaşlığın tekelini kullananlar tarafından daha büyük sınırlamalar konuluyordu. Bu ilkeye Antik Çağ demokrasileri tarafından özel bir güç kullanılarak uyuldu. Diğer sınırlamalar, daha önce tartışılan nedenlerle [VI: xiv] peygamberi din tarafından dayatıldı. Antik Mısır'ın, halkın bütün siyasî haklardan yoksun olmasında yatan, cinsel sözleşme özgürlüğünün aksine, en eski Roma Hukuku evlilik ve belli özel durumlar için daha düşük hukuksal statüsü olan bir evlilik türü olarak kabul edilen cariyelik dışında her türlü cinsel sözleşmeyi *causae turpes* (onursuz bir olay) olarak reddediyordu. [77] Fakat bu sonraki Batı'da Lateron Konseyi [1215/16] ve Reformasyon tarafından sonunda yasa dışı ilan edildi. Babanın çocuklar üzerindeki tasarruf hakkı ilk defa dinsel hukuk tarafından ciddi biçimde sınırlandı, bu daha sonra ilave sınırlamalara tâbi oldu ve sonunda askerî, siyasî ve ahlaki nedenlerle ortadan kaldırıldı.

Günümüzde cinsel sözleşme özgürlüğüne dönüş ihtimali her zamankinden daha uzaktır. Kadınların büyük çoğunluğu erkekler için cinsel rekabete karşı olurdu, Mısır kaynaklarından çıkardığımız kadarıyla ekonomik fırsatlarını daha az çekici olanların zararına güçlü biçimde arttırır; buna aynı zamanda bütün geleneksel ahlaki güçler, özellikle kiliseler tarafından karşı çıkılırdı. Ancak, bu gibi mutlak özgürlük imkansız gözükse de benzer bir durum meşru evlilik çerçevesinde kadının konumunun hem özgür hem de mülkiyet haklarıyla ilgili olarak güvenli kaldığı bir sistemle birleşmiş olarak kolay ya da bütünüyle serbest boşanma sistemiyle ortaya çıkarılabilir. Bu tür görece özgürlük farklı derecelerde Roma, İslam, Yahudi ve Modern Amerikan hukukunda gerçekleşmiştir; ayrıca, sınırlı bir süre de olsa sadece rasyonalist doğal Hukuk'un sözleşme teorisi değil nüfus politikası mülahazalarıyla da etkilenen on sekizinci yüzyıl yasalarında da gerçekleşmiştir. [78] Sonuçlar büyük oranda değişmiştir. Sadece Roma'da ve Birleşik Devletler'de yasal boşanma özgürlüğüne, bir zaman, yüksek bir boşanma oranı eşlik etmiştir. [79] Bir zamanlar Roma'da olduğu gibi, hem ekonomik özgürlük hem de boşanma özgürlüğü toplum içerisinde olduğu gibi evde de konumlarının güvenli hale geldiği Birleşik Devletler'de kadınlar tarafından güçlü biçimde arzu edilmiştir. Öte yandan, geleneklere güçlü biçimde bağlı İtalyan kadınları yakın zamanlarda bile boşanma özgürlüğünü reddetmişlerdir, bunun nedeni muhtemelen kadınların erkekler için rekabetinin daha şiddetli hale geleceği korkusu ve özellikle yaşlılıkta, yaşlanan bir işçinin günlük geçimini kaybetmekten korkması gibi, ekonomik güvenliklerini tehlikeye atmak istememeleridir. Genel olarak hem erkekler hem

de kadınlar rahat cinsel davranışın kişinin kendi cinsi için izin verilebilir kabul edildiği türden resmi olarak katı ve hatta bozulmaz bir evlilik tipini destekler görünmektedir; erkekler de fırsatçılığın zayıflığı nedeniyle belli bir kadın yetkisine göz yumma eğiliminde oldukları bu tür bir evlilikten memnun olabilirler. Fakat boşanma özgürlüğünün burjuva kamuoyu tarafından reddedilmesinin belirleyici nedeni çocukların eğitim şansına yönelik gerçek ya da farazi tehlikedir; bunun yanında, erkekler tarafından sahip olunan otoriter içgüdüler de, özellikle kadınların ekonomik olarak özgür oldukları ve bu nedenle erkeklerin ailedeki konumlarıyla ilgili olarak kaygılandıkları ve erkeklik gururlarının uyandığı yerde, kendi rollerini oynamıştır. Ayrıca, siyasî ve dinî güçlerin de, sözleşme toplumunda hayatın çok rasyonelleşmesi yoluyla güçlenen fikirle, yani ailenin biçimsel bütünlüğünün belli belirsiz tanımlanmış irrasyonel değerlerin kaynağı olduğu ya da yoksun ve zayıf bireyler için bireyler üstü bir bağı desteklediği fikriyle takviye edilen otoriter kaygıları vardır. Son kuşakta bütün bu heterojen güdüler boşanma özgürlüğünden ve bazı açılardan evlilik içerisindeki ekonomik özgürlükten uzaklaşan geri bir hareketle sonuçlandı.

3. VASİYET ÖZGÜRLÜĞÜ, yani ekonomik ve normalde aile içi tasarruf özgürlüğü modern zamanlarda sınırlayıcı eğilimlerle karşılaşmıştır. Fakat burada vasiyet düzenlemesinin hukuksal tarihinin resmi seyrini tespite çalışmayacağız. Vasiyetin tam ya da tama yakın içeriksel özgürlüğüyle ilgili kanıtlar tarihte sadece iki kere, yani Cumhuriyetçi Roma'da ve İngiltere'de bulunabilir. Bu iki halk da güçlü biçimde yayılmacıydı ve arazi sahibi bir *honoratiores* (ileri gelenler, eşraf)

Latmam Caddesi'nden yönetiliyordu. Bugün en önemli uygulama alanı Birleşik Devletler, yani en uygun ekonomik fırsatlar alanıdır. Roma'da vasiyet özgürlüğü mirastan mahrum bırakılan oğullara ele geçirilen ülkelerde maddî servet vaadi sunan askerî genişleme politikasıyla birlikte arttı; öte yandan sömürgecilik çağı sona ererken, Helen hukukundan devralınan "doğal olmayan" vasiyetleri bozma uygulamasıyla azaltılıyordu. [80] İngiliz hukukunda, vasiyet özgürlüğü büyük ailelerin servetlerinin istikrarını amaçlıyordu; buna çok zıt kurumlar olan gayrı menkullere feodal miras hakkı, en büyük çocuk hakkı ve devredilemez mülkte (*fidei commissum*) hizmet ediyordu. Modern demokratik yasalarda vasiyet özgürlüğünün iptal olunamaz cömert paylar vasıtasıyla sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması, ya da Fransız Kanunlarında büyük evlat hakkının zorunlu fiziksel bölme yoluyla engellenmesi büyük oranda siyasî olarak belirlenmiştir ve hala da böyle olmaktadır. Napolyon'un durumunda, eski aristokrasiyi malikanelerinin zorunlu bölünmesi yoluyla ortadan kaldırma niyetine, yaratmaya çalıştığı yeni aristokrasinin dayanağı olarak tımarlar oluşturma arzusu eşlik etti; bu sonraki kuruma *Kanun*'un kabulünün sosyal gücün dağılımını hükümetin ellerine bırakacağı açıklamasında işaret ediliyordu. [82]

4. KÖLELİĞİN SÖZLEŞMELİ OLARAK OLUŞTURULMASI. Köleliğin, biçimsel olarak kölemsi ilişkilere gönüllü olarak boyun eğmenin bile yasaklanmasıyla kaldırılması dünya ekonomik hakimiyetinin ağırlık merkezinin birkaç unsurun çakıştığı bölgelere kaymasının ürünüydü: Köle emeği yüksek bakım giderleri nedeniyle kazançlı değildi; işten kovma ve işsizlik tehdidine sahip ücret sistemi çalışmaya dolaylı bir

zorlama köle emeğinden oluşan büyük işletmelerde bulunan büyük riskler olmadan yüksek kaliteli iş almada ve bağlı sınıflardan iş gücü elde etme anlamında dolaylı baskıdan daha az etkili sayılıyordu. Dinî cemaatler, özellikle Hristiyanlık, antik çağda köleliğin bastırılması açısından örneğin Stoacılıktan daha az rol oynadı; Orta Çağlarda ve modern zamanlarda rolü bir ölçüde daha büyüktü ama belirleyici değildi. Antik çağda kapitalist köleliğin gerilemesi barışçıl köle ticaretini batı için köle ithalinin tek önemli kaynağı olarak bırakan imparatorluk dış ilişkilerinin pasifize edilmesiyle gerçekleşti. Birleşik Devletlerin Güneyinde kapitalist kölelik boş arazilerin arzı bittiği ve köle ithalatının durması köle fiyatlarını tekelci düzeylere yükselttiği zaman son buldu. İç savaş vasıtasıyla ortadan kaldırılması demokratik çiftçilerin ve Kuzeyli plütokratik burjuvazinin Güneyli plantasyon sahibi aristokrasiye karşı salt siyasî ve sosyal düşmanlığıyla hızlandırıldı. Güney Avrupa'da Orta Çağlarda hiçbir zaman tamamıyla ortadan kalkmadıysa da Avrupa'da loncaları köle emeğinden bağımsız tutan, Orta Çağı iş ve emek örgütlenmesinin salt ekonomik evrimi ve özellikle de lonca sisteminin gelişmesiydi. Tarıma gelince, ihracat için daha yoğun üretim modern zamanlarda daha büyük bir bağımlılığa neden oldu; fakat modern üretim tekniklerinin ortaya çıkmasıyla köle emeği sonunda karlı olmaktan çıktı. Bununla birlikte, kişisel hizmetçiliğin nihai ve tam olarak ortadan kaldırılması için doğal hukuk ile ilgili güçlü ideolojik kavramlar nihai olarak her yerde belirleyici oldu. Doğu Asya ve Hindistan'da çok daha az yoğun biçimde yayılan ataerkil köleliğin eski merkezi olan Yakın Doğu'da bu kurum Afrika köle ticaretinin engellenmesi dolayısıyla yok olmanın

eşiğindeydi. Geç Orta Çağlarda olduğu gibi antik Mısır'da da büyük olan askerî önemi paralı askerlerin askeri teknikleriyle ortadan kalktığı zaman hiçbir zaman büyük olmayan ekonomik önemi de hızla azalmaya başladı. Gerçekte, Doğu'da kölelik hiçbir zaman Kartaca ve geç Cumhuriyetçi Roma malikanelerindeki plantasyon köleliğine benzer bir role sahip olmadı. Doğu'da kölelerin çoğu Helenik ya da Hellenistik bölgelerde olduğu gibi ev hizmetçileriydi. Öte yandan, bazıları Babil, İran veya Atina'da olduğu gibi, sanayi işçilerine yapılan bir tür faizli sermaye yaptırımı oluşturuyordu. Yakın Doğu'da ve de Orta Afrika'da, bu ataerkil kölelik özgür bir emek ilişkisine hukuksal formun doğurabileceği varsayılandan daha yakındı. Ancak, Snouck Hungronje'nin Mekke'de bir kölenin efendinin kişisel özelliklerini onaylamadıkça pazarda satın alınamayacağı ve köle efendiden memnun değilse efendinin köleyi yeniden satamayacağı şeklindeki gözlemi[84] kuraldan çok istisna gibi görünmektedir ve efendinin özellikle evdeki kölelerinin iyi niyetine büyük bağımlılığı tarafından yaratılmaktadır. Orta Afrika'da bugün bile, efendisinden memnun olmayan bir köle efendiyi, *noxae datio*[85] ile kendisini daha çok tercih ettiği bir diğer sahibe vermesi için nasıl zorlayacağını bilir. [86] Fakat bu da, evrensel olarak doğru değildir. Ancak, doğunun teokratik ve ataerkil otoritesi ve bütün bağlılık ilişkilerinin ataerkil yönünün ahlaki olarak eklemlendirilmesi eğilimi en azından Yakın Doğu'da kölenin sahibine karşı oldukça teamülleşmiş bir güvence haline gelmiştir. Sonuç olarak, Roma köleliği tarzındaki sınırsız kullanım uygulamada engellenmiştir. Bu trendin başlangıcı eski Yahudi hukukunda bulunabilir ve bu uygulamanın temelindeki belirleyici güdü, borçlunun şahsına idam

cezası verme ve borç köleliği gibi eski kurumların kişinin hemşerilerinin köleleştirilmesi olasılığını doğurması durumuydu.

6. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK DİĞER SINIRLAMALAR. Son olarak, toplumun nüfuzlu, özellikle "burjuva" sınıfının sosyal ve ekonomik çıkarları sözleşme özgürlüğüne, özel şahısların yararına toprağa feodal ya da başka sürekli ipotekler koymayı yasaklama gibi sınırlamaların nedenini oluşturmaktadır. Bu gibi işlemler Prusya Toprak Islahı Yasalarında yasaklandığı gibi Cumhuriyetçi Roma yasalarında da engelleniyordu.[87] Her iki durumda da etkin faktörler burjuva sınıf çıkarları ve onlarla özdeşleşmiş ekonomik kavramlardı. Cumhuriyet döneminde kamu arazileri üzerinde *ager vectigalis* dışında uzun vadeli kira sözleşmelerini kabul etmeyen Roma yasaları, bugün Almanya'da devletin ya da devlet tarafından onaylanan koloni şirketlerinin sahip olduğu arazilerde benzer kiralamaların *de facto* olarak sınırlandırılması gibi,[88] arazi sahibi burjuvazinin arazinin yasal olarak pazarlanabilirliği ve toprağa bağlı senyörlük haklarının ve benzer yükümlülüklerin oluşmasının engellenmesi kaygısının ürünüydü.

5. *Bir Sözleşmenin Etkisinin Tarafları Dışına Yayılması–"Özel Hukuk"*

Roma hukukunda olduğu gibi modern rasyonelleşmiş hukukta da henüz sözü edilen bütün faktörlerin birleşmesi sonucu ortaya çıkan, sözleşme özgürlüğüne bu tür müdahale genel olarak yazılı anlaşmaları yasaklayarak değil, sadece hukuk düzeninin belirli tip sözleşmeyi ya da Roma'da belirli *actio*'yu temin edememesiyle ve böylece normları, onaylanmayan anlaşma tipleriyle uyuşmaz olan mevcut tip sözleşmeleri

düzenleyerek sağlanmıştır. Öte yandan yasanın bir ticarî işlet menin oluşumu gibi üçüncü şahısların çıkarlarını etkileyen bi işlemleri yasal olarak geçerli şekilde yapma yetkisi verdiği tek nik form, eğer sadece taraflar arasında değil yabancılara karş da yasal olarak geçerli olacaksa bireysel taraflarca yapılan bi tür her düzenlemeye dahil edilmesi gereken belli standart te rimlerin resmi olarak belirlenmesinden oluşur; zira anlaşmanı geçerliliğini reddetmek için başka neden yoksa düzenlemenii kendisi, üçüncü şahıslar onlarla bağlı olmasa bile, katılımcı lar üzerinde hukukî etkilere sahip olabilir. Sadece kendiler için değil aynı zamanda üçüncü şahıslarla ilgili etkin sonuç larla birlikte yasa yapmayı bu şekilde ilgili taraflara bırakm şeklindeki bu modern teknik ilgili taraflara, düzenlemelerin almak zorunda oldukları koşullarda ifade edildiği şekildek içeriksel zorunluluklara uymaları şartıyla, hukukî bir kurun olan özel *hukukun* avantajlarını verir. Bu modern türde öze hukuk geçmişte gelişmesine izin verilen özel hukuk türünde farklıdır. Modern teknik hukukun birleştirilmesi ve rasyonel leştirilmesinin ürünüdür; yasa yapmanın modern siyasî örgüt lenme tarafından resmi olarak tekele alınmasına ve bu örgüt lenmeye üyeliğin zorlanmasına dayanır.

Geçmişte, özel hukuk normalde "iradi yasa" (*gewill kürte Recht*) yani gelenekten ya da uzlaşan statü gruplarının (*Ein verständnisgemeinschaften*) ya da rasyonel kurumların üze rinde anlaştıkları yasa olarak ortaya çıkıyordu. Başka deyişle bağımsız olarak oluşturulan normlar şeklinde ortaya çıktı "Partikülarist yasa"nın (yani yukarıdaki anlamda iradî yasa nın) "bölgenin yasasını"(yani genel olarak geçerli sayılan ge nel hukuku) ihlal ettiği kuralı ve bugün bile Batı'nın dışındak

...ün hukuk sistemlerinde ve Avrupa'da, örneğin bir ölçüde ...s köylüsü için bugün bile varlığını sürdürmektedir. Fakat ...evlet neredeyse her yerde ve genellikle başarıyla bu özel ka...nların geçerliliği ve ayrıca uygulamalarının kapsamının ...un onayına tâbi olması gerektiği konusunda ısrar eder; ni...kim devlet bunu kasaba ve şehirleri kendisi tarafından ta...nımlanmış yetkilerle donanmış bağlı örgütlere dönüştürecek ...ir tarzda yapmıştır. Bununla birlikte, her iki durumda da, ...al durum bu değildi. Zira, belli bir bölgenin ya da grubun ...metildiği yasalar bütünü büyük oranda, aralarında sürekli ...arak gerek duyulan ayarlamanın ya karşılıklı uzlaşma ya ...a belli bir zamanda baskın güce sahip olan siyasî ya da dinî ...oritelerin dayatmasıyla gerçekleştirilen karşılıklı olarak ba...ımsız toplulukların özerk olarak benimsenmiş eseriydi. Bu ...özlemle birlikte, daha önce bu bölümde farklı bir bağlamda ...eçmiş olduğumuz olguya dönüyoruz.

Amaçlı sözleşmenin ve modern anlamda sözleşme özgür...üğünün ortaya çıkmasından ve başarısından ve modern dev...etin doğuşundan önce özel bir hukuksal düzeni temsil eden, ...u nedenle bir "hukuk topluluğu"(*Rechtsgemeinschaft*) olarak ...anımlandırılabilecek her anlaşmalı grup veya rasyonel kurum ya ...da yeliği içerisinde doğum, siyasî, etnik veya dinî bir değer bi...rimi, yaşam tarzı veya meslek gibi nesnel karakteristikler ta...rafından oluşturuluyordu ya da açık bir dostluk süreci vası...tasıyla ortaya çıkıyordu. İlkel durum, yukarıda gördüğümüz ...gibi, bizim usulümüze karşılık gelen herhangi bir hukuk da...vasının farklı gruplar (sibler) ya da farklı grupların üyeleri ...arasındaki uzlaşma usulleri biçiminde ortaya çıkması şek...indeydi. Grup içerisinde, yani grup üyeleri arasında ataerkil

hakemlik hakimdi. Bu nedenle, hukuk tarihinin gerçek köke ninde, eğer siyasî iktidar ve onun sürekli artan gücü açısında bakılırsa, önemli bir dualizm, yani, gruplar arasında bağım sız şekilde oluşturulan yasayla grup üyeleri arasındaki ihtila lar hakkında belirleyici olan normların dualizmi egemend Bununla birlikte, aynı zamanda bu belirgin şekilde basit du ruma bir diğer gerçek müdahale etti: Yani, bizce bilinen e erken gelişme evresinde bireyin bir değil çoğu zaman birka gruba ait olması. Fakat, özel hukuka tâbi olmak başlangıçt kesin biçimde kişisel bir nitelik, zorla ya da bağışla elde edi len bir "imtiyaz" ve böylece, bu gerçek dolayısıyla "yasa yoldaş ları" haline gelen sahiplerine ait bir tekeldi. Bu nedenle, Per İmparatorluğu, Roma İmparatorluğu, Frank krallığı ya da İs lam devleti gibi siyasî olarak yüce bir otorite tarafından bir leştirilen bu gruplarda yargıçlar tarafından uygulanacak ya salar bütünü bileşen grupların, örneğin özerk şehirlerin ya d klanların etnik, dinî ya da siyasî karakteristiklerine göre değ şiyordu. Roma İmparatorluğunda bile Roma hukuku başlan gıçta sadece Roma vatandaşlarının hukukuydu ve vatandaş larla vatandaş olmayan tebaa arasındaki ilişkilerde bütünüyl geçerli olmuyordu. İslam devletlerinin Müslüman olmayan te baaları ve hatta İslam hukukun dört ana ekolünün takipçiler kendi yasalarına göre yaşar; fakat öncekiler kendi otoriteler yerine bir İslam yargıcına başvururse yargıç başka bir hukuk bilmek zorunda olmadığı ve Müslüman olmayanlar da sadec "tebaa" olduğu için İslam hukukunu uygular.

Öte yandan, Orta Çağ *Imperium*'u içinde her insanın ona göre yaşayacağını "ikrar ettiği" kabile yasasıyla her yerd yargılanma hakkı vardı. [89] Birey her nereye giderse *professi*

ius'ini yanında götürüyordu. Hukuk, İngiliz Kraliyet hukukunun Norman İşgalinden sonra olduğu gibi bir *lex terrae* değil, belli bir grubun üyesi olarak kişinin ayrıcalığıydı. Ancak, bu "kişisel hukuk" ilkesi o zaman bugünkü zıt ilkeden daha katı biçimde uygulanmıyordu.

Bu gibi sistemlerde farklı yasa bütünlerine tâbi kişiler arasındaki anlaşmazlıklarda zorlukların ve bunlarla birlikte de gittikçe artan ilişki yoğunluğuyla hızla çoğalan ortak hukuk ilkeleriyle ilgili belli bir ölçüte olan ihtiyacın ortaya çıkması da kaçınılmazdı. O zaman Roma'da olduğu gibi, ya her grubun "*ius civile*si" ile birlikte var olan bir "*ius gentium*" ortaya çıkar, ya da İngiltere'de olduğu gibi, siyasî ya da dinî yönetici *imperum*'u sayesinde mahkemelerine tek bağlayıcı olarak "resmi bir hukuk" dayatacaktır; ya da yeni bir siyasî grup, özellikle de yerel bir grup, farklı hukuk kurallarını yeni bir yasalar bütünü içerisinde birleştirecektir. En eski İtalyan şehir kanunları vatandaşların Lombardiya hukukuna göre yaşadıklarını ilan ettiklerinin farkındaydı, fakat eski hukuk kavramlarından karakteristik bir farklılık içinde, *confessio iuris*'i olarak ya Lombardiya hukuku ya da onun bütünleyici kaynağı olan Roma hukukunun kabul edileceği söylenen *civitas*, vatandaşların bütününün kişileşmesi idi; ya da *civitas*, Roma hukukunu ve ikincil sistemi olarak da Lombardiya hukukunu benimsemiş olabilirdi. [90]

Ancak, iradî olarak oluşmuş bütün kuruluşlar onlar tarafından oluşturulan yasaların lehine *kişisel hukuk* ilkesinin uygulanması için uğraşıyordu; ne var ki bu anlamdaki başarıları olaydan olaya büyük oranda değişiyordu. Her halükarda, sonuç özerk yargı yetkileri çakışan; zorunlu, siyasî birliğin,

var olduğu kadarıyla, bu türden sadece bir özerk yargı yetki olduğu çeşitli " hukuk cemaatlerinin" birlikte var olmasıyd "Hukuk yoldaşları", üyelikleri nedeniyle özel mülke çevrilm vakıf arazileri ya da tımarlar gibi belli türden arazilere benz belli somut şeylerin veya nesnelerin kontrolünü tekelleştireb liyordu; bununla birlikte, bu "hukuk cemaatleri" belli çıkarl rın baskısı altında kapalı merkezler olmayı bıraktığında ve b cemaatler herhangi bir bireyin aynı anda birkaç gruba ait ol bileceği şekilde çoğaldığında, herhangi bir "hukuk cemaat nin" özel hukuku neredeyse özel bir nesnenin sahipliğiyle öz deşleşmiş hale geldi; öyle ki, artık, ters açıdan, bu tür sahipli belirli özel hukuk cemaatine üyeliğin testi haline geliyordu. Bu aynı zamanda, bugün egemen olan duruma, yani özel bi hukuka tâbi olan ilişkilerin resmi ve genel olarak herhangi bi tarafından ulaşılabilir olmasına doğru atılan bir adımdı. Bu nunla birlikte, bu modern duruma geçişte sadece bir adımdı Zira eski türden bütün özel yasalar ya doğrudan bir gruba a olan kişilere ya da sahipliği bu üyeliği sağlayan belli nesneler yasal ayrıcalıklar devam ettirme hakkı veriyordu. Modern top lumda, özel yasal düzenleme bir fabrikanın ya da çiftliğin sa hipliği, ya da savcılık, eczacılık, belli türden zanaatkarlık gib mesleklerin icrası gibi salt teknik ya da ekonomik belirli ko şulların varlığıyla ortaya çıkabilir.

Her hukuk sistemi doğal olarak teknik ve ekonomik ger çeklerle bağımlı belli özel normlara sahiptir. Fakat bu noktad tartıştığımız özel yasa bütünleri farklı karakterdeydi. Bu öze hukuk türünün uygulanabilirliği ekonomik ya da teknik ni teliklere değil statüye, yani doğumdan, yaşam biçiminden y da grup üyeliğinden ("soylu", "şövalye" ya da "lonca arkadaşı"

veya özel mülke çevrilen vakıf arazisi veya bir malikane gibi maddî nesnelerle ilişkileri belli sosyal ilişkilerden kaynaklanan niteliklere bağlıdır. Bu nedenle özel bir yasanın uygulanabilirliği her zaman kişinin özel bir niteliğine ya da bazı maddî nesnelerle olan ilişkisine bağlı olmuştur. [92] Marjinal durumlarda, "ayrıcalık" bir tek bireye ya da nesneye bile bağlı olabilirdi ve bu gerçekte oldukça da sık olmuştur. Bu durumda, hak yasayla çakışıyordu; ayrıcalıklı kişi özel hukuka göre muamele görmesinin hakkı olduğunu iddia edebilirdi. Fakat kişinin özel tüzel statüsü olan bir gruba ait olmasının ya da bir nesneler grubuyla özel bir ilişkide bulunmasının önemli olduğu yerde, özel yasal normların uygulanmasını ilgili tarafların kişisel hakkı olarak görmek doğaldı. Genel olarak uygulanabilir normlar fikrinin bütünüyle eksik olduğu, fakat kaçınılmaz olarak gelişmemiş bir durumda kaldığı, bütün yasaların belirli bireylerin ya da nesnelerin ya da belirli bireyler veya nesneler topluluğunun ayrıcalığı olarak göründüğü doğrudur. Bu tür bir görüş açısına hiç şüphesiz devletin her şeyi kapsayan zorlayıcı bir kurum olarak göründüğü görüş tarafından itiraz edilmeliydi. Zaman zaman, özellikle de antik Roma'da ve modern dünyada yükselen "burjuvazi" sınıfının ilk döneminde muhalefet o kadar güçlüydü ki "ayrıcalık" olasılığı tamamıyla reddedildi. Ayrıcalıkların halk meclisi tarafından oluşturulması Roma'da imkansız sayılıyordu[93] ve on sekizinci yüzyılın devrimci dönemi her türden kurumsal özelliği ve hukuksal partikülarizmi yok etmeye çalıştı. [94] Bu hedefe hiçbir zaman tam olarak ulaşılamadı, ancak biraz sonra modern hukukun nasıl yeniden büyük bir hukuksal partikülarizm kitlesi yarattığını göreceğiz. Fakat bunu, eski tüzel

statü gruplarının ayrıcalıklarından birçok önemli açıdan a rılacak şekilde gerçekleştirdi.

Bütün bireylerin ve bütün gerçek durumların, en azında bugün prensipte resmi "hukuki eşitliğe" dayanan zorlayıcı b kurum içinde toplanması rasyonelleştirici iki büyük güç tar fından sağlanmıştır. Bunlardan birincisi, pazar ekonomisini genişlemesi ve ikincisi uzlaşma gruplarının organlarının etki liklerinin bürokratikleşmesiydi. Bunlar tekelci biçimde kapa örgütlerin özel gücüne ya da verilmiş ayrıcalıklarına dayana partikülarist yasa yapımı biçiminin yerini aldı; yani temel ol rak örgütlü statü gruplarının özerkliğini iki şekilde azalttıla

Birincisi isteyen herkes tarafından oluşturulabilen, gönül kuruluşların resmi, evrensel olarak ulaşılabilen fakat ayrıntı biçimde düzenlemiş özerkliğidir; diğeri ise herkese belli tü den özel yasal işlemler yapma yoluyla kendi yasasını oluştur yetkisini vermektir. Özerk yaşamanın teknik formlarının dönüşümündeki belirleyici faktörler, siyasî olarak, yönetici rin ve devlet memurlarının devletin gücü artarken duydukl yetki ihtiyacı ve ekonomik olarak da toplumun pazar gücü yönelen segmentlerinin, yani biçimsel olarak "serbest" rek betçi pazar savaşında mülk sahibi konumları nedeniyle –"sın konumu durumu– ekonomik olarak ayrıcalıklı kişilerin çıka larıdır. Eğer, resmi hukukî eşitlik nedeniyle, herkes "kişi a rımı gözetmeksizin" bir şirket kurabiliyor ya da bir arazi üz rinde hak iddia edebiliyorsa, mülk sahibi böyle sınıflar bir t olgusal özerklik kazanır, zira sadece onlar bu yetkileri kull nabilir ve bunların avantajından yararlanabilir.

Ancak, bu biçimsiz özerklik, "özerklik" ismini sadece m cazi anlamda hak eder; zira "özerklik" sözcüğü kesinlikt

yoksundur; tanımı, üyelik azalıp çoğalabilmekle beraber belirlenebilir olan ve üyeleri rızayla veya zorla, değiştirilmesi onlara bağlı özel bir yasaya tâbi bir grubun varlığını gerektirir. Grubun özel karakterinin tanımla ilgisi yoktur; bu bir şirket, belediye, bir "malikane", bir lonca, bir sendika, bir vasallar halkası olabildiği gibi bir klüp de olabilir. Olgunun kendisi her zaman devletin hukuksal üstünlüğünü belirtir. Bu her zaman devletin kendine ait olmayan organlarla yasa yapımını ya hoş gördüğü ya da doğrudan garanti altına aldığı fikrini doğurur. Niteliksel olarak da, bir grubun konsensusla ya da yasalaşmış normlarla sahip olduğu özerklik salt sözleşme özgürlüğünden farklıdır. Birinci arasındaki çizgi "norm" kavramının sınırlarıyla çakışır, başka bir deyişle, geçerliliği katılımcıların konsensusuna ya da rasyonel anlaşmasına dayanan düzenin artık bir gruba dayatılan nesnel olarak geçerli kural olarak değil, örneğin iki iş arkadaşının aralarındaki iş bölümü ve kar dağıtımı ile şirketin içinde ve dışındaki hukukî konumlarıyla ilgili anlaşmada olduğu gibi karşılıklı öznel hak taleplerinin tesisi olarak algılandığı yerde bulunur. Nesnel yasa ile özel hak arasındaki net bir ayrım çizgisinin yokluğu bu noktada belirgin hale gelir. Meseleyi hukukla ilgili olarak geliştirmiş olduğumuz düşünce biçimlerimiz açısından, [95] sadece bizi burada tek ilgilendiren özel hukuk alanında yasalaşmış kuralın bir çözümde normal bağlayıcılığına sahip olduğu yerde özerklik uygulanırken, kuralın somut bireyler arasındaki anlaşmayla elde edildiği yerde sözleşme özgürlüğü nedeniyle özel bir düzenleme örneğine sahip olduğumuz önermesin de teorik olarak bile bir ayrım bulunabilir. Bu ayrım geçmişte önemsiz değildi, fakat bunun münhasıran belirleyici olduğu da söylenemez.

Nesnel norm ve öznel hak talebi arasındaki ayrım eksi olarak gelişmişti ve hukuk kişinin bir gruba üyeliği ile beli lenen bir özellik olduğu sürece sadece iki tür kurallardan s edilebilirdi. Birincisi bir grup ya da örgütte, üyelerinin öz statü nitelikleri nedeniyle geçerli olanlardı; diğerleri geçe ve bağlayıcıydı, çünkü kişi onları amaçlı bir sözleşmeye do rudan katılarak kendisi için oluşturmuştu. Bütün özel huku gerçekte aslen üyeliğin statü nitelikleriyle belirlendiği bir gr bun hukukuydu, fakat bu durum, daha önce belirttiğimiz gib birkaç grup tarafından tekelci olarak sahip olunan mallar ekonomik kıtlığıyla ve gittikçe ayrışmasıyla birlikte değişti. D ğişiklikler gerçekte o kadar belirgindi ki sonunda neredey münhasıran, sosyal ve ekonomik olarak özel bir ilişkide geçe liydi. Orta Çağlarda buna yakın belli kavramlar bulunabili Heusler'e bu açıdan katılıyoruz, fakat devlet yasasının (*Staa recht*) varlığını bütünüyle inkar ettiğinde çok ileri gidiyord [96] Fakat feodal yasa "vasalsı devletin" yasası değil, lord ve v salı arasındaki ilişkinin yasasıydı, çünkü bu tür bir devlet h var olmadı. Aynı anlamda, malikane yasası da sadece mal kane ilişkilerine uygulanabilirdi; hizmet yasası hizmet tıma ları için geçerliydi; tüccar yasası ticaret malları ve ticarî işle lere uygulanıyordu; zanaat yasası [97] zanaatkarların işlemleri birlikleriyle ilgili yasadır.

Ancak, bu özel ilişkiler dışında, vasallar, tüccarlar, vak arazilerini işletenler, *ministeriales* ve hür insanlar genel h kuka tâbiydi. Birey aynı anda hem kısıtsız arazilere hem d vakıf arazilerine sahip olabilirdi; birincisiyle ilgili olarak ge arazi yasasının yargı yetkisi altındaydı; ikincisi içinse tım yasasına tâbiydi. Benzer şekilde, bir *commenda*'ya ya da foen

nauticum'a para veren tüccar olmayan biri sadece bu açıdan ticaret yasasına tâbiydi. Bununla birlikte, bu nesnel muamele biçimi evrensel değildi. Özel bir yasanın uygulandığı neredeyse bütün bu ilişkilerin, bir dereceye kadar tüzel statüyü ima eden, yani kişinin toplam hukuksal statüsüyle ilgili sonuçları vardı. Vakıf arazilerinin ya da diğer "kısıtlı" arazilerin sahipliğiyle ilgili durum buydu. Bunların çoğu tek bir kişide karşılıklı olarak uyuşmaz sayılıyordu ve bu tür tüzel statü kısıtlamalarını aşma eğilimi çoğu kez grup üyeliğinin kapatılmasıyla belirleniyordu. Almanya'da, Heusler'in bile kabul ettiği gibi, kasaba yasası (*Stadtrecht*) kentsel arazinin mülkiyeti yasasından çok vatandaşların tüzel statü hakkıydı. [98] İngiltere'de ise belediyeler neredeyse tamamen özel şirketler haline geldi.

Genel olarak, orada özel yasayı belli nesnelerin ve durumların yasası olarak ele alma eğilimi baskın oldu. Sonuç olarak, özel yasaların temel özel kurallar olarak bir ülkenin kanunuyla (*lex terrae*) bütünleşmesi büyük oranda kolaylaştı. Ancak gerçek ve nihaî bütünleşme ağırlıklı olarak siyasî koşullara dayanıyordu. Ancak, bu bütünleşmenin tam olarak gerçekleşmediği alanlarda çeşitli özel hukukların ve onların ilgili özel mahkemelerinin ülkenin genel kanunuyla ilişkisi problemi çok çeşitli şekillerde çözüldü. Ülkenin genel kanununa göre vakıf arazisindeki temellük (Gewere) hakkı onu kullanana değil korda verilmiştir. Fakat ücret karşılığı elde tutulan araziyle ilgili olarak durum çok basit değildi; örneğin *Saxon Hukuku Aynası*'nda, temellük hakkı problemi yazarla yorumcu arasında ihtilaflıydı. [99]

Bu özel problem Roma hukukunda da iz bırakmıştır. Roma *ius civile*'si (medeni hukuk) Roma vatandaşlarının hukukuydu;

vatandaş ya da anlaşma vasıtasıyla benimsenmiş olmayan l
kişi bir Roma mahkemesinde taraf olarak bulunamaz, vata
daşların hukukuna göre özel işlemler yapamaz[100] ya da on
kurallarına göre yargılanamazdı. Hiçbir Roma *lex*'i (kanun
vatandaşlık halkasının dışında geçerliliğe sahip değildi. Vata
daş olmayanlara uygulanamazlığı siyasî olarak ciddi önem t
şıyordu; çünkü, hukukla bütünleştirilmemiş olan ele geçirilm
bütün bölge üzerinde memurların ve Senato'nun egemen g
cünü tesis ediyordu. Fakat öte yandan, Roma vatandaşı hiçl
zaman *ius civile* ile münhasıran yargılanmaz, *ius civile* ma
kemelerine münhasıran tâbi olmazdı. Tarihsel zamanların i
civile'si daha çok bir kişi için münhasıran bir vatandaş kimli
açısından, yani o özel statü grubunun bir üyesi sıfatıyla geçe
olan özel hukuk olarak tanımlanmalıdır. Bununla aynı and
ya hem vatandaşları hem de vatandaş olmayanları ya da sade
bir kısım vatandaşları kapsayan hukuk alanları ve kendisini
statü grupları ya da nesnel ayrım ile ilgili özel hukuk olan
sunan hukuk söz konusudur. Bu bağlamda idarî hukuk tar
fından düzenlenen çok çeşitli ve önemli durumları da görürü
Gracchi zamanına kadar, *ius civile*'ye dayanarak hak iddi
açıkça ilan edilerek *ius civile*'ye tâbi olan yerler dışında hiçl
yerde mevcut değildi. [101] Kamu arazilerindeki (*ager publici*
kullanım süreleri ne *ius civile* tarafından düzenleniyor, ne
hem vatandaşlara hem de vatandaş olmayanlara açık olan
ius civile tarafından korunuyordu. Gracchi dönemine gelin
vatandaşlık bu yerleri kanunla düzenlemeye yani ius civile'n
iradesine tâbi kılacakmış gibi görünüyordu; müttefikler hem
vatandaş yapılmalarını talep ettiler. Dolayısıyla bu kullanı
haklarının süresi münhasıran magistratların bilgisine tâbiy

onları da bu açıdan *ius civile*'ninkilerden farklı kurallara göre davranıyorlardı. Sonraki araziyle ya da vakıf arazileriyle birlikte işleyen ne kira sözleşmelerini (*emphyteusis*) ne de akitleri tanıyordu. Fakat bütün bu kurumlar kamu arazilerine uygulanabilen idari hukuk bünyesinde mevcuttu. Bunun yanı sıra, devlet hazinesi ve özel şahıslar arasındaki ilişkide geçerli olan hukuk *ius civile*'de olmayan kurumları kapsıyordu; öncekine ait kurumların sonrakiyle aynı olduğu yerde bile (*fideiussor* ve *hypotheca*'dan ziyade) *praes* ve praedium gibi farklı isimler kullanılıyorlardı. [102] Bu nesnel olarak tanımlanmış özel hukuk alanı memurun yargı yetkisinin kapsamı tarafından belirleniyordu. Üyeliğin katılım testi olduğu herhangi bir özel kişiler birimi mevcut değildi; eğer bir gruptan söz edilecekse, bunun üyeliğinin belli bir zamanda idarî yargıya tâbi bir meseleyle ilgili kişilerden oluştuğu söylenebilir. Özel hukukun bir diğer alanı vatandaşlarla yabancılar arasındaki ihtilaflar konusunda karar veren pretor'un yargı yetkisinden oluşuyordu. *Ius civile*'nin bir kuralına başvurabilirdi; ancak bu *ius civile*'e ait bir *lex*'e, yani kanuna dayanarak değil, sadece yargıçlık yetkisine binaen yapılabilirdi. Daha çok farklı temellere dayanan bir hukuk olan *ius gentium*'u uyguluyordu. Ancak, bu tür hukuk *praetor peregrinus* görevinin tesisiyle birlikte ortaya çıkmış olarak gösterilmemelidir. Bu daha ziyade çok eski zamanlardan beri pazardaki anlaşmazlıkların kendisine göre çözüldüğü ve muhtemelen başlangıçta sadece dinsel olarak yemin vasıtasıyla korunmuş olan uluslar arası ticaret yasasıydı. Erken dönemde uygulamada büyük önem taşıyan, patron ve klient arasındaki içeriksel olarak feodal ilişkiler de *ius civile*'de olası dava konuları değildi. Mülkiyetle ilgili Germen

yasasında olduğu gibi, *ius civile* ve feodal hukuk alanları birbirine mülkiyet alanında, yani *preacarium* [gönüllü kiracılık] ile ilgili olarak dokunuyordu; *ius civile* başka alanlarda da ilişkiyi dikkate alıyor ve onunla ceza hukukunda ilgileniyordu. Fakat *ius civile* ile düzenlenmiyordu. Özel hukukun *ius civile* içerisindeki gerçek alanları ise sadece tüccarlara ve ticaretle uğraşan kişilere açık belli yasal kurumlarla, yani *actio exercitoria* [104], *receptum* [105] ve *argentarii* (bankerler) ile ilgili özel yasa ile oluşturuluyordu.

Gelecekte hukuksal gelişme açısından çok önemli olan *fides* kavramı [106] hem genel ticaret hukukunda, hem de patron ve klient yasasında kapsanıyordu. Özgün bir şekilde, sadece sadakat ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülükleri değil, ayrıca salt ticari işlemlerde iyi niyet (*fides bona*) ve dürüst iş yapmayı da içeriyordu. Bu böyle bir *ius civile* için bilinmiyordu. Teknik olarak bilinmese de, uygulamada daha başından beri ondan öğeler mevcuttu; zira belli hileli işlerle ilgili olarak On İki Tablet *improbus intestabilisque* statüsü ile tehditte bulunuyordu. [107] Çok sayıda insan, özel hukuktaki genel sonuçları şahitlik etmekten men edilme, yani uygulamada ticari boykot anlamına gelen şahitlik yapamama veya şahit bulamama olan *infamia* (şerefsizlik) kararını açıkça veriyordu. Bu, vasiyet vasıtasıyla mülk edinmenin sınırlanmasına yol açtı; bunun yanında belli eylemlerin *pretor* tarafından reddini içeriyordu. Resmi olmayan karakterlerine rağmen, *fides* ilkeleri hiçbir şekilde ne patron ve klient ne de ticari işlemler hukuku alanındaki belirsiz duygusallığın ürünleri değildi. Roma ticaret hukukunun temelde dayandığı kesin biçimde belirlenmiş tezatlar dizisi *fides* ilkelerine dayanarak gelişti. *Fiducia*[108] ve

imparatorluk devrinin *fidei-commissum*'u gibi eski kurumlar bütünüyle *fides*'e dayanıyordu. *Fidei-commissum*'un vatandaş olmayanlar ve "yasaklı kişiler"[110] lehindeki vasiyetlerin *ius civile*'de dava edilebilir olmadığı ve sadece teamülle garanti altına alındığı gerçeği *fides*'in *ius civile* için hiçbir zaman geçici bir gerçekten fazlası olmadığını ve ancak görece geç bir evrede ortaya çıktığını ispat etmez. Hukuki bir kurum olan *clientala*, *ius civile* hukuksal kavramının kendisi kadar eskidir, ancak dışarıda kalmıştır. Bu nedenle *ius civile*'nin içeriği "medeni hukukla" hiçbir zaman bitişik değildir. Fakat *fides* (niyet) hukuksal ilişkilerin düzenlenmesi için tek biçim bir ilke değildi. Bir kişinin *fides*'e göre bir başkasına borçlu olduğu şey, somut ilişkinin özgün doğasına dayanıyordu ve *fides* bu özelleşmede hukuk ihlal durumunda her zaman aynı hukuksal sonuçları doğurmuyordu. Infamia (şerefsizlik) *fides*'e karşı her türlü ihlalden ziyade belirli özel eylemlerin sonucuydu. Mütecaviz davranışa karşı olan denetleyici kınama ya da birisini bir göreve aday olarak listeye almama gibi tepkilerden her birinin kendine özgü ön koşulları vardı; bunlar ne *infamia* örnekleri ile ne de fides ilkesi ile özdeşti ve ayrıca dalgalanıyordu. Bunlar hiçbir zaman tamamıyla ve kendiğinden *fides*'in ihlalleri ile ilgili değildi. Klientliğe ait yükümlülüklerin ihlalleri aslen patronun ev mahkemesindeki yaptırımlarına tâbiydi. Daha sonra bu yükümlülükler dinsel olarak ya da teamüllerle ve son olarak da hür insanların salt ticari klientlikleri durumunda *ius civile* tarafından garanti ediliyordu.

Fides'in ticaretteki asıl rolü ile ilgili olarak hiçbir bilgiye sahip değiliz. *Bonae fidei* sözleşmelerinin *ius gentium*'un diğer kurumları gibi magistratın yetkisine dayanarak hileli eylem

biçimlerinde tanınmadan önce garanti altına alınmalarını sağlayan araçları bilmiyoruz. Muhtemelen, yeminli bireysel ya da genel hakemlik anlaşmaları vardı; bunlar yemin bozulursa sonraki zamanlarda *infamia*'nın karşılıklı bir yeminli anlaşmanın ihlali için yaptırım olduğu gibi aynı şekilde *infamia* oluşturuyordu. Fakat *ius gentium* kurumları için eylem biçimleri oluşturmak onun *ius civile*'den ayrımının ortadan kalktığı anlamına gelmiyordu; dolayısıyla *ius civile* vatandaşların saf tüzel statü grubu hukuku olarak kaldı. Ara sıra magistrat *si civis Romanus eset* (bir Roma vatandaşıymış gibi yargılanması formülüyle sivil bir dava formunu vatandaş olmayanlar için de mevcut kıldı. Diğer kurumlar da *ius gentium*'a belli belirsiz şekilde sokuldu. Ayrım ancak imparatorluk zamanında, vatandaşlığın diğer ayrıcalıkları ile birlikte tamamıyla kayboldu.

Fides ile ilgili gruplardan hiçbiri kapalı bir örgütlenme oluşturmadı. Gerçi Mommsen, daha sonra göreceğimiz gibi, hatalı bir şekilde, klientleri *pleb* örgütlenmesi ile özdeşleştiriyordu.[111] Çıkarları kişisel statü açısından oldukça farksız olan *bonae fidei* sözleşmeleri veya *ius gentium*'da bulunan kişiler böyle bir örgütlenme oluşturmuyordu. Yargıçlar kanunu tek başına *ius gentium*'la özdeş olmaktan uzaktı, *ius gentium*'un kabulü yalnızca yargıçlar hukuku tarafından gerçekleştirilmedi; aslında bu büyük oranda temel ilkelerinin *ius civile* ile hukukçular vasıtasıyla bütünleşmesi sayesinde ortaya çıktı. Hem cumhuriyet hem de imparatorluk zamanında gerçek statü grupları bile, yani köleler, azatlılar, şövalyeler ve senatör aileleri gerçek bir özelliğin taşıyıcısı olabilecek kurumsal bir örgütlenmeden yoksundu. Siyaset ve güvenlik nedenleriyle cumhuriyet kendini özel kurumlara karşı defalarca sert müdahalede bulunma zorunda

buldu. Baskı dönemleri yerini hoşgörü dönemlerine bıraktı. Monarşi dönemi doğal olarak özel kurumlar için elverişli değildi. Demokrasinin sosyal ve ekonomik olarak güçlü kurumlardan korkmak için nedenleri vardı. Monarşinin de herhangi birden kontrolsüz bir örgütün siyasi sonuçlarından korkmak için nedenleri vardı. Cumhuriyet ve imparatorluk dönemlerinin Roma hukuku, fiilen, kurumsal özerkliği sadece gönüllü kuruluşların ya da modern anlamda şirketlerin yasası olarak kabul ediyordu. Özerklik bu kurum ve kuruluşların hoş görüldüğü ve kendilerine ayrıcalıklar tanıdığı derecede var oluyordu. Ne dereceye kadar var oldukları bir diğer problemin, yani örgütlerin hukuksal kişilikleri genel tartışmasıyla ilişkili olarak incelenecektir. [112]

6. *Kurumsal Sözleşmeler–Hukuksal Kişilik*

Kişisel hukuk çağının yasal olarak özerk kurumlarının devletin yasa yapma tekeline genel olarak dönüşümü ve onunla bütünleşmesi, ifadesini bu kurumların hukuksal olarak hak sahipleri sıfatıyla ele alındığı formların değişiminde buldu. Özerk kurumlar zorunlu bir siyasi ortaklığın içerisinde düzenli bir yargı sistemiyle barışçıl biçimde uygulanan ortak bir yasa bütününe tabi olduğunda ve ayrıca bir tarafta sadece grup üyeleri tarafından (*Rechtgenossen*) ve sadece belli bir ortak amaç için kullanılacak tekelci biçimde sahiplenilen mallar olduğu ve öte taraftan bu nesneleri kapsayan yasal işlemler ekonomik olarak gerekli hale geldiği zaman böyle bir muamele gerçekleştirilemez. Bununla birlikte, bu gelişmenin henüz olmadığı yerde, problem basit bir şekilde çözüldü: Bir kurumun üyeleri bu diğerinin bütün üyelerini zincirleme olarak, organlarını da

içerecek şekilde, üyelerinden herhangi birinin eylemlerinde sorumlu tutuyordu. Bu nedenle, ilkel kan davasıyla birliktı evrensel bir olgu olarak kısası, yani bir kişinin ya da bir grup üyesinin mallarının arkadaşlarından birinin ya da hepsinin yi kümlülükleri nedeniyle alıkonması anlamında kısası bulunu[113] Orta Çağlarda, kısaslar ve bunlardan karşılıklı olarak mah kemelere başvurma hakkıyla kaçınma konusundaki görüşme ler ve karşılıklı hukuksal yardım şehirler arasında sürekli b tartışma konusuydu. Uzlaşma da kan davasıyla aynı ilkel kay naktan gelmektedir. Hangi bir kişinin ya da kişilerin yasal ola rak uzlaşma anlaşması yapabileceği ve yabancılarla ilişkilerd bir grubun üyelerini temsil edeceği yabancının gerçekte kimi emirlerine uyulduğuyla ilgili tecrübeleriyle belirleniyordu. E ken Orta Çağ hukukunda bile asıl anlayış, köyün, loncanın kırsal komünün ya da başka bir topluluğun belli bir kararın katılmamış bir grup üyesinin onunla bağlı olmadığı, örgütü dışarıyla olan işlemlerinin gerçekliğinin olması için genel b kararda ifade edildiği şekilde üyelerin anlaşmasına dayalı oması gerektiği şeklindeydi. Bu nedenle Heusler' le[114] bir kara rın gerekliliği ve bağlayıcı gücünün örgütlerinin hukukunu gelişmesinde karakteristik unsurlar olduğu konusunda anla şılabilir. Fakat açıktır ki, karar ve sözleşme arasındaki ayrım nesnel yasal normlar ve genel öznel haklar arasındaki kad değişken kaldı; kararlar yoluyla ulaşılan normlar çoğu zama *pactus* olarak isimlendiriliyordu. Fakat fiili olarak ayrım h zaman; özellikle de bir zamanlar evrensel olan, bir kararın on iştirak etmiş ve kendilerini onunla özdeşleştirmiş kişiler d şındakileri bağlamayacağı ve neticede oybirliğiyle alınmış oması gerektiği fikrinde mevcuttu. Gerçekte ise bu anlayış da

yol bütün yasalarda ima edilen, buna göre tek yasanın doğru olabileceği ilham unsurundan etkileniyordu. Doğru yasanın bulunması için büyüsel ve karizmatik araçlar kaybolduğunda, doğru yasanın çoğunluk tarafından kabul edilen olduğu, dolayısıyla azınlığın kendisini onunla özdeşleştirmesi gerektiği ilkesi gelişti. Fakat azınlık, bazen şiddetli zorlama altında bunu yapmadan önce, çoğunluk kararı yasa değildi ve kimseyi bağlamıyordu. [115] Bu bakış açısının pratikteki önemi buydu.

Öte yandan, hiç kimse, tabii ki, bir başkasıyla sözleşme yapma mecburiyetinde sayılmıyordu. Dolayısıyla, en erken zamanların kavramlarını da içeren bu düşünce biçimlerinde bile, meşru yasa oluşturma aracı sıfatıyla yasama ve öznel hakları oluşturma aracı olarak sözleşme arasındaki ayrım, aralarındaki geçişin büyük belirsizliğine ve akışkanlığına rağmen, tanıdık bir ayrımdı. Karar, tamamlayıcısı olarak, icrası için bir organ gerektiriyordu. Seçim biçimi, yani durumdan duruma ya da daha uzun bir dönem için seçim veya yürütme işlevlerinin kalıtsal olarak tahsisi vs. birçok farklı biçim alabiliyordu. Çeşitli örgütler arasındaki ve içindeki farklılaşma ve tahsis geliştikçe, bireyler aynı anda birkaç örgütün üyesi haline gelmeye başladıkça, grup üyeleri arasındaki iç ilişkilerde memurların ve üyelerin görece yetki dereceleri sabit ve gittikçe rasyonel kurallara tabi oldukça ve son olarak hem bireylerin hem de bir bütün olarak örgüt ile yabancılar arasındaki amaçlı sözleşmeler büyüyen bir mübadele ekonomisinin sonucunda daha sık hale geldikçe bir örgüte ait her bireyin ve her memurun her eyleminin öneminin belirlenmesi gerekli hale geldi ve örgütün bütünü ve organların hem sözleşmeli işlemlerde hem de usulde meşruiyeti sorunu bir şekilde ortaya çıkmak zorundaydı.

Bu sorunun teknik hukuksal çözümü tüzel kişi kavramında bulundu. Hukuksal bakış açısından terim laf kalabalığıdır, zira buradaki kişiyle ilgili gerçek kavram hükmi şahıs kavramıdır. Bir çocuk *en ventre de sa mêre* tam bir vatandaş olarak hak ve yükümlülük sahibi sayılır ve bir köle sayılmaz ken, her iki kural da belli sonuçlara ulaşmanın teknik araçlarıdır. Bu anlamda, hükmi şahsiyetin belirlenmesi "şey'in" hukuksal tanımı kadar yapaydır; yani, münhasıran amaca uygun olarak seçilen hukuksal kriterlere uygun olarak kararlaştırılır. Bununla birlikte, kurum ve kuruluşların hukuksal konumlarının belirlenmesi için mevcut daha fazla sayıda alternatif daha sonra özel bir problem yaratacaktı.

Kuruluşların tüzel kişiliği fikrinin en rasyonel gerçekleştirilmesi üyelerin hukuksal alanlarının kuruluşun ayrı olarak oluşturulmuş yasal alanından bütünüyle ayrılmasına dayanır; kurallara göre isimlendirilmiş belli kişiler hukuksal bakış açısından kurum için yükümlülükler üstlenme ve haklar elde etme konusunda tek başına yetkilendirilmiş görülür. Bu şekilde oluşturulan hukuksal ilişkiler bireysel üyeleri ve malları hiç etkilemez ve onların sözleşmesi sayılmaz; fakat bütün bu ilişkiler ayrı ve bağımsız bir varlıklar bütününe atfedilir. Benzer şekilde, bu gibi üyelerin kuralları çerçevesinde kurumdan talep ettiği ya da ona borçlu olduğu şey hukuksal olarak kurumunkinden tamamıyla ayrı kendi özel varlıklarına aittir veya bunları etkiler. Bu şekildeki bireysel bir üye kurum için ne bir hak ne de bir görev edinebilir. Hukuksal olarak bu yalnızca kurum adına iş yapan görevliler için mümkündür ve sadece bir araya çağrılan ve sabit kurallara göre hareket eden nitelikli üyeler meclisi bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip

olabilir, fakat bu zorunlu değildir. Tüzel kişilik kavramı, faydası kurallara göre belirlenen fakat kurumsal olarak örgütlenmeyen bir kişiler çoğunluğuna dokunan ekonomik mallar üzerindeki kontrolü kapsayacak şekilde genişletilebilir. Bu şekilde bir *vakıf*[116] olarak kurulduğu zaman, sabit kurallara göre belirlenecek olan bağımsız bir hak sahibi, bu bireylerin çıkarlarını temsil etmeye yetkili olarak tanınır.

Bir kişiler birliğine tüzel kişilik verildiği zaman bu iki olası şekilde oluşturulabilir. Bir kuruluş olarak örgütlenebilir. Bu durumda üyeler bütünü sabit bir kişiler grubu şeklinde oluşturulur. Bu bütünün bileşimi iki şekilde, yani ya özel hukuk kurallarına uygun olarak bir üyelik pozisyonuna vekâlet ile ya da belirlenmiş bir kuruluş organının kararı vasıtasıyla değiştirilebilir. Bu iki şekilden birinde belirlenmiş kişiler hak sahibi tek kişilerdir ve yönetim hukuki olarak onların buyruğu vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Bir kişiler birliğinin tüzel bir kişilik olarak oluşturulabileceği diğer olası form temelde vakfa benzer *kurum*dur (Anstalt). Hukuksal bir terim olarak kullanıldığında, kurum kavramı sosyal refah alanında kullanımla kısmen çakışır. Kurumun örgütlü üyeler bütünü yoktur, sadece temsil edildiği bir organ ya da organlara sahiptir. Üyelik çok sık olarak yükümlülüğe dayanır ve yeni üyelerin kabulü eski üyelerin isteğine değil, nesnel ölçütlere ya da kurum organlarının takdirine bağlıdır. Bunun yanında, örneğin bir okuldaki öğrenciler gibi kurum üyeleri onun yönetimi üzerinde hiçbir yetkiye sahip değildir. [117]

Üç örgüt biçimi – vakıf, kurum ve şirket– birbirinden mutlak anlamda net hukuksal testlerle ayrılmaz. Bunlar arasındaki geçişler daha aşamalı ve değişkendir. Bir örgütün özerk

ya da bağlı olması Gierke'nin var saydığı gibi, kesinlikle belirleyici bir test olamaz. [118] Bir kilise, özerk olabilmesine rağmen bir kurumdur.

Teknik bakış açısından, tüzel kişilik kavramı örgüt adına sözleşmelerin gerekli olacağı hiçbir mülke sahip olmadığı yerde de söz konusu olabilir. Tüzel kişilik doğaları gereği sadece oldukça sınırlı sayıda ortağı kapsayan ve ayrıca belli ticari kuruluşlar gibi zaman açısından da sınırlı dernekler için uygun değildir. Onlar için üyelerin hukuksal alanlarının bütünlüğün hukuksal alanından mutlak ayrımı kredi açısından zararlı olacaktır; zira kredi derecelendirmesi bağımsız bir fonun varlığından etkilenirken, temel olarak bütün ortakları bütünlüğün borçlarına cevap vermek zorunda olduğu gerçeğine dayanır. Benzer şekilde, bütünlüğün temsili için bütün organların tesisi her zaman uygun olmayabilir. Bu tür örgütler ve kuruluşlar için kapitalist kredi çıkarları açısından en uygun form, en azından başlangıç durumunda, geçmişin çoğu hukuk sistemince "birleşik eller" (*gesamthand*) [119] ilkesidir. İlk olarak bütünlüğü temsil etme yetkisinin ya müşterek olarak katılan bütün katılımcılara ya da herkes adına hareket eden bazı ya da bir özel katılımcıya verilmesini içeriyordu; birleşik eller ilkesi ikinci olarak hem şahsıyla hem mallarıyla herkesin sorumluluğunu içeriyordu. Düzenleme hane topluluğunun ortak sorumluluğundan kaynaklanıyordu. Özel karakterini, bireysel malların bireysel mallardan ayrımının ortak ve bireysel borçlar ayrımı yapılmasını gerekli kıldığı zaman kazanıyordu. [120] Bu süreç dostluk ilişkilerinin daha önce söz ettiğimiz ticari etkilerle bozulması sırasında ortaya çıktı. (IV:2)

Varisler topluluğundan kurum doğdu ve hane topluluğunun kardeşlik niteliğinden kaynaklanan grup içi ve grup dışı ilişkiler için ya temel olarak ya da hukuksal-teknik uygunluk değerlendirmesiyle benimsenmiş, isteyerek oluşturulmuş çok sayıda topluluğun temeli haline geldi. [121] Günümüz ortaklık yasası, daha önce gördüğümüz gibi, hane topluluğunun kapitalist işletme amaçlarına yönelik ilişkilerinin dolaysız rasyonel bir gelişmesidir. "*Societe en nom commandite*" nin çeşitli formları [122] başka yerde olduğu gibi bu ilkenin commenda ve societas yasası ile kombinasyonlarıdır. Alman "limited şirketi" [123] daha küçük aile işletmeleri için, özellikle de ortak mirasçılar arasında yasal olarak yetersiz ve özellikle modern yasaların gerektirdiği birçok yatırım nedeniyle elverişsiz olan anonim şirketin yerine geçecek rasyonel bir icattır.

Tüccarların, gemi sahiplerinin ve denizcilerin kardeşliği (İspanyol hukukunda *agermanament*), ortak bir deniz yolculuğu işletmesinin özünde vardı. Bu, hane topluluğundan bir şirketin doğmasına uygun olarak, gemicilik alanında girişimcilerin *ortak eller birliği* (*gesamthandvergesellscaftung*) şeklinde gelişti; öte yandan, bu, gemi rehininde ve müşterek avarya katkıları açısından, yolculukla ilgilenen herkes arasında bir tek risk topluluğuyla sonuçlandı. Bütün bu durumlarda, tipik unsur kardeşlik ilişkisinin yerine iş ilişkisinin, yani amaçlı bir sözleşmeyle bir statü sözleşmesinin geçmesiydi. Ancak burada hukuk tekniği açısından uygun bir yaklaşımla tüm grubun ayrı ve bağımsız bir yasal özne ve ortak varlıkların ayrı sahibi olarak ele alınmasını saymıyoruz. Öte yandan, aygıtın şirket olayında teknik olarak gerekli olacak resmi bürokratikleşmeden kaçınılıyordu. Hiçbir hukuk sisteminde, rasyonel olarak

dönüşmüş *ortak eller* ilişkileri Orta Çağlarda ve daha sonra Batı'daki kadar özgün biçimde gelişmemişti. Roma hukukundaki yoklukları daha çok ekonomik nedenlerden ziyade ulusal *ius civile*'nin doğasında var olan hukuk tekniğinin belli unsurlarından kaynaklanıyordu. Özellikle Rodos türleri olmak üzere antik çağ ticaret hukukunun belli özel kurumlarının ödünç alındığı Hellenik ticaret yasasının gelişmesinin ayrıntıların bilmiyoruz. Roma hukukunun, çok zengin çeşitlikteki yasa formların gelişmesi olmadan da kolaylıkla yapabilmesi, hem bir köle kapitalizmi hem de devlete dayalı siyasi bir kapitalizm olan antik kapitalizmin özgün karakteriyle ilişkiliydi. Kölele ticaret aracı olarak kullanılıyor; efendiler onların sözleşmeleriyle sınırsız haklar elde ediyor, fakat sadece sınırlı yüküm lülükleri oluyordu. Peculium'un bağımsız bir fon tarzında el alınması bugün sınırlı sorumluluğun çeşitli formları vasıtasıyla ortaya çıkan sonuçlardan en az bir kısmının elde edilmesine olanak sağlıyordu. [124] Tabii ki, bu kısıtlamanın, ortak el uygulamasının her türünün societas yasasının tamamiyle dışında bırakılması ve açıkça ifade edilen *sponsio correalis* tarafından oluşturulan bütün müteselsil hak ve sorumlulukla gereğiyle ilişkili olarak, [125] Roma ekonomik sisteminin karakteristiği olan sürekli kredi ihtiyaçlarına sahip istikrarlı kapitalist girişimlerin yokluğunun hukuksal belirtilerinden biridir. Antik kapitalizmin esasen siyasi temelinin önemi, özel işletmelerin yoksun olduğu hukuksal kurumların, vergi tahsildarları (*socii vectigalium publicorum*), [126] yani devletin vergileri toplanmasını ve devletin sahip olduğu madenler ve tuzlaları işletmesini kiraladığı özel tüccarlar grubuyla ilgili erken imparatorluk özel hukukunda önceden bilinmesiyle gösterilir. B

bankiklerin hukuki ve ekonomik yapıları bugün tahvil ve diğer menkul kıymetlerin basılmasında işbirliği yapan bankalarca oluşturulmuş olarak kurulmalarıyla bankalar birliğine benziyordu. Bu ya da daha fazla "lider" banka tahvil ihracı yapan tarafa söz konusu tüm sermayeyi sağlama yükümlülüğünü üstlenir; diğer bankalar tüm miktarın sorumluluğunu yüklenerek birliğe katılır, yine başka bankalar da sadece sınırlı sorumlulukla ortakçi olur. Roma'da konsorsiyum liderinin (*manceps) socii'si, interdictum de loco publico fruendo* ve diğer kaynaklarda [127] belirtildiği gibi konsorsiyumun üyeleriydi, öte yandan *affines*, modern *commanditista* tarzında sadece sınırlı sorumlulukla işortakçi oluyordu; hukuksal durum hem içsel hem dışsal olarak modern olgununkine oldukça benzerdi. *Devlet* kurumunun kendisinin özel hukuku olan tüzel bir kişilik sayılması gerekip gerekmediği hem hukuki - teknik hem siyasi değerlendirmelere bağlı olacaktır. Eğer böyle yapılırsa, uygulamada öncelikle devlet otoritesinin organlarının hukuksal alanlarının, bireysel olarak onlara verilmiş hak ve sorumluluklarla birlikte bir kişisel haklar alanına ve mülkiyet ilişkilerinin bağımsız kurumsal varlıklar sayıldığı resmi bir alana ayrılacağı anlamına gelir; bu ayrıca, devlet organlarının eylem alanının kamu ve özel hukuk alanlarına ayrıldığı ve münhasıran mülkiyet meselesiyle alakalı sonraki alanda özel işlemler hukukunun genel ilkelerinin uygulandığı anlamına gelir. [129] Normal medeni hukuk usulüne göre dava açması ve hakkında dava açılması, özel şahıslarla eşit statüde olması ve ona karşı hak talepleriyle ilgili dava açılması devletin tüzel kişiliğinin normal sonucudur. Kesin biçimde hukuksal bakış açısından, devletin tüzel kişiliğinin bu sonraki sorunla ilgisi yoktur. *Populus Romanus*

hiç şüphesiz vasiyetle miras gibi özel haklar elde etme ehliy tine sahipti, fakat bu dava edilemiyordu. Bu iki problem pr tik bakış açısından da farklıdır. Zorunlu kurumsal ve dolay sıyla siyasal bütün devlet yapıları, sıradan hukuk sürecine tal olmaktan uzak durdukları yerde bile haklar elde etme yeterl liğine sahip olma anlamında tüzel bir kişiliğe sahiptir. Benz şekilde, hükümet ve şahsi sözleşmeler için farklı ilkeler ol bilirken devletin tüzel kişiliği ve onun yasal sürece karşı s rumluluğu tanınabilir. Fakat önceki olgu genellikle, örneği Roma'da, umumi mahkemelerin hariç tutulması ve hüküm sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflar hakkındaki kara ların idari memurlar tarafından alınmasıyla özdeşleşmiştir.

Dava etme ve edilme ehliyeti sadece tüzel kişiler için değ aynı zamanda çok sayıda ortak eller grubu için de tanınmı tır. Bununla birlikte, tüzel kişilik problemi hukuk tarihinc genellikle kuruluşların, özellikle kamu kuruluşlarının da etme ve edilme ehliyetiyle yakın ilişki içerisinde görünmüşt

Tartışılan tüm problemler, siyasal otoritenin bir efendini tebaasıyla ilgilendiği gibi özel şahıslarla uğraşamadığı, fakat ö gür sözleşmelerle onların hizmetlerini almak zorunda olduğ zaman ortaya çıkmak durumundaydı. Siyasal otoritesinin kı disini ya da girişim örgütlenmesine ihtiyaç duyduğu ve serm yenin rekabet eden birçok kuruluş arasında serbest hareket e mesi sonucu bu hizmetleri törensel olarak talep edemediği yer özellikle şiddetli olmak durumundaydı. Nihai olarak devlet törensel zorlama uygulayamadığı ya da uygulamak istemedi özgür zanaatkârlar ve işçilerle uğraşmak zorunda olduğu yer problemlerin ortaya çıkması kesindi. Özel çıkarların güve liği devletin tüzel kişiliğinin ve umumi mahkemelerin yar

yetkisinin kabul edildiği yerde genel olarak artıyordu. Fakat taraflardan birinin reddi bu güvenliğin zedelenmesiyle sonuçlanmıyordu; zira devletin sözleşme yükümlülüklerine uyulması başka araçlarla yeterince garanti edilebilirdi. İngiltere Kralının mahkemede her zaman yargılanabileceği Floransalı bankerleri onun on dördüncü yüzyıldaki muazzam borcunu ödemesine karşı korumuyordu. [130] Roma devlet hazinesine karşı herhangi bir prosedür zorlaması uygulanmaması genel olarak alacaklılarını tehlikeye atmıyordu. Buna rağmen ikinci Pön savaşında böyle bir tehlike ortaya çıktığı zaman, alacaklılar verdikleri krediler için kimsenin müdahale etme teşebbüsünde bulunmadığı güvenceler alabildiler. Fransız devleti ihtilalden sonra bile mahkemelerin zorunlu yargı yetkisine bağışık kaldı, fakat kredi imkânları da zarar görmedi. [131] Devlet hazinesinin umumi yasal sürece bir ölçüde bağışık kalması devleti modern egemenlik kavramıyla ilişkili olarak gelişen diğer kurumlardan ayırma ilkesiyle bağlantılı olmuştur. Fransa ve Prusya'da ki durum tam olarak buydu. Egemenliğinin bilincinde olan I. Frederick William "dik kafalı soylularının" İmparatorluk Mahkemesine başvurmalarını engellemek için her türlü hileye başvuruyordu. [132] Öte yandan, umumi hukuk usulünün varlığı hiç şüphesiz, siyasi örgütün tüzel statü yapısının tüm idari problemlerin imtiyaz veya kazanılmış hak sahipleri arasındaki ihtilaflar ve dolayısıyla prensin hükümdar değil, sınırlı bir imtiyazın sahibi ve siyasi örgütteki diğerleri arasında bir imtiyaz taşıyıcısı olarak göründüğü sıradan ritüelin unsuru olarak ele alınmasıyla sonuçlandı. İngiltere ve Kutsal Roma (Germen) imparatorluğundaki durum buydu.

Devlete karşı açılan davaların reddi temelde teknik hukuksal faktörlerin sonucu da olabilir. Dolayısıyla Roma' da *censor* bireylerin devlete karşı hak taleplerini ya da tam tersini karara bağlayan otoriteydi, bunlar bizim düşünce biçimlerimize göre özel hukuka ait hak talepleriydi. Fakat *censor* aynı zamanda devlet mallarıyla ilgili ilişkilerden kaynaklanan hukuki sorunlara bağlı oldukları kadarıyla özel şahıslar arasındaki ihtilaflar için de otoriteydi. [133] *Ager Publicus*'daki tüm kira süreleri ve kamu arazilerindeki kapitalist çıkar sahipleri ve devlet yüklenicileri (vergi tahsildarları) veya onlarla tabiler arasındaki bütün ihtilaflar böylece jürilerin yüksek yargılarından çekiliyor ve basit idari vukufa atfediliyordu. Bu gerçekte muazzam derecede güçlü devlet kapitalistlerinin negatif değil pozitif ayrıcalığıydı. Jüri yargılamasının olmayışı ve magistratın yargıç ve parti temsilcisi şeklindeki ikili niteliği devam etti ve gerçekte imparatorluk idaresinin hazinesine transfer edildi; o zaman Claudius'dan itibaren Tiberius zamanındaki kısa bir dalgalanmadan sonra, devlet hazinesi gittikçe devlet malı karakteri kazandı ve imparatorun şahsi malı olarak görülmemeye başladı. [134] Ayrımın tam olmadığı ve hem terminolojik olarak (gerçi *manceps* ya da *praes*[135] gibi eski idari hukuk terimleri zamanla yerini özel hukuk terimlerine bırakmasa da hem de devlet hazinesinin dava etme ve edilme ehliyetinde olduğu kuralı açısından artıkların kaldığı doğrudur. İmparatorluk mallarıyla ilgili ataerkil ve kurumsal kavramlar, yani onun kişisel olarak imparatora ya da bir kurum olarak devlete ait olduğu şeklindeki kavramlar arasındaki dalgalanmalar, idari teknik değerlendirmeleri ve hanedanın ekonomik çıkarlarını birlikte, teoride mahkemede düzenli bir temele sahip olan

görülen birçok türde imparatorluk malının çeşitli dönüşümlerini ve bunlar arasındaki farklılaşmaları etkiledi. Gerçekte özel bir kişi olarak imparator ve yüksek bir memur (yönetici) olarak imparator arasındaki ayrım yalnızca ilk imparatorlar zamanında uygulandı. Son olarak, imparatorun bütün malları kraliyetin malları sayılıyordu ve dolayısıyla imparator tahta çıktığında bütün kişisel servetini çocuklarına devretmesi teamül haline geldi. El koyma ve vasiyetlerin geçerliliğini destekleme aracı olarak imparatora bırakılan çok sayıda miras yoluyla mal edinimleri özel hukuk ve anayasa hukuku tarafından açık biçimde ayrıntılandırılmamıştır. Daha sonra tartışacağımız, Orta Çağ malikâne korparatizmi yapısı içerisinde, bir yönetici olarak prensin özel bir şahıs olarak prenslen ayrılması, ya da siyasi amaçlara hizmet eden mal varlıklarının özel amaçlarına hizmet edenlerden ayrılması söz konusu değildi. Daha önce gördüğümüz gibi bu ayrım yokluğu İngiliz Kralının ya da Alman imparatorunun dava edilmesi olanağının kabulüyle sonuçlandı. Bununla birlikte, egemenlik iddiaları devletin kendi organlarının yargı alanından çıkmasına neden olduğunda, her ne kadar bu bağlamda prenslerin siyasi arzularına daha etkili şekilde direnmek için hukuksal teknikler kullanılsa da oldukça zıt etki gerçekleşti. Almanya'da kabul edilen, Roma devlet hazinesi kavramı orada devleti dava etmeyi mümkün kılan hukuk tekniğinin aracı olarak kullanıldı. Sonuç olarak devletle ilgili geleneksel kurumsal malikane kavramı sonucu özel hukuk ihtilafları kapsamının çok ötesinde gerçek bir idari adalet için ilk temel olarak hizmet etmek zorundaydı. Devlet hazinesi kavramı bir kurum olarak devlet kavramını daha eski çağda kurmuş olmalıdır. Bununla

birlikte bu kavramsal adım klasik hukukçular tarafından hiçbir zaman atılmamıştır. Çünkü bu eski özel hukukun mevcut kategorilerine yabancı olmuş olacaktı. Modern hukukta anlaşıldığı şekilde "Auflage" bile bir tamamlayıcı olarak hizmet edecek şekilde gelişti. [136]

Benzer şekilde *vakıf* kavramı da Roma hukukuna bütünüyle yabancı kaldı. Mevcut tek yol, gerçek kullanımı kitabeler tarafından gösterilen korporatif bir fon oluşturmaktı. Hem içeriksel hem de teknik açılarından gerçek vakıf kavramı neredeyse her yerde dini etkiler altında gelişti. Çok sayıda vakıf çok eski zamanlardan beri ölüler kültüne ya da dinsel olarak erdemli bir kurumunun işlerine ithaf ediliyordu. Bu tür vakıfların hukuksal statüsünün tanımına yönelik en önemli ilgi bu nedenle, vakfın etkinliklerinin gözlenmesinin havale edildiği rahipler arasında bulunuyordu. Dolayısıyla bu vakıflar kanunu sadece rahipliğin laik otoriteden, özel bir kutsal yasa bütünü yapacak derecede bağımsız olduğu yerde ortaya çıktı. Bu nedenle Mısır'da vakıflar çok eski zamanlardan beri var olmuştur. [137] Bununla birlikte, salt laik vakıflar özellikle aile vakıfları uygulamada her yerde bilinmiyordu; bunun nedenleri hiç şüphesiz sadece teknik değil aynı zamanda siyasiydi ve tımar ya da benzer formlar kullanmadıkça ve böylece imtiyazlı ailelerin prense bağımlılığını yaratmadıkça durum buydu. Polis'de (şehir devleti) bu nedenle hiç yoktular. Bir değişiklik ilk defa dinsel normların teknik araçlar olarak kullanıldığı Bizans hukukunda, geç Roma hukuku *fidei commissum* vasıtasıyla bu yöndeki ilk sınırlı adımları attıktan sonra gerçekleşti. Daha sonra tartışacağımız nedenlerle, Bizans'ta sürekli kiralaların oluşturulması yönetim ve kazanç haklarının kurucu aileye

ayrıldığı manastır vakıfları formunu aldı. Bu tür vakfın gelişmesindeki sonraki evre başka açılardan olduğu gibi ekonomik olarak da çok önemli rol oynayan İslami vakıftı. Batı'da aziz ilk önce, hukuksal-teknik açıdan vakıf fonunun sahibi olarak görülüyordu. [138] Orta Çağların laik vakıf kavramı kilise hukuku dinsel amaçlarla onu hazırladığında gelişmeye başladı. [139]

Kurum kavramı modern teori dönemine kadar salt hukuksal anlamda tam olarak gelişmedi. Özünde o da dinsel kaynaklıydı ve geç Roma dinsel hukukundan geliyordu. Kurum kavramı orada, hem dinsel otoritenin taşıyıcısı şeklindeki kadrizmatik anlayış hem de salt gönüllü cemaat örgütlenmesi, pis-koposlardan oluşan resmi bir bürokrasiyi sonuç verir vermez ve bu bürokrasi dinsel mülkiyet haklarının icrası için hukuki teknik bir meşruiyet aramaya başladığı zaman, bir şekilde ortaya çıktı. Eski çağda dinsel kurum kavramı hiç mevcut değildi. İnancın *polis* tarafından laikleştirilmesinden beri tapınak malları yasal olarak *polis*'in malı olarak görülüyordu. Eski çağ hukuk tekniği Hristiyan kilisesine kurumsal kavramı aracılığıyla yardımcı oldu. Erken orta çağlar, kilise fonları kilisenin özel sahibinin malı sayılmadığı kadarıyla, azizin sahipliği ve kilise görevlilerinin onun memurları olduğu fikrine yöneldi. Adama anlaşmazlığında kiliselerin özel mülklerine savaş açıldıktan sonra, [140] kilise hukuku özgün bir dinsel şirket hukuku geliştirdi. Bu hukuk, kilise yapısının otoriter ve kurumsal öğeleri nedeniyle hem gönüllü kuruluşların hem de tüzel statüdeki kurumların şirket hukukundan farklılaşmak zorundaydı. [141] Fakat bu dinsel şirket hukuku, Orta Çağların laik kurum kavramının gelişmesini belirgin şekilde etkiledi. Modern kurumsallaşmış devlette okullar, yoksullar evi, devlet bankaları,

sigorta fonları, tasarruf bankaları gibi sayısız kamu girişimlerinin bağımsız tüzel kişilikler olarak kurulmasına neden olan şey temelde yönetimin teknik ihtiyaçlarıydı. Bunlar üyeye ya da üyelik haklarına sahip olmadığı için şirket olarak yorumlanamıyordu, bu nedenle onlar için hukuksal bir kavram olarak "kurum" geliştirildi.

Roma hukukunun daha geliştirilmiş formunda rasyonel *kurum* kavramı imparatorluk döneminin, oldukça özel olarak da belediye şirketleri hukukunun bir ürünüydü. [142] Devletten ayrı belediyeler büyük sayılarda ilk defa, o zamana kadar egemen şehirlerin özerklikleri zedelenmeden Roma vatandaşları topluluğuna alındığı Latin savaşından sonra görüldü. Bu ilişkiler eksiksiz biçimde ilk imparatorların yasalarıyla düzenleniyordu. Özerkliklerinin tanınması koşuluyla ilhakları sonucu belediyeler siyasi kurumlar olma statüsünü kaybetti; *civitates privatorum loco habentur* ("Şehirler özel olarak farz edilir") daha ikinci yüzyılda söyleniyordu ve Mitteis yerinde olarak *commune* sıfatının o zaman belediye mallarıyla ilgili olarak *publicum*'un yerini alması için başladığını belirtir. [143] Hukuki davaları açısından bazıları idari yani *controversia de territoriis* ve diğerleri, özellikle umumi medeni hukuk usulünün açıkça mevcut olduğu sözleşmelerden doğanlar özel sayılıyordu. Belediye resmiyetinin tipik formu tüm imparatorluğa yayıldı; gerçekte belediye yöneticilerinin unvanları imparatorluk dönemininin özel şirketlerinde de görülür. Şirket kavramının bir zamanlar siyasi olan belediye kurumunun modeline göre bürokratikleşmesinin kaynağı muhtemelen budur. Belediye mallarının bireylerinkinden mutlak şekilde ayrımı şu kural kadar açıktı: *Quod universitati debetur singulis non debetur* (şirkete

alacağı üyelerinin alacağı değildir- Ulpian D. 3. 4. 7. 1.) Aynı zamanda, Julian monarşisinde gönüllü kuruluşların tesisi, hiç şüphesiz siyasi nedenlerle, bir izne bağlıydı. O sırada izin, sonraki dönemde olduğu gibi, tam ya da kısmi olarak verilse de tüzel kişilik şüphelidir. *Corpus collegii habere* teriminin tam yasal emniyete karşılık geldiği kesin olmasa da muhtemeldir. Sonraki teoride tipik olarak kullanılan terim *universitas* idi. [144] Eğer Mitteis'in mantıklı olarak öne sürdüğü gibi, özel şirketlerin iç ilişkilerinin sadece idari bilişe tabi olduğu doğruysa[145] bu imparatorluk döneminin hukukunun bütününde işleyen şirketlerin bürokratikleşmesine tam olarak uyuyordu ve aynı zamanda bu tüm gelişmenin karakteristiği olan, önceden egemen olan durumun laikleştirici uyarlamalarından birini oluşturuyordu. Cumhuriyetçi dönemde durum açık biçimde farklıydı. Sadon kanunları gibi On İki Tablet'in de mevcut şirketlerin özerkliğini kabul ettiği kesin olmamakla birlikte ihtimal dışı da değildir. Genel bir sandık, sonraki yasaklayıcı kanunların da gösterdiği gibi olağandı. Öte yandan, hukuk davasıyla ilgili hiçbir hukuki -teknik olanak yoktu. Üyeler arasında üyelik haklarıyla ilgili ihtilaflar için hiçbir dava biçimi yoktu. Bunun nedeni görünüşte özel şirketlerin o sırada kısmen dinsel hukuka kısmen de idari hukuka, din adamlarının ya da yöneticilerin bilişine tabi olmasında yatıyordu; buna karşılık bu gerçek, *collegia*'da (gönüllü kuruluşlar) köleleri ve yabancıları hoş gören, fakat onlara vatandaşların siyasi oluşumunda aynı şekilde davranmayan eski *polis*'in statü yapısıyla ilişkiliydi.

Hellen oymakları gibi, [146] önceki dönemlerin gönüllü kuruluşları ve totemik klanlara, bilinen en eski Roma gönüllü kuruluşlarına kadar geri giden bütün hukuk sistemlerinin diğer

birçok sürekli kuruluşları kardeşlik birlikleri (*sodalicia, soda litates*)[147] ve bu sıfatla kült topluluklarıydı. Bir kardeş başka bi kardeşi mahkemeye veremeyeceği gibi, sadakat bağı bulunaı başka birine de bunu yapamazdı. Bu durumun izleri, bu gib kardeşler arasında ceza davalarının yasaklandığı Pandekt ya salarında bile sürdürülür. Özel hukukta bu kardeşlik ilişkiler öncelikle olumsuz sonuçları açısından, yani dava edilebilirliğ engelleyen durumlar olarak önemliydi.[148] Aynı nedenlerle, er ken Cumhuriyetçi Roma'da varlıkları kesinlikle kurumsal olaı loncalar ve ticaret birlikleri *collegia cultorum* olarak oluşturu lur.[149] Bunlar Çin ve Orta Çağ örgütleri gibi, Roma'da *collegi um*'un devlet tarafından tanınmasıyla meşru olarak kabul edi len özel bir koruyucu tanrının himayesindeki kardeşliklerdi dolayısıyla bu, örneğin, geleneğin çok eski olduğuna işaret et tiği, Merkür'le birlikte *collegium mercatorum*'du.[150] Acil du rumlarda ve kült yemeklerinde Germen loncaları ve kardeşliğ dayalı bütün diğer kuruluşlarda olduğu gibi onların da karak teristiği olan karşılıklı yardım yükümlülüğü daha sonra rasyo nel olarak örgütlenmiş yardıma ve cenaze fonlarına dönüştü rüldü. Bu *collegia*'dan oldukça azının imparatorluk sırasınd bu türden fonlar olarak örgütlenmiş olduğu bilinmektedir.[1

Bunların vatandaşların hukukuyla ilişkisi yoktu. Dinse örgüt salt formdan fazlası olduğu sürece, malları da muhte melen dinsel olarak korunuyordu; üyeler arasındaki anlaş mazlıklar hakemlikle ve yabancılarla çatışmalar muhtemele magistratın vukufuyla çözümleniyordu. Magistratın müda hale hakkı devlet liturjileri (*munera*) için önemli olan meslek kuruluşlarla ilgili olarak açıktı. Bu gerçek imparatorluk dön minin bürokratikleşmesine kolay geçişi açıklar. Devamlılığ

sadece kaynaklarımızdan çıkarabilecek tanrısal kuruluşların umumi jüri prosedürünün dışında kalması da olasıdır. *Ager compascuus* basit bir ortak alandı, tarım yazarları tarafından sözü edilen *arbitria* ise[152] komşular arasındaki ihtilaflarla ilgili, devlet tarafından düzenlenen, fakat özerk bir hakemliğin ürünleriydi. *Municipium* bütün şirketler hukuku için gittikçe etkili olacak bir tür olarak ortaya çıktığında hala izin verilen şirketlere uygulanan yasa İmparatorluk döneminde gittikçe getirdi. Kardeşlik birliği üyeliği haklarının kalıntıları, tabii eğer bulunabildiyse, kayboldu; sadece Roma imparatorluk hukukunun dışında, yani Hellenistik küçük kasabaların zanaatkâr loncalarında, mümkün oldular.[153] Sonrakilerin İmparatorluk Hukukunda anılmadığı doğrudur. Ancak bu atlama onun düzenler göründüğü belli örgüt türlerinin var olmadığını ispat etmez. Böyle bir sonuç çıkarmak eski *ius civile*'de *emphyteusis* ile ya da diğer kira biçimleriyle ilgili herhangi bir düzenlemenin olmamasından, bunların *ager optima iure privatus*'u oluşturan ve böylece nüfus sayımı tomarlarında listelenen yegane araziler olanlardan başka arazilerde gerçekten var olmadığı sonucu çıkarmak kadar haksız olurdu.

Orta Çağ kıta hukuku Germen kardeşlik formları, Kilise hukuku ve Roma hukukunun uygulamadaki üçlü etkisinin altında kalıyordu. Germen kardeşlik birliği formları Gierke tarafından yeniden keşfedildi; bunlar bütün zenginlikleri ve gelişmesi içerisinde muhteşem çalışmasında tanımlanırlar, fakat tarım tarihi ve girişim tarihinin kapsamına giren ayrıntılarıyla ilgilenmeyeceğiz. Mevcut bağlamda burada özellikle ilgilendiğimiz bu resmi muamele ilkelerini açıklamak için birkaç söz yeterli olacaktır. Orada ortak ellerin basit ilişkilerinden

salt siyasal topluluğa kadar sıralanan sürekli bir yapılar diz sini buluruz ve bu da Orta Çağlarda belediye anlamına gel yordu. Hukuk teknolojisi açısından, hepsinin ortak yanı da etme ve edilme ve mal sahibi olma ehliyetinin olmasıdır; a cak teşekkül ile bireyler arasındaki ilişkiler algılanabilecek çeşitli şekillerde ele alınıyordu. Bireyin ortak fonda pay sahi olması reddedilebilir ya da serbest mülkü olarak herhangi b hissenin özel sahibi sayılabilir. Bu hisse ticari bir evrakla de redilebilir; fakat özel varlıklarından herhangi birinden ç tüm fondaki bir hisseyi temsil eder ya da tam tersine, her b üye belirli bir varlıktaki bir payın sahibi sayılabilir. Bireyl rin hakları içerikleriyle ilgili olarak topluluk tarafından değ şen derecelerde sınırlandırılabilir ve belirlenebilir. Öte yanda topluluğun yapısı da bireylerin hakları tarafından sınırla dırılabilir. Topluluk, değişik şekillerde, memurlarından b ya da diğeri tarafından dışarıda temsil edilebilir ve içeri de yönetilebilir. Katkılar üyeler tarafından ayni olarak ya kişisel hizmetler yoluyla yapılabilir. Yönetim siyasi kuruluş larda bulunan bu formlara, çeşitli derecelerde, örgüt içerisi deki ya da siyasal örgütle ilgili heteronomisiyle ayırt edilel lir olduğu derecede yaklaşıyordu. Öte yandan topluluk kişi hak ve sorumlulukların taşıyıcısı olarak ele alınıyordu. H hangi özel bir şahıs gibi bir isim hakkı, statü hakları (stand rechte), ya da belli icatların münhasır kullanımının tekeli sahip olabilir; yasalara aykırı belli eylemler, özellikle tems cilerinin belli eylemleri ve kusurlarından sorumlu tutulal lir. Sonraki durum pek de istisnai sayılmaz, zira özellikle İ giltere'de kolektif şahısların belli görevlerin hamili olduğu bunların yerine getirilmemesi durumunda kral tarafınd

...rulan cezanın borçlusu sayıldığı dönemler vardı.[154] Bir-...ler siyasal örgütlerle ilgili incelememizde karşılaşacağımız ...lardan neredeyse her birini alabilir: Doğrudan idare ya ...katılımcılar adına eşitliğe ya da eşitsizliğe dayalı temsili yö-...tim, rotasyonla ya da seçimle atanan memurlar; bir lordun ...ki olan, muhtemelen normlar ya da gelenekle sınırlandı-...ılı fakat başka türlü otokratik olan, bir tek kişiye ya da sıkı ...mde sınırlandırılmış bir gruba ait olan ve bir gayrı men-...ke ilişkilendirilebilir devredilebilir bir hak, unvan olarak ...zenli aralıklı seçim ya da başka türden bir atamayla ya da ...asla ya da başka bir edinim vasıtasıyla elde edilen bir yö-...tim. Birliğin organlarının durumu açıkça belirlenmiş hak-...dan oluşan bir imtiyaz, yani öznel haklar olarak belirli özel ...mi yetkileri kullanma şeklindeki somut fakat sıkı biçimde ...ılandırılmış ayrıcalıklar demetini oluşturmaya yönelebi-...ya da bu nesnel normlarla sınırlandırılmış fakat araçların ...mi bağlamında özgür bir yönetim yetkisi gibi olabilir; bu ...mda örgüt ya birliğin ya da kurumun tipine benzeyebi-...Yetkileriyle ilgili olarak, yönetim, örgütün özel hedefle-...sıkı biçimde sınırlı olabilir ya da daha çok veya daha az ...özgürlüğüne sahip olabilirdi. Sonraki faktör örgütün ...olduğu özerklik derecesi açısından da önemliydi; bütü-...yok olduğu gibi, hak ve yükümlülüklerin edinimi İn-...ere'deki belli liturjik örgütler örneğinde olduğu gibi sabit ...llara göre otomatik olarak düzenlene bilirdi; ya da örgüt ...k yasamayla ilgili, teamül ve kanunlara dayalı veya başka ...u heteronom karakterde olan esnek normlarla sınırlı ge-...yetkilere sahip olabilirdi.

Bu çok sayıda alternatiften hangisinin gerçekleştiği herhang bir özel durumda somut hedeflerce ve oldukça özel olarak d belirli örgütün ekonomik hedefleriyle belirleniyordu. Ve bi lik özgürlüğü sisteminde de hala belirlenmektedir. Örgüt bas kın şekilde ekonomik bir topluluk olabilir. Bu durumda yap temelde ekonomik faktörler ve özellikle de bir yanda "serma yenin" ve iç yapısının derecesi ve rolü öte yandan da kredi v riskin temeli tarafından belirlenir.

Ticari bir şirket, bir madencilik veya gemicilik şirketi, dev let ihtiyaçlarını ya da koloni girişimlerini finanse eden bir şir ket gibi kapitalist kâr amacı olan bir örgütte sermaye bütünü verimliliği ve üyelerin yararı için kârlardan pay beklentisi açı sından büyük önem taşıyordu. Böyle bir örgüt bu nedenle, en azından genel bir kural olarak, üyeliğin kapalı ve amaçları görece istikrarlı şekilde sabit olmasını, ayrıca üyelik hakları nın resmi olarak ihlal edilemez ve ölüm durumunda en azın dan genellikle *inter vivos* devredilemez olmasını; yönetimin bü rokratik olarak gerçekleştirilmesini; üyelerin kendi başların ya da vekiller aracılığıyla *de iure* (hukuksal olarak) demokra tik biçimde, fakat gerçekte plütokratik olarak örgütlenen v kararlarını tartışmadan sonra sermaye paylarıyla orantılı bi oyla kabul eden bir meclise iştirak ederler. Bunun yanı sıra bu tür örgütlerin özel amaçları dışsal olarak üyelerin kişisel mükellefiyetlerini gerektirmez, zira bu gelişimin kredi itibar için geçersizdir. Bununla birlikte madencilik sermayesinin öz gün yapısı sebebiyle madencilik şirketi dışında içsel olarak d ihtiyaç olmayabilir. [155]

Bu para kullanmadan kendine yeterlilik amacı güden bir ör güt örneğinde tamamıyla farklıdır; amaçları ne kadar kapsaml

olursa, birliğin baskın otoritesini, sabit üyelik haklarının yokluğunu; ya doğrudan demokratik ya da hane cemaatinde, Gemeinderschaft'da[155]a ya da sıkı cemaat tarımı sisteminde (*Feldgemeinschaft*) bulunduğu gibi ataerkil temelde komünist ekonomiye yaklaşmayı o kadar çok gerektirir. Örgüte üyelik politikçe kapalı ve içsel olarak köyde ve avam topluluğunda olduğu gibi sabit tahsisle daha çok ilişkili hale geldikçe üyelik hakları daha ön plana çıkacaktır; öte yandan cemaatin kontrolü altında kalan topraklar bireysel olarak edinilmiş hakların parçası haline gelir; üyelik tarafından dönüşümlü olarak, kültsel kuruluşlar veya derebeylik otoritesi tarafından idare edilecektir. Son olarak, bireylerin üretimi ve tüketiminin, modern kooperatiflerde olduğu gibi, cemaatçe desteklenmesi için kurulan gönüllü kuruluşlarda üyelik genellikle kapalıdır; zira üyelik hakları sıkı biçimde dağıtılsa ve üyelik yükümlülükleri gibi sıkı biçimde kısıtlansa da, genellikle özgür biçimde devredilemez; kişisel yükümlülük kuruluşun kredi itibarı için daha önemli hale gelme eğiliminde olsa da, risk açıkça belirlenmedikçe, ki bu durumda kredi sınırsız olabilir, genellikle sınırlıdır; idare resmi olarak bürokratiktir, fakat uygulamada çoğunlukla *honoratiores* (ileri gelenler) tarafından yürütülür. Kuruluş belli sayıda çıkara ve ayrıcalıklı kişiye daha çok hizmet etmeye başladıkça ve sermaye katkısı birlik tarafından sağlanan hizmetler için ilgili taraflarca yapılan dönemsel katkılar ya da ödemelerle ilgili olarak daha az önemli hale gelirken ortak sandıktaki bireysel üyelik hakları yapısal olarak belirleyici önemlerini gittikçe kaybeder. Böyle bir durum salt ekonomik yönelimli sigorta birlikleri ve daha çok olarak sosyal güvenlik ya da yardım amaçlarına hizmet eden kurumlar

örneğinde ortaya çıkmıştır. [157] Son olarak; kuruluş temelind ekonomik olmayan hedeflere hizmet amaçlı ekonomik bir b rim olarak göründüğünde, üyelerin garanti edilmiş mülkiy hakları önemsiz hale gelir ve ekonomik düşünceler kuruluşu yapısını belirlemede önemlerini kaybeder.

Bununla birlikte, kuruluşların hukuksal yapılarının geli mesi hiçbir şekilde tek başına ekonomik faktörlerce belirle memiştir. Bu gerçek bir tarafta Orta Çağ ve aynı zamanda m dern İngiliz gelişmeleri arasındaki keskin zıtlık, öte taraftan Kıta ve özellikle de Alman gelişmesi tarafından ispat edilir. İ giliz hukukunda Gierke tarafından tanımlandığı şekliyle, ka deşlik birliği Norman işgalinden sonra var olmadı ve Kıta türden hiçbir şirket kavramı modern zamanlara kadar geli medi. [158] Temel başlangıçlar dışında, Orta Çağ Almanya'sın doğal kabul edilen anlam ve kapsamda hiçbir grup özerkli ve kuruluşların normatif ve genel olarak düzenlenmiş tüzel k şilikleri yoktu. Gierke'nin teorisindekiler türünden kardeşl birlikleri, Maitland'ın ve daha sonra Hatschek'in[159] gösterdi gibi, Gierke'nin otoriter kurumlar (*Herrschaftsverbönde*)[160] o rak isimlendirdiği form dışında İngiliz hukuk hayatında y bulmadı; ancak, bu sonrakiler anlamlı biçimde, Gierke ta fından formüle edildiğinden farklı hukuki kategoriler altın toplanabilir ve İngiltere'de toplanmıştır. İngiltere'de, sözde G men formundaki kurumlar kanununun yokluğu sadece Ro hukukunun reddine rağmen gerçekleşmekle kalmaz, aynı z manda, en azından kısmen, bu gerçek tarafından ortaya karılmıştı. Roma şirket kavramının yokluğu, İngiltere'de, l lise hukuku vasıtasıyla, önce sadece dinsel kurumların etk kurumsal haklara sahip olduğu, daha sonra ise bütün İngil

kurumlarına benzer bir karakterin atfedildiği bir durumun gelişmesini kolaylaştırdı. Tek kişili tüzel kişi, yani memurlarının ardıllığı tarafından temsil edilen *dignitas* teorisi[161] İngiliz hukuk doktrinine devleti ve komünal yönetimi, dinsel otoritenin kilise hukukunda ele aldığı şekilde ele alınmasını kazandırdı. On yedinci yüzyıla kadar kral tek kişili "tüzel kişi" sayılıyordu[162] ve bugün bile siyasi kuruluşun tüm hak ve yükümlülüklerinin hamili sayılan ne devlet ne de devlet hazinesidir (*Fiskus*), bu sadece kraliyettir. [163] Bu Roma hukuku tarafından etkilendiği şekliyle Alman şirket kavramının önceki yoksulluğuyla birlikte kilise hukuku etkisinin de sonucudur; bu yoksulluk sınıf çıkarlarının önemli olduğu devletin siyasal yapısı tarafından ortaya çıkarıldı. Modern zamanlarda, İngiliz şirketi, bir kere ortaya çıktığında, gönüllü bir kuruluştan ziyade bir kurum olarak temel karakterini sürdürdü; hiçbir şekilde Alman türü bir kardeşlik birliği olmadı. Bu gerçekler Roma hukukunun Kıta üzerinde, Orta Çağ kardeşlik birliğinin çöküşünden çoğu zaman inanıldığından daha az sorumlu olduğundan şüphelenmemize neden olur. Orta Çağdaki örgütlerin Justinyen hukukuna yabancı oldukları doğrudur. Fakat onun yorumcuları olan Roma hukukçuları mevcut ihtiyaçlara uyum sağlamak zorundaydılar. Bu nedenle teorileri çoğunlukla sorgulanabilir karakterde olan kavramsal araçları kullanmaktı, fakat öyle bile olsa bunlar Orta Çağ örgütlerinin varlığını ortadan kaldırmak için çok da yeterli değildi. Her halükarda, yaptıkları büyük katkılara rağmen, şirket kavramının belirsiz Alman düşünce biçimlerinin yerini almaya başlaması tamamıyla onların çabaları sonucu değildi. Bir tarafta İngiltere, diğer tarafta ise Kıta'da, özellikle de Almanya'daki gelişmelerin

gerçek nedenleri genelde siyasaldı. Bu ifade erken modern dö nem kadar Orta Çağlar için de geçerlidir. Temel fark şuydu İngiltere'de kraliyet iktidarı güçlü ve merkeziydi ve Plantage net hanedanı ve hedefleri zamanında oldukça gelişmiş tekni yönetim araçlarına sahipti. Öte yandan Almanya'da hiçbir si yasi merkez mevcut değildi. Bir diğer faktör İngiliz hukukund gayrı menkulle ilgili belli feodal kavramların devam eden e kililiğiyle oluşturuldu.

Şirketin bu aşırı kurumsal ve otokratik yapısı İngiltere'de tek geçerli form değildi. Kıta şirketinin yedeği olarak belli ki şilere ya da görev sahiplerine "yediemin", yani belli yararlı nıcıların ya da genel olarak halkın yararına kendilerine bel hakların emanet edildiği kişiler olarak davranma tekniğin buluruz. On yedinci yüzyılın sonundan itibaren, sadece kr değil, aynı zamanda belli belediye ve semt görevlileri ara sır yediemin sayılmıştır. Gerçekte, şu anda "özel amaçlı fon" (*zw ckvermögen*)[164] kavramını kullandığımız her yerde, İngiliz hu kuku en yeterli teknik araç olarak yedieminliğe başvurur. B kurumsal yaklaşımdaki karakteristik unsur yedieminin yar yetkisi içindeki şeyi sadece yapabileceği değil, yapması da g rektiğidir. Bu nedenle kamu görevi kavramının (Amtsbegriff yerine geçer. Emanetin kaynağı bu anlamda, aynen Roma *dei commissum*'una ait benzer durumlarda olduğu gibi temel belli yasaklayıcı kanunları özellikle satılmaz mülk kanunları ve hukuk sistemi tarafından dayatılan diğer sınırlamaları er gelleme ihtiyacında yatıyordu.[165] İkinci bir neden Orta Ça larda herhangi bir şirket kavramının yokluğuydu. İngiliz hu kuku sonunda böyle bir kavram geliştirdiğinde, mutemetli şirket sayılamayacak kurumlar için de geçerli olmaya deva

ama fakat benzer bir kurumsal trend tüm İngiliz şirketler hukukunda sürekli şekilde önemli rol oynamayı sürdürdü.

Köy topluluğunun (*Markgennossenschaft*) yapısının İngiliz hukukunda Alman hukukundan daha otoriter olması ve toprak beyinin genellikle ortak arazilerin sahibi sayılması ve soylulere sadece *iura in re aliena* (bir başka insanın toprağı ya da gayrı menkulündeki haklar) verilen kimseler olarak bakılmasının nedeni bu söz edilen son durumdu. Bu sürekli olarak savunulan teori nedeniyle kralın mahkemelerine başvuru hakları çok az kullanılıyordu. Nihai sonuç, İngiliz gayrı menkulünün temel bir formu olarak sınırsız mülkiyet hakkının, Roma hukukunun *ager optimo iure privatus*'unun (bkz. iv. kısım n. 64) uygulamada egemen olduğundan çok daha ayrı bir formda kabulüydü. Bölünmemiş mirasçı topluluklar ve Alman hukukunda ondan kaynaklanan bütün diğer benzer feodal bir ilke olan ilk doğan kuralı vasıtasıyla çoktan engellenmişti. Bütün toprak mülkiyetlerini nihai olarak kraliyet bağışına bağlamak zorunlu olarak bütün kuruluşların tasarruf yetkilerinin belirli kişilerin ve yasal varislerinin ancak özel hakları olduğu görüşüyle sonuçlandı. Maitland'ın incelemeleri, [166] hak ve sorumlulukların her bireye hissesine göre salt otomatik olarak bağlılımının (ki bu eski gizleme sisteminden çıkarılmış ve bütün benzer örgütlere transfer edilmiştir) İngiliz hukuku sisteminin bağımsız bir hukuksal özne olarak bir topluluğa iştirak eden bireyler toplamıyla uğraşmaya az ihtiyacı olduğunu göstermiştir. Durum pekişmişti, çünkü devlet kısmen feodal kısmen ise *standisch* idi. Bu ilk olarak kralın ve soyluların çıkarına, toprağın, belediyeleri de içine alan "satılmaz mülke"

devrini yasaklayan satılmaz mülk yasalarıyla ortaya çıkarıld[167] Bu yasaktan muafiyetler sadece özel imtiyazla elde edileb lirdi ve gerçekte 1439 Kingston imtiyazıyla başlayan, söz k nusu şehirlere pozitif içerikli şirket hakları veren on beşin yüzyıl şehir ayrıcalıkları bu yasaklardan kurtulma araçları ol rak her şehir tarafından elde edilmek isteniyordu. Fakat şi ketler kanunu bu şekilde bir ayrıcalıklar kanunu olarak sını lar toplumuna özgü bir hukuksal gelişmenin genel etkileri tabi kaldı. Kraldan ve Parlamentodan aşağı doğru bütün ot rite özel ayrıcalıklar ve öncelikler kompleksi sayılıyordu. Öz sözleşme dışında bir yolla elde edilen bir hakkı icra etmek i teyen kim olursa onu yasal olarak geçerli bir imtiyazla el etmeliydi ve dolayısıyla ona yalnızca kesin biçimde tesis edi miş belirli limitler içerisinde sahip olabilirdi. İmtiyazın pozi kanıtı sadece kadim gelenekler durumunda ortadan kalkar Şirket kavramının ortaya çıkmasından sonra bile doktrin b tün zindeliğiyle modern zamanlara kadar varlığını sürdürd Buna göre her yasal kuruluş, eğer yasal eylemlerinde kend sine açıkça tahsis edilen ayrıcalıklar dizisini aşacaksa *ultra vires* davranıyor ve ayrıcalığı kötüye kullanmaktan suçlu olac ve dolayısıyla Tudorlar ve Stuartlar tarafından büyük ölçek icra edildiği gibi dağılmaya tabi olacaktı.[168]

Sonuçlar ne özel ne de kamu şirketinin özel bir imtiyaz madan kurulamayacağı şekildeydi; böyle bir imtiyaz da sını bir amaç için ve kamu yararına olması dışında verilemez bütün şirketler sürekli kontrol ve denetim altında kalacak yasal, ya da siyasi olarak yetkilendirilmiş sınırlı amaçlı şirk lerdi. Son tahlilde, bu yasal durumun kökeni Norman ida sinin liturjik karakterine dayanabilir. Kral hükümet için

adalet yönetimi için ihtiyaç duyulan parasal katkılar konusunda kendisini garantiye alıyordu. Bu nedenle Çin, Hellen, Roma ve Rus ve başka hukuk sistemlerinkine benzer kolektif yükümlülüklere sahip zorunlu kuruluşlar oluşturuyordu. *Communaltie* kraliyet idaresine karşı liturjik görevleri olan bir kuruluş olarak münhasıran vardı; sadece kraliyet imtiyazı ya da hoşgörüsü olması dolayısıyla haklarına sahipti. Aksi takdirde, bütün bu tür topluluklar yasal olarak modern zamanlara bile *non coporate* teşekküller olarak kalıyordu.

Katı ataerkil merkezi idare sonucu bütün kuruluşların devletle bütünleşmesi en üst seviyesine İngiliz hukuk tarihinde ulaştı ve o zamandan sonra aşamalı bir yavaşlama yaşamak zorunda kaldı. Öte yandan (Avrupa) Kıtasal hukuk tarihinde geleneksel korporatif otonominin bağlarını koparan; belediyeleri, loncaları, köy cemaatlerini, kiliseleri, kulüpleri ve her türden diğer birliği kendi kontrolüne tabi kılan; ruhsatlarla resmi olarak verilmeyen bütün hakları iptal eden ve dolayısıyla gerçek uygulamaya ilk defa *princeps* (lider) tarafından verilmediği sürece hiçbir örgütsel yapının tüzel kişiliği ya da herhangi türden bir hakkı olmayacağını savunan "hukukçular" teorisini [169] soktu. [170]

Fransız ihtilali, kalıcı etkilerinin olduğu bölgelerde sadece her türlü şirket oluşumunu değil aynı zamanda dar biçimde tanımlanmış özel hedefler için açıkça ruhsatlandırılamayacak her türden gönüllü kuruluşu ve de genel anlamda birlik üzerkliğinin bütününü yok etti. Bu yok edişin arkasında temelde her radikal demokrasinin karakteristiği olan siyasi nedenler vardı; fakat kuramcılıkları içerisinde de açmazlığa yöneten burjuva- ekonomik değerlendirmeleriyle birlikte tabii

hukukun kuramsal kavramları da belli bir rol oynadı. Napo yon kanunları tüzel kişi kavramını onun hakkında hiçbir şe söylemeyerek dışarıda bırakır. Ancak trend bir tarafta kap talizmin ekonomik ihtiyaçları, kapitalist olmayan sınıflar içi pazar ekonomisinin ihtiyaçları, öte tarafta ise siyasal partil rin kışkırtıcı ihtiyaçları ve son olarak da kültürel özlemleri bireyler arasındaki kültürel merakların kişisel farklılaşmasıyl bağlantılı gittikçe artan içeriksel farklılaşması tarafından te sine döndürüldü. [171]

Geçmişten yapılan bu keskin dönüşe İngiliz şirketler y sasında hiç rastlanmadı. İngiliz hukuk teorisi on altıncı yü yılda, önce şehirler için, hukuksal olarak özel alanda tamamıy ayrı olarak "organ" kavramı ve "bir organ sıfatıyla davranmal kavramını geliştirmeye başladı. Bunu yaparken siyasi teşel kül, yani Roma *corpus* kavramını kulandı. [172] Loncaları şirk türleri alanına soktu, belediyelere mühürleri olmak kaydıy prosedür ve sözleşme özerkliği tanıdı, ruhsatlı şirketlere c birliğinden ziyade oy çokluğu temeline dayanan kendi yas larına sahip olma imkanı tanıyarak onlara sınırlı bir özerl lik verdi. On yedinci yüzyılda şirketlerin suç ehliyetini kab etmemeye başladı. Fakat on sekizinci yüzyıla kadar şirke ler mülkiyet meselelerinde şirket aleyhindeki şikâyetleri ya nızca hakkaniyet içerisinde yürürlüğe konan bireysel üyel için yalnızca yediemin olarak görüldü. İngiliz hukuku, his sahibinin hisselerini devrettikten sonra şirketin borçlarında sorumlu olmasının ortadan kaldırılmasına on sekizinci yü yılın sonuna kadar izin vermedi, o zaman bile bunu isteksiz yaptı. Hukuk o zaman bile şirketin iflası durumunu istis kabul ediyordu. En sonunda Blackstone, Roma hukukuna d

başvurarak, şirket varlıkları ile özel varlıklar arsındaki gerçek ayrımı yapan ilk kişi oldu.

Kapitalist girişimlerin ihtiyaçlarının aşamalı olarak artan etkisi bu gelişmede önemli bir rol oynadı. Merkantilist Tudor ve Stuart dönemlerinin büyük şirketleri yasal olarak hala İngiltere Bankası gibi devlet kurumlarıydı.[173] Şirket tarafından çıkarılacak her enstrüman için mühür kullanılması şeklindeki Orta Çağ gereklilikleri, şirket varlıklarından bir kısmı topraktan oluştuğu zaman hisse paylarının gayrı menkul sayılması ve şirket amaçlarının kamu görevleri ve kamu yararıyla ilgili görevlerle sınırlandırılması gibi Orta Çağ gereklilikleri ticari şirketler için bütünüyle kullanışsızdı ve on sekizinci yüzyıl sırasında terkedilmek zorunda kaldı. Fakat sınırlı sorumluluğun ticari şirketler için genel olarak benimsenmesi ve genel bir normatif düzenleme sisteminin bütün anonim şirketler için, hayır kuruluşları ve dernekler, sigorta şirketleri, mevduat bankaları ve son olarak sendikalar için belli özel normlarla birlikte tesis edilmesi on dokuzuncu yüzyılda gerçekleşti. Bütün bu durumlarda normlar genel anlamda Kıta Avrupa'sının ilgili normlarına benzerdi.[174] Bununla birlikte eski formlar bütünüyle atılmadı. Bugün bile yedieminlerin atanması hayır kurumu gibi çok çeşitli tanınmış gönüllü kuruluşun mahkemeye çıkması için gereklidir;[175] öte yandan tüzel kişilik kazanmış gönüllü kuruluş (klüp) için bir avukata oy birliğiyle verilen vekil her yasal işlem için gereklidir.[176] *Ultra vires* ilkesi hala canlıdır ve bireysel bir imtiyaz, kanun kalıplarından herhangi birisine uymayan her şirket için hala gereklidir. Bununla birlikte, uygulamada medeni kanun yürürlüğe girdiğinden beri Almanya'da var olandan çok farklı değildir.

Sadece bu kısa karşılaştırmalı taslak değil büyük hukuk sistemlerine her bakış da hukuksal gelişmedeki büyük değişikliklerden hiçbirinin Germen hukukunun toplumsal karakterinin aksine Roma hukukunun bireyselci karakteriyle ilgili çokça başvurulan sloganla açıklanamayacağını gösterir. [177]

Orta Çağ Alman kardeşlik birliği formlarının büyük servet oldukça özel, baskın şekilde siyasi faktörler tarafından etkilendi, bu eşsizdi ve hala öyledir. Rus hukuku ve Hindu hukukunun da içinde bulunduğu doğu hukuku zorunlu kuruluşların özellikle de köy cemaatlerinin, fakat aynı zamanda zanaatkârların müşterek yükümlülüklerini ve ilgili müşterek haklarını kabul etmiştir. [178] Her yerde olmasa da aile topluluğunun ve oldukça sık olarak da Rus artel'i gibi ailemsi iş kardeşliklerinin zincirleme yükümlülüğüne sahiptirler. Fakat bunlar hiç bir zaman böyle zengin şekilde farklılaşmış bir kardeşlik birliği yasası için Orta Çağ Batı'sındaki kadar ya da rasyonel şirket kavramı için Roma ve Orta Çağ hukukunun kesişim noktasında üretilen kadar bir yer bulmamıştır. İslam hukukundaki vakıflar kanunu, daha önce gördüğümüz gibi, antik doğu, özellikle Mısır ve her şeyden önce Bizans hukuk gelişmeleri tarafından önceden canlandırılmıştı, ancak bir şirketler teorisinin hiçbir çekirdeğini içermiyordu. Son olarak, Çin hukuku tipik bir biçimde patrimonyal prenslerin otoritesinin aile ve akraba gruplarının bireylerin sosyal statüsünün garantörleri olarak önemlerinin devamının birbirine eşlik etmesini gösterir. İmparatorun özel şahsından bağımsız olarak devlet kavramı ailevi, mali ya da özel olarak ruhsatlı olmayan bütün kuruluşlara karşı siyasi güdülü polis yasakları dışında bir özel şirketler veya gönüllü kuruluşlar yasasından daha fazla

mevcut değildi. Belediyeler resmi yasada sadece vergiler ve borçlar için aile yükümlülüğünü taşıyacak kuruluşlar olarak tanımıyordu. Akraba grubu üyeliği temelinde hala üyeleri üzerinde algılanabilir en güçlü otoriteyi uygulamakta, her türlü ekonomik etkinliğin yaygın kurumlarını organize etmekte ve imparatorluk otoritesi memurlarının en güçlü yerel otorite ile birlikte göz önüne alması gerektiği yabancılara karşı belli derecede bir bütünlük göstermektedir. Resmi Çin hukukunun hukuksal kavramlarında başka yerde olduğundan daha fazla tanınmayan bu olgular onun etkililiğini çoğu zaman yeterince engellemiştir. Zira açıkça tanımlanmış hiçbir içerik, kendisini akraba gruplarının ve kasabalarının kan davalarında dışsal olarak ifade eden fakat resmi hukuk tarafından asla kabul edilmeyen bir özerklik tarafından elde edilemezdi. Akraba grupları ve aileler dışındaki özel kuruluşların ve özellikle oldukça gelişmiş karşılıklı borç ve defin hizmetleri sandıklarının ve mesleki kuruluşların durumu kısmen Roma imparatorluk dönemininin durumuna kısmen de on dokuzuncu yüzyıl Rus hukukunun durumuna karşılık gelir. Buna rağmen, Antikite hukuku anlamında tüzel kişilik kavramı hiç yoktur ve liturjik işlev, eğer var olmuşsa, ki bu hiçbir şekilde kesin değildir, kaybolmuştur. Kapitalist mülkiyet toplulukları (*Vermögensgemeinschaften*) Orta Çağ Güney Avrupa'sında olduğu gibi haneye olan bağımlılıktan kurtulmaya başladı, fakat firma ismi gibi kurumların *de facto* (fiili) kullanımına rağmen bunlar on üçüncü yüzyıl Avrupa'sında olduğu gibi belirli yasal tipler noktasına hiçbir zaman ulaşamadılar. Yükümlülük yasasının genel durumuyla ilgili ortak yükümlülük, kökeni olarak, akraba gruplarının parçalı biçimde hala devam eden yasa ihlali

sorumluluğunu alıyordu. Bununla birlikte, hala salt kişisel bir yükümlülük olan sözleşme yükümlülüğü dayanışma formu almamıştır, fakat grup üyelerinin kanundan kaçan bir üyeyi getirme sorumluluğuyla sınırlıdır. Bütün diğer açılardan ort tak borçlular müteselsil değil sadece *pro rata* (orantılı) olarak yükümlüdür. Sadece maliye yasası ailenin ve mallarının zin cirleme yükümlülüğünü kabul etmiştir; öte yandan ortak mül kiyet özel kuruluşlar için yasal olarak Roma Antikitesi'nde ol duğundan daha fazla var değildi. Vergi tahsildarlarının esk şirketleri gibi Çin'deki ticari kuruluşlar da yasal açıdan, kişi sel olarak sorumlu *societes en commandite* olarak görülür. An tikite'de ve Doğu'da olduğu gibi, Çin hukukunun özel kuru luşlar ve ticari kurumlarla ilgili bu az gelişmiş durumuna bütün ekonomik ortaklığın gerçekleştiği akraba grubunun de vam eden önemi, ayrıca özerk şirketlerin siyasi patrimonya lizm tarafından engellenmesi ve son olarak mali girişimler v ticaret dışında hiçbir şeye sermaye yatırmak istememe neden olmuştur. Orta Çağ Batı gelişmesinin farklı seyrine temeld oradaki patrimonyalizmin ataerkil karakterden çok tüzel bi statüde olması neden oldu; bunun nedeni de temelde siyas özellikle askeri ve maliydi. Buna ek olarak, halk topluluğuyl özdeşleşmiş adalet yönetimi biçiminin gelişmesi ve sürdürül mesi de vardı. Örneğin Hindistan gibi var olmadığı yerd Brahmanların egemen olmalarından itibaren tüzel ve kardeş lik türü kuruluşların gerçek çeşitliliği hiçbir zaman paralel bi zengin hukuksal bir gelişmeyle olmadı. Rasyonel ve güçlü mer kezi otoritelerin geçici aralıklar sonrası sürekli tekrar ettiğ şekliyle, uzun ve kalıcı yokluğu gerçekte ticari, mesleki ve kül türel topluluklara ait, yasa tarafından açıkça tanınan bi

özerklik yarattı. Fakat bundan Alman türü hiçbir hukuki gelişme çıkmadı. Halk topluluğu türü adalet yönetiminin uygulamadaki sonucu, gerçekten bağlayıcı görülmemelerine neden olmamak için kişisel olarak ya da arkadaşlar vasıtasıyla değil halk meclisinin vasıtasıyla ya da en azından onların kesin etkisi altında hüküm vermek ya da yasa ve gelenekleri vurgulamak için hem siyasi lorda hem de toprak beyine baskı uygulanmaya başlanmasıydı. Bu tarz bir belirleme özel bir yasalar bütünü tarafından etkilenen grupların katılımı olmadan yapılamaz. Vakıf arazilerini kullananlar, serfler ve hizmetliler (*Dienstmannen*) ekonomik ve kişisel bağlılık ilişkilerinden kaynaklanan haklar ve sorumluluklar söz konusu olduğunda çağrılmak zorundaydı; vasallar ve kasaba halkı da siyasi bağlılıkla ve sözleşme bağlılığıyla ilgili haklar ve sorumluluklar söz konusu olduğunda davet ediliyordu. [179] Bu durum aslen halk mahkemesi topluluğunun askeri karakterinden kaynaklanıyordu; fakat bu karakter merkezi otoritenin çöküşüyle birlikte, verilen ya da zorla alınan adalet yönetimlerine sahip tüm kuruluşlar tarafından devralındı. Bu sistemin, hem özerk yasa yapımının hem de kurumsal örgütler veya hayır cemiyetlerinin en güçlü olası garantisini oluşturduğu açıktır. Bu garantinin ve kendi yasalarının oluşturulmasında hukuksal olarak etkilenen tarafların gruplarının *de facto* (fiili) özerkliği temelde siyasi ve teknik idari değerlendirmeler tarafından belirleniyordu. Bunlar özellikle kapitalist ortaklık formları kadar Batının şirketler ve hayır cemiyetleri kanununun gelişmesini mümkün kılmak için gerekliydi. Oldukça genel olarak, lord askeri etkinliklerle meşguldü ve emrinde ona bağlı olacak ve tebaasını denetlemek için kullanabildiği rasyonel

idari bir aygıt yoktu; bu nedenle onların iyi niyetine ve talep
lerini karşılamada onların işbirliğine dayanmak ve dolayısıyl
bağlılarının ona karşı geleneksel ya da zorla alınmış karşı t
leplerini karşılamak zorundaydı. Bu bağlı katmanın hakları
nın kardeşlik birliği hakları olarak tipikleştirilmesi ve tahs
sinin kaynağında bu durum vardı. Kuruluş normlarını
garantisi halk meclisince yasa bulma formundan kaynaklana
bir adet sayesinde arttı. Buna göre ortaklığın egemen yasası
sözlü ifadeyle ve onu gelenekler içerisine kaydetmekle düzen
aralıklarla tahkik etmek bağlılarının uygun zamanlarda lord
lardan bu yasayı ayrıcalıkları olarak tasdik etmesini isteme
eğilimiyle birleşiyordu. [180] Senyörel, siyasal ve ekonomik öz
gütler içerisindeki olaylar özgür ve gönüllü kuruluşlar için ö
kurumsal özerkliği sürdürme olasılığını doğal olarak arttır
yordu. Böyle bir durum İngiltere'de egemen olamazdı, çünkü
güçlü patrimonyal iktidara ait kraliyet mahkemeleri eski ada
let yönetimini bölgelerin, belediyelerin vs. halk meclisleriyl
baskı altına aldı. Bu nedenle hayır cemiyetleriyle ilgili bir yö
sanın gelişmesi engellendi; özerklik adetleri ve ayrıcalıkla
seyrekti ve mevcut olan bir kaçı da Kıta Avrupa'sındaki eşle
rinin özgün karakterinden yoksundu. Almanya'da da hayır
cemiyeti özerkliği ve onunla beraber hayır cemiyetleri yasa
siyasal ve senyörel otoriteler, kendilerine halk türü adalet yö
netimi olmadan yapabilme imkanı sağlayan idari aygıtı yara
tıklarında hızlı biçimde geriledi. [181]

Tabii ki bu gelişmenin Roma hukuku özelliklerinin hü
kümet sistemine nüfuzuyla çakışması tesadüf değildi, fakat
Roma hukuku bu şekilde belirleyici bir rol oynamadı. İngil
tere'de, bir hayır cemiyetleri yasasının doğuşu Alman huku

tekniği araçlarıyla engellendi. Bunun yanında, tek kişili tüzel kişi, vakıf ya da ruhsatlı örgüt biçimleri kategorilerine uymayan kuruluşlar üyelerinin salt sözleşme ilişkileri sayılıyordu; bunlar sadece üyeliğe katılarak kabul edilecek bir sözleşme teklifi anlamında geçerlilik verilen kanunlara sahipti. Böyle bir görüş roma hukuku türünden bir kurguyla yakından ilişkiliydi. Yasa yapan kuruluşların siyasal yapısı ve yasal yapısının, daha sonra tartışacağımız (aşağıda, iv.) profesyonel sahiplerinin özgün karakterleri belirleyici faktörlerdi.

7. *Özgürlük ve Zorlama*

Sözleşmeli ortaklığa yönelik yasal olarak düzenlenmiş ilişkilerin ve sözleşme özgürlüğüne, özellikle de şartlı işlem formları içerisindeki serbest tasarruf sistemine yönelik yasanın kendisinin gelişmesi genellikle kısıtlamanın azalması ve bireysel özgürlüğün artmasının işareti sayılmaktadır. Söylediklerimizden bu görüşün ne kadar görece doğru olduğu açıkça görülmektedir. Başkalarıyla, içeriği tamamıyla bireysel anlaşmayla belirlenen sözleşme ilişkilerine girme ve benzer şekilde sözcüğün en geniş anlamıyla ortaklık amaçlarıyla yasa tarafından mevcut hale getirilen gittikçe artan sayıda formu kişinin arzularına göre kullanma olanağı modern hukukta en azından malların değişimi ve kişisel iş ve hizmetler alanlarında muazzam ölçüde yaygın olmuştur. Bununla birlikte bu trendin bireyin kendi yaşamının koşullarını şekillendirme özgürlüğünde gerçek bir artış yaratma derecesi ve buna karşılık hayatın bu trende rağmen ya da belki de bu trend nedeniyle daha basmakalıp hale gelme derecesi sadece resmi yasal kurumları incelemekle belirlenemez. İzin verilen sözleşme taslaklarının

çeşitliliği ve sözleşmelerin içeriğinin kişinin arzularına uygu olarak ve bütün resmi form kalıplarından bağımsız şekild düzenlenmesine yönelik resmi yetkilendirme kendi içinde v kendi başına bu biçimsel olanaklarının gerçekte bütünü v herkesi kapsayacağını garanti etmez. Bu her şeyden önce ya salar tarafından garanti edilen mülkiyet dağılımındaki fark lılıklar tarafından engellenmektedir. Bir işçinin bir işverenl herhangi bir akit içerisine girmesi uygulamada iş arayan içi kendi çalışma koşullarının belirlenmesinde en küçük bir öz gürlüğü temsil etmez ve ona bu süreç üzerinde herhangi bi etkiyi garanti etmez. Bu daha ziyade, en azından öncelikli ola rak, pazardaki daha güçlü tarafın, yani normalde işverenin koşulları belirleme, "al ya da alma" şeklinde işi teklif etm ve normalde işçinin daha acil ekonomik ihtiyacı düşünüldü ğünde, kendi koşullarını ona dayatma olanağına sahiptir. C zaman sözleşme özgürlüğünün sonucu ilk planda, pazardak mülkiyet sahipliğinin akıllı şekilde kullanılmasıyla, bu kay naklardan başkaları üzerinde kontrol oluşturma aracı olara yasal kısıtlamalar olmadan yararlanma fırsatı yaratmaktır. Pa zardaki güçle ilgilenen taraflar, dolayısıyla böyle yasal bir dü zenle de ilgilenir. " Yasal yetkilendirme kuralları" onların bu ilgisine özellikle hizmet eder. Bu tip kurallar resmi özgürlül koşullarında resmi olarak herkese açık olan geçerli anlaşma lar için bir çerçeve oluşturmaktan başka bir şey yapmaz. Bu nunla birlikte bunlar gerçekte sadece mülk sahiplerine açıktu Ve dolayısıyla aslında onların özerkliğini ve iktidar pozisyon larını destekler. Tarafların yasal işlemlerinin şematik olarak sı nırlı bu modern formunda cisimleşen, "yasa yapımı sürecinin merkezsizleştirilmesinin"– Andreas Voigt'e ait oldukça yerind

bir ifade– diğer topluluklarla (örneğin sosyalist çizgide örgütlenmiş bir toplulukla) karşılaştırıldığında yasal bir topluluk içerisinde uygulanan zorlamanın derecesinin azalmasıyla özdeş olduğu şeklindeki oldukça geçerli yanlışa düşmemek için meselenin bu yönünü güçlü biçimde vurgulamak zorunludur. Sözleşme özgürlüğünün ve özellikle de her şeyi "serbest" anlaşmaya bırakan sınırlamaları kaldıran yasaların artan önemi emredici ve yasaklayıcı normların tehdidinden kaynaklanan zorlama türünün görece azalmasını ima eder. Bu biçimsel olarak tabii ki zorlamanın azalmasını temsil eder. Fakat bu durumun yetkilendirmelerden ekonomik olarak yararlanma pozisyonunda olanların ne kadar yararına olduğu da açıktır. Belli bir yasal topluluk içerisindeki "özgürlüğün" toplam miktarının gerçekten artma derecesi tamamıyla somut ekonomik düzene ve özellikle servet dağılımına bağlıdır. Bu hiçbir zaman sadece yasanın içeriğinden çıkarılamaz. Burada tartışılan türden kısıtlama kaldıran yasalar sosyalist bir toplulukta kesinlikle önemli bir rol oynar; benzer şekilde, zorlamanın geldiği merkiler, zorlamanın türü ve zorlamanın yöneltildiği kişiler özel bir ekonomide olanlardan farklı olacaktır. Sonrakinde zorlama büyük ölçüde hukukun servetlerini garanti altına aldığı ve dolayısıyla güçlerinin kendisini piyasanın rekabet savaşında gösterdiği üretim ve kazanım araçlarının özel sahipleri tarafından uygulanır. Bu tür zorlamada "*coactus voluit*"[183] ifadesi (zorladılar ama ben de istedim) otoriter formların kullanımında özenle kaçınılması nedeniyle olağanüstü bir güçle geçerlidir. Emek piyasasında, servetlerinin yasal olarak güvence altına alınması dolayısıyla ekonomik olarak daha güçlü olanlar tarafından dayatılan koşulları kabul etmek tarafların "özgür"

seçimine bırakılır. Sosyalist bir toplulukta, merkezi bir ekono mik kontrol otoritesinin dolaysız emredici ve yasaklayıcı buy rukları ne şekilde algılanırsa algılansın, bu gibi buyrukları bugün oynadığından çok daha büyük rol oynayacaktı. İtaa sizlik durumunda, itaat bir tür zorlama aracılığıyla gerçekleş tirilecektir, fakat bu pazar mücadelesi yoluyla bir zorlama de ğildir. Hangi sistemin daha gerçek bir zorlamaya, hangisinin daha gerçek kişisel özgürlüğe sahip olduğuna, sadece gerçekt mevcut ve makul biçimsel hukuk sisteminin analiziyle karı verilmez. Sosyoloji sadece çeşitli zorlama tipleri arasındaki n tel farklılıkları ve onların yasal topluluktaki katılımcılar arı sındaki etkisini ortaya çıkarabilir.

(Demokratik olarak) sosyalist bir düzen (günümüz ideolo jilerinde geçerli olduğu anlamda), zorlamayı sadece özel mül kiyetin sahipliği vasıtasıyla pazarda uygulandığı biçimiyle red detmekle kalmaz, aynı zamanda salt kişisel iktidar taleplerin dayalı dolaysız zorlamayı da reddeder. O sadece mutabık kı lınmış soyut yasaların geçerliliğini kabul edecekti, bu isimi anılıp anılmadıkları çok önemli de değildi. Biçimsel olarak pazar topluluğu kişisel otoriteye dayalı dolaysız zorlamayı kı bul etmez. Onun yerine, genel bir ilke olarak, herhangi bir ay rım olmadan salt ekonomik piyasa yasalarına uyumun kaçı nılmazlığının kişisel olmayan formunda işçilere, girişimcileri üreticilere ve tüketicilere uygulanan özel türden bir zorlayı durum ortaya çıkarır. Yaptırımlar ekonomik gücün kaybın dan ya da azalmasından, belli koşullarda da kişinin ekonomi varlığının gerçekten kaybından oluşur. Özel girişim sistem kapitalist girişimde gerçekten var olan kişisel ve otoriter-hi yerarşik ilişkileri bile "emek piyasası işlemlerinin" objelerin

dönüştürebilir. Otoriter ilişkiler bu şekilde bütün normal duygusal içerikten temizlenirken otoriter kısıtlama devam etmekle kalmaz, aynı zamanda en azından belli koşullar altında artar. Varlığı spesifik bir şekilde "disipline" – kapitalist ticari kuruluşların disiplinine- bağlı olan yapılar alanı ne kadar kapsamlı olursa otoriter kısıtlama onlar için o kadar rahat uygulanabilir ve ellerinde bu tür bir kısıtlamayı kullanma gücünün toplandığı ve ayrıca onlara yasal düzen tarafından garanti edilen bu gibi bir otoriteye sahip olma gücünü elinde bulunduranların halkası o kadar küçük olacaktır.

Çok az buyurucu ve yasaklayıcı norm ve çok fazla "özgürlük" ve "yetkilendirme" içeren yasal bir düzen yine de uygulamadaki sonuçlarında nicel ve nitel bir artışı genel anlamda sadece zorlamayla değil fakat oldukça spesifik otoriter zorlamayla sağlar.

NOTLAR

1. Bkz. kısım i:I(a). Karar normlarıyla yönetmelikler arasında ayrımla ilgili olarak bkz. JELLINEK, SYSTEM, özellikle 63-76. (*Refl rechtund subjectives Recht*); W. JELLINEK, VERWALTUNGSRECI (1948) 200, 305. Bu ayrımın geçerliliği LABAND tarafından reddedil STAATSRECHT (1911) 331;III, 207. H. KELSEN tarafından bir se tez denenir, REINERECHTSLEHRE (1934) 399; THEORY 77, 78, Heidelberg'deki çalışma arkadaşı ve dostu Georg Jellinek'in Web üzerindeki etkisi sadece ayrıntılar konusunda değil, fakat Weber hukuka sosyolojik yaklaşımına verdiği destekte de büyüktü. Bu Jel nek tarafından özellikle ALLGEMEINE STAATSLEHRE'de (3. Bası 1914) uygulandı.

2. Bu üçleme ile ilgili tipik bir sunum için bkz. ENNECCERI 56;1. AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE (1885) 39, 92, 6 710 ve devamı. Üçüncü tür hakla ilgili olarak metin çok açık değild Burada kastedilen A'nın B'ye belli bir işlem yapması için izin verdi durum değil, sonraki cümlelerin gösterdiği gibi, A'nın belli bir işle başka birinin ya da birilerinin yasal olarak haklı görülen müdahalesi tabi olmadan yapabildiği durumdur.

3. Weber *Freiheitsrecht* ("ayrıcalık") terimini G. JELLINEK' SYSTEM 89'da geliştirdiği şekilde kullanmaktadır. Jellinek ve W ber'in "hak talebi" ve "ayrıcalık" terimlerini kullanması Hohfeld' terminolojisine benzemektedir. Bkz. HOHFELD, FUNDAMENTA LEGAL CONCEPTIONS (1923)

4. Weber burada miras bırakılacak sözleşmeyi düşünmekted Amerikan hukukunda böyle bir akit taahhüt eden kişiyi mirasçıya b bir hak kazandıran belli bir vasiyette bulunması konusunda bağl Alman hukukunda "miras akdi" eğer uygun bir şekilde yapılmış taahhütte bulunan kişinin ölümü üzerine yararlanıcının hakkın temelini teşkil eder; bu nedenle bir vasiyet tarafından uygulanm ihtiyacı yoktur. Bkz. Alman Medeni Kanunu 2278-2302. KısımlarıBi Avusturya Medeni Kanunu 1249. Kısım

5. Bkz. Mcmurray, Succession, Laws of, 14 ENCYC. SOC. SCI. 435; Nussbaum, Liberty of testation (1937) 23 A. B. A. D. 183;RHEINSTEIN, DECEDENT'S ESTATES 403, 406

6. Bkz. Aşağıda kısım ii: 4. 2-3

7. Bu cari Alman idari hukuk teorisidir. Bkz. Özellikle W. JELLINEK, vd. ve orada adı anılan ek literatür. A. LOTZ, GESCHISHTE DES DEUTSCHEN BEAMTENTUS (1914); W SOMBART, BEAMTENSCHAFT UND WIRTSCHAFT (1927); F. WINTER, ABRISS DER GESCHICHTE DES BEAMTENTUMS (1929); LABAND, DAS STAATSRECHT DES DEUTSCHEN REICHES (1911) 433 vd.

8. LOTZ, adı geçen eser 28'de tartışılan konu (Beamte als Hofbeamte); LA BAND, adı geçen eser, 433

9. OGERKE, 91; aynı yazar, GENOSSENSCHAFTSRECHT 1, CARLYLE, HISTORY OF MEDIEVAL POLITICAL THEORY (1903, iii, I. Bölüm STANGENBER, VOM LEHENSSTAAT ZUM STANDESTAAT Landstände (1897) 78 HIST. Z. 427

10. Leges barbarorum Germen halkları tarafından Roma imparatorluğunun batı kesimlerini işgalden sonra benimsenen "örfi hukuk" kanunlarıydı. Bunlar örneğin Salyan Franklarının Lex Salica'sı ya da İspanya'yı işgal eden Visigotların *Lex Visigotharum*'una benziyordu; bkz. AMIRA 15, 16, Jenks, *Development of Teutonik Law* (1907) I SELECTED ESSAYS IN ANGLO- AMERICAN LEGAL HISTORY 35; HUEBNER 2.

11. Bkz. LEWIS. H. MORGAN, LEAGUE OF THE IROQUOIS (1922); aynı yazar, ANCIENT SOCIETY (1878) 399, 446.

12. Erkek evleriyle ilgili olarak bkz. LOWIE, PRIMITIVE SOCIETY (1925) 197, 299, 306, 315, 368, H. SCHURTZ, ALTERSKLASSEN UND MÄNNERBÜNDE (1902); W. SCHMIDT und W KOPPERS, GESELLSCHAFT UND WIRTSCHAFT DER VÖLKER (1924) 224. Bkz. ayrıca aşağıda IX: 2

13. Usul hukukunun kökeniyle ilgili bu görüş MAINE tarafından da savunuluyordu, s. 385. Usul hukukunun yöneticilerin tebaalarına hükmetmeyi başvurmayı emretme yetkisinde ortaya çıktığı karşı görüşü

özellikle F. OPPENHIMER tarafından öne sürülmüştür. THE STA (1914) 78-81 ve L. GUMPLOWICZ, OUTLINES OF SOCIOLO (1899), 179; bkz. SEAGLE 62. Usul hukukunun tamamının kaynağı gönüllü ya da emredilmiş itaatte olduğunu söylemek fazla basitleştir olacaktır, zira daha başka faktörler de konusu olmuş olmalıdır. İl akraba grupları arasındaki ihtilafların aracılıkla ya da hakemli çözülmesinde yargıya gönüllü boyun eğmeye dönüştüren bazı koşu ortaya çıkmış olmalıdır. Bu nedenle, farklı usul kurallarının fa kaynakları olduğunu söylemek daha doğrudur; bunun Roma hu kunda böyle olduğu çok dikkatli bir bilgin olan WENGER tarafın öne sürülmüştür. (11); fakat değişik bir görüş için bkz. EHRLICH vd. Genel olarak anlaşmazlık için bkz. THURNWALD 145 ZD; D MOND, CC. XXX, XXXI.

14. Birçoğu için bir örnek: 1925 baskısında Lord Chancellor (yük yargıç) yerine "Lordmayor" (belediye başkanı) vardı; sonuçta İng baskısında *Mayor's Court* (şehir mahkemesi) ile ilgili olarak uzun dip not konuldu. (R) - Weber Roma *pretoru* ile ilgili olarak formü usulün *litis contestatiosunu* düşünüyor gözükür. Malların haczi tek yoluyla (*missio in bona*) yargıç tarafları kendisi tarafından önerilen da huzurunda onun yardımıyla hazırlanan formül üzerinde anlaşm zorlayabilirdi. Formül konusunda anlaşıldığında yargıç belgeyi dava verir. Artık sıra taraflar arasındaki sözleşmeye gelmiştir: "şimdi da olarak ortaya çıkan kişi belgeyi davalıya uzatır, o da onu kabul ede WENGER 139. *Litis contestatio* ilgili çok sayıda ihtilaf ve onun zorlu sözleşme karakteri için bkz. VENGER 17. 139. Diğer zorunlu sözleşm *pretorun* bir tarafı diğerine güvence vermeye zorlayabildiği durumla bulunabilir. (*cautiones; stipulationes in iure*); bkz. WENGER 102.

15. Bkz. THURNWALD 51; R. SCHRÖDER 66; BRUNNER I. 1 SCHMIDT UND KOPPERS, adı geçen eser (Völker und Kulturen' III, 167, 234, MAINE EARLY LAW 69 vd.

16. Yeminle ilgili bkz. THURNWALD 176; WENGER 125; 3 POLLOCK VE HAITLAND 1, 39. II, 600; DIAMOND 52, III, 3 339, 350, 390

17. SCHMIDT UND KOPPERS, adı geçen eser. I, 497; I WESTERMARCK, HISTORY OF HUMAN MARRIAGE (1925) 233

18. Bkz. M. EBERT, REAL- LEXIKON DER VORGESCHICHTE (1926) VI, "Kuf" başlıklı kısım, 246-248; VII, "Markt" başlıklı kısım, 34.

19. Roma hukukunda, en azından *res mancipi*'nin *mancipatio* yoluyla satılmasıyla ilgili olarak (bkz. Aşağıda n. 22) bir tapu ya da mülk eksikliği durumunda ortaya çıkan satıcının yükümlülüğünün asıl kaynağının genel olarak onun tarafından yapılan bir yanlış olduğu söylenir. (bkz. E. RABEL, DIE HAFTUNG DES VERKAUFERS VEGEV MANGELS IN RECHT. [1902] 819). Görüşü Weber'i etkilemiş görünen Huvelin, hatanın satıcının kendisine ait olmayan malların fiyatı olarak aldığının parasını aldığında yapmış olduğu *furtum* "hırsızlıktan" ibaret olduğuna inanıyordu. (GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS, I, 157; III. 1 Kısım, 138) Bununla beraber, satıcının hatasının, alınan kısıtsız sahiplik ve tasarruf hakkı üçüncü bir şahsın daha üstün bir mülkiyet hakkı tarafından sorgulandığında alıcının savunmasına gelmemesinden ibaret olması daha muhtemeldir. Satıcının alıcıyı bu gibi saldırılara karşı savunma görevinin, Yunan, Germen, Slav hukukunun ve diğer birçok hukukun eski evrelerinde var olduğu tespit edilmiştir; bkz. RABEL adı geçen eserde 6; DARASTE, Adı geçen eser 166, 184, 202, 232, 236; ve şimdi karşılaştırınız H. Coing, *Die clausula doli imklassischen Recht* (1951) FESTSCHRRIFT FRITZ SCHULZ 97.

20. Çartal para: doğal mübadele ya da ödeme araçlarının aksine yuvarlanmış ya da madeni her türden para.

21. *Per aes et libram* (bakır ve terazi ile) yapılan işlemlerde para alıcı için beş şahidin ve bir tartıcının (*libripens*) huzurunda tartılırdı; belli törensel sözcükleri söylemek zorundaydı. Bu kurum temelde *mancipatioda* kullanılıyordu; bu sayede malların, yani bir Roma çiftlik evinin geçim kaynağı olan malların (toprak, köleler ve sığırlar) mülkiyeti sözde *res mancipi* (yukarıda, n. 20) devrediliyordu. Diğer malların sahipliği, en azından klasik zamanlarda, daha az resmi bir yol olan basit *traditio* ile devredilebiliyordu. *Per aes et libram* işlem aynı zamanda *nexum* ile bağlantılı olarak da kullanılıyordu. Bu bir kredi ve aynı zamanda evlat

edinme, vasiyet bırakma ve evlilik amaçları için bir borç yaratman eski yoluydu. Bkz. Aşağıda n. 24. Bkz. BUCKLAND 236; JOLOVIC 151. Weber'in ifade ettiği gibi *per aes et libram* işlemler Roma hukuk nun eski evresinde yasal olarak bağlayıcı işlemlerin yaptığı iki öner metodun birisiydi ya da böyle görünmektedir. Diğer metod *in iu cessio* idi; umumi hukuk cezasına benzeyen bu metot temelde, devr den kişinin mülkiyetini devredilene vermesinin otoriter bir tasdikiy sonuçlanmasını amaçlayan, yargıç önündeki bir duruşma taklididir

22. 1925 ve hatta 1956 basımında İngilizcede "zorlayıcı akit" olar çevrilen "*Zwangskontrakt*" yazılıdır. Bununla birlikte, bunun *Zwec kontrakt*'ın basit bir yanlış okuması olduğu ortaya çıktı. Yanlış, es çeviride birkaç paragrafı anlaşılmaz hale getirdi. (R)

23. Coemptio ve *confarreatio* genellikle erken Roma hukukun iki evlilik biçimi olarak ifade edilir. Sonraki ayrıntılı bir dini törend aristokrasinin üyeleri dışında herhangi biri için uygulanmaz. *Coempti per aes et libram* bir işlemdir; evlilik bağının oluşturulması için kocan karısı üzerindeki evlilik yetkisini (*manus)* edinmesi için olduğu kad çok önemli görünmemektedir. Daha geç cumhuriyetçi dönemlerde h iki tür formalite de kullanılmaz olmuştur. Evlilik tarafların formel o mayan rızalarıyla, genellikle gelinin damadın evine girişinin (*in domu deductio*) kutlanmasıyla tanıklık edilerek geçerli şekilde tamamlanm sayılıyordu. Eski tarz *coemptio* da gelinin ait olduğu evin reisi nom nal bir ücret karşılığı onun üzerindeki yetkisini damada devretm görünmektedir. *Coemptio'nun* klasik dönemlerde kullanıldığı kad rıyla, damatla *mancipatio* gelinin kendisi tarafından gerçekleştirilm görünmektedir. Bkz. 1 BONFANTE, CORSO DI DIRITTO ROMAN (1925) 39 vd. ; Kunkel, 14 PAULY-WISSOWA, REALENZYKLOPA DIE DER KLASSISCHEN ALTERTUMSWISSENSCHAFT 2259; SCHULZ, CLASSICAL ROMAN LAW (1951)103; CORBETT, ROMA LAW OF MARRIAGE (1930); daha fazla kaynak için bkz. JÖRS AN KUNKEL 271 vd. 416.

24. Yükümlülük terimi medeni hukukta umumi hukuk yar kararlarındakinden daha yaygın biçimde kullanılır. Medeni huku

terminolojisinde yükümlülük (Latince *obligatio*) herhangi türden bir hukuksal görev anlamına gelir: bir ödeme yapma, mal teslim etme, bir toprak parçasını devretme, hizmet verme, belli bir işlemden vazgeçme. Yükümlülük bir akitten (*ex contractu*), hatalı bir fiilden (*ex delicto*) ya da doğrudan yasal düzenin (*ex lage*) bir buyruğundan kaynaklanabilir. Sonraki kategorinin alt bölümleri *quasi ex contractu* ve *quasi ex delicto* yükümlülüklerdir.

[5]. Wergilt (wergeld)- yanlış için, özellikle gelenek tarafından tespit edilen kefaretli ödeme. Sözcük Almancadan gelmektedir. Fakat kurum neredeyse evrensel olmuş görünmektedir. Weber burada öncelikle AMIRA, GERMANISCHES OBLIGATIONENRECHT (1882) tarafından ifade edilen teoriyi izler.

[6]. *Rei vindicatio* kişisel bir eşyanın ya da bir toprak parçasının iadesi için açılan davaydı. Bu malı elinde bulundurana karşı yasal sahibi olduğunu iddia eden kişi tarafından açılıyordu. Gaius tarafından (iv, 16, 17) şu şekilde tanımlanmıştır; (L. Mears tarafından çevrilmiştir (1858), 518]

[7]. " §16: Eğer bu mahkemeye getirilebilen ya da içeri sokulabilen taşınabilir eşyalar ya da hareket eden şeylerle ilgili bir davaysa yargıcın önünde şu şekilde sunulur: Davacı bir asayı tutarak, o şeyi, mesela bir köleyi tutar ve şöyle konuşurdu: "Bu kölenin gösterdiğim belgeyle, *quiritium* (vatandaşlar) yasasına göre benim olduğunu söylüyorum. Bu sırada asayı köleye değdirerek" dolayısıyla mızrağımı ona atıyorum. Hasımı da aynı şeyi söyler ve yapardı ve her ikisi de köle üzerinde hak iddia ettikten sonra, yargıç: "her iki müddei de köleyi bırakın" derdi. Bunun üzerine ikisi de uzaklaşırdı. Sonra ilk müddei şöyle derdi: "iddianın temelini göstermeni istiyorum. " Diğeri cevap verirdi: "mızrağımı ona değdirdiğimde onun üzerimdeki hakkımı ilan ettim. Sonra ilk müddei şöyle söylerdi: onu hak ihlali olarak talep ettiğin için mahkemeye beş yüz paund bakır koymanı talep ediyorum. " Hasımı da benzer talepte bulunurdu; fakat dava değeri bin paund bakırdan düşükse elli paund bakır karşılıklı olarak konulan toplam miktar olarak isimlendirirlerdi. Sonra aynı işlemler kişisel bir davadaki gibi talep edilirdi, bundan sonra

yargıç geçici olarak taraflardan birine davanın konusunu yükler, ya onlardan birini geçici sahip olarak atar ve ona dava konusunda geçi mülkiyetle, yani ihtilaflı şeyle ve ürünle ilgili olarak hasmına güven vermesini emrederdi; bu arada yargıç devlet hazinesine (ceza olara verilecek toplam giderlerle ilgili olarak her iki taraftan da güvence alır Yasal sahipliğin sembolü olan mızrağın yerine bir asa kullanılırdı; Zi buna özellikle bir erkeğin düşmandan alınmış kendi malı olarak bal lırdı ve bu nedenle mahkeme kürsüsünün önüne bir mızrak konul

§17: Eğer o şey bir sütun ya da gemi veya herhangi türden bir su sürüsü gibi mahkemeye getirilemeyecek türdense onun yalnızca b kısmı alınıyor ve sanki bütün mahkemedeymiş gibi bu kısımla ilg olarak dava açılıyordu. – Benzer şekilde, ihtilaf bir toprak parçası ş da bir bina veya bir miras hakkındaysa bir parça alınıyor ve mahk meye getiriliyor ve dava bütün oradaymış gibi bu parçayla ilgili olar görülüyordu.

WENGER s. 127 şu gözlemi ekler: Bu o şey için elle mücadeleni devlet barış düzenini kurmadan önce kendi işini görmenin sembol bir hatırlatıcısıdır. Bu sonuncusu yargıç tarafından temsil edilir: "*cu uturque vindicasset, praetor dicebat: Mittite ambo hominem* ("her ikin de adamı bırakın"). Bu bir fundus (toprak parçası) için yapılan sembol mücadelede daha da açıktır. Taraflar ondan bir parça toprak getirir onunla yargıç önünde yukarıda bahsedilen karşılıklı *vindicatio* d işlemini kabul ettirmeye çalışırlar. Yunan diadikasia'sıyla ilgili olar bkz. 2 BONNER AND SMITH 79, 101, 163, 260, 265; LEIST 490. Bi ayrıca yukarıda, kısım:27, 28. notlar.

28. *Markgemeinschaft* ya da daha sık olarak *markgenossensch* ortak arazilerin, özellikle de ortak otlak ve korulukların kullanımın hak sahibi olan kişiler topluluğudur. Tarımsal toplulukların çeşi formları için bkz. Weber, ECONOMIC HISTORY (çeviri F. Knig 1927) 3; bkz. POLLOCK AND MAITLAND I. 506

29. *Hereditatis petitio*: Bir ölünün arazisinin tümü için, bu ara üzerinde hakkı olmadığı var sayılan birine karşı varislik iddia ed bir kişi tarafından açılan iade davasıdır.

80. Sternberg, Der geist des chinesischen Vermögenrechts (1911) 96 ff. VGL. RW. 14213; Bkz. ALABASTER 317

81. Bu "oturan dharma" kurumu ile ilgili olarak bkz. MAINE, INSTITUTIONS 38 ve devamı; 297-305; e. s. HARTLAND, PRIMITIVE LAW (1924) 186. Benzer bir adet eski İrlanda hukuku için de anlatılır, MAINE adı geçen eser 280- 296, 303: Eğer borçlu şeflik derecesinde ise alacaklı "ona karşı açlık orucu tutmak zorundaydı" yani onun oturduğu yere gider ve orada belli bir süre aç kalırdı.

82. A. Kocourek ve J. Wigmore, Sources of Ancient and Primitive Law (1915) I EVOLUTION OF LAW 328, Fanti örfi hukuk için; MAINE, INSTITUTIONS 187, İrlanda hukuku için.

83. *Nexum* resmi olarak, *per aes et libram* yani bakır miktarının beş tanığın ve bir tartıcının (*libripens)* huzurunda tartılarak oluşturulduğu bir satış sözleşmesi gibi gözükmektedir. Bkz. yukarıda n. 22. Bu, tarihsel yorumlar içinde kaybolmuştu ve kaynaktaki göndermeler o kadar parçalıdır ki onun kaynağı ve doğası hala belirsizdir. Weber tarafından kabul edilen teori *nexum*'un borçlunun kendisini sembolik olarak alacaklıya satmış bir işlem olduğuna inanan Mitteis'e aitti. Ancak bu teoriye çeşitli cephelerden saldırı olmuştur. Kapsamlı literatür JÖRS AND KUNKEL 209'da listelenmiştir; bunu Koschaker, *Eheschliessung und Kauf nach altorientalischen Rechten* de (1951) eklenmelidir, ARCHIV ORIENTALNY 210, 1931 ve V. Lübtov, *Zum Nexumproblem* (1950) 67. SAV. Z. ROM. 112. *Stipulatio* belli törensel sözcüklerin karşılıklı söylenmesiyle bağlayıcı hale getirilmiş yapılan sözleşmeydi. Alacaklının: *Sestertios mille dare spondesne* ("1000 sestertii ödemeye söz verir misin?" sorusu üzerine borçlu şu cevabı verirdi: "spondeo" (söz veriyorum). Daha sonra "spondesne? spondeo gibi sözcüklerin yerine özellikle "promittisne? Promitto" ya da "dabisno? dabo" gibi başka terimlerin kullanılmasına da izin verildi. Weber'in inandığı gibi, böyle bir sözün ya da taahhüdün sadece paranın ödenmesiyle ilgili olup olmadığı ihtilaflıdır. Literatür JÖRS AND KUNKEL 97'de listelenmiştir. Bkz ayrıca a. g. e. 218.

84. a *"Aus römischemund burgerlichem Recht"* (FESTSCHR. F. BEKKER) 109 vd. Mitteis'in *stipulatio*'nun kökeni ile ilgili teorisi Segré

tarafından şüpheyle karşılanmıştır, 108 ARHIVIO GIURIDICO 17 Luzatto, *per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni roma* 8 FOND. CASTELL 253; Weiss, PAULY-WISSOWA; REALENZY LOPADIE DER KLAS, ALTERTUMSWISSENSCHAFT, 2. REIHE I 2540; JÖRS AND KUNKEL 96. Bu yazarlar *stipulatio*'nun kaynağın henüz aydınlığa kavuşmadığını ilan etmişlerdir.

34. Weber burada *in ius vocatio*'yu düşünüyor. Eski Roma Huk kunda bununla bir dava açılırdı. WENGER 96 bunu şu şekilde tanımlı "İn ius vocatio. On iki tablet de tüm kanunların başına konulur ve bi eski kaba ilkelliği içerisinde sunulur: I, (1) *Si in ius vocat, ito.* (2)*si c vitur pedenve struit, manum endo iacito* (3) *si morbus aevitasve viti escit iumemtum dato. Si nolet, arceram ne sternito* (çeviri) WIGMOR SOURCES OF ANCIENT AND PRIMITIVE LAW (1915), EVOLUTIO OF LAW'un 1. Cildi, Kocourek ve Wigmore, s. 465. *"Bir adam diğeri mahkemeye çağırırsa gidecektir. Gitmezse buna şahit olacaklardır: Son yakalanacaktır. Kaçarsa ya da mahkeme davetine cevap vermezse gid ken onu yakalarlar. Hastalık ya da yaşlılık engel olursa ona bir çift ök verilecektir, fakat istemezse üstü kapalı bir araba verilmez."*

Muhtemelen sonraki ilavelerle kuşaktan kuşağa devredilen bu h kümlerde, bugün zorlayıcı bir yasaya bıraktığımız temel hukuk ilkel ve özel yönetmelikler görülür. Bunun yanında, bu tür zorlayıcı yasal gerçekte büyük sayılarda Yüksek Yargıç tarafından yayınlandı. Dav *in ius vocatio*'ya kişisel olarak karşı koymamış olabilir, fakat onu g uygulamayan ve – bir açıdan artık kabul edilmez biçimde – davalın mahkemeye çıkmasını garanti eden davacının ellerinden kurtar uygun bir *vindex* (gladyatör) bulması mümkündür. Eğer uygun bir *vi dex* bulunmazsa, o zaman davalı On iki Levhaya göre zor kullanıla yargıcın huzuruna getirilir. Davacı tarafından şahitlerin çağırılması azından davalı için hukuk dışı güç kullanımına karşı belli bir güven anlamına gelir.

35. Roma hukukuyla, ilgili olarak Weber'in kafasında eski *legis act per pignoris capionem* vardır. Bu genellikle sadece kutsal hukuk ve kam hukuku, özellikle vergilerle ilgili davalar için geçerlidir. Bkz. Weng

... Germen hukukunda haciz daha genel olarak mevcut görünmektedir. ... Roma hem Germen hukukuyla ilgili olarak Weber MAINE'nin ... takip eder gözükmektedir. INSTITUTIONS 257 vd.

46. Ünlü metin Gellius tarafından (XX, 48) şu şekilde aktarılır. ... fontes juris romani antiqui; Tab. II. 6): "Tertiis nundinis par... secanto. Si plus minusve secuerint, se faraude esto." ("altmış gün ... (temerrude düşen borçlunun birkaç alacaklısından biri tarafın... yakalanmasından 60 gün sonra) bırak parçalara ayrılsınlar. Şu ya ... şekilde ayrılırlarsa bu ön yargısız olacaktır.") Eski Latincenin ... çok açık değildir ve metnin anlamı tartışmalıdır. Weber ... alacaklıların borçluyu parçalara ayırmaya izin verdiği şeklindeki ... izler. Joseph Kohler tefecinin borçlusunun son kuruşuna kadar ... yle ilgili ünlü makalesinde aynı görüşü kullanmıştır. O burada ... zamanlar genel bir fikrin değişen ahlaki fikirlerle çatışmaya başladığı ... zamana kadar varlığını sürdürmesini görür. (SHAKESPEARE VOR ... FORUM DER JURISPRUDENZ [2. Baskı 1919] 50.) Bütünüyle ... bir görüş Max Radin tarafından ifade edilmiştir. ("Secare partis: ... Early Roman Law of Execution against a Debtor (1922) 43 AMER. ... PHILOSOPHY 32). Max Radin secare'yi borçlunun malının parça ... devrine uygular. Kapsamlı literatürle ilgili ek göndermeler için ... WENGER §21, n. 8

47. Almanca metin şöyledir: oder der Gläubiger setzte sich in das Haus des Schuldners, und dieser musste Ihn bewirten (Einleger). "Einleger" şeklinde almanca bir sözcük vardır, fakat hiçbir anlamı metnin parçasına uymaz. (bkz. 2 PREUSSICHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN, DEUTSCHES RECHTSWÖRTERBUCH [1934] 1122) Muhtemelen bir traskripsiyon ya da tipografi yanlışı olmuştur ve kastedilen sözcük "*Einlager*"dir. Bununla birlikte bu terim borç toplama metodunun tam zıddına karşılık gelir, yani borçluyu veya garantörünü borç ödenene kadar uzlaşılan bir yerde evden uzak yaşamaya zorlayarak ona baskı yapmak (bkz. 2 DEUTSCHES RECHTSWÖRTERBUCH 1111'de ki göndermeler) Genel olarak böyle bir iskâna boyun eğme yükümlülüğü, Alman hukukunda özel bir anlaşmayla kabul edilmeliydi.

(HUEBNER 482). Von Schwerin (a. g. e.) kurumu şu şekilde tanımla Rehinelik terminolojik olarak 12. Yüzyılda Fransa'dan (Almanya' devredilen Einlager (giselschaft, obstagium) kurumunda varlığ sürdürmüştür. Bu özellikle şövalyeler arasında yaygındı: Genelli sözleşmeyle düzenleniyordu; fakat kanunla düzenlendiği durumlar vardı. Garantörün bir hana çıkarak sabit sayıda bir hizmetçiyle birli borç ödenene kadar orada kalarak kendini teslim ettiği bir tür e likti. Kurum 16. Yüzyılda imparatorluk yasasıyla kaldırıldı, fakat b bölgelerde, örneğin İsviçre'de, modern çağa kadar varlığını sürdür

Alman hukuku alanında, alacaklının "iskân" uygulamasına r olduğu durumun tek örneği R. 'nin şu ifadesinde yer alır. (*Gelobter u gebotener Feriede im deutschen Mittelalter* [1912] 33. SAV. Z. GER 169) İki tarafın güçlerini kötüye kullanmalarını engellemek için yüzyıl Hollanda ve Batı-Frizye şehirleri her iki davacıya da -alaca ve borçlu- iskâna razı olmalarını emretti. Daha fazla kaynak için b M. Rintelen, *Schuldhaft und einlager im volsstreckungsverfahren alt-niederländischen und sachsischen rechtes* (1918); 1 AMIRA, a. (1882) 362, 392 vd

Alman *Einlager*'inin alacaklının borçlunun evine yerleşerek bir bo geri alması biçimiyle ilişkisini gösterecek hiçbir kaynak bulunmazk sonraki adet Kohler'in Çin halkındaki bir ifadesinin gösterdiği gerçekten de gerçekleşmiştir. (KOHLER AND WENGER 143)

38. Geleneksel olarak İ. Ö 326 tarihli bir *lex Poetelia* bu gelişmei önemli bir dönüm noktası olarak zikredilir. Bunun borçlunun zincirl mesini ve öldürülmesini yasakladığı ve alacaklıyı borçlunun borcu ödemeye razı olmasını kabul etmeye zorladığı nakledilir. Hepsi tarl olan ve yüzyıllar sonra yazan anlatıcılar (Livy, Dionisius, Cicero v gelişmenin ayrıntılarıyla ilgili olarak şüphecidirler, fakat muhteme soylularla halk tabakası arasındaki mücadelenin bir yönü olarak, kişi sorumluluğuna geçişi temsil ettiği kadarıyla kesindirler. Problemle il kaynaklar için bkz. WENGER §21 n. 10

39. Birleşik devletlerde borç nedeniyle hapse atma genel olarak dokuzuncu yüzyılda kaldırıldı; bu yasak çok sayıda eyalet anayasası

ayleşa ilan edildi. Bununla birlikte mahkemeyi aşağılama, mülkiyet kararına itaatsizlik nedeniyle cezalandırma ve ayrıca belli eyaletlerde borçluyu kasıt ya da ihmalden suçlu bulan bir hükme dayanarak, yasaya uygun olarak verilen zarar ziyan kararları şeklinde varlığını sürdürdü.

Almanya'da, muhtemelen bütün Batı ve Orta Avrupa ülkelerinde olduğu gibi (örneğin, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 29 Mayıs 1874, 59. madde) 29 Mayıs 1868 Bundesgesetz'iyle borç için hapsetme köklü biçimde ve tamamıyla on dokuzuncu yüzyıl yasalarıyla birlikte kaldırıldı. Kamuoyu bunu aileye bakma yükümlülüklerinin zorlanması amacı olarak bile hoş görmeyecekti. Teorik, fakat neredeyse hiç kullanılmayan bir uygulama olarak hapis cezası bir kişinin para ödeme dışında bir eylemi yapmayı ya da ondan uzak durmayı emreden hükümlere uymasını sağlama aracı olarak hala mümkündür. Bkz Alman Medeni Usul Kanunu §§ 888, 890; bkz A. SCHONKE, ZWANGSVOLLSTRECKUNGSRECHT (1948) 168- 169. Para borcu nedeniyle hapis cezasının kaldırılması konusunda bkz. HELLMANN, 1; L. ROSENBERG, LEHRBUCH DES DEUTSCHEN ZIVILPROZESSRECHTS (1949) 806-807.

10. *Vadiatio* (Yeminli beyan)- garantörlüğü tesis eden Germen işlemi: bir dostuna borçlu tarafından alacaklıya uzatılır, o da onu garantöre verir ve ondan alacaklının borcuna karşılık garantör olmasını ister. İşlemin sembolikliğiyle özel olarak ilgili çok miktarda kaynak vardır. AMIRA'ya göre (Die Wadiation, SITZUNGSBERICHTE DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCAHAFTEN, PHILOS-PHILOL.) KLASSE (1921), asa, Germen yasalarının sembolizminde önemli rol oynadığı kabul edilen peygamberin tılsımlı asasının örneğini teşkil eder. Bkz AMIRA, DER STAB IN DER GERMANISCHEN RECHTSSYMBOLIK (1909) *Vadiatio* ile ilgili farklı bir görüş için bkz O. GIERKE, SCHULD UND HAFTUNG (1910); bkz ayrıca HUEBNER 497.

11. Kare parantezler içindeki metin çevirmen tarafından eklenmiştir. Eklenti içerik gereği yapılmış görünmektedir.

12. Bkz. yukarıda i:5. kısım

43. Bu özelliğin, günümüze kadar etkili kaldığı umumi hukukt etkileriyle ilgili olarak, bkz. STREET, THE FOUNDATIONS OF LEG LIABILITY (1916) 11, 75; 111; 129; RHEINSTEIN, STRUKTUR 55 vd

44. VI. Levha, I: "Cum nexum facit mancipiumque, uti lin nuncupassit, ita ius esto. -"Bir *nexum* ve bir *mancipium* yaptığı zam dilin konuştuğu gibi, bu kanun olacaktır. " Bu metni ve onun etra daki çok sayıda tartışmayı açıklama girişimleri için bkz. JÖRS Al KUNKEL 90 vd. ; BUCKLAND 426; JOLOWICZ 139, 145 – 150, I yeni ve görünüşte sağlam temelli bir teori için bkz. KOSCHAKEI g. e. yukarıda n. 33, 210, 288

45. Kapsamlı kaynaklarla ilgili olarak bkz. Özellikle MAITLAI FORMS, 2 POLLOCK AND MAITLAND 196, 214, 220, 348; HOL WORTH, I, 456; II, 379, 440, 422; III, 281, 323, 455, 457, 430 vd.

46. Weber burada açıkça, gelişmeyle ilgili olarak MITTEIS tı fından yapılan ünlü tanımı izliyor, I, 315 vd. MITTEIS üstlendiği b görevleri yerine getirmeye bir adamın "bir beyefendi gibi davranaı dığı", *dolus*'la suçlu olduğu ve eğer resmi olarak böyle bulunursa med haklarını kaybedeceği fikrinde daha sonra sözleşmenin ihlalinden do yükümlülük olarak sayılan şeyin başlıca kaynaklarından birini bu Bu teoriyle ilgili tartışmalar için bkz. SOHM 423; R. SohM ANI MITTEIS, INSTITUTIONEN (1949) 190, 460 ("infamia") JÖRS A KUNKEL 170, 222.

47. Yani, A. Leist, GRUNDRISS DER SOZIALÖKONOMIK. IV / "Spezifische elemente der modernen kaitalistische wirtschaft" I. ' (1925) s. 27, s. t. *Die moderne privatrechtsordnung und der kapitalis* (Hans Nipperdey tarafından yayına hazırlanmıştır.)

48. Genel anlamda, kıta Avrupası hukuk teorisi iki tip temsi da (daha genel olarak) temsilci yani (i) temsilcinin bir kontrat yaş ya da müvekkilinin ismine ya da onu temsilen açıkça bir yükümlü oluşturduğu doğrudan temsil (ii) müvekkilin ne anıldığı ne de açıklan dolaylı temsil arasında ayrım yapar. Roma hukuku *mandatum* dışı teknik anlamda "temsilci" için hiçbir terime sahip değildi. Gerçi Paulus'a göre (DIG. 45. I. 126, 2) "*per liberam personam obligatio*

...*nullam adquirere possumus*" Hür kişiler (ya da aktörler) vasıtasıyla ... sözleşme yapmak imkansızdır. Gaius da aynı görüşü paylaşır: I. 2, 95. ... uygulamada Roma hukukçularının geleneksel ustalıklı tavırlarıyla ... olduğu istisnalar oluşturmakla bu negatif durumdan uzaklaştı. Bkz. ... LENGER DIE STELLVERTRETUNG IM RECHTE DER PAPYRI ..., özellikle s. 157-166 ve bir kölenin bir temsilci vasıtasıyla satılması ... s. 219; bkz. Ayrıca SOHM, §45 "Temsil"; BUCKLAND 276 vd. , ... Yunan hukukunda ise, doğrudan temsil, sadece kölelerin ticarette ... oynadığı rol nedeniyle değil, aynı zamanda temsilcilik kavramının ... ve diğer kurumlarda oynadığı rol nedeniyle iyi biliniyordu; bkz. ... LENGER 166-172; BEAUCHET, HISTOIRE DU DROIT PRIVE DE ... LA REPUBLIQUE ATHENIENNE (1897)

19. Roma hukukuyla ilgili olarak bkz. SOHM S. 87; BUCKLAND ... 450; JÖRS AND KUNKEL 205. Uygulamada eskisinin yerine yeni ... alacaklı geçirmenin etkisine yenileme yoluyla ulaşılabilirdi: Borçluyla ... anlaşma yoluyla asıl alacaklıya karşı eski yükümlülük bitiyor ve yeni ... alacaklıyla yeni bir anlaşma onun yerine geçiyordu.

20. M. S. 506 yılına ait Lex Anastasiana ile devreden kişinin hakkını ... alan kişi (devralan) borçludan devreden kişiye ödediği alış fiya...dan daha fazlasını geri alamazdı; bunun fazlasıyla ilgili olarak borç ... silinmiyordu. M. S. 422 yılına ait bir yasaya göre (ki bu Yasa Kitabının ... 2maddelerinde yeniden ifade edilmişti) bir alacaklının hakkını ...sal olarak daha güçlü birine (*potentior*) devretmesi yasaklanı...dı. Bkz Mitteis, Über den Ausdruck "potentiores" in den Digesten ... LANGESGIRARD (1911). İlgilinin bulunmadığı bir davada ta...lardan birine yardım etme ve dava hakkının satın alınması korkusu ... Hukukun dava haklarının devredilebilirliğini kabul etmedeki ...sizliğinde oynadığı rolle ilgili olarak bkz. WILLISTON, a. g. e

21. L. GOLDSCHMIDT 80. 82. 387, 390; bkz. ayrıca ona ait ... VERMISCHTE SCHRIFTEN (1901) 11, 172; KOHLER AND PEISER, ... HAMURABI'S GESETZ (1904) 111, 237; bunu GOLDSCHMIDT'deki ...lerle karşılaştırın, a. g. e, 167; ayrıca Koschaker, 9 ENCYC. SOC. ... 211, 217/8

52. Contractus Litarelis (Roma hukuku) bir banker ya da böyle kişi tarafından büyük deftere kayıtla oluşturulmuş ya da daha büy olasılıkla yeniden oluşturulmuş sözleşme yükümlülüğüydü; bkz. BUC LAND 459; bkz. ayrıca Goldchmidt, *inhaber-, order-und executoris im Classischen Altertum* (1889) 10 SAV. Z. ROM, 373. Birçok probl henüz çözülmemiştir. Bkz. JÖRS ve KUNKEL tarafından listele kaynaklar 188, 410.

53. Devletin arazi mülkiyetinin kayıt edilmesi üzerindeki ısrarı bkz. Zachariae v. Lingenthal, *Zur Geschichte des römischen Grundeig hums* (1888), 9 SAV. Z. ROM. 263 vd. 270 vd. H. LEWALD BEITRÄ ZUR KENNTNIS DES ROMISH-ÄGYPTISCHEN GRUNDBUC WESENS IN RÖMISCHHER ZEIT (1909) 30 SAV. Z. ROM. 457; b ayrıca MITTAIS, REICHSRECHT 465, 480, 493, 524, 417, 532,

54. Noterliğin kökeni ve geç eski çağdaki rolü hakkında b MITTEIS, REICHSRECHT 52, 95, 171; DRUFFEL, PAPYROLOG CHE STUDIEN ZUM BYZANTINISCHEN URKUNDENWES (1915); STEINWENTER, BEIRÄGE ZUM ÖFFENTLICHEN URKU DENWESEN DER RÖMER (1915)

55. GOLDSCHMIDT 390.

56. Festuka (Frenkçe)-"asa" bkz. yukarıda n. 38 Bâbil dilind *bukannu* hakkında bkz. KOHLER AND WENGER 60.

57. Bkz. Brunner, *Carta und Notitia, Commentationes philolo in honorem Theodori Momseni* (1877) 570, 577, repr-1, Abh. 458, 4

58. GOLDSCHMIDT 151; BRUNNER, a. g. e, 458, 466 vd.

59. POLLACK AND MAITLAND 11, 223, vd. mühürle ilgili ola bkz. Hazeltine, Pollock ve Crane'in ASS. OF AMER. LAW SCHOO SEL. READINGS ON THE LAW OF CONTRACTS (1931), 1, 598'deki makaleleri.

60. GOLDSCHMIDT 97, 99; n. 14a, 390

61. *Ius dispositivum*- "uyulması zorunlu olmayan kurallar"- *ius cogens*-"uyulması zorunlu kurallar" - yani taraflar arasında leşmeyle düzenlenemeyen kurallar arasındaki ayrım medeni hul

[illegible]sinde yaygındır. *Ius dispositivum* (geçici yasa) taraflar arasında ortaya çıkan, öngörüde bulunmaları gerektiği ve eğer düşünmüş olsalar çözüm bulacakları beklenmedik bir durum için çözüm bulamadıkları zaman uygulanacaktır. Bu nedenle sadece taraflarca "sözleşmeyle düzenlemedikleri" zaman geçerli olan hukuk kuralları tarafından doldurulur. Sözleşme hukuku ve vasiyet hukukuna ait çok sayıda kural bu niteliktedir. Örneğin, satıcının kalite hatalarına karşı verdiği "zımni" garantiyle ilgili satışlar yasasının hükümleri sadece tarafların onlara ilgili olarak kendi hükümlerini oluşturmadığı yerde geçerlidir; vasiyet hukukunda ise mirasların intikali ve düşmesi ile ilgili kurallar sadece vasiyeti bırakan kişinin durum için kendi koşullarını koymadığı yerde geçerli olacaktır.

Roma hukukçuları zamanından beri, günlük hayatla ilgili satış, bağış, kira, hizmet sözleşmesi, yedieminlik, ortaklık, vekâlet gibi çeşitli sözleşme türleri için ayrıntılı geçici hukuk kurallarının konulması medeni hukukunun karakteristiği olmuştur. Bu nedenle bütün modern kanunlar bu çeşitli sözleşme tiplerini sırasıyla ele alan; her birine, taraflarca farklı bir düzenleme olmadığında geçerli olacak geçici yasa hükümlerini uygulayan bölümler içerir. Kanun hükümleri tipik tarafların niyetleriyle ilgili olduğu için, bir sözleşmenin birkaç teriminin açıkça ifade edilmesi gerekir. Sözleşme araçları bu nedenle, sözleşme şartlarının çok kolay biçimde "zımni" sayılamadığı bu ülkede olduğundan daha kısa ve daha basit olabilir.

62. Yukarıda n. 50

63. Fransız Medeni Hukuku, Justinyen Kanunlarının modelini izleyerek kadına kocanın mal varlıklarında yasal bir ipotek verir. (madde 2121), birçok diğer kanun (örneğin Belçika, İtalya, İspanya, Meksika, Brezilya ve Quebec) onu model almıştır. Kocaya karşı, özellikle ortak yaşamın ve kadının belli mal varlıklarının yönetimi nedeniyle ortaya çıkan zarar davalarını korumak amaçlanır. İpotek evliliğin tesisiyle otomatik olarak başlar; kayıda gerek yoktur ve kocanın alacaklılarına karşı önceliği vardır. Bkz 2 PLANIOL, TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE

DROIT CIVIL (3. Basım 1949) 1237 vd. T. Rohlfing, Hypothek, 4 F
CHTSVERGLEICHENDES HANDWÖRTERBUCH (193) 274.

64. Roma hukukundaki normal kira (*locatio conductio rei*) kiş
bir sözleşmeydi. Bu nedenle kiraya veren toprağı satarsa, kiracı alıc
karşı sürekli kullanım hakkına sahip değildi, ancak kiraya veren l
hakkında zarar davası açabilirdi. Buna karşılık, uzun vadeli kira d
türde miras bırakılabilir bir arazi kirasıydı, bu kiracıya arazide herk
karşı kullanabileceği mülke ilişkin bir hak veriyordu. Bu Yunanistan
ortaya çıktı ve dördüncü yüzyılda pratik ve modern bir tarzda a
vectigalis, yani kamu arazilerindeki Roma uzun vadeli kiraları (*ius f*
petuum) ile birleşti. Bkz KOHLER AND WENGER 228; BUCKLA
275; WEBER, AGRARGESCHICHTE DER ERBPACHT (1901)

65. Sürekli kiralar Orta Çağ hukukunun yaygın bir kurumuy
Dinsel hukuk faizle borç verilmesini yasaklarken yatırım yapa
sermayeye sahip bir kişinin sürekli bir kirayı satın almasını enge
miyordu. Borcun ödenmemesi durumunda çoğu zaman kentsel
arazi parçasının haczi yoluyla korunuyor ve sermayenin alıcıya
ödenmesi üzerine feshediliyordu. Diğer sürekli kira ücretleri, hizm
lere veya ayni ödemelere yönelik olarak eski feodalite ve derebe
sistemince yapılan hak iddiaları para kiralarına dönüştüğünde ort
çıktı. Fransa'da bütün bu eski ücretler 1789 ihtilalıyla ortadan kaldır
Almanya'da ve diğer orta ve batı Avrupa ülkelerinde, liberalizm
dokuzuncu yüzyılda baskın hale gelirken en başta gelen esaslarını
biri olan "toprağın serbest bırakılması"(*bodenbefreiung*, bkz yukar
n. 87) süresince hızlı bir itfaya tabi oldu. (bkz. HEDEMAN II ii. Ku
9. 27) Gayrı menkul yasası yeni süreli kiraların ortaya çıkmasını
gelleyecek şekilde yeniden düzenlendi. Kesin biçimde engellenmiş
dar bir şekilde sınırlanmış olarak oluşumlarına 1896 Alman Med
Kanunu tarafından belli özel amaçlar için izin verildi. (SS 1105-11
1119-1203) daha geç bir tarihte de birkaç özel kanunda aynı şekl
davrandı. Bkz M. WOLFF SACHENRECH 8. Basım 1929, 307

66. Batlamyus Roma Mısır'ındaki cinsel sözleşme serbestliği hakkında bkz. J. NITZOLD, DIE EHE IN ÄGYPTEN ZUR PTOLEMÄISCHEN RÖMISCHEN ZEIT (1903)

67. Bu türden Roma kurumları *arrogatio* (daha önceden herhangi bir *paterfamilias*'ın baba otoritesine tabi olmayan bir yetişkin bir erkek üzerinde babanın otoritesini tesis işlemi) *adoptio* (bir *filiusfamilias* üzerindeki aile otoritesini bir *paterfamilias*'dan diğerine devri işlemi) *emancipatio* (bir kişinin aile otoritesinden kurtulması)idi. Benzer kurumlar Antikite'de yaygındı. Bkz. Robert H. Lowie, *Adoption*, ENCYC. SOC. SCI. 459 463 (kaynak) Germen yasaları hakkında bkz. HUEBNER 180 f. Talheim Adoption, PAULY-WISSOVA 369

68. Yukarıda n. 51

69. Bu özel fonlar için bkz HUEBNER 181

70. Weber'in cinsel ilişkilerdeki sözleşmenin rolüyle ilgili aşağıdaki tartışmanın başlıca kaynakları J. Kohler, *Zur Urgeschichte der Ehe* (1897) 1 ff. F. VGL. RW. 186; W WUNDT VÖLKERPSYCHOLOGIE (1917), III vii; hepsinden öte karısı tarafından yazılan MARINNE WEBER, FRAU UND MUTTER IN DER RECHTSENTWICKLUNG (1907). Weber'in WIRTSHAFTSGESICHTE'sindeki (1923) 42 n. I bibliyografya WESTERMARCK' in HISTORY OF HUMAN MARRIAGE, 3 cilt (5. Basım 1921) eserini listelemez. Daha yakın tarihli bir kaynakça Robert H. Lourie'nin Marriage adlı makalesinden sonra listelenir. 10 ENCYC. SOC. SCI. 146, 154. Buna C. Zimmerman'ın FAMILY AND CIVILIZATION'ı (1944) ve ROBERT BRIFFAUL, THE MOTHERS (1927); W. GOODSELL. HISTORY OF MARRIAGE AND THE FAMILY (1934); P. Koschaker, *Die Eheformen Der Indegormanen*, II, Z. F. AUSL. U INTERNAT PRIVATRECHT (1937), Sonderheft 121. eklenmelidir.

71. Karının satın alınmasının gerçekten ilkel ve eski uygarlıklardaki "normal evlilik biçimi" olup olmadığı sorunu tam olarak çözülmüş sayılmaz. En son araştırma sonuçları Koschaker (a. g. e. ARCHIV ORIENTÁLNY 210, 211) tarafından şu şekilde özetlenir. "Birçok eski hukuk evlilik biçimlerinin ikiliğini bilir. Roma hukukunda var olduğu uzun süredir bilinmektedir ve yakın zamanlarda birçok diğer hukukta

da var olduğu tespit edilmiştir. Bu formlardan bir tanesi gelin için hiç ücretin ödenmemesiyle karakterize edilir. Hiçbir özel formalitenin rekmediği bu tür bir evlilik son tahlilde eşlerin rızasına dayanmakta Ancak öte yandan koca kadın üzerinde kocalık yetkisini elde etmez çocuklar da ailesine ait oldukları anneye varis olurlar. Bununla birlil normal form kocanın bir "gelin" parası ödediği ve onun üzerinde k calık yetkisi kazandığı türden evliliktir. Ada göre evlilik türü sad belli özel tip durumlarda gerçekleşen bir istisnadır; örneğin, bir kad kaçıran kişiyle onun tarafından kaçırılan kadın arasındaki evlilik, da atasının tek mirasçısı olan ya da kocanın onun vasıtasıyla karıst ailesine girdiği evlilik, başka bir deyişle, bir ya da başka nedenle, ko lık yetkisiyle evliliğin özel amaca uymadığı durumlar. Kocalık yetk olmadan evliliğin normal tip olarak göründüğü olgun Roma Huku istisnai bir yer işgal eder. Erken zamanlarda durumun farklı olm ve Roma'da kocalık yetkisi olmadan evliliğin diğer hukuklardaki g benzer işlevler görmesi mümkündür; ancak bölük pörçük kaynaklard ispat edilmesi imkânsızdır.

("Satın almakla evlilik ile ilgili olarak) kaynaklarda neredeyse um suz bir karmaşa buluruz. Her biri satın almayla evliliğin diğer halk arasında var olduğunu, fakat kendi ulusuyla ilgili olarak kadınları n gibi satın almalarının barbarca olması nedeniyle kesinlikle imkân olduğunu savunan birçok ulustan bilim adamı ismi verebilirim.

Bkz ayrıca R. Köstler'in yakın tarihli makaleleri, Die Raub-u Kauf bei den Germanen (1943), 63 SAV. Z. GERM. 62, ; Die Raub-u Kauf bei den Hellenen (1944), 64 SAV. Z. ROM. 200; 65 SAV. Z. ROM. 4

72. Hindu evlilik formlarıyla ilgili olarak bkz. JOLLY, ÜBER I RECHTLICHE STELLUNNG DER FRAUEN BEI DEN ALTEN INDE (1876); aynı yazar ait RECHT UND SITTE (1896) G. Lost tarafın çevrilmiş. (1928) 49. Roma evlilik formları ile ilgili olarak bkz. Yukar n. 24. Bununla birlikte Jolly'nin (RECHT UND SITTE 51) ve West marck'ın (a. g. e. 404) ifadesine rağmen satın alma ile evliliğin özelli halk tabasına ait bir evlilik türü olduğu ispat edilmiş sayılamaz. B

yukarıda n. 71; ayrıca I HOWARD HISTORY OF MATRIMONIAL INSTITUTIONS (1904), Karbon kopya 4 ve 6, özellikle sayfa 264

73. Hizmet evliliği; bkz. WESTERMARCK, a. g. e. 491.

74. Hellenik Mısır'daki deneme evliliği ve dost evliliği hakkında bkz. MITTEIS. REICHSRECHT 223

75. Fahişelikle ilgili olarak bkz. yukarıda ifade edilen kaynaklara (no. 70) ek olarak WEBER, GENERAL ECONOMIC HISTORY kopya 65, May'in makalesi, metin içinde bir yer 12 ENCYC. SOC. SCI. 553 ve orada sözü edilen kaynaklarla birlikte.

76. *Hetaera* (Yunanca); Sıradan fahişeden tutun da kibar ve eğitimli arkadaşlık kadın dosta kadar kız arkadaş çoğu zaman meşru olarak evli kadının düşük statüsüyle karşılaştırıldı. *Hetaerae* Yunan erkeklerine evlerde bulamadıkları zihinsel uyarıcıyı sağlıyordu. Yunan hayatı onlarsız düşünülemezdi. Onlarla ilişki toplumsal olarak onur kırıcı sayılmıyordu. KRAMER WÖRTER BUCH DER ANTIKE (3. BASIM 1950) metin içinde bir yerde, burada ayrıca Pericles'in dostu Aspasia gibi tarihte ünlü *hetaerae*'nin listesini bulabilirsiniz. Bkz. Ayrıca H. LICHT, LIEBE UND EHE IN GRIECHENLAND (1933) *Bayadère*- Hindu dansçı kız.

77. Bkz. BUCKLAND 128 vd., JÖRS AND KUNKEL 282 ve orada sözü edilen kaynaklar 417

78. 1794 Prusya Kanunlarına göre.

79. Roma'da boşanmayla ilgili olarak bkz. I FRIEDLANDER UND WISSOWA SITTENGESICHTE ROMS (9. Basım 1919)283

80. Bkz. JOVICZ, 125 vd., BUCKLAND 324; daha fazla kaynak için bkz. JÖRS AND KUNKEL 307, 327, 419, 421,

81. Bkz. BRENTANO, FRBRECHTPOLITIK (1899) 198 vd. RHEINSTEIN, DECEDENTS' ESTATES II vd. ve orada ve s. 412'de sözü edilen kaynaklar. Önemli biçimde vasiyet özgürlüğü artık İngiltere'de bile 1938 Miras Kanunuyla (Aile Mahkemesi) bakmakla yükümlü olunanlardan ihtiyaç sahipleri lehine sınırlandırılmıştır. I & 2 GEO. 6 c 45

82. Napolyon'un, kardeşi Napoli Kralı Joseph'e mektubu, 8 Mai ve 5 Haziran 1806, 12 CORRESPONDENCE DE NAPOLÉON Ier 16 432; RHEINSTEIN, DECEDENTS' ESTATES n. 30

83. Aşağıdakilerle ilgili olarak bkz. WEBER'in WIRTSCHAFTSGES CHICTE'sinde belirtilen kaynaklar (85 n. I): CAIRNES, THE SLAV POWER (1862); E VON HALLE, BAUMWOLLPRODUKTÜON UN PFLANZUNSWIRTSCHAFT IN DEN NORDAMERIKANISCHE SÜDSTAATEN (2. Cilt. 1897, 1906); H. J. NIEBOER, SLAVERY AS A INDuSTRIAL SYSTEM (1900);B. DUBOIS, THE SUPPRESSION O THE AFRICAN SLAVE TRADE (1904); G. KNAPP, DIE LANDA BEITER IN KNECHTSCAHAFT UND FREIHEIT (2. Basım, 190 bkz. ayrıca 14 ENCYC. SOC. SCI. 73 deki makaleler ve orada s. 90'd adı geçen kaynaklar.

84. MEKKA IN THE LATTER PART OF THE 19 CENTUR (1988; çeviri 1931), s. 14

85. Noxae Datio (Latince)– bir kişinin, hayvanın ya da cansız b şeyin teslim edilmesi; bu sayede baba, efendi ya da sahip kendisini çe cuğun, kölenin ya da hayvanın hatasının ya da mızrağının, baltasını ya da başka bir şeyinin "eyleminin" yarattığı yükümlülükten kurtar Bu Roma'da mevcuttu ve eski yasalarda yaygındı.

86. Bkz. GIRARD, LES ACTIONS NOXALES (1888) 62 ve b kitabın Kipp tarafından eleştirisi, 10 SAV. Z. ROM. 398

87. Roma'yla ilgili olarak bkz. WEBER, AGRARGESCHICHT 144-117; Prusya'da I. Frederick William'ın bir fermanıyla yoğun tarımı önünde duran arazi ipoteklerinin kaldırılmasını amaçlayan yasalı 1717'de başladı. Bu 1794 Prusya kanunuyla ("Allgemeines Landrech kısaltması ALR) sürdürüldü ve 1806'da Baron vom Stein'in yönetimin Prusya ordusunun yenilmesinden sonra sıkı biçimde desteklendi. Nih düzenleme 1848 devriminden sonra 2 Mart 1850 Düzenleme Kanunuy başlatıldı. Bkz. F. Gutmann, *Bauernbefreiung* HANDVÖRTERBURC DER STAATSWISSENSCHAFTEN (4. Basım 1924) 378, 544; G. KNAPP, DIE BAUERNBEFREIUNG UND DER URSRUNG D LANDARBEITER IN DEN ALTEREN TEILEN PREUSSENS (186

A. MEITZEN, DER BODEN UND DER PREUSSISCHE STAAT (1868); *Kulturweit, Gutsherschaft und Landarbeiter in Deutschland* (1911), 35 SCHMOLLERS J. B. 1339; HEDEMANN II, 34 ve orada adı geçen kaynaklar.

88. Yani 1918'den önce oluşturulduğu şekliyle, Prusya'nın doğu eyaletlerinin baskın şekilde Polonyalı bölgelerindeki Alman çiftlerinin çıkarlarını destekleyen örgütler.

89. Bu ifade Şarlman İmparatorluğu ile ilgili olarak doğrudur. Fakat daha sonraki dönemle sınırlandırılmalıdır. Kabile "yasaları" daha önce olmasa da en geç 13. Yüzyılda tüm imparatorlukta önemini kaybetmişti. Bkz. C. Calisse, History of Halian Law, 8 CONTINENTAL LEGAL HISTORY SERIES (1928) 18, 24, 57, 97, 100; HUEBNER 2-4; H. Neumeyer, DIE GEMEINRECHTLICHE ENTWICKLUNG DES INTERNATIONALEN PRIVAT UND STRAFRECHTS BIS BARTOLUS (1901) I., 94, 155;E. Meijers, L'HISTOIRE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DIROIT INTERNATIONAL PRIVÉ Á PARTIR DU MOYEN AGE (Recueil des cours, [1934] III, 558); BRUNNER. I, II. Cam, 382, 399

90. Bkz. CALISSE, a. g. e. I, 159; ENGELMANN, a. g. e. (1938) 97; MEIJERS, a. g. e. 547, 560.

91. "Yasa toplulukları" ve gelişmeleri hakkında bkz. PLANITZ 276 ve orada adı geçen kaynaklar.

92. Orta Çağ hukukunun bu karakteristik özelliğiyle ilgili olarak bkz. POLLACK AND MAITLAND I, 234, 240;II, 182; HOLDSWORTH II 35, 40, 211, 379, 417, 164, 466, 562;HUEBNER 4, 88-92, 96, 98, 102, 109, 334, 341; A. ESMEIN, COURS ÉLÉMENTAIRE D'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS (1925)20, 159, 174, 221, 262, 263, 280, -282, 344.

93. BKZ. MOMMSEN 318, 322; JOLOWICZ 25

94. Bkz BRISSAUD HISTORY OF FRENCH PRIVATE LAW (Howel'in tercümesi 1912) 900 BRISSAUD HISTORY OF FRENCH PUBLIC LAW (Garner'in tercümesi 1915) 548;HEDEMANN I, 39, 41

95. Weber Modern kıta Avrupa'sı hukukçularının bakış açıları kastetmektedir, onlar için teoride hukuk bütünüyle kanunlarda oluşmaktadır.

96. A. HEUSLER, DEUTSCHE VERFASSUNGSGESCHICHT (1905)138

97. *Recht der Handwerker.* Almanya'da ve diğer ülkelerde *Geverber cht, droit industriel, diritto industriale* gibi zanaat kolları ve endüstriler ilgili hukuk kurallarının tümüne göndermede bulunmak adet olmuştu Almanya'da bu kurallardan bir kısmı özel bir kanun kitabında (186 GEWERBEORDNUNG'u) birleştirilmiştir.

98. *Institutionen des deutschen Privatrechts* (1885/86)

99. MIRROR OF SAXON LAW (SACHSENSPIEGEL) Eike vo Repgov tarafından 1215 ve 1235 arasında yazılmış, Aşağı Saksony hukuku ile ilgili bir inceleme. Bkz. aşağıda, IV. 3. kısım. Açıklamala erken on dördüncü yüzyıldan itibaren eklenmiştir. SACHHSENSPI GEL ile ilgili kapsamlı kaynaklar PLANITZ 181'de listelenmektedir.

100. İus quiritium, *quirite*'lerin yani en eski zamanlarında Rom toplumunun oluşmuş göründüğü soydaş (*gentes*) üyelerin hukuku; sor raki zamanlarda *ius quiritium* sık sık *ius honorarium* ve *ius gentium*'u aksine *ius civile*'nin eş anlamlısı olarak kullanılmıştır.

101. Aşağıdakilerle ilgili olarak bkz WEBER'in AGRARGESCHI CHTE'si ve Agrargesichte, Altertum ile ilgili makalesi, HANDWÖ TERBUCH DER STAATSWISSENSCHAFTEN (3. Basım 1909) 5; ayrıca ROSTOVTZEV

102. Fideiussor– teminat; hypotheca– ipotek. Praes'le ilgili olar JÖRS AND KUNKEL tarafından belirtilen kaynaklar (213, n. 4).

103. Patron ve klient arasındaki ilişki hakkında bkz. BUCKLAN 89 vd. , 375

104. Sahip tarafından sözleşmesi yapılan yükümlülüklere dayanar gemi sahibine karşı açılan dava.

105. *Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*– Su taşıy cılar, hancılar ve ahır sahipleri tarafından yapılan emanet sözleşme

106. *Fides* hakkında bkz. Kunkel, *Fides als schöpfersches Element im römischen Schuldrecht* (1939) 2 FESTSCHRIFT FÜR KOSCHAKER I

107. Vasiyet bırakma hakkı da dahil olmak üzere belli medeni hakların kaybı.

108. Ancak yararlanıcı tarafından *res*'in üçüncü alıcıların elinde sürdürülme hakkını ima etmeden emanete kabaca benzemektedir.

109. Bir vasiyetin mirasçısına, *res*'i üçüncü bir yararlanıcıya devretme konusunda belli bir madde ya da koşula dayanarak kişisel bir yükümlülük koymak suretiyle oluşturulan gelecekteki bir yarar.

110. Bunlar Augustus'un nüfus politikası nedeniyle ya tamamıyla ya da kısmen vasiyetle mülk edinemeyeceklerini ilan ettiği bekar ve çocuksuz kişilerdi – *Lex Lulia de maritandis ordinibus*, İ. Ö. 18 ve Lex Papia Poppaca İ. Ö. 9

111. MOMMSEN15.

112. Aşağıdakilerle ilgili olarak bkz. GIERKE GENOSSENSCHAFTSRECHT, birlikler ve tüzel kişilik tarihi hakkındaki klasik çalışma. En önemli İngilizce katkı Gierke'nin, POLITICAL THEORY OF THE MIDDLE AGES (1900) olarak basılan eserinin bazı kısımlarının çevirisine Maitland'ın yazdığı giriş ve 3 PAPERS 210 vd. (yeniden düzenlenmiş olarak SELECTED ESSAYS, 1936) daki makaleleri. Roma'da tüzel kişilerin gelişmesiyle ilgili başta gelen tartışma MITTEIS, 1 189. En yakın tarihli kapsamlı sunumlar SCHNORR V. CAROLSFELD, GESCHICHTE DER JURISTISCHEN PERSON (1933) ve H. J. WOLF ORGANSCHAFTUND JURISTISCHE PERSON (1933/34)'de bulunmaktadır. Roma için bkz. DUFF, PERSONALITY IN ROMAN LAW (bununla ilgili olarak da bkz. DAUBE, 1943, 33 JOURNAL OF ROMAN STUDIES 86 ve cilt 34, s. 125); Roma hukuku ile daha fazla kaynak için bkz. JÖRS AND KUNKEL 73 vd. 400/401; ortaçağ hukuku ile ilgili olarak da PLANITZ 151. Gierke'nin teorileri hakkında bkz. Ayrıca LEWIS, THE GENOSSENSHAFTTHEORY OF OTTO VON GIERKE (1935); Bir araştırma için bkz. C. S. Lobingier, *The Natural History of the Private Artificial Person* (1939) 13 TULANE L. REV. 41

113. Kısas için bkz. Jessup Deák, 13 ENCYC. SOC. SCI. 15 ve orad belirtilen kaynaklar.

114. HEUSLER, a. g. e. (1885, 186)

115. Çoğunluk kararı ilkesinin kökenleri ve gelişmesiyle ilgili olar bkz. Konopczyński

116. Vakıf (Stiftung) özellikle Alman hukukunda özel bir tüz şahıs biçimi olarak kabul edilmiştir. (bkz. 1896 Medeni Kanunu § 80- 88) Orada şu şekilde tanımlanmıştır: "Stiftung belli tanımlanm amaçların takibine yönelik bir kuruluştur; bu bir kişiler birliği olu turmaz, fakat ona tüzel bir kişilik verilmiştir. " Bkz. ENNECCERU 274; bkz. ayrıca 3 MAITLAND PAPERS 280, 356. Burada "Kurum" y da "Vakıf"ı "Ansalt"la karşılaştırarak şöyle der (s. 357): Alman huku literatürünün "Ansalt"ı ya da "Stiftung"u ile en yakın ilişkili olan İn gilizce terim "hayır vakfı" anlamında (*charity*) "Yardım Derneği"dir

117. "Ansalt" hukuksal kavramı özellikle modern Alman idar yasasında kullanılır. Bkz. W. JELLINEK, VERWALTUNGSRECHT (1928) 174.

118. Bkz. GIERKE, PRIVATRECHT I. 458.

119. Bkz. 139-146, 150, 235;3 MAITLAND, PAPERS 336, 361, 37

120. Weber metnin genel ifadesini yazdığında Roma'da bir mirasçılı topluluğunun var olup olmadığı şüpheliydi. Yetersiz kanıt artık, 1933'd Gaius Enstitülerinin şimdiye kadar bilinmeyen kısmının keşfiyle güçl biçimde desteklenmiştir. Bkz JÖRS AND KUNKEL 34, 240; SCHULZ HISTORY 105, 106.

121. Aşağıdakilerle ilgili olarak bkz. WEBER'in GESCHICHTE DE HANDELSGESELLSCHAFTEN im MITTELALTER (1891); Schmoller *Die geschichtliche Entwicklung der Unternehmung*, SCHMOLLER'in JAHRBUCH'u cilt 14 (1890), s. 1035, cilt 15 (1891), s. 963, cilt 16 (1892) s. 731 ve cilt 17(1893), s. 359 HOLDSWORTH viii, 192. C. T. CARR GENERAL PRINCIPLES OF THE LAW OF CORPORATIONS (1905) kopya, ix, yeniden düzenlenmiş, özel metin *Early Forms of Corporateness* (1909) 2 SEL. ESS. ANGLO-AMER. LEGAL HIST. 160; W. MITCHELL

ESSAY ON THE EARLY HISTORY OF THE LAW MERCHANT (1904), Kapital, V, yeniden düzenlenmiş özel metin, *Early Forms of Partnership* 3 SEL. ESS. 182; S. Williston, History of the Law of Busines Corparations before 1800 (1888) 2 HARV. L. REV. 105, 149, yeniden düzenlenmiş 3 SEL. ESS. 195; ayrıca A. B. DU BOIS, THE ENGLISH BUSINESS COMPANY AFTER THE BUBBLE ACT, 1720-1800 (1938); S. LIVERMORE, EARLY AMERICAN LAND COMPANIES (1939); GOLD SCHMIDT; P. BOHME, GESHICHTE DES HANDELSRECHTS (1914); K. LEHMANN, DIE GESCHICHTE DES HANDELSRECHTS (1914); K. LEHMANN, DIE GESCHCHTLICHE ENTWICKLUNG DES AKTIENRECHTS BIS CODE DE COMMERCE (1895)

122. *Società en nom commandite* (Fransızca) – sınırsız kişisel sorumluluğa sahip bir ya da daha fazla ortağın sınırlı sorumluluğa sahip bir ya da daha fazla ortakla birleştiği ortaklık biçimi– modern hukukla ilgili olarak bkz. *French Commercial Code*, 23-28. Maddeler (*Code de Commerce*, 1807); German Commercial Code §§ 161-177(*Handelsgesetzbuch*)

123. *"Sınırlı sorumlu şirket" (Gesellschaft mit beschrankter Haftung, G. m. b. h)*

Sermayesi için halka başvurmayan ve hisse senetleri piyasasında alınıp satılmaya uygun hisseleri olmayan bir ticari şirket. Almanya'da icat edilen (20 Mart 1898 Kanunu, R. G. BL. 1898, 370) G. m. b. H diğer birçok ülkeye de uyarlanmıştır. Bkz. W. Hallstein, *Die Gesellschaft mit beschrängter Haftung in den Auslandsrechten* (1939), 12 ZEITSCHRIFT F. AUSL. U. INTERN. PRIVATRECHT 34; Alman G. m. b. H'si hakkında bkz. MANUAL OF GERMAN LAW (Great Britain, Foreign Office 1950) 247.

124. Peculium-yasal olarak bir evin reisine (*paterfamilias*) ait olan, fakat onun tarafından bir oğul ya da köle gibi bir hane üyesinin bağımsız yönetimine bırakılan pretör davası *actio de peculio*'da sorumluydu, fakat sorumluluğunu *peculium*'un değerine karşılık gelen bir miktarla (*diumtaxat de peculio*) sınırlamasına izin veriliyordu. Bkz. MICOLIER, PECULE ET CAPACITE PATRIMONIALE (1932)

125. INSTITUTES 3. 16 madde ve DIGEST 45. 2. 11. 1-2' de P pinian. Bu kural sadece bölünebilir sorumluluk (ifası)nda bulun taahhüdü için geçerliydi. Birkaç borçlunun bölünmez Sorumlul (ifası)nda bulunma yükümlülüğü klasik hukukta tek bir ortak taa hütle oluşturulmadan bile ortak ve birkaç yükümlülükten biri olm görünmektedir. Bununla birlikte ayrıntılarla ilgili bilgimiz eksik Bkz. KERR WYLIE, SOLIDARITY AND CORREALITY (1925); Thay Correality in Roman Law (1943) I SEMINAR II.

126. Bkz. A. Arias Bonet, *Societas publicanorum* (1949), 19 ANI ARIO DE HISTORIO DEL DERECHO ESPAÑOL 218.

127. DIGEST 43. 9. 1. –Pretör tarafından, kamu arazilerinin kir cılarını ve onun mülkiyetindeki ortaklarını korumak için yayınlan buyruk.

128. Bir *société en nom commandite*'deki (yukarıda n. 122), kişil olarak sorumlu ortak ya da ortakların aksine, hisse miktarının ötesin şirketin borçlarından sorumlu olmayan ortak.

129. Hazine sıfatıyla devletin, egemen sıfatıyla devletten ayrı sayıldı özel hukuka ait tüzel bir kişilik olarak bu türden bir devlet kurum özellikle Alman teorisi ve uygulamasında işlenmiştir. Devletin öz kişilerle sözleşme ilişkilerine girdiği veya mülk sahibi olduğu yerde bi egemen sayıldığı Fransız ve Anglo–Amerikan sistemleriyle tezat teşk etmektedir. Fransız sistemindeki bu sonraki yaklaşım sonucu, sözleşm imzalayan ya da mülk sahibi taraf olarak devletin yasal ilişkileri, (azından özel hukuktakilerden farklı olan kurallar bütününe tabid Ayrıca hem Fransız hem de Anglo–Amerikan sistemlerinde devlet öz bir şahıs gibi umumi mahkemelerde dava edilemez. Fransa'da devle karşı açılan davalar umumi mahkemelerden ayrı olan, kendi yükse mahkemeleri sıfatıyla Danıştaya (*Conseil d'Etat*) sahip olan ve mede hukuk ve ceza hukuku yönetimindeki yüksek mahkeme olan temy mahkemesinin kontrolüne tâbi olmayan idari mahkemelere getirilir. Bk A. UHLER, REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTS (1942); GOOD NOW, a. g. e.; F. BLACHLY AND M. OATMAN, ADMINISTRATIV LEGISLATION (1934), ve INTRODUCTION TO COMPARATIV

GOVERNMENT (1938); R. D. WATKINS, THE STATE AS PARTY DEFENDANT (1927)

Devlet hazinesi olarak devlet teorisi ve uygulamasının tarihsel gelişimiyle ilgili olarak bkz. OTTO MAYER, DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT (1896), I, 47; FLEINER, VERWALTUNGSRECHT (2. Bası. 1912) 34; HATSCHEK, DIE RECHTLICHE STELLUNG DES FISCUS IM BÜRGERLICHEN GESETZBUCHE (1899) 24; bkz. ayrıca V. HOLLA, DIE ENTWICKLUNG DES FISKUS ZUM PRIVATRECHTSSUBJEKT (1938) – G. JELLINEK 383; KELSEN, ALLEGEMEINE STAATSLEHRE (1925) 240.

Devletin genel olarak hukuksal oluşumunun tarihiyle ilgili temel araştırmalar OTTO V. GIERKE'nin şu çalışmalarıdır: POLITICAL THEORIES OF THE MIDDLE AGES (Maitland'ın tercümesi. 1900) özellikle, viii. bölüm; NATURAL LAW AND THE THEORY OF SOCIETY (Barber'ın tercümesi 1934); ayrıca THE DEVELOPMENT OF POLITICAL THEORY (Freyd'in tercümesi 1939); çeşitli yerlerde önceki iki kitap GIERKE'nin DEUTSCHES GENOSSENSCHAFTS RECHT'inin parçalarıdır [1881 vd.]; sonraki JOHANNES ALTHUSIUS UND DIE ENTWICKLUNG DER NATURRECHTLICHEN STAATTHEORIEN [1880]

130. Bu ifade doğrulama gerektirmektedir. Birincisi, Orta Çağ İngiliz hukukunda bir mahkeme kararının krala karşı hiçbir zaman yalan söylemedi. Bu Bracton tarafından tam olarak ifade edilen, kralın kendine karşı buyruk yayınlayamayacağı ya da kendi mahkemesine davalı olarak çıkarılamayacağı temel teorisinden çıktı. Ancak ikincisi, onüçüncü yüzyılda kralın adalet ve eşitliğin çeşmesi olması yanı sıra, kanuna da tâbi olarak hataları telafî etmeyi ve kendisine karşı olan talepleri yerine getirmeyi reddetmemelidir. Bu türlü bir telâfi krala ya da meclisine hitaben yazılan dilekçeler vasıtasıyla aranıyordu: Fakat bir dilekçe, eğer yürürlüğe sokulursa, bu temel bir hak değil bir lütuftu. Bununla birlikte on dördüncü yüzyılda dilekçeler bir tarafta ikramiye veya yeni tedbir talepleri ve kral dışında herkese mahkeme kararıyla uygulanabilen belirli bir yasal hakkı kapsayan talepler arasında ayırt

edilmeye başladı. Bu ayrım yapıldığında "Hak davası", belki de ç beşinci yüzyıldan önce tam olarak olmasa da Kraliyete karşı etkili b tedbir haline geldi. On dördüncü yüzyılda, durum oldukça belirsizd Hak davası henüz, teknik olarak, tam anlamıyla yasal bir çözüm olma da kral uygulamada neredeyse her zaman borçlarını bir şekilde ödem görünmektedir. On dördüncü yüzyıl davalarının incelenmesinde çıkar labilecek tek sonuç bu olur. Bkz. EHRLICH, PROCEEDINGS AGAINS THE CROWN, Oxford Studies in Social and Legal History VI, 12 POLLOCK AND MAITLAND 515; HOLDSWORTH IX, II. Yaban tüccarlara gelince onların konumu bu açıdan kralın tebaalarınınkiy aynıydı. Gerçekte, yabancı tüccarlarla kral arasındaki yakın ve dost ilişki nedeniyle daha iyi olmuş olabilir. Daha sonraları yabancılara gen hukuka göre dava açıp açamayacağı konusunda bazı şüpheler ortay çıktı; ancak bu onların on dördüncü yüzyılda Kral'dan bir borcu t mak ya da başka bir hatayı düzeltmek için krala, meclise ya da yüks mahkemeye başvurma haklarını etkilemedi. BKZ. HOLDSWORT a. g. e 94-95; POLLOCK AND MAITLAND 464-467; Brodhurst, Th Merchants of the Staple, SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICA LEGAL HISTORY 16 vd. Kralın Floransalı bankerlere borcunun red 1345 Ocak ayında gerçekleşti. III. Edward önde gelen Floransalı ailel Bardi ve Peruzzi'ye 1. 500. 00 altın florin borçluydu, öyle ki artık ifl durumuna düşmüştü – "Bu bütün Floransa'yı krize sokan bir felaketti Bkz. SCHANZ, ENGLISCHE HANDELSPOLITIK (1881) I, 113 ve oray adı geçen otoriteler. RAMSAY, A HISTORY OF THE REVENUES C THE KINGS OF ENGLAND (1925) II, 189.

131. Ancak bu bağlamda akılda tutulması gereken şey, idari mahk melerde devlete karşı yasal güvence ve alınabilir tazminat hiçbir şekil hukuk mahkemelerinde özel şahıslara karşı alınabilir olanlardan dal az etkili değildir. Öncekiler sonrakiler kadar gerçek mahkemelerd Danıştay da işlevlerine yargıtay'dan daha az adli olarak bakmaktadır. Bk OGG AND ZINK MODERN FOREIGN GOVERNMENTS (1949) 5 8

132. Kral I. Frederick William'ın saltanatı için (1713-1740) böy bir olay doğrulanamazken, Margrave Johann 1552'de malikanele

[illegible] yaratılan bir "arada" mevcut adeti ihlalde bazılarının kararları[illegible] karşı yüksek mahkemeye temyizde bulunacak ve dolayısıyla bir [illegible] bu tür hilelerle diğerini tamamıyla sıkması sonucuyla ellerimizi bağlayacak derecede küstah olduğunu söylediği anlatılır. Dolayısıyla [illegible] gibi bir dava başvurusunda bulunma cesareti gösteren herhangi [illegible] 200 florin ceza kesilmehli ve davasını kaybetmelidir. (STÖLZEL [illegible] BRANDENBURG-PREUSSENS RECHTSERWALTUNG (1888) I, 214) [illegible] Imparatorluk yüksek mahkemesi ile ilgili olarak bkz. yukarıda, vi. [illegible] n. 51.

133. Bkz. 2 MOMMSEN 461 vd. ; ayrıca WENGER 56.

134. *Fiscus Caesaris*, m. ö 27- m. s 284 arasında imparator tarafından yönetilen devlet hazinesi İmparatorun kişisel mal varlıklarından (*res privata*) ve özel kraliyet hazinelerinden (*Patrimonium Caesaris*) [illegible] oluşuyordu; bkz. 2 MOMSEN 988; MITTEIS 347, VASSALLI, CONCETTO ENATURA DEL FISCO (1908); RESTOVTZEV, 55, 172, 179. [illegible] 81, 326, 343, 357. Modern Alman devlet hazinesi hakkında bkz. [illegible] yukarıda n. 129)

135. Bkz. yukarıda n. 102

136. *Auflage* (Almanca) - uygulamada yararlanıcısı olmayan bir [illegible] karşılık gelen Alman hukuk kurumu. Bu bir vasiyetin yararlanıcısına hayır amacıyla yerine getirilecek bir sorumluluk yüklemek için kullanılabilir; bkz . Alman Medeni Kanunu, §1940.

137. Ölümden sonra ruhun rahat ettirilmesi kaygısına uygun olarak, sözleşmeyle, ölümden sonra kurbanlar kesilmesini garanti altına almak [illegible] bir uygulamaydı. " Bu amaçla kişi devredilebilir mallarını bir rahibe bırakırsa, yasa ona bağışına sürekli geçerli olan hakkın düşmesi boyutu eklemesine izin veriyordu. Bu nedenle rahip ya da onun halefi [illegible] edilen kurbanları kesmezse, o zaman bir başkasına verilecek mülk devlet otoriteleri tarafından elinden alınacaktır. "Bir Mısır işlemi olan buna, E. Seidt (Law, Egyption, 9 ENCYC. SOC. SCI. 20, 210) eklemede bulunur; "Bu ve benzer mülk vakıflarında birleştirilmiş vakıfın başlangıçlarının bulunup bulunmadığı hala şüphelidir. "

138. 2 GIERKE, GENOSSEN SCHAFTSRECHT 526, 962.

139. Aşağıdakilerle ilgili olarak bkz. POLLOK AND MAITLAN I. 480; R. SOHM, KIRCHENRECHT (1892) 75;U. STUTZ, DIE E GENKIRCHE (1895); *Eigenkirche* maddesi, REALENZYKLOPAD FÜR PROTEST THEOLOGIE, ve Kirschenrecht makalesi, 3 HOL ZENDORFFKOHLER, ENZYKLOPÄDIE DER RECHTSWISSEN CAFT (1914) 301; WERMINGHOLF VERFASSUNGSGESCHIC DER DEUTSCHEN KIRCHE IM MITTELALTER (1913); ayrıca Torr M. *El órigen del sistema de iglesias proprias* (1928), 5 ANUARIO E ECCLESIASTIQUE EN FRANCE (1910/28/36)

140. Bkz V. SCHWERIN, GRUNDZÜGE DER DEUTSCHEN R CHTSGESCHICHTE (2. Basım. 1941), §§30, 54 ve orada sözü edil kaynaklar.

141. Bkz. 2 GIERKE, GENDSSENSCHAFTSRECHT 958.

142. Bkz. yukarıda n. 112; ayrıca JÖRS UND KUNKEL 74 ve ora sözü edilen kaynaklar s. 400.

143. MITTEIS I, 348, n, 2.

144. Mitteis'e göre (a. g. e yukarıda n. 112) tüzel kişilik özel k şullar tarafından imparatorluk beratı verilmesi dışında bir yolla e nilemezdi. Bu anlayış yakın tarihli kaynaklarda genellikle reddedil orada kuruluş kendine ait ve üyelerinden ayrı hak ve sorumlulukl sahip olmak isteyip istememesi tamamıyla onun takdirine bırakılmı "Tüzel kişiliğin açıkça verilmesi anlayışı Roma hukukuna tamamı yabancıydı. *Corpus habere* teriminin"bir kulüp oluşturmaktan" baş bir anlama gelmediği söylenir. KUNKEL, JÖRS AND KUNKEL, Bkz. ayrıca şimdi Brasloff, I STUDI RICCOBONO 317.

145. MITTEIS 347, n. 21.

146. Hellenik "phratry" ve benzer gönüllü kuruluşlar için bkz. LEIST, 103-175; BONNER AND SMITH 118 n. 3; s. 160; ve R. BONNE ASPECTS OF ATHENIAN DEMOCRACY (1933) 91, 134, 157. Bu e iki esere Weber henüz ulaşamamıştı. Totemizm ve totemistik klan ile ilgili kapsamlı kaynaklar 14 ENCYC. SOC. SCI. 660'da anılmı

Weber öncelikle W. WUNDT'un ELEMENTE DER VÖLKERPSYCHOLOGIE'sine (1912) dayanmış görülmektedir. (Tercümesi Schaud tarafından yapılmıştır, 1916) III. Bölüm.

147. Bkz. Mommsen, *Zurlehre vonden römischen Korporationen* (1904) ZEITSCHR. F. RECHTSW. Z. ROM. 45; ayrıca ona ait DE COLLEGIIS ET SODALITIBUS ROMANORUM (1843); UGO COLI, COLLEGIA E SODALITATES (1914); KARLOWA II, 59

148. Bkz. MITTEIS 391; KARLOWA I, 62.

149. Romadaki çok sayıda lonca, inanç derneği, cenaze derneği, sosyal kulüp türlerinin incelenmesi için bkz. Ayrıca MITTEIS I. 390, kamu ve salt özel nitelikte kuruluşların ayrımı girişimi KUNKEL tarafından sorgulanmaktadır. (JÖRS AND KUNKEL, 75 n. 4)

150. *Collegium mercatorum* (sonraları, *mercuriales*) ile ilgili olarak bkz. MITTEIS 392 vakıfın efsanevi tarihi İ. Ö 495'dir.

151. Bkz. MITTEIS 393.

152. *Ager compascuus and arbitria*– bkz. WEBER AGRERGESCHICHTE 56, 120.

153. MITTEIS 393. Ayrıca E-Szanto, *Die griechischen Phylen* (1906) AUSGEWÄLTE ABHANDLUNGEN 216.

154. Bkz. J. HATSCHEK, ENGLISCHE VERFASSUNGSGESCHICHTE (1913) 87/88.

155. WEBER, GENERAL ECONOMIC HISTORY 178-155a. Bkz. yukarıda, İkinci Kısım, III. bölüm, n. 3

156. Sorumlulukla ilgili ihtiyaçlar 1 Mayıs 1889 Alman Kooperatifler Yasasıyla (*Genossenschaftsgesetz*) güzelce karşılanmıştır. (RGBl. 55) Buna göre bir kooperatif üyelerin sınırlı ya da sınırsız sorumluluğuyla kurulabilir ve ikinci durumda alacaklıların bireysel üyelere karşı doğrudan dava hakkı ya vardır ya da yoktur.

157. Burada kastedilen kamu sigorta fonları ve özellikle, Alman Sosyal Güvenlik Sistemi kurumları (hastalık, yaşlılık, işsizlik, sanayi kazaları için kamu fonları ve sanayi kazaları sigortası) gibi devlet kurumlarıdır.

158. MAITLAND, "Introduction" GIERKE, POLITICAL TH ORY OF THE MIDDLE AGES (1900) İngiltere'deki tüzel kişiliğ tarihi açısından temel teşkil eden çalışmalar için bkz. MAITLAN STUDIES. Yukarıda n. 112'de gönderme yapılmış. POLLOCK AN MAITLAND, II. kitap, 2. Bölüm, §§12, 13; yakın tarihli ek kaynak için bkz. MAITLAND'S SELECTED ESSAYS'in 1936 basımının 2 sayfası (yayına hazırlayan Hazeltine, Lapsley and Winfield)

159. MAITLAND, a. g. e. yukarıda; ayrıca HATSCHEK, a. g 1913); HATSCHEK cilt I.

160. GIERKE, GENNOSENSCHAFTSRECHT II, 43-46, 557.

161. "Tek kişili tüzel kişi" hakkında bkz. 3 MAITLAND, PAPE (1911) 210.

162. Bkz. BLACKSTONE I, 469; HOLDSWORTH IV, 202 vd.

163. HATSCHEK I, 75.

164. "*Zweckvermögen*" bkz. MAITLAND, PAPERS III, 359,, SEL CTED ESSAYS 179'da yeniden basılmış, sonrakinde adı geçen Alman kaynaklar, s. 180 n. 2.

165. Vasiyetin gecerliliği için Roma'da vasiyeti bırakın kişinin ya da daha fazla kişiyi mirasçı (*heres*), yani mülkün tamamının geçec ve vasiyeti bırakan kişinin borçlarından kişisel olarak sorumlu olac kişileri tayin etmesi gerekliydi. Geçerli bir mirasçı ya da mirasçılar ta edilmesi şartıyla, vasiyet sahibi mirasçılar için özel koşul da koyabil Ya mülkünün belli bir varlığının doğrudan vasiyet edilene geçm (*legatum per vindicationem*) ya da vasiyet edilen kişinin mirasçıları belirli bir nesnenin teslimini veya belli bir miktarda paranın ödenm sini ya da başka bir yükümlülüğün ifasını isteme hakkına sahip oln (*legatum per damnationem*) koşulunu koyabilir. Her iki durumda vasiyeti bırakan kişinin katı biçimde tespit edilmiş belli formalite re(beş şahidin ve bir *lipripens*'in bulunması) uyması zorunluydu vasiyetin geçerliliği oldukça formaliteli çeşitli kurallarla çevriliydi. C Cumhuriyetçi dönemde mirasçıdan ya da başka bir kişiden temel mahiyetinde yalın sözcüklerle (*verbis precativis*) üçüncü bir kişiye öde

yapmasını ya da ona belli bir nesneyi vermesini istemek olağan hale gelir. Çoğunlukla yalın bir mektupta (*codicillum*) ifade edilen böyle bir istekle ilgili kişinin sadece vicdanına (*fidei comissum*) yüklenebilir, fakat yasal olarak zorlanamazdı. Augustus özel türden belli commissa için zorlama getirmişti; bu pretor'ün normal prosedürü içinde değil konsüllerin idari bilişi (cognitio) içindeydi. Halefleri zamanında bu tür yükümlemenin kapsamını genişletti; sonunda Justinyen *legatum* ve *fidei commissum* hukukunda genel hukuka ait bir kurumda birleştirildiler. Bkz. BUCKLAND; SOHM, INSTITUTIONES (yayına haz. 1949) 634.

166. POLLOCK AND MAITLAND, II. kitap, III. Bölüm, § 7 ve illikle s. 620

167. Satılmaz mülkle ilgili yasalar hakkında bkz. Hazeltine, II. [illegible] YC. SOC. SCI. 40 ve RHEINSTEIN, DECEDENT'S ESTATES 399.

168. *Ultra vires*'in tarihi hakkında bkz. HOLDSWORTH IX, 59.

169. Hukukçular – Kilise hukuku bilginlerinden ayrı olarak geç Orta Çağ laik (Roma) hukuku bilgileri.

170. Merkantilizm ve erken Liberalizm dönemlerinde şirketlerin gelişmesiyle ilgili olarak bkz. LEHMANN, a. g. e. yukarıda, n. 121; W. SCOTT, CONSTITION AND FINANCE OF ENGLISH, SCOTTISH, AND IRISH JOINT-STOCK COMPANIES TO 1720 (1910-1912); J. COHN, DIE AKTIENGESELLSCHAFT (1921); J. S. Davis, ESSAYS IN THE EARLY HISTORY OF AMERICAN CORPORATIONS (1917).

171. Modern Fransız hukukunnda tüzel kişi için (*Personne morale*) bkz. MAITLAND, PAPERS III, 312, yeniden yayına hazırlanmış, SEL. ESS. 230 ve orada s. 23'de listelenen kaynaklar.

Genel olarak mevcut yasalardaki tüzel kişilerle ilgili olarak bkz. Konrad, *Juristische Personen* (1933), 4 RECHTSVERGLEICHENDES HANDWÖRTERBUCH 560.

172. Bkz. BLACKSTONE I. 123. "kişiler de yasalar tarafından doğal veya yapay olarak ayrılmışlardır. Doğal kişiler doğa tanrısının bizi oluşturduğu şekildedir; yapay olanlar ise insan yasaları tarafından, şirket ya da *siyasi kuruluşlar* olarak adlandırılan, toplum ve yönetim

amacıyla oluşturulmuş ve planlanmış olanlardır. Bkz. ayrıca I. kı XVIII. Bölüm. Blackstone orada şirketler hakkında şöyle der (s. 468): siyasi kurumları icad etmenin şerefi aslen bütünüyle Romalılara a

173. İngiltere Bankasının tarihiyle ilgili olarak bkz. ANDREA HISTORY OF THE BANK OF ENGLAND (tercümesi Meredith fından yapılmıştır, 1909).

174. Modern şirketler kanunu hakkında bkz. dünya çapı eleştirel araştırma, W. HALLSTEIN, DIE AKTIENRECHTE D GEGENWART (1931).

175. "Bir hayır kurumunun" 1896, Friendly Societies Act (Hi Kurumları Yasası) tarafından sahip olması şart koşulan (s. 25 [1]) dava açan ve dava edilen kişiler olan (a. ge. s. 94 [1]) mütevelliler çekte kurumun devamlı memurlarıdır.

176. Yetkilendirme genel olarak kulübün kurallarıyla yapılabi bkz. ENCY. LAWS OF ENGL. (3. basım) 221.

177. On dokuzuncu yüzyıl Almanyasında Roma ve Alman huku tarihçileri arasındaki iş bölümü siyasi önemi olan, duygusal olar etkilenmiş bir ihtilaf haline geldi. Alman hukuku inceleyicilerine g Alman hukuk sisteminin on beşinci yüzyılda onu kabulünden b derinden etkilendiği Roma hukuku katı, soğukkanlı ve egoistik; bireyciliğin ifadesi olarak görünüyordu; öte yandan İngiliz hukuk nun değerleri arasında sadece bir kolu olduğu Germen hukuku h toluluğunun sıcakkanlı ruhunun tecessümü olarak övülüyordu. yaklaşımın başlıca temsilcileri arasında Gierke gibi büyük bir bil vardı. Alman *Genossenschaft*'ının (cemiyet) formlarının zengin ona Germen komşuluğunun, yoldaşlığının ve yaratıcılığının özg ruhunun en güzel ifadelerinden biri olarak görünüyordu. DEUTS HES PRIVATRECHT' inde Orta Çağ Alman hukukunun bütünü sunarken yeni Alman Medeni Kanunu yürürlüğe girmek üzereyi ülkenin hukukunu yeniden Almanlaştırmaya katkıda bulunm ümit ediyordu. Gierke, bu kanunun taslağına sözde Roma hayran nedeniyle şiddetle saldırıyordu. Sıcakkanlı "sosyal" Alman ve so ve egoistik Roma hukuku arasındaki sözde tezat modern kapitali

dalgasına set çekmek ve diğer, daha saygın sosyal yapı kalıplarını bozmak ya da romantik olarak algılanan sosyalist ya da ırk temeline dayalı yeni bir topluma veya Alman Gençlik hareketinin taraftarlarınca belli belirsiz hissedilen türde yeni bir toplum yaratmaya çalışan siyasi grupların standart tartışması oldu. Bütün bu akımların birleştiği Ulusal Sosyalist Parti Roma hukukunun iğrençliğini, onu belirlenmemiş bir şekilde Yahudi zihninin bir ürünü olarak etiketleyerek artırdı. Yeni, gerçekten Alman bir hukukun Roma hukukunun yerini alması Parti platformunun 19. maddesinde temel bir hüküm haline getirildi. (Bkz. HITLER, MEIN KAMPF, NEW YORK:Reynal and Hitchock, 1940, s. 680-690). Ulusal – Sosyalist hükümet zamanında, yeni kurulmuş olan Alman hukuk akademisi yeni bir Halk Kanunu'nun (*Deutsches Volksgesetzbuch*) taslağının oluşturulması çabalarını başlattı. Enerjilerin savaş amaçlarından başka kanallara yönlendirilmesinden önce hazırlanabilen bu taslak kısım yeni yasanın, eğer tamamlanmış olsaydı, modern hayatın gereksinimlerini gayet iyi karşılayabilecek, taslağı iyi hazırlanmış bir kanun oluşturulabileceğini gösterir. Bununla birlikte hangi açılardan özgün biçimde "Alman" karakterinde olabileceğini görmek zordur.

178. Weber'in bu fikirleri GENERAL ECONOMIC HISTORY'sinde geliştirilir. Rus Mir'i hakkında bkz. s. 17-21; Doğu kanunları hakkında bkz. s. 57; ve Hindu köyleri hakkında bkz. – s. 22-23; kaynaklar s. 371/372'de belirtilmektedir. Zanaatkarların zorunlu kuruluşları hakkında bkz. 136; ve 375 sayfada belirtilen kaynaklar.

179. Bkz. GIERKE, GENOSSENSCHAFTSRECHT II, 300 vd., 1-' vd., 114, 93.

180. Bkz. AMIRA 27; PLANITZ 188, ve ek kaynaklar.

181. Bkz. GIERKE, GENOSSENSCHAFTSRECHT II, 456.

182. Bkz. A. Voigt, Wirtschaft und Recht, 2 Z. F. SOZIALWISSENSCHAFT (1911), 9-12, 99-108, 177-182, 238-249, 311-322, 387-397, 448-456; aynısı, *Die wirtschaftlichen Güter als Rechte*, 4 ARCHIV F. RECHTSU. WIRTSCHAFTS PHILOSOPHIE (1913), 304- 316).

183. "*Coactus voluit*"(zorlama da olsa bu onun arzusu)– şeklinde Roma deyimi baskının etkisi altında yasal bir işleme girişen kişinin durumunu tanımlar. Bu durum kişinin bir başkasının aracı olarak kullanıldığı duruma zıttır. Burada, sonraki öncekinin elini zorla yakalar ve ona imza attıracak fiziksel hareketi yaptırır. Bkz. yukarıda, İkinci Fasıl, bölüm I: 4: (5)

III. HUKUKİ NORMLARIN ORTAYA ÇIKIŞI VE OLUŞTURULMASI

1. Yeni Hukuki Normların Ortaya Çıkışı– Açıklama Olarak Yetersiz Örfi Hukuk Teorileri

Yeni hukuk kuralları nasıl ortaya çıkar? Günümüzde genellikle kanunlaştırma yani, bilinçli insanın resmi anayasal ihtiyaçlarla uyumlu kanun yapması yoluyla ortaya çıkarlar, örf ve adetlere dayanırlar ya da belli bir siyasal toplumun "yapımcıları". Kanun yapmanın bu çeşidinin ilkel olmadığı açıktır; bu ekonomik ve sosyal olarak karmaşık ve ilerlemiş toplumlarda bile normal değildir. İngiltere'de "gelenek hukuku" "içtihat "hukukunun" tam tersi olarak görülür. Almanya'da kanunlaşmamış hukuk genellikle " örf ve adet hukuku" olarak adlandırılır. Ama "örf ve adet hukuku" kavramı göreceli olarak moderndir; bu Roma'da çok geç dönemlerden önce ortaya çıkmamıştır; Almanya'da Sivil doktrinden doğmuştur. Bu tür akademik kaynakla ilgili olarak özellikle, geleneğin hukuk olması için ona fiilen uyulması, bağlayıcı olduğuna yaygın olarak inanılması ve rasyonel olarak ele alınmaya tabi olması gerektiği teorisi vardı. [1] Ama tüm modern tanımlamalar da teorik kurgulardır. Hukuki dogmatiklerin amaçları için, Zitelman ya da Gierke tarafından formüle edildiği gibi böyle işlenmiş tarzda kullanılması şartıyla yine de, örfi hukuk kavramı hala vazgeçilmezdir. [2] Aksi durumda hukuk kavramımızı

bir yandan yazılı hukuka öbür taraftan hakimlerin oluştu duğu hukuka hapsetmek zorunda olurduk. Benim görüşün göre, hukuk sosyologlarının özellikle Lambert ve Ehrlich sürdürdüğü örfi hukuk kavramına karşı şiddetli mücadele a dece herhangi bir temelden yoksun olmakla kalmaz; aynı z manda analizin hukuki ve sosyolojik yöntemleri arasında karışıklığı da temsil eder. [3]

Yine de meseleler bizim problemimiz, yani kanunlaşm mış normların geçerli örfi hukuk olarak ortaya çıktığı amp rik sürecin keşfedilmesi açısından tamamen farklıdır. Gelene sel doktrinler bize bu problem hakkında gerçekte yok denec kadar az şey söyler. Aslına bakılırsa, bunlar geçmişte özellik mevzu hukukun çok az olduğu ya da hiç olmadığı dönemler hukukun fiili gelişimini açıklama iddiasında olduğu yerde h talıdırlar da. Bu doktrinlerin hukukun[4] kaynağı olarak *cons etudo'nun* anlamı ve ön koşulları hakkında hem kıtasal he İngiliz, Orta Çağ fikirleriyle birlikte geç Roma'da biraz dest bulduğu tabii ki doğrudur. Yine de, buradaki problem evre sel geçerlilik iddiasındaki bir rasyonel hukuk ile yerel ya kişisel olarak sınırlı uygulama alanına sahip, fiili olarak eg men hukuk sistemleri arasındaki uyumu bulmaktır. Geç Ro İmparatorluğu'nda çekişme imparatorluk hukuku ve eya halkının hukuku arasında;[5] İngiltere'de ülkenin hukuku *(l terrae)* yani Örfi Hukuk ve yerel hukuk[6] arasında; Kıta üz rinde "dışarıdan alınmış" Roma hukuku ve yerel kanun b tünleri[7] arasındaydı. Sadece, yasanın çeşitli tikelci bölümle hukukçular tarafından "Örfi Hukuk" olarak sınıflandırıldı örfi hukuka hukuki onay vermek için hukukçular örfi huku kun yerine getirmek zorunda olduğu belli geçerlilik testleri

düzenlediler. Bu, evrensel yasanın ayrıcalıklı uygulanabilirlik alanında olması olgusu açısından gerekli bir adımdı. Ama, örfi hukuk gibi kesinlikle yazılı olmayan İngiliz Gelenek Hukukunu sınıflamak kimsenin aklına gelmemiş olurdu. Benzer şekilde İslami *ijma* tanımı *tacitus consensus omnium*[8] olarak "örfi hukukla" tamamen bağlantısızdı, çünkü *ijma* "kutsal" hukuk anlamına gelir.

2. Hukuki Normların Ortaya Çıkışı ve Gelişmesinde Taraf Uygulamalarının Rolü

Teorik olarak, hukuki normların kökeni, gördüğümüz gibi, açıkça şu şekilde düşünülebilir: Bir eyleme alışkanlıktan doğan psikolojik "uyum" başlangıçta yalın alışkanlıktan oluşmuş, sonra bağlayıcı olarak deneyimlenmiş davranışa sebep olur; daha sonra, pek çok kişi arasında böyle bir davranışın dağılımının farkındalığıyla, "konsensus" olarak insanların yarı ya da tam bilinçli "beklentilerinde diğerlerinin anlamlı olarak uygun düşen davranışına ilişkin olarak birleştirilmiş hale gelir. Sonuçta, bu "müşterek anlayışlar", sayesinde saf teamülden ayrıldığı zorlayıcı yürütmenin güvencesini elde eder. Bu varsayımsal kurgu üzerinde bile herhangi bir şeyin„ bağlayıcı olarak düşünüldüğü için yeni hiçbir şeye yol açamazmış gibi görünen kutsanmış geleneğin bu ağır kümesi içinde nasıl durmadan değişebildiği sorusu ortaya çıkar. Historical School of Jurisprudence, "halk ruhunun" evrimci dürtülerinin varlığı kabul edilmiş bir birey-üstü organik varlık tarafından üretildiği varsayımını kabul etme eğilimindeydi. [9] Örneğin Karl Knies bu görüşe eğilimliydi. [10] Yine de, bilimsel olarak bu kavram hiçbir yere götürmez. Tabii ki, davranışın hukuk kuralları

dahil ampirik olarak geçerli kuralları, her zaman ortaya çı
ve bugün de hala çıkıyor, bilinçsizce yani katılımcılar tarafı
dan yeni oluşturulmuş olarak değerlendirilmeden, böyle bilin
siz oluşum öncelikle anlamdaki idrak edilmemiş değişikli
ler biçiminde meydana gelmişti; bu, gerçek bir yeni durum
fiili olarak hukuki değerlendirme için ilgili hiçbir yeni un
sunmadığı inancıyla olur. "Bilinçsiz" oluşumun başka bir b
çimi fiili olarak yeni yasanın eskiye ya da bir şekilde farl
yeni durumlara, böyle uygulanan yasanın her zaman elde edi
diği ve her zaman böyle uygulandığı fikriyle uygulanması yo
luyla temsil edilir. Her şeye rağmen, farklı derece ve anlam
larda olsa bile, uygulanan kuralla birlikte durumun da "yeni
hissedildiği büyük bir sınıf durumu da vardır.

Böyle bir yeniliğin kaynağı nedir? Ampirik olarak haklı
olan "konsensusa dayalı anlayışların" böyle uyanık değişik
liklerini taşıyan sosyal hayatın dışsal koşullarındaki değişim
ler yoluyla ortaya çıktığı, cevaplardan biri olabilir. Ama sa
dışsal koşullardaki değişim "müşterek anlayışlardaki" değ
şimleri açıklamak için ne yeterli ne de gereklidir. Gerçekte
kesin unsur her zaman bu durumda ya yasanın mevcut ku
rallarının anlamında bir değişime ya da yasanın yeni ku
rallarının oluşumuna yol açan *yeni davranış biçimiydi.* Çe
çeşitli kişiler bu dönüşümlere katılır. Öncelikle bazı somu
eylemlerle ilişkili olan bu kişileri düşünmeliyiz. Böyle b
birey; davranışını, özellikle sosyal eylemini ya yeni dışsa
koşullar altında çıkarını korumak ya da basitçe mevcut ku
şullar altında onları daha etkili desteklemek için değiştir
bilir. Sonuç olarak "yeni" konsensusa dayalı anlayışlar ve bi
zen asli yeni anlamlarıyla rasyonel ortaklığın yeni biçimle

ortaya çıkar; bu, sırasıyla geleneksel davranışın yeni türlerinin doğuşuna yol açar.

Yine de, bireyler tarafından davranışın böyle herhangi bir yeniden yönlendirmesi olmadan sosyal eylemin tüm yapısının dışsal koşullardaki değişikliklere karşılık değişmesi de mümkün olabilir. Pek çok eylem türünün hepsi mevcut koşullara hayli uygun olabilirdi; ama koşullar değiştiğinde, eylem türlerinden biri ilgili tarafın ekonomik ve sosyal çıkarlarına hizmet etmek için daha uygun olabilir; seçim sürecinde tek başına mücadele eder ve sonunda hepsi tarafından kullanılan tek eylem türü haline gelir ki biri, davranışını "değiştirmiş" olacak olan herhangi bir tek bireye dikkati iyi çekemez. Saf formunda, böyle bir durum teorik bir kurgu olabilir, ama öyle bir şey filli olarak inatçı bir şekilde kendi kişisel kullanımlarına bağlı olan etnik ve dini gruplar arasında işleyen seçilmiş bir süreçte geçerlidir. Yine de, yeni içeriğin sosyal eylemler ve rasyonel birliklere bireysel icatların ve onun taklit ve seçim yoluyla sonradan yayılımının sonucu olarak nüfuzu çok sık olur. Sonuncu durum, ekonomik yeniden yönlendirmenin kaynağı olarak sadece modern dönemlerde değil, hayat tarzının en azından rasyonelleşmenin bir ölçüsüne ulaştığı tüm sistemlerde çok önemliydi. Yeni düzenlemelerin tarafları, kişisel konumlarının hukuki olarak uygulanamaz olması anlamında garantide olmamasından çoğu zaman endişe duymazlar. Devlet aracılığıyla hukuki uygulanabilirliği ya gereksiz ya da tartışmasız görürler. Daha sıklıkla açıkça kişisel çıkarlara ya da kendi partnerlerinin teamülün ağırlığıyla birleşmiş sadakatine dayanırlar. Herhangi bir zorlayıcı mekanizmanın varlığından önce ve normların sib üyelerinin intikama katılma görevleriyle

düzenli uygulanmasından bile önce, daha sonra normun "hu kuk" güvencesi tarafından yerine getirilen işlev şüphesiz ge çekte "haklı" olan kişinin bir suçluya karşı ona yardım ed diğerlerini bulabileceği şeklindeki genel teamül tarafında gerçekleştiriliyordu; ve bazı özel güvencelerin ilgili tarafla cazip göründüğü durumda, sihirsel kişisel beddua yani lan ileri tarihsel evrelerde bile mevcut hukuki zorlama da dah olmak üzere tüm diğer güvence biçimlerinin geniş ölçüde yi rine geçti. Pek çok dönemde, konsensüse dayalı düzenin eg men kısmı, ekonomik meseleler de dahil olmak üzere, bu şe kilde ve devletin yasal zorlayıcı gücünün ya da herhangi bi zorlayıcı uygulamanın hiçbir surette ulaşabilirliği kaygısı ç madan işledi. Yine de, çok sıklıkla yasal zorlamanın mecbu olmamasının delili olarak gösterilen Yugoslav *zadrugası* (hal topluluğu) [11] gibi böyle bir kurum, evrensel yayılma dönem boyunca şüphesiz köy otoritelerinin zorlayıcı gücü aracılığıyl etkili korumadan yararlandığında, fiili olarak sadece devleti zorlayıcı gücü olmadan da yapabildi. Konsensüse dayalı eyl min bu biçimi, kullanıma bir kez kesin olarak yerleştiğind devletin zorlayıcı gücüne herhangi bir dönüş olmadan yüz yıllarca varlığını sürdürebilir. Her ne kadar *zadruga* resm Avusturya hukuku tarafından onaylanmadıysa ve hatta onu pek çok kuralına karşı olsa da köylülerin hayatına hala eg men oldu. Ama böyle örnekler normal olarak değerlendiril memeli ve genel yargılar için temel olarak kullanılmamalıdı

Dini olarak meşrulaşmış çeşitli hukuk sistemlerinin ya yana tamamen eşit temelde ve bireyler için onlar arasından s çim özgürlüğü ile birlikte var olduğu yerde, bunlardan bir nin sadece dini onay ile değil aynı zamanda devletin zorlayı

güçüyle de desteklenmesi onlar arasında, devlete ve ekonomik hayata gelenekçilik egemen olsa bile, rekabete yol açabilir. Bu nedenle, İslam'da aynı statüden, resmi olarak dört ortodoks fıkıh ekolünün[12] tamamı yararlandı. Bunların bireylere uygulanması, Frenk İmparatorluğundaki[13] çeşitli kabile yasalarının uygulanmasının belirlenmesi yoluyla aynı şekilde kişisellik ilkesiyle belirlenir. Kahire Üniversitesinde[14] dört ekolün tamamı temsil edilir. Her şeye rağmen, Hanefi sisteminin Osmanlı Sultanları tarafından benimsendiği ve sonuç itibariyle kurallarının seküler memurlar ve mahkemeler[15] tarafından zorlayıcı uygulamanın yaptırımını kullanmış olması, diğer iki fıkıh mezhebi ile birlikte bu desteği geçmişte bir kez kullanmış Maliki sistem tarafından yavaş bir ölüme mahkûm edildi; ve bu gelişme diğer herhangi bir olumsuz unsurun yokluğuna rağmen olacağına vardı. Ticaret işlerinde, yani pazar anlaşmalarında, ilgili tarafların devletin zorlayıcı gücünün varlığına verdiği önem büyüktür. Bu alanda yeni ortaklık biçimlerinin gelişmesi gerçekleşti ve hala siyasi otoritenin uzantıları sıfatıyla mahkemeler tarafından icra olasılığıyla ilgili kesin tahminler vasıtasıyla böyle olur. Varılan anlaşmalar bu tahminlere uyarlanır ve yeni anlaşma formlarının icadı bu tahminleri hesaba katarak gerçekleşir.

Egemen hukukun anlamındaki değişiklikler bu nedenle büyük ya da onların profesyonel avukatları tarafından başlatılırken, bunlar bilinçli ve rasyonel olarak yargıçların beklenen tepkilerine uyarlanır. Aslında, bu tür etkinlik, Romalıların *cavere*si,[16] "profesyonel", rasyonel olarak çalışan avukatlar tarafından yapılan etkinliğin en eski türünü oluşturur. Gelişen bu pazar ekonomisinde, zorlayıcı mekanizmanın çalışmasının

hesaplanabilirliği, her yerde ama en çok Roma ve İngiliz huk kunda[17] gelişen ve en açıkça orada fark edilebilen özel girişi den doğan hukuki yeniliğin özerk unsurları olarak bulduğ muz tedbir hukukçusunun (*Kautelarjuristen)* yaratıcı dehasın güdülerinden biri ile birlikte teknik ön koşulu oluşturur.

Diğer yandan, konsensüse dayalı ve rasyonel belli türd anlaşmaların yayılması doğal olarak onların hukuk tarafınd zorlayıcı uygulaması ihtimali üzerinde belirgin bir etki uyg lar. Normal koşullar altında sadece tek bir durum uygulan güvencesinden yoksunken, yerleşik gelenek ve tip anlaşma, e rensel yayılmayı bir defa yaşadığında, bazı resmi düşünceler dayatmacı gerekliliği dışında ya da otoriter güçlerin müdah lesi sebebiyle ya da yasal zorlamanın temsilcilerinin etnik ya siyasal yabancı otorite tarafından zorlandığı durumdaki gibi hayatıyla hiç bağlantısı olmadığı durumda ya da uç meslekt uzmanlaşmanın sonucunda, yasal zorlama organlarının ke sosyal farklılaşma altında bazen olduğu gibi özel ticaretten ç uzak hale geldiği durumda devamlı olarak göz ardı edilem ler. Bir anlaşmanın niyetlenmiş anlamı ihtilaflı olabilir ya kullanımı henüz istikrarsız bir yenilik olabilir. Böyle koşu larda, *a potiori* yasal zorlamanın temsilcisi olarak adlandır cağımız şekliyle yargıç ikinci bir özerk otoritedir. Ama da normal durumlarda bile yargıç sadece konsensüse dayalı a layışlar ya da anlaşmalarla bağlayıcı hale gelen normlar üz rine mührünü koymaktan daha fazlasını yapar. Bireysel d valarla ilgili kararı her zaman, davanın kapsamını aşan, ya olarak varlığını sürdürecek olan bu kuralların seçimini etk leyen sonuçları üretir. "Hukuki" kararın kaynaklarının önc kararın, davanın kendiyle ilgili kararına hazırlık olarak be

temel sorunlarla ilişkili olduğu durum dışında, somut durumlara basitçe "uygulanmış" genel "karar normları"tarafından oluşturulmadığını göreceğiz. Durum bunun tam tersidir: Yargıç somut nedenlerle zorlayıcı güvenceyi özel bir davaya uygulama izni verdiği kadarıyla, en azından belli şartlar altında, "hukuk" gibi genel normun ampirik geçerliliğini açıkça oluşturur çünkü ilkesi özel davanın ötesinde önem kazanır.

3. İrrasyonel Yargılamadan Yargıç Tarafından Yapılan Hukukun Doğuşuna

Tanımladığımız olgu hiçbir şekilde ilkel ya da evrensel değildir. Hukuki ilhamın büyüsel araçları aracılığıyla ulaşılan ilkel bir kararda kesinlikle bulunmaz. Aslında henüz resmi olarak hukuki bir yolla rasyonelleştirilmemiş tüm diğer hükümlerde, çile aşamasının ötesine geçtiği yerde bile, bireysel durumun irrasyonelliği hala önemlidir. Gelecekteki olaylarda bir karar normu olarak, hiçbir genel norm uygulanmaz ya da mevcut olması ve algılanması şartıyla somut karar kuralı haline gelmez. Kuran'ın "surelerinde" Muhammed kendisinin kinden önceki emirleri, dini kökenlerine bakmaksızın tekrar tekrar reddeder ve Yehova bile hukuki bir niteliğin bazılarını içeren kararlarının bazılarından "pişmanlık duyar. " Yehova bir kehanet aracılığıyla kız çocuklarının miras hakkını (Num. [illegible]) emretti, ama ilgili tarafların itirazı üzerine, kehanetle ilgili açıklama düzeltildi (Num. 36). Bu nedenle genel karakterde bir *Weistum*[18] bile istikrarsızdır; ve bireysel davaya (*Urim ve Thummim* tarafından Museviler arasında yapıldığı gibi) kura çekerek, ya da zorlu başka bir sınamayla, ya da somut kehanet cinsinden açıklamalarla karar verildiği yerde, tabii ki bir

kararda kural uygulaması ya da kural oluşturulması anlamın bile herhangi bir "kural yönlendirmesi" bulamayız. Laik yı gıçların kararları da uzun bir gelişme gerektirir ve onların t reysel davaların ötesine geçen "normları" temsil ettiği fikri ulaşmak çok daha sancılıdır; bu, örneğin Vladimirski-Bud nov'un[19] araştırmaları tarafından gösterilir. Aslında, kar rın "laik kişilerin" kaygısı olmasının derecesi ne kadar b yükse, o kadar az tamamen nesnel çizgi üzerinde ilerler ve kadar fazla ilgili kişileri ve somut durumu hesaba katar. Yi de, karar tartışmanın öznel meselesi haline gelir gelmez ya karar için rasyonel temel arandığı ya da varsayıldığı zam normların biçimlenmesi yönünde belli ölçüde bir dengele ve stereotipleştirme kaçınılmaz olarak ortaya çıkar. Diğer b deyişle, norm-biçimlenmesi kararın tamamen orijinal olan kehanete dayalı karakterinin zayıflığının olduğu yerde m dana gelir. Fakat bu, belli sınırlar içinde, sadece daha rasy nel norm-biçimlenmesi eğiliminde olan kanıtın ilkel yasa nın büyülü niteliğiydi, çünkü cevap verilen sorunun açık formüle edilmesi zorunluluğunu gerektiriyordu.

Kendine özgü bir unsur daha vardır. Hiç şüphesiz, tara davranma suçlamasından kaçınmak isteyen bir yargıcın, önce benzer bir kararda bilinçli şekilde ilkesi olarak kullandığı b normu sonraki durumda görmemesi ve daha önce bir kez v diğinde icra gücünü reddetmesi zor ve çoğunlukla imkansı dır. Aynı düşünceler bunu başaran yargıç için de doğru kab edilir. Bir gelenek daha istikrarlı oldukça, yargıçlar ataları yol göstermiş bu ilkelere daha çok dayanacaklardır; çünkü d dece o zaman her karar, nasıl oluşmuş olduğuna bakmaksız özellikle ve sürekli olarak doğru bir gelenekten kaynaklanı

olarak, onun parçası olarak ya da onun belirtisi olarak görünür. Böylece en azından laiklerin iddia ettiği, sürekli geçerliliğe sahip model haline gelir. Bu anlamda, bir kişinin geçerli normlara başvuruyor olduğu öznel kanaati aslında kehanet dönemini aşan her hüküm türünün niteliğidir ve hiçbir suretle özgün biçimde modern değildir.

Bu nedenle yeni hukuki normların iki temel kaynağı vardır; yani, birincisi konsensüse dayalı bazı anlayışların standartlaşması, özellikle profesyonel "avukat" tarafından yardım edilen, böylelikle kendi çıkar alanlarını ayıran bireyler tarafından artan kasıtlılıkla yapılan amaca yönelik anlaşmalar; ve ikincisi, hukuki örnek. Örneğin, İngiliz örfi hukukunun çoğu bu yöntemle gelişti. [20] Kendilerini gittikçe artan derecede "profesyonel olarak" "avukat" ya da yargıç görevine adayan hukuki olarak deneyimli ve eğitimli uzmanların sürecine yoğun katılım bu şekilde oluşmuş yasa türü üzerine "avukatların yasası" damgasını koydu.

Tabii ki, yasanın gelişmesinde "adalet duygusu" gibi tamamen "duygusal" unsurların oynadığı rol dışlanamaz. Yine de deneyimler "adalet duygusunun", nesnel ya da öznel çıkarların *pragması* tarafından sıkı biçimde yönlendirilmedikçe çok istikrarsız olduğunu gösterir. Bugün hala kolaylıkla görülebildiği gibi, ani dalgalanmalara açıktır ve çok genel ve tamamen formel birkaç ilke[21] dışında açıklanamaz. Özelde, en azından günümüz bilgisinin ulaştığı kadarıyla, hiçbir ulusal hukuki özellik "adalet duygusunun" işleyişindeki herhangi bir farklılıktan kaynaklanmaz. [22] Temelde duygusal olduğu için, bu "duygu" istikrarlı bir normlar bütününün devamı için pek yeterli değildir; bu daha çok rasyonel olmayan hükümlerin farklı

kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Bir kişi sadece bu mel üzerinde, "popüler" tutumların, yani hukuki müvekl ler arasında yayılan tutumların sürekli olarak yeni anlaşı ların icadı ve hükümle meşgul olan profesyonellerin (savc ve yargıçlar) "avukatların yasası"na karşı ne boyutta bas gelebileceğini sorabilir. Bu sorunun cevabı, göreceğimiz g belli bir durumda hakim olan adli prosedürün türüne bağlı

4. Yukarıdan Dayatma Yoluyla Yeni Hukukun Gelişn

Fakat bu unsurların etkisi ve çoğunlukla birleşmesin başka, hukuki kurallar bütünündeki yenilik yukarıdan[23] sıtlı dayatmayla bile olabilir. Tabii ki bu önce, günümüz t lumunda bildiğimizden çok farklı yollarla oldu. Başlang "yasa", yani yasal zorlamayla garanti altına alınan kurallar teliğine sahip davranış kurallarının amaçlı biçimde "norml olarak oluşturulabildiği fikri hiç yoktu. Gördüğümüz gibi, kuki kararların başlangıçta hiçbir normatif unsuru yoktu. gün, hukuki kararların yerleşik ve istikrarlı kuralların [24] " gulaması"nı oluşturmasını doğal karşılarız. Ama normla davranış için "geçerli" olduğu ve tartışmaların çözümü bağlayıcı olduğu düşüncesinin ortaya çıkmış olduğu yer önce insan kanununun ürünü olarak ve hatta muhtemel nel konusu olarak bile düşünülmediler. "Meşrulukları" bu kildeki belli göreneklerin mutlak kutsallığına dayanıyor bunlardan sapmak kötü büyüsel sonuçlara, ruhun huzurs luğuna ya da tanrıların gazabına neden oluyordu. En azın teoride "gelenek" olarak değişmezdiler. Yerleşik göreneğe g doğru olarak bilinmeli ve yorumlanmalıydılar, ama oluştu lamadılar. Yorumlanmaları, onları en uzun süredir bilenle

yani fiziksel olarak en yaşlı kişilerin ya da akraba gruplarının yaşlılarının çoğu zaman büyüsel güçlerinin uzmanlaşmış bilgisinin sonucu olarak doğa üstü güçlerle ilişkinin tekniklerini bilen büyücülerin ve rahiplerin göreviydi.

Bununla birlikte, yeni normlar açık zorlama aracılığıyla da ortaya çıktı. Ama bu, sadece bir yolla yani, iki biçimi varsayabilen yeni bir karizmatik ilham yoluyla olabilirdi. Daha eskisinde bireysel bir durumda neyin doğru olduğunu gösterirdi; diğerinde, ilham gelecekteki tüm benzer durumlar için genel bir norma da işaret edebilirdi. Yasanın bu şekilde ilhamı geleneğin istikrarına zarar veren ve "kanunun" tüm türlerinin aksi olan ilkel devrimsel unsuru oluşturur. İlham, gerçek anlamıyla ilham; kaynaklarını ya fiili ya da açık, karizmatik olarak nitelenmiş kişinin esinlemesi ya da tepkilerinde ve yeni dışsal koşullar tarafından ihtiyaç duyulan herhangi bir yol olmadan bulan yeni normlar olabilirdi ve aslında çoğunlukla böyleydi. Ama genellikle ilham yapay bir süreçti. Ekonomik ya da sosyal koşullardaki bir değişim yeni ve çözülmemiş bir problem oluşturduğunda çeşitli büyülü araçlar yeni kurallar elde ederdi. Normalde eski kuralları yeni durumlara uyarlamanın bu ilkel yöntemlerini kullananlar büyücüler, kahinler ya da anlaşılmaz tanrısal bir varlığın rahipleriydi. Tabii ki eski geleneklerin yorumunun yeni normların ortaya çıkışına kaynaklık ettiği yerde, çizgi belli değildir. Ama rahiplerin ya da yaşlıların yorumlayıcı bilgeliği yetersizliği bir kez kanıtlandığında geçiş olmak zorundadır. Ayrıca benzer bir ihtiyaç tartışmalı olguların belirlenmesi için ortaya çıkabilir.

Şimdi ilgi konusu olan, bu yasa icat etme, bulma ve yaratma biçimlerinin onun formel niteliklerini etkileme şekilleridir.

Tartışmaların çözümünde ve yeni normların oluşmasında bü unsurunun varlığı böyle tüm ilkel yasal prosedüre özgü *şekilcilikle* sonuçlanır. Zira, ilgili sorun formel olarak do tarzda ifade edilmedikçe, büyüsel teknik doğru cevabı sa yamaz. Üstelik, doğru ya da yanlış soruları rastgele ya da ke olarak seçilmiş herhangi büyüsel bir yöntem tarafından çö lemez; her hukuki problemin ona uygun kendi tekniği var Sabit kurallar tarafından bir kez düzenlendiğinde bütün il yöntemlere özgü temel ilkeyi; yani taraflardan birinin tör sel formülün ifadesindeki en küçük bir hatasının bile çö mün kaybına ya da örneğin *legis actio* ile Roma usulünde da erken Orta Çağ hukukundaki[25] gibi tüm durumun kayb neden olacağını şimdi anlayabiliriz. Yine de, daha önce gö düğümüz gibi, dava "hukuki muamelelerin" en eski türüy çünkü bir anlaşmaya, yani bir anlaşmanın sözleşmesine[26] d yanırdı. Buna göre, uygun ilkeyi Roma *negotia stricti juri* [27] birlikte erken Orta Çağ'ın yasal özel işlemlerinde bulur Büyüsel etkili formülden en küçük bir sapma bile muamel geçersiz kılar. Yine de, hepsinden öte şekilci bir "delil yasa davada yasal şekilciliğin başlangıcını oluşturur; böyle bir yö modern anlamda yöntemsel kanıtı hiç düzenlemiyordu. Hi bir kanıt özel bir olayın "doğru" ya da "yanlış" olduğu idd sını göstermek için sunulmadı. Mesele daha ziyade hangi t rafa büyüsel güçlere haklı olup olmadığı sorusunu sorma iz verileceği ya da bunu sormasının isteneceği ve bunun ne kilde yapılabileceği ya da yapılması gerektiği[28] meselesiydi. nedenle yöntemin formel niteliği kararın tekniğinin irrasy nel niteliğinin baştan sona kesin olarak karşında yer alır. Bö lece, bu kararlarda ifade bulan "yasa", kesin olarak geleneks

normlar genel olarak kabul edilmiş hale gelmedikçe tamamen istikrarsız ve değişkendi. Somut bir karar için mantıksal ve rasyonel temeller sadece kararın ilahi bir güç tarafından verildiği ya da kanıtın büyüsel gücü tarafından bulunduğu yerde değil, fakat aynı zamanda karizmatik olarak nitelendirilmiş bilgenin kararına dayandığı ya da sonra, gelenekte uzmanlaşmış bir yaşlı ya da akraba grubundan bir yaşlı ya da *ad hoc* seçilmiş arabulucu ya da yasanın (*lag saga*)[29] sürekli olarak seçilmiş yorumlayıcısı ya da siyasal yönetici tarafından atanmış bir yargıç tarafından verildiği yerde de bütünüyle eksiktir. Karar özel problemin her zaman özel bir yolla halledildiğini belirtmek zorundaydı; ya da ilahi bir gücün problemin eldeki özel durum yoluyla ya da gelecekteki tüm durumlar yoluyla da halledilmesi gerektiğini buyurduğunu belirtmek zorundaydı. Bu durum Kral II. Henry'nin, jüri tarafından yapılan tüm sivil duruşmaların kökeni haline gelmiş bu büyük yeniliğinin de niteliğiydi. Dava açan tarafa kraliyet mahkeme emri tarafından bağışlanmış *assisa novae disseisinae*[30] gerçek eylemlerde[31] kanıtın daha eski büyüsel-irrasyonel türünün yani söz konusu el koyma hakkında on iki yeminli komşunun her ne biliyorlarsa söylemeleri için sorgulanmasının ya da düellonun yerine geçti. Taraflar gönüllü olarak ya da kısa zaman sonra zorlama baskısı altında[32] tüm dava türlerinde[33] suçun bulunmasının yargılamanın özünden ve duruşmanın eski irrasyonel türlerinden[34] elde edilmesinden ziyade on iki jüri üyesinin kararının kabul edilmesinde anlaştı. Bu nedenle jüri, adeta, kehanetin yerini almıştır ve aslında ona kararı için rasyonel temelleri işaret etmediği için benzer. Duruşma "hakimi" ve jüri arasında görev ayrımı vardı. Maddi sorunlara jüri tarafından,

hukuki sorunlara yargıçlar tarafından karar verildiğini varsayan popüler görüş açıkça yanlıştır. Avukatlar jüri sistemine ve özellikle sivil jüriye açıkça itibar eder; çünkü "yasa"nın belli somut konularına gelecekte bağlayıcı olabilen "örnekler" oluşturmadan karar verir, bir başka deyişle ona hukuki sorunlara karar veren jürideki tam irrasyonellik nedeniyle itibar eder.

Aslında, İngiliz hukukunda uzun süre pratik geçerliliği olan belli kuralların tam olarak kabul edilmiş hukuk kuralları statüsüne çok yavaş biçimde geçmesini açıklayan sivil jürinin işlevinin bu yönüydü. Kararlar maddi sorunlarla hukuki meselelerini karıştırdığı için, bu kararların gelişen yasa bütününün parçası haline gelebilmesi yargıçların kararın tam anlamıyla yasaya uygun kısmını fiili kısmından kurtardığı ve öncekini hukuki ilkeler olarak ifade ettiği kadarıyla tekti. İngiliz ticaret hukukunun büyük bir kısmının hukuk kariyeri zamanında Lord Mansfield tarafından formüle edilmesi bu şekildeydi. Onlar hukuki problemleri yasa ve gerçek[35] arasında ayrım yapmadan hallettiğinde o, jürinin "hukuk ve adalet duygusundan" başka şimdiye dek olan hukuki önermelerin ağırlığıyla donatılmıştı. Şans eseri, jüri en azından deneyimli iş adamlarını kapsadığında görevini çok iyi yerine getirdi. Benzer şekilde Roma hukukunda "cevap veren hukukçuların" yaratıcı işlevi sivil jüri üyelerine tavsiye vermekten doğdu ama bu durumda sorunlar mahkemenin dışında bağımsız ve yasal olarak uzman kuruluşlar[36] tarafından analiz ediliyordu. Bu zamanla, tıpkı İngiltere'de işin yargıçtan jüriye kayması kışkırtmasının ters etki üretebildiği ve muhtemelen ürettiği gibi, jüri üyelerinin işinin cevap veren hukukçuların üzerine kayması eğilimini üretti ve Roma'da belli belirsiz hissedilen

etik ilkelerden rasyonel hukuk önermelerinin doğmasını destekledi. Jüri nedeniyle, karar tekniğinin ve bu nedenle yasanın kendisinin ilkel irrasyonelliği böylelikle İngiliz yargılama yönteminde günümüze kadar varlığını sürdürdü. [37]

Yine, tipik gerçek durumları yargılamanın yerleşik yolları özel ticaret uygulamalarının ve mahkeme içtihatlarının etkileşiminden doğduğu kadarıyla, modern hukuk bilimi tarafından geliştirildiği şekliyle "hukuki önermelerin" rasyonel niteliğine sahip değildir. Hukuksal olarak geçerli gerçek durumlar birbirlerinden formel hukuk mantığı tarafından gösterilen anlamlarına göre ayrılmaktan ziyade nesnel niteliklerine göre tamamen ampirik bir şekilde ayrıldılar. Ama ayrım sadece özel bir durumda tanrıya ya da karizmatik otoriteye hangi sorunun yöneltileceği, bu sorunun nasıl ifade edilmesi gerektiği ve taraflardan hangisinin kanıtın uygun aracını uygulayacak görevli olması gerektiğini belirleyen bağlamda yapıldı. İlkel yasal zorlama bu amaç için kesin olarak formel ve sürekli hale geldiği için, her zaman "koşullu yargılamaya"[38] yol açtı. Taraflardan birine belli şekilde kanıtı sunmak hakkına ya da görevine sahip olduğu ve bu durumda başarı ya da başarısızlığın, açıkça ya da ima yoluyla, kanıtının sonucuna bağlı olduğu bildirildi. Teknik açıdan pek çok farklılığa rağmen, Roma'nın pretör formüllü yargılama yöntemi[39] ve mahkeme kararı ve jüri duruşmasıyla İngiliz yargılama yönteminin her ikisinin yöntemsel dikotomisi bu temel olguyla bağlantılıydı.

Büyüsel güçlere sadece hangi sorunun yöneltildiği sorunu teknik-hukuki kavramların gelişmesinde ilk aşamayı oluşturdu. Ama şimdilik maddi sorunlar ve hukuki sorunlar arasında; nesnel normlarla bireylerin güvence altına aldığı öznel

"iddiaları" arasında; bir yükümlülüğün yerine getirilmesi iddiası ve bir yanlış için intikam talebi – çünkü başlangıç olarak bir davanın temelini oluşturabilen her şey yanlıştı – arasında; kamusal ve özel haklar arasında; ya da yasayı yapma ve uygulama arasında ayrım yoktu. Ne de, daha önce söylediklerimize rağmen [böl. i: 2-3], "iddiaları" bireysel ilgili taraflara ayıran normlar anlamında "yasa" ve bireye bazı fırsatlara erişim sağlayarak "yansıtma yoluyla" fayda sağlayan tamamen teknik yetenek anlamında "yönetim" arasında her zaman ayrım yapıldı.

Tabii ki tüm bu ayrımlar gelişmemiş ve ilkel belirsiz bir biçimde bulunur. Zira, bizim bakış açımızdan, zorlamanın ya da zorlayıcı otoritelerin farklı çeşitleri bir dereceye kadar bu ayrımlara tekabül eder. Bu nedenle (üyelerinden birinin davranışı sebebiyle büyüsel tehlikeler tarafından tehdit edilmiş hisseden bir topluluk tarafından kullanılan) dini linç adaleti ve akraba grupları arasındaki düzenleme davaları arasındaki ayrım, belli bir anlamda günümüzdeki cezai takip *ex officio* ve özel kişiler tarafından başlatılmış sivil davalar arasındaki ayrıma denk düşer. Benzer şekilde, "yönetimin" esas tohum yatağını, hanenin efendisinin anlaşmazlıklara resmi sınırlamalar ve ilkelerle kısıtlanmadan hakemlik yapmasında gördük; ve "yönetimin" bu türünü kesin olarak resmi düzenleme yöntemi yoluyla akraba grupları ve onun sadece mevcut kuralları uygulamaya olan katı eğilimi arasındaki anlaşmazlığı geliştiren örgütlenmiş bir "adalet yönetimine" yönelik ilk adımlardan ayırdık. Üstelik, bir *imperium'un* (yani, sınırsız ailevi otoriteden ayrılmış olarak işlevleri spesifik ayrıntılarıyla belirtilmiş bir otorite) doğduğu her yerde, "meşru" emir ile bunun

sayesinde "meşrulaştırılan" normlar arasındaki ayrımın başlangıçlarını buluruz. Hem kutsal gelenek hem de karizma bireysel bir buyruğa durumuna göre ya kişiler üstü ya da kişisel bir meşruluk verdi ve böylece "yasallığının"[40] sınırlarına işaret etti. Ama *imperium*, sahibine kişiler üstü yargılamadan ziyade özel bir "hukuki nitelik" unvanı verdiği için, uzun süre için meşru emir, meşru hak iddiası ve her ikisini meşrulaştıran norm arasında kesin bir ayrım yoktu. Yine, sabit geleneği *imperium*'dan neyin ayırdığı da oldukça belirsizdi. Sebep, *imperium* sahibinin iddiada bulunduğu büyük güce rağmen yasanın esinlenmesini elde etmenin yöntemine mümkün olan en yakın şekilde başvurmadan önemli bir karar vermemesidir.

5. Yasama Yaklaşımları

(a) Gelenek çerçevesinde bile, fiili olarak uygulanan yasa durağan kalmaz. En azından, gelenek henüz önce genellikle sabit işlem kurallarını ampirik olarak geliştiren büyücüler ve rahipler olan özel olarak eğitilmiş "koruyucular" grubunun alanına girmedikçe, sosyal hayatın geniş alanlarında görece değişken olacaktır. Geçerli "yasa" bu şekilde "uygulanan" şeydir. Afrika "*palaverlerinin*" (meclis, toplantı) kararları kuşaklar boyunca aktarıldı ve "geçerli yasa"[41] olarak görüldü. Munzinger aynı olguyu Kuzey Afrika mahkeme kararlarına *(buthas)*[42] ilişkin olarak da anlatır. "Dava hukuku" değişen "geleneksel hukukun" en eski biçimidir. Dava konusuyla ilişkili olduğu kadarıyla, önce hukuki gelişmenin bu türünün büyüsel sorgu sanatının denenmiş araçlarla sınırlı olduğunu gördük. Ancak büyücülerin önemi azaldıkça gelenek, örneğin, Orta Çağlar'da bu niteliği kazandı ve buna göre hukuki olarak geçerli

göreneğin varlığı, bir gerçek gibi, ilgili taraflarca kanıtın dava konusu haline geldi. (b) Gelişmenin en doğrudan yolu yeni emirlerin karizmatik ilhamından *imperium'a*, oradan da anlaşmalı ya da dayatılan kanun yoluyla yasanın bilinçli oluşumuna geçiyordu. Akraba gruplarının başları ya da yerel şefler bu anlaşmaların en eski taraflarıdır. Köylere ve akrabalık gruplarına ilave olarak bölgesel olarak daha kapsamlı siyasal ve diğer birliklerin bazı siyasal ve ekonomik nedenlerle oluştuğu yerde, bunların meseleleri sözü geçen otoritelerin düzenli ya da *ad hoc* toplantılarıyla çözümleniyordu. Vardıkları anlaşmalar tamamen teknik ya da ekonomik nitelikteydi; yani, fikirimize göre salt "yönetim" ya da kesinlikle özel anlaşmalarla ilgileniyorlardı. Yine de bu anlaşmalar çok farklı alanlara yayıldı. Özellikle birleşmiş otoriteler kutsal geleneğin yorumu için genel açıklamalarına özellikle yüksek bir otorite atfetmeye eğilimlidir. Bazı şartlar altında, yorumları aracılığıyla, örneğin akraba egzogamisini düzenleyenler gibi büyüsel olarak onaylanmış normlara müdahale etmeye bile cesaret edebilirler. Başlangıçta bu süreç, çoğunlukla, esriklik halinde ya da rüyada esinlendiği yeni ilkenin ilhamını meclise sunan karizmatik niteliklere sahip büyücü ya da bilge tarafından başlatılırdı; sonra karizmatik nitelikleri onaylanan üyeler bu ilhamı kabul ederler ve onu uyulacak yeni bir ilke olarak kendi gruplarına iletirlerdi. Yine de, teknik emirler, geleneğin biryesel kararlar tarafından yorumu ve yeni kuralların ilhamı arasındaki sınırlar belirsiz ve büyücülerin saygınlığı değişkendi. Dolayısıyla, yasanın oluşumu, örneğin Avustralya'da olduğu gibi, gittikçe laikleştirilebildi[43] ve ilham ya tamamen dışarıda bırakılabildi ya da sadece anlaşmaların *ex post facto*

meşrulaştırması olarak uygulanabildi. Sonuç olarak, yasa yapmanın sadece ilham aracılığıyla bir kez mümkün olduğu geniş alanlar birleşmiş otoritelerin basit konsensüsü aracılığıyla olan düzenlemeye bağlı hale gelir. Bu nedenle kanunların kabulü kavramı, yaşlılar ve diğer *honoratiores* üzerinde anlaştıkları yeni yasaları kabile üyesi hemşerilerine her zaman dayatamasalar bile, Afrika kabileleri arasında bile sıklıkla tamamen gelişmiş olarak bulunur. Örneğin Monrad, [44] Gine Kıyısında *honoratioresin* anlaşmalarının ekonomik olarak zayıf olanlara para cezası aracılığıyla dayatıldığını, fakat zengin ve itibarlı kişiler onları onaylamadıkça yeni normların onlar tarafından hiçe sayıldığını tespit etti– bu Orta Çağlarda "krallıktaki asillerin" davranışıyla tam bir benzerliktir. Diğer taraftan, Ahanta ve Dahomey Zencileri ya periyodik olarak ya da tesadüfen, kanunlaşmış statülerini gözden geçirir ve yeni olanlar[45] üzerinde karar verirlerdi. Yine de böyle bir durum artık ilkel olarak adlandırılamaz.

(c) Genel bir kural olarak statülerin yasalaşması ya hiç mevcut değildi ya da var olduğu yerde yasayı bulma ve yapma arasında ayrımın yokluğu, yargıçlar tarafından genel olarak "uygulanacak" genel bir kural olarak herhangi bir kanun koyucu eylem düşüncesinin ortaya çıkışını engelledi. Mahkeme kararları sadece içtihadın otoritesini taşıyordu. Hali hazırda hakim olan yasanın yorumu ve yeni yasanın oluşumu arasındaki bu tür bir ara dönem somut ya da soyut hukuki problemlere ilişkin bildiriler olan, ya kişisel karizma ya da yaş, bilgi, onursal aile statüsü ya da resmi konum tarafından meşrulaştırılmış bir otorite tarafından düzenlenen Alman "geleneklerinde" *(Weistümer)* bulunur. Bu ayrıca Nordik *lag saga'nın* bildirileri

tarafından da örneklendirilir. Bu Alman kaynakları yasalar ve haklar[46] ya da kararname ve yargısal karar veya kamusal ve özel hukuk arasında ve hatta yönetimsel karar ve normatif kural arasında bile ayrım yapmıyordu. Eldeki bu durumla bağlı olarak, birinden diğerine dalgalandılar. İngiliz parlamento kararları bile böyle belirsiz bir niteliği neredeyse günümüze kadar devam ettirdi. *Assisa* teriminin işaret ettiği gibi sadece Plantagenet döneminde değil, ama en azından temel olarak on yedinci yüzyıla kadar bile, bir parlamento kararı diğer herhangi bir kararla[47] aynı niteliğe sahipti. Kral bile kendini kendi *assisaesi* tarafından kayıtsız şartsız bağlanmış olarak görmezdi. Parlamento çeşitli araçlarla bu eğilimi etkisiz hale getirmeye çalıştı. Çeşitli türlerin kayıt ve listelerini tutmak kraliyetin onayını alan Parlamento kararlarına içtihat statüsü unvanı verme amacına hizmet etmek anlamına geldi. Sonuç olarak, Parlamento kararları, aksi gösterilmedikçe söz konusu dava konusunun tam bir düzenlemesini oluşturmak iddiasında olan modern kıta yasamasının kanunlaştırma karakterine karşın, her zaman mevcut yasayı salt iyileştirme niteliğini bugüne kadar korumuştur. Bu nedenle eski yasanın yeni yasa tarafından tamamen feshedilmesi ilkesi İngiltere'de bugün bile[48] henüz tam olarak kabul edilmemiştir.

(d) İngiltere'de Püriten rasyonalizmi ve sonra Whigs rasyonalizmi tarafından onaylanan yasa kavramı Roma hukukundan doğar. Orada kaynağı *ius honarium*'da yani magistratın aslen askeri *imperiumu*'nda idi. *Lex rogata* magistratın silahlı yurttaşların rızasıyla yurttaşlar için bağlayıcı hale gelen ve bu nedenle magistratın halefi[49] için bile bağlayıcı olmuş bu hükümleriydi. Kararname modern kavramının asıl kaynağı

buna göre Roma askeri disiplini ve Roma askeri topluluğunun özel niteliğiydi. Orta Çağ kıta Avrupa'sında Karolenjler dışında, Hohenstaufen hanedanından I. Frederick kendisine ancak başlangıçta önemli gelen Roma hukuku[50] kavramından faydalanan ilk kişiydi[51]. Ama erken Orta Çağda bile, özellikle İngiltere'de kanunlaşmış yasa iyileştirmesi olarak yasa kavramına çabucak ulaşılmadı.

(e) Yasa yapma ve yasa bulma karizmatik döneminin nitelikleri kanunun rasyonel yasalaşması ve uygulanması döneminin pek çok kurumunda hatırı sayılır ölçüde devam etti. Kahinler günümüzde bile hala yaşamaktadır. Ancak, Blackstone gibi bir geç dönem yazarı İngiliz yargıcı bir tür yaşayan kahin[52] olarak adlandırdı; ve aslında gelenek hukukunun cisimleştiği vazgeçilmez ve spesifik form olarak karar tarafından oynanan rol antik hukukta kahinin rolüne tekabül eder: Şimdiye dek belirsiz olan, yani özel bir hukuki ilkenin mevcudiyeti, şimdi, karar yoluyla, daimi bir kural haline gelmiştir. Açık biçimde "saçma" ya da "Tanrı'nın iradesine karşı" ve bu nedenle karizmatik niteliği eksik olmadıkça karara cezadan muaf olarak aldırmazlık edilemez. Gerçek kehanet ve İngiliz içtihadı arasındaki tek fark kehanetin rasyonel temelleri ifade etmemesi, fakat bu özelliği jürinin kararıyla paylaşmasıdır. Tabii ki, jüri üyeleri tarihsel olarak karizmatik hukuk kahinlerinin halefi değildir; tam tersine jüri, halk meclisi önünde özellikle mülk konularında komşu şahitliğiyle yapılan yargılamada kullanılan kanıtın irrasyonel aracının yerine geçmeyi temsil eder. Bu nedenle Kralın mahkemesinde bu, soylu rasyonalizmin ürünüdür. Diğer yandan, yasanın karizmatik bildiriminden gerçek çıkış vakalarını Germen belediye meclis üyeleri (*Schöffen*)[53]

ile yargıç arasındaki ilişkide ve Nordik hukukunun *lag saga* kurumunda görebiliriz.

6. *Hukuk Kahinlerinin ve Germen Meclisinin Halk Adaletinin Rolü*

Orta Çağ'da Batıda korporatif özerkliğin *(genossenschaftlich)* ve gayri menkul özerkliğinin gelişmesi üzerinde olağan dışı bir etkisi olmuş bir temel ilke çarpıcı önem taşımaktadır.

(a) Bahsedilen siyasal sebeplerle sürekli olarak gözetilmiş bu ilke mahkeme başkanının ya da onun vekilinin davayla ilgili karara katılmamasını ama sadece sandalyeyi işgal etmesini ve mahkemede düzeni sağlamasını gerektiriyordu; karara yasanın karizmatik "ilan edicileri" tarafından ya da sonra kararın yasa olarak durduğu topluluktan atanan meclis üyeleri tarafından ulaşılırdı. Bu ilke belli açılardan karizmatik yargılamanın doğasını andırır. Mahkemeyi davet eden ve resmi mevkiinde tutan yargıç, makamının karizmatik bakışı itibariyle ona hukuki bilgeliğin karizmatik niteliğini vermemesi sebebiyle yasa bulmaya katılamaz. Tarafları intikamdan ziyade anlaşmaya ve kendi işini görmekten ziyade mahkemenin huzurunu seçme noktasına getirdiklerinde ve onları dava anlaşmasına sadık kalmaya ve aynı zamanda tanrısal varlığa ya da karizmatik olarak nitelenmiş bilgelere soru yöneltmenin doğru ve etkili bir yolunu oluşturmaya zorlayan bu muameleleri yerine getirmeye hazır oldukları yerde görev tamamlanır. Başlangıçta bu meşru bilgeler karizmaları sebebiyle bireysel davalarda başvurulan bazı genel büyüsel niteliklerin adamlarıydı; ya da İrlanda'daki[54] Brehonlar gibi ya da Galyalılar[55] arasındaki Druidler gibi, ya da Nordik kabileler arasındaki *lag*

sagalar gibi seçimle onaylanmış özel hukuksal *honoratiores* gibi ya da Franklar[56] arasındaki *rachimburgiler* gibi rahiplerdi. Karizmatik *lag saga* daha sonra mevkii periyodik seçimler ve sonuç olarak atama yoluyla meşrulaştırılan bir görevli haline geldi; *rachimburgi* yerini kraliyet tesciliyle hukuksal *honoratiores* olarak meşrulaşmış belediye meclis üyelerine bıraktı. Yasanın başkanın kendisi tarafından bildirilememesi ama ancak karizmaya sahip olma yoluyla vasıflı kişiler tarafından bildirilebilmesi ilkesi yine de sürdü. Karizmatik statüsü sayesinde çoğu Nordik *lag sagası* ya da Alman meclis üyesi özellikle İsveç'te[57] siyasal olarak iktidar partisi ile kendi bölgesi için etkili bir sözcüydü.

Bu kişiler her zaman seçkin ailelerin soyundan gelirdi ve doğal olarak makam çoğunlukla karizmatik olarak nitelenmiş olmakla, ilgili aileden mirastı. Tarihi izlerine onuncu yüzyıldan beri sahip olduğumuz *lag saga* asla bir yargıç değildi. Herhangi bir yargılamanın uygulanması ile ilgisi yoktu; başlangıçta hiçbir zorlayıcı gücü yoktu ve ancak daha sonra Norveç'te sınırlı bir zorlayıcı güç elde etti. Tamamen hukuki konularda var olduğu ölçüde, yasal zorlama daha ziyade siyasal görevlilerin elinde toplanır. *Lag saga* yasa bulmak için bir davadan diğerine çağrılan kişiden sürekli bir görevliye dönüştü; ve yasanın rasyonel hesaplanabilirliğine ve düzenliliğine artan ihtiyaçla birlikte tüm bu kuralları bir araya gelen topluluk önünde davadan davaya yasa olarak ilan ettiği ya da bulduğu şeye uygun olarak yıllık olarak bildirmekten sorumlu hale geldi. Amaç bu kuralları tüm topluluk için bilinir hale getirmek ama aynı zamanda da *lag saganın* kendisinin hafızasında canlı tutmaktı. Bazı farklılıklara rağmen, pretör hükümlerinin

yıllık olarak yayımlanmasıyla olan benzerlik kayda değerdir. Halefi olan *lag saga* selefinin *sagası* tarafından sınırlanmazdı, çünkü, her *lag saga* karizmasının gücüyle yeni bir yasa "oluşturabilirdi." Tabii ki, halk meclisinin önerilerini ve çözümlerini hesaba katabilirdi, ama böyle yapmaya ihtiyaç duymadı ve böyle çözümler *lag saga* kabul edene kadar yasa değildi. Yasa sadece esinlenilebilirdi; bu temel ilke yasanın oluşumu ve bildirilmesine ilişkin önerileri ile birlikte çok açık hale gelmek zorundaydı. *Lex Thuringorum'da* olduğu gibi benzer kurumların izleri pek çok Alman hukuk sisteminde, özellikle Frisia'da (âsega)[58] bulunabilir. *Lex Salica'ya* Ön sözde[59] bahsedilen "editörler" muhtemelen böyle yasa kahinleriydi ve mantıken *Frenk Capitula legibus addendanın*[60] özel kökeninin böyle bir meşru kehanetin "ulusallaşması" ile bağlantılı olduğunu da varsayabiliriz.

(b) Benzer gelişmeler ya da onların izleri her yerde bulunabilir. Bir kahine başvurarak karar verilen hukuki tartışmaların ilkel yöntemi örneğin Mısır (Ammon'un kahini) ya da Babil[61] gibi ayrıca yüksek oranda rasyonelleşmiş siyasal ve ekonomik yapının uygarlıklarında olağandı. Pratikte kesinlikle Helenli kahinlerin[62] gücüne katkıda bulundu. Benzer görevler Yahudilerin[63] yasa kahinleri tarafından yerine getirildi. Aslında yasal kehanet evrensel görünür. Rahiplerin gücü her yerde geniş ölçüde kehanetlerin dağıtıcıları ya da işkence ile sorgulama yönteminin "yöneticileri" olma etkinliklerine dayandı. Bu nedenle güçleri önce zorlama ve sonunda resmi şikayet ve duruşma aracılığıyla intikamın ortadan kalkması sonucu toplumda artan barış ile oldukça arttı. Afrika'da irrasyonel kanıt araçlarının önemi büyük ölçüde "reisin yargılaması" tarafından

azaltıldı; bununla beraber, fetiş-rahibin korkutucu gücü hala sadece onun denetimi altında tutulmayan ama aynı zamanda onun, öfkesini üstüne çekmiş ya da onu onun kendi tarafına nasıl çekeceğini bilen birine büyünün yüklerini, böylece hayattan ve servetten mahrumiyeti getirmesine izin veren kutsal büyüsel duruşma ve işkence ile sorgulama şeklindeki daha eski pratiğin kısmen hayatta kalan kısmına dayanır. Adalet yönetiminin tamamen seküler biçimleri bile bazı şartlar altında yargılamanın eski karizmatik yöntemlerinin önemli izlerini devam ettirdi. Atina *thesmothetai*'sini, [64] bir formelleşme süreciyle karizmatik hukuk kahinlerinden, seçilmiş bir görevliler konseyine dönüşmüş kişiler grubu olarak görmek doğrudur. Fakat Roma *pontifices*'inin başlangıçta hukuki kehanetin diğer biçimlerine benzer yolla örgütlenmiş hukuki konulara katılımının ne ölçüde olduğunu söyleyemeyiz. Hukuk davasının formel yöneliminin yasa bulmadan ayrılması ilkesi teknik ayrıntıları Germen hukukunda uygulanandan farklı olsa da Roma'da da uygulanıyordu. *Aedilis* ve *praetorun* emirlerine gelince, onların *lag saga* ile benzerliği de onun bireysel memur üzerindeki bağlayıcı etkisinden önce memurun geniş keyfi güçlerden yararlandığı bir dönemin olmasıyla açıkça görülür. *Praetorun* kendi buyruğuyla bağlanması gerekliliği ilkesi imparatorluk dönemine kadar hukuk kuralına dönüşmedi; ve yasanın papalık tarafından esoterik bir teknik kurallar topluluğuna dayalı olarak ortaya çıkarıldığını ve ve pretör'ün *iudex*'e olan emrinin başlangıçta oldukça irrasyonel olduğunu varsaymalıyız. Kanunun yasalaşması ve yayımlanması için, hem gizli yasaya hem de magistratın gücüne olan muhalefetlerinin sonucu olarak *pleplerin* talebini açıklamak adettendir.

(c) Yasa bulmanın yasa icrasından ayrılması çoğunluk Alman cemiyetlerinin *(Genossenschaften)* özel gücünün kay nağı ile birlikte Alman hukukunun özel karakteri olarak dü şünülür. Yine de gerçekte bu Alman niteliği değildir. Alma belediye meclis üyeleri heyeti salt eski karizmatik kahinleri yerini aldı. Alman hukuki gelişiminin benzersiz özelliği dah ziyade bu ayrımın sürmesinde, teknik olarak işlenme şeklind ve Alman hukukunun diğer belli önemli özellikleri ile ola bağlantılarında bulunabilir. Bunlardan sözde *Umstand'ın*[65] sü rekli önemi özellikle ifade edilmelidir. Bu, hukuk topluluğunu hukuk *honoratioresi* olmayan, "yasa bulucular" tarafından bi lunmuş olan hükmün onaylanması için oybirliğiyle uzlaşmı ları zorunlu olan, ve her biri *Urteilsschelte* yoluyla, önerilen hükümlere meydan okuyabilen üyelerinin yargılama sürecin katılımıydı. Müşterek oybirliği yoluyla yargılamaya katılma o gusu Alman yargılama yönteminin alanı dışında bulunabili Bu uygulamanın öğelerinin, Homer'in Achilles'in[67] kalkan üzerinde tasvir edilen bir duruşma tanımını ya da Jeremiah'ı [Jer. 26: 7-24] bir duruşmasını ya da başka bir yeri içerdiği var sayımı haklı olabilir. Yine de her özgür kişinin yasa bulucu ların kararına meydan okuma hakkı yani sözde *Urteilsschel* Alman hukukuna özgü bir özelliktir. Ancak bunu hiçbir su rette çok eskiye, ilkel Germen geleneğine yerleşmiş olarak gö meye gerek yoktur. Bu daha ziyade, büyük ölçüde askeri nite likteki özel gelişmelerin ürünü olarak görünmektedir.

(1) Norm olarak geçerli olması gerekenin ne olduğuyla i gili düşünceyi sekülerleştiren ve onun büyüsel olarak güvenc altına alınmış geleneklerden kurtulmasına yardımcı olan e önemli unsurlar arasında savaş ve onun ortadan kalkmış etkile

vardı. Her ne kadar savaşçı fatih lider önemli durumlarda ordunun özgür rızası olmadan *imperium*'u uygulayamaz olsa da, bu kaçınılmaz olarak çok yaygındı. Bu imperium'un, barış zamanı sadece vahye dayalı normlar tarafından düzenlenebilen fakat savaş zamanı yeni normların uzlaşılmış ya da dayatılmış kanunlar tarafından oluşturulmasını gerektiren koşulların düzenlemesine yönelik olması durumun doğasında vardı. Savaş lordu ve ordu tutuklular, ganimet ve özellikle fethedilmiş toprak üzerinde tasarrufta bulunuyordu. Böylelikle yeni bireysel haklar ve bazı koşullar altında yeni bir hukuk oluşturdular. Diğer taraftan, savaş lordu, hem ortak güvenlik için hem de disiplin ihlallerini ve iç düzensizliğe teşviki önlemek için, bir "yargıcın" barış zamanı sahip olduğundan daha kapsamlı güçlere sahip olmak zorundaydı. Bu koşullar geleneğe karşı *imperium*'un artması için tek başına yeterli olurdu. Fakat savaş aynı zamanda mevcut ekonomik ve sosyal düzeni de aksatır; öyle ki alışılmış şeylerin kesinlikle kutsal olmadığı herkes için açık hale gelir. Bundan savaşın ve savaşçı yayılmanın tarihi gelişmenin tüm dönemlerinde çoğunlukla hem eski hem yeni hukukun sistematik sabitlenmesi ile bağlantılı olduğu sonucu çıkar. Yine, iç ve dış düşmanlara karşı ivedi güvenlik ihtiyacı yasa yapma ve yasa bulmanın gittikçe rasyonelleşmesine sebep olur. Hepsinden önemlisi, hukuk prosedürüne rehberlik ve başkanlık eden bu çeşitli sosyal unsurlar birbirleri ile yeni ilişkilere başlar. Eğer siyasal birlik savaş ve savaş hazırlıkları yüzünden daimi bir askeri nitelik kazanırsa böyle bir ordu, üyeleri arasındaki çekişmelerin halledilmesi ve sonuç olarak yasanın gelişmesi üzerindeki kesin etkisini arttırır. Yaşın ve kısmen büyünün saygınlığı azalma eğilimi gösterir. Fakat savaş

lordunun, kutsal geleneğin seküler ve ruhani koruyucuların ve geleneğin baskısından görece özgür olacak askeri bir to luluğun yeni yasayı yapmasına katılma taleplerinin nasıl d zenleneceği problemleri için çok farklı çözümler bulunabil

Bu açıdan, askeri örgütlenme türü oldukça önemli bir fa tördür. Bölgenin Germenlere özgü şeyi ve tüm siyasal topl luğun *gemot*'u *(Landesgemeinde)* silah taşıyabilen ve son olarak toprağın sahibi olan erkeklerin meclisleriydi. Benz şekilde, Roma *populus*'u taktik birimlerinde toplanmış mi sahiplerinden oluşuyordu. Germen kabilelerinin göçü su sındaki büyük karışıklıklar sırasında, Germen siyasal topl luklarının meclisleri, savaş lorduna karşı olarak, yeni yasan oluşumuna katılma hakkını benimsemiş görünür. Sohm' yasalaşmış kanunların hepsinin Kral'ın yasası olduğu görü tümüyle ihtimal dışıdır.[68] Aslında, *imperium*'un taşıyıcısın yasa yapmanın bu türünde etkin rol oynadığı görülmez. Da yerleşik halklar arasında, karizmatik meşru bilgenin gücü k zulmadan devam etti; askeri göçebelikleri sırasında yeni d rumlarla karşılaşanlar, özellikle Frenkler ve Langobard arasında, savaşçı sınıfın gücünün anlamı arttı. Kanunun y salaşmasında ve yargı kararlarının biçimlenmesine etkin kesin katılım hakkını talep ettiler ve uyguladılar.

Diğer yandan, erken Orta Çağ Avrupa'sında, Hristiyan k lisesi, piskoposuk gücünün örneğiyle, her yerde prenslerin h kuk yönetimine ve yasamaya müdahalesini güçlü biçimde t vik etti. Aslında, kilise bu müdahaleyi çoğunlukla, öğretti ahlak kurallarının çıkarları ile beraber kendi çıkarları için körükledi. Frenk krallarının katedral danışma kurulları s yar yargıçların[69] yarı-teokratik mahkemeleriyle aynı yönte

gelişti. Rusya'da Hristiyanlığın tanınmasından çok kısa süre sonra, *Russkaya Pravda*'nın ikinci versiyonu yargılamada ve ilk versiyonda eksik olan kanunlaştırmada prensin müdahalesinin kanıtıdır; sonuç, kaynağı prenste[70] olan yeni sabit yasanın kayda değer bir kısmının gelişmesiydi. Batı'da, *imperium*'un bu eğilimi askeri topluluk içindeki karizmatik ve korporatif yargılamanın değişmeyen yapısı ile çatıştı. Buna karşın, piyade ordusundaki [71] disiplinin gelişmesine uygun olarak, Roma *populus*'u sadece *imperium* sahibi tarafından önerileni yani, meşru kanunlar dışında, sadece sermaye davalarında *provocatio*[72] (temyiz hakkı) ile ondan önce verilen kararları kabul ya da reddedebilirdi. Alman *meclisinde* geçerli bir yargı mutlaka izleyicilerin *(Umstand)* [73] onayına gerek duyardı. Diğer yandan Roma *populus*u önce bir magistrat tarafından verilmiş bir ölüm cezasını, lütuf yoluyla, kaldırma yetkisinden başka hiçbir yargılamayla ilgilenmedi. Germen *tarzı* meclisin her üyesinin önerilen *(Urteilsschelte)* karara itiraz hakkı askeri disiplinin derecesini azlığından ötürüydü. Yargılamanın karizmatik niteliği özel bir mesleki grubun seçkin iyeliği değildi, fakat meclis topluluğunun her üyesi her zaman üstün bilgisini açıklayabilir ve onu önerilen yargı kararları üzerinde hakim kılmaya çalışabilirdi. Başlangıç olarak onlar arasındaki bir karara sadece işkence ile sorgulama aracılığıyla, sıklıkla "hatalı" yargılaması yasanın ilahi koruyucularına karşı dinsizlik oluşturan kişi için ceza yaptırımları ile ulaşılabilirdi. Aslında, elbette; bu anlamda, "Tanrı'nın sesi" olan topluluğun onaylama ya da onaylamama mırıltısı her zaman kayda değer bir ağırlık taşırdı. Romalıların katı disiplini birbirleriyle yarışan birtakım magistratların özel inisiyatif *(agere cum popula)* hakkıyla

beraber magistratın dava sırasında rehberlik etme şeklindeki özel hakkında ifadesini buldu.

Yasa bulma ve yasayı uygulama arasındaki Germen dikotomisi adalet yönetiminde bir tür güçler ayrımı oluşturdu; bir diğeri birbirlerine karşı "ara buluculuk yapma" yetkisine sahip birkaç magistratın kesişen güçleri ve bir duruşmada magistrat ile *iudex* arasındaki görevlerin bölünmesi şeklindeki Roma sistemi tarafından temsil edildi. Yargı yönetimindeki güçler ayrımı magistratlar, hukuk *honoratiores*'i ve topluluğun askeri ve siyasal meclisi tarafından da güvence altına alındı. Yasanın ve yönetimin şekilci niteliğinin korunduğu temel buydu.

(2) Yine de, "resmi" otoritelerin yani prensin ve memurlarının *imperium*'unun ya da yasanın resmi koruyucuları olarak rahiplerin gücünün bir yandan karizmatik hukuki bilginin bağımsız taşıyıcılarını ortadan kaldırmayı ve diğer yandan halk meclisi ya da onun temsilcilerinin katılımını başardığı yerde, yasanın gelişimi, göreceğimiz gibi, yasanın resmi yönleri için özel sonuçlar üreten bu teokratik-patrimonyal niteliği çok erken kazandı. Her ne kadar, örneğin Helen demokrasilerinde olduğu gibi, siyasal olarak her şeye gücü yeten bir halk meclisinin, yargılamanın eski hakim ve karizmatik temsilcilerinin tamamen yerine geçtiği ve kendini yasanın bulunmasında ve oluşmasında tek ve en büyük otorite olarak düzenlediği yerde, farklı bir yol gelişmiş olsa da, yasanın resmi nitelikleri üzerindeki etkileri benzerdir. Halk meclisi, yargılamaya katılırken, onun üzerinde en büyük otoriteye sahip olmadığı ama hukuki bilginin karizmatik ya da resmi sahipleri tarafından tavsiye edilen kararı kabul ya da reddedebildiği ve kararı bazı özel yollarla, örneğin önerilen yargı kararına itiraz yoluyla,

etkileyebildiği zamanlarda "yasanın halk meclisi *(dinggenossenschaftliche Rechtsfindung)* tarafından bulunması"ndan bahsedeceğiz. Bu durumun örnekleri rasyonel olarak hayli değiştirilmiş yöntemine rağmen Roma askeri topluluğu ile birlikte Germen askeri topluluğudur. Yine de, örnekleri sık olarak, örneğin Togoland Zencileri[74] arasında ya da *Russkaya Pravda'nın*[75] erken Hristiyanlık öncesi versiyonunun Rusları arasında görülen, halk meclisinin yargılamaya katılması salt olgusuyla nitelenmez. Her iki durumda da hükümet görevlilerinin Germen konseyine tekabül eden küçük bir "yargı bulucuları" topluluğunu – Ruslar arasında on iki – bulabiliriz. Togoland yerlileri arasında bu topluluğun üyeleri akraba ya da komşu gruplarının yaşlıları arasından alınır ve daha genel olarak yargı bulucuları konseyinin kökeni için benzer bir temel varsayabiliriz. Russkaya Pravda'da prens önce hiçbir surette katılımda bulunmuyordu; yine de, Togoland Zencileri arasında, müzakerelere başkanlık eder ve yargıya prens ve yaşlılar arasındaki ortak ve gizli istişareyle ulaşılır. Yine de, hiçbirinde halkın katılımı kararın bulunması sürecine herhangi bir karizmatik nitelik katmaz. Halk katılımının bu niteliğe sahip olduğu durumlar nadiren Afrika'da ve başka yerlerde görünür.

(3) Topluluğun *Umstand* biçiminde katılımda bulunduğu yerde, yasanın ve yasa bulmanın formel niteliği geniş ölçüde korundu çünkü yasa bulma yasanın kendileri için etkili olduğu, yani yasanın hizmet etmekten ziyade egemen olmuş gibi göründüğü kişilerin tuhaf ve duygusal ifadesinden ziyade hukuk bilgesinin ilhamının ürünüdür. Diğer yandan, bilgenin karizması, diğer tüm gerçek karizmalar gibi, kendini, ikna edici ve inandırıcı gücüyle "kanıtlamak" zorundadır. Dolaylı olarak, hukuk

topluluğunun üyelerinin adalet duygusu ve günlük deneyimi böylece fazlasıyla hissedilebilir. Formel olarak, burada yasa "avukatların yasası" olarak kalır; çünkü özel uzman bilgi ve yeteneği olmadan rasyonel bir kural biçimini alamaz. Bununla birlikte, içeriğiyle ilgili olduğu kadar, aynı zamanda "halk yasasıdır".

"Hukuk atasözleri" kurumunun kaynağı muhtemelen adaletin halk meclisi tarafından yönetimi dönemine atfedilebilir. Yine de, eğer terimi gücün hukuki karizmanın otoritesi ile halk ve askeri topluluk tarafından onaylanma arasında bölünmesinin birkaç muhtemel yolunun özel bir türü ve kesin anlamında kullanırsak, halk meclisinin evrensel bir olgu olmadığının fark edilmesi gerekir. Bu gibi hukuk atasözlerinin özelliği genellikle formel yasal normların somut ve gözde bir nedenle birleşmesidir; örneğin şöyle söylenebilir: " İnancını bıraktığın yer, onu yeniden aramak zorunda olduğun yerdir. " ya da " El eli desteklemelidir. " [bkz. kısım i:5, n. 26]. Bunlar, hukukun, bir yandan hem topluluğun katılımından hem de onun yasayla ilgili olarak sahip olduğu görece önemli bilgiden doğan popüler niteliğinden kaynaklandı. Diğer yandan, hukuk atasözleri ya uzman ya da ilgili gözlemciler olarak sıklıkla yinelenen kararların genel niteliklerini düşünen kişiler tarafından formüle edilmiş bazı ilkelerden de kaynaklandı. Hukuk kahinlerinin bu üslupta pek çok ilke üretmek zorunda olduğu kesindir. Kısaca, hukuk atasözleri sloganlar olarak açıklanmış parça parça hukuk önermeleridir.

7. Hukuk Uzmanlarının Rolü

Ancak, kararlara bilinçli olarak uygulanmış bir ilkeler kompleksini oluşturan formel olarak ayrıntılandırılmış hukuk

eğitimli uzmanların kesin işbirliği olmadan kesinlikle oluşmadı. Onların farklı kategorilerini çoktan öğrendik. Yargıyla ilgilenen "yasa uygulayıcıları" tabakası, resmi adalet yönetimine ek olarak, hukuk *honoratiores'i*, yani, *lag sagas, rachimburgi, Schöffen* ve ara sıra rahipleri içerir. Adalet yönetimi gittikçe daha fazla deneyim ve sonuç olarak uzmanlaşmış bilgi gerektirdiği için, yasanın biçimlenmesindeki etkisi "hukuki icat" yoluyla çoğunlukla önemli olan özel dava vekilleri ve savcıları başka bir kategori olarak buluruz. Bu grubun geliştiği şartlar aşağıda daha ayrıntılı olarak tartışılacaktır [bir sonraki bölümde]. Uzmanlaşmış hukuk bilgisine artan ihtiyaç profesyonel avukatı ortaya çıkardı. Deneyim ve uzmanlaşmış bilgiye olan bu artan talep ve bağlı uyaranlar nerdeyse her zaman ticaretin artan öneminden ve ona katılımda bulunanlardan geldi. Bu şekilde oluşan, yeni problemlerin çözümü için, uzmanlaşmış yani rasyonel eğitim kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. İlgilendiğimiz nokta yasanın "rasyonelleşmesinin" yolları ve sonuçları, yani bugün onun niteliği olan bu yargısal özelliklerin gelişmesi üzerinde toplanır. Yasa topluluğunun çeşitli yollarla ve her zaman onun "yargısal" niteliğinin gelişmesi yönünde olmadan rasyonalize edilebildiğini göreceğiz. Yine de, bu hukuki niteliklerin geliştiği yön doğrudan "iç hukuki" koşullar tarafından belirlenir: Mesleğinin gücüyle yasanın oluşum yollarını etkileme konumunda olan bireylerin özel niteliği. Yine de, bu gelişme genel ekonomik ve sosyal koşullar tarafından sadece dolaylı olarak etkilendi. Hukuk eğitiminin egemen türü; yani, yasanın uygulayıcılarının eğitim biçimi diğer unsurlardan daha önemli olmuştur.

NOTLAR

1. Gelenek hukukuyla ilgili Alman Pandecrist doktrinin klas formülasyonu PUCHTA tarafından yapılmıştır. DAS GEWOHN HEITSRECHT, 2. Cilt (1828 / 37); modern bir kısa değerlendirme için bkz. I ENNECCERUS, ALLGEMENIER TEIL (1928) 31, 64, 79; ayrı bakın MAINE (1861) b. I; J. C. GRAY, NATURE AND SOURCES O LAW (2. Basım 1927), b. XII; Vinogradoff, The Problem of Custor COLLECTED PAPERS, II, 410; ayrıca, daha ziyade teamül hukukun geleneklerin hukuki geçerliliğinin farklı testlerinin tartışıldığı ALLE (5. Baskı 1951), i ve ii. bölümler.

2. E. Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrtum (1883)*, 66 ARCHI FÜR DIE CIVILISTISCHE PRAXIS, 323; O. GIERKE, PRIVATRECH I, 1569.

3. E. LAMBERT, LA FONCTION DU DROIT CIVIL COMPAI (1903), 172, 216; EHRLICH, 436; ayrıca bkz. GRAY a. g. e. yukarıda n. 297'de. Hem Lambert hem de Ehrlich geleneğin kökeninin VOLKSRI CHT'de değil, ağırlıklı olarak JURISTENRECHT'te bulunduğunu öı sürdüler. Ama özellikle, (Lambert'in) tezleri geleneğin, ancak gelene kullananlar açıkça mahkemelerin yargıçların şart koştuğu davran biçiminden ayrılmayacağına ikna olduğunda tesis edildiği ve bu k rallara aynı yolla adapte olmanın, kişinin yasama organı tarafınd şart koşulan kurallara kendini alıştırmak zorunda olmasından dola daha iyi olduğu şeklindeydi. Bu gelenek görüşü, geleneğin huku ve yasal onay almadan önce öncelikle ve her şeyden çok *consens utentium'dan* doğduğu argümanına sahip olan Historical School'u tabutuna bir çivi daha çakmak anlamına geliyordu. Ehrlich her kadar hakimlerin oluşturduğu yasanın yaratıcı temsilciliği üzerin güçlü biçimde ısrar etse de Lambert'ten daha az radikaldi. *Rechtssat* yani karar için kurallar ve *Rechtsverhaltnisse* yani mülkiyet, aile gibi toplumda fiili olarak var olan yasal düzenlemeler arasında ayrı yaptı. *Rechtsverhaltnisse'den* bahsederken yargıcın işlevi daha az özgü ve daha sınırlı olabilirdi; zira yargıç her zaman toplumda var olan öı

düzenlemelere ve teamüllere dikkat etmek zorundadır; ama Ehrlich'e göre yasal kanun yapma süreci hala açıkça fark edilebilirdi.

4. Yasanın kaynağı olarak *consuetudo* hakkında ortaçağ doktrinleri üzerine, bkz.

BRIE LEHRE VOM GEWOHNHEITSRECHT (1899), §§12 ve sonra gelen sayfalar; ENGELMANN (1938) 81; İngiltere için bkz. POLLOCK AND MATTLAND 183; ALLEN; HOLDSWORTH, III, 167-170.

5. Bu çekişmeyle ilgili bir tartışma için, bkz. MITTEIS, REICHSRECHT (1891); JOLOWICZ, 66-71.

6. Bkz. I POLLOCK AND MAITLAND 107, 184, 186, 220, 222; HOLDSWORTH I, 1-20; II, 3-21; 206-207; ALLEN, 86-88.

7. Bkz. *yukarıda* n. Ayrıca bkz. SAVINGNY, GESCHICHTE DES ROMISCHEN RECHTS IM MITTELALTER (2. Baskı 1850) özellikle. I , 115, 178.

8. İcma - İslam hukukunda Kuran'da ve peygamberin söylediği diğer sözlerde (hadis) açıklandığı gibi Peygamberin sözüne ek olarak yasa oluşturmada zorunlu tutulan alimlerin onayı.

9. Historical School üzerine, bkz. STONE tarafından yapılan tüm değerlendirme, 421.

10. K. KNIES, DIE POLITISCHE OEKONOMIE VOM GESCHICHTLICHEN STANDPUNKTE (1883). Ayrıca bkz. WEBER'e ait Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen nationalökonomie, SCHMOLLERS JAHRBÜCHER (1903, 1905, 1906), tekrar basım GAzW, 1-145.

11. Zadruga (aksan ilk hece üzerinde) çok geniş ölçüde yaygın ev topluluğu olgusunun güney Slav çeşididir (Bkz. PEAKE, Village Community, 15 ENCYC. SCI. 253, 256). TROYANOVITCH, MANNERS AND CUSTOMS IN SERBIA, editör Stead, Londra 1909 b. xii' e göre, baba soylu temel üzerinde örgütlenmiş, büyük bir evde oturan ve genelde onun arazisine, çiftlik hayvanlarına ve parasına sahip olan geniş bir aile ya da klandır. Bu *zadrugalar* çeşitli kuşaklar boyunca bölünme olmadan, çoğunlukla 100 kişiyi kapsayarak sürdü. Bir yaşlı *(stareshina)*

tarafından, genellikle işi farklı üyeler arasında paylaştıran, ailenin o riteyi uygulama yeteneği olan en yaşlı üyesi tarafından yönetilirdi. *zadruga* dağıldığında birikimler üyeler arasında eşit olarak bölün ama toprak sadece erkekler arasında dağıtılırdı.

Zadruga, "ilkel" komün mülkiyeti, Marxist teorisinin kanıtı ya geleceğin komünist toplumuna bir model olarak göründü (S. Marko 10 ENCYC. SOC. SCI. 144). Özellikle *zadruga* sosyal düzenlemes aracı olarak devlet yasasının gereksizliğini ve etkili olmayışının başl örneği olarak görüldü. Bu fikir, Bogisic tarafından, Ehrlich'in Gü Slav yasasını araştırmasındaki kullanımından doğmuş görünür (B Demelic, *Le droit coutumier des Slaves méridionaux d'après les recher de v. Bogišić*, 6 REV. LEGISL. ANCIENNE ET MODERNE (1876) 2 Ehrlich'teki ünlü pasaj şöyledir:

" *Bogišić*'in araştırması içinde Avusturya Medeni Hukukunun lında iyi bilinen Güney Slav aile topluluğuna etki ettiği alandaki t Güneyli Slavlar arasında Zadruga vardır; bu Medeni Hukuka taman yabancıdır ve onun ilkeleriyle kesinlikle uyuşmazdır. " Weber tarafın benimsenen bu önerme yine de kabul edilebilir değildir.

Önceki Avusturya- Macaristan monarşisinde Macaristan'ın y özerk kısmı olan Hırvatistan- Slavonya Krallığı, *zadruganın* gerçekleşme alanını oluşturuyordu. 1811 Avusturya Medeni Huku orada 1852'de tanındı (29 Kasım 1852 Yasası, Avusturya REICHS-G SETZ-BLATT 1852, No. 246). Hukuk'un Hırvatistan- Slovanya ya olarak uygulanması sırasında, Avusturya Adalet Bakanının 18 Ni 1853 Kararnamesi (R. G. Bl. 1853, No. 65) tapuların kaydının Avustu sisteminin tanınmasını sağladı. Bu kararnamenin 29. bölümü açı topraklara "ev komünyonu" tarafından sahip olunması durumu bir tek bireyden ziyade böyle bir ailenin sahip olarak kaydedilme sağladı. Bu kararname *zadruganın* resmi yasa tarafından açık ona oluşturdu. Avusturya yasası tarafından kurulmuş bir gelenek Avust ya'nın Militar- Granze olarak anılan bölgelere hakimiyetinin başla cından beri sürdü (Askeri Sınır Bölgesi yani Türk sınırına bitişik bö). *Zadrugadan Militar- Granze* tarafından oluşturuluş 1754 kanunu

...ıkça bahsedildi (*Militar – Grentz – Recht für das Carlstadter und Varasdiner Generalat, 4. Kısım ss 37; ayrıca bkn Grenz- Grundgesetz 1807; Gr. M. STOPFER, ERLAUTERUNGEN DER GRUNDGESETZE FÜR DIE CARLSTADTER I, VARASDINER, BANAT, SLAVONISCHE UND ROTTISCHE MILITARGRENZE [Viyana, 1830]; ayrıca bkz. VANICEK, GESCHICHTE DER MILITARGRENZE, 4 Cilt [1875]; HOSTINEK, DIE KROAT. MILITARGRENZE, 2 cilt [1861]).*

1850 Temel Yasası (*Kaiserl. Patent v. 7. Mai, 1850, R. G. Bl. 11850, s. 243)* açıkça "Sınır nüfusunun patriarkal hayatının yasanın koruması ...na alındığını" belirtiyordu. (s. 31); bu ilkeye uygun olarak, "aile ...ninin içsel yapısını ve onların dışarıdakilerle ilişkilerini açıklamak ...n kapsamlı hükümler dizisi kuruldu. (s. 16, 22, 27, 33-45). Aile şefinin *...ruga* üyeleri üzerindeki disiplin yetkileri ve köy otoriteleri yine açıkça ...daki 1870 Hırvat Kanunu tarafından onaylandı ve düzenlendi (*bkz. ...ermann, legislation autonome de la Crotiae [1876], 8 REV. DR. INTL. ...EGISL. COMP. 215, 266).* Avusturya'da uygun *zadruga* sadece küçük ...nte Carnioia bölgesinde vardı. Oradaki hukuki uygulama da *zadruga* ...aklarını bireyler tarafından değil, aileler tarafından sahiplenilmiş ...ak değerlendirdi. Hırvatistan – Slavonya dahil, resmi Avusturya ...sı bu nedenle *zadrugaya* düşman olmaktan uzaktı. *Zadruganın* ...gu açıdan Avusturya Medeni Hukukunun hükümlerinin herhangi ...yle uyumsuz olduğunu görmek de zordu. Tüm modern kanunlar ...n Avusturya kanunu işlerini kendi isteklerine göre düzenlemesi için ...ı taraflara açık yer bırakır. Anlaşmalar üzerine kuralların çoğun...u sadece taraflar kendi düzenlemelerini yapmada başarısız olduğu ...rtıyla uygulanan geçici yasalardır (*ius dispositivum).* Gayri menkul ...lenlerin mirasları hakkındaki kuralları öyle formüle edilir ki ortak ...ulığın çeşitli biçimlerine kolayca adapte edilebilirler. Bu nedenle *...ruganın* yasal düzenlemenin etkisizliği için bir örnek olarak nasıl ...lanılabileceğini görmek zordur.

Zadruga hakkında daha fazla bilgi için bkz. MAINE, EARLY LAW ...282; WEBER, HISTORY (1950) 12, 47; Y. PERITCH, *Opposition ...een communism and bourgeois democracy as typified in the Serbian*

Zadruga family (1922) 16 ILL. L. REV. 423; S. H. CROSS, *Primiti*
Civilization of the Eastern Slavs (1946) 5 AMERICAN SLAVIC A
EAST-EUROPEAN REV. 50; P. E. MOSELEY, *Adaptation for Survi*
The Varzig Zadruga (1942/ 43) 2 SLAVONIC AND EAST-EUROPE
REV. 147-170; *zadrugaya* ilişkin yeni gelişmeler için bakın M. I
LES PROBLEMES AGRAIRES EN YOUGOSLAVIE (1926) 32, 48, 3

12. İslam hukukunun dört Ortodoks ekolü Hanefi, Şafi, Mali
Hanbelidir; bkz. Schacht 8 ENCYC. SOC. SCI. 344, ve orada alı
lanmamış literatür.

13. Frenk İmparatorluğundaki "kişisel yasalar" sistemi için b
Maitland, *Prologue to a History of English Law* (1907) SELECT
ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY 20; ayrıca b
I BRUNNER, 259; SMITH, 115 sonraki sayfalar; K. SCHRÖDER, D
FRANKEN UND IHR RECHT (1881) 36.

14. İslam'ın en ünlü öğrenme merkezi El-Ezher okuluna gönder
M. S. 988'de Kahire'de bulunur.

15. Weber'in göndermesi 1920'lerdeki Kemalist reformlardan önc
eski Türkiye zamanınadır; bkz. VESEY- FITZGERALD, MUHAMM
DAN LAW (1931) 36 vd.

16. Geleneksel olarak eski Roma'da avukatlar için üç ana t
etkinlik sayılabilir: *Respondere, agere* ve *cavere. Respondere* bir y
maddesinin özellikle hukukçuya *(responsa prudentium)* hitap ed
bir sorunun cevabında sergilenmesiydi; *agere* bir mahkemede müv
kil adına hareket etmekti; *cavere* sözleşmelerin, vasiyetlerin ve di
tutanakların taslağının hazırlanması demekti. "Hukuk danışmanı"
"avukat" (hatip, retör) arasında bir ayrım yapıldı. Sonuncusu hitab
tin yardımcı olmasının beklendiği mahkemelerde, özellikle ağır ce
mahkemelerinde yapılırdı. Hukuki eğitim bir hatip için ne gerekli ne
olağandı. Örneğin Cicero'nun hukuk bilgisi, genelde iyi eğitimli yurtt
ve devlet adamı bilgisini gölgede bırakmış görünmez. Bkz. SCHULT
HISTORY; "Roma yasa fabrikasının nasıl çalıştığıyla ilgili güncel bil
için ayrıca bkz. WORMSER, THE LAW (New York, 1949), b. ix; Web
tarafından yapılan daha fazla tartışma için, bkz. altta böl. iv: 3.

17. *Kautelarjuristen* – İngiliz temlik avukatı ya da modern Amerikan kurum avukatı yeteneklerini entrumanların taslağını hazırlamada özellikle müvekkillerin çıkarlarını korumak ve gelecekteki davaları ngellemek amacıyla yeni maddeler icat etmede kullanan avukatlardır. u terim bu sanattaki 17. Ve 18. Yüzyıl Alman uzmanlarına özel referansla ve aynı zamanda Roma hukuk gelişmesinin erken dönemini nıtmlamak için kullanıldı. (bkz. altta, bl. XI, n. 5).

18. *Weistrum (çoğulu Weistümer)*, İngiltere'nin geleneklerine benzer, özel bir bölgenin, özellikle de bir tımarın hukuk geleneklerinin eplamasıdır. "Karolenjler dönemine kadar geri gidersek, bir malikane örevlisi tarafından mevcut geleneklerde her yıl yapılan bir *inquisito* ygulamasının izlerini sürebiliriz. Böyle toplanan materyaller her yıl öylenir ya da daha sonra yazıya dökülür ve yıllık olarak halkın önünde kunurdu. Bu gelenek feodal toplumlardan özgür köylüler topluluğuna özgür köylere yayıldı." (VON SCHWERIN, DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE [2. Basım 1915], bibliyografi ile).

19. Vladimirski – Budanov, Mikhail Flegontovich, 1838 – 1916, us hukuk tarihçisi hakkında biyografik makale için bkz. 15 ENCYC. OC. SCI. 271; onun Rus Hukuk Tarihi için bkz. (OBZOR ISTORII USSKAGO PRAVA, 1907) 59, 88.

20. İngiliz Yasasında *stare decisis* ilkesinin gelişmesinin en son ve o kapsamlı sunumu için bkz. ALLEN 43, 150vd., 525vd.

21. "Adalet duygusu" ile ilgili güncel tartışmalar için bkn. E. N. AHN, THE SENSE OF INJUSTICE (1949); E. RIEZLER, DAS RECHTSGEFÜHL (ikinci baskı 1946); HOCHE, DAS RECHTSGEFÜHL N JUSTIZ UND POLITIK (1932); H. COING, GRUNDZÜGE DER ECHTSPHILOSOPHIE (1950) 48.

22. Weber'in görüşü tarihi hukuk bilimi ekolünün tüm hukuku er ulusa özgü "ulus ruhu"nun (*Volksgeist)* fışkırması olarak gören bu ilginlerine yönelir, bkz. özellikle SAVIGNY, VOM BERUF UNSERE EIT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHTSWISSENSCHAFT (1814), HAYWARD tarafından çevrildi (ON THE VOCATION OF OUR AGE OR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE, 1831); bkz. STONE 421.

Adalet duygusunun uluslara özgülüğü teorisi Nasyonal- sosyalist tarafından başlatıldı ve onlar tarafından hukuk teorilerinin ten yapılarından biri olarak kullanıldı.

23. İngiltere'de yeni yasanın yasama yoluyla bilinçli oluşum nun yavaş gelişimi üzerine bkz. ALLEN 354, 365 ve sonraki sayfal S. THORNE, INTRODUCTION TO A DISCOURSE UPON TH EXPOSITION AND UNDERSTANDING OF STATUTES, WIT SIR THOMAS EGERTON'S ADDITIONS (1942). 24. Burada Web tarafından açıklanan görüş tipik olarak kıtasal hukuk düşüncesid Amerikan realistlerinin radikal olarak farklı görüşü için, özellik bkz. JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (193 Amerikan yaklaşımının daha realistik bir tanımı için, bkz. EDWAI LEVI; INTRODUCTION TO LEGAL REASONING (1949); ayrıca bl STONE 192; ve altta, böl. viii:2.

25. *Legis actio*'nun şekilci özellikleri için bkz. JOLOWICZ 87, 1 WENGER 123; ENGELMANN AND MILLAR 269, 281; 2 JHERIN 496-695. Ortaçağ prosedüründe şekilcilik için bkz. , Brunner, W *und Form im altfranzösischen Prozess* in SITZUNGSBER. DER AKA DER WISS. ZU WIEN, PHIL- HIST. CLASSE LVII (1867), 655; E GELMANN AND MILLAR 174, 386, 649; O. V. ZALLINGER, WESI UND URSPRUNG DES FORMALISMUS IM ALTDEUTSCHEN PI VATRECHST (1898); SCHROEDER §§ 13, 25, 37, 63. Ayrıca bkz. al böl. iv: 1 ve n. 4 (*fautes volent exploits).*

26. Bkz. *yukarıda* bölüm i:5.

27. Klasik Roma hukukunda *negotia stricti iuris* ve *negotia bon fidei* arasında bir ayrım yapıldı. İlkinde borçlu söz verdiğini tam olar yapmak zorundaydı, ne eksik ne de fazla. Başlıca örnek yasal *stipulatio'n* formüle edilmiş sözüydü. Sonraki gelişmenin ürünü olan ikincisin borçlu özellikle yerel olarak ya da ticaret geleneği açısından iyi ni ve dürüst iş yapmanın gerektirdiği her şeyi yapmak zorundaydı. Bl SOHM, 367; JÖRS AND KUNKEL 165 (bibliyografyayla); ayrıca bl SCHULZ, PRINCIPLES 223 ve sonraki sayfalar.

28. Germen yasaları tarihçileri arasında kanıt sunma ve ona modern kanıt " sorumluluğu" ile karşı çıkma hakkından söz etmek gelenek haline geldi. Bkz. 2 BRUNNER, RECHTSGESCHICHTE §105; SCHROEDER 84; AMIRA, 130, 161; MAURER, GESCHICHTE DES ALTGERMANISCHEN GERICHTSVERFAHRENS (1824); ayrıca bakın I POLLOCK AND MAITLAND 39; 2 HOLDSWORTH 107, 112. İngiltere'de davalının hakkı yeminli şahitlerle davasını kanıtlama eyleminin daha eski biçimlerinde en azından resmi olarak 3 ve 4 numaralı kanun tarafından resmen iptaline kadar sürdü. William 4 b. 42, bölüm 13 (1833). Genelde eski yöntemdeki kanıt için, bkz. Declareuil, *Preuves judiciaires dans le droit franc* (1898) 22 NOUVELLE REVUE HISTORIQUE DE DROIT 220.

29. "*Lag saga*" yasaların bazen şiir biçiminde, ezbere okunmasıydı; bu periyodik olarak İskandinavya ve İzlanda'nın halk meclislerinde devam ettirildi. Aynı kelime yasayı böyle ezberden okuyan kişiye uygulanır. Bkz. BRYCE, 327; bkz *altta* n. 57.

30. 1166'da Assize of Novel Disseisin'de tesis edilmiş *Assize of Clarendon* için bkz. POLLOCK AND MAITLAND 145- 147; PLUCKNETT 339-342; ayrıca bkz. JOUON DES LONGRAIS, LA SAISINE (1925) ve aynı yazardan *La porte politique des reformes d'Henri* II (1936) REVUE HISTORIQUE DE DROIT 540.

31. "Gerçek eylemler" toprağın ıslahı için getirilmiş bu gelenek hukuku eylemleriydi. Kullanışsız ve birçok gecikmeye (*essoins)* tabilerdi ve tahliye eylemi onların yerini geniş ölçüde aldığında, on altıncı yüzyılda kullanılmaz hale gelmişlerdi. Bkz. MAITLAND, FORMS 7; PLUCKNETT 33337, 354.

32. Göndermede bulunulan zorlamanın formu *peine forte et duredir.* İlk kez Westminster Kanunuyla (1275) jüri tarafından yapılan duruşmaya boyun eğmeyi reddeden suçlulara dayatıldı. On altıncı yüzyılda, *peine* işkencenin bir şekli haline geldi: Sanık iki levha arasına konulur ve jüri tarafından duruşmayı ve sonunda boyun eğmeyi kabul edene kadar üzerine ağırlık yığılırdı.

33. Baskı sadece suçluların davasında kullanıldı. Jüri duruşm kısa zamanda sivil davalardaki normal duruşma türü haline gel Özellikle bkz. PLUCKNETT 125; BRUNNER, SCHWURGERICH (1876); HOLTZENDORFF'S RECHTSLEXION 559, yeniden bas I ABHANDLUNGEN ZUR RECHTSGESCHICHTE (1931) 82. Jürinin kökenleri ile ilgili klasik çalışma BRUNNER, ENTSTEHU DER SCHWURGERICHTE (1872) dir; kapsamlı bir sunum için bk POLLOCK AND MAITLAND 138; I HOLDSWORTH 298; THAY THE JURY ANS ITS DEVELOPMENT (1892) 5 HARV. L. REV. 2 ayrıca bkz. RADIN, 204.

35. Lord Mansfield ile ilgili olarak bkz. 12 HOLDSWORTH 464-5 ayrıca C. H. S. FIFOOT, LORD MANSFIELD (1936), özellikle 82-1

36. Altta böl. IV:3 ve n. 39.

37. Bkz. Bu konuda Jerome Frank'a ait LAW AND THE MODE MIND b. XVI ve App. 5'deki fikirleri, ayrıca COURTS ON TRI (1949)'deki görüşleri b. VIII.

38. Erken (yani, Roma hukukunun kabulünden önce) Alm prosedürünün şartlı ya da kanıtlı yargılaması sadece hangi iddialar davalarla ilgili olarak belirleyici olduğuna, dolayısıyla hangi iddialar kanıtlanması gerektiğine ve hangi tarafların kanıtları sunacağına rar veriyordu. Yetersiz kanıtla, yargılama otomatik olarak diğer tar geçiyordu. Diğer bir deyişle, " kanıttaki başarının ya da başarısızlı yasal sonuçları açık ifade gerektirmiyordu: Kanıtlı- yargılamanın do bu sonuç üzerinde en küçük bir şüphe bırakmaz nitelikteydi (ENG MANN AND MILLAR 143-144). Bu tür yargılama, davacının iddias kesin olarak oluşturmaya ve böylece dava yargılamasında otorit kendi iddiasını uygulamaya zorlamaya çalıştığı Roma prosedürün ayrılıyordu. Germen sisteminde iddia ve onun uygulanması, sen açık bırakılıyordu ve davalı, davacının kanıtına karşı başarısız olm durumunda, yargılamanın kendisi değil, ama mahkeme tarafın yöneltilen kanıtların sonuçlarını kabul etme girişimi nedeniyle il etmek zorundaydı. ENGELMANN AND MILLER *age.*.

Metninde Weber şöyle devam eder: "bir tarafın erteleme yemini etmekle suçlandığı bu davalardaki mevcut uygulamamızla yakın benzerlik içinde." Referans Alman Hukuk Usulü Kanununun 1877 orijinal versiyonundaki 445-463. bölümlerinedir. Bu hükümlere göre kanıt yükümlülüğü taşıyan ve aksi durumda diğerinin bilgisi içerisinde somut bir olgu ortaya koyamayan taraf öncekinin iddialarının doğru olmadığına yemin ederek sonrakine meydan okuyabilirdi. Böyle durumlarda mahkeme şartlı nihai bir karar verirdi. Bu durumda karar eğer yemin ederse meydan okunan, ama yemin edilmezse meydan okuyan taraf lehine çıkardı. Bir ya da diğer seçenek doğrudan doğruya yemin teklip edilmediğine dayanarak yürülüğe girerdi. Bu yöntem türü 27 Ekim 1933 Yasasıyla kaldırıldı (R. G. Bl. 1933 I 779, 781).

39. Weber tarafından çizilen benzerlik önce bir yandan Roma *litis contestatio*'su ve diğer yandan Alman *Urteilserfüllungsgelöbnis*'i arasındadır. Aralarındaki benzerlik her ikisinin de verilen karara uymak üzere taraflar arasında, adeta, anlaşmalar oluşturmasıdır. İkinci benzerlik Roma *litis contestatio*'su ve İngiltere'de de jüriyle yapılan duruşmalar zamanın işkence ile sorgulama ya da düello ile duruşma gibi diğer türleri kendi yer değiştirene kadar var olan Alman şartlı ya da kanıtlı yargısı (bkz. yukarıda not 38) arasındaki benzerlik olarak görünür.

40. Bkz. altta bölüm IX: 1 ve bölüm X:3.

41. *Palaver* – "Bir konuşma, toplantı, tartışma; en çok Afrikalı ya da uygarlaşmamış diğer yerliler ve tüccar ya da gezginler arasındaki çok konuşma yapılan müzakerelere uygulanmıştır." OXFORD ENGLISH DICTIONARY (1933) 390; bkz. LETOURNEAU, L'EVOLUTION JURIDIQUE (1891) 78, 89.

42. W. MUNZINGER, OSTAFRIKANISCHE STUDEN (1864) 478.

43. Bkz. A. ELKIN, THE AUSTRALIAN ABORIGINES (1938) 8, 31, 36-37, 102; ve orada alıntı yapılan literatür; SPENCER, THE ARUNTA (1927) I, 11-13.

44. Hans Christian Monrad, *Gemalde der Küste von Guinea und seiner Einwohner derselben.* Danca'dan H. E. Wolf tarafından çevrildi, 1804 (1805- 1809 arasındaki bir yolculuğu tanımlar). (w)

45. M. J. HERS KOVITS, DAHOMEY, AN ANCIENT WEST AFRICAN KINGDOM (1938) II, 5-16; R. RATTRAY, ASHANTI LAW AND CONSTITUTION (Oxford; 1929); D. WESTERMANN, THE AFRICAN TO-DAY AND TO-MORROW (3. Basım 1949) 72; E. MECK, LAW AND AUTHORITY IN A NIGERIAN TRIBE (19 247 ve sonraki sayfalar.

46. Alman dilinde bu ayrım aynı "Recht" sözcüğünün hem yo hem hak anlamına gelmesi tarafından belirsizleştirildi.

47. İngiliz "Hukukunun" özel bir kraliyet imtiyazı ya da buyeuğu dan modern anlamda bir yasalaşma eylemine doğru yavaş gelişm üzerine, bkz. ALLEN 357; PLUCKNETT, STATUTES AND THEI INTERPRETATION IN THE FIRST HALF ON THE 14TH CENTU (1922); THORNE *age. yukarıda* not 23; Richardson ve Sayles; *The Ea Statutes* (1934) 50 L. Q. REV. 201, 540; ayrıca bkz. RADIN 347 ve *sonra sayfalardaki* kısa araştırma.

48. " Örf ve adet hukukunun değişiklik yapılan yasaları zorlu yorumlanır! "

49. Roma magistratlarının kararı halefi üzerinde bağlayıcı değ bu nedenle *pretor'un* hükmü yeni bir *pretor* makamı devraldığın yeniden duyurulmak zorundaydı. Yine de magistratın halk meclisle (*comitia)* onayını istediği (*rogare)* ve aldığı yerde durum farklıydı. durumda resmi olarak eylemi bir *lex* ya da daha özel olarak, *lex roga* rütbesine yükseltildi. Sadece magistrat tarafından ve halk meclisin onayı olmadan bildirilen *lex datadan* ayrılıyordu. Çoğunlukla taş yönetiminin ve yerel yönetimin amaçları ve yasaların acil ihtiyacı am cıyla kullanıldı. Bu, halk meclislerinin yasalaşmayı ne başlatabildiği de tartışabildiği Roma yasama sürecinin niteliğiydi. Kanun taslağı ha meclisi önünde gezici magistrat (*rogatio)* tarafından getirilirdi ve mec sadece onayını (*uti rogas)* ya da reddini açıklardı. Bkz. 3 MOMMSE 310 ve *sonraki sayfalar.*

50. İmparator I. Frederick (Barbarossa), 1152-1190. Roma yu kavramından ilk yararlanan kişinin o olduğunun gerçekten söylenil söylenilemeyeceği şüpheye açıktır. Alman imparatorlarının Roma

sezarların halefleri olduğu iddiası M. S. 800'de Charlemagne tarafından İmparatoruğun yenilenmesinden beri bulunur; bkz. C. DAWSON, THE MAKING OF EUROPE (1935) 214 *ve sonraki sayfalar*; P. KOSCHAKER, EUROPA UND DAS RÖMİSCHE RECHT (1947) 6-54, ve orada alıntılanmış geniş literatür.

I. Frederick özellikle bu iddiada ve İmparatorluğun devam eden yasasını oluşturan, kendi *constitutiones'inin* Antikite'deki atalarının- diler gibi aynı konumu işgal ettiği Roma yasası üzerindeki ısrarında çok açıktı. Bkz. I STOBBE 617.

51. Frenk İmparatorluğunda "yazılı hukukun" kısa bir tanımı için bkz. SMITH 124 *ve sonraki sayfalar.*

52. BLACKSTONE I, 172, 173.

53. *Schöffen* için bkz. BRUNNER I, 209; II, 296-303; ENGELMANN AND MILLAR 98 *ve sonraki sayfalar*, 144 *ve sonraki sayfalar*; SMITH 135, 247 *ve sonraki sayfalar.*

54. İrlanda'nın eski yasaları ve sözde Brehon yasaları için bkz. MAINE, INSTITUTIONS 9, 24, 279 ve sonraki sayfalar; J. H. WIGMORE, PANORAMA OF THE WORLD'S LEGAL SYSTEMS (1936) 669-713 ve 730'da alıntılanmış literatür; E. Macneill, *Law - Celtic* 9 ENCYC. SOC. SCI. 246, 266 (bibliyografi).

55. MAINE 662-669; MACNEILL, *age.* .

56. BRUNNER, RECHTSGESCHICHTE I, 204, 209; II, 295-300, 402, 472; SMITH, 134; ayrıca bakın Haff, *Der germanische Rechtsprecher* (1948) 66 SAV. Z. GERM. 364.

57. İsveç'teki "hukuk sözcüsü" *laghmatherdi*; bkz. E. Künssberg, *Germanic Law* 9 ENCYC. SOC. SCI. 237; v. AMIRA; NORDGERMANISCHES OBLIGATIONENRECHT (1882) 5, 15, 20, 143; ayrıca bkz. WIGMORE *yukarıda age.* not 54, 818'de; BRYCE 328, 329, 332; MAURER, VORLESUNGEN ÜBER ALTNORDISCHE RECHTSGESCHICHTE (1907/10) IV, 263 *ve sonraki sayfalar*, 280; v. AMIRA, *age.* ;

R. Schröder, *Gesetzsprecheramt und Priestertum bei den Germanen* (1883) 4 SAV. Z. GERM. 215, ve oradaki literatür; K. Haff, *Der germanische rechtsprecher als trager der Kontinuitat* (1948) 66 SAV. Z. GERM. 364.

58. Seçilmiş *iudex - âsega-* uygun yasayı bulmak ve onay için topluluğa sunmak zorundaydı. BRUNNER I, 205; SMITH 37; ayrıca bkz. SCHRÖDER 221. (Friz'deki âsega ve Karolenjler dönemindeki diğer Alman bölgelerindeki "hukuk sözcüleri" ile ilgili olarak ayrıca bkz. P. Heck, DIE ALTFRIESISCHE GERICHTSVERFASSUNG (Weimar 1894); *yani* "Die friesische Gerichtsverfassung u. die mittelfriesischen Richtereide", MITT. D. INSTITUTS F. ÖSTERR. GESCHICHTSFORSCHUNG, Suppl. VII (1907), 741 vd. ; yani ÜBERSETZUNGSPROBLEME IM FRÜHEN MITTELALTER (Tübingen 1931), 36-43 ve *birçok yerde.* - [Wi]).

59. Weber "Lex Salica"ya Girişten bahseder. Sadece bahsedilen metnindeki Giriş tarafından ön sözü yazılan Salyan Yasalarının eski türüne daha doğru olarak "Pactus legis Salicae" olarak göndermede bulunulur. Metni şöyledir:

"Frenkler ve onların büyükleri arasında, aralarındaki barış isteğini korumak için tüm çekişme sebeplerinin azaltılması gerektiği kabul edildi ve kararlaştırıldı. Silahlarının gücüyle tüm çevre kabilelere galip geldikçe onlara yasalarının otoritesiyle de galip gelmeleri gerekir. Bu nedenle iyileşme talepleri çekişmenin türüne göre sonlandırılmalıdır. Böylece Visogast, Salegast, Arogast ve Vidogast olarak adlandırılan bir takım adamlar arasından ve Ren nehrinin diğer tarafından yani Bodoheim, Saleheim ve Vidoheim'den seçildi. Üç toplantıda birleştiler, dikkatlice tüm çekişme nedenlerini tartıştılar ve onlardan her biri için karara vardılar. " ("Lex Salica" için önsöz K. A. ECKHARDT, DIE GESETZE DES MEROWINGERREICHES (1935) 481'deki Latince metinden çevrildi).

60. *Capitula legibus addenda - lex Salica* ya da *lex Ribuaria* gibi resmi olarak uydurulan bu halk yasalarını iyileştiren kraliyet eylemleri bkz. BRUNNER I, 543-550; genel olarak Frenk yönetmelikleri üzerine bkz. POLLOCK AND MAITLAND I, 16.

61. P. CARUS, ORACLE OF YAHVEH (1911) 22-26, 32; S. A. STRONG, ON SOME ORACLES TO ESRHADDON AND ASURBANIPAL (1893).

62. F. W. H. Myers, *Greek Oracles* (E. ABBOTT, HELLENICA, 1880'de) 425, 453-465; W. HALLIDAY, GREEK DIVINATION (1913), bölüm IV, X; BOUCHE- LECLERQ, HISTOIRE DE LA DIVINATION DANS L'ANTIQUITE (1879) 4 cilt, özellikle bkz. 3. Cilt, 147, 149-152, 156-161.

63. Bkz. CARUS, *age.* 1-21, 33, 35. İsrail ve Mısır'ın karşılaştırması için *age.* 11-12.

64. Thesmothetai kurulunun Atina'da yönetici magistratların (*archontes)* yargı görevlerinin sorumluluklarından bazılarını hafifletme amacıyla oluşturulan hukuki bir kurul olduğu görülür. Bkz. I BONNER AND SMITH, 85.

65. *Umstand* yargı alanının etrafını çeviren ve yargı önerilerine onay veren ya da reddeden halk meclisinin *(thing, gemot)* üyeleridir.

66. *Urteilsschelte* ile ilgili olarak bkz. BRUNNER II, 471.

67. Bu Homer'in *Iliad*'daki (497-508) ünlü açıklamasıdır; bkz. MAINE, 385 ve 405 – 407'deki "S" notu (F. POLLOCK tarafından), ve özellikle H. J. Wolff, *The Origin* of *Judicial Litigation among the Greeks* (TRADITIO (1946) 34-49, sayfa 82'deki bibliyografya ile.

68. Sohm, *Frankisches Recht und römisches Recht* (1880) I. SAV. Z. GERM. I, 9.

69. Piskoposluk bölgesinin piskopos tarafından yıllık teftişinin kilisede eski bir gelenek olduğu görülür. Frenk İmparatorluğunda bu geleneğe sonraki Merovenjler dönemi boyunca aldırılmadığı görünür. Bu yedinci yüzyılda Karolenjler zamanında canlandırıldı ve genel teftiş dini suçların ortaya çıkarılması ve cezalandırılmasına yönelik özel bir kurum olan sözde seyyar mahkemeden *(Sendgericht)* ayrıldı. Bu her bir cemaatte "olgun, dürüst ve doğru erkekler"*(iuratores)* grubunun piskoposun seyyar yargıcına bildikleri tüm suçları haber vermesinin yeminle istendiği bir soruşturma olarak düşünüldü. Bkz. 5 HINSCHIUS, SYSTEM DES KATHOLISCHEN KIRCHENRECHTS (1895)

425. Dini *Sendgericht*'in kraliyet soruşturmasında bir model olarak rol ve böylece jüri sisteminin gelişmesi ile ilgili olarak, bkz. BRUNNER SCHWURGERICHTE (1876).

70. Weber'in RUSSKAYA PRAVDA'nın ardıl çeşitlerinin varlığı varsayımı Goetz (*Das russische Recht* [1910] 24 Z. F. VGL. RW. 241 [1914] 31 Z. F. VGL. RW. I) ve Kohler'in (*Russkaja Prawda und das altslawische Recht* [1916] 33 Z. F. VGL. RW. 289) yazdıklarına dayanı gözükmektedir. Bu çalışmalar üzerine var olan en eski yazmanın 12 tarihli olduğu ve sonraki baskılara atfedilen daha erken tüm tarihler varsayım olduğuna dikkat çeken en son araştırma (Academy of U. S. R. , PRAVDA RUSSKAYA 1940, I, 29, 55) tarafından şüphe düşürüldü. Anlaşmazlık RUSSKAYA PRAVDA'nın doğasına ilişkin olarak da ortaya çıkar. KLUCHEVSKY'ye (HISTORY OF RUSSIA, çeviri Hogarth [1911], bölüm IX ve X) göre kitap ne soylu bir yasa ne de özel bir hukuk kitabıydı, Kilise tarafından rahip sınıfından olmayan tebaası üzerinde genel bir yargılama uygulamak zorunda olduğunda uygulanmak için üretilen seküler geleneklerin toplamıydı. RUSSKAYA PRAVDA'nın İngilizce bir tercümesi için bkz. VERNADSKY, MEDIEVAL RUSSIAN LAWS (1947).

71. Hoplit Ordusu (Yunanca): ağır silahlı askerlerden oluşan bir ordu. Terim Weber tarafından bir sanat terimi olarak kullanılır.

72. *Provocatio* – idamlık bir suçtan suçlu bulunan Romalı yurttaşın *comitia centuriata'da* toplanmış halka başvurma hakkı. Bkz. JOLOWICZ 320 ve *sonraki sayfalar.*

73. Bkz. BRUNNER I, 204; SMITH 38; ENGELMANN AND MILLAR 96.

74. Bkz. L. Asmis, *Die Stammesrechte der Bezirke Misahöhe, Anecho und Lomeland (Schutzgebiet Togo)* (1911) 26 Z. F. VLG. RW. I.

75. Bkz. *yukarıda* n. 70; bkn. J. Kohler, *Die Russkaja Pravda und das altslawische Recht* (1926) 33 ZEITSSCHRIFT FÜR ÖFFENTLICHES RECHT 289; fakat bkz. *Altta* kısım vi: 1 ve n. 8. 150

IV. HUKUK İLERİ GELENLERİ (HONORATİORES) VE HUKUKİ DÜŞÜNCE TÜRÜ[1]

Profesyonel hukuk eğitiminin ve onun aracılığıyla, özel olarak hukuki düşünce türlerinin gelişmesi için iki ayrı yol mümkündür. İlki bir zanaat olarak hukukta ampirik eğitimden ibarettir; çıraklar gerçek yasal uygulama süresince avukatlardan az ya da çok öğrenir. İkinci olasılığa göre ise hukuk, yasal teori ve bilime önem verildiği, yani hukuki olguların rasyonel ve sistematik olarak ele alındığı özel okullarda öğretilir.

1. Ampirik Hukuk Eğitimi: "Zanaat" olarak Hukuk

İlk türün oldukça saf örneği hukukun hukukçular tarafından öğretilmesi şeklindeki lonca benzeri İngiliz yöntemi ile temsil edilir. Orta Çağ dönemi boyunca avukat ve dava vekili[2] arasında keskin bir ayrım yapıldı. Avukat ihtiyacı halk meclisleri önündeki prosedür özellikleri sebebiyleydi; kraliyet mahkemelerindeki prosedür jüri yargılamasıyla rasyonelleştirmeye başladığında ve kaydın[3] artan açık önemiyle birlikte dava vekili ortaya çıktı. Fransız prosedüründe halk meclisi önünde suçlama ilkesinin katı uygulamasından kaynaklanan sözlü şekilcilik *avant-rulier (avant- parlier)* ihtiyacını doğurdu. Hukuki ilke *fautes volent exploit*[4] ve söylenen sözlerin şekilci

etkisi hukuk mesleğinden olmayan kişiyi, kişinin isteği üzerine yargı bulucular[5] arasından yargıç tarafından ona tahsis edilen ve herkesin önünde davanın ilerlemesi için gerekli kelimeler onun "için ve onun adına söyleyen " *avant-rulier* ya da *prolocutorun* yardımını istemek zorunda kaldı. Bu nedenle şekilci kelimeler davacının kendisi tarafından söylenmediği için davacıya verilen diğer avantajlar arasında yapılabilmiş[6] sözlü hataları "düzeltebilme" avantajı vardı. Başlangıçta avukat mahkemenin önünde davalı tarafın yanında dururdu. Onun konumu bu nedenle davayı hazırlamanın teknik görevlerini ve delillerini elde etmeyi üstlenen dava vekilinin (*avoue, Anwalt, Procurator)* konumundan oldukça farklıydı. Fakat dava vekili bu görevleri prosedür önemli derecede değişiklik geçirene kadar üstlenemedi. Başlangıçta modern anlamda bir dava vekili hiçbir surette mümkün değildi. İngiltere'de ve Fransa'da olduğu gibi kraliyet yasasının gelişmesiyle prosedür temsili mümkün olana kadar tarafların "temsilcisi" olarak işlev görmedi; genel bir kural olarak dava vekilinin böyle temsili bir göreve atanması özel imtiyaza[7] dayalıydı. Avukat bir taraf için hareket etmekle yargı kararlarının gerçekten bulunmasına katılmaktan alıkonmadı; aslında, yargı bulucudan biri olmadıkça bir yargı kararı önermesi mümkün değildi. Yine de yalnızca dava vekili özel olarak tarafın temsilcisi haline geldi. İngiltere'nin kraliyet mahkemelerinde dava vekilleri başlangıçta, neredeyse istisnasız, bu etkinliğin kendisi için temel gelir kaynağı[8] olduğu yazabilen kişiler, yani rahipler arasından seçilirdi. Ama bir yandan dini hizmet uğraşı diğer yandan üst sınıflar arasında hukuk eğitiminin yayılması sadece rahiplerin hukuk mesleğinden aşamalı olarak ihracına yol açmadı, aynı zamanda laik

avukatların avukatlık stajı yapılan dört Hukuk Okulunda örgütlenmesiyle ve hukuki bilgi gerektiren diğer resmi işlerle birlikte hukuki konumlarını tekelleştirmek için kendilerine özgü belirgin hareketler geliştirmeyle de sonuçlandı; aslında avukatlar 15. ve 16. yüzyıl boyunca başarılı oldular. Rasyonel yöntem türlerinin öne geçmesiyle eski *prolocutores* ortadan kalktı. Bununla birlikte, yeni bir hukuk ileri gelenleri (*honoratiores*) aristokrasisi oluştu. Bu aristokrasi danışmanlar, yüksek dava vekilleri ve avukatlardan yani kraliyet mahkemeleri[9] önünde davacıyı temsil etmesi için izin verilen ve davacıyı müdafaa edenlerden oluşuyordu. Aslında, bu yeni tür avukatlık eski "hatipler"in pek çok özelliğini taşıyordu. Bu sıkı bir profesyonel etikete tabiydi. Duruşmada istenilen teknik hizmetlerle ilgisi olduğunu reddediyordu ve sonunda yüz yüze[10] bile görüşmediği tarafla tüm kişisel bağlantısını kaybetti. Davanın idaresi "avukatların" ya da " dava vekillerinin" elinde kaldı, iş adamları sınıfı ne sendika şeklinde örgütlendi ne de sendikanın sağladığı hukuki eğitime sahip oldu; onlar taraflar ve "dava vekili" arasında dava vekilinin mahkeme önünde sunabilmesi için "özet" ya da *status causae* hazırlaması için aracı konumundaydılar. Stajyer dava vekilleri ortak ve kapalı sendika evlerinde umumi usulle birlikte yaşardı. Yargıçlar özellikle onların arasından seçilirdi ve onlarla ortak hayatı paylaşmaya devam ederdi. "Avukatlar" ve "hakimler" kurumsal ve daha sonra oldukça ayrıcalıklı hukuk mesleğinin iki işleviydi; Orta Çağ'da üyeleri büyük ölçüde soylulardan gelirdi ve loncaya giriş izni durmadan artan bir özerklik ölçütüyle düzenlenirdi. Lonca okulundaki öğretimle bağlantılı dört yıllık bir çıraklık dönemi vardı; baroya çağrılma, dava açma yetkisini

verirdi; geri kalanına gelince eğitim tamamen uygulamalıydı. Meslek, özellikle asgari ücretlere, gönüllü ödenen ya da dava konusu edilmeyen tüm ücretlere ilişkin olarak marka ilkesini sürdürmekte ısrar etti. Misafirhane lerdeki dersler sadece üniversitelerle[11] rekabetçi bir savaşın sonucu olarak verilirdi. Tekel elde edilir edilmez, dersler gerilemeye başladı, sonunda tamamen bırakıldı. Bundan sonra, eğitim tamamen ampirik ve uygulamalıydı ve zanaat loncalarındaki gibi belirgin uzmanlaşmaya yol açtı.

Bu tür hukuk eğitimi doğal olarak hukukun örneklere ve örneklerden düzenlenen benzerliklere bağlı şekilci bir biçimde ele alınmasına yol açtı. Yasa topluluğunun bütününün sistematik ve kapsamlı biçimde ele alınışı avukatların zanaatvari uzmanlaşmasıyla engellenmedi; fakat hukuki uygulama rasyonel bir sistemi de hiçbir surette hedeflemiyordu; daha ziyade müvekkillerin tipik olarak tekrarlanan durumlardaki çıkarlarına yönelik pratik olarak kullanışlı bir anlaşma ve eylem taslağını amaçlıyordu. Sonuç Roma hukukunda, yeni durumların önceki dava[12] örneklerine yerleşmesini kolaylaştıran yöntemsel kurgular gibi "pratik hukuk" olarak anılan hukukun bu tür uygulamalı araçlarla birlikte doğuşu oldu. Bu gibi uygulama ve tutumlardan ne rasyonel hukuk sistemi ne de yasanın bu şekilde rasyonelleşmesi doğabildi; çünkü böylece şekillenen kavramlar günlük hayatın somut olaylarına ilişkin olarak düzenlenir, birbirlerinden dışsal ölçütlerle ayrılır ve yeni ihtiyaçlar doğdukça bahsedilen teknikler aracılığıyla kendi alanlarında yayılırlar. Bunlar, somutluktan soyutlanarak ya da anlamın mantıksal yorumuyla ya da genellemeyle ve kapsamayla şekillenen "genel kavramlar" değillerdir; bu kavramlar

mantıksal olarak uygun normlarda kullanılmaya da eğilimli değildirler. Yasal uygulamanın salt ampirik idaresinde ve hukuk eğitiminde her zaman özelden özele gidilir; fakat sonradan onlardan yeni özel durumlar için normlar çıkarabilmek amacıyla özelden genel ifadelere gitmek denenmez. Bu düşünce sözcüğe bağlıdır; bu sözcük alt üst edilir, yorumlanır ve değişen ihtiyaçlara uyması için yayılır; bunun ötesine geçmek zorunda kalındığı ölçüde "benzerliklere" ve teknik kurgulara[13] başvurulur.

İlgili tarafların uygulamalı ihtiyaçları tarafından gereksinim duyulan anlaşmaların ve eylemlerin örneği bir kez yeterli esneklikle kurulduğunda, formel hukuk oldukça eski bir niteliği korur ve en büyük ekonomik dönüşümleri formel değişiklik olmadan devam ettirir. Örneğin başlangıçta köylü kullanma hakkının koşullarına ve Norman döneminin feodal lordluğuna tekabül eden el koyma yasasının eski dava analizi, Amerika'nın Orta Batı'sında[14] teorik bakış açısından gelmiş çoğunlukla gülünç sonuçlarla günümüzdeki dönemin eşiğine dayandı. Hiçbir rasyonel hukuk eğitimi ya da teori daha önce böyle bir durumu doğuramadı. Hukuk eğitiminin avukatların, özelikle de bir lonca tekeli uygulamak için izin veren dava vekillerinin elinde olduğu her yerde ekonomik bir faktör, yani onların maddi çıkarı sadece resmi hukuka istikrar kazandırma ve özellikle ampirik yolla değişen ihtiyaçlara onu adapte etme süreci üzerinde değil, aynı zamanda kanunlaştırma ya da hukuk bilimi yoluyla rasyonelleşmesini engelleme süreci üzerinde de güçlü bir etki uygular. Avukatların maddi çıkarları geleneksel yöntem biçimlerine her müdahaleyle tehdit edilir ve her müdahale sözleşme ve eylem şemasının hem

resmi normlara hem de ilgili tarafların ihtiyaçlarına uyarlan masının özelikle yasal avukatlara bırakıldığı bu durumu teh dit eder. Örneğin İngiliz avukatları hem sistematik ve rasyon türde yasa yapmayı hem de rasyonel hukuk eğitimini önle mede büyük ölçüde başarılıydı; Avrupa üniversitelerinde[15] ol duğu gibi; "avukatlar" ve "hakimler" arasındaki ilişki İngilizc konuşan ülkelerde hala Avrupa'da olduğundan temel olarak farklıdır. Özellikle, yeni yapılan yasaların yorumu avukatla rın arasından çıkan yargıçların elinde bulunuyordu ve hala da öyledir. Bu nedenle İngiliz yasa koyucu her yeni eylemle çoğu zaman olduğu gibi, onun niyetlerine[16] doğrudan karş olan "avukatlar" tarafından yapılan muhtemel "yorumların" her türünü elemek için özel bir uğraş göstermek zorundadır Kısmen doğal olan, kısmen ekonomik düşüncelerin sebep ol duğu ve kısmen de hukuk mesleğinin gelenekçiliğinin sonuc olan bu eğilim çok geniş kapsamlı uygulamalı sonuçlara sa hipti. Örneğin, tapu tescili sisteminin yokluğu ve sonuç olarak rasyonel olarak örgütlenmiş gayri menkul kredisi sisteminin yokluğu, geniş ölçüde tüm arsa tapularındaki belirsizlik nede niyle her alışverişte yapılması gereken bu tapu incelemesi için ödenen ücretlerle ilgili olarak avukatların ekonomik çıkarla rından kaynaklanıyordu. Bunun İngiltere'deki toprak sahipli ğinin dağıtımı ve özellikle, "ortak iş"[17] olarak arazi kiralama nın özel bir şekli üzerinde de derin bir etkisi vardı.

Almanya'da, açıkça tanımlanmış bir statüye ve lonca ör gütlenmesine sahip bu tür bir hukuk mesleği yoktu; uzun bi süre davacının bir avukat tarafından temsil edilme ihtiyacı bil yoktu. Fransa'da durum benzerdi. Halk mahkemeleri önünd prosedürün şekilciliği *prolocutor* kullanımını gerektiriyordu v

bunların görevlerinin düzenlenmesi evrensel olarak gerekli hale geldi; böyle bir düzenlemenin en erken örneği 1330'da Bavyera'da duyuldu. Ama hukuk danışmanının avukattan ayrılması Almanya'da temelde Roma hukukunun yayılması sonucu[18] oldukça erken gerçekleşti. Özel hukuk eğitimi ihtiyacı kendini görece geç hissettirdi ve genellikle Zümre Meclislerinin şikayetleriyle Roma hukuku yönelimli üniversite eğitimi üst sınıfın vasal avukatlarının[19] standardını belirlediğinde oluştu. Güçlü bir lonca örgütlenmesinin doğuşu adalet yönetiminin yetki dağılımı sebebiyle engellendi. Bu nedenle avukatların statüsü mesleki özerklikten[20] ziyade resmi düzenlemeyle belirlendi.

2. Akademik Hukuk Eğitimi: Bir "Bilim" olarak Hukuk - Dini Hukuktaki Kökenler

Üniversitelerdeki modern hukuk eğitimi hukuk eğitiminin ikinci yolunun en saf türünü temsil eder. Sadece hukuk-okulu mezunlarının hukuk uygulamasına izin verildiği yerde, üniversiteler hukuk eğitiminin tekelinden[21] faydalanır. Şu anda bu hukuk uygulamasındaki stajyerlik ve diğer bir sınavla desteklenir; bu şekilde hukuk eğitimi günümüzde her yerde ampirik eğitimle birleşir. Hanseatik şehirler Almanya'da sadece akademik derecenin baroya kabul için yeterli olduğu tek yerlerdi; ama orada bile stajyerlik ihtiyacı son dönemlerde başladı. [22]

Akademik hukuk öğretimi tarafından üretilen hukuki kavramlar en azından prensipte anlamın kesin olarak formel ve rasyonel mantıksal yorumuyla şekillenen ve birbirinden ayrılan soyut normlarının niteliğini taşır. Rasyonel, sistematik nitelikleri, içeriğinin görece küçük oranda somutluğu ile birlikte kolaylıkla hukuki düşüncenin halkın günlük ihtiyaçlarından

geniş ölçüde kurtarılmasıyla sonuçlanır. Serbest bırakılan t
mamen mantıksal hukuk doktrinlerinin gücü ve onun eg
men olduğu hukuki uygulama yasanın oluşumundaki prat
ihtiyaçların önemi tarafından oynanan rolü oldukça azalta
lir. Örneğin, kiralamanın arazinin[23] satışıyla sonlandırılma
prensibinin Alman Medeni Hukukuna yerleşmesini önleme
için biraz çaba gerekti. Bu ilke Antikitedeki sosyal gücün d
ğıtımında başlamıştı. Yine de, onu yeni Hukuka devretm
planı tamamen mantıksal tutarlılığın kör arzusundan kaynak
lanıyordu. Hukuki olarak formel olmamasına rağmen rasyo
nel hukuk eğitiminin alışılmamış özel bir türü rahiplik içi
papaz okulunun hukuk eğitimindeki en saf türünde ya da b
gibi papaz okullarıyla bağlantılı hukuk okullarında sunulu
Özelliklerinin bazıları hukuka rahiplik açısından yaklaşımı
hukukun formel olmaktan çok maddi rasyonelleşmesini he
deflemesi olgusundan kaynaklanır. Bu nokta bir sonraki bö
lümde [bkz. v. kısım] tartışılacaktır; bu bölümde sadece hu
kuk eğitiminin bu türünün bazı genel nitelikleri tarafında
üretilen bu sonuçlardan bahsedeceğiz. Bu gibi okullarda ge
nellikle kutsal bir kitaba ya da değişmez sözlü ya da edebi bi
gelenek tarafından sabitlenmiş kutsal bir yasaya dayanan hu
kuk eğitimi çok özel bir anlamda rasyonel niteliğe sahiptir
Rasyonel niteliği ilgili grubun pratik ihtiyaçlarından çok bil
ginlerin engellenmeyen entelektüalizm ihtiyaçlarına yönelmi
salt teorik vaka çözümlemesi yönteminin kurgulanması terci
hine dayanır. "Diyalektik" yöntemin uygulandığı yerde soyu
kavramlar yaratabilir ve böylece rasyonel, sistematik hukuk
doktrinine benzeyebilir. Fakat ruhban bilgeliğinin tümü gib
bu tür hukuk eğitimi de geleneğe bağlıdır. Vaka çözümlem

yöntemi, entelektüel ihtiyaçlardan ziyade pratik ihtiyaçlara hizmet ettiği ölçüde, yeniden yorumlama yoluyla, geleneksel, değişmeyen normların değişen ihtiyaçlara pratik uygulanabilirliğini sürdürmesi gerektiği açısından şekilcidir. Fakat rasyonel bir hukuk sistemi oluşturması bakımından şekilci değildir. Bir kural olarak, bu, sadece insanlar ya da yasal düzen üzerindeki idealist dini ya da etik istekleri temsil eden, fakat gerçekte ortaya çıkan yasal düzenin mantıklı sistemleşmesini içermeyen unsurları da beraberinde taşır.

Durum, doğrudan rahiplerin kontrolü altında olmamakla ya da bütünüyle böyle olmamakla birlikte bir kutsal yasaya bağlanan hukuk okullarının durumuyla benzerdir.

Tüm "kutsal" yasalar, salt dışsal formları içerisinde, en saf biçimde Hindu hukukunda[24] gösterilen ortalama bir tipe benzeme eğilimindedir. Emirler, kutsal metni olan dinlerde olduğu gibi, yazılı vahiy ya da vahiylerin esinlenmiş kaydı tarafından sabitlenmediği kadarıyla, kutsal hukuk "güvenilir biçimde" yani kapalı bir tanıklar zinciriyle iletilmek zorundadır. Ama kutsal metni olan bir dinde, kutsal normun güvenilir yorumu diğer gelenek ekleriyle beraber yazılı şekilde de güvence altına alınmak zorundadır. Bu Hindu hukukunun İslam hukukunda[25] olduğu gibi tamamen yazılı geleneği neden reddettiğinin en önemli sebeplerinden biridir. Bu gelenek kutsal bir kişiden diğerine doğrudan ağızdan ağıza geçmek zorundaydı. Yazılı kelimeye olan güven bir kişinin parşömene ve mürekkebe peygamberler ve üstaddan yani karizmatik vasıflı kişilerden daha güçlü olarak inandığı anlamına gelirdi. Kuran'ın kendisinin bölümlerinin (*sureler)* Muhammed tarafından Allah'a danışarak yazılı bir biçimde dikkatlice bildirildiğine

inanılan yazılı bir eser olması, İslami öğretide Kuran'ın nüs halarının Allah'ın kendisi tarafından fiziksel olarak yaratıldı dogmasıyla açıklandı. *Hadisler*[26] için sözellik geçerliliğin b koşuluydu. Normalde yazılı metnin tercih edilir hale gelec olması sadece son dönemde, yani, geleneksel yorumun bütün lüğü tamamen sözlü aktarımla tehlikeye girdiğinde gerçekle miştir. Bu dönemde yeni vahiyler karizmatik dönemin çokta sona erdiği teziyle tipik olarak reddedilir. Böyle durumlard dini bir topluluğun "kurumsal" niteliğine temel olan ve yı kınlarda Freiherr von Hertling[27] tarafından iyi formüle edile önermeye, yani geleneğin ya da dini doktrinin doğruluğun güvence altına alanın kutsal kitap değil daha ziyade Tanrının himayesi altında doğruluk verdiği ve bu nedenle kutsal kita bın gerçekliğini güvence altına aldığı, kilisenin kutsallığı v onun geleneği olduğu önermesine büyük vurgu yapılır. Bu gö rüş tutarlı ve pratiktir: Buna karşı olan ilke, ilk Protestanla tarafından savunulduğu gibi, kutsal kitabı filolojik ve tarihi eleştiriye maruz bırakır.

Vedalar Hinduizm'in kutsal kitabıdır. Kuran ya da Tev rat'tan bile daha az "hukuk" içerir. Türemiş tüm kutsal kay naklar *smriti* ("hatırlama" ya da gelenek) olarak görülürken Ve dalar *shruti* ("vahiyler") olarak düşünüldü. İkincil literatürün en önemli kategorisi, düzyazı Dharma-Sutras ve şiirleştirilmiş Dharma Shastras[28] (son sıralama *smriti* iken ilki orta konumu işgal eder) aksine dogmatik teolojinin, ahlakın ve örnek ha yatların geleneği ve kutsal adamların öğreticiliğiyle yan yana duran hukuk öğretiminin özetidir. İslami hadisler tam olarak bu son kaynağa tekabül eder; peygamberin ve arkadaşlarının örnek eylemlerine ilişkin hadisler ve peygamberin Kuran'ın

içine yerleştirilmeyen sözleridir. Fark, İslam'da peygamberler döneminin peygamberle sona ermiş olarak görülmesidir.

Dinlerinde sadece tek bir kutsal kitap olan İslam'da da Hristiyanlıkta da Hindu Dharma kitaplarının benzeri bulunmaz. Dharma kitapları, özellikle en sonuncusundan biri, yani Manu'nunki mahkemelerde okulların sistematik derlemeleri ve yorumları tarafından hukuki uygulamadan çıkarılana kadar "otorite kitaplar" yani hukuk bilginlerinin özel çalışmaları olarak uzun süre çok önemli oldu. Bu çıkarılış o kadar eksiksizdi ki İngiliz fethi zamanında hukuki uygulamaya on birinci yüzyıldan kalma böyle üçüncü dereceden bir kaynak, *Mitakshara* egemen oldu. Benzer bir kader, kanun statüsü kazanmış sistematik özet ve açıklamalar aracılığıyla İslami Sünnet'in başına geldi. Aynısı kısmen daha az kapsamlı olmakla beraber Antikite'nin (Talmud) ve Orta Çağ'ın haham çalışmalarıyla ilişkili olan Tevrat için de geçerlidir. Antikitede ve bir ölçüde günümüzde hahamların yasa yapması ve büyük ölçüde günümüzde bile İslami yasa yapma somut sorulara cevap veren ilahiyatçı hukukçuların ellerine kaldı. Bu özellik hem Hinduizm'de hem de Hristiyan kilisesinde en azından karizmatik peygamberlik ve yine de hukuki olmaktan[29] ziyade etik bir nitelik olan Didaskalia'nın ortadan kaldırılmasından sonra bilinmez.

Hristiyanlığın ve Hinduizm'in bu özelliğe sahip olmamasının sebepleri çok farklıydı. Hindu hukukunda, kralın saray rahibi kendi hukuk mahkemesinin bir üyesidir ve yanlış yargılarının bedelini oruçla öder. Tüm önemli davalar önce kralın mahkemesine gelmek zorundadır. Böylece yargının seküler ve dini yönetiminin bütünlüğü güvence altına alınır ve bu

nedenle bağımlı hukuk *honoratioreslerinin* herhangi bir im
tiyazlı sınıfına yer yoktur. Diğer yandan Batılı Hristiyan k
lise kendisi için Konseylerde, papalık bölgesinin bürokrasil
rinde ve Mahkemelerde ve özellikle yargının papalık gücün
ve doktrinin yanılmaz açıklamasında rasyonel yasa yapman
organlarını oluşturmuştu. Diğer büyük dinlerin böyle kurum
ları hiç olmadı. Bu nedenle Batı Hristiyanlığında, hukuki f
kirler ve dini otoritelerin kararları Konsey Kuralları ve papal
dini hükümleri ile birlikte İslam'da müftünün *fetvası* ve Mus
vilikte hahamların[30] fikirleri tarafından oynanan rolü oynad
Hindu hukuk bilgeliği geniş ölçüde tamamen skolastik, teori
ve sistemleştiriciydi; filozofların ve teorisyenlerin eseriydi v
kutsallığa bağlı, teorik ve hukuki uygulamayla az bağlantı
olan sistemleştirici hukuki düşünce özelliklerine dikkat çe
kici ölçüde sahipti. Tüm bu açılardan Kilise Kanunundan ay
rılır. Tipik olarak "kutsal" tüm yasalar ve bu nedenle özellikl
Hindistan hukuku okulların ürünüdür. Soruşturmalar her za
man tamamıyla hükümsüz kurumlar hakkında bol miktarda
vaka çözümlemesi sunar. Manu'nun dört kastı ele alışı ya da
şeriatın (shari'ah)[31] tüm hükümsüz kısımlarının İslami okul
ların[32] çalışmalarında sunumu buna örnek teşkil eder. Fakat
her şeyden önemli olan dogmatik amaç ve ruhani düşünce
nin rasyonel doğası nedeniyle, bu gibi hukuk kitaplarının sis
tematik yapısı sıklıkla rahiplikle bağlantısız benzer oluşum
ların yapısından daha rasyonel olma eğilimindedir. Örneğin
Hindu hukuk kitapları *Mirror of Saxon Law'dan* daha sistem
matiktir. Fakat sistemleştirme yasal değildir ancak statü grup
larının konumu ve hayatın pratik sorunlarıyla ilgilidir. Hu
kuk kutsal amaçlara hizmet ettiği için, bu hukuk kitapları bu

nedenle yalnızca hukukun değil ama aynı zamanda ritüelin, ahlakın ve bazen sosyal gelenek ve görgü kurallarının özetidir. Sonuç açıklık ve somutluk ihtiyacı olan, bu nedenle sistematikleşmesinde hukuki olarak informel, fakat mütevazı anlamda rasyonel kalan yasal verinin vaka çözümlemesi yöntemiyle ele alınışıdır. Zira tüm bu durumlarda itici güç ne avukatın somut veri ve ihtiyaçlarla sistemli biçimde ilgilenişi ne de sadece dogmatik mantığın talepleriyle ilgilenen hukuk kuramcılarının mantıksal hırslarıdır; daha ziyade yasaya böylesine yabancı olan bu maddi hedefler ve amaçların bir bütünüdür.

3. Hukuk İleri Gelenleri (Honoratiores) ve Roma Hukukunun Etkisi

Hukuk eğitiminin etkileri, hukuki uygulama ile ilişkileri profesyonel olan; fakat, İngiliz avukatlarınınki gibi, özellikle lonca benzeri ya da gelir yönelimli olmayan ileri gelenlerin (*honoratiores)* elinde olduğu yerde farklı olmak zorundadır. Böyle özel bir *honoratiores* sınıfının varlığı, genel anlamda, sadece hukuki uygulamaya dinin egemen olmadığı ve hukuki uygulamanın henüz kent ticaretinin ihtiyaçlarını kapsamadığı yerde olasıdır. Kuzey Avrupa kıtasının Orta Çağ ampirik hukukçuları bu sınıfta yer alır. Tabii ki, ticari etkinliğin yoğun olduğu yerde hukuk *honoratioresi*nin görevinin salt danışmanlıktan önleyici hukukçuluğa dönüştüğü doğrudur. Bu dönüşüm bile sadece özel koşullar altında gerçekleşir. Roma İmparatorluğunun çökmesinden sonra, *noterler* gelişmiş bir ticaret hukuku geleneğinin sürdürülebilmesini ve dönüştürülmesini sağlayan, [33] İtalya'da kalan tek gruptu. Bunlar uzun zaman, hukuk *honoratioresi*nin özel ve hakim sınıfıydılar. Hızla gelişen

şehirlerde, kendilerini loncalar içinde şekillendirdiler ve *po*
polo grasso'nun önemli bir parçasını oluşturdular; yani, siy
sal olarak önemli bir *honoratiores* sınıfıydılar. Aslında, tic
ilişkiler burada başından beri noter belgeleriyle işledi. Vened
gibi şehirlerin biçimsel yasaları, belgeli kanıtların rasyonell
ğini, halk mahkemelerinin eski yönteminin kanıtının irrasyo
nel araçlarına tercih etti. *Noterlerin* ticari senetlerin gelişim
üzerindeki etkisinden bahsetmiştik [kısım ii:3], fakat noterle
genel olarak hukukun gelişimindeki en belirleyici sınıflarda
biriydi ve İtalya'da yasal olarak eğitimli yargıçlar sınıfının or
taya çıkışına kadar muhtemelen *en* belirleyici sınıftı. Eski He
lenistik Doğu'daki ataları gibi, yasanın bölgeler arası benim
senmesinde ve hepsinden önemlisi, önce belge uygulamasında
oluşturulan Roma hukukunun kabulünde de belirleyici bir rol
oynadılar. Kendi gelenekleri, imparatorluk mahkemeleriyle
olan uzun ömürlü bağlantıları, ticaretin hızla gelişen ihtiyaç
larını karşılamak için rasyonel bir yasayı acil olarak ele alma
gereksinimi ve büyük üniversitelerin sosyal gücü İtalyan no-
terlerin Roma hukukunu İngiltere'nin aksine, özellikle bir or-
taklık ya da tımar çıkarı bu yolla ayakta kalamadığı için, ti-
caret hukuku olarak almasına neden oldu. Bu nedenle İtalyan
noterleri sadece en eski değil ama aynı zamanda Roma huku-
kunun *usus modernusunun* oluşumuyla ilgilenen ve onun olu-
şumuna doğrudan katılan hukuk ileri gelenleri (*honoratiores*)
sınıfının en önemlilerinden biriydi. Bunlar, İngiliz avukatla-
rın aksine, ulusal hukukun bütününün taşıyıcısı gibi davran-
mıyordu. Yine kendilerine özgü bir hukuk eğitiminin lonca
sistemiyle üniversitelerle rekabet edemediler; çünkü İngiliz
avukatların aksine, İngiltere'deki kraliyet mahkemelerindeki

yargı yönetiminin toplanmasıyla mümkün hale getirilmiş bu ulusal-çapta örgütlenmeden yararlanmadılar. Fakat üniversiteler sayesinde, Roma hukuku İtalya'da dünya gücü olarak yasanın formel yapısını ve hukuk eğitimini, başlangıçtaki siyasal destekçisi, ilgili hamisi İmparator siyasal olarak önemsiz hale geldikten sonra bile etkilemeye devam etti. İtalyan şehirlerinin *podestası* (yüksek memurlar) çoğunlukla üniversitelerde eğitim gören ***honoratiores*** arasından seçildi; ***signorie*** tamamen Roma hukukundan[34] alınan doktrine dayanıyordu. Fransa ve Doğu İspanya kıyılarında noterlerin statüleri neredeyse aynıydı. [35] Yine de, Almanya ve Kuzey Fransa'da temelden farklıydı. En azından önce, şehirde hukuki ilişkilerle yasal işlerdeki ve köy tımarlarının[36] yargısının yönetimindeki hükümet görevlileri *(Schöffen)* ve memurlarınkinden daha az ilgileri vardı. En etkili türleri, örneğin Eike von Repgow ya da Beaumanoir[37] gibi, günlük uygulamanın somut problemlerine ve onların kısmen soyut kavramlardan geliştirilen temelde ampirik kavramlarına dayanan yasanın sistemleştirmesini oluşturdu. Derledikleri "hukuk kitapları" arada bir bazı tartışmalar içermesine rağmen mevcut geleneği yeniden şekillendirmeyi amaçladılar, özel olarak çok az hukuki *ratioları* vardır. Aslında, bu çalışmaların en önemlisi olan *Mirror of Saxon Law* mevcut hukukun hiçbir şekilde parçası olmayan, fakat daha ziyade yazarın bütünlük isteğinden ya da boşlukları doldurmak ya da diğer eksiklikleri[38] tamamlamak için kutsal numaraları tercihiyle esinlenilmiş alışılmamış denemeler oluşturan hukuk kurumlarının birçok yorumunu içeriyordu. Bunlar gibi, hukuki uygulamayı kullanışlı özet gibi oldukça çok etkiledi ve bunlardan bazıları mahkeme tarafından güvenilir kaynak kitaplar olarak kabul

edilir hale bile geldi. Bunların yaratıcıları yargının *honoratiores* tarafından yönetimi sisteminin temsilcileriydi; fakat İngiliz avukatların ve İtalyan noterlerin aksine, hakimlerin tekeli ve merkez mahkemelerin kürsüsündeki önemli konumları arasıcılığıyla ortak ve ekonomik çıkarlarla onlara ne Kralın ne de Parlamentonun kolaylıkla bir kenara itebildiği ölçüde güç veren nüfuzlu bir örgütlü lonca oluşturmadılar. Bu nedenle İngiliz avukatlar gibi ortak bir hukuk eğitiminin taşıyıcısı olmadılar ve bu nedenle yerleşik bir ampirik gelenek ve rasyonel üniversite eğitimiyle eğitilmiş hukukçuların sonraki saldırılarına karşı devamlı bir direnç sağlayabilmiş hukuki bir gelişme üretemediler. Formel olarak, Orta Çağ'ın ampirik hukuk kitaplarının hukuku oldukça iyi örgütlenmişti; yine de sistematik ve vaka çözümlemesi yöntemi açısından daha az rasyonel ve anlamın ya da hukuki mantığının soyut yorumundan çok ayrımın somut tekniklerine yönelikti.

Antik Roma hukukçularının [39] özel etkisi, yargının *honoratiores* tarafından yönetildiği, kamu görevlilerinden tasarruf eden Roma sisteminin, buna göre onların bir hukuk davasının somut yönetimindeki öğretici rollerini de asgariye indirmesine dayanıyordu. Ama Roma'yı örneğin Helen demokrasisinden ayıran bu özel durum, Atina halkının mahkemelerinde uygulandığı gibi, "*kadi* yargısını da" kapsamıyordu. Dava süresince resmi başkanlık magistrat ve yasa bulucular arasındaki güç ayrımıyla birlikte korunuyordu. Bu unsurların kombinasyonu özellikle bir Roma uygulaması olan mahkeme talimatını (Prozessinstruktion) oluşturuyordu. Magistrat bunu yurttaş yargıca (*iudex)* hukukun bu konularıyla ve davacının iddiasını[41] kabul ya da reddetmesi

gerektiğiyle ilgili olarak yönergeler vererek katı biçimde formel bir buyrukla yapıyordu.

Magistrat, özellikle *aedilis* ve *praetor* sonuç olarak görev tarihinin başında "hükümlerinde"[42] bu duruşma yönergelerinin taslaklarını kaydederdi. Yine de, Nordik *lag saganın* aksine bu "hükümlerin" içeriği tarafından bağlanmış olarak görünmesi ancak görece geç bir zamanda gerçekleşti. Doğal olarak, magistrata hükmünü oluştururken avukatlar tavsiyede bulunurdu, böylece hükümler devamlı olarak yeni doğan ihtiyaçlara uyum sağlardı. Yine de, çoğunlukla her bir magistrat açıkça görevdeki selefinin hükmünü benimserdi. Dolayısıyla, bilinen eylem sebeplerinin büyük çoğunluğu doğal olarak somut olguların terimleriyle değil, günlük dilin meşru kavramlarıyla tanımlandı. Bu nedenle, uygun eylemi seçmek zorunda olan tarafın yargı açısından uygun olmayan dili kullanması davanın kaybedilmesiyle sonuçlanırdı. Bu bizim, eğer gerçekler hukuksal bir bakış açısından iddiaları haklı çıkarıyorsa gerçeklerin sunulmasının bir davayı destekleyeceği gerçeğe dayalı savunma ilkemizle çelişir. Hiç şüphesiz, "gerçeğe dayalı savunma ilkesi" altında, avukatın yaygın kullanımı olan hukuki terimleri hukuki kesinlikle tanımlamaya ve onlar arasındaki[43] keskin ayrımları detaylandırmaya zorlandığı Roma hukukundaki davalarda olduğu gibi, kavramlarla ilgili hiçbir kesin hukuksal tanıma gerek duyulmaz. Davayı yöneten magistratın duruşma yönergelerini tamamen olgusal meselelere hapsettiği yerde bile, *actiones in factum conceptae'de*[44] yaptığı gibi, yorum hukuki düşüncenin sonradan kabul edilen yöntemlerinin sonucu olarak kesin biçimde hukuki bir nitelik kazandı. Gelinen bu noktada, hukuk tekniğinin uygulamalı

olarak gelişmesi önce büyük ölçüde "önleyici yargıya", yani sadece taraflar için sözleşmelerin formunu hazırlamakla kalmayan, aynı zamanda *consilium*'unda magistrata, hüküm ve ifadelerini hazırlamada tüm Roma memurlarına özgü görüş bildiren uzman danışmanlar olan hukuk danışmanlarının etkinliklerine bırakıldı. Son olarak, bunlar magistrat tarafından önüne konan sorunlarla ilgili karar vermek ve onun duruşma yönergelerini yorumlamak zorunda olduğunda yurttaş yargıcının hukuki danışmanlarıydı.

Tarihi geleneğe göre, hukuk danışmanlarının danışma etkinliklerinin önce yıllık olarak bu amaç için seçilen *pontifices* tarafından uygulandığı görülür. Bu ruhani etki altında yargı yönetimi, On İki Levhanın kanun şeklinde toplanmasına rağmen, kolaylıkla İslami hukukta müftünün danışmanlık etkinliği tarafından üretilene benzer şekilde kutsal bir sınır ve irrasyonel bir nitelik kazanabilirdi. Dini etkilerin erken Roma hukukunun maddi içeriğinde sadece ikincil bir rol oynamış gibi göründüğü doğrudur; fakat genel tarihi bakış açısından çok önemli yönleri de olan tamamen formel yönlerinde, Demelius'un en azından bazı önemli davalar[45] için inandırıcı kıldığı gibi, dini hukukun etkisi kesinlikle büyüktü. Örneğin, yöntemsel kurgular gibi böyle önemli hukuki teknikler dini hukukun *simulata pro veris accipiuntur* [46] (danışıklı bu işlem gerçek sayılır) ilkesinin etkisi altında ortaya çıkmış görünür. Pek çok halkın ölüler kültünde danışıklı işlem tarafından oynanan rolü ve danışıklı işlemin belli ritüel yükümlülüklerin kesin biçimde resmi olarak yerleştiği durumlarda oynamak zorunda olduğu rolü hatırlayabiliriz. Bunların yerine salt *pro forma* uygulamasının geçmesine neden olan, ekonomik olarak

da oldukça külfetli olan bu tür yükümlülüklerden oluşan temelde burjuva toplumuna duyulan nefretti. Rahiplerin siyasal güçsüzlüğü ile birlikte Roma hayatının maddi olarak sekülerleşmesi öncekini dini meseleleri salt şekilci ve kanuncu biçimde ele alan bir araca dönüştürdü. Üstelik, önleyici hukuk tekniğinin din dışı meselelerde erken gelişimi bu tekniğin manç alanında gittikçe daha çok kullanımıyla sonuçlandı. Fakat önleyici hukukun ilk tekniklerinin önce büyük ölçüde kutsal hukukla ilgili olduğunu güvenle varsayabiliriz.

Erken Roma hukukunun en önemli niteliklerinden biri yüksek analitik özelliğiydi; bu en azından Von Jhering'in pek çoğu eskimiş görüşleri arasında hala geçerlidir. Bir dava ilgili temel konulara ve hukuki işlemler en temel mantık bileşenlerine indirgeniyordu: Sadece bir konu için bir dava, sadece bir amaç için bir hukuki işlem, sadece bir uygulama için bir söz.[1] Hayatın karmaşık durumlarının özellikle belirlenen unsurlar içinde dağıtılması erken *ius civile'nin*, yöntemsel etkileri de kapsamlı olan temel başarısıydı. Diğer yandan, bundan mantıksal analiz tarafından sınırlanmamış hukuki tasavvur durumunda görüldüğü gibi, somut hukuki kurumların algılanmasında yapıcı suni kapsamın ihmali ortaya çıktı. Yine de bu analitik eğilim, Roma ulusal dinindeki ritüel yükümlülüklerinin işleyişiyle yakından ilişkilidir. Gerçek Roma *religiosu*nun özgünlüğünün, yani kutsal *numinanın* [tanrılar] yargı yetkisinin kavramsal, soyut ve baştan sona analitik ayrımı büyük ölçüde dini sorunların rasyonel yargısal olarak ele alınmasıyla sonuçlandı. Geleneğe göre, *pontifices* daha önce geçerli eylemlerin sabit taslaklarını icat etmişti. Papalığa ait bu hukuk tekniği profesyonel olarak tekelleşmiş gizli bilgi olarak kalmış görünür.

Kutsal yasa bulmadan kurtulma ancak üçüncü yüzyılda gerçekleşti. *Censor* Appius Cladius kendini bir tiran olarak kabul ettirmeye çalışırken, azat edilmiş kölelerinden birinin davaların[48] papaya ait formüllerini yayınlamış olduğu söylenir. İlk pleb *Pontifex maximus*, Tiberius Coruncanius *responsayı* halkın önünde[49] çeviren ilk kişi olarak bildirilir. Ancak bu dönemden sonra, memurların buyrukları önem kazandı ve hukuk mesleğinden olmayan ileri gelenler (*honoratiores*) boşluğu hukuk danışmanları ve savcılar olarak doldurur hale geldi. Danışma fikri özel taraflara sözlü olarak ve isteyen memurlara yazılı olarak iletildi. İmparatorluk dönemine kadar fikir nedenlerle ilgili bir ifade içermiyordu, bu açıdan karizmatik *lagsaganın* kehanetlerine ya da müftünün *fetvasına* benziyordu. Bu aşamada profesyonel hukuk etkinliğinin artan taleple yayılması daha Cumhuriyet döneminde, öğrenciler (*auditores*) hukuk avukatlarının danışma meclislerine kabul edildiğinde, resmi bir hukuk eğitimini ortaya çıkardı.

Erken Roma hukukunun hem sabit kurallar hem de yöntemsel işleyişlerle ilgili olarak oldukça formel ve rasyonel bir nitelik kazanmasının başka bir sebebi hukukun şehirdeki akitler yoluyla devam eden iş etkinliklerine gittikçe artan müdahalesiydi. Bu açıdan, Orta Çağ Alman hukuku sosyal derece, arazi mülkiyeti ya da aile hukuku ve miras gibi *kırsal* meselelerle ilişkili temel kaygısı için oldukça farklı bir resim sunar.

Fakat, Roma hukuk hayatı şekilciliğine rağmen, Sezarlar dönemine kadar, sadece suni-yapıcı değil ama aynı zamanda rasyonel-sistematik bir nitelikten de yoksundu ve bu bazen varsayılandan çok daha fazlaydı. Mevcut hukuku sonunda sistematikleştiren Bizans bürokrasisiydi; ama hukuki düşüncenin

formel kesinliğiyle ilgili olduğu kadarıyla, Cumhuriyet ve Principate hukuk danışmanlarının başarılarının çok gerisinde kaldı. Hukuk danışmanlarının tüm yazınsal ürünleri arasında sistematik anlamda en faydalı olan, yani hukuk çalışmasına giriş niteliğinde bir özet olan Institutes of Gaius arasında kendi hayatında kesinlikle bir otorite olmayan ve hukuk ileri gelenleri (honoratioresi) dairesinin dışında duran isimsiz birinin çalışması olması şaşırtıcıdır; Gaius'un onlarla ilişkisinin bilginlerin bilge anlaşmalarıyla modern ezber kitaplarının ilişkisine benzediği söylenebilir. Ama fark, Gaius'un dahil olmadığı o zamanın uygulayıcı Roma hukukçularının yazınsal ürünler halkasının üniversite öğretiminin üretme eğiliminde olduğu gibi, rasyonel sistem niteliğine sahip olmamasıydı; bunlar genel olarak, bireysel fikirlerin mütevazı biçimde rasyonel olarak düzenlenen[50] derlemesiydiler.

Hukuk danışmanları *honoratioresin* çok özel bir sınıfı olarak kaldı. Bunlar Romanın mülk sahibi sınıfı için tüm ekonomik konularda evrensel " itiraf dinleyen rahipleriydiler. "[51] Daha önceki zamanlarda, Cicero'daki bir pasajın bizi varsaymaya[52] ittiği gibi, *responsayı* yorumlamak için resmi bir izin gerekip gerekmediği belirsizdir. Daha sonraki bir tarihte buna kesinlikle gereksinim duyuldu. *Responsa*-yorumlayan hukukçular kendilerini teknik ressamlığın fiili uygulaması ile birlikte daha eski önleyici hukukun yöntemlerinden hukuki olgunlukları arttığı için azat ettiler. Cumhuriyetin sonunda okullar şeklinde örgütlendiler. Cumhuriyet döneminde Cicero gibi hatiplerin, özel olarak siyasal ağır ceza mahkemelerinin *(quaestio repetundarum)* halk adaleti niteliği kazanmaya yaklaştığı kadarıyla, Atina'dan bilindik, rasyonel olmaktan çok duygusal

olarak ve "*ad hominem*" (kişiye yönelik) tartışmaya eğilim gi terdikleri doğrudur. Bu yolla hatipler açık hukuki kavrama laştırmanın zayıflamasına katkıda bulundular; ama Roma' bu neredeyse sadece siyasal davalarda oldu. İmparatorluk d neminde, yargı yönetimi tamamen uzmanlaşmış profesyo bir konu haline geldi. Hukuk danışmanlarının bir kısmı, yı gının Augustus'un *responsalarını* yargıçlar[53] üzerinde bağ yıcı hale getiren imtiyaz bağışıyla yönetimine karşılık res bir statüye sokuldu. Hukuk danışmanları avukat (*causidici*) mayı bıraktı; çıkarları ve entelektüel eğitimi günlük uygula ve müvekkillerin ihtiyaçlarına yönlendirilmiş olan bir avuk loncasını bile az şekillendirebildiler. Hukuk danışmanların avukatlığın teknik ya da işletme yönleriyle hiçbir ilgisi yok sadece bir avukat ya da yargıç[54] tarafından hazırlanmış gen ifadeleri hakkındaki hukuki fikirlerin yorumlanmasıyla ilgil diler. Bu nedenle hukuki kavramların kesin soyut şemasını iyi şekilde detaylandırma konumundaydılar. Bu yolla, savunu yapan hukuk danışmanları hukuk işiyle gerçek temastan ye rince uzaktılar; bu onlara bilimsel teknikleri kullanarak bir sel ayrıntıları genel ilkelere indirgeme imkanı veriyordu. uzaklık Roma'da avukatın her zaman müvekkilin temsil olduğu İngiltere'den daha büyüktü. Ancak, bu ilkeleri daha büyük soyutlamaya[55] zorlayan okullar arasındaki ihtilafla Hukuk danışmanları, fikirlerinin bağlayıcı niteliğinden (layı yargı yönetimine hakimdi; yine de, *responsa* en azınd bir süre, bilge'nin kehaneti ya da müftü'nün *fetvası* gibi nes ifadeleri olmadan verilmeye devam etti. Fakat bunlar huku çular tarafından toplanmaya başladı ve sonra hukuki ned lere[56] işaret eden yorumlarla basıldı. Hukuki davalar hakkın

auditores arasında ve onlarla birlikte yapılanh okul tartışmaları ve münazaraları danışmanlık uygulamasının işleyişinde sonuncuların varlığından kaynaklanıyordu; fakat sabit bir eğitim planı ancak Cumhuriyetin sonunda[57] gelişti. Hellen felsefesinin sürekli artan şekilde formel olarak incelenmesi hukuki düşünce için belli bir önem kazandığı gibi, Helen felsefe okulları da pek çok açıdan avukatlar için okulların dışsal örgütlenmesine model görevi gördü. Roma hukuk tekniğinin güçlü biçimde ampirik olduğu bir evreden, kavramlarının kesinliğine rağmen, gittikçe artan işlem rasyonelliğine ve bilimsel olgunluğa erişmesi hukuk okullerinin bu pedagojik ve yayım etkinliğinden kaynaklandı. Fakat teorik hukuk eğitimi hukuki uygulamaya göre arka planda kaldı ve bu olgu soyut hukuki kavramların temelde uygulama ihtiyaçlarından çok teorik çıkarlara hizmet etmiş olduğu yerde soyut hukuki kavramların düşük derecede gelişmesinin hukuki düşüncede soyutlamanın yüksek derecesiyle nasıl birlikte var olabildiğini açıklar. Pek çok ve görünüşte heterojen gerçek durumlarının, örneğin bir *locatio* kategorisi altında ele alınmasının uygulamada önemli sonuçları[58] vardı. Ama uygulamadaki doğrudan sonuçların hiçbiri entelektüel örgütlenmenin salt arzusuna hizmet etmeye niyetli "hukuki işlem" kavramının detaylandırmasından doğamaz. Bu nedenle Antikite'nin Roma hukukunda ne bu kavram ne de "dava" ya da "kural" gibi benzer olanlar vardı, ve Justinian zamanında bile genel sistemleştirmesi görece makul bir derecenin ötesinde rasyonelleştirilmedi. Kavramların mükemmelleşmesi neredeyse sadece sözleşmelerin bazı somut türleri ve eylemlerin[59] bazı somut şekilleriyle bağlantılı olarak gerçekleşti.

Bu mükemmelleşmenin her şeye rağmen önümüzdeki sonuçlara yol açmasından iki neden sorumludur. Birinc yargı yönetiminin hukuk danışmanlarının görevini de kap yacak şekilde tam olarak sekülerleşmesi belirleyici oldu. Ro hukukçularının bağlayıcı *respondumu* İslam müftüsünün *vasına* açıkça benzerdir. O da resmi olarak onaylı hukuk nışmanıdır. Ama eğitimini İslami bir ekolde alır. Bu ekol tabii ki geç Roma imparatorluğunun resmi olarak kabul e len hukuk ekollerinin modelinde gelişti. Antik felsefe arac ğıyla resmi eğitimin etkisi altında, en azından belli zaman için Antikiteninkine benzer yöntemler de geliştirdiler. Fa öğretimleri ağırlıklı olarak teorik kaldı ve bahsedilen akı lara dini bağlar ve geleneksel itaat, ne ortadan kaldırılabi ne de güçlendirilebilen kutsal yasanın belirsizliği ve tutarı lığı ve kutsal buyruğa bağımlı olan tüm teokratik yargı karakteristiği olan diğer özellikler tarafından karşı çıkıl Bu nedenle hukuk eğitimi burada hayatla bağlantısı olmac ampirik ve mekanik ezberlemeyle ve teorik vaka çözümlem yöntemiyle sınırlı kaldı.

Roma ve İslam hukuku arasındaki farkın ikinci ned hukuki örgütlenmenin türünde ve ekonomik alandaki r yonelleşmeye konulan siyasal olarak koşullu sınırlarda ya Roma hukuki gelişmesinde teolojik unsur hiç bulunmaz. mamen seküler ve giderek bürokratik olan geç Roma dev hukuki düşüncesi, son derece hassas olan ama yine de "siste leri" kusurlu olabilen savunmacı hukuk danışmanları ve or rın müritlerinin ürünlerinden derlenen eşsiz *Pandects*'ten iyilerini ayırdı. Böylece özerk Bizans fikirleri tarafından mamlanmış Roma materyalleri gelecek yüzyıllar için orta

universitelerinin hukuki düşüncesine hammadde sağlayan *Pandects*'te toplandı. Daha imparatorluk döneminde giderek artan *soyut* karakter özelliği Roma hukuk kavramlarının eski dönem doğal *analitik* özelliğine yeni bir unsur olarak eklenmişti. Bu *soyut* karakter bir ölçüde Roma hukuk davası formunun doğası tarafından önceden görülmüştü. Her birinde etkili olguların durumu bir hukuk kavramı biçiminde ifade edildi. Yine de bu kavramların bazıları öyle açıkça belirtildi ki avukatlara, önleyici hukuk uzmanlarına, avukatlara ya da hukuk danışmanlarına ekonomik durumların alışılmamış çeşitlilikteki aralığını tek bir kavram altında sınıflandırma imkanı verdi. Böylece yeni ekonomik ihtiyaçlara uyum eski kavramların rasyonel yorumu ve genişlemesi aracılığıyla geniş ölçüde gerçekleşti. Hukuki-mantıksal ve yapıcı düşüncenin tamamen analitik yöntemin aralığı içinde gelebileceği en yüksek seviyeye yükselmesi bu yolla oldu. Goldschmidt[60] *locatio-conductio, emptio- vendito, mandatum* (ve özellikle *actio quod iussu*), *depositum* gibi böyle hukuki kavramların olağan dışı esnekliğine ve hepsinden önemlisi bizim bugün ticaret senedi ve diğer resmi sözleşmeler[61] olarak sahip olduğumuz belli bir miktarın ödemesi için bu yükümlülüklerin çoğu için bir *constitutum* olarak *stipulationun* sınırsız kapasitesine haklı olarak dikkat çekti.

Roma hukuk mantığının özel niteliği, belli koşullarda geliştiği için, özellikle İngiliz önleyici hukukunun işleyiş türleri ile karşılaştırıldığında açık hale gelir. O da pek çok durumda dava edilebilirliği başarmak için çok sayıda bireysel kavramdan azami cesaretle yararlandı ve onları kullandı. Fakat bir yandan Romalı hukukçuların hem borçlunun alacaklıya ödeme

yapma yetkisini hem de sonrakinin güvencesini[62] sağlam için *iussum* kavramını kullanma şekli, diğer yandan İngi avukatların "ihlal"[63] şeklindeki haksız fiil kavramından ç çok heterojen anlaşmanın dava edilebilirliğini çıkarma şek leri arasındaki farkı kolaylıkla görebiliriz. Sonuncu durum *hukuki olarak* heterojen olgular dava edilebilirliği dolaylı y dan elde etmek için bir araya getirilir. Buna karşın Roma neğinde, yeni ve *ekonomik olarak* yani dışsal olarak çeşitli rumlar tek ve uygun bir hukuki kavram altında sınıflandır

Yine de bugün köken açısından özellikle "Romalı" olar görülen pek çok hukuki kavramın soyut niteliğinin başl gıçta Antikitede bulunmadığı ve hatta bazı durumlarda A tikite'de meydana gelmediği belirtilmek zorundadır. Örneğ çok tartışılan Roma kavramı *dominium*, Roma hukukun ulusal olmaktan çıkmasının ve dünya hukukuna dönüşün nün ürünüdür. Mülkiyet, ulusal Roma hukukunda, hiçbir retle özellikle soyut olarak düzenlenmiş bir kurum değ ve genelde[64] bölünmez bile değildi. Temel farklılıkları ilk rürlükten kaldıran ve onları arazi hukukundan gözlenebi yeni şekillere indirgeyen Justinian'dı; Orta Çağ analizi tar men soyut kavramlar olarak iki Pandect kurumu *domini* ve *possessionun* kavramsal içeriği ile ancak *pretör* yasakl nın eski yöntemsel ve sosyal koşulları ortadan kalktıktan so ilgilenebildi. Görüş temelde diğer kurumlardan farklı değ Daha önceki biçimlerinde özellikle Roma hukuku kurun rının pek çoğu temelde Alman hukukundakilerden daha yut değildi. *Pandektlerin* özel biçimi Roma devletinin dönüşümlerinden ortaya çıktı. Hukuk düşüncesinin mük melleşmesi başlı başına, yönelimiyle ilgili olduğu kadarı

Cumhuriyet ve geç İmparatorluk döneminde farklı şekillerde işleyen siyasal koşullar tarafından etkilendi. Daha önceki yargı yönetiminin ve hukuk danışmanlarının önemli teknik özelliği, gördüğümüz gibi, temelde kuralların cumhuriyetçi *honoratiores* tarafından üretilmiş ürünleriydi. Fakat bu mutlak kural kısa görev sürelerine sahip siyasal üst-sınıf magistratların profesyonel hukuk eğitimlerine tam anlamıyla elverişli değildi. On İki Levha her zaman okullarda öğretilirken, *leges* bilgisi Romalı Cumhuriyetçi magistrat tarafından çoğunlukla uygulamalı deneyimle ediniliyordu. Hukuk danışmanları geri kalanı onun için idare ediyordu. Buna karşın, sistematik hukuki çalışma gereksinimi atanmış memurlar aracılığıyla hukuk yönetimi ve bunun özellikle taşra hizmetinde rasyonalizasyonu ve bürokratikleşmesi şeklindeki imparatorluk sistemi tarafından büyük ölçüde arttırıldı. Otoritenin tamamen bürokratikleşmesinin genel etkisi daha geniş bir bağlamda daha sonra görülecektir. Örneğin İngiltere'de hukukun sistematik rasyonelleşmesi gecikti, çünkü orada bürokratikleşme olmadı. Hukuk danışmanları hukuk ileri gelenleri (honoratiores) olarak Roma yargı yönetimine hükmettiği sürece, sistematikleştirme mücadelesi güçsüzdü ve siyasal otorite tarafından hiçbir derleme ve sistemleştirme girişiminde bulunulmadı. Severi döneminde Roma aristokrasisinin çöküşü savunmacı hukuk danışmanlarının rolünün azalmasıyla bağlantılıydı ve mahkeme uygulamalarındaki imparatorluk emirlerinin hızla artan önemiyle aynı doğrultudaydı. Sonraki dönemde devlet onaylı okullarda devam eden hukuk eğitimi, hukukçuların çalışmalarından ders kitabı öğretimi şeklini aldı. Mahkemeler de onları otorite kaynakları olarak kullandı ve bu kitaplar arasında

ihtilaf durumunda, İmparatorlar, sözde "*Lex Citationum*" il
hem onlar arasında belli bir öncelik sırası hem de onaylı y
zarların çoğunluğunun üstün olması ilkesini oluşturdu. "
nedenle *responsa* derlemeleri Gelenek Hukukunda içtihat d
lemelerinin konumunu işgal eder hale geldi. Bu durum Pa
dektlerin özel biçimini ve klasik hukuk literatürünün onl
sokulmuş bu kısmının korunmasını belirledi.

NOTLAR

1. Hukuk honoratioresleri ile ilgili olarak – bkz., *yukarıda*, kısım *i*, not 18. Aslında şimdiki kısım hukuk mesleği, onun çeşitli türleri ve hukukun resmi nitelikleri üzerine etkileri ile ilişkilidir.

Antik ve modern Batı medeniyetlerinde hukuk mesleğinin tarihinin kısa bir araştırması bibliyografyasıyla birlikte Hazeltine, Radin ve Berle'nin 9 ENCYC. SOC. SCI. 324'teki makalesinde bulunabilir. Bibliyografyaya F. SCHULZ, HISTORY ve R. POUND, THE LAWYER FROM ENTIQUITY TO MODERN TIMES (1953) eklenmelidir.

2. Orta Çağ'daki hukuk mesleğinin gelişmesi üzerine en otoriter açıklamalar H. Brunner'e aittir: (1) *Die Zulassigkeit der Anwaltschaft im französischen, normannischen und englischen Rechte des Mittelalters* (1878) I Z. F. VGL. R. 321 ve *sonra gelen sayfalar* ve 3 ILL. L. REV. 257'deki kısmi çevirisi; (2) *Wort und From im altfranzösischen Process* 57 SITZUNGSBERICHTE DER PHILOS. -HIST. CLASSE DER KAISERLICHEN AKADEMIE DER WISSENSCH. ZU WIEN (1868) 655; ayrıca bakın WEBER, GENERAL ECONOMİC HISTORY 340; ENGELMANN AND MILLAR, *a. g. e.*

3. Jüri duruşmasının genel gelişimi hakkında bkz. yukarıda *iii. kısım, not* 33, 34'te belirtilen literatür. *Attornatio* ve kraliyet mahkemelerindeki "kayıtlar" arasındaki bağlantı için bkz. Brunner, *Die Zulass. Der Anwlt. age.* 362; hem *attornatio'ya* hem de kayıtlara sadece *curia regis'de* izin verildi ve ilişkileri daha önceki İngiliz kaynaklarında açıkça gösterilir *age.* 373; GLANVILLE, VIII, 8 §7; Brunner, *age.* 197.

4. *Fautes volent exploits* "hatalar eylemleri yok eder" (bir hata bütün yöntemi geçersiz kılar) anlamına gelir; genelde bu ilkeye ve eski Fransız yöntemine ilişkin, bkz. Brunner, *Wort und From im altfranzösischen Process, age.*, özellikle sayfa 670'de.

5. Bkz. *yukarıda* bölüm *iii*:6:c.

6. Bkz. POLLOCK AND MAITLAND I, 212: " Bir kişinin bir başka kişiyi bu diğer kişinin sözleriyle bağlanmış olmak için değil, resmi hataların düzeltilmesi ve eksikleri tamamlama şansına sahip olmak için

kendisi adına konuşması için önermesine izin verilir" (Leg. Henr. 46 §3). Bu Brunner tarafından açıklanan "droit d'amendement"dir, *age.* 754-780 ve ayrıca *Zulass. Der Anw. 'de* 322.

7. Bir savcının atanması önce özel imtiyaza dayanıyordu, fakat bu Granville döneminde artık böyle değildi, ZUL. D. ANWL. *age.* 363; HOLDSWORTH II, 315, 316.

8. Bununla birlikte, ruhban sınıfının 1215'te Lateran Konseyi tarafından seküler mahkemelerde savcı olarak görev yapması kendilerine ya da yoksul kişilere ilişkin nedenler dışında yasaklandı.

9. İngiltere'deki kraliyet mahkemelerinde davacıların temsille mahkemede hazır bulunabildiğinin açık olduğu en erken dönem II. Henry dönemidir. Profesyonel hukuki temsil ilk olarak on ikinci yüzyıldan ziyade on üçüncü yüzyılda başlamış görünür. Zira Bracton tamamen müvekkili adına hareket edebilen ve aslında tamamen onun adına eylemde bulunan "avukatlar" hakkında çok şey söyler. Yine de avukatın görevi temelde yöntemseldi; ve hukuk sistemi giderek daha karmaşık hale geldikçe, davacılar sadece yöntemsel olarak temsil edilme ihtiyacı duymakla kalmadı, aynı zamanda mahkemede davalarını savunmakla birlikte onları *anlatan* avukatlara da ihtiyaç hissettiler. Avukatlar *anlatıcıydılar* (ve sonra *yüksek dava vekili* olarak anıldılar) ve hala onların erken tarihleri hakkında çok az bilgi vardır. Plucknett'in belirttiği gibi " Şu anki bilgi durumumuzda, I. Edward döneminde profesyonel *anlatıcıların* ve avukatların olduğunu ve muhtemelen bu mesleklerin daha önce III. Henry idaresinde ortaya çıktığını söylemek bu nedenle kesinlikle doğru görünür" (204, 206).

Weber, Örf ve Adet Hukukunun yöntemleriyle ilgili sonraki açıklamalarında ve onun hakkındaki genel düşüncelerinde görünüşte büyük ölçüde J. Hatschek'in yazdıklarına, özellikle ENGLISCHES STAATSRECHT I, deki üçüncü bölüme dayandı, 95 *ve sonraki sayfalar.* Weber'in bu çalışma boyunca açıklanan hukuk düşüncesinin genel fikirleri güçlü biçimde Hatschek'ten, özellikle *Konventionalregeln, oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen*

Recht (1909) adlı makalesinden etkilenmiş görünür. 3 JAHRBUCH DES ÖFFRENTLICHEN RECHTS 1-67.

10. Bu karmaşık gelişmenin birkaç yüzyılı kapsayan döneminin kısa açıklaması için bkz. PLUCKNETT 212-215, ve orada alıntılanmış literatür. Model çalışma HERMAN COHEN, HISTORY OF THE ENGLISH BAR (1929).

11. İki üniversite, Oxford ve Cambridge, sadece medeni hukuk ve kilise hukukunu öğretirken Inns of Court kraliyet mahkemelerinde gelişen "İngiliz" hukukuna odaklanmıştı. Bkz. PLUCKNETT 208-209.

12. Kralın pek çok mahkemesi tarafından yetki sınırlarını genişletmek için kullanılan kurgular üzerine bkz. PLUCKNETT 152-155; HOLDSWORTH I, 235. Daha genel olarak, bkz. Morris S. Cohen, *Fictions*, 6 ENCYC. SOC. SCI. 235; Fuller, *Legal Fictions* (1930-31), 25 ILL. L. REV. 363, 513, 877; MAINE bölüm II.

13. Bkz. Gelenek Hukuku akıl yürütme yöntemlerinin güncel analizi, EDWARD H. LEVI, INTRODUCTION TO LEGAL REASONING; ayrıca bkz. , LLEWELLYN, PRÄJUDIZIENRECHT UND RECHTSPRECHUND IN AMERIKA (1933).

14. Weber açıkça modern Amerikan gayrimenkul hukukundaki kullanım süresi, emlak ve ücret gibi kavramların ve şartlı mirasın tahrip edilebilirliği doktrini, daha değerli mülkiyet doktrini ya da Shelley Davasının Kuralı gibi kalıntıların devamını düşünüyor. Kullanım süresi kavramı uygulamalı olarak ortadan kalktı, diğerlerinin anlam ve görevi köklü bir dönüşüme uğradı; bkz. R. R. POWELL, LAW OF REAL PROPERTY (1950) I, bölüm iv. Temellük hakkında, bkz. Maitland, *The Mystery of Seisin* (1886), 2 L. Q. REV. 481; Bordwell, *Seisin ans Disseisin* (1920/ 21), 34 HARV. L. REV. 592; Sweet, *Seisin* (1896), 12 L. Q. REV. 239.

İngiliz hukukunun eski özelliklerinin çoğunu canlandıran, temellük ile ilgili bir Illinois davası, *Fort Dearborn v. Kline* (1885), 115 III. 177, 3 N. E. 272.

R. POWELL, age. , 235, not 70, (A. Kales'in büyük bilgisinin yardımıyla) Illinois kararlarını " tarihi geçmiş", eski İngiliz hukukunun "başka bir bedende yeniden doğması" olarak nitelendirir. Powell devam eder (p. 237): " Genelde, [gayri menkulle ilgili] İngiliz hukukunun Illinois yargısında diğer devletlerimizin çoğundan daha sürekli bir önemli unsur olduğu söylenebilir. Geçmişin hayaletleri modern yaşam taslağının parçası olarak gerçek yararlılığını belirlemek için araştırma yapmadan gizli odalarından serbestçe çıktılar. "

15. İngiliz avukatların kanunlaştırma ve hukuk reformunu engelleme çabalarının kanıtı için, bkz. , diğerleri arasında, Lord Birkenhead'in biyografisi DICTIONARY OF NATIONAL BIOGRAPHY (1922–1930). İngiliz avukatların hukuk reformu ve kanunlaştırmaya gösterdiği düşmanlığa karşı Bentham'ın umutsuzluğu için, bkz. , J. DILLON, LAWS AND JURISPRUDENCE OF ENGLAND AND AMERICA (1864) 271, 316-347, 180 *ve sonraki sayfalar.* Ayrıca bkz. Sunderland, *The English Struggle for Procedural Reform* (1926), 39 HARV. L. REV. 725. Amerikalı avukatların kanunlaştırma ve hukuk reformuna karşı hoşnutsuzluğu New York avukatlarının David Dudley Field'ın hukuku kanunlaştırma çabalarına karşı J. C. Carter tarafından başlatılan savaşında dramatik bir anlatım buldu. Bkz. Dillon *age.* 225; ayrıca bkz. REPORTS OF AMERICAN BAR ASSOCIATION (1890) 217 Carter için ve 1885, 1886 D. D. Field için; D. D. Field üzerine, bkz. New York Üniversitesi Hukuk Okulu'nun CENTENARY ESSAYS A. Reppy tarafından basıldı (1949); Llewellyn, 3 ENCYC. SOC. SCI. 243, ayrıca CLARK, CODE PLEADING (2. Basım 1947) 17-21.

16. " Kökleşmiş örf ve adet hukuku geleneğinin kanunlaştırmaya hukuki düşmanlığı" ile ilgili örnekler ve literatür için bkz. J. STONE 198.

17. Bu ifadenin kaynağı tespit edilemedi. İngiliz terimi " ortak ticaret" Alman metninde kullanılır.

18. Bkz. Brunner, *Die Zulassigkeit der Anwaltschaft* 324.

19. Roma hukuku yönelimli hukuk eğitimine ilişkin olarak, bkz. P. KOSCHAKER, EUROPA UND DAS RÖMISCHE RECHT (1947) 49 ve *sonraki sayfalar,* 55-59, ve orada alıntılanan literatür.

20. Bkz. KOSCHAKER, age. 94 *ve sonraki sayfalar* ve orada alıntılanan literatür; Roma, Fransa, İngiltere ve Almanya'daki avukatların sosyal konumları ve aralarındaki farklar için, bkz. 164-180, 227-234. Almanya'da avukatların lonca örgütlenmesi olmamıştır, *age.* 230, 247.

21. Gece okulları ya da üniversitenin ve *universitas literatum* atmosferi dışındaki diğer hukuk okulları kıta Avrupa'sında bilinmez ve bu nedenle Weber tarafından düşünülmemiştir.

22. Hukuk eğitimi, on dokuzuncu yüzyılda Almanya'da ve Avusturya (Macaristan)'da yerleşik hale geldiği ve hala var olduğu gibi, iki bölümden oluşur, yani üniversitede üç- dört yıllık çalışma ve çeşitli mahkemelerde ve idari kuruluşlarda, savcılıkta ve savcı ofisinde genellikle bir üç yıl daha uygulamalı hizmet eğitimi. Bkz. Rheinstein, Law Faculties and Law Schools [1938] WIS. L. REV. 5; ayrıca bkz. E. SCHWEINBURG, LAW TRAINING IN CONTINENTAL EUROPE (1945) 32, 80.

23. Medeni Kanunun 571, 581, 2 kısımlarına bkz.; kiranın kiralayan ve kiracı arasında tamamen kişisel bir anlaşma olduğu ve sonuç olarak kiracı mal sahibinden satın alan kişiyle kıyaslandığında toprak üzerinde kalma hakkına sahip olmadığı Roma hukuku kuralına ilişkin olarak, bkz. SOHM, INSTITUTIONEN 434; ayrıca bkz. BUCKLAND 499.

24. Hindu hukuku üzerine bkz. S. Vesey Fitzgerald, *Hindu Law*, 9 ENCYC. SOC. SCI. 261, ve orada belirtilen literatür; daha fazlası için bkz. *altta*, v. kısım 19. Not. Hindistan'daki erken "hukuk" eğitimi açıklaması için, bkz. MAINE, EARLY LAW 13.

25. Weber ESSAYS ON SOCIOLOGY OF RELIGION'ında İslam'a yer vermedi; yine de, Sociology Of Religion bölümünde onu dikkate aldı. İslami hukuku üzerine başlıca kaynaklar olarak GOLDZIHER'S VORLESUNGEN ÜBER DEN ISLAM (1910, ikinci basım 1925), KOHLER AND WENGER'de ilgili bölüm 82, *ve sonraki sayfaları* ve sayfa 152'de listelenmiş literatürü, özellikle ZEITSCHRIFT FÜR VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT'da Josef Kohler'ın çeşitli makalelerini kullanmış görünmektedir. İslami hukuk üzerine ilave literatür için bkz. J. Schacht'ın şu çalışmaları: ENCYCLOPAEDIA OF ISLAM (1927)'daki

makaleleri, G. BERGSTRAESSER'S GRUNDZÜGE DES ISLAMISCHI RECHTS (1935)'deki yayını; *Islamic Law*, 8 ENCYC. SOC. SCI. 3(349'daki bibliyografya ile; ve ORIGIN OF MOHAMMEDAN LA (1951). İngilizcede İslam hukuku üzerine kitaplar ve makaleler Stern bibliyografyasında listelenmiştir (1950) 43 LAW LIBRARY J. 16; ayrı bkz. G. V. GRÜNEBAUM, MEDIEVAL ISLAM (1946).

26. *Hadisler*–Peygamber'in ve arkadaşlarının örnek niteliğin olan işlerine ilişkin hadisler, ve Peygamber'in Kuran'a dahil edilm yen sözleri. Müslümanlığın Sünni kolu tarafından buyurucu olar görülen ama Şiiler tarafından reddedilen *sünneti* oluştururlar. *Hadis* derlemelerde toplandığında sadece tamamen güvenilir kabul edil kişilerin "altın zinciri" aracılığıyla izi sürülebilenler güvenilir kat edildi. İslami hukukun uygun "geleneklerin" "icadı" ile biçimlenm ve gelişmesinde oynanan rol üzerine, bkz. J. SCHACHT, ORIGINS (MOHAMMEDAN LAW (1951).

27. Georg Freiherr v. Hertling, 1843-1919, Katolik filozof ve Alm devlet adamı. Bkz. *Recht, Staat und Gesellschaft'i*, 1997.

28. Dharma – Sutras " hukukun belli ekollerinin en eski tezah rüdür ya da bunlar daha ziyade özellikle Vedic okullarında veril hukuk öğretimini (anımsatıcı aforizmalar biçiminde) somutlaştırır. I tanrıdan çıktığını iddia eden bir istisna ile, her biri [Vedic] dönemir bazı büyük bilgelerinin adını taşır. " – VESEY –FITZGERALD, *a* 24. Not. Muhtemelen milattan önce 600-300 dönemine dayandırılı

Egemen Hindu teorisine göre Dharma- Sutras'ın tüm hukuku ka sadığı ifadesi terim *arthasastrası* ve *Manu* ve *Yajnavalkya* adı altın bilinen enstitü-tipi hukuk kitaplarını içermesine ilişkin olarak çok a bir anlamda kullanıldığında kabul edilebilir. Sonuncusu modern Hin hukukunun gelişmesi için önemli hale gelmiş sonraki yorumcula çalışmalarında dikkati çeken bir konum işgal eder.

29. Didaskalia (Yunanca: Öğreti, Doktrin) – İsa'nın öğretisir en eski Hristiyan topluluklarının ruhani-karizmatik yöntemin yani *Didache of the Apostles* gibi otoriter yazılarda yerleşmesinden

örgütlenmiş toplantılarda Hristiyan hayatının kanal oluşturmasından önce yayılması. Bkz. SOHM, KIRCHENRECHT 38, 41.

30. *Fetva* – ilahiyatçı- hukuk bilgini müftünün fikri.

31. Şeriat – Allah'ın kişinin davranışıyla ilgili olarak koyduğu kuralların bütünü.

32. İslami okullarla ilgili olarak, bkz. *yukarıda*, kısım ii:5 ve kısım iii, not 12.

33. Temel görevi imzaları doğrulamak ve böylece gerçekliğin resmi kanıtını oluşturmak olan Amerikan türü *noterin* aksine, Avrupalı noter hukuk düzenlemelerinde de, özellikle gayri menkul devirlerinin ve ayrıca önemli ticari belgelerin düzenlenmesinde uzmandı. Bu nedenle sadece bir avukat değil ama aynı zamanda özel eğitimi ve yeterliliği olan bir avukattı. . Bkz. Deak; *Notaries Public*, 11 ENCYC. SOC. SCI. 499, ve orada alıntılanan literatür; ayrıca bkz. CALASSO, STORIA E SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO COMUNE (1938) I, 212, ve (1934) III ARCHIVIO GIURIDICO 64. Savigny noterler birliğini on üçüncü yüzyılın ortalarında Bologna'da tespit etti; bkz. GESCHICHTE DES RÖMISCHEN RECHTS IM MITTELALTER 540; ayrıca bkz. GOLDSCHMIDT 151-153.

34. İtalyan şehir magistratlarının diğer şehirlerden intramural çekişmeleri hafifletmek için getirdiği *Podesta* ile ilgili olarak, bkz. *altta*, bölüm XVI: iii:3; ayrıca bkz. ENGELMANN 59; CALISSE, *age.* 143, 169, 180. *Signoria* üzerine, geç ortaçağ İtalyan şehir tiranlığı ve monarşisi, bkz. *altta*, bölüm XVI:iv: 8-9.

35. Bkz. Stouff (1887) 11 NOUVELLE REVUE HISTORIQUE 269; GOLDSCHMIDT, 200 ve orada alıntılanan literatür; ayrıca sayfa 230 (not 159); sayfa 153 (not 32). Fransa'daki noterler üzerine A. COPPIN'ın denemesi, LES ORIGINES DU NOTARIAT FRANÇAIS (1884, Academie de Douai) ile kıyaslayın.

36. Bkz. : Fransa için, KOSCHAKER, EUROPA U. DAS RÖM. RECHT 221 ve orada alıntılanan literatür; Almanya için, BRUNNER I, 209, II, 296 *ve sonraki sayfalar;* ayrıca bkz. G. Schubart-Kikentscher,

Römisches Recht im Brünner Schöffenbuch (1947), 65 SAV. Z. GERM. 8 genel olarak bkz. ENGELMANN AND MILLAR 98 *ve sonraki sayfala* 114 *ve sonraki sayfalar,* 199, 519.

37. EIKE VON REPGOW (1180-1250) SACHSENSPIEGEL (MI ROR OF SAXON LWA, 1224-1230)'in yazarıdır; bkz. v. Künnsbe 13 ENCYC. SOC. SCI. 308; E. WOLF, GROSSE RECHTSDENKE (1939) I; PHILIPPE DE BEAUMANOIR (1246-1296) COUTUMES D BEAUVOISIS (1283)'ın yazarıdır, Fransa'nın en etkili Orta Çağ huku anlaşmaları; bkz. Meynial, 2 ENCYC. SOC. SCI. 486.

38. Bkz. Homeyer tarafından yazılan SACHSENSPIEGEL üçünc basımının girişi (1861) 20, 105; E. Molitor, *Der Gedankengang d sachsenspiegels* (1947), 65 SAV. Z. GERM. 15, ve orada alıntılanan güncel literatür.

39. Romalı hukukçular üzerine bkz. JOLOWICZ, 88, 380; H. WOLFF, ROMAN LAW (1951) 91; ve özellikle F. SCHULZ, HISTOR ve W. KUNKEL, HERKUNFT UND SOZIALE STELLUNG DE RÖMISCHEN JURISTEN (1952).

40. Kadı – Müslüman şeriat mahkemesinin yargıcı (bkz. yukarı not 31), kadı adaleti (*Kadijustiz*) – Weber tarafından resmi olarak ra yonel hukukun sabit kurallarına yönelik olmayan ama içeriksel olara rasyonel hukukun etik, dini, siyasal ya da diğer başvuru önermelerir yönelik olan yargı yönetimini tanımlama sanatına ait bir terim olar kullanılır.

41. Bkz. Millar, Procedure, Legal, 12 ENCYC. SOC. SCI. 439, 44

42. Hüküm için bkz. JOLOWICZ 95, 362; H. J. WOLFF, *age.* 81.

43. Amerikan hukukunda bilindiği gibi Gelenek Hukukunun da dilekçesi ve Kod Kanunun dava dilekçesi arasındaki karşıtlığa tekab eder, . Bkz. CLARK, *age.* 5; Millar, *Procedure, Legal,* 12 ENCYC. SO SCI. 439, 446/447.

44. Medeni hukuk kavramına hiç gönderme olmadığında, fak yargıca *intentio'da* tanımlanan bazı *gerçekleri* doğru bulursa sade mahkum etmesi, eğer doğru bulmazsa beraat ettirmesi söylendiğinc

kullanılan *formül factum concepta'da* bir formüldür. Bkz. JOLOWICZ 212-213; WENGER 162, 164.

45. Bonn'da Profesör olan Gustav Demelius. (SCHIEDSEID UND BEWEISEID IM RÖMISCHEN CIVILPROZESS [1887]); 8 SAV. Z. ROM. 269, O. Gradenwitz'e ait eleştiri yazısına bkz. Roma hukukunun (seküler) gelişmesinde kutsal hukukun hangi ölçüde etkili olduğu sorunu üzerine, bkz. *altta*, kısım v:1-2.

46. *Simulata pro veris accipiuntur* ("temsili işlem gerçek sayılır"; SERVIUS AD AENEAM II, 116).

Bu, hayvanların yerine sadece, ekmeğe ya da muma modeli çıkarılmış şekillerinin kurban edilmek zorunda olduğu anlamına geliyordu. Diğer örnekler için bkz. JHERING I, 326.

47. JHERING III, 27vd.

48. M. Ö. 300 bkz. F. SCHULZ, HISTORY 9.

49. Ti. Coruncanius M. Ö. 280'de bir konsüldü. Halkın önünde *responsayı* ilk onun verdiği Pomponius tarafından D. 'de bildirilir 1, 2, 2, 35: *Primus publice profiteri coeprit;* bkz. SCHULZ 10.

50. Bkz. BUCKLAND 22. Caius hakkında, age. 29 ve SCHULZ, HISTORY 159; JÖRS AND KUNKEL 33; De Zulueta, *Reflexions on Gaius* [1947], TULANE L. REV. 173.

51. JHERING II, 440.

52. CICERO, IN VERREM 4. 9. 20.

53. "Hukuki metinlerin hiçbiri Augustus'un *responsayı* bağlayıcı kıldığını belirtmez. Hadrian döneminde hukukçuların görüşünde bir değişiklik olduğu açıktır." BUCKLAND, TEXTBOOK 23. *Ius respondendi'nin* kökeni ve doğasına ilişkin bu ünlü ihtilafla ilgili günümüz literatürü için bkz. KOSCHAKER, EUROPA U. DAS RÖM. RECHT 962; Siber, *Der ausgangspunkt des ius respondendi* (1941), 61 SAV. Z. ROM. 397; Kunkel, *Das Wesen des ius respondendi* (1948), 66 SAV. Z. ROM. 423.

54. Hukuk danışmanları ve avukatlar arasındaki ayrım üzerin bkz. JHERING II, 436; BUCKLAND 22.

55. İki ekol Proculians ve Sabinians, önemleri ve iddia edile çekişmeleri üzerine, bkz. BUCKLAND 27; SCHULZ, HISTORY 11 JÖRS AND KUNKEL 32, 394.

56. Bu literatür üzerine, özellikle bkz. SCHULZ, HISTORY 9 173, 223.

57. Bkz. KOHLER AND WENGER 172; JOLOWICZ 469; SCHUL HISTORY 119.

58. *Actiones locati* ve *conducti*den çıkarıldığı şekliyle *locatio-con ductio* ("kira") kavramı, (1) *locatio –conductio rei*, yani arazinin ya d malın bir parçasının kiralanmasını; (2) *locatio-conductio operarum* yani, işçiye iş gücünün hizmet için kiralandığını belirten anlaşma; v (3) *locatio- conductio operis*, yani bir binayı inşa etme ya da örneğin bi takım elbise yapma gibi diğer bir işi tamamlama fırsatının bağımsı bir girişimciye verilmesini kapsıyordu.

59. Weber burada JHERING II'yi izler. Ayrıca bkz. SCHUL PRINCIPLES 43; WIEACKER, VOM RÖMISCHEN RECHT 7; EH RLICH 195, 312.

60. UNIVERSALGESCHICHTE 78, 93; genel olarak, 71-89, 331.

61. *Locatio-conductio* – kira; bkz. yukarıda not 58; *em[p]tio- vend tio* – satış; *mandatum* – yetki, yani ödenmemiş hizmetler için anlaşm eğer hizmetler için ödeme yapılacaksa, anlaşma *locatio-conducti operarum* olur.

Actio quod iussu [depositum] – başlangıçta, otoriteye oğlunu y da kölesini diğeriyle anlaşma yapmak için veren birine karşı dav *stipulatio*- belli şekilde biçimlendirilmiş sözlerle istenen ve verilen sö

Constitutum – terim burada teknik olmayan anlamda, görünüş dava edilebilir bir sözün hukuki temeli (*causa*) anlamında kullanılı teknik olarak *constitutum debiti* söz verenin ya da üçüncü şahısları mevcut borcunu ödemek için verilen biçimsiz bir söz anlamına gel

pretor hukukunda *actio depecunia constituta* ile dava edilebilir bir *actio in factum* haline geldi. Bkz. JÖRS AND KUNKEL 189.

62. Bkz. GOLDSCHMIDT 78, 93. Bununla birlikte, *actio quod iussu nun* genel olarak ulaşılabilir olmadığı fakat sadece anlaşmayı yapan kişinin bir *filius familias*, bir köle ya da davalıya bağlı başka biri olduğu zamanda ulaşılabilir olduğu hatırlatılmalıdır. Bkz. BUCKLAND 531. Buckland'a göre *actio quod iussu'nun* önemi azdı. Weber'in ifadesi (D. tarafından örneklendirildiği gibi 17. 1. 2)"*mandatum ya da iussus'un* şaşılacak derecede hoşgörülü kategorisinden" söz eden, Weber'in metninde bahsettiği bu modern işlemler için yeterli geldiğini belirten GOLDSCHMIDT'e dayanır, 78 not 93. *Mandatum ve iussus'la* ilgili bilginin mevcut durumu için bkz. JÖRS AND KUNKEL 213, 267, 411, 415.

63. Bkz. PLUCKNETT 601, ve orada alıntılanan literatür.

64. Mülkiyetle ilgili kapsamlı Roma kavramı olan *dominium* sadece hem arazi hem de mallar üzerindeki mülkiyeti kapsayan genel hukuki bir terimin değil aynı zamanda araziye sahip olma, ondan yararlanma ve onu devretme haklarının tamamına işaret eden bir terimin de olmadığı Germen yasalarıyla çelişir. Bir kişinin araziden fayda sağlamasının çeşitli yolları geleneksel olarak Gelenek Hukukunun niteliği olan kullanım hakları, gayrimenkuller ve gelecekteki çıkarlarının karışık bir toplamında açıklandı. Sadece yakın dönemde "tımar" ve daha yakınlarda "tapu" (mallardan gelenle birlikte) bir parça araziden elde edilebilen haklar ve faydalar toplamına işaret eden Roma *dominiumuna* yakın bir anlam kazandı. Nesnel ve geçici olarak sınırlanmış nitelikteki tüm haklar ya kira gibi mülk sahibine karşı salt kişisel talep olarak ya da bir başkasının (*iure in re aliena)* malında hak yani bir kişi için ömür boyu mülk haline getirme (*usufructus*), bir geçiş ya da kullanma hakkı (*servitus)* ya da bir ipotek (*hypotheca)* gibi engeller olarak görülür. Özel bir şey bir başkasının hakkıyla engellendiği sürece, mülk sahibinin *dominiumu* bu doğrultuda, derhal genişlemek için, engeller kalkar kalmaz yine de sınırsız mülkiyet, yararlanma, kullanma ve tasarruf özgürlüğünün bütünlüğü açısından sınırlanır. Yine de *dominium* kavramı Roma mülk sahibinin mallarını kullanmada ya da suistimal etmede tamamen sınırsız

özgür olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Özellikle arazi sahibi olarak halk yararı için oluşturulan polis gücü düzenlemeleri tarafından her zaman sınırlanıyordu. *Dominium* kavramı sadece, mülkiyet haklarına ilişkin zihinsel işlemleri kolaylaştırmak için zihinsel bir araçtır. Dolaylı olarak, tabii ki arazi alışverişlerini kolaylaştırma ve böylece arazi tapularının güvencesini arttırma eğilimi de vardır.

Weber'in gözlemlediği gibi, oldukça soyut bir kavram olan *dominium* hukuki detaylandırmanın uzun sürecinin ürünüydü. Germen hukukuna ve diğer hukuklara benzer olarak, eski Roma hukuku da bir kişinin yasal olarak bir eşya ile, özellikle bir arazi parçasıyla ilişkisinin çeşitli türlerini gösteren çeşitli kavramlarla işliyordu. *Ius civile'de, res mancipi'ye* (özel anlamda yurttaşın arazisi, köleler, büyük baş hayvanlar ve bazı tarımsal araçlar) *res nec mancipi'den* farklı davranılırdı. *Ex iure Quiritium* sahipliği pretor hukukunun *in onis haberesiyle* ya da yönetimsel olarak idare edilen kamu arazisindeki çeşitli kullanım haklarıyla aynı değildi (bkz. bölüm ii:5). Kapsamlı *dominium* kavramının detaylandırılması hukukçuların işiydi. Günümüzdeki egemen görüşe göre, bu zihinsel süreç temelde klasik hukukçular tarafından tamamlandı. Gelişme üzerine, bkz. JÖRS AND KUNKEL 120, ve orada ve sayfa 405'te belirtilen kapsamlı literatür; ayrıca BUCKLAND 188, ve NOYES 131.

65. *Lex Citationum* – Bunlardan birkaç tane vardı; en eskisi M. S. 321'de Constantine tarafından yayınlandı; en iyi bilineni 426'da Valentinian III ve Theodosius II (CODEX THEODOSIANUS 1. 4. 3.) tarafından yayınlananıdır. Mahkemeler belli sayıda hukukçunun işini görüşmek için düzenlenirdi; hukukçuların ters düştüğü yerde, yargıç çoğunluğun fikrini ya da oy eşitliği durumunda, Papinian'ın fikrini benimserdi. 174

V. BİÇİMSEL VE İÇERİKSEL RASYONELLEŞME TEOKRATİK VE SEKÜLER HUKUK

1. Hukuki Formalizmin Genel Koşulları

Son bölümle ilgili değerlendirmeler, daha önce çeşitli yerlerde değinilen, siyasal otorite biçiminin yasanın biçimsel yönleri üzerindeki etkisiyle ilgili önemli sorunu ortaya çıkarır. Bu sorunun nihai analizi daha sonra ele alacağımız çeşitli otorite türlerinin analizini gerektirir. Yine de bu noktada birkaç genel düşünce olabilir. Kamu adaletinin daha eski biçimleri akraba grupları arasındaki uzlaştırıcı müzakerelerden doğmuştu. Bu eski adalet biçimlerinin ilkel biçimsel irrasyonelliği her yerde prenslerin ya da magistratların otoritesinin etkisi (*imperium*, yasak) altında ya da bazı durumlarda örgütlü bir ruhban sınıfının etkisi altında terk edildi. Bu etkinin niteliği çeşitli otorite türleriyle farklılaşsa da hukukun içeriği bundan kalıcı olarak etkilendi. Prenslerin ya da başpiskoposların idari mekanizması daha rasyonel hale geldikçe, yani idari "görevlilerin" iktidarın uygulanmasında kullanıldıkları kapsam genişledikçe, hukuki yöntemin hem biçim hem içerik olarak "rasyonel" hale gelmesi olasılığı da büyüdü. Otoritenin örgütlenmesinin rasyonelliği arttığı ölçüde, rasyonel olmayan prosedür biçimleri ortadan kalktı ve maddi hukuk sistemleştirildi, yani hukuk bir bütün olarak rasyonelleşti. Bu süreç örneğin Antikite'de *ius honorarium*'da ve pretör çözümlerinde,[1] Frenk Krallarının

kararnamelerinde, İngiliz Krallarının ve Adalet Bakanlarının yöntemsel yeniliklerinde, [2] ya da Katolik Kilisesinin soruşturmayla ilgili yöntemlerinde[3] ortaya çıktı. Yine de bu rasyonelleşme eğilimleri iktidarı yönetenlere ait açık ve kesin bir politikanın parçası değildi; bu yöne daha ziyade örneğin Papalığın idari mekanizması durumunda olduğu gibi kendi rasyonel yönetimlerinin ihtiyaçları tarafından ya da örneğin Romanın, geç Orta Çağın ya da modern zamanların burjuva sınıfı gibi, müttefik oldukları ve maddi hukuktaki rasyonelliğin ve yöntemin kendilerine bir avantaj oluşturduğu güçlü çıkar grupları tarafından sokuldular. Bu çıkarların olmadığı yerde, hukukun sekülerleşmesi ve formel bir hukuksal düşünce biçiminin tam anlamıyla gelişmesi ya başlangıç aşamasında kaldı ya da pozitif olarak dengelendi. Bu, genel hatlarıyla, patrimonyal hükümdarlarla birlikte dini hiyerarşilerin rasyonelliğinin karakter olarak çok önemli olmasına atfedilebilir; öyle ki amaçları hukuki sonuçları doğru tahmin şansını ve hukukun ve prosedürün rasyonel sistemleşmesini azami seviyeye çıkartan biçimsel hukuksal kesinliğin en yüksek derecesini elde etmek değildir. Amaç daha ziyade söz konusu otoritelerin aranan nitelikte ve etik amaçlarına en uygun olan hukuk türünü bulmaktır. Hukuki sorunların müstakil ve uzmanlaşmış "hukuksal" işleyişi hukuki gelişmenin bu taşıyıcılarına yabancı bir düşüncedir; bunlar hukukun etikten ayrılmasıyla hiçbir suretle ilgilenmezler. Genel anlamda bu, özellikle hukuki kural ve etik taleplerin kombinasyonuyla tanımlanan teokratik olarak etkilenmiş hukuki sistemler için geçerlidir. Ancak bir yandan hukuki düşüncenin diğer yandan sosyal ilişkilerin biçimlerinin bu türden rasyonelleşmesi sırasında çok çeşitli sonuçlar

ruhban ürünü hukuki bir doktrinin hukuksal olamayan bileşenlerinden doğabilirdi. Bu muhtemel sonuçlardan biri *fas'ın*, yani dini emirin, *ius'dan*, yani insanın dini ilgisi olmayan bu gibi çatışmalarının tasfiyesi için kurulmuş hukuktan, ayrılmasıydı. [4] Bu durumda, *ius*'un bağımsız bir gelişme seyrinden, vurgunun mantıksal ya da ampirik unsurlar üzerinde olabildiği rasyonel ve formel bir hukuk sistemine geçmesi mümkündü. Bu, fiili olarak hem Roma'da hem Orta Çağ'da gerçekleşti. Bu durumlarda hukukun dini olarak yerleşmiş ve özgürce oluşturulmuş bileşenleri arasındaki ilişkiyi belirleyen yolları daha sonra tartışacağız [v:2, v:8]. İleride göreceğimiz gibi [kısım vii], düşünce artarak seküler hale geldikçe dini hukukun, pozitif hukukun ötesinde kısmen ideal bir önerme ve kısmen yasalaşma ve hukuki uygulama üzerinde değişen fiili etkiyle birlikte bir doktrin olarak işleyen "doğal bir hukuka " bir rakip olarak rastlaması ya da yerini ona bırakması mümkündü. Yine de, dini emirlerin seküler kurallardan asla ayrılmaması ve karakteristik olarak dini ve ayinsel emirlerle hukuki kuralların teokratik kombinasyonunun değişmeden kalması da mümkündü. Bu durumda, etik ve hukuki görevler, ahlaki tavsiyeler ve hukuki emirlerden oluşan özelliksiz bir yığın ortaya çıktı ve sonuç özel olarak *resmi-olmayan* bir hukuk türüydü. Bu iki olasılıktan hangisinin gerçekleşeceği söz konusu dinin henüz sözü edilen karakteristiklerine ve onun hukuk sistemi ve devletle ilişkisini yöneten ilkelere dayanıyordu; bu kısmen rahiplerin devlet karşısındaki güç konumuna ve sonuç olarak devletin yapısına dayanıyordu. Otoritelerinin özel yapısından dolayı neredeyse tüm Asya uygarlıklarında bu gelişme seyirlerinin bahsi geçeni sonuncusu ortaya çıktı ve devam etti.

Fakat farklı hukuk sistemlerinin mantıksal yapısında bazı özellikler benzer olabilse de, bunlar egemenliğin çeşitli türlerinin sonucu olabilirler. Teokrasi ve patrimonyal monarşi gibi kişisel sadakate dayanan otoriter güçler genellikle hukukun formel olmayan türünü oluşturdu. Fakat hukukun formel olmayan türü demokrasinin bazı türleri tarafından da üretilebilir. Açıklama sadece baş piskoposlar ve tiranlar ve özellikle açık fikirli tiranlar gibi iktidar sahiplerinin değil ama aynı zamanda demokratik demagogların da resmi kurallarla, hatta dini olarak kutsal ve bu nedenle kesinlikle bağlayıcı kabul ettikleri normlar dışında kendilerinin yaptığı normlarla bile bağlanmayı reddedebilmesinde yatar. Hepsi hukuki kesinliğin soyut şekilciliği ve maddi amaçları gerçekleştirme arzuları arasındaki kaçınılmaz çatışmayla karşılanır. Hukuki formalizm hukuki sistemin teknik olarak rasyonel bir makine gibi çalışmasını sağlar. Bu nedenle sistem içindeki bireyler ve gruplar için görece en büyük özgürlüğü garanti eder ve onlar için eylemlerinin hukuki sonuçlarını tahmin etme olasılığını büyük ölçüde arttırır. Prosedür barışçıl rekabetin, "oyunun sabit ve dokunulmaz kurallarına " bağlanmış özel bir türü haline gelir.

Akraba grupları arasındaki çıkar çatışmalarının düzenlenmesine yönelik ilkel prosedürler kesin olarak şekilci kanıt kuralları tarafından karakterize edilir. Aynı şey *Dinggenossenschaften'daki* hukuksal yöntem için de geçerlidir. Gördüğümüz gibi, bu kurallar önce kanıt sorularının uygun yolla ve uygun kişi tarafından sorulmasını gerektiren büyüsel inançlar tarafından etkilendi. Daha sonra bile, hukukun bugün anlaşıldığı şekliyle bir gerçeğin rasyonel bir yöntemle, özellikle şimdi en önemli yöntem olan, ikinci dereceden kanıtlardan hiçbir suretle

bahsetmeyen tanıkların sorgulanmasıyla "kanıtlanması" fikrini geliştirmesi uzun zaman aldı. Daha önceki dönemlerin, sanığın masum olduğuna dair yeminli beyan veren tanıkları olayın izahının doğru olduğuna dair yemin etmezlerdi, fakat kendilerini ilahi gazaba maruz bırakarak kendi taraflarının haklılığını doğrularlardı. Bu uygulamanın, pek çok kişinin belki de çoğunluğun tanık olarak kendi şahsi görevlerinin hangi tarafın "haklı" olduğuyla ilgili "yemin etmek" olduğuna inandığı günümüz uygulamasından daha az gerçekçi olmadığını gözlemleyebiliriz. Bu nedenle eski hukukta kanıt bir "yükümlülük" olarak değil, en azından bunun atfedildiği tarafın "hakkı" sayılıyordu. Yine de, yargıç katı biçimde bu kurallarla ve geleneksel kanıt yöntemleriyle bağlıydı. "Gelenek hukuku" prosedürü[5] gibi geç bir döneme ait modern teori sadece kanıta bir yükümlülük olarak bakıldığında antik yöntemden farklıdır. Bu yargıcı da tarafların hareketlerine ve sundukları kanıta bağlar ve aslında aynı ilke davanın tüm yönetimine uygulanır: karşı prosedür ilkesine göre, yargıç tarafların hareketini beklemelidir. Tanıtılmayan ya da bir hareketin içine konmayan ne varsa yargıçla ilişkili olduğu kadarıyla ortaya çıkmaz; aynı şey, rasyonel olsun ya da olmasın, kabul edilen kanıt metotlarıyla açığa çıkarılamayan gerçekler için de doğrudur. Bu nedenle yargıç sadece sınırlar içinde ulaşılabilir olan göreceli gerçeğin tarafların yöntemsel eylemleriyle tespitini gerçekleştirmeyi amaçlar.

Bu tam olarak bilinen en eski, en açık yargılama biçiminin karakteriydi: Çekişen akraba grupları arasında, yargılama usulünü oluşturan kehanet ve işkenceyle sorgulama ile uzlaşma ve anlaşma. Bu antik hukuki yöntem büyüsel ve

ilahi güçlerin çağrılmasına yönelik tüm etkinlikler gibi katı biçimde formeldi; fakat prosedürün belirleyici eylemlerinin rasyonel olmayan doğa üstü niteliği aracılığıyla içeriksel olarak "doğru" kararı elde etmeye çalışıyordu. Bununla birlikte bu irrasyonel olmayan güçlerin otoritesi ve onlara olan inanç kaybolmaya başladığında ve yerlerine rasyonel kanıt ve kararların mantıksal kökeni geçtiğinde şekilci yargılama davacılar arasında gerçeği bulmanın görece yüksek olasılığına ulaşmak amacıyla düzenlenmiş salt bir yarışma haline gelmek zorundaydı. Davanın ilerlemesinin desteklenmesi devletten ziyade şahısları ilgilendiriyordu. Yargıç onları kendi inisiyatifleriyle yapmak istemedikleri herhangi bir şeyi yapmaya zorlamaz. Bu nedenle yargıç, bireysel davalarda somut çıkar ya da eşitlik düşüncelerini etkileyebilen yargılama aracıyla siyasal, etik ya da duygusal nitelikte maddi taleplerin en uygun biçimde gerçekleştirilmesi arayışına uyamaz. Formel adalet formel hukuki çıkarlarını temsil etmeleri için ilgili taraflara en üst derecede özgürlüğü garanti eder. Fakat formel adalet sisteminin meşrulaştırdığı ekonomik gücün eşit olmayan dağılımı nedeniyle, bu özgürlük pek çok kez dini etiğin ya da siyasal çıkarın maddi önermelerine ters olan sonuçlar üretir. Bu nedenle resmi yargı patriarşik olanla birlikte teokratik tüm otoriter güçlere karşıttır; çünkü otoritelerin lütuf ve gücü üzerindeki bireysel bağımlılığını azaltır. [6] Bu yine de, demokrasiye aykırıydı; çünkü hukuki uygulamanın ve bununla birlikte bireylerin vatandaşların kararlarına bağımlılığını azaltır. [7] Ayrıca, yargılamanın çatışan çıkarların barışçı rekabetine doğru gelişmesi ekonomik ve sosyal gücün bir yerde toplanmasına katkıda bulunabilir. Tüm bu durumlarda formel adalet, zorunlu

soyut niteliği sebebiyle, özsel yargının ideallerine tecavüz eder. Belli bir zamanda ekonomik gücü yönlendiren ve bu nedenle onun kısıtsız işleyişiyle ilgilenenler, ve ayrıca ideolojik temellerde otoriter kontrolü yıkmaya ya da bireysel fırsatları geliştirmek ve yetenekleri özgür bırakmak amacıyla rasyonel olmayan kitle duygularını engellemeye çalışanlar için de formel adaletin belirleyici değerini oluşturan tam olarak bu soyut niteliktir. Formel olmayan yargı tüm bu gruplar için açıkça mutlak keyfilik ve öznel kararsızlık olasılığını temsil eder. Formel yargıyı destekleyen bu gruplara hukuk prosedürünün istikrar ve tahmin edilebilirliğinin çok önemli olduğu tüm bu siyasal ve ekonomik çıkar gruplarını, yani özellikle kalıcı bir karaktere sahip olmaya yönelik rasyonel, ekonomik ve siyasal örgütleri dahil etmek zorundayız. Hepsinden öte, ekonomik gücü elinde tutanlar formel rasyonel bir yargı yönetimini sadece teokratik- patriarkal otoriter gruplar tarafından değil aynı zamanda bazı şartlar altında demokratik gruplar tarafından reddedilen bir değer olan"özgürlüğün" güvencesi olarak görürler. Formel yargı ve onu güvence altına alan "özgürlük" aslında ideolojik olarak maddi hukuk ile ilgili tüm gruplar tarafından reddedilir. Bu gibi gruplara formel türden ziyade kadı-adaleti daha iyi hizmet eder. Örneğin doğrudan Atina demokrasisinin halk adaleti kadı-adaletinin kesin bir biçimiydi. Jüri tarafından yapılan modern yargılama da formel hukuka göre olmamasına rağmen gerçek uygulamada çoğunlukla kadı-adaletiydi; sınırlı halk yargısının bu hayli formelleştirilmiş türünde bile sadece prosedür tekniği tarafından doğrudan ihtiyaç duyulan formel hukuki kurallarla bağlanma eğilimi gözlemlenebilir. Oldukça genel olarak, halk adaletinin

tüm biçimlerinde kararlara somut, etik ya da siyasal düşünceler ya da sosyal adalete yönelik duygular temelinde ulaşılır. Siyasal adalet özellikle Atina'da hakimdi, fakat bu bugün bile bulunabilir. Bu açıdan, bir yandan halk demokrasisi diğer yandan teokrasi ya da patriarkal monarkların otoriter gücü tarafından gösterilen benzer eğilimler vardır. Örneğin, Fransız jüri üyeleri, formel hukukun aksine, düzenli olarak karısının suçüstü yakaladığı sevgilisini öldüren bir kocayı beraat ettirdiğinde tam olarak Büyük Frederick'in değirmenci Arnold'ın yararına "kraliyet adaleti" dağıttığında yaptığını yaptıyorlar. [8] Bununla birlikte yargının teokratik yönetiminin belirleyici niteliği tamamen somut etik düşüncelerin önceliğine dayanır; formalizme ilgisizliği ve ondan hoşnutsuzluğu sadece kutsal hukukun kurallarının açıkça ifade edilmesinden dolayı sınırlanır. Ama sonuncusunun normlarına başvurulmasından dolayı, hukukun teokratik türü kesin karşıtlıkla yani, değişen şartlara uyumlu olmak için fazlasıyla şekilci vicdan muhasebesi geliştiren bir hukukla sonuçlandı. Yargının seküler, patrimonyal otoriter yönetimi genellikle tam olarak bir esneklik derecesine izin veren gelenekle uyumlu olmak zorunda olduğu yerde bile teokratik yargıdan çok daha özgürdür.

Son olarak, yargının ileri gelenler (*honoratiores*) tarafından yönetimi hangi hukuki çıkarların içerildiğine bağlı olan iki bakış açısı sunar; *honoratiores*'in kendi sınıfınınkiler ve onlar tarafından yönetilen sınıfınkilerin çıkarları. Örneğin İngiltere'de merkez mahkemesinin önüne gelen tüm davalar kesin olarak şekilci yolla hükme bağlanıyordu. Fakat kitlelerin günlük sorunlarını ve suçlarını görüşen sulh mahkemeleri formel değildi ve bir ölçüde Avrupa üzerinde tamamen bilinmeyen

kadı-adaletinin temsilcisiydi. Ayrıca, davanın ve hukuki hizmetlerin yüksek maliyeti bunları satın alamayanların adaleti inkarına yol açıyordu. Bu başka nedenlerle Roma cumhuriyetinin hukuk sisteminde de var olana da benziyordu. [9] Adaleti tanımama varlıklı sınıfların, özellikle de kapitalist sınıfların çıkarlarıyla oldukça uyumluydu. Fakat üst sınıflar içinde çekişmenin formel yargılamasının keyfilikle ya da ekonomik olarak zayıf olanlar için adaletin fiili inkarı ile birleşen böyle bir ikili hukuki politikası her zaman mümkün değildir. Eğer buna sahip olunamazsa, kapitalist çıkarlar için en iyi olan katı biçimde formel bir yargı sistemidir. Bu tüm davalarda geçerlidir ve karşıt prosedür sistemi altında işler. Herhangi bir davada *honoratiores* tarafından yargılama temelde ampirik olmaya eğilimlidir ve prosedürü karmaşık ve masraflıdır. Bu nedenle burjuva sınıfının çıkarları açısından uygun durabilir ve aslında İngiltere'nin uluslar arasında kapitalist üstünlüğü yargı sistemiyle değil, ancak daha ziyade yargı sistemine rağmen başardığı söylenebilir. Bu sebeplerden dolayı, burjuva sınıfı genel olarak rasyonel prosedür sistemiyle ve bu nedenle hem demode gelenekleri hem de keyfiliği ortadan kaldıran ve hakların özellikle genel tarafsız normlarda kaynağını bulabildiği sistemleştirilmiş, anlamı açık ve uzmanlaşmış formel hukukla yoğun olarak ilgilenme eğilimindeydi. Sistematik olarak kanunlaşmış böyle bir hukuk bu nedenle İngiliz Protestanları, [10] Roma Plebleri[11] ve on dokuzuncu yüzyıl alman burjuvası tarafından talep edildi. Ama tüm bu durumlarda böyle bir sistem hala çok uzaktaydı.

Teokratik türden yargı yönetiminde, *imperium*'a ve magistratların, prenslerin ya da duruşmanın[12] yönetimini elinde

tutan görevlilerin küçümseyici gücüne dayanan hukukun ve prosedürün bu gelişmesiyle beraber (yargıçlar ya da özel ya da resmi beratlı hukuk danışmanları gibi) seküler honoratiorler tarafından yargılamada görüş temel olarak hukukun her zaman neyse o olmasına ve belirsizliklerinin yorumundan ve özel durumlara uygulanmasından başka bir şeye ihtiyacı olmamasına bağlıdır. Bununla birlikte, gördüğümüz gibi [iii. kısımda] büyüsel şablonlaştırmanın etkisi bir kez kırıldığında rasyonel olarak yoğunlaştırılmış normların oldukça ilkel ekonomik koşullar altında bile ortaya çıkması kendi içinde mümkündür. Yeniliğin tek aracı olarak rasyonel olmayan vahiy teknikleri nin varlığı çoğunlukla normlarda yüksek derecede esneklik ima ediyordu; diğer taraftan bunların yokluğu yüksek derecede kalıplaştırmayla sonuçlandı, çünkü bu olayda bu gibi kutsal gelenek tek kutsal unsur olarak kaldı ve bu nedenle rahipler tarafından kutsal bir hukuk sistemi şeklinde yüceltildi.

2. Kutsal Hukukun İçeriksel Olarak Rasyonelleşmesi

Kutsal hukuk ve kutsal yasa yapma daha ziyade farklı yollarla farklı coğrafi alanlarda ve hukukun farklı dallarında ortaya çıktı; süreklilikleri aynı biçimde değişti. Analizimizin bu noktasında kutsal hukukun ceza ve kefaretle ilgili tüm sorunlara verdiği, başlangıç olarak salt büyüsel normlardan kaynaklanan bir kaygı olan özel önemi tamamen göz ardı edeceğiz; burada onun siyasal hukuka olan ilgisini ya da duruşmaların olmasına izin verilen zaman ve mekanı düzenleyen ve aslen büyüsel olarak belirlenmiş normları ya da kanıt türlerini de dikkate almayacağız. Çoğunlukla, sadece genel olarak anlaşıldığı şekliyle "özel hukuk"tan söz edeceğiz. Bu hukuk dalında

evliliğe izin verme ve evlilik olayına ilişkin temel ilkeler, aile hukuku ve onunla yakından ilişkili miras hukuku Roma *fası*, İslam şeriatı ve Orta Çağ kilise hukuku ile birlikte Çin'de ve Hindistan'da kutsal hukukun başlıca dalını oluşturuyordu. Cinsestle ilgili antik büyüsel yasak evlilikle ilgili dini düzenlemelerin erken biçimleriydi. [13] Ayrıca, atalara uygun kurbanların ve kutsal hukukun aile ve miras hukukuna zorla girmesine neden olan diğer ailevi sacranın etkisi vardı. Sonraki çıkarların anlamlarının bir kısmını kaybettiği Hıristiyanlık alanlarında, Kilisenin mali çıkarları vasiyetlerin geçerliliğinde miras hukuku alanında kontrolünü sürdürmeye çalıştı. [14]

Seküler ticaret hukuku dini amaçlara tahsis edilmiş ya da diğer nedenlerle kutsanmış ya da büyüsel olarak tabulaştırılmış nesneler ya da mekanlarla ilgili dini normlarla ters düşme eğilimindeydi. Akit alanında, dini bir söz şekli, özellikle bir yemin kullanıldığında, kutsal hukuk salt resmi temeller üzerinde müdahalede bulunuyordu; ki bu sık olarak ve başlangıçta düzenli biçimde gerçekleşen bir durumdu. [15] Kutsal yasa, maddi temellere dayalı olarak, dini-etik nitelikte önemli normlar, örneğin, faizciliğin yasaklanması, resme girdiğinde olaya karışıyordu.

Genel olarak laik ve kutsal yasa arasındaki ilişkiler söz konusu dini etiğin altında yatan özel ilkelere bağlı olarak oldukça değişebilir. Dini etik büyüsel ya da ritüelistik formelizm döneminde kaldığı sürece, belli şartlar altında, büyüsel vaka çözümlemesinin saf rasyonelleşmesinin kendi içsel araçları aracılığıyla kötürüm ve tamamen etkisiz hale gelebilir. Roma cumhuriyeti tarihi boyunca *fas* sadece bu kaderle karşılaştı. Ancak bir kişinin bazı uygun kutsal araçlar ya da bahane biçimleri icat

edebilmiş olmasını önlemek için tek bir kutsal norm vardı. Augurs Kurulunun kusurlu dini formdaki durumlara ve pr tik olarak konuşmak gerekirse halk meclislerinin çözümleri iptal etme gücü anlamına gelen kötü *omina'ya* müdahale yı kisi, Roma'da Pericles ve Ephialtes tarafından Atina Yüks Hukuk Meclisinin eşit olarak kutsal şekilde belirlenmiş yı kisinde olduğu gibi resmi olarak asla kaldırılmadı. [17] Fak bu güç, ruhban sınıfının seküler magistrat soylularının mu lak egemenliği altında olması durumunda, özellikle siyas amaçlara hizmet ediyordu; maddi *fas'ınki* gibi bunun uygulması da özel kutsal yöntemler tarafından pratik olarak teh kesiz hale getirildi. Bu nedenle, geç dönemin Helen hukul gibi, baştan başa sekürlerleşmiş *ius* da, Roma hayatında ay yükümlülüğü düşüncesi tarafından oynanan olağanüstü b yük role rağmen, bu tarz ihlallere karşı güvence altına alın Ruhbanlığın antik poliste din dışı güçlere boyun eğdirilme ve Roma Olimpus'unun ve onun sözünü ettiğimiz ele alını nın bazı özel nitelikleri Roma'daki bu gelişme çizgisinin b lirlendiği unsurlardı. [18]

3. Hint Hukuku

Durum Hindistan'da olduğu gibi, egemen bir rahipler s nıfının hayatın tüm alanlarını rituel olarak düzenleyebildi ve böylece önemli ölçüde tüm hukuk sistemini kontrol edeb diği yerde tersiydi. [19] Egemen Hindu teorisine göre, tüm h kuk Dharma- Sutralar içinde bulunur. Hukukun salt sekül gelişmesi tüccarlar, zanaatkarlar ve diğer çeşitli meslek gru ları için özel hukuk sistemlerinin oluşturulmasıyla sınırlıy Kimse mesleki grup ve kastların kendi hukuklarını oluşturn

hakkından şüphe etmiyordu, öyle ki geçerli durum şu ilkede özetlenebilirdi: "Özel hukuk genel hukuktan üstündür." [20] Fiili olarak elde edilen hemen hemen tüm seküler hukuk bu kaynaklardan geliyordu. Yine de, günlük hayatın sorunlarının neredeyse tüm alanını kapsayan bu tür hukuk ruhban doktrininde ve felsefi ekollerde dikkate alınmadı. Böylece hiç kimse alanında ve yönetimde uzmanlaşmadığı için, sadece tüm rasyonelleşmeden kaçmakla kalmadı; aynı zamanda uygulamada sonraki geniş ölçüde dikkate alınmasa da teoride kesinlikle bağlayıcı olan kutsal hukuktan ayrılan durumlarda geçerliliğin sağlam bir güvencesinden de yoksundu.

Hindistan'daki yasa bulma hem dinin özel bir türüne hem de hayatın teokratik-ataerkil düzenlemesine tekabül eden büyüsel ve rasyonel unsurların aynı niteliksel karışımını temsil ediyordu. Prosedürün formelizmi genel olarak daha belirsizdi. Mahkemeler halk adaleti türünden değildi. Kralın baş yargıcın kararına bağlı olması ve hukukçu olmayan üyelerin (yani eski kaynaklarda tüccarlar ve yazmanları, daha sonrakilerde lonca başkanı ve yazmanlar) mahkeme üyeleri arasında olmak zorunda olması kurallarının ikisi de rasyonel eğilimlerin ifadesiydi. Özel hakemliğin büyük önemi ittifaklar tarafından özerk hukuk oluşturulmasıyla ilişkiliydi. Yine de, ittifakların örgütlü mahkemelerinden halk mahkemelerine yapılan temyizlere genel bir kural olarak izin verilirdi. Usul hukuku bugün öncelikle tipik olarak rasyoneldir; öncelikle yazılı enstrümanlara ve şahitlerin tanıklığına başvurulmalıdır. İşkenceler rasyonel kanıt araçlarının sonucunun yeterli derecede açık olmadığı durumlara mahsustu. Bu koşullarda yine de aralıksız büyüsel önemlerini korudular. Bu özellikle kendini

lanetlemenin sonuçlarını belirlemeye yönelik bekleme döne
tarafından izlenmesi gereken yemin için geçerlidir. Benzer ş
kilde, büyüsel infaz araçları, özellikle alacaklının borçlunu
kapısının önünde kendini açlıktan öldürmesi, kararın res
uygulaması ve kanunlaşmış kendi haklarını arama uygul
ması ile birlikte yürürlükteydi. Ceza muhakemeleri usulün
kutsal ve seküler hukukun neredeyse tam paralelliği söz k
nusuydu. Ama hukukun bu iki türünün birleşmesine doğ
bir eğilim de vardı ve genel olarak kutsal ve seküler huku
eski Aryan hukukunun kalıntılarını gizleyen faklılaşman
bir birlik oluşturdu. Buna karşılık, bu kanunlar bütünü, ge
ölçüde ittifakların özerk yargı yönetimi, özellikle de tüm z
lama araçlarının en etkilisine yani sürgün etmeye sahip ol
kastlar tarafından hükümsüz kılındı.

Budizmin devletin dini olarak hakim olduğu bölgeler
yani Seylan, Siam, Malaya, Hindiçin ve özellikle Kamboçya
Burma'da Budist ahlakın kanun koyucu etkisi az sayılmaz
[22] Budist ahlak karı ve kocanın eşit statüsünden sorumluy
bu örneğin, kognatik kalıtım kuralında ya da topluluk müll
yeti sisteminde ya da ebeveynlerinin ilerideki kaderi için ol
turulan evlat saygısı görevinde ve diğer şeyler arasında, ölet
borçları için dayatmacı mirasçı yükümlülüğünde ifade ed
yordu. Hukukun bütününe ahlaki öğeler nüfuz etmişti; bu
lar kölelerin korunmasında, (siyasal suçlara yönelik çoğu
lukla fazlasıyla acımasız cezalar dışında) ceza hukukun
yumuşaklığında ve barışı korumak için kefalet vermenin
bul edilebilirliğinde ifade buluyordu. Buna rağmen Budizn
göreceli olarak dünyevi ahlakı bile bir yandan vicdanla di
yandan rituel formelizmle öyle meşguldü ki kutsal "huku

sistemi güçlükle uzmanlaşmış öğrenmenin ana fikri olarak gelişebildi. Bununla birlikte, Hindu havasında bir hukuk literatürü gelişti ve 1875'te Burma'da Budist hukukunun resmi hukuk olarak ilanını mümkün kıldı. Burada Budist hukukuyla Budizm yönünde tadil edilmiş Hindu kaynaklı bir hukuk kastedilmektedir.

4. Çin Hukuku

Diğer yandan Çin'de,[23] büyüsel ve animist görevler bürokrasinin iktidar tekeli tarafından salt rituel alana sınırlandı. Bu nedenle gördüğümüz ve ileride göreceğimiz gibi, ekonomik etkinlik üzerine derin etkiler uyguladı. Çin yargı yönetimindeki rasyonel olmayan durumlara teokratik unsurlardan çok patrimonyal unsurlar neden oldu. Hukuki kehanet, genel anlamda kehanet gibi, Çin'de en azından tarihi dönemlerde bilinmiyordu; ayrıca savunmacı hukuk danışmanları sınıfı ve uzmanlaşmış hukuk eğitimi de yoktu. Bunların hepsi resmi hukukun herhangi bir gelişmesine karşı olan siyasal ortaklığın ataerkil niteliğine tekabül ediyordu. "Wu" ve "Wei" (Taocu büyücüler) büyüsel rituel konularında danışmandılar. Sınavları geçen ve buna bağlı olarak edebi bir eğitime sahip olan üyeleri ailelere, akraba gruplarına ve köylere törensel ve hukuki konularda danışmanlık yaptılar.

5. İslam Hukuku

İslamiyet'te en azından teoride seküler hukukun kutsal normların iddialarından bağımsız olarak gelişebildiği hayatın tek bir alanı yoktu. Aslında, Helen ve Roma hukukunun

oldukça geniş ölçüde alıntısı söz konusuydu. [24] Yine de, res
olarak tüm özel hukuk derleminin Kuran'ın yorumu ya
onun geleneksel hukuk aracılığıyla detaylandırılması oldu
iddia edildi. Bu, Emevi Halifeliğin yıkılışından ve Abbasi h
kimiyetinin kuruluşundan sonra oldu; Mecusi Sasanilerin h
paratorun dini hükümdar oluşu ilkesi kutsal geleneğe dön
adına İslam'a aktarıldı. [25] İslam'da kutsal hukukun statü
kutsal hukukun gerçekten kehanete dayalı olarak oluştur
lan yazılı dinde işlemesi şeklinin ideal bir örneğidir. Kuran
kendisi pozitif hukukun birçok kuralını içerir (örneğin, M
hammed'in kendisinin yararlandığı özgürlük gibi, bir adı
ve evlatlık kızı arasındaki evlilik yasağının iptali). Ama h
kuki emirlerin çoğu farklı bir köktendir. Biçimsel olarak, bu
lar genellikle *hadis* olarak görünürler. Bunlar peygamber
örnek niteliğindeki davranışları ve sözleridir. Bunların
günlüğü tanınmış anlatıcıların oluşturduğu birbirini izley
bir zincir tarafından doğrulanıyordu. Bu özgünlük sözlü a
latımla peygamberin, Muhammed'in aslında özel nitelikli
kadaşları anlamına gelen, çağdaşlarına dayandırılıyordu. Ki
sel aktarıcıların bu kırılmaz zinciri nedeniyle emirler özellik
sözel olarak aktarılır ya da aktarıldıkları söylenir ve emir
Kuran'ın bir yorumu olmayan, ama Kuran'ın yanı sıra bir
lenek olan *Sünnet'i* oluşturur. En eski bileşenleri büyük ölçü
İslam öncesi dönemden, özellikle, *Sünnet olarak* derlemesi
düzeltilmesi Malik-ibn-Anas'ın kendisine atfedilen Medine'
gelenek hukukundan elde edilir. Ne Kuran ne de *Sünnet*
başlarına, yargıçlar tarafından hukukun kaynağı olarak kul
nıldı. Bu kaynaklar daha ziyade ya yazarlara *(musnad)* göre
da ana fikre göre (geleneksel düzeni oluşturan altı *musanna*

düzenlenen hadislerin derlemesi olan *fıkıh*, yani hukuk ekollerinin kurgusal çalışmalarıydı. Fıkıh hukuki emirlerin yanında ahlaki emirler de içerir ve hukuk kristalleştiğinden beri tamamıyla demode nitelikte gittikçe büyük bir bölüm içerdi. Bu kristalleşme resmi olarak karizmatik, hukuki-peygamberi hukuk yorumu (*içtihad*) gücünün yedinci ve sekizinci yüzyıldan yani Hristiyan döneminin on üçüncü ve on dördüncü yüzyılından beri ortadan kaldırıldığı inancı vasıtasıyla gerçekleştirildi. Bu Hristiyan Kilisesinin ve Museviliğin, peygamberlik döneminin sona erdiği varsayımlarıyla ilgili inancına benzerdi. Her ne kadar sadece Ortodoks olarak bilinen, dört hukuk ekolünün(*mezhep*) kurucularına tam onay verilse de hukuk elçileri, karizmatik dönemin *mujtahidunu* hala hukuki vahyin temsilcileri olarak düşünülüyordu. İçtihadın kalkmasından sonra sadece yorumcular (*muqallidin*) kaldı ve hukuk tamamen sabitlenmiş hale geldi. Dört Ortodoks hukuk ekolü arasındaki mücadele öncelikle Ortodoks Sünnetin unsurları hakkında bir çekişmeydi, fakat bu aynı zamanda yorum yöntemleri üzerinde de bir çekişmeydi ve bu farklılıklar bile hukuk bir kez sabitlendiğinde gittikçe kalıplaştı. Sadece küçük Hanbeli ekolü tüm *bida'yı* yani tüm yeni hukuku, tüm yeni *hadisi* ve tüm rasyonel yorum taslaklarını reddeder. Bu nedenle *coge intrate*[26] önermesi nedeniyle de kendisini ilke olarak birbirlerine hoşgörülü olan diğer ekollerden ayırdı. Ekoller yeni hukukun oluşumunda hukuk bilimine atfedilen farklı rollerle ayrılır. Maliki ekolü Afrika ve Arabistan'da uzun zaman hakimdi. Bu İslam'ın en eski siyasal merkezi olan Medine'de başladığı için, belki beklenebileceği gibi, İslam öncesi hukuku içermesi özellikle yasaklanmamıştır. Fakat bu Irak'ta doğan

Hanefi Ekolünden daha büyük ölçüde gelenek tarafından ö nırlandı ve buna bağlı olarak Bizans etkileri tarafından derin den etkilendi. [27] Rolü özellikle Halife Mahkemesinde öner liydi ve Türkiye'de[28] hala resmi ekoldür ve Mısır'da egemendi Saray fikriyle yakından bağlantılı olan Hanefi hukuk bilimi nin temel katkısı İslam hukukçularının ampirik tekniklerini gelişmesi, yani karşılaştırmanın kullanımı (*kıyas)* olduğu gö rünür. *Ra'y* yani öğrenilmiş doktrinin hukukun kaynağında bağımsız olduğu fikri de Kuran'ın geçerli yorumu ile birlikt ilan edildi. Bağdat'tan doğan ve Güney Arabistan, Mısır v Endonezya'ya yayılan Şafi ekolü sadece bu Hanefi nitelikleri nin ikisine de, yani öğrenilmiş düşüncelere ve yabancı hukuk tan aktarılanlara atfedilen rollere karşıt görünmekle kalma aynı zamanda Malikilerin geleneğe uyumlu tavrına da karş görünür. Bu nedenle, her ne kadar doğrulukları sorgulanabi lir *hadislerin* geniş ölçüde kabulü yoluyla benzer sonuçlar eld etse de daha geleneksel sayılır. *Ashab-al-hadis*, yani muhafaz kar gelenekselciler ve *Ashab-al-fıkh* yani rasyonel hukukçula arasındaki çekişme İslam hukukunun tarihi boyunca sürdü

İslamın kutsal hukuku spesifik olarak tamamıyla " hukul çuların hukukudur. " Geçerliliği uygulamada hukukun elç lerinin yani büyük hukukçuların (*fuqaha*) anlaşması olara tanımlanan *icmaya* (*icma-al-ammah-tacitus consensus on nium)* dayanır. Güvenilir peygamber yanında, sadece *icm* resmi olarak güvenilirdir. İcma'nın salt tarihi kaynakları Ku ran ve *Sünnettir.* Yargıçlar Kuran ya da Sünnet'e başvurma fakat icmanın derlemelerine başvurur ve onların kutsal yaz ları ve gelenekleri bağımsız olarak yorumlamasına izin veri mez. İslam hukukçuları Roma hukukçularınkine benzer b

konumdaydı ve özellikle ekollerinin örgütlenmesi Roma'dakileri andırır. Hukukçuların etkinlikleri hem hukuki danışmayı hem de öğrencilerin eğitimini içeriyordu. Bu nedenle sistematik sınıflandırma gerektiren pratik pedagojik isteklerle birlikte müşterilerinin pratik ihtiyaçları ile de bağlantılıdır. Ancak ekollerin başı tarafından konulan sabit yorumlayıcı yönteme ve bağlayıcı açıklamalara bağlılık *içtihat* döneminin, yorum özgürlüğünün kapanmasından sonra dikkate alınmadı. Kahire *Al-Azhar* gibi dört Ortodoks ekolün fakültelerinin temsilcilerini içeren resmi üniversitelerde, öğretim sabit fikirlerin rutinleşmiş anlatımı haline geldi. [29] İslami örgütlenmelerin bazı ana özellikleri, yani [papalık makamına atfedilene benzer]doktrinin yanılmazlığı ile birlikte [Kilise] Konseylerinin yokluğu kutsal hukukun şablonlaşmış bir "hukukçular hukuku" yönünde gelişmesini etkiledi. Bununla birlikte, gerçekte kutsal hukukun doğrudan uygulanabilirliği sadece Orta Çağ kilise hukukununkinden kısmen daha kapsayıcı maddi hukuk alanı arasındaki bazı temel kuruluşlarla sınırlandı. Yine de, kutsal gelenek tarafından iddia edilen evrensellik, kaçınılmaz yeniliklerin ya neredeyse her zaman özel bir durumda bazen iyi niyetle bazen de hileyle alınan bir *fetva*[30] ya da birkaç rakip Ortodoks ekolün tartışmacı vaka çözümleme yöntemi tarafından desteklenmek zorunda olduğu gerçeğiyle sonuçlandı. Bu unsurların sonucu olarak hukuk düşüncesinin formel rasyonelliğinin bahsedilen yetersizliği ile birlikte hukuk birliği ve tutarlılığını amaçlayan sistematik yasa yapımı imkansızdı. Kutsal hukuk göz ardı edilemezdi; pek çok uyarlamaya rağmen uygulamada gerçekten yerine getirilemezdi. Roma sistemindeki gibi resmi belgeli hukukçular (başlarında Şeyhülislam olan

müftüler) kadılar ya da olay olduğunda taraflarca görüşleri bildirmek üzere çağrılırlar. Görüşleri bağlayıcıdır, fakat bu lar kişiden kişiye değişir; bu görüşler kahinlerin görüşleri gi herhangi bir rasyonel neden belirtilmeden bildirilirler. Dolay sıyla gerçekte kutsal hukukun rasyonelleşmesine katkıda b lunmaktan ziyade onun irrasyonelliğini arttırırlar.

Bir statü grubu hukuku olarak kutsal hukuk sadece Mü lümanlar için geçerlidir; fakat gayrimüslim tebaa için geçe değildir. Sonuç olarak hukuksal patrikülarizm sadece kısm pozitif kısmen de negatif olarak ayrıcalıklı, hoş görülen birç sınıf için değil aynı zamanda yerel ve mesleki bir gelenek ol rak da varlığını sürdürdü. "Özel hukukun ülkenin genel h kuku üzerinde egemen olduğu" kuralının kapsamı, mutlak b geçerlilik iddiasında bulunmakla beraber, özel yasalar kend leri bütünüyle değişken yorumlara tabi olan kutsal normla çatıştığı zaman şüpheli bir uygulamaya sahiptir. İslamın t cari hukuku geç Antikite'nin hukuk tekniklerinden, birka doğrudan Batı tarafından benimsenen çeşitli normlar geli tirdi. [31] Yine de, İslamiyetin kendisinde bu ticari normlar geçerliliği kanundan ya da rasyonel hukuk sisteminin sal ilkelerinden kaynaklanmıyordu. Güvenceleri sadece tüccarl rın dürüstlük duygusuna ve ekonomik etkilerine dayanıyord Kutsal gelenekler bu tikelci kuruluşların çoğunu desteklem ten ziyade tehdit ediyordu. *Praeter legem* (kanunun kapsa dışında) var oldular.

Hukuki birleşme ve tutarlılığa yönelik bu engel, doğal b sonuç olarak, kutsal hukukun ya da sabit geleneğin geçer liğinin ciddiye alındığı İslam ülkelerinde olduğu gibi Çin Hindistan'da da her zaman vardı. İslam'da bile kişisel yasal

sistemi Karolenjler imparatorluğundaki halk yasaları kapsamında eskiden başvurulduğu şekliyle tamamen Ortodoks ekollere başvurur. [32] Teamül Hukukunun Norman İşgali ve resmi olarak II. Henry'den beri olduğu gibi bir *lex terrae* oluşturmak imkânsızdı. Aslında günümüzün tüm büyük İslam imparatorluklarında yargının seküler ve dini yönetiminin düalizmini buluruz: dini olmayan görevli kadının yanında ve seküler hukuk şeriatın yanında durur. Karolenjlerin danışma kurullarına benzer olarak, bu seküler hukuk (kanun) en başından beri, yani Emevi Halifelerinden beri büyümeye ve kutsal hukukla ilişkili olarak artan önem üstlenmeye başladı; sonraki daha çok kalıplaşmış hale geldi. Yargı yetkisi vesayet, evlilik, miras, boşanma ve kısmen yerleşik arazi ve arazi kanununun diğer bazı yönlerine ilişkin olanlar hariç tüm konularda hakim hale gelen seküler mahkemeler için bağlayıcı hale geldi. Bu mahkemeler hiçbir surette kutsal hukukun yasaklamalarıyla ilgili değildir; fakat bunlar yerel geleneğe göre karar verir, çünkü seküler hukukla ilgili her sistemleştirme manevi normların sürekli müdahalesi tarafından önlendi. Bu nedenle 1869'da ilan edilmeye başlanan Türk Kanunnamesi gerçek anlamda bir Kanun değildir; bu açıkça Hanefi normlarının derlemesidir. [33] Bu gidişatın ekonomik örgütlenme konusunda önemli sonuçları olduğunu göreceğiz.

6. İran Hukuku

İslamın Şii formunun yerleşik din olduğu İran'da kutsal hukukun irrasyonelliği daha büyüktür; çünkü *Sünnet* tarafından sağlanan görece değişmez temellere bile sahip değildir. Resmi teoride yine de değişmez olarak görünen gizli öğretmene (İmam)

olan inanç onun yerine geçecek sadece zayıf bir şeydi. [34] Yargının üyeleri, yasa dışı dini bir yönetici olarak, yerel *honoratioresin* isteklerine en büyük saygıyı göstermeye mecbur olan Şah tarafından "kabul edilir. " Bu "kabul" "atama" değildir, fakat daha ziyade teolojik okullardan mezun adayların *kabul edilmesidir (aggrégation).* Hukuki alanlar vardır, ama bireysel yargıçların yetki alanları taraflar birçok rakip yargıç arasından seçim yapabildiği için açıkça sabitlenmiş görünmez. Bu hukuki elçilerin karizmatik nitelikleri bu nedenle açıkça belirtilir. Mecusi etkileri tarafından vurgulanan Şiiliğin katı mezhepçiliği, kutsal hukuk tarafından talep edilen bu mezhepçilik pek çok "kurgu" aracılığıyla sonunda neredeyse tamamen terk edilmedikçe, inanmayanlarla tüm ekonomik ilişkileri günah sayarak önlüyor olurdu. Bu nedenle kutsal hukuki etkiler herhangi bir ekonomik ya da siyasal sonucu olan etkinliklerin nerdeyse tüm alanlarından kapsamlı bir şekilde çıkarıldı. Kutsal hukukun aynı geri çekilişi, anayasacılık *fetvalar* yoluyla Kuran'dan alıntılar tarafından gerek çelendirilince siyasal alanda da gerçekleşti. Her şeye rağmen, teokrasi bugün bile ekonomik hayatta önemsiz bir unsur olmaktan uzaktır. Etki aralığı gittikçe daralmasına rağmen, yargılamadaki teokratik unsur – daha sonra ele alınacak olan Doğu patrimonyalizminin özel niteliği ile birlikte – ekonomik etkinlik için büyük önemdeydi ve hala da öyledir. Bu olgu başka yerde olduğu gibi burada da, kutsal hukukun normlarının pozitif içeriğinden çok, çatışan çıkarların formel düzenlemesinden ziyade "maddi" adaleti hedefleyen adalet yönetimindeki egemen tutumlar nedeniyledir. Yetki alanlarındaki gayrimenkul davalarında eşitlik düşüncesine uygun kararlara ulaşırlardı. Bu gibi

düşünceler büyük ihtimalle hukukun kanunlaşmadığı yerdedir. Kadı adaletinin kararlarının tahmin edilebilirliği bu nedenle asgaridir. Dini mahkemeler arazi davaları üzerinde yetki alanına sahip oldukça arazinin kapitalist kullanımı, örneğin Tunus'taki gibi imkansız hale geldi. [35] Yine de, kapitalist çıkarlar bu yetki alanını ihraç etmeyi başardı. Genel durum, teokratik yargı yönetiminin rasyonel ekonomik sistemin işleyişine müdahale etme ve muhakkak etmek zorunda olma şekline özgüdür. Yer yer değişen sadece bu müdahalenin kesin kapsamıdır.

7. Yahudi Hukuku

Yahudi kutsal hukuku, içeriği İslami kutsal hukukunkinin oldukça tersi olsa da İslami kutsal hukukla bazı biçimsel benzerliklere sahiptir. [36] Yahudiler arasında da Tevrat ve yorumlayıcı ve tamamlayıcı kutsal gelenek hayatın tüm alanlarında evrensel geçerliliği olan bir norm olarak ortaya çıkma iddiasındaydı; benzer şekilde kutsal hukuk sadece dindaşlar için elde ediliyordu. Ama İslam'ın aksine, bu hukuki sistemin taşıyıcıları yöneten sınıf değil, daha ziyade dışlanmış halktı. Bu nedenle yabancılarla ticaret kanunen yabancı ticaretti ve kısmen farklı etik normlarla yönetiliyordu. Yahudiler kendilerini çevrelerinde elde edilen hukuki normlara bu çevre tarafından izin verildiği ve kendi ritualistik ilkelerine ters düşmediği ölçüde uydurmaya çalıştılar. Daha krallar döneminde, eski yerel kehanet olan, *Urim ve Thummim*'in yerine kralın hukuki emirler yayınlama yetkisiyle Alman hukukundaki benzerlerinden etkili bir şekilde yarışan hukuki elçiler[37] geçti.

Sürgün sonrası dönemde, Nebiim yani krallar döneminin[38] falcıların ve büyük ihtimalle hukuk elçilerinin yerini,

gördüğümüz gibi, aslında belirgin Helen özelliklerine sahip yüksek sınıf entelektüelleri tabakası olan Ferisiler aldı; bunlar daha sonra bir eğlence olarak yazılı yorumla ilgilenen küçük orta sınıf halkını da içine aldı. [39] Bu nedenle en azından Hristiyanlık öncesi son yüzyılda rituel ve hukuki sorunların skolastik işleyişi ve böylelikle Tevrat'ın yorumcularının hukuki tekniği ve Yahudiliğin Doğudaki iki merkezi olan Kudüs ve Babil'in danışman hukukçuları gelişti. [40] Müslüman ve Hindu avukatlar gibi, kısmen Tevrat'ın yorumuna dayanan ama kısmen de ondan bağımsız olan bir geleneğin taşıyıcısıydılar. Bu geleneği Tanrı Sina üzerindeki [40] günlük görüşmesinde Musa'ya vermişti. Bu gelenek aracılığıyla, resmi kurumlar, örneğin levirat evlilik, [41] önemli ölçüde İslam'da ya da Hindistan'da olduğu hale dönüştü. Üstelik, İslam'da ve Hindistan'daki gibi, önce kesinlikle sözlü bir gelenekti. *Tannaim*[42] tarafından yazılı olarak sabitlenişi Hristiyan döneminin başlangıcından sonra diyasporanın dağılmasıyla ve Hallel ve Shammai ekollerindeki [takriben M. Ö. 30 – M. S. 10] skolastik işleyişin gelişmesiyle başladı. Bu şüphesiz, danışman hukuk bilginlerinin cevapları ve böylelikle örnekler yargıçları bağlayıcı hale gelir gelmez birlik ve tutarlılığı güvence altına almak için yapıldı. Roma ve İngiltere'deki gibi otoritelerin özel hukuki sözleri için alıntıları yapıldı ve mesleki eğitim, sınavlar ve ruhsat verme sonunda eskinin özgür hukuki kehanetinin yerini aldı. Mishnah[43] hala Patrik Haham Judah [takriben 135-220] tarafından toplanmış savunucuların kendilerinin etkinliklerinin ürünüdür. Diğer yandan resmi açıklaması olan Gemara, ilk yorumcuları izleyen ve Arami'ye çeviren ve okuyucular tarafından anlatılan İbranice pasajları dinleyiciler için

yorumlayan Amoraim, öğretici avukatların etkinliklerinin ürünüdür. Bunlar Filistin'de *rabbi* unvanını ve Babil'de buna denk düşen denk düşen bir unvanı (*mar*) taşırlardı. Batı teolojisinin ana hatları boyunca "diyalektik" bir işleyiş Babil'in Pumbeditha "akademisinde" bulunabilirdi. Ancak bu yöntem Ortodoksluğun sonraki dönemlerinde temelden şüpheli hale geldi ve bugün reddedildi. Bu tarihten itibaren Tevrat'ın kurgusal teolojik işlenişi imkansız hale gelmiştir. Hindistan'da ve İslamiyet'te olduğundan daha açık olarak gelenekteki dogmatik-kurucu ve hukuki unsurlar olan *haggadah* ve *halakhah* birbirinden hem literatürde hem de iş bölümünde ayrıldı. Dışsal yönleri açısından, öğrenim etkinliği ve örgütlenmesinin merkezi giderek Babil'e kaydı. Exilarch (*resh galutha*) Adriyen zamanından on birinci yüzyıla kadar Babil'de yaşadı. Kalıtımsal olarak Davidik ailesinden gelen makamı Parthialılar ve Persliler ve daha sonra İslami yöneticiler tarafından resmi olarak tanındı; ona papalığa özgü maiyet verildi, yetki alanı cezai konularda bile uzun bir süre kabul edildi ve Arap yönetiminde aforoz etme yetkisi bile vardı. Hukuki gelişmenin taşıyıcıları iki rakip akademi olan Sura ve Pambeditha'ydı. Bunlardan ilki daha seçkindi. Başkanları, Geonim, Sanhedrin'in üyeleri olarak yargı etkinliğini tüm Diyaspora için istişari uygulama ve hukukun akademik öğretimiyle birleştirdi. Geonim kısmen tanınmış öğretmenler tarafından seçiliyor, kısmen Exilarch tarafından atanıyordu. Dış akademik örgütlenme Orta Çağ ve doğu okullarınınkine benziyordu. Devamlı öğrenciler okulda kalıyordu; Kalla[44] ayında onlara Talmud'la ilgili akademik tartışmalara katılmak için yurt dışından çok sayıda yetişkin hahamlık makamı adayı katılıyordu. Gaon cevaplarını

ya aynı anda ya da Kalla sırasında ya da öğrencilerle birl tartışmadan sonra bildirirdi.

Geonim'le ilgili olarak yaklaşık altıncı yüzyılla başla edebi çalışmalar biçim olarak yorumdan başka bir şey ğildi. Bu nedenle işleri, Tannaim'i saymazsak, Mishnah'ı ratıcı şekilde açıklayan selefleri Amoraimlerinkinden ya Tannaim'den hiç söz etmezsek, onunla ilgili olarak görece gür biçimde yorum yapan halefleri Saboraimlerinkinden d mütevazıydı. Ama uygulamada ve ayrıntılı ve güçlü örgüt melerinin sonucu olarak, Babil Talmudu'nun otoritesinin listinlilerininki üzerinde zafer elde etmesini sağladılar. Bu tünlüğün çoğunlukla İslam ülkeleriyle ilgili olduğu doğru fakat bu onuncu yüzyıla kadar Batı Yahudileri tarafından kabul ediliyordu. Bu ancak Batının kendini Doğu etkisin kurtarması Exilarch[45] makamının kaldırılmasından sonr bunu takibendi. Örneğin Karolenjler döneminin Frenk hamları monogamiye geçişi sağladılar. Maimonidler[46] ve her'ın[47] ilmi risalelerinden sonra, her ne kadar Ortodokslul rafından rasyonalist olarak reddedilseler de, İspanyol Yal Joseph Karo'nun Schulchan Aruch'unda, [48] İslami kanun saleleriyle karşılaştırıldığında çok kullanışlı ve öz olan bir saltma oluşturması nihai olarak mümkündü. Uygulamadı çalışma bundan sonra Talmud'un cevaplarının otoritesinin rini aldı ve örneğin Kıta Avrupası'nda olduğu gibi Cezayi de bir çok durumda gerçek bir kanun gibi uygulamaya berlik eder hale geldi.

Talmud hukuku oldukça skolastik bir atmosferden kayı landı ve Mishnah yorumlarının ortaya çıkış dönemi boyu hukuki uygulamayla önceki ve sonraki dönemden çok d

zayıf ilişkileri oldu. Bu iki faktör neticesi, biçimsel görünüşü büyük bir açıklıkla kutsal hukukun tipik niteliklerini gösterdi; yani salt rasyonalist yorumun dar sınırları içinde gerçek bir sistem halinde detaylandırılamayacak, salt teorik olarak kurgulanan fakat cansız vaka çözümlemesi yönteminin belirgin egemenliğini gösteriyordu. Hukukun kazuistik süblimleşmesi hiçbir surette azımsanamazdı. Yine de, yaşayan ve ölü hukuk tamamen birbirine karıştı ve hukuki ve etik normlar arasında hiçbir ayrım yapılamadı.

Öz konularında önce Talmudik zamanlarda yakın Doğu, özellikle Babil ve sonra Helen ve Bizans çevrelerinden sayısız alıntılar oldu. Fakat, genel Yakın Doğu hukukuyla ilişkili Yahudi hukukunda her şey ödünç alınmamıştır. Diğer yandan, modern teorinin ileri sürdüğü gibi, örneğin hamiline ödenebilecek senet gibi kapitalist ticaretin en önemli hukuki kuruluşlarının bazılarının, kendi hukuklarında Yahudiler tarafından icat edilmesi ve sonradan onlar tarafından Batı'ya ihraç edilmesi doğal olarak olanaksızdır. [49] Hamiline ifadesi içeren senetler Hammurabi zamanının Babil hukukunda biliniyordu, mesele sadece bunların borçlunun borcunu sahibine ödeyerek tasfiye etmesine izin veren senetler olup olmadığı ya da hamiline ödenebilir paraya çevrilebilen gerçek senetler olup olmadığıydı. [50] Senetlerin önceki biçimleri Helen hukukunda da bulunabilir. [51] Fakat hukuksal yorum batıda hamiline (*Inhaberurkunden)* ödenebilir paraya çevrilebilen hakların "somutlaştığı" kağıt olarak Alman kavramından etkilenen ve bu nedenle ticarileştirme amaçları için çok daha etkili olan senette olandan farklıdır. [52] Modern senet tiplerinin Yahudi kökeni ek bir olgu tarafından imkansız hale getirilir; bu olgu bu

senetlerin Batı'daki habercilerinin açıkça rasyonel olan erken Orta Çağ *yönteminin* çeşitli biçimlerinin özel ihtiyaçlarından doğduğudur. Aslında paraya çevrilebilirlik için zemin hazırlayan ifadeler başlangıçta ticari amaçlara değil, daha ziyade yöntemlerine, hepsinden öte çıkarı olan doğru taraf için bir temsilci bulmak için bir araç sağlamaya hizmet ediyordu. [53] Bugüne kadar bir tek hukuksal kurumun bile alınmasının Yahudilere atfedilebilir olduğu açıkça gösterilmedi. [54]

Yahudilerin diğer halkların hukuk sistemlerinde etki olarak gerçek bir rol oynaması Batıdan ziyade Doğuda olmuştur. Musevi hukukunun önemli unsurları Hristiyanlaşmayla ilerideki gelişmesinin bileşenlerinden biri olarak Ermeni hukukuna dahil edildi. [55] Hazar krallığında, Musevilik resmi dindi ve bu nedenle Yahudi hukuku da orada resmi olarak uygulanıyordu. [56] Son olarak, Rusların hukuk tarihi en eski Rus hukukunun bazı unsurlarının Hazarlar aracılığıyla Yahudi-Talmud hukukunun etkisi altında gelişmiş olarak görünmesini muhtemel kılar. [57] Burada Batıya benzeyen bir şey yoktu. Her ne kadar Yahudiler aracılığıyla bazı ticari girişim formlarının batıya ithal edilmiş olması imkansız değilse de bu formların ulusal Yahudi kökeninden olmuş olması mümkündür. Bunlar çok daha büyük olasılıkla Suriye-Bizans kurumları ya da bunlar aracılığıyla Helen ya da sonuç olarak belki Babil'den alınan Doğu hukuku kurumlarıdır. Doğu ticaret tekniklerinin Batıya sokulmasında Yahudilerin Suriyelilerle en azından geç Antikite'de rekabette olduğunu hatırlamalıyız. [58] Formel niteliğiyle ilgili olduğu kadarıyla, gerçek Yahudi hukuku ve özellikle Yahudi yükümlülükler hukukunun modern kapitalizmin gerektirdiği bu gibi kurumların gelişimi için hiç de uygun bir

kaynak değildi. Sözleşmeli işlem türünü görece serbest olarak geliştirmesi bu durumu kesinlikle değiştirmez.

Doğal olarak Yahudi kutsal hukukunun etkisi ailenin ve sinagogun iç yaşantısında giderek güçlendi. Özellikle ritüel olduğu kadarıyla orada çok daha önemliydi. Kesin ekonomik normlar dini yıl gibi, [59] ya Kutsal Topraklarla sınırlanmıştı – orada bile hamama ait muafiyet aracılığıyla artık kaldırıldı–ya da ekonomik sistemdeki değişikliklerle demode hale dönüştürüldü ya da, her yerde olduğu gibi, kanundaki boşluklardan yararlanma gibi şekilci uygulamalarla zararsız hale getirildi. Yahudilerin kurtuluşundan önce bile kutsal hukukun hala geçerli olma derecesi ve kapsamı yer yer büyük ölçüde değişiyordu. Formel olarak Yahudi kutsal hukuku hiçbir özel nitelik göstermiyordu. Özel bir kanun bütünü olarak ve sadece kusurlu olarak sistemleştirilen ve rasyonelleştirilen ve kazuistik şekilde detaylandırılırken hala mantıklı olarak tutarlı olmayan bir hukuk olarak Yahudi kutsal hukuku kutsal normların kontrolü ve rahipler ve teolojik avukatların detaylandırmasının altında gelişmiş bir ürünün genel özelliklerine sahipti. Ana tema kendi içinde ne kadar ilgi çekici olursa olsun, bu noktada ona özel bir önem vermemiz gerekmez.

8. Kilise Hukuku

Hristiyanlık Dünyasının Kilise Hukuku kutsal hukukun diğer tüm sistemlerine göre göreceli olarak özel bir konum işgal eder. [60] Birçok yönü itibarıyle daha fazla rasyoneldi ve formel açıdan kutsal hukukun diğer durumlarından çok daha fazla gelişti. Üstelik daha en başından seküler hukukla olan ilişkisi görece açık bir dualizmdi; ilgili yargı kararları başka yerde

bulunmayacak şekilde kesin biçimde belirgindi. Bu durumun nedeni her şeyden önce erken kilisenin yüzyıllarca devlet ve hukukla yapılacak herhangi bir şeyi reddetmesiydi. Yine de görece rasyonel niteliği pek çok sebebin ürünüydü. Kilise kendini seküler otoritelerle ilişki aramaya zorladığında, onları, gördüğümüz gibi (bölüm VI:xv), Stoacı "doğal hukuk" yani fikirlerin rasyonel birliği kavramının yardımıyla düzenledi. Ayrıca, Roma hukukunun rasyonel gelenekleri kendi yönetiminde yaşamını sürdürdü. Orta Çağların başında, Batı kilisesi ilk sistematik kanun bütünü olan *penitentials*'ı[61] oluşturma girişiminde, model olarak Germen hukukunun en önemli formel unsurlarını aldı. Ayrıca, Batı'daki Orta Çağ üniversitesinin yapısı teolojinin ve seküler hukukun öğretilmesini kilise hukukundan ayırdı ve bu nedenle böyle teokratik karmaşık yapıların başka yerde geliştiği şekilde büyümesini önledi. Antik felsefe ve hukuk aracılığıyla gelişen katı biçimde mantıksal ve profesyonel hukuk tekniği de kaçınılmaz olarak Kilise hukukunun ele alınışını da etkiliyordu. Kilisenin hukukçularının toplama etkinliği, en azından her yerde olduğu gibi, *responsa* ile ve örneklerle değil, konsey çözümleriyle, resmi ferman ve dini hükümlerle ilgilenmek zorundaydı ve sonuçta – diğer kiliselerde gerçekleşmemiş bir olgu olan– planlı sahtecilikle böyle kaynaklar "oluşturmaya" bile başlamışdı. [62] Son olarak ve hepsinden önemlisi, erken kilisenin karizmatik döneminin bitişinden sonra, dini yasa yapmanın niteliği kilise görevlilerinin rasyonel olarak tanımlanan bürokratik makamların sahibi olmasından etkilendi. Özel olarak kilisenin örgütlenmesinin niteliklerinden ve klasik Antikiteyle bağlantının sonuçlarından olan bu kavram erken Orta Çağ'ın feodal ara dönemiyle

geçici olarak sekteye uğratıldı; fakat Gregoryan dönemi ile beraber [yani, 11. Yüzyılın sonu] canlandı ve mutlak güce sahip hale geldi. Bu nedenle Batı kilisesi rasyonel kanunla diğer dini topluluklardan daha fazla belirgin olarak kanunlaşma yolunda yürüdü. Kilisenin katı biçimde rasyonel hiyerarşik örgütlenmesi, örneğin tefeciliğin yasaklanması gibi ekonomik olarak külfetli ve bu nedenle elverişsiz emirlerin sürekli ya da geçici olarak demode görülmesine yol açan genel buyrukların yayımlanmasını mümkün kıldı (bölüm VI:xii'de gördüğümüz gibi). Birçok açıdan, Kilise hukukunun tüm teokratik hukuka özgü genel örüntüyü, yani içeriksel yasal ve ahlaki hedeflerle norm oluşturmanın formel olarak ilgili unsurlarının ve sonucta ortaya çıkan hassasiyet kaybının karışımını güçlükle saklayabildiği doğrudur. Fakat her şeye rağmen katı biçimde formel hukuk tekniğine herhangi bir başka kutsal hukuk bütününden daha güçlü şekilde yönelmişti. Bu, İslami ve Yahudi hukuki sistemlerinin aksine, cevap veren hukukçuların etkinlikleriyle büyümedi. Ayrıca, Yeni Ahidin dünyadan eskatalojik olarak çekilmesi sonucu, Hristiyanlığın temel buyruğu ritüel ya da yasal nitelikte formel olarak bağlayıcı o kadar az norm içerir ki salt rasyonel yasama için yol tamamen açık bırakılmıştır. *Müftüler, hahamlar ve geonim* paralellerini sadece günah çıkaran rahiplerde ve Karşı-Reformun *directeurs de l'âme'sinde*[63] ve eski Protestan kiliselerinin bazı rahiplerinde buldu. Bu gibi kazuistik rahiplik bu durumda, özellikle Katolik aleminde, Talmudik ürünlere belli uzaklıktaki benzerlikleri üretti. [64] Fakat her şey Papalığın merkezi dairelerinin denetimi altındaydı ve sosyal etiğin bağlayıcı normları hali hazırda özellikle oldukça esnek emirleriyle detaylandırılıyordu.

Bu şekilde, Kilise hukukunun gerçekte rasyonelleşme yolunda seküler hukukun rehberlerinden biri haline geldiği Kutsal ve seküler hukuk arasındaki benzersiz ilişki ortaya çıktı. Görece belirleyici faktör Katolik Kilisesinin rasyonel bir kurum olarak (*Anstalt*) benzersiz örgütlenişiydi. Hukukun içeriğine gelince, *actio spolii*[65] ve *possessorium summariissimum*[66] gibi ayrıntılardan başka, kilise hukukunun en önemli katkıları resmi olmayan anlaşmaların tanınması, [67] vasiyet verme özgürlüğünün dini bağışların yararına teşviki[68] ve ortaklığın kilise hukukçusu kavramıydı. Aslında, kiliseler hukuki anlamdaki ilk "kurumlardı" ve kamu kuruluşlarının ortaklıklar sıfatıyla hukuki oluşumunun hareket noktası, gördüğümüz gibi [bölüm ii:6] buradaydı. Kilise hukukunun pratikte seküler hukuk için taşıdığı doğrudan önem, maddi özel ve özellikle ticari hukukla ilişkili olduğu kadarıyla, zaman içinde bir hayli değişti; yine de, bu genelde Orta Çağ'da bile görece azdı. Antikite'de Kilise hukuku serbest boşanmanın hukuken iptalini Justinian[69] döneminde bile başaramadı ve herhangi bir davanın kilise mahkemesine arzı tamamen bir takdir meselesi olarak kaldı. Kilise hukukunun diğer tüm teokratik hukuk sistemleriyle paylaştığı, yaşamın tüm idaresinin kapsamlı maddi düzenlemesine yönelik teorik iddia batıda hukuki yöntem üzerinde görece zararsız etkilere sahipti. Sebep Kilise hukukunun Roma hukukunda olağanüstü bir biçimsel mükemmelliğe ulaşan ve tarih boyunca dünyanın evrensel hukuku haline gelen seküler bir rakip bulmasıydı. Erken Kilise Roma İmparatorluğunu ve yasalarını belirleyici ve ebedi olarak gördü. Ve Kilise hukuku egemenliğini genişletmeye çalıştığı yerde, Papalığın ittifak etmek zorunda olduğu İtalyan şehirlerindekiler de dahil olmak

üzere burjuvanın ekonomik çıkarlarının coşkulu ve başarılı muhalafetiyle karşılaştı. Almanya ve İtalyanın belediye mevzuatlarında ve İtalyan lonca mevzuatlarında dini mahkemeye dava götüren yurttaşlara yönelik sert cezalar buluruz ve ayrıca neredeyse şaşılacak bir sinizmle, loncalar tarafından yapılan toptan ödemelerdeki "faiz" için uygulanabilecek ruhani cezaların yerine getirilmesine izin veren düzenlemeler de bulabiliriz. [70] Üstelik, Zümre meclislerinde olduğu gibi avukatların rasyonel olarak örgütlenmiş loncalarında da aynı maddi ve fikri sınıf çıkarları, özellikle avukatlarınkiler, tıpkı Roma hukukuna (kısmen) olduğu gibi dini hukukun aleyhine döndü. Kilise hukukunun temel etkisi, birkaç kurum dışında, prosedür alanında yatar. Karşıt ilkeye dayanan seküler prosedürün şekilci kanıtına karşılık, teokratik adaletin salt biçimsel doğrudan ziyade içeriksel doğru için mücadelesi oldukça erken biçimde soruşturma prosedürüyle ilgili rasyonel fakat özellikle maddi bir yöntem üretti. [71] Teokratik adalet yönetimi artık gerçeğin ortaya çıkarılmasını bir yanlışın tazmininden çok davacının keyfi takdirine bırakamazdı. *Ex officioyu* işletmek ve gerçeklerin en iyi şekilde tespiti ihtimalini sunduğu görünen bir kanıt sistemini oluşturmak zorundadır. Bu nedenle, Kilise hukuku Batı dünyasında sonradan seküler ceza adaleti tarafından benimsenen soruşturmayla yargı yöntemini geliştirdi. [72] Maddi Kilise hukuku hakkındaki çatışmalar sonradan temelde siyasal bir konu haline geldi. Hala mevcut talepleri artık uygulamalı ekonomik ilişki alanlarında yatmaz.

Erken Bizans döneminin bitişinden sonra, *Doğu* kiliselerinin durumu doktrinin yorumlanması için yanılmaz bir dairenin ve konsey yasalarının yokluğunun bir sonucu olarak

İslam'ınkilere benzemeye başladı. Fark sadece, İran Şahları nın tebaaları karşısındaki istikrarsız meşruiyetinden söz et mezsek, Saltanatın Abbasi Halifeliğinden[73] ayrılışından sonra Doğunun Sultanları tarafından seslendirilebilen ve hatta Ha lifeliğin Mutevekkil'den Sultan Selim'e[74] geçmesinden sonra Türk Sultanlarının yürürlüğe soktuğu sezaro-papist iddiaları karşılaştırıldığında Bizans monarklarının temelde daha güçlü sezaro-papist liderlik iddialarında yatar. Bununla birlikte, n geç Bizans ne Rus ne de diğer sezaro-papist liderler yeni kutsa hukuk oluşturma iddiasında bulunmamışlardır. Bu nedenle İslami tarzda hukuk ekollerinde bile bu amaca yönelik hiçbi organ yoktur. Sonuç olarak, bu şekilde başlangıç alanıyla sı nırlı kalan Doğu Kilise hukuku, tamamen durağan kaldı v ekonomik hayat üzerinde hiç etkisi olmadı.

NOTLAR

1. *Ius honorarium* – Pretor tarafından formel *leges* ya da eski gelenekler kapsamındaki *ius civile*'ye ek olarak ve onun tadili olarak oluşturulan yasa.

2. Bkz. PLUCKNETT, 82 ve sonraki sayfalar; 2 ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS, SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY (1908) 367.

3. Gerçeklerin değerlendirilmesi temelde yargıcın görevi sayıldığında sivil ya da cezai yasal prosedürün soruşturmayla ilgili olduğu söylenir; öte yandan sözde karşıt yöntemde doğruların yargıcın etkili işbirliği olmadan tarafların iddia ve kanıtlarından doğması beklenir. Germen yasalarının ağırlıklı olarak karşıt yöntemlerinden uzaklaşma modeli Batı Avrupa'nın tamamında yöntemsel gelişme için etkili hale gelmiş Kilise tarafından geç Orta Çağ'da başlatıldı.

4. *Ius* ve *fas* arasındaki Roma ayrımı üzerine bkz. JOLOWICZ, age. 86 ve sonraki sayfalar; MITTEIS 22-30 ve orada listelenen literatür. Terimlerin barok tarzında kullanımı için bkz. BLACKSTONE III, 2.

5. Yani, kıta Avrupa'sınınki; yani reformlar on dokuzuncu ve yirminci yüzyıl kanunlaştırması tarafından uygulanmadan önce Avrupa üzerinde yaygın olan yöntem. Yine de Weber bu ve sonraki cümlelerde, göreceğimiz gibi, temel olarak Anglo-Amerikan prosedüründen farklı olmayan günümüz kıta Avrupası prosedüründen de bahseder.

6. Weber karşıt ilkenin zararına soruşturma prosedürünü güçlendirmek için belirgin eğilimler göstermiş modern totaliter devletlerin yöntemsel reformlarını öngördü. Bkz. Ploscowe, *Purging Italian Criminal Justice of Fascism* (1945), 45 COL. L. REV. 240; BERMAN, JUSTICE IN RUSSIA 207; EBERHARD SCHMIDT, EINFÜHRUNG IN DIE GESCHICHTE DER DEUTSCHEN DTRAFRECHTSPFLEGE (1947) 406; ayrıca SCHOENKE, ZIVILPROZESSRECHT (6. Basım 1949) 25; H. Schroeder, *Die Herrschaft der Parteien im Zivilprozess* (1943), 16 ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO 168.

7. Görünüşe göre, Weber burada modern Batılı türde demokrasid ziyade Atina tarzı demokrasiyi düşünür.

8. Frederick'in özel davaya müdahale etmeye çalıştığı ünlü dav

1779'da bir baron olan toprak sahibi tarafından dava edilen sırad değirmenci Arnold kiranın ödenmemesi sebebiyle değirmenden çıl rıldı. Arnold kararı bozmak için mahkemeye hükmeden krala dön ve değirmenin mülkiyeti Arnold'a geri verildi. Yargıçlar "hukuka ayk olacak" bir kararı ifade etmeyi reddetti. Kralın kızgınlıkla tekrarlad emre uymayı "dik kafalı" bir şekilde reddetmeyi sürdürdüklerinde, onl hapse mahkum etmeleri için üst mahkemeye emir verdi. Üst mahke yargıçları hukukun böyle bir adıma izin vermediğini beyan ettiklerin alt mahkemenin yargıçlarıyla birlikte, kralın emriyle tutuklandılar bir yıl hapse, görevden alınmaya ve Arnold'a zararlarının ödenmesi mahkum edildiler. Frederick'in halefi II. Frederick William hüküm nin ilk eylemlerinden biri halkın yargıçların durumunu iyileştirme onları hazine dışından tazmin etme isteklerine boyun eğmekti. Bkz., JELLINEK, VERWALTUNGSRECHT 85 ve orada alıntılanan literat İngilizcede bir açıklama için, bkz. I. Husik'in çevirisi R. STAMMLE THE THEORY OF JUSTİCE (1925) 243 *ve sonraki sayfalar.*

9. Bkz. A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, IMPERIUM DES I CHTERS (1908). İma, Roma'nın yargı yönetimine tamamen hükmed aristokratlar tarafından halkın uzun mücadelesinde iktidarları çök kadar yönetildiği erken dönemedir. Bkz. MOMMSEN, HISTORY (ROME (Dickson'un çevirisi 1900) 341-369; JOLOWICZ 7-12.

10. Bkz. I. SANFORD, STUDIES AND ILLUSTRATIONS OF TI GREAT REBELLION (1858); P. A. GOOCH, ENGLISH DEMOCRAT IDEAS IN THE SEVENTEENTH CENTURY (2. Basım 1927) 3(HOLDSWORTH 412.

11. Plepler aristokratların egemenliğine karşı mücadelelerin aristokratları yasaları kağıda dökmek ve böylece bilgilerini genel olar ulaşılabilir yapmak için komisyonun atamasını onaylamaya mecb ettiklerinde en önemli başarılarından birini elde ettiler. Komisyon çalışmasının ürünü, M. Ö. 450/449'da ilan edildiği Livy tarafınd

aktarılan (III, 9 ve sonraki sayfalar) ve yüzyıllar boyunca Roma *ius civilesi'nin* temeli olarak alınan On İki Levha yasasıydı.

12. Prozessinstruktion Alman prosedür teorisine ait bir sanat terimidir. Bir sivil ya da ceza duruşmasının gidişatını sürdüren ve takip etmesi gereken rotayı yöneten bu kişilerin rolü ve etkinliği anlamına gelir. Metinde bahsedilen prosedür türünde, *Prozessinstruktion* kamu görevlisine ya da mahkemeye ya da en azından sorunların ifade edildiği kısmına başkanlık eden ama son kararı kendisi ifade etmeyen hükümdara verilir. Başlıca örnek etkin katılımıyla, hukukun bu sorunlarını ya da gerçeği ya da karar verilmesi gereken her ikisini de açıkça ifade etmenin yapıldığı *in iure, in iudicio* işleyişi üzerinde başkanlık etmiş Roma *pretorunun* rolü, pretorun atadığı *iudex* tarafından oluşturulur.

Bir başka çeşit halk meclisleri tarafından, özellikle karar meclisin tamamı ya da üyelerin bazıları tarafından alınırken bir prens ya da temsilcisi tarafından ya da otorite sahibi başka bir kişi tarafından başkanlık edilen Alman tipi tarafından temsil edilir (bkz. kısım iii:6). Hem Roma pretorü hem de Germen prensi *Banngewalt'a* yani kanuna karşı gelme cezası ya da mülkün hakkını kaybetme üzerine mahkemeye çağırma gücüne sahipti.

13. Bkz. WESTERMARCK, HISTORY OF HUMAN MARRIAGE bölüm XIX; FREUD, TOTEM AND TABOO (Brill çevirisi 1927) bölüm I; Fortune, R. , *Incest,* 7 ENCYC. SOC. SCI. 620 ve orada alıntılanan literatür.

14. Vasiyet özgürlüğü ilkesini sürdürmede ve yeniden kurmada Kilisenin rolü hakkında, bkz. POLLOCK AND MAITLAND II, 349; HOLDSWORTH III, 536, 541 ve sonraki sayfalar.

15. Burada Weber görünüşe göre JHERING'i izler 263. MITTEIS'in aksine 23, not 2, "ünlü" "Roma özel hayatında kutsal yeminin ancak yasal zorlamanın olmadığı durumların dışındaki durumlarda kullanıldığına" işaret eder. Mitteis açıkça Jhering'e atfen, " Roma'nın seküler yasasında dini bir unsur fikri vaktiyle suiistimal edildi" ifadesini kullanır (age. 24, not 4). Yine de, yakın zamanda böyle fikirler canlandırıldı, bu özellikle HAGERSTRÖM tarafından kökten biçimde yapıldı, DER RÖMISCHE

OBLIGATIONSBEGRIFF (1927) ve DAS MAGISTRATISCHE IUS IM ZUSAMMENHANG MIT DEM RÖM. SAKRALRECHT (1929).

16. Bkz. JHERING I, ve sonraki sayfalar. Son araştırmalar *fas* kelimesinin Roma'nın kutsal hukukuna uygulanmasının doğruluğu üzerindeki şüpheyi attı. Bkz. JÖRS AND KUNKEL 19, not 2'deki şu ifade: " Modern literatürde *ius* ve *fas* arasındaki ayrım genelde laik ve kutsal hukuk arasındakine eşdeğer olarak görülür. Yine de terimlerin böyle kullanımı Roma kullanımına denk gelir. Başlangıçta, *fas* Tanrılar tarafından boş bırakılan alan anlamına geliyordu. Özellikle laik hukukun etkili olduğu hayatın bu yönlerini kapsıyordu. Cicero dönemi ile sıkça meydana gelen etik olarak derinleştirilmiş kullanımda, *fas emredilen* anlamına gelen *ius'un* aksine dini olarak *izin verilen* anlamına geldi. Bu anlamda bile, *fas* yine de *ius'un* aksine insan yapımı bir emir sıfatıyla dini olarak ahlaki emir anlamına gelmiyordu. Böyle bir düşünce Hristiyanlıktan önce ortaya çıkmadı. *Fas* dini törenler ve benzer sorunlara ilişkin kuralların karışımı anlamına da pek gelmez. Bu kurallar *ius sacrum* ya da *ius pontificium* gibi *ius'a* aittir. *Fas'ın* anlamının gelişmesi Yunanca ὅσιον sözcüğününkiyle geniş ölçüde benzerdir; bkz. WILAMOWITZ, PLATON I. 61; LATTE, HEILIGES RECHT 55 not 16. " Bkz. ayrıca *yukarıda* not 4.

17. Augurs Akademisi ve *interventiosu* üzerine, bkz. JHERING I, 329 ve sonraki sayfalar. Yüksek Hukuk Meclisinin "yaklaşık M. Ö. 458'de nakledilen ve Aristoteles'in söylediği gibi, Yüksek Hukuk Meclisini 'değiştiren' ve kalıtsal haklarından pek çoğunu kaldıran bir emirle" kaldırılması üzerine (ARIST. POL. İi 9; CIC., DE NAT. DEOR. İi 29; DE REP. İ 27) bkz. W. SMITH, DICTIONARY OF GREEK AND ROMAN ANTIQUITES (1848) 128'deki makale.

18. Weber'in din ve hukuk arasındaki ilişkiyi işleyişi özellikle Mitteis tarafından açıklanan egemen fikre denk düşer. Büyüsel-dini fikirlerin Roma hukukunun gelişmesiyle çok daha yakın ilişkisi ve ona çok daha kapsamlı etkisi yakın zamanda HAGERSTRÖM tarafından savunuldu; age., yukarıda not 15; sorunla ilgili daha fazla literatür hakkında bkz. JÖRS AND KUNKEL 4, not 3, 393.

19. Hindu hukuku üzerine bkz. Vesey-Fitzgerlad'ın makalesi 9 ENCYC. SOC. SCI. 257 ve orada alıntılanan literatür; Weber öncelikle Jolly'nin makalesini kullanmış görünür. BÜHLER'S GRUNDRISS DER INDOARISCHEN PHILOLOGIE (1886; İngilizce çevirisi Ghosh, Calcutta, 1928) ve DIGEST OF HINDU LAW West ve Bühler (Bombay, 1867/69). Bkz. WEBER'S GESAMMELTE AUFSATZE ZUR RELIGIONSSOZIOLOGIE'deki dipnot (2. Basım 1923), HINDUISMUS UND BUDDHISMUS II, 2. KONLER AND WENGER 102-130'daki ilgili pasajdan ve SIR HENRY MAINE'in çalışmasından yararlanmış görünür, ANCIENT LAW; VILLAGE COMMUNITIES; EARLY HISTORY OF INSTITUTIONS; EARLY LAW AND CUSTOM.

20. Weber burada yukarıda, ii:5. kısımda gösterildiği gibi, geç Orta Çağ'da ve modern dönemin ilk yüzyıllarında bazı grupların geleneksel ya da özel olarak oluşturulmuş hukuklarının ülkenin genel hukukuna üstün gelmesi anlamına gelen eski Alman ilkesini kullanır: "Willkür bricht Landrecht. " Bu Alman durumuyla paralellik sadece Hindu hukukunun kesin olarak Alman *Landrecht* anlamında özel bir alan hukuku olarak anılamadığını; fakat daha ziyade diğer hukuk sistemleriyle yarışmak zorunda olmadıkça, yani Müslüman istilasından önceki dönemde açıkça *hukuk* olarak kabul edilen inananların hukuku olarak anılabildiği düşünüldüğünde geçerlidir.

21. Bkz. yukarıda bölüm ii:2. (4b).

22. Budist etkisindeki ülkelerdeki hukuka ilişkin olarak, bkz. VESEY-FITZGERALD, age. , kısım iv. not 24; ayrıca BURGE'S COMMENTARIES ON COLONIAL AND FOREIGN LAW(basım 1908-1914), 6 cilt. I SCHLEGELBERGER; RECHTSVERGL. HANDWÖRTERBUCH'daki (1929) aşağıda yer alan makaleler, Budist geleneklerin hala değişen derecelerde de olsa etkili olduğu bu ülkelerin modern hukuk sistemlerinden bahseder: W. Trittel, *Siam* 470; H. Mundell, *Malaiische Staaten* 417; H. Solus, *Die französischen Besitzungen und Kolonien* 535, 553 (Cambodia); F. Grobbs, *Britisch Indien* 319-328; 324-325 (Burma). Seylan'da Budist hukuk Roma- Flemenk hukuku tarafından büyük ölçüde hükümsüz kılındı. Bkz. LEE, INTRODUCTION TO ROMAN-DUTCH

LAW (1925); PEREIRA, LAWS OF CEYLON (1913); J. KOHLER, RECHTSVERGLEICHENDE STUDIEN (1889) 211 ve sonraki sayfalar, 291.

23. Çin hakkında Weber tarafından kullanılan temel literatür Konfüçyüsçülük ve Taoizm'in ahlakı üzerine denemesinin giriş notunda listelenir. I GESAMMELTE AUFSATZE ZUR RELIGIONSSOZIOLOGIE (3. Basım 1934) 276; çeviri H. Gerth s. t. THE RELIGION OF CHINA [1951]). Çin hukuku özellikle bahsedilen çalışmasının 391. ve sonraki sayfalarında ve 436. ve sonraki sayfalarında tartışılmıştır. Weber'in görünüşe göre KOHLER AND WENGER'deki Çin Hukuku (138. ve sonraki sayfalar) üzerine olan bölümü ve sayfa 153'te alıntılanan literatürü kullandı. Çin hukuku üzerine daha fazla yönlendirme için, bkz. Escarra, Chinese Law, 9 ENCYC. SOC. SCI. 249 ve sayfa 266'da listelenen literatür; Betz and Lautenschlager, China, I SCHLEGELBERGER; RECHTSVERGL. HANDWÖRTERBUCH 328 ve sayfa 389-391'de listelenen literatür; ayrıca bkz. BUENGER, QUELLEN ZUR RECHTSGESCHICHTE DER T'ANG ZEIT (1949); C. H. PEAKE, RECENT STUDIES ON CHINESE LAW (1937). Tabii ki Weber'in gözlemleri devrim öncesi Çin hukukuyla sınırlanır.

24. Roma ve Helen fikirlerinin ya da kurumlarının İslam hukukuna büyük oranda alınması teorisi son dönemde iyi ifade edilmiş bir muhalefetle karşılaştı. Bkz. R. Vesey- Fitzgerald, *Alleged Debt of Islamic to Roman Law* (1951) 67 L. Q. REV. 81; bkz. Schacht, *Origins of Islamic Jurisprudence* (1951) ve *Foreign Elements in Ancient Islamic Law* (1950), 32 COMP. LEG. 9.

25. Emeviler (661-750) – Halifelikte Muhammed'in yakın arkadaşlarını (Ebu Bekir, Ömer, Osman, Ali) izleyen, Ermenistan, İran, Afganistan, Hint bölgesi, Kuzey Afrika ve İspanya'ya Arap – İslam açılımına liderlik eden Arap hanedanı; Bağdat'taki Abbasilerin (750-1258) devrimsel başarıları Pers unsurunun yükselişine ve Arap fatihlerin onların Doğulu tebaalarıyla bütünleşmesine işaret eder. Bkz. H. C. BECKER, 2 CAMBRIDGE MEDIEVAL HISTORY (1913) 355-364. Sasaniler (226-641) – Arap fethinden önceki son Pers hanedanı.

26. *Coge intrare* önermesi – kafirlere karşı, özellikle Kilise'ye gönülsüzleri bile üyeliğe ve bağlılığa zorlamak hak ve görevini atfeden Augustine (Epist. 185, ad Bonifacium M. Ö. 417) tarafından Donatistlere yapılan gibi haklı zorlama savı. Otorite olarak, ev sahibinin hizmetçiye karşılaşacağı herkesi "katılmaya zorlamasını" (*coge intrare)* söylediği büyük akşam yemeğinin kısa hikayesine (Luke 14:23) atıfta bulunur – SCHAFF, HISTORY OF THE CHRISTIAN CHURCH (1886) 144. Tez, görünüşe göre 1009'da, Bruno von Querfurt tarafından, Haçlı Seferlerini kışkırtmada ve Müslümanları ve diğer kafirleri zorla Hristiyanlığa döndürmede kullanıldı; bkz. ERDMANN, DIE ENTSTEHUNG DES KREUZZUGSGEDANKENS (1935) 97.

27. Şüpheli; bkz. yukarıda, not 24.

28. Kemal Atatürk tarafından din ve devlet işlerinin ayrılmasından önce yazıldı; bkz. şimdi 20 Nisan 1924 Anayasası ve büyük ölçüde 1907 İsviçre Medeni Hukukunun çevirisi olan 4 Ekim 1926 Medeni Kanunu.

29. Weber'in bu ifadesi artık doğru değildir. İslami hukuk eğitiminin son zamanlardaki reformu üzerine bkz. A. Sekaly, *La reorganisation de l'Universite d'El-Azhar* (1936), 10 REVUE DES ETUDES ISLAMIQUES I.

30. *Fetva* – bir hukukçunun somut bir dava ile ilgili, Romalı hukukçuların *responsasına* benzer görüşleri; bkz. yukarıda bölüm iv:3.

31. Weber'in HISTORY 258'de de olan bu ifadesinin Josef Kohler'in çalışmalarına dayandığı görünmektedir, özellikle KOHLER AND WENGER 97; *Die Islamlehre vom Rechtsmissbrauch* 29 Z. F. V. R. 432-444 ve MODERNE RECHTSFRAGEN BEI ISLAMITISCHEN JURISTEN. EIN BEITRAG ZU IHRER LÖSUNG (1885). Fakat GOLDSCHMIDT'in önemli cümleleriyle karşılaştırın 98, 99, 246, 250; ve *Ursprünge des Maklerrechts, insbesondere sensal* (1882), 28 Z. F. GES. HANDELSRECHT 115.

P. Rehme, herhangi bir etkiyi kesin biçimde reddetmektedir. *Geschicte des Handelsrechts*, I. EHRENBERG HANDBUCH DES GESAMTEN HANDELSRECHTS (1913), 95. ("Was das Verhaltnis des islamitischen Rechtes zu den romanischen anlangt, so ist festzustellen: bisher ist

noch für keinen Punkt der Nachweis einer Einwirkung jenes auf diesen erbracht worden. ") Ayrıca bkz. 98, 99, 102, 108. Yukarıda belirtilen otoritelere ilave olarak, ayrıca *contractus mohatrae* (Arapça khatar) ile karşılaştırın, Cohn, *Die Kreditgeschafte* 3 ENDEMANN, HANDBUCH DES DEUTSCHEN HANDELS-; SEE- UND WECHSELRECHTS (1885) 846; 2 WINDSCHEID, LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS (1900) 73; kıymetli evrak hakkında, bkz. GRASSHOFF, DAS WECHSELRECHT DER ARABER (1899); REHME, age. 95; Kohler, *Islamrecht* 17 Z. F. V. R. 207.

32. Bkz. , yukarıda, kısım *ii*:5 ve *iii*:2.

33. Weber'in ana kaynağı Kohler olarak görünür, KOHLER AND WENGER 130, ve orada alıntılanan literatür sayfa 153. Modern İran hukuku üzerine bkz. Greenfield'ın makalesi, 1 SCHLEGELBERGER, age. , 427.

34. Genel olarak öğretmen anlamına gelem İmam kelimesi Şii geleneğinde tüm İslam'ın ruhani ve dünyevi başı şeklinde özel anlam üstlendi. İlk imam Muhammed'in damadı Ali'dir. Ali'nin soyundan gelenlerden başkası onun halefi olamazdı. Ali'nin suikaste kurban gitmesinden sonra halifeliği üstlenen Emeviler, aralarında Ali'nin birçok varis zincirlerinin hangisinin karizmatik olarak doğru sayılması gerektiği konusunda ayrılıkların da olduğu Şiiler tarafından gaspçılar olarak görülür. Sırasıyla dünyanın sınırlarını geçmiş, son meşru kişi olarak gördükleri bu imamın "görünmez imam" olarak insandan gizlendiğinden beri yaşıyor olduğunu ve zamanın sonunda *mehdi* olarak dünyayı tüm kötülüklerden kurtarmak ve kendi barış ve adalet krallığını kurmak için yeniden ortaya çıkacağını hepsi kabul eder. Bazı ünlü bilgelerin görünmez imamla kişisel bir bağlantısı olduğuna ve ondan vahiyler aldıklarına inanılır. Bkz. GOLDZIHER, age. , 213 ve sonraki sayfalar.

35. Bkz. Solus I SCHLEGELBERGER, age. 545.

36. Weber, kendi kitabı JUDAISM'de haham hukukundan bahsetmez. Weber'in Yahudi hukuku üzerine bilgilendiği literatür muhtemelen KOHLER AND WENGER 151/152'de listelenen literatürdür; daha fazla bilgi için bkz. Gulak, *Jewish Law*, 9 ENCYC. SOC. SCI. 219, ve sayfa

264'teki literatür; ayrıca D. Daube, *The Civil Law of the Mischnah* (1944), 18 TULANE L. REV. 351.

37. Urim ve T'hummim Baş Rahibin (Exod. 28:30) zırhlarına bağlanmış ve onun tarafından ulusal önemdeki sorular üzerine Tanrının iradesini belirlemek için kullanılan nesneler olarak görünür (Num. 27:21). Bunlar sonraki kralların döneminde kayboldular (Ezra 2:63).

38. İsrail'deki kehanet ve kahinlik üzerine, bkz. AJ 112 ve sonraki sayfalar, 179 ve sonraki sayfalar, 281 ve sonraki sayfalar.

39. Farisilerin sosyolojik yeri ve rolü üzerine, Weber'in kendi açıklaması AJ 401 ve sonraki sayfalar.

40. Hem Filistin hem de Babil Talmud'u M. Ö. 5. yüzyılın sonraki döneminde tamamlandı.

41. Deut 25: 5 – 10: Bir adamın erkek bir varisi olmadan öldüğü yerde, dul kalan karısı bir yabancıyla evlenemez; ölen kişinin yaşayan erkek kardeşi onu karısı olarak almak zorundadır ve doğan ilk erkek çocukları ölen kişinin adının ve mülkünün halefi olur, bkz. Cohon, *Levirate Marriage*, FERM'S ENCYC. Of RELIGION (1945) 441 ve orada belirtilen literatür.

42. *Tannaim* (Arami) – M. S. ilk iki yüzyılın Yahudi bilginleri.

43. Talmud hukukunun daha eski tabakası.

44. Bilginler kongresi Babil akademilerinde her yıl iki kez düzenlenirdi; bkz. 2 LEVY, TALMUD WÖRTERBUCH 331.

45. M. S. 942, Exilarch David ben Zakkai ve filozof Saadia ben Joseph al- Fayyumi arasındaki içsel tartışmadan sonra David'in iki halefi Müslümanlar tarafından öldürüldü. 3 GRAETZ, HISTORY OF THE JEWS (3. Basım) 201.

46. 1135 (1139?) – 1204, Ortaçağ'ın önde gelen Yahudi filozofu, İspanya ve Kuzey Afrika'da yaşadı; bkz. Guttman ENCYC. SOC. SCI. 48. Maimonides'in hukuk üzerine bilimsel çalışmaları, *Mischnah torah* ya da *Yad-hachazakah* 1180'de tamamlandı; İngilizce çeviri için bkz. RABINOWITZ; THE CODE OF MAIMONIDES, Kitap 13, THE BOOK OF CIVIL LAWS (1949).

47. Jacob ben Asher, Almanya'da doğdu;, İspanya'nın Toledo kentinde öldü; hukuk üzerine çalışması *Turim* 1327 ve 2340 arasında yazıldı. Bkz. 7 GRAETZ, age. (3 basım) 298.

48. 1488-1575; bkz. Ginzberg 3 JEW. ENCYC. 583; ayrıca B. COHEN, THE SHULHAN ARUK AS GUIDE FOR RELIGIOUS PRACTICE TO-DAY (1941).

49. Metinde atıfta bulunulan yazar Werner Sombart olarak görünen eseri THE JEWS AND MODERN CAPITALISM'de Yahudilere, günümüz iş hayatında işleyen ticari mekanizmanın pek çok ayrıntısını icat ederek ve diğerlerinin tamamlanmasında iş birliği yaparak kapitalist örgütlenmelere özel niteliklerini vermede belirleyici bir rol atfetmiştir (sayfa 11). Yine de, bu iddia edilen Yahudi başarısının detaylı tartışmasında, Sombart " belgelere dayanan bu kanıtlara ilişkin bu paylaşımın ne olduğunu göstermek zor belki de imkansız olurdu" şeklinde açık bir ifade sarfeder (sayfa 63). Sombert'in kapsamlı hipotezi Nasyonal – Sosyalist literatürde kolaylıkla kabullenildi. Yahudi hukukun etkisi sorunu üzerine ayrıca bkz. eski dönem ve sonraki Yahudi hukukunun bazı kurumlarını tartışan, fakat Batı'daki gelişmelerin üzerinde etkili olup olmadığını bariz şekilde belirsiz bırakan Kuntze, DIE LEHRE VON DEN INHABERPAPIEREN (1857) 48.

50. Bkz. KOHLER, PREISER AND UNGNAD, HAMMURABI'S GESETZ I, 117, III, 237; SCHORR, ALTBABYLONISCHE RECHTS URKUNDEN (1913) 88.

51. Bkz. FREUNDT, WERTPAPIERE IM ANTIKEN UND MITTELALTERLICHEN RECHT (1910) ve bu kitabın Joseph Partsch tarafından yapılan kapsamlı eleştiri tartışması (1911) 70 Z. F. HANDELSR. 437.

52. Bkz. Brunner, Carta and Notitia, *Ein Beitrag zur Geschichte der germanischen Urkunde*, COMMENTATIONES PHILOLOGAE IN HONOREM THEODORI MOMMSENI (1877) 570, yeniden basım 1 ABH. 458.

53. Weber burada Brunner'i izler, BEITRAGE ZUR GESCHICHTE UND DOGMATIK DER WERTPAPIERE (1877/78), Z. F. HANDELSR.

XXII, 87, 518; XXIII, 225; yeniden basım FORSCHUNGEN ZUR GESCHICHTE DES DEUTSCHEN U. FRANZÖSISCHEN RECHTS (1894); ve *Das französische Inhaberpapier des Mittelalters*, in FESTSCHRIFT FÜR THÖL. (1879) 7; yeniden basım I ABH. 487.

54. Bkz. GOLDSCHMIDT III.

55. Bkz. Kohler, *Das Recht der Armenier* (1887), 7 Z. F. VGL. RECHTSW. 385, 396; fakat herhangi bir kanıt bulunmaz.

56. Kuzey Kafkasya steplerinin halklarından biri olan Hazarlar Karadeniz ve Hazar arasında bir imparatorluk kurdu. Sekizinci ve dokuzuncu yüzyıllarda güçlerinin doruğuna ulaştılar. Hristiyan Bizans'ın ve Müslüman halifelerin baskısına teslim olmayı reddeden hanedan, yaklaşık M. S. 740'da Bizans'tan kovulan ve Hazarlara sığınan Yahudilerin dinini benimsedi. Bununla birlikte, Yahudi hukuku Hazar imparatorluğunun genel hukuku haline değil, Yahudi dinini icara edenlerin hukuku haline geldi. Viking yöneticilerinin (Varangians) dokuzuncu yüzyılın sonlarında Kiev'e gelişi ile Hazar imparatorluğunun sınırları gittikçe küçüldü ve sonunda Kiev Svjatoslavı tarafından yıkıldı (964-972). KADLEC 4 CAMBRIDGE MEDIEVAL HISTORY 187.

57. Weber'in kaynağı kısa bir tahminden başka bir şey söylemese de S. Eisenstadt olarak görünür, Über altrussische Rechtsdenkmaler (1911), 26 Z. F. VGL. R. 157.

58. Suriyelilerin geç Antikitedeki rolü üzerine, bkz. Scheffer-Boyadhorst, Zur Geschichte der Syrer im Abendlande, 6 MITTEILUNGEN FÜR ÖSTERREICHISCHE GESCHICHTSFORSCHUNG 521; MOMMSEN, RÖMISCHE GESCHICHTE 467.

59. Şabat yılı: Kutsal Kitap (Lev. 25:1-25; Deut. 15:2) yedi yılda bir borçların iptal edilmesini, kölelerin özgür bırakılmasını, rehinli mülkün iade edilmesini ve toprağın fakirlere ve yabancılara bırakılan toplanmamış tüm mahsulüyle beraber nadasa bırakılmasını emrediyordu. Bu kuralların ne ölçüde uygulandığı belirsizdir. Bunlar, geleneğin Hillel'e (M. Ö. 30- M. S. 10) atfettiği Prosbol'un keşfi ile açıkça anlamsız hale geldi. Borçlu alacaklının kendisinden çok mahkemeye karşı yükümlülük

altına girmiş görünüyordu. Sahte kutsal kitap otoritesine dayanan bu şekilde oluşturulan bir borcun dini emir tarafından etkilenmeden düzenlendiği kabul ediliyordu. Bkz. GREENSTONE, 10 JEWISH ENCYCL. 219.

60. Kilise Hukukunun kapsamlı bir tarihi yoktur; kısa bir anlatım için bkz. Hazeltine, 3 ENCYC. SOC. SCI. 179, sayfa 185'teki bibliyografiyle birlikte.

61. Bkz. J. T. McNEILL AND H. M. GAMER, MEDIEVAL HANDBOOKS OF PENANCE (1938).

62. En ünlü davalar *Donation of Constantine* ve *The False (ya da Pseudo-Isidorean) Decretals*'a ait olanlardır. Muhtemelen sekizinci yüzyıl ortası ve sonu arasında Roma'da oluşturulan ilk isimli belge, İmparator Konstantin'in Papa Silvester'e ihtidası için minnetini belirten, papa ve onun daimi haleflerine Roma, İtalya ve tüm Batı bölgesinin dünyevi egemenliğiyle birlikte tüm diğer piskoposlar üzerinde ruhani üstünlük veren bir imtiyaz olarak ifade edildi. Ortaçağ papalığı tarafından geniş ruhani üstünlüğün ve Roma şehrinin dünyevi iktidar iddiasının temellerinden biri olarak kullanılan bu *Constitutum Constantini* dokuzuncu yüzyılda yedinci yüzyıl İspanyol dini hükümlerinin derlemesini yapan efsane yazarı Sevillalı Isıdor'un çalışması olarak belirtilen sahte dini hükümlerin kapsamlı derlemesine dahil edildi. Sahtecinin temel amacı piskoposların kilise içindeki ve devlete karşı olan gücünü kuvvetlendirmekti. *Donation of Constantine* ve *The False Decretals* onaltıncı yüzyılın hümanist bilginleri tarafından sahtecilik olarak onaylandı. Bkz. 7 ENCYC. BRIT. 127, 524, kapsamlı bibliyografyayla birlikte.

63. Özellikle on yedinci ve on sekizinci yüzyılların Fransız kraliyet ailesinin ve soylularının Manevi danışmanları.

64. Gönderme günah çıkartmayla ilgili kazuistik el kitaplarına, on yedinci ve on sekizinci yüzyılın ahlaki teolojisine, özellikle Ciz ve Redemptorist kaynaklılaradır. En ünlüsü St. Alfonso dei Liguori'nin Homo Apostolicus'udur, basım 1753/5.

65. *Actio spolii*– esasen, *False Decretals*'de (bkz. yukarıda not 62) belirtildiği gibi, piskoposluktan çıkarılan bir piskoposun haklılığını kanıtlamak zorunda olmadan iadesini talep edebildiği eylem; sonra Innocent III'ün 1215 tarihli kanununa dayalı olarak, mülkünden zorla çıkarılan kişiye ait olan mülkü ona hızlı şekilde iade etmeyi amaçlayan ve çıkarları bu kovulmadan etkilenen diğer insanlarla da ilgili dava. Bkz. ENGELMANN AND MILLAR 581.

66. *Summariissimum*; savunmalar dışında doğrudan kanıta duyarlı olmayan ve son derece hızlı ceza işlemi. *Summariissimum'da* açıklanan usul koşulludur ve *summarium* ya da *ordinariumda* gözden geçirmeye tabidir, bkz. ENGELMANN AND MILLAR. Kilise hukuku yönteminin *summariissimumu* dini olmayan mahkemelerdeki özet yöntemlerin gelişmesinden etkilendi.

67. Ames, *History of Parol Contracts Prior to Assumpsit* (1895) 8 HARV. L. REV. 252; yeniden basım Ass. of Amer. Law Schools, SELECTED ESSAYS ON ANGLO-AMERICAN LEGAL HIST. (1909) III, 804; POLLOCK AND MAITLAND II, 184.

68. POLLOCK AND MAITLAND II, 331; HOLDSWORTH III, 534; R. Caillemer, *The Executor in England and on the Continent*, Ass. of Amer. Law Schools, SELECTED ESSAYS ON ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY III, 476.

69. M. S. 527-565. Justinian'ın Corpus Iuris'inde boşanmaya öncelikli davranılır, DIGEST 24. 2.

70. Weber'in bu ifadesinin kaynağı tespit edilemedi. Bulunabilmiş referanslar sadece KOHLER, DAS STRAFRECHT DER ITALIENISCHEN STATUTEN(1857) 1, 592'de bahsedilen 1252 Brescia mevzuatı ve Del Giudice tarafından 6 PERTILE, STORIA DEL DIRITTO ITALIANO (1900) Bölüm I, sayfa 82, not 35'de bahsedilen 1420 Trieste mevzuatıdır. Önceki, şehir tarafından açıkça izin verilen faizin alınmasına karşı dini mahkemeye başvuran bir kişiyi cezayla tehdit eder. Sonraki, bir borçlunun tüm borcunu anlaşılmış olduğu gibi ve görünüşte faiz dahil ödemesinden önce dini mahkemeye başvurmasını engeller. Bkz. LASTIG, ENTWICKLUNGSWEGE UND QUELLEN DES HANDELSRECHTS

(1877) §§14-17; 34-37; aynı, *Beitrage zur Geschichte des Handelsrechts* (1848) 23 Z. F. HANDELSR. 138, 142.

71. Bkz. yukarıda, bölüm v:1.

72. Bkz. A. ESMEIN, HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL PRECEDURE (çeviri Simpson, 1913) 78.

73. 1258'de Bağdat'ın son halifesi Musta'sim Cengiz Han'ın torunu Hülagü tarafından mağlup edildi ve tahttan indirildi.

74. Abbasiler, Moğollar tarafından mağlup edildikten sonra, Mısır'da bu ülkenin Türk Sultanı I. Selim tarafından 1517'de fethedilmesine kadar gölge bir hakimiyet sürdürdüler.

75. İran, Sasani hanedanın çöküşünü ve 637'deki Arap fethini takiben 1405'te Safevi Şii hanedanı altında ulusal bir devlet olarak yeniden yapılanışına kadar yabancı yöneticilerin hakimiyeti altındaydı. Bu zamanda oluşturulan resmi doktrine göre Şah "görünmez İmam"ın temsilcisidir.

VI. EGEMENLİK VE PATRİMONYAL KANUN: KANUNLAŞTIRMALAR

1. Egemenlik

Adaletin eski halk yönetiminin şekilciliğine ve irrasyonelliğine müdahale eden ikinci otoriter güç; prenslerin, magistratların ve memurların *imperium*'udur. Bir prensin kendi kişisel maiyeti, kendi altındaki memurları – özellikle ordusu– için oluşturabileceği ve oldukça önemli kalıntıları bugün hala devam eden özel hukuku burada dikkate almayacağız. [1] Bu oluşumlar geçmişte Orta Çağla birlikte Antikite'de de genel hukukun ya da gelenek hukukunun kontrolünden ve sıradan mahkemelerin yetki alanından kaçan ve genel hukuktan pek çok karmaşık yolla ayrılan, patron ve klient, efendi ve hizmetçi, lord ve vassal kanunu gibi, çok önemli özel hukuk yapılarına yol açtı. Bu olguların siyasal önemi olsa da, bağımsız olarak kendilerinin resmi yapıları yoktu. Hukuk sisteminin genel niteliklerine göre, bu özel hukuk yapıları, örneğin Antikitede patron ve klient hukuku, bir yandan kutsal normların, diğer yandan geleneksel kuralların karışımı tarafından yönetiliyordu; ya da Orta Çağın efendi ve serf ya da lord ve vassal hukuku gibi statü grubu nitelikleri vardı; ya da kamu hizmeti ve askerlikle ilgili günümüz hukuku gibi, idare ve diğer kamu hukukunun bazı özel normları tarafından düzenlenirler ya da açıkça özel maddi kurallara ve yönetimsel otoritelere bağlıdırlar.

Burada ilgi alanımıza giren daha ziyade *egemenliğin* genel (geleneksel) hukuk, onun tadili, genel hukukla birlikte, onun yerine ya da ona karşıt olarak genel geçerliliği olan yeni hukukun doğuşu üzerindeki etkileri ile ilgileniyoruz. Oldukça özel olarak, bu durumun genel olarak hukukun formel yapısı üzerindeki etkileriyle ilgileneceğiz. Burada sadece bir genel nokta vurgulanmalıdır: Bu türden özel yasaların yapılarının gelişme derecesi *imperium'un*, gücünün destekçisi olarak görülmesi gereken tabakalarla karşılıklı güç ilişkisinin ölçüsüdür. İngiliz kralları özel feodal bir hukukun partikülaristik bir sistem olarak ortaya çıkışını engellemede, Almanya'da yaptıkları gibi, başarılıydılar; öyle ki bu daha ziyade birleşik *lex terrae'nin*, Gelenek Hukukunun, içine dahil edildi. [2] Yine de, tüm arazi hukuku, aile hukuku ve miras hukuku güçlü bir feodal havaya ulaştı. [3] Roma devletinin hukuku bazı soyutlanmış normlarda, çoğunlukla afaroz formülleri içinde *clientela* ile ilgilendi, fakat bu Roma soylularının sosyal statüsü için önemli olsa da, bu kurumu özel hukukun düzenleyici alanına çekmekten bilerek uzak durdu. [4] İngiliz hukuku gibi, Orta Çağ'ın İtalyan *statutası* tek tip bir *lex terrae* oluşturuyordu. [5] Orta Avrupa'da, modern kurumsal devlet tarafından özümsenene kadar çeşitli özel yasaların maddi kalıntılarını korumada başarılı olan mutlakiyetçi prens devletinin doğuşuna kadar böyle bir edinim gerçekleşmedi. [6]

Prens, magistrat ya da memurun örfi hukuk oluşturma ya da etkileme hakkına sahip göründüğü ve bunu yapmak için gerçek yetkisinin olduğu koşullar, bu gücün farklı coğrafi bölgelerde ya da hukuk alanlarında yayılma derecesi ve ayrıca bu müdahalenin altında yatan güdüler daha sonra egemenlik

biçimlerini ele alırken tartışılacaktır. Gerçekte bu güç birçok biçim aldı ve buna göre birçok farklı sonuçlar doğurdu. Genel olarak, prensin iktidarının barışı korumak (*Banngewalt*) için oluşturduğu ilk şeylerden birisi rasyonel ceza yasasıydı.[7] 'Hukuk ve düzene' olan genel ilginin yanı sıra askeri mülahazalar da bu özel alanda düzenleme gerektiriyordu. Dini linç yasasının yanında, prenslik makamının otoritesi gerçekte ayrı bir 'ceza usulünün' ikinci önemli kaynağı olmuştur. Çoğu zaman rahiplerin etkileri de, Hristiyanlıkta olduğu gibi, kan davasının ve düellonun ortadan kaldırılmasına olan ilgisi nedeniyle, bu gelişmede doğrudan etkiliydi. Rusya'da, erken zamanlarda sadece salt hakem işlevi kazanan *knyaz (prens)* Hristiyanlaşmadan hemen sonra piskoposlar tarafından kazuistik bir ceza yasası oluşturmaya ikna edildi; 'ceza' (*prodazha*) kavramı gerçek olarak sadece bu zamanda ortaya çıkar.[8] Benzer şekilde, Batı'da, İslam'da ve kesinlikle Hindistan'da ruhbanlığın rasyonel eğilimleri de rol oynamıştır.

Bütün eski yasal kanunlarda görünen bu ayrıntılı *wergilt* tarifeleri ve cezalarının oluşturulması kesin olarak prenslerin etkisine bağlıydı. Tipik oluşum koşulları bir kere geliştiğinde, Binding'in Alman hukukunda var olduğunu gösterdiği sistem[9] evrensel olguydu: Bunda iki grup *wergiltz* buluruz. Biri muazzam büyüklükte olan adam öldürme ve intikam gerektiren diğer kazalarla ilgili davalar için olanla, bütün diğer kaza türlerine fark gözetmeden uygulanabilen çok daha küçük olanıdır. Düşünülebilecek her suç türünü kapsayan bu garip tarifelerin hemen hepsi muhtemelen Prensin etkisi altında gelişti. Bu herkesin herkese belli bir suçla ilgili komisyon ya da bir dava açılmasının ücretinin olup olmadığını önceden düşünmesini

sağladı. [10] Suç ve cezaya yönelik salt ekonomik tutumun l lirgin üstünlüğü, aslında, tüm zamanlarda köylü tabaka özgüydü. Yine de, tüm tazminatların sabitlenmiş ölçüsü ifade edilen formalizm lordun keyfiliğine boğun eğmeyi n detmenin sonucuydu. Adalet yönetimi tamamen patrim olana dek, bu katı şekilcilik yerini daha esnek ve bazen tam men keyfi ceza belirlemesine bırakmadı.

Resmi düzeni ve güvenliği güvence altına alma aracı o rak görülen cezai adalet kadar prensin barış gücüne (*Ba gewalt)* aynı şekilde açık olamayan özel hukuk alanında, e menliğin *müdahalesi* her yerde daha geç ve değişen sonuç ve değişen biçimlerde gerçekleşti. Bazı yerlerde örfi huku özgü olarak örneğin Roma'daki pretor buyruğunun *ius l norariumu*, İngiliz krallarının "ferman" hukuku ya da İng Baş Hakimlerinin "hakkaniyet hukuku" gibi özel kaynağı açıkça başvuran bir prens ya da yargıç hukuku ortaya çıktı. hukuk adalet yönetimi ile görevli memurun özel " buyuru gücü" (*Gerichtsbann)* tarafından oluşturuldu; Romalı huk danışmanları ya da İngiliz dava vekilleri gibi avukatlar o rak müvekkillerinin isteklerine boyun eğmeye istekli olan l kuk ileri gelenleri (*honoratiores*) tarafında kayıtsız bir işbir buldu. Bu güç sebebiyle, memura, pretorda olduğu gibi, y gıçlara bağlayıcı talimatlar bildirme hakkı verilebilirdi ya İngiltere I. James'in kendisi tarafından sonunda Lordlar l marası başkanı Francis Bacon ve geleneksel hukuk mahken leri arasındaki çatışmada karar verildiği gibi, taraflara [11] m keme emrini bildirme hakkı verilebilirdi; ya da rızayla ya zorlamayla, örneğin İngiltere'de kraliyet mahkemesine ya

daha sonra Baş Mahkeme'ye gelmesi gibi, bir davanın yargıcın kendi mahkemesine getirilmesini sağlayabilirdi.

Memurlar bu yolla uzun vadede genel hukukun (*ius civile*, geleneksel hukuk) büyük ölçüde ayağını kaydıran yeni çözümler oluşturdular. Maddi hukuktaki bürokratik yeniliklerde genel unsur hepsinin başlangıcını, ras-yonel ekonomik etkinlikle meşgul bir sınıftan, örneğin burjuva sınıfından çıkan daha rasyonel bir yargılama yöntemine sahip olma isteğinde bulmasıydı. Eski *interdicta* duruşma (*Interdiktionsprozess*)[13] ve *actiones in factum* tam olarak *lex Aebutia*'dan[14] önce bir ara Romalı pretorun yargılama yönteminde hakimiyetini yani jüri üyelerini eğitme gücünü elde etmiş olduğunu kanıtlar gibi görünüyordu. Ama Fermanın maddi içeriğine bir göz atmak, formüler yargılama yönteminin burjuvazinin artan ticaretin yoğunluğu gibi ticari ihtiyaçları tarafından oluşturulduğunu gösterir. Aynı ihtiyaçlar başlangıçta büyüsel olarak koşullanmış bazı muamelelerin tasfiyesiyle sonuçlandı. İngiltere ve Fransa'da kraliyet mahkemelerinin en büyük çekiciliği, Roma'da olduğu gibi, sözlü şekilcilikten özgür olmasıydı. Batı'nın pek çok kısmında, muhalif taraf yemin altında tanıklık etmeye zorlanabilirdi. İngiltere'de mahkeme celbinin külfetli muamelelerinden de vazgeçildi; kral mahkeme celbini "*sub poena*" bildirdi; kralın mahkemesi de hukuki kavgadan ve burjuva için kabul edilmez olan diğer rasyonel olmayan kanıt yöntemlerinden ziyade jüri kullandı.

İngiliz "Adaletinde", on yedinci yüzyıldan önce kayda değer ölçüde maddi hukuk yenilikleri gerçekleşmedi.[15] II. Henry ve halefleri, özellikle III. Edward gibi IX. Louis de,[16] her şeyin üstünde görece rasyonel bir kanıt sistemi oluşturdu ve büyüsel

ya da halk adaleti kaynağının şekilciliğinin kalıntılarını ortadan kaldırdı. [17] İngiliz Baş hakimlerinin "Adaletine" gelince Kraliyet Mahkemelerinin büyük başarısı olan jüriyi alanından çıkardı. İngiltere'de ve Birleşik Devletler'de bugün hala geçerli olan ve sıklıkla davacının rakip yollar arasında seçim yapmasına izin veren "Hukuk" ve "Adalet" düalizminde, resmi ayrım hala gerçekte Hukuk davalarında jüri ile ve Hakkaniyet davalarında jüri olmadan yargılanmasından oluşur.

Magistrat hukukunun teknik araçları nitelik olarak tamamen salt ampirik ve şekilcidir; örneğin özellikle sık görülen, Frenk danışma kurullarında hala bulunabilen kurguların kullanımıdır. [18] Bu özelliğin, elbette, doğrudan hukuki uygulamadan kaynaklanan hukuk sistemi durumunda gerçekleşmesi beklenir. Sonuçta, hukukun teknik niteliği değişmeden kaldı. Aslında, "hakkaniyet" teriminin işaret ettiği gibi, ideolojik önermeler müdahaleyi teşvik edebilse de, şekilciliği çoğunlukla güçlendirilmişti. Gerçekte, durum egemenliğin (*imperium*), meşruiyetini ihlal edilemez kabul etmek zorunda olduğu ve genel temelini ortadan kaldıramadığı bir hukuk sistemiyle rekabet etmek zorunda olduğu bir durumdur. Daha geniş kapsamda, sadece sözlü şekilcilik ve kanıtın irrasyonelliğinde olduğu gibi, *egemenliğin* (*imperium*) güçlü baskı gruplarının zorunlu ihtiyaçlarına uyumlu olduğu yere kadar ilerleyebilirdi.

Egemenlik (*imperium*) gücü mevcut hukukun örneğin Frenk *capitula legibus addenda* durumunda, İtalyan şehirlerinin derebeylerinin fermanları ve emirlerinde ya da *legesle* aynı geçerliliğe sahip geç Roma prensliğinin emirlerinde bulabileceğimiz gibi doğrudan prensin gelenek hukukunkiyle eşit geçerlilikteki emirleriyle değiştirilebildiği yerde arttırılır

Erken İmparatorluk döneminde, imparatorluk emirlerinin sadece imparatorun görevlileri üzerinde bağlayıcı olduğu hatırlanacaktır. [19] Genel olarak, bu tür emirler, elbette, *honoratiores*'in (Senato, imparatorluk görevlileri meclisi) ya da tartışma topluluğunun temsilcilerinin onayı olmadan bildirilmezdi. Bu durum en azından Frenkler arasında, uzun bir süre sürdü; öyle ki emirler gerçek "hukuku" oluşturamadı ve prens yasalaştırmasına kayda değer bir engel oluşturdu. [20] Bu durum ve hukukun Batılı askeri diktatörler tarafından her yeri kapsayacak şekilde kullanılması ya da hukukun Doğulu patrimonyal prensler tarafından kullanılması arasında pek çok ara durum bulabiliriz. Patrimonyal monarklar tarafından yasalaştırma da normalde geleneğe kayda değer ölçüde uyardı. Ama genel olarak yapma eğiliminde olduğu gibi, adalet yönetimini ortadan kaldırdıkça, kendi özel resmi niteliklerini daha sıklıkla geliştirdi ve onlara hukuki sistemi daha iyi dayattı. Bu nitelikler patrimonyal monarkın gücünün varlığının farklı siyasal koşullarına karşılık gelen oldukça farklı iki tipten biri ya da diğeri olabilirdi.

Prenslik olarak yasa yapmanın gerçekleştiği biçimlerden biri, kendi siyasal gücü tıpkı diğer mülkiyet hakları gibi meşru olarak edinilen bir hak olarak görülen prensin görevlilerinin ya da tebaasının birine ya da daha fazlasına ya da yabancı tüccarlara ya da diğer kişi ya da kişilere adaletin prenslik yönetimi tarafından sonra saygı duyulan bazı özel haklar (imtiyazlar) bağışlayarak bu gücün bütünlüğünün bir bölümünden vazgeçmesiydi. Mesele bu olduğu ölçüde hukuk ve hakkaniyet, "normlar" ve "talepler" öyle bir biçimde çakıştı ki, eğer sürekli planlanmışsa, tüm hukuki düzen tahsis edilmiş imtiyazların

salt yığını olarak göründü. Prenslik olarak yasa yapmanın diğer biçimi tam zıt biçimde gerçekleşti: Prens herhangi birine kendisinin ya da yargıçlarının üzerinde bağlayıcı olacak herhangi bir hak bağışlamazdı. Öyleyse, yine iki olasılık vardır. Prens tamamen özgür takdir yetkisine göre duruma göre emirler verir; bununla ilgili olarak ya "hukuk" ya da "hak" kavramlarına yer yoktur. Ya da prens görevlileri için talimatlar içeren " düzenlemeler" bildirir. Bu gibi düzenlemeler görevlilerin, daha fazla talimat alana dek, tebaanın meselelerini düzenlemek ve onların çatışmalarını işaret edildiği gibi çözümlemek için yönlendirildiği anlamına gelir. Bu durumda bireyler yararına belli bir karar elde etmesi ihtimali onun bir "hakkı" değil ama daha ziyade fiili bir "refleks", onu yasal olarak güvence altına almayan düzenlemelerin bir yan ürünüdür. Bu bir babanın çocuğunun bazı isteklerine, bu şekilde kendisini herhangi bir resmi hukuki ilkeye ya da sabitlenmiş prosedür formlarına bağladığını düşünmeden boyun eğdiği durumla aynıdır. Aslında, adaletin *parens patriae* tarafından "patriarkal" şekilde yönetiminin en uç sonucu çatışmaların aile içinde halledilme biçiminin siyasal birime aktarımıdır. Tüm hukuk sistemi, eğer bu sistem her zaman mantıksal sonuçlarına taşınıyorsa "yönetim" içinde çözünürdü. [21]

Bu iki formdan birincisini patrimonyal prens adaletinin "zümre"(*Standische)* türü ve ikincisini "patriarkal" olarak isimlendireceğiz. Adalet yönetiminin ve yasa yapmanın zümre türünde, hukuki düzen kesin olarak formel, fakat baştan sona somut ve bu anlamda irrasyoneldir. Sadece "ampirik" bir hukuksal yorum türü gelişebilir. Tüm "yönetim", içeriği sonradan sabitlenmek zorunda olan "imtiyazlar" hakkında

müzakere, pazarlık ve anlaşmadır. Bu nedenle hukuki yargılama yöntemi gibi işler ve resmi olarak adalet yönetiminden ayrı değildir. Bu, İngiliz Parlamentosunun ve aynı zamanda başlangıçta idari ve hukuki kurumlar olan eski büyük Kraliyet Konseyi'nin idari işleyiş biçimiydi. "Sınıf" patrimonyalizminin en önemli ve tamamen gelişen tek örneği Orta Çağ Batısının siyasal kuruluşlarıdır.

Salt " patriarkal" hukuk yönetiminde, hukuk, aksine, böyle bir salt "düzenlemeler" sistemi altında "hukuk"tan bahsedilebildiği kadarıyla baştan sona informeldir. Hukuk yönetimi maddi gerçeği amaçlar ve bu nedenle formel kanıt kurallarını ortadan kaldırır. Böylece sıklıkla eski büyüsel yargı prosedürleriyle çatışırdı; fakat seküler ve kutsal yargı prosedürleri arasındaki ilişki çeşitli formlar alabilirdi. Afrika'da davacı prensin işkenceyle sorgulama kararını ya da eski kutsal duruşmaların temsilcileri, fetiş- rahiplerin *(oghanghas)* esrik yargılama görüşünü temyiz etme şansına sahip olabilirdi. Diğer yandan, kesin olarak patriarkal prens adaleti hakların resmi güvencesini ve bir çıkar çatışmasını nesnel olarak "haklı" ve adilane yatıştırma çabası lehine katı muhalif yargılama yöntemi ilkesini reddeder.

Her ne kadar patriarkal adalet sistemi, sabitlenmiş ilkelere bağlı olma anlamında hayli rasyonel olabilse de, düşünce türlerinin mantıksal rasyonelliği anlamında böyle değildir; fakat daha ziyade siyasal, refah faydacı ya da etik içeriğin sosyal adaletinin maddi ilkelerinin takibi anlamında böyledir. Yine hukuk ve yönetim özdeştir, fakat bu tüm yönetimin yargılamanın biçimini alması anlamında değil; daha ziyade tam tersine tüm yargılamanın yönetim niteliği alması anlamındadır.

Prensin yönetim görevlileri aynı zamanda yargıçtılar, ve "kabine adaleti" biçimindeki adalet yönetimine istediğinde müdahil olan prensin kendisi eşitlik, çıkar ya da siyasal düşüncesinin ışığında özgür takdir yetkisine göre karar verir. Hukuki çözümlerin getirilmesini büyük ölçüde tanrının lütfu ya da duruma uyumlu hale getirilecek bir imtiyaz olarak görür; koşullarını ve şeklini belirler ve gerçeğin özgür formel araştırmasının yararına irrasyonel kanıt biçim ve araçlarını tasfiye eder. Rasyonel adalet yönetiminin bu türünün ideal örneği bu efsanenin kahramanı ve yönetici olduğunda Sancho Panza tarafından uygulandığı gibi "Süleyman" yargısının "kadı-adaleti"dir. [22] Tüm patrimonyal prens adaleti bu yönde hareket etmek için doğal eğilimlere sahiptir. İngiliz krallarının fermanları kralın sınırsız lütfuna başvurarak elde edildi. *Actiones in factum* Romalı sulh hakimlerine bile başlangıçta özgür bağışa ya da eylemin itirazına *(denegatio actionis)* uymaya ne kadar izin verildiğini tahmin etmemize izin verir. Orta Çağ sonrası tipin İngiliz magistrat adaleti de kendini " hakkaniyet" olarak gösterir. Fransa'da IX. Louis'in reformları baştan sona patrimonyal nitelikteydi. Hint adaleti gibi Doğu adaleti, teokratik olmadığı ölçüde temelde patriarkaldır. Çin adalet yönetimi adalet ve yönetim arasındaki çizginin bir tür patriarkal tahribini oluşturur. İmparatorun, içerik olarak hem eğitici hem de buyurucu emirleri genel olarak ya da somut durumlarda müdahalede bulunur. Yargılamanın bulunması büyüsel olarak belirlenmediği ölçüde formel standartlardan ziyade maddi standartlara yöneliktir. Bu nedenle, biçimsel ve ekonomik "beklentilerle" ölçüldüğünde, fırsat eşitliğinin güçlü şekilde irrasyonel ve somut türüdür. *Egemenliğin* hukukun

şekillenmesine ve adalet yönetimine müdahalesinin bu türü oldukça farklı "kültürel seviyelerde" gerçekleşir; bu ekonomik değil daha ziyade öncelikle siyasal koşulların sonucudur. Bu nedenle, Afrika'da şefin gücünün büyüsel rahiplik ya da savaşın önemiyle birleşmesi nedeniyle ya da ticari tekel aracılığıyla güçlü geliştiği her yerde, eski şekilci ve büyüsel yargılama yöntemleri ve geleneğin yoğun rolü çoğunlukla tamamen kayboldu. Onların yerine, prensin adına (çoğunlukla sanığın *Anschwörung'u*[23] aracılığıyla) devlet celpleri, yargılamanın devletçe icrası ve işkence yerine tanıklar aracılığıyla edinilen rasyonel kanıtla yargılama yöntemi ortaya çıktı; ayrıca yasaların çıkarılması da ya Ashantiler arasındaki gibi sadece prens tarafından, ya da Güney Gine'deki gibi onun tarafından topluluğun onayıyla sonra gerçekleşti. [24] Fakat çoğunlukla prens, şef ya da onun yargıcı, tamamen kendi takdir yetkisine ve eşitlik duygusuna göre herhangi bir bağlayıcı karar olmadan karar verir. Bu durum Basuto, Baralong, Dahomey, Muata Cazembe bölgesi ya da Fas gibi birbirinden çok farklı kültürel alanlarda bulunabilir. [25] Tek kısıtlama hukukun fazlasıyla aşikar ihlali ve özellikle kutsal olarak görülen ve yöneticilerin kendi meşruiyetlerinin dayandığı bu geleneksel normların ihlali nedeniyle tahtı kaybetme kaygısına dayanır. Patriarkal yönetimin bu resmi olmayan maddi niteliği, (seküler ya da rahip) prens kendisini pozitif dini çıkarların hizmetine sunduğunda ve özellikle sadece ritüellerin icra edilmesinden ziyade bazı etik tutumları öneren dinselliği yaydığında tepe noktasına ulaşır. Bu durumda diğer etkili ritüelistik baskılardan ve bu nedenle resmi kutsal normlardan kurtarılmış olan teokrasinin tüm anti formel eğilimleri, doğru tutumları geliştirmeyi amaçlayan ve

idaresi ruhların ruhani bakımına benzeyen patriarkal bir refah politikasının biçimsizliği ile birleşir. Hukuk ve etik arasındaki sınırlar sonra tıpkı hukuki zorlama ve babacan uyarı ile kanun koyucu nedenler ve hukuki teknikler arasındakiler gibi parçalanır. Bu "patriarkal" türe en yakın yaklaşım Budist Kral Asoka'nın emirleri tarafından sunulur. [26] Yine de bir kural olarak sınıfsal ve patriarkal unsurların birleşmesi, halk adaletinin resmi yargılama yöntemi ile birlikte patrimonyal prens adaleti sisteminde hakimdir. Bu unsurlardan birinin ya da diğerinin baskın olma derecesi – "egemenlik" tartışmamızda göreceğimiz gibi– temelde siyasal koşullara ve güç ilişkilerine bağlıdır. Batı'da bunlara ek olarak, temelde kralın yargı bulucu konumunu reddeden tartışma adaleti geleneği (esasen siyasal olarak belirlenmiş) adalet yönetiminde "sınıf" formlarının üstünlüğü için önemlidir.

Rasyonel–şekilci unsurların üstünlüğünün patrimonyal hukukun tipik özellikleri pahasına gelişmesi, modern Batı dünyasında olduğu gibi, patrimonyal monarşik yönetimin özünde var olan ihtiyaçlarından, özellikle sınıf imtiyazlarının üstünlüğünün tasfiyesine ve genel olarak hukuki ve idari sistemin "sınıf" niteliğine ilişkin olarak doğdu. Bu açıdan, artan rasyonellikle, bu durumda formel hukuki eşitliğin ve nesnel formel normların artan üstünlüğüyle ilgilenenlerin ihtiyaçları imtiyaz sahiplerine karşı prensin güç çıkarlarıyla çakışır. Her iki çıkara da "imtiyaz" için "sıkı denetimin" ikamesi tarafından eş zamanlı olarak hizmet edilir.

Bununla birlikte, talebin ilk önce, sabitlenmiş kurallarla keyfi patriarkal takdir yetkisinin sınırları, ikinci olarak da adalet yönetimine karşı tebaanın belli iddialarının tanınması

ya da diğer bir deyişle güvence altına alınmış "haklar" için olduğu yerde böyle bir çakışma gerçekleşmedi. Bildiğimiz gibi, bu iki unsur özdeş değildir. Sabitlenmiş idari düzenlemeler aracılığıyla gerçekleşen ihtilafları çözümleme yöntemi hiçbir şekilde güvence altına alınmış hakların varlığına işaret etmez; fakat sonuncusu, yani sadece nesnel ve sabitlenmiş normların varlığı değil ama tam anlamıyla "hukukun " varlığı, en azından özel hukuk alanında, nesnel normlara bağlılığın kesin bir güvencesidir. Bu güvence prenslerin, mali ve siyasal güç çıkarlarına hizmet ettikleri için desteklemek ve kendine bağlamak istediği ekonomik çıkar grupları tarafından elde edilmeye çalışıldı. Bunlar arasında en belirgin olanlar; somut ayrıcalıkların irrasyonel müdahalesi kadar irrasyonel idari keyfilikten de bağımsız olacak ve ayrıca hukuki olarak bağlayıcı karakterdeki sözleşmelerin kesin garantilerini sunacak ve bütün bu özelliklerin sonucu öngörülebilir şekilde işlev görecek açık ve net bir hukuk sistemini talep etmek zorunda olan burjuva çıkarlarıydı. Bu nedenle, monarşi ve burjuva çıkarlarının ittifakı biçimsel hukuksal rasyonalizasyona yol açan en önemli faktörlerden biriydi. Bununla birlikte, ittifak bu iki gücün dolaysız işbirliğinin her zaman zorunlu olacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Her tür bürokratik yönetimin faydacı rasyonalizm niteliği zaten kendi başına burjuva sınıfının özel ekonomik rasyonalizmi yönüne eğimliydi. Prensin mali çıkarları onu aynı zamanda, kapitalist çıkarlara o zaman fiili olarak bu çıkarların kendisi tarafından talep edilenden çok daha geniş ölçüde bir yol hazırlamaya sevk etti. Diğer yandan, prensin ve görevlilerinin takdir yetkisinden bağımsız olacak hakların güvencesi hiçbir şekilde gerçekten bürokrasinin özünde olan

eğilimlerin bir ürünü değildi. Ayrıca bu kapitalist grupların bağımsız çıkarları dâhilinde de değildi. Bunun tam tersi, özel türden bir kapitalizm olarak özellikle modern "burjuva" türüyle karşılaştırma fırsatına sahip olacağımız temelde siyasal yönelimli kapitalizm türleriyle ilgiliydi. Erken burjuva kapitalizminin kendisi bile güvence altına alınmış haklarla ya hiç ilgilenmedi ya da sadece az bir ölçüde ilgilendi ve bazen tam tersi amacı bile takip etti. Sadece büyük sömürge ve ticaret tekelcilerinin değil, aynı zamanda merkantilist üretim döneminin büyük ölçekli tekelci girişimcilerinin konumu da düzenli olarak egemen örfi hukuku, bu örnekte, lonca hukukunu ihlal eden prens imtiyazlarına dayanıyordu. Bu sonraki olgu, burjuva orta sınıfının şiddetli muhalefetine neden oldu ve bu nedenle kapitalistleri prens karşısındaki hukuki durumlarının riskliliği nedeniyle imtiyazlı ticari olanakları için ödeme yapmaya teşvik etti. Bu nedenle siyasal ve tekelci olarak yönlendirilmiş kapitalizm ve erken merkantilist kapitalizm, Stuartlar zamanında ve bugün olduğu gibi ve ekonomik hayatın geniş alanlarında daha bile sıklıkla olabileceği gibi sınıflara ve burjuva esnafına karşı olarak patriarkal prens gücünün oluşmasında ve sürmesinde çıkarı olur hale geldi. [27] Bütün bunlara rağmen, özellikle monarkın *imperium*'unun hukuk sisteminin içine zorla girmesi hukukun birleştirilmesine ve sistemleştirilmesine ve böylece "kanunlaşmasına" katkıda bulundu. Monarkın iktidarı ne kadar güçlü ve istikrarlıysa bu yöne o kadar eğilimliydi. Prens " birlik" ve krallığının bütünlüğüyle birlikte " düzen" istiyordu. Bu amaçlar sadece yönetimin teknik ihtiyaçlarından değil aynı zamanda memurlarının kişisel çıkarlarından da doğdu; hukuksal tekbiçimlilik her memurun

ülkenin her yerinde görevlendirilmesine imkan sağlıyordu; bu durumda kariyer fırsatları, her memurun krallığın diğer bölgelerindeki yasalardan haberi olmaması nedeniyle doğum yeriyle sınırlı olduğu yerden tabii ki daha iyiydi. Bu nedenle burjuva sınıfları adalet yönetiminde "kesinlik" ararken, memur sınıfı genel olarak hukukun "anlaşılırlığı" ve " düzeniyle " ilgilendi.

2. Kanunlaştırmanın Arkasındaki İtici Güçler

Memurların çıkarları, burjuva ticari çıkarları ve monarşinin mali ve yönetimsel çıkarları kanunlaşmaya ön ayak olan genel unsurlar olmakla beraber tek unsurlar değildi. Burjuvazi dışında siyasal olarak hakim olan tabakalar hukukun kesin tespitiyle ilgilenebilir; bu taleplerin yöneltildiği ve onlara gönüllü olarak ya da baskı altında boyun eğen bu hakim güçler her zaman monarklar değildi.

Hukukun sistematik kanunlaşması, dışsal siyasal yeniliklerin ya da siyasal topluluğun içsel sosyal birliği amaçlayan statü grupları ya da sınıfları arasındaki anlaşmanın sonucu olarak gerekli hale gelmesi gibi hukuki hayatın bilinçli ve evrensel şekilde yeniden yönlendirilmesinin sonucu olabilir ya da bu şartların her ikisinin birleşmesinden kaynaklanabilir. Kanunlaşmaya örneğin Antikite kolonilerinin *leges datae*[28] örneğindeki gibi yeni bir alanda bir topluluğun *(Verband)* planlı oluşumu; ya da örneğin İsrail konfederasyonu[29] gibi bazı açılardan birleşmiş hukuki sisteme kendileri tabi olmak isteyen yeni siyasal toplulukların biçimlenmesi; ya da On İki Levhanın olduğu söylendiği[30] gibi statü gruplarının ya da sınıflarının anlaşması aracılığıyla devrimin sonuçlanması yol açabilir. Hukukun sistematik kaydı sosyal bir çatışmayı izleyen hukuki güvenliğin

yararına da gerçekleşebilir. Böyle durumlarda hukukun kaydıyla ilgilenen taraflar, doğal olarak, şimdiye dek normların yani adalet yönetiminin denetlenmesine izin veren kesin olarak sabitlenmiş ve genel olarak ulaşılabilir normlar dizisinin yokluğundan zarar görmüş olanlardır. Antikitede bu gruplar tipik olarak, aristokrat soylular ya da rahipler tarafından sürdürülen ya da hakim olunan adalet yönetimi sistemine karşı olan köylüler ya da burjuvaydı. Bu gibi durumlarda, hukukun sistematik "kaydı" yeni hukukun geniş bir dozunu içermeye eğilimliydi ve bu nedenle vahiy ya da kehanet temelinde *lex data* gibi kahinler ya da kahin benzeri mutemetler (*Aisymnetai)* aracılığıyla oldukça düzenli olarak uygulandı. [31] Güvence altına alınan çıkarların katılımcılar tarafından oldukça açıklıkla anlaşılması muhtemeldi. Olası çözüm türleri de muhtemelen önceki tartışma ve çalkantı tarafından kahinin ya da *aisymnete*'nin buyruğu için olgunlaşacak şekilde açıklığa kavuşturulmuştu. Ötesine gelince, ilgili taraflar hukuktan daha fazla fiili olarak gündemdeki konuların formel ve açık yapılanmasıyla ilgileniyordu. Hukuki norm oluşması bu nedenle kehanetlerin, geleneklerin ve hukuk danışmanlarının *responsası* niteliğinde olan hicivli ve atasözümsü kısalıkta açıklanırdı. Bu tarzı On İki Levha'da bulmamız tek bir yasama eylemindeki kökenlerine ilişkin şüpheleri dağıtmaya yeterlidir. On Emir ve Ahit Kitabının tarzı da aynı türdendir. Hem Roma hem Yahudiliğin emir ve yasaklar kompleksinde bu tarz onların gerçekten hukuk- kahinlik ve *aisymnete* kökenlerinin göstergesidir. Her ikisi de eşit olarak sivil ve dini emirlerin birleşmesinin niteliksel özelliğini de sunar. On iki Levha babasına vuran evladı ve müşterilerine verdiği sözü tutmayan patronu

aforoz eder (*sacer esto*). Her iki durum hukuki sonuçlar doğurmaz. Emirler açıkça gerekli hale gelmişti, çünkü iç disiplin ve saygı ortadan kalkmıştı. Bununla birlikte Roma ve Yahudi kodifikasyonu, Roma *lex'i* ancak tek emir içerirken On Emir ve Ahit Kitabındaki dini içerik sistemleştirildiğinden dolayı ayrıdır; dini hukukun temelleri sabitlenmişti ve yeni bir dini vahiy yoktu. Hukuk kahinleri tarafından verildiği şekliyle Roma şehir hukukunun, üzerine kaydedildiği söylenen ve Galya fethi sırasındaki yangın felaketinde tahrip edildiği bildirilen on iki "levhanın" Tevrat hukukunun iki levhasından daha "tarihi" olup olmadığı çok farklı ve önemsiz bir sorudur. Fakat Roma yasaması devri ve birliğiyle ilişkili geleneğin reddine ne özsel ne sözel değerlendirmeler tarafından ihtiyaç duyulur; aslında sonrakiler geleneğin aktarımının salt sözel doğasından dolayı özellikle konu dışıdır. On İki Levha'nın ancak hukuki atasözlerinin ya da hukuk danışmanlarının *responsa*sının bir derlemesi olduğu fikri içsel kanıt tarafından yalanlanır. Normlar geneldirler ve oldukça soyut niteliktedirler; pek çoğu açıkça ve bilinçli olarak belli bir yönü amaçlar ve diğerlerinin pek çoğu açıkça farklı statü grupları arasında anlaşmalar olarak görünür. Hukuk danışmanlarının uygulamalarının salt kaydının ya da bir Sextus Aelius Paetus Catus'un[32] ya da diğer dava kayıtçılarının yazınsal ürününün şehirde ve rasyonel olarak düşünülmüş çıkarlar arasındaki çekişmelere bulanmış bir dönemde böyle bir otorite elde edebilmiş olması mümkün görünmez. Diğer *aisymnetik* yasalarla benzerlik de çok açıktır. Doğru olan "sistematik" bir kanunlaştırma; *aisymnetik* yasalaştırma ve onun tarafından sadece salt resmi anlamda doyurulan ihtiyaçlar için tipik olan bu durum tarafından

üretilir. "Sistematik" bir kanunlaştırma ne ahlak için On Emir tarafından ne de ticari etkinliklerin düzenlenmesi için On İki Levha ya da Ahit Kitabı tarafından oluşturuldu. Sistemin ve hukuki *"ratio"*nun uygulanması sadece uygulayıcı avukatların çalışmaları aracılığıylaydı ve o zaman bile ancak sınırlı kapsamdaydı. Bu açıdan hukuki eğitimin ihtiyaçlarının etkileri daha büyüktü, fakat sistemleştirme ve rasyonelleştirmenin tüm kapsamı monarşik memurların çalışmalarından kaynaklandı. Bunlar böyle bir " kapsamlı" sisteme özel bir ilgileri olduğu için gerçek sistematik yasacılardır. Bu nedenle monarşik kanunlaştırmalar genellikle sistematikle ilgili olarak kanunların çok kapsamlı *aisymnetic* ve isabetli kanun yayınlamalarından bile çok daha rasyoneldir.

Monarşik kanunlaştırma bu nedenle bir hukuku sistemleştirmenin tek yoluydu. Bir diğeri didaktik yazınsal etkinlikti, özellikle ara sıra kanun prestiji elde eden ve bu nedenle neredeyse kanun gücüyle hukuki uygulamaya egemen hale gelen sözde "hukuk kitaplarının" oluşturulmasıydı. [33] Bununla birlikte, her iki durumda da, hukukun sistematik kaydı şüpheleri ve ihtilafları ortadan kaldırmayı amaçlayan mevcut hukukun derlemesinden başka bir şey değildir. Patrimonyal monarkların emriyle ortaya çıkan ve örneğin resmi Çin derlemesi[34] gibi dışarıdan yasa olarak görünen pek çok yasa ve yönetmelik derlemesi, "sistematik" sınıflamanın belli bir unsuruna rağmen, gerçek kanunlaştırmayla çok az ilgilidir; bunlar mekanik düzenlemelerden başka bir şey değildir. Diğer "kanunlaştırmalar" hakim yasayı düzenli ve sistematik bir tarzda düzenlemekten başka bir şey yapmadı. *Lex Salica* ve diğer *leges barbarorum*'ların çoğu müzakere topluluklarının uygulamasına

yönelik düzenlemelerdi. [35] Oldukça etkili *Kudüs Assize'si* [36] ticari görenekler üzerine örnekleri bünyesinde barındırdı: *Siete Partidas* ve *leges Romanae* kadar eski diğer "kanunlaştırmalar" Roma hukukunun canlı kalmış bu parçalarını topladı. [37] Fakat bu türden bir derleme bile mutlaka belli bir ölçüde sistemleştirmeye ve bu anlamda hukuki verinin rasyonelleşmesine işaret ediyordu ve böyle bir derlemenin gerçekleşmesiyle ilgilenen gruplar gerçek bir kanunlaştırmayla, yani mevcut hukukun maddi içeriğinin sistematik gözden geçirilmesiyle ilgilenenlerle aynıydı. İkisi birbirinden keskin biçimde ayrılamaz. Kanunlaştırmadan doğan bu "hukuki güvencede " tüm diğer değerlendirmelerin dışında bile güçlü bir siyasal çıkar yaygın biçimde var olur. Kanunlaştırma bu nedenle her zaman yeni siyasal teşekkülün oluşması durumunda çok yakındaydı. Bu nedenle onu Napolyon İmparatorluğunun kuruluşuna kadar benzer pek çok durumla birlikte *Yasa'nın* derlemesinin bir başlangıç kanunlaştırması oluşturduğu Moğol İmparatorluğunun Cengiz Han[38] tarafından kuruluşunda buluruz. Böylelikle tüm tarihi düzene açıkça karşı olarak, Batı'da tarihinin başlangıcında Roma toprağı üzerinde yeni kurulan Germen krallıklarının *legesinde* bir kanunlaştırma dönemi gerçekleşti. Bu etnik olarak heterojen siyasal yapıları uzlaştırma ihtiyacı mutlaka fiili olarak var olan hukukun belirlenmesini gerektirdi ve askeri fetih çalkantısı görevin gerçekleştirildiği formel radikalizmi kolaylaştırdı.

Özellikle Justinian örneğinde monarkın saygınlık ihtiyaçlarının yanı sıra idari mekanizmanın hukuksal güvenceyle kesin çalışmasındaki çıkar, Orta Çağların İspanyol *Siete Partidas* türünde monarşik Roma-hukuku kanunlaştırmalarıyla birlikte

Justinian Koduna kadar geç Roma imparatorluğunun derlemeleri için de güdü oluşturuyordu. Tüm bu durumlarda özel ekonomik çıkarların doğrudan herhangi bir rol oynaması olasılık dışıdır. Diğer yandan, bu anlamda bize kalanların tümünün en özgünü olan en eski ve görece tam olarak bilinen yasa olan Hammurabi Yasası[39] bize makul derecede bir kesinlikle burada görece olarak güçlü ticari çıkarların olduğunu ve kralın ticaretin hukuki güvencesini kendi siyasal ve mali amaçları için güçlendirmek istediğini anlamamızı sağlar. Bu durum tipik olarak şehir krallığının durumudur. Daha önceki yasalaştırmaların yaşayan kalıntıları antik şehrin karakteristiği olan statü ve sınıf çatışmalarının, siyasal yapıdaki farklılıktan dolayı olan dışında o zaman da geçerli olduğunu, onların farklı bir sonuca yol açtığını anlamamıza izin verir. Eski kayıtların kanıtlarının mevcut olduğu kadarıyla, Hamurrabi Yasası'nın gerçekten yeni bir hukuk oluşturmadığı, daha ziyade mevcut hukuku kanun halinde topladığı ve türünde ilk olmadığı söylenebilir. [40] Diğer pek çok monarşik kanunlaştırmada olduğu gibi, tüm krallıktaki hukuki sistemin bu şekilde birleştirilmesindeki siyasal çıkar, ailevi yükümlülüklerin, özellikle her yerde olduğu gibi patriarkal monarkın can damarına yakın bulunan evlat saygısı yükümlülüğünün yoğun düzenlenmesinde çok açıkça görünür olan ekonomik ve dini çıkarların yanında baskın bir rol oynadı. Bildiğimiz aynı sebeplerle, diğer monarşik kanunlaştırmaların pek çoğu da büyük bir çoğunlukla özel yasaların ülkenin genel hukukuna baskın çıktığı eski ilkeyi amaçlıyordu. Aynı itici güçler bürokratik devletin yükselişi dönemindeki monarşik kanunlaştırmanın artan sıklığının ortaya çıkmasında daha da etkiliydi. [41] Bunlar sınırlı

bir kapsamda yenilikler de getirdi. En azından Orta ve Batı Avrupa'da, evrensel bir hukuk olarak Roma ve Kilise hukukunun geçerliliğini varsaydılar. Roma hukuku, bütünleyici hukuk olarak, yerel ve özel yasaların önceki taleplerini onayladı ve Kilise hukuku için gerçek durum kendisi için kesin ve evrensel etki talep etse de çok farklı değildi.

Monarşik kodifikasyonların hiçbiri hukuki düşünce ve Roma hukukunun kabulüyle gerçekleştirilen fiili maddi hukuktaki devrimin önemiyle boy ölçüşemez. [42] Burası tarihin izini sürme yeri değildir; tüm yapabileceğimiz bazı gözlemler sunmaktır.

3. Roma Hukukunun Kabulü ve Modern Hukuk Mantığının Gelişmesi

İmparatorların, özellikle I. Frederick'in [1152-1190] ve daha sonra yerel prenslerin ona katıldığı kadarıyla, bu kabul özellikle Justinian kodifikasyonunda göründüğü gibi monarkın egemen konumu tarafından teşvik edildi. Geri kalanına gelince, soru hala çözülmemiştir ve belki ekonomik çıkarların kabulun arkasında olup olmadığı ve ne kadar olduğu ve onun tarafından ne ölçüde desteklendiği tam olarak çözülebilir değildir; bu patrimonyal prens prosedürleriyle birlikte Katolik kilisesinin inançlarının da taşıyıcısı olan okumuş, üniversite eğitimli yargıçların üstünlüğünün nedeninin ne olduğuyla ilgili eşit derecede açık bir sorudur. Hepsinden öte, mahkemeler yerine, uzlaşma anlaşmaları aracılığıyla prenslerin hukuki olarak eğitimli idari memurlarına başvuran, bu nedenle "*ex lege*" yerine " *ex officio*" kararı oluşturan ve antik mahkemelerde açlığa terk edilen (bkz. Stölzel) ilgili tarafların (*Rechtsinteressenten)*

gerçekte olup olmadığı ya da Rosenthal'in detaylı olarak gös-termeye çalıştığı gibi,[43] mahkemelerin kendilerinin, prenslerin inisiyatiflerinin sonucu olarak, laik *honoratioreslerden* ziyade hukuki olarak eğitimli " denetçilerle" kadro oluşturup oluşturmadığı kararlaştırılmamıştır.

Bu soruların cevabı ne olursa olsun, bu, çok açık görülüyor kaynakların işaret ettiği gibi, Roma hukukuna kuşkuyla bakan bu statü grupları bile genel olarak bazı "doktorların" kürsüdeki üzerindeki varlığına karşı çıkmadığı ama sadece onların üstünlüğüne ve özellikle yabancıların atamasına karşı oldukları için, eğitimli hukukçuların gelişine adalet yönetiminin içsel ihtiyaçlarının, özellikle hukuki yargılama yönteminin rasyonelleşme ihtiyacının ve hukukçuların uzmanlaşmış profesyonel eğitimden kaynaklanan bu özel kapasiteye yani karışık bir durumla alakalı hukuki sonucu açıkça ve kesin olarak ifade etme kapasitesine sahip olduğu olgusunun sebep olduğu açıktır. Bu kapsamda, hukuk uygulayıcılarının mesleki çıkarları hukukla ilgili özel gruplarınkilerle, yani burjuva ve soylularla denk düştü. Ancak, "en modern" gruplar, yani burjuva grupları maddi Roma hukukunun kabulüyle hiçbir şekilde ilgilenmediler; onların ihtiyaçlarına Orta çağ ticaret hukuku ve şehir gayrı menkul hukuku kurumları çok daha iyi hizmet etti. Bu sadece, bir meslek olarak hukuk uygulamasının niteliğinin kaçınılmaz gelişmesiyle birlikte, İngiltere'de olduğu gibi güçlü çıkarlar tarafından korunan ulusal bir hukuk eğitimi sisteminin daha önceden olduğu yerler dışında, onu üstün kılan Roma hukukunun sadece genel formel nitelikleriydi. Bu formel nitelikler Batının patrimonyal monarşik adaletinin, her yerde olduğu gibi, maddi refah ve eşitlik standartlarına uygun

patriarkal adalet yönetimine dönüşme yoluna girmemesini de açıklar. Bu açıdan çok önemli bir unsur, avukatların şekilci eğitimiydi. Prensler memurları olarak onlara bağlıydı ve bu aynı zamanda Batı'da diğer pek çok patrimonyal adalet yönetimi sisteminin aksine ona özgü olan hukuki olarak formel bu niteliği kazanmasından büyük ölçüde sorumluydu. Roma hukukuna ve Roma hukuk eğitimine saygı erken modern dönemin hepsi üniversite eğitimli avukatların rasyonalizminin ürünü olan tüm monarşik kanunlaştırmalarına egemen oldu.

Roma hukukunun kabulü, yeni bir hukuk *honoratioresi* tabakasını, hukuk *literatüründe* eğitim temelinde doktora diplomasıyla üniversiteden mezun olan hukuk bilginlerini oluşturdu. Aslında, bu yeni tabaka Roma hukukunun gücünün tam da temeliydi. Hukukun formel nitelikleri için önemi büyüktü. Daha Roma İmparatorluğu zamanında, Roma hukuku salt yazınsal etkinliğin amacı olmaya başlamıştı. Bu Alman ya da Fransız Orta Çağ hukuk ileri gelenleri (*honoratiores*) tarafından üretilen "hukuk kitapları" üretiminden ya da İngiliz avukatları tarafından üretilen temel risalelerden oldukça farklı bir şeyleri temsil ediyordu; bu kitaplar kendince önemli de olsa bu böyleydi. Antik dönem avukatlarının, yüzeysel olsa da, felsefi eğitiminin etkisi altında hukuk düşüncesinde salt mantıksal unsurların önemi artmaya başladı. Gerçekte bu, fiili hukuki uygulama için özellikle önemli hale geldi; çünkü bağlayıcı herhangi bir güce sahip hiçbir kutsal hukuk yoktu ve zihin onu salt spekülatif vaka çözümlemesi yönüne itebilmiş herhangi bir teolojik ya da maddi etik kaygı tarafından yükten kurtarılabiliyordu. Aslına bakılırsa, avukatın ne "düşünemeyeceği" ya da "açıklayamadığının" hukuki gerçekliğe

sahip olarak kabul edilemeyeceği görüşüne yönelik olan başlangıç eğilimleri Roma hukukçuları arasında önceden bulunabilirdi. *Quod universitati debetur singulis non debetur* [44] ya da *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*[45] gibi pek çok mantıksal önerme bu bağlama aittir. Bu ilkeler soyut hukuk mantığının, somut olarak güdülenmiş ve diğerlerinde aynı hukukçu tarafından bile bütünüyle görmezden gelinmiş bazı bireysel kararları desteklemek için eklenmiş, sistematik olmayan tesadüfi ürünlerden başka şeyler değildir. Hukuki düşüncenin temelde tümevarımsal, ampirik niteliği çok az etkilenir ya da hiç etkilenemez. Bu durum Roma hukukunun [Orta Çağda] kabulünden oldukça farklıydı. Bu her şeyden önce, Roma *ius civilesinin* İmparatorluk hukukuna dönüşümüyle başlamış olan hukuki kurumların giderek daha soyut hale gelme eğilimini güçlendirdi. Ehrlich'in isabetli şekilde vurguladığı gibi, [46] bunların tamamen kabulü için, Roma hukuk kurumlarının bütününün ulusal bağlamsal ortaklığın tüm kalıntılarından arınmış olması ve mantıksal olarak soyut alana yükseltilmesi gerekliydi; Roma hukukunun kendisi de doğru mantığın tam somutlaşması olarak mutlaklaştırılmalıydı. Medeni Hukuk sisteminin altı yüzyılı tam olarak bu sonucu üretti. Aynı zamanda, hukuki düşünce türleri giderek formel mantık yönüne döndü. Bahsedilen türden Roma hukukçularının tesadüfi parlak iç görüsü Pandektlerin somut durumlarının bağlamından koparıldı ve tümdengelimsel tezlerin kaynaklandığı kesin hukuki ilkeler seviyesine yükseltildi. Artık, Roma hukukçularının açıkça ihtiyaç duyduğu şey, yani antik hukuk biliminin bile örnek isimlere sahip olmadığı "hukuki işlem" ya da "niyetin açıklanması"[47] gibi

salt sistematik kategoriler oluşturuldu. Hepsinden önemlisi, hukukçunun ne düşünemediğinin hukuki bir varlığı olmadığı önermesi şimdi pratik bir önem kazandı. Antik dönem hukukçuları arasında, Roma hukuki düşüncesinin tarihi olarak belirlenmiş analitik doğasının sonucu olarak, tam anlamıyla "yapıcı" yeteneğin önemi, tamamen yok olmasa da, azdı. Şimdi bu hukuk, Antikite'de bilinmeyen tamamen garip gerçek durumlarına aktarıldığında, durumun mantıksal olarak hatasız bir usulde "yorumlanması" görevi neredeyse özel görev haline geldi. Bu yolla bugün hala hakim olan ve hukukta "uygulanması" beklenen "normların" mantıksal olarak tutarlı ve aralıksız birleşimini gören bu hukuk kavramı hukuki düşünce için belirleyici kavram haline geldi. [48] Böyle bir resmi hukuka eğilimde belirleyici olan "hesaplanabilir" hukuka yönelik burjuvazininkiler gibi pratik ihtiyaçlar, bu özel süreçte herhangi bir kayda değer rol oynamadı. Deneyimin gösterdiği gibi, bu ihtiyaç formel, ampirik dava hukuku tarafından da, çoğunlukla daha iyi, giderilebilirdi. Salt mantıksal yapının sonuçları çoğunlukla ticari çıkarların beklentileriyle çok irrasyonel ve hatta öngörülemez ilişkiler taşır. Salt mantıksal hukukun "hayattan uzak olduğu" (*lebensfremd*) iddiasının sıklıkla yapılmasının nedeni tamamıyla bu gerçektir. Hukukun bu mantıksal sistemleştirilmesi hukuk teorisyenlerinin ve onların disiplinlerinin, doktorların yani hukuk aydınlarının tipik aristokrasisinin içsel entelektüel ihtiyaçlarının sonucuydu. Zor davalarda, hukuk okulu fakülteleri tarafından açıklanan görüşler Kıta'da nihai otoriteydi. [49] Üniversite eğitimli yargıç ve noter, üniversite eğitimli avukatla birlikte tipik hukuk ileri gelenleriydi (honoratiores).

Ulusal çapta örgütlenmeye sahip olmayan bir hukuk meslegininin olmadığı her yerde Roma hukuku galip geldi. İngiltere, kuzey Fransa ve İskandinavya dışında İspanya'dan İskoçya ve Rusya'ya tüm Avrupa'yı fethetti. Kuzey'de ana temsilcisi hemen hemen her yerde onların arkasında duran monarklarla bilge yargıçlar iken, İtalya'da, en azından başlangıçta, noterler hareketin genel temsilcisiydi. Hiçbir Batılı hukuk sistemi, İngiltere'ninki bile, kendini bu etkilerden tamamen kurtaramadı. İzleri İngiliz hukukunun sistematik yapısında, kurumlarının pek çoğunda ve Örfi Hukukun kaynaklarının tanımlamalarında açığa çıkar: içsel yapı ne kadar farklı olursa olsun mahkeme içtihadı ve "hukuki ilke."[50] Roma hukukunun gerçek yuvası, elbette ki, özellikle Ceneviz ve düzenli ve yapıcı kararları Almanya'da altıncı yüzyılda derlenen ve basılan ve böylece Almanya'yı *Reichskammergericht*[51] etkisi altına sokmaya destek olan diğer uzmanlık mahkemelerinin ve bölgelerin uzmanlık mahkemelerinin etkisi altında, İtalya'da kaldı.

4. Patrimonyal Kanunlaştırma Türleri

On sekizinci yüzyılla başlayan tam olarak gelişmiş "aydınlanmacı despotizm" dönemine kadar, bilinçli çabalar Medeni Hukukun ve aslında dünyada benzersiz bir olgu oluşturan akademik hukuk ileri gelenleri (honoratiores) özellikle formel hukuk mantığını aşmaya yönelik bilinçli çabalar gösterilmedi. Belirleyici rol, ilk önce, büyüyen özgüveni ve naif "daha iyi bilme" inancı ile uygun olarak bürokrasi tarafından geliştirilen genel rasyonalizm tarafından oynandı. Siyasal otorite patriarkal özüyle refah devleti formunu aldı ve hukukla ilgilenen grupların somut isteklerini ve eğitimli hukuk anlayışının şekilciliğini

dikkate almadan ilerledi. Aslında, hiçbir şeyi düşüncenin bu türünü tamamen bastırmaktan daha çok istemezdi. Amaç hukuku uzman niteliğinden yoksun bırakmak ve onu sadece memurlara talimat verecek değil ama aynı zamanda, hepsinden önemlisi, halkı hakları ve görevleri hakkında etraflıca ve dışarıdan yardım almadan bilgilendirecek şekilde formüle etmekti. Hukuki kılı kırk yarma ve şekilcilik tarafından etkilenmemiş maddi adalet için çabalayan bir adalet yönetimi isteği, daha önce gördüğümüz gibi, tüm monarşik patriarkalizmin niteliğidir. Fakat, her zaman engellerle karşılaşmadan bu yönde ilerleyemedi. Justinian kanun koyucuları hukukçuların yüceltilmiş hukukunu sistemleştirdiğinde, hukuk mesleği dışından gelenleri öğrenciler ve onların işlerini yorumlayan kişiler olarak düşünmedi. Klasik hukukçuların ve onların otoritelerinin başarıları karşısında uzmanlaşmış hukuki eğitim ihtiyacını, Atıf Hukuku tarafından resmi olarak onaylandığı için, açıkça ortadan kaldıramadılar. [52] Çalışmalarını öğrencilerin eğitimsel ihtiyaçlarına hizmet edecek tek yetkin atıf derlemesi olarak ortaya koymaktan başka bir şey yapamadılar ve bu nedenle böyle bir öğretim için bir yasa biçiminde, yani *Institutes*, [53] sunulan bir ders kitabı temin etmek zorundaydılar.

Patriarkalizm, "modern refah devletnin" bu klasik eseri olan Prusya *Allgemeine Landrecht*'inde[54] daha özgürce hareket edebildi. Bu Kanunnamede "hukuk", "Sınıf" toplumunun "haklar" evreniyle belirgin karşıtlık içinde, öncelikle bir görevler evrenidir. Bir kişinin " en büyük borcu ve görevinin" (*verdammte Pflicht und Schuldigkeit)* evrenselliği hukuki düzenin ana niteliğidir ve en önemli özelliği formel değil ama bu tür durumlarda her zaman tipik olan özsel sistematik rasyonalizmidir.

"Mantığın hüküm sürmek istediği" yerde, varlığı için özellikle geleneksel hukuk gibi var olmasından başka bir nedeni olmayan tüm hukuklar yok olmak zorundadır. , Alman Medeni Hukukunun [55] ilk taslağına kadar tüm modern kanunlaştırmalar, bu nedenle onunla savaş halindeydi. Kanun koyucuların açık koşullarına dayanmayan bu hukuki uygulamalar, hukuki yorumun her geleneksel türü gibi, rasyonalist kanun koyucular tarafından hukukun sadece yasa henüz belirtmedikçe gömülecek alt kaynakları olarak görülür. Bu nedenle kanunlaştırmanın "detaylı" olması planlandı ve öyle olabileceğine inanıldı. Dolayısıyla, yeni hukukun nefret edilen hukukçular tarafından oluşturulmasını engellemek için, Prusyalı yargıç, şüpheli durumlarda, amaç için özellikle oluşturulmuş alt kurula başvurmaya yönlendirilirdi. Bu genel eğilimlerin etkileri bu şekilde oluşturulmuş hukukun resmi niteliklerinde açıktı. Prusya *Landrecht*'inde bile dikkate alınması gereken ve Roma hukuku kavramlarına yönelimli olan uygulayıcıların yerleşik alışkanlıklarından dolayı, hukuku zorunlu olarak kanun koyucunun kendisi aracılığıyla halkın doğrudan aydınlatılmasıyla profesyonel avukatlardan kurtarma çabası, maddi adalet için çaba harcamasından dolayı, biçimsel olarak açık olmaktan ziyade açık olmamaya eğilimli olan oldukça detaylı vaka çözümleme yöntemiyle sonuçlandı. Ancak, pek çok bireysel ayrılık ve bir Alman yasamasında Alman terminolojisini kullanmak için ilk kez üstlenilen gayretli çabaya rağmen, Roma hukukunun kategori ve metodolojisine bağlılık kaçınılmaz kaldı. Salt didaktik ya da etik olarak uyarıcı nitelikte pek çok maddenin ortaya çıkması belli bir maddenin hukuki olarak bağlayıcı bir norm oluşturmak anlamına gelip gelmediğine dair birçok

şüpheye yol açtı. Açıklık gayretine rağmen, anlaşılırlık, kanun sisteminin hareket noktasını resmi hukuki kavramlar olarak değil hayatın uygulamalı ilişkileri olarak aldığı ve bu nedenle sıklıkla aynı hukuki kurumu farklı mekanlarda kademeli olarak kapsamak zorunda olduğu gerçeği tarafından engellendi.

Profesyonel hukukçular tarafından hukukunun detaylandırmasını ortadan kaldırma amacı, aslında, kanun koyucu tarafından tamamen amaçlanan yöntemle olmasa da, büyük ölçüde başarıldı. Halkın hukukla ilgili gerçek bilgisi on binlerce bölümlü pek çok ciltli bir çalışma tarafından güçlükle elde edilebildi ve eğer amaç avukatların ve diğer hukuk uygulayıcılarının etkisinden özgürlük elde etmeyse, eşyanın doğası bunun gerçekleşmesini modern koşullar altında engelledi. Yüksek Mahkeme (*Obertribunal)* kararlarıyla ilgili bir dizi yarı resmi rapor yayınlar yayınlamaz, *stare decisis* kültü Prusya'da İngiltere dışındaki herhangi bir yerdeki kadar güçlü şekilde gelişti. Diğer yandan, hiç kimse, ne formel olarak açık normlar ne de açıkça anlaşılır kurumlar oluşturan bir hukuku, bunların hiçbiri bu faydacı yasama tarafından planlanmamış olduğu için, bilimsel olarak ele almayı istemedi. [56] Aslına bakarsak, patrimontal maddi rasyonalizm hiçbir yerde resmi hukuki düşünce için daha fazla teşvik sağlayamadı.

Bu nedenle kodifikasyon, bilimsel hukuki etkinliğin daha da fazla Roma hukukuna ya da ulusçuluk etkisi altında eski Alman hukukunun hukuki kurumlarına yöneldiği bir duruma, her ikisini de tarihi yöntem aracılığıyla, orijinal "salt" biçimlerinde sunmak amacıyla katkıda bulundu. Roma hukuku için sonuç, profesyonel tarihçiler olarak eğitilen hukukçuların elinde, zamanın ihtiyaçlarına uymak için, kabulden itibaren,

geçirdiği bu dönüşümleri yaymak zorunda olmasıydı. Medeni Hukuk hukukçuları aracılığıyla Justinian hukukunun yeniden çalışmasının ürünü olan *Usus Modernus Pandectarum*[57] unutuldu ve tıpkı Orta Çağ Latincesine hümanistik dilbilimciler tarafından yapıldığı kadar bilimsel tarihi tasfiyeciler tarafından mahkum edildi. Ve tıpkı öncekinin, bilginin evrensel dili olarak Latincenin ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanması gibi, Roma hukuku da modern hayatın ihtiyaçlarına uygunluğunu kaybetti. O zamana kadar soyut hukuki mantığın yolu tamamen açılmamıştı. Bu nedenle öğrenilmiş rasyonalizm, çoğu tarihçinin inanır göründüğü gibi yenilmekten ziyade, sadece bir alandan diğerine yer değiştirdi.

Eski hukukun salt mantıksal bir yeniden sistemleştirilmesi, tabii ki, tarihi hukukçular tarafından herhangi bir ikna edici yolla başarılamadı. [58] Windscheid'in özetine[59] kadar neredeyse tüm pandektist risalelerin bitirilmeden kaldığı iyi bilinir ve aslında bu tesadüf değildir. Tarihi hukuk ekolünün Alman kanadı Roma hukukundan elde edilmeyen bu kurumların kesin olarak biçimsel arıtımını gerçekleştirmede artık başarılı değildi. Bu alanda tarihçileri cezbeden aslında eski Zümreler toplumunun hukuki düzeninden elde edilen bu irrasyonel ve şekilci olmayan unsurlardı.

Bu nedenle pratik uyarlanabilirlik kaybedilmeden sistemleştirme ve kanunlaştırma, sadece burjuva çıkarlarının özerk olarak ihtiyaçlarına uyarladığı ve özel mahkemelerin uygulamasında ampirik olarak rasyonelleştirilmiş bu özel alanlar, yani ticari hukuk ve paraya çevrilebilir araçların hukuku için başarılabildi. [60] Bu başarı zorlayıcı ve açıkça tanımlanmış ekonomik ihtiyaçlar etkili olduğu için mümkündü. Fakat,

tarihçilerin yetmiş yıllık üstünlüğü sonrası, ve diğer herhangi bir ülkede asla gerçekleştirilmeyin hukuki tarih yazarlığının gelişmesinin tepe noktasında, Alman Reich'in oluşması çarpıcı biçimde ulusal bir görev olarak özel hukukun birleşmesini talep ettiğinde, Alman hukukçuları Roma ve Germen hukuku yanlıları şeklinde iki kampa ayrıldı ve girişime gönülsüzce ve tamamen hazır olmadan yaklaştılar. [61]

Patrimonyal monarşik kanunlaştırma tipi diğer kanunlar, özellikle Avusturya[62] ve Rusya[63] kanunnameleri tarafından da temsil edilir. Sonraki temelde sadece küçük ayrıcalıklı tabakanın statü hukukunu oluşturuyordu ve diğer sınıfların özellikle köylülerin, yani halkın büyük çoğunluğunun özel kurumlarına dokunmuyordu. Onları uygulamalı olarak çok geniş kapsamda kendi özel adalet yönetimlerinde bıraktı. Rusya ve Avusturya kanunnamelerinin daha geniş kapsamı, Prusya'nınkinin aksine, kesinlik pahasına ve Avusturya kanununda Roma hukukuna daha büyük bir bağlılık tarafından satın alındı. Bu da, Unger'in çalışmasının[64]öncesindeki on yıllar boyunca bilimsel düşünceyi cezbetmedi ve ondan sonra bile işleyişi neredeyse tamamen Romanist kategoriler çerçevesinde devam etti. [65]

NOTLAR

1. Birinci Dünya Savaşı'ndan önce yazılan bu kısımda, Weber monarşik Almanya'nın ve Avusturya – Macaristan'ın bazı kurumlarına, özellikle prens mahkemeleri için düzenlemelere ve ordunun subay sınıflarına gönderme yapıyor. Birleşik Krallık gibi, monarşinin hala sürdüğü yerde sadece bir savaş gemisine " Majestelerinin" gemisi olarak ya da bir ordu alayına "Kraliyet" Askerleri olarak göndermede bulunulduğu aynı resmi anlamda olsa da benzer olgular hala vardır.

2. İngiliz krallarının bu başarısı üzerine, bkz. MAITLAND, CONSTITUTIONAL HISTORY OF ENGLAND (1931) 23, 151; PLUCKNETT 10. Genel olarak Almanya'daki ve Orta Çağ Avrupa'sındaki feodal hukuk ve örfi hukuk arasındaki ilişki üzerine, bkz. MITTEIS, DER STAAT DES HOHEN MITTELALTERS (1944); daha fazla literatür PLANITZ, 101 tarafından belirtildi.

3. Bkz. , PLUCKNETT 487.

4. Bkz. ii:5. kısım. *Clientanın* statüsü ve kökenleri ile ilgili tam bir tartışma için, bkz. MITTEIS 42; MOMMSEN, RÖMISCHE FORSCHUNGEN I, 355 ve sonraki sayfalar ve STAATSRECHT III, 1, 57, 64, 76. 5. ENGELMANN AND MILLAR 452, 492.

6. Bkz. , yukarıda, ii:6. kısım. Fransa ve Almanya'daki bu özel yasaların tarihinin kısa bir güncel açıklaması için, bkz. KOSCHAKER, EUROPS UND DAS RÖMISCHE RECHT 234-245, konu üzerine tam bir literatüre de atıfta bulunulmuştur.

7. Bkz. VON BAR, HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL LAW (1927) 73. İngiltere'deki "Kral'ın Barışı" nın benzer bir gelişimi için bkz. , POLLOCK AND MAITLAND II, 462-464; ayrıca Pollock, *The King's Peace in the Middle Ages* (1900), 13 HARV. L. REV. 177, yeniden basım, 2 SELECTED ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY 403; GOEBEL, FELONY AND MISDEMEANOR (1937). Fransa için, bkz. ENGELMANN AND MILLAR 661. Almanya için bkz. , BRUNNER, RECHTSGESCHICHTE II, 47.

8. *Prodazha* modern Rusça'da "satış", para "için verme" anlamına gelir; fakat asıl anlamı " müeyyide" ya da "cezaydı "; bkz. A. G. PREOBRAZHENSKII, ETOMOLOGICHESKII SLOVAR' RUSSKOGO IAZYKA 8 1910 – 1914; yeniden yayın 1959) II, 129. (Wi)

Kynaz'ın ("prens", Alman *kuning'den* [kral] Litvanca aracılığıyla *kuningas)* sadece bir hakem olarak çalışıp çalışmadığına dair görüşler farklıdır, öyle ki kararı şahıslar tarafından reddedilebilirdi ve bir düello ya da kan davası sürdürmekte özgürlerdi; onun daha etkili hukuki güç uygulayıp uygulamadığı konusunda da görüşler farklıdır. Bkz. , L. K. Goetz, *Das russische Recht* (1910), 24 Z. F. VGL. RW. 241, 417 ve sonraki sayfalar; G. VERNADSKY, MEDIEVAL RUSSIAN LAW 10. Kan davası, wergilt'in (Rusça: vira, vyera, aynı Almanca kökenden gelir; bkz. PREOBRAZHENSKII, age. , I, 85) ödenmesiyle uzlaşma ihtimali ile, Hristiyanlık Kiev bölgesine Vladimir I (972 [980] – 1015) tarafından dayatıldığında hala yaygındı.

Kazuistik ceza hukukunun Hristiyanlaşmadan sonra prens tarafından ve piskoposların emri üzerine doğrudan uygulandığı görüşü, çok belirsiz olan Rus Kayıtlarında kesin bir karara varmak için biraz destek bulur.

Ölümle ya da bedensel cezalandırmayla kamu cezası önceden Yaroslav I (1019 – 1054) dönemine atfedilen, ama üzerindeki şüphenin son dönem araştırmaları tarafından atıldığı Russkaya Pravda'nın sözde "en eski çeşidinde" hala istisnadır. Bkz. iii:6. kısım. Öldüren, yaralayan ya da başka birini başka şekilde inciten biri sadece yaralanan kişiye ya da akrabasına *wergilt* ödemeye zorlanmaz ama aynı zamanda prense de para cezası öderdi. Bu birleşim, büyüyen kraliyet gücü döneminde, failin krala yaralıya ödenecek *Busse*'ye (wergilt) ek olarak "huzur parası" *(fredus)* ödemek zorunda olduğu Alman hukukununkine denk düşer. Rusya'da bu ceza'nın adı *prodazha'ydı.* Ceza için genel bir terim olarak *nakazanie* kelimesinin kesin olarak kurulmuş hükümet döneminden önce bulunduğu görülmez.

9. KARL BINDING, DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG (1890) 415.

10. Tüm *Volksrechte* (*leges barbarorum*, bkz. ii:2. kısım) suçların denk düşen ödeme miktarlarının kapsamlı bir kataloğunu içerir. Hesaplamanın temeli özgür bir adamın öldürülmesi nedeniyle ödenecek *wergilt'tir.* Diğer eylemler için tazminat (*bot, Busse) wergilt'in* bölümleri olarak hesaplanır. Bu türün tipik kataloglarının örneği için, bkz. SIMPSON AND STONE, LAW AND SOCIETY (1949) I, 97. Ayrıca bkz. POLLOCK AND MAITLAND II, 451.

11. Bkz. , PLUCKNETT 183; MAITLAND, EQUITY 9.

12. Antik dönem kamu ve feodal mahkemelerine karşı kraliyetin yargı yetkisinin başarılı şekilde genişlemesi üzerine, bkz. RADIN, ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY (1936) 141; PLUCKNETT 337 ve orada belirtilen literatür.

13. *Mülkü korumak için özel muamele.*

14. M. S. ikinci yüzyılın ikinci yarısı.

15. Bkz. HOLDSWORTH VI, 640.

16. IX. Louis döneminde (Aziz, 1226- 1270), işkenceli sorgulamayla duruşma kaldırıldı ve feodal lordların yargı yetkisi yargılama yöntemi daha eski mahkemelerin muamelelerinin bir çoğundan vazgeçen kralın mahkemelerinin (*Parlements*) denetimine bağlandı. Bkz. , Brunner, *Wort und Form im altfranzösischen Prozess*, 57 SITZUNGBERICHTEE DER PHIL. HIST. CLASSE DER KAISERL. AKADEMIE D. WISSENSCH. IN WIEN (1868).

17. II. Henry (1154-1189) tarafından alınan tedbirler hakkında; bunların en önemlisi duruşma için jüri tarafından soruşturmanın yerini gayrımenkul iadesi kararında savaşın almasıydı.

III. Edward (1327 – 1377)döneminde, bir mahkeme kaydına savaşla meydan okuma imkanı, dini mahkemede sonradan aklanmış olan bir kişiyi (I EDW. 3, STAT. 2, bölüm 11) suçlamış olan büyük jürinin üyelerine karşı iftira nedeniyle davaya sebep olma imkanıyla beraber kaldırıldı (EDW. 3, STAT. I, bölüm 4) Hükümdara karşı hukuki bağımsızlık Northampton Yasası tarafından güçlendirildi (2 EDW. 3, bölüm 8); "muhafızların", "yargıçların" ve "sulh hakimlerinin" emniyet

ve hukuki görevleri birtakım yasalarla genişletildi ve sağlamlaştırıldı (bkz. PLUCKNETT 159); bir davalıyı mahkemeye boyun eğmeye sürgün aracılığıyla zorlamanın kapsamı genişletildi (25 EDW. 3, STAT. 5, bölüm 17); ve itiraz dilekçelerinde İngilizcenin kullanımına izin verildi (36 EDW. 3, bölüm 15).

18. *Capitularia* – Frenk krallarının yasama tasarrufları, bkz. yukarıda, kısım v:1. Bunlarda kurguların kullanımı üzerine, bkz. diğerleri arasında 864 yılında Charles the Bald'ın bir *capitulare*'sinden aşağıdaki örneği nakleden BRUNNER, RECHTSGESCHICHTE I, 377, 379: *Lex Salica* döneminde, celp hizmetleri *ad domun*, yani davalının evinde uygulanmak zorundaydı. O zamanda bir çok ev Norman istilacıları tarafından tahrip edilmiş olmasına rağmen bu böyleydi. Bu nedenle kral bu gibi durumlarda tebligatçıların evin önceden durduğu tebligat taklidi yapabileceklerine hükmetti.

19. Bkz. , JOLOWICZ 372-374.

20. Frenk krallarının kanun koyucu gücü kesin olarak sınırlandı. Örneğin halkın geleneğini değiştirmek anlamına gelen yasalar onayları olmadan kanunlaştırılamazdı. İlke, *lex fit consensu populi ac constitutione regis*'ti (Pistoia Emirleri, 864, bölüm 6). Bkz. BRISSAUD, HISTORY F FRENCH PUBLIC LAW 81.

21. Weber'in "kamu" ve "özel" hukuk tartışmasıyla karşılaştırınız, ; yukarıda, kısım i:1.

22. CERVANTES, DON QUIJOTE, bölüm 45; bkz. Afganistan Emirinin hikayesi MAX RADIN'S LAW AS LOGIC AND AS EXPERIENCE (1940) 65.

23. *Anschwörung* zarar, beddua, nefret, yemin için yakarmadır; bkz. örneğin J. Kohler ve M. Schmidt'in makalesi Zur Rechtsgeschichte Afirikas (1913), 30 Z. F. VGL. RW. 33. Afrika'da kabile reisleri tarafından yapılan ticaretin tekeli üzerine bkz. WEBER, HISTORY 197.

24. Afrika için bkz. kısım iii, not 45'te belirtilen güncel literatür. Genel bir karşılaştırma (1913) 30 Z. F. VGL. RW. 12 ve sonraki sayfalar, 25 ve sonraki sayfalar, 32, 66-68, 75, vb.

25. *Basuto* – Basuto Ülkesi Sömürgesinin Bantu yerlisi; *Baralong* – Orta Bechuanaland'daki Bantu grubu; *Muata Cazembe* – bölgesi 9° ve 11° güney arasında, Lake Mweru'nun güneyinden Bangweulu'nun kuzeyine yayılan kalıtsal şef. 18. Yüzyılın sonlarında, Cazembe otoritesi geniş ölçüde tanındı; 19. Yüzyılın sonuna doğru, Cazembe önemsiz bir şef derecesine inene kadar gücü azaldı. Sonunda bölge Kuzey Rodezya ve Belçika Kongosu arasında bölündü. Bkz. Royal Geographical Soc. THE LANDS OF THE CAZEMBE (1873); M. Schmidt, *Zur Rechtsgeschichte Afrikas*, 31 Z. F. VGL. RW. (1914) 350, ve 34 Z. F. VGL. RW. 441. Morocco'ya dair, bkz. *Quellen zur ethnologischen Rechtsforschung* (1923) 40 Z. F. VGL. RW. (Erganzungsband) 125.

26. 264 –c. 227 M. S. ; bkz. VINCENT SMITH, ASOKA (gözden geçirilmiş basım 1920); V. A. SMITH, EDICTS OF ASOKA (1909) ve özelikle Weber'in tartışmaları GAzRS (ikinci bölüm 1923) II, 253 [Religion of India 235 s.].

27. Weber çoğunlukla kendilerini Merkez partinin isteklerine zıt bulan bazı ağır sanayi ve yüksek finans gruplarıyla ve esnafın ve Almanya'da diğer orta sınıf tabakanın siyasal çıkarlarını temsil eden diğer gruplarla Muhafazakar partiyi desteklemeyi düşünür görünmektedir.

28. JOLOWICZ 69.

29. Atıfta bulunulan yasalar Book of Covenant (Exod. 21-23) ve Decalogues Exod. 20:1-17 ve 34:10-27; Deut. 27:15-26. Bkz. WEBER'S GAzRS III, 251 [*Ancient Judaism*, 235]. Daha yeni Deut. 'taki 4:44 – 26:19 Deuteronomic Yasa eklenmelidir. İbrani "kanunlaştırması" üzerine bkz. J. M. POWIS SMITH, THE ORIGIN AND HISTORY OF HEBREW LAW (1931).

30. Geleneğe göre On İki Levha Hukuku M. S. 451'de yasaların sabitlenmesi için Plep isteklerini tatmin etmek amacıyla atanan On Komisyonu'nun (*Decemviri Legibus Scribundis*) çalışmasıdır. Geleneğin tarihselliği şüpheliydi. Yine de günümüz araştırmacıları onu özünde doğru kabul etmeye eğilimlidir. Bkz. literatürleriyle birlikte JOLOWICZ 11 ve JÖRS AND KUNKEL 3, 392; ayrıca bkz. yukarıda

kısım v, not 11. İbrani ve Roma Kanunlaştırmalarının tartışması için, bkz. DIAMOND 102, 134.

31. *Aisymnetes* (Yunanca "ayarlayıcı") – tamamen idari yetkilere sahip, bir şehir devletindeki çatışan sınıflar, örneğin Solon'daki Atinalılar ya da Charondas'daki Catanialar, arasındaki ilişkiyi düzenlemek için seçilen geçici yönetici.

32. M. S. ikinci yüzyılın başında kamu denetçiliklerine ve diğer magistratlıklara sahip olan Sex. Aelius Paetus Catus, medeni hukuk üzerine erken otoritelerden biri olarak, sonraki yazarlar (Cicero) tarafından sıklıkla alıntılandı. On İki Levhayı, döneminin geçerli yorumlarını ve *ius Aelianum* (Pompon. Digest I, 2, 2, 38) olarak bilinen buyrukların *(legis actiones)* bir formülünü içeren üç- parça bir derleme olan *Tripertitia* yayınladığı söylenir. Bkz. Klebs'in makalesi PAULY-WISSOWA, REALENZYKLOPADIE DER KLASS. ALTERTUMSWISS. , I (1894), 527. (Wi)

33. En ünlü örnekler SACHSENSPIEGEL ve BEAUMANOIR'dir; bkz. yukarıda, ısım ii:5, not 99 ve kısım iv:2, not 37.

34. İmparatorluk'ta sonuna kadar yürürlükte olan Çin derlemesi iktidara el koymasından birkaç yıl sonra Manchu hanedanı tarafından yayımlanan 1646 TA CH'ING LÜ LI'siydi. Bu ve diğer Çin derlemeleri üzerine, bkz. WEBER, *Religion of China*, 101. Ayrıca bkz. Escarra, *Law, Chinese*, 9 ENCYC. SOC. SCI. 249, 266 (Bibliyografi).

35. Lex Salica ve Leges Barbarorum için, bkz. ii. kısım, not 11; ayrıca SEAGLE 166. Metinlerin daha yeni güvenilir basımı Akademie für Deutsches Recht tarafından yayınlanan *Germanenrechte* başlıklı dizininkidir (1935 ve sonrası).

36. Kudüs hükümleri 1099'da Haçlılar tarafından kurulan Kudüs krallığı için düsturdu; bkz. K. RÖHRICHT, GESCHICHTE DES KÖNIGREICHS JERUSALEM (1898).

37. *Siete Partidas* (İspanyolca Yedi Parça Hukuku). 1256 ve 1265 arasında Leon ve Castile kralı X. Alfonso tarafından derlendi. Kaynakları arasında hem *Fuero Juzgo*, yani 1244'te yapılan Alman *Lex*

Visigothorum'un (bkz. bölüm ii, not 11) İspanyolca çevirisi ve Roma geleneği, özellikle Roma halkı için Visigot " Kanununda " kabaca derlenen, 506 yılının *Lex Romana Visigothorum* ya da *Breviarium Alarici* vardı. Roma halkına uygun olarak Roma hukukunun benzer temel derlemeleri Theodoric'in Ostrogotik krallığında, *Edictum Theodorici* (yaklaşık 500) ve Burgundy krallığında, (Papian olarak da bilinen) *Lex Romana Burgundionum* yapıldı.

38. Bkz. H. LAMB, GENGHIZ KHAN (1927) VII. bölüm; Krause, *Cingis Han*, HEIDELBERGER AKTEN DER VON-PORTHEIM STIFTUNG (1922); G. Vernadsky, *The Scope and Content of Chingis Khan's Yasa* (1938), 3 HARV. J. OF ASIATIC STUDIES 33.

39. Bkz. THE CODE OF HAMMURABI, basım ve çeviri R. F. Harper (1904); KOHLER ET AL. HAMMURABIS GESETZ; G. R. DRIVER AND JOHN C. MILES, THE BABYLONIAN LAWS (1952), 6 cilt (1904 -23); özet bir tartışma ve literatür için bkz. DIAMOND 22, ve W. SEAGLE, MEN OF THE LAW (1947) 13.

40. Hammurabi'ninkinden ve ilgili hukuki eserlerden daha önceki kanunlara dair, bkz. Koschaker, *Forschungen und Ergebnisse in den keilschriftlichen Rechtsquellen* (1929), 49 SAV. Z. ROM. 188; P. Landsberger, *Die babylonischen Termini für Gesetz und Recht* (1935) SYMBOLA KOSCHAKER. Hammurabi Kanunundan 400 yıl öncesinin Sümer Kanunu üzerine, bkz. the Note. Ur-Nannu, [1954] Orientalia, fasikül 1. Hammurabi Kanunlarından 200 yıl önceki Sümer Kanunu üzerine, bkz. F. R. Steele, The Code of Lipit-ishtar, [1948] AMERICAN JOURNAL OF ARCHAEOLOGY, No 52; Hammurabi Kanunu'ndan 80 yıl önceki Akat Kanunu üzerine bkz. Note. Sumer [1948] 4 AMERICAN JOURNAL OF ARCHAEOLOGY OF IRAQ, No. 2.

41. Bu türden kodifikasyonlar Danimarka (Kral V. Christian'ın 1683 Danimarka Hukuku,), İsveç (1736 İsveç Prensliği Hukuku) ve Bavyera (1751, 1753, 1756) kanunnameleri, hazırlığı 1738'de başlayan 1794 Prusya Kanunu (bkz. altta not 54, not 56), 1811 Avusturya Kanunu ile onun 1766, 1786 ve 1797 öncüleri; ayrıca 1539'dan beri Fransa'da art

arda kanunlaştırılan çeşitli Fermanlar ilgili bazı özel konulardı. Bkz. Continental Legal History Series I (*General Survey*), 263.

42. Orta Çağ'da Roma hukukunun canlandırılması ve kabulü ve Rönesans hukuku üzerine geniş literatür arasında, genel yönlendirme için en uygun kaynaklar: Vinogradoff, ROMAN LAW IN MEDIEVAL EUROPE (2. Basım 1929); SMITH; E. JENKS, LAW AND POLITICS IN THE MIDDLE AGES 8 1905); WIEACKER, VOM RÖMISCHEN RECHT (1944) 195; ve hepsinden önemlisi, KOSCHAKER, EUROPA UND DAS RÖMISCHE RECHT (1947); G. V. BELOW, DIE URSACHEN DER REZEPTION DES RÖMISCHEN RECHTS (1905). Ayrıca bkz. MAITLAND, ENGLISH LAW AND THE RENAISSANCE (1901) ve Continental Legal History Series, cilt 1'deki makaleler (GENERAL SURVEY, 1912). Özel bir şehirdeki Roma hukukunun kabulüyle ilgili öğretici örnek çalışma için, bkz. COING, DIE REZEPTION DES RÖMISCHEN RECHTS IN FRANKFURT A. M. (1939).

43. Belirtilen görüşler A. Stölzel, *Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung* (1910)'da, E. Rosenthal'in bu kitabın kapsamlı gözden geçirilmesi 31 SAV. Z. GERM. 522, özellikle 538'de; ve Rosenthal'in kendi GESCHICHTE DES GERICHTSWESENS UND DER VERWALTUNGSORGANISATION IN BAYERN (1889/1906) adlı çalışmasında açıklanır.

44. " Topluluğa bağlı olan onun üyelerine bağlı değildir. " Ulpian, DIG. 3. 4. 7. 1.

45. "Başlangıçtan hükümsüz olana zaman aşımı tarafından çözüm bulunamaz. " DIG. 50. 17. 29.

46. EHRLICH 253, 297, 348, 479.

47. Bu kavramlar Almanya'nın günümüz hukukunda ve onunla ilişkili olan, özellikle İsviçre ve Avusturya hukukunda temel önemdedir. "Hukuki bir işlem" (*Rechtsgeschaft*) hukuki sonuçlar üretmeye niyetli olan bir kişinin, bir teklif, ya da kabulü, anlaşmanın kendisi, bir vasiyet ya da bir malın tapusundan vazgeçme gibi her işlemidir; bu, sel basması sonucu arazinin bölünmesi gibi hukuki sonuçlar doğuran doğal

olaylardan ve ayrıca *Rechtshandlungen'den* yani, bir kişi tarafından bir başkasının vücutça yaralanmasına neden olan ihmalkarlık gibi failin isteği olmadan, ya da ona karşı olan faile rağmen hukuki sonuçlar oluşturan insan etkinliğinden ayrılır. Bu, bir anlaşma, bir ihbar, bir evlilik, bir miras ya da paraya çevrilebilir bir aracın çıkarılması gibi her türden tüm hukuki işlemlere mahsus olan bu hukuki sorunları bir alanda ele aldığı Alman Medeni Kanununa özgü niteliklerden biridir. Bu nedenle Kanunun İlk Kitabının Üçüncü Bölümünde(Bölümler 104 – 185) yetkinlik, niyetin beyanı, anlaşma, şart ve zaman vadesi, otorite ve onay gibi işlemler vardır.

"Niyetin beyanı" (Willenserklarung) bir kişinin niyetini belli etmesine ihtiyaç duyan özel türden hukuki işlemdir. Bir teklif ya da kabul niyetin beyanlarıdır: yine de bir anlaşma teklif eden ve teklif edilenin niyetinin beyanlarını içeren bir "hukuki işlem"dir. Herhangi bir türün niyetinin beyan edilmesine uygulanabilir kurallar bu nedenle hilekarlık, kusur, zorlama, muameleler, yorum ya da hükümsüzlük gibi sorunlardan bahseden bölüm 116-144'de birlikte ele alındı. Daha fazla açıklama için bkz. SCHUSTER, PRINCIPLES OF GERMAN CIVIL LAW (1907) 78; (Brit.) Dışişleri Bakanlığı, MANUAL OF GERMAN LAW (1950) 42.

48. Hem Amerikan hem Alman eleştirmenlerin terminolojisinde, burada taslağı çizilen yöntem "kavramsal yargı yetkisine"aittir. Almanya'ya gelince, 20th Century Legal Philosophy Series'de derlenen makalelerin ait olduğu çeşitli yazarlar tarafından detaylı olarak tanımlanır, analiz edilir, eleştirilir: cilt II, THE JURISPRUDENCE OF INTERESTS (1948).

49. Hukuk okulu fakültelerinin temyiz mahkemeleri şeklindeki bu işlevi üzerine, bkz. ENGELMANN; STITZING, GESCHICHTE DER DEUTSCHEN RECHTSWISSENSCHAFT (1880) I, 65; STÖLZEL, age. I, 187; Rheinstein, Law Faculties and Law Scholla [1938] WIS. L. REV. 5, 7.

50. Roma hukukunun Örfi hukuk üzerindeki etkileriyle ilgili tartışma için, bkz. MAITLAND, ENGLISH LAW AND THE RENAISSANCE (1901); SCRUTTON, THE INFLUENCE OF ROMAN LAW ON THE LAW OF ENGLAND (1885).

51. *Reichskammergericht* (İmparatorluk Yasama Meclisi Mahkemesi) 1495'te, zayıf merkezi hükümetini canlandırma amaçlı boş uğraşlar döneminde Kutsal İmparatorluğun tüm bölgeleri için – uzun vadede– genel yüksek mahkeme olarak kuruldu. Kararlarını Roma hukuku anlamına gelen "İmparatorluğun Örfi Hukukuna" göre açıkladı. Bkz. ENGELMANN AND MILLAR 520; R. SMEND, DAS REICHSKAMMERGERICHT (1911).

52. Bkz. yukarıda, iv:3. kısım, not 65.

53. Tamamlanmış çalışmanın yayımlanması ile, Kanunun dışında herhangi bir hukuki yazının kullanımı ve özellikle DIGEST'te derlenenler yasaklandı. Sürgün cezası ve mülkün haczedilmesi başlığı altında, yeni yorumların yazımı da yasaklandı. Corpuus Iuris hukukun özel kaynağı olacaktı. Bunun uygulamasında ortaya çıkan şüpheler kendi buyurucu yorumları için İmparator'a sunulurdu. *Institutes* hukuki eğitimde kullanılan tek bilimsel eserdi.

54. Haziran 1794 Prusya Genel Yasası. Bkz. , yukarıda not 41.

55. 2. kısımdaki taslak " gelenek hukukunun kurallarının sadece yazılı hukuk tarafından gönderme yapıldığı ölçüde geçerli olduğunu kurala bağlıyordu. " Bu koşul Kanun'da benimsenmedi.

56. Kanun'un bilimsel, sistematik bir açıklamasına yine de, Dernburg tarafından PREUSSISCHES PRIVATRECHT, (3 cilt)'de başarılı şekilde girişildi (1894). Yazar önemli ölçüde Romanist'ti ve tez 1896 yeni Alman Medeni Hukukunun Prusya Kanunun yerine konulmasından önceki yakın zamana kadar hazır olmadı.

57. Bkz. EHRLICH 319-340.

58. Tarihi ekol üzerine, bkz. STONE 421.

59. WINSCHEID, LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS, 3 cilt 1862-1870. Bkz. , Kipp tarafından basımı 1906; bkz. Windsheid üzerine Jolowicz'in makalesi, 15 ENCYC. SCO. SCI. 429.

60. Poliçe ve borç senetleri yasası daha 1848'de Avusturya'nın da içinde bulunduğu Alman Konfederasyonun tüm üye ülkeleri tarafından

uygulanan bir yasada kanunlaştı. Genel ticari hukukun kanunlaşması 1861'de gerçekleşti.

61. Yukarıda, kısım ii:6, not 177'de.

62. 1811 genel Medeni Hukuku (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*)

63. SVOD ZAKONOV, 1809'da başladı, gözden geçirilmiş basımı 1857; 40. 000 maddede, kamu hukukunu da olmak üzere tüm hukuk alanını kapsar.

64. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2 cilt, 1856.

65. Genel olarak ve özel olarak Birleşik Devletler'de kanunlaştırma üzerine, bkz. H. E. Yntema, *The Jurisprudence of Codification* (1949), DAVID DUDLEY FIELD CENTENARY ESSAYS 251.

VII. DEVRİM KANUNUNUN FORMEL NİTELİKLERİ— DOĞAL HUKUK

1. Fransız Medeni Hukuku

Devrim öncesi döneminin ürünlerini ihtilalin çocuğu olan Medeni Kanun'la[1] ve onun tüm Batı ve Güney Avrupa'daki taklitleriyle karşılaştırırsak[2] onlar arasındaki formel farklılıkların ne kadar büyük olduğunu görürüz. Medeni kanun hukuksal olmayan öğelerin ve ahlaki olduğu kadar didaktik öğütlerin de müdahalesinden ve bunların karışımından bağımsızdır, kazuistiklik de mevcut değildir. Medeni Kanun'un birçok cümlesi On İki Levha'nınkiler gibi nükteli ve anıtsal görünmektedir ve birçoğu eski hukuk atasözleri tarzında yaygın bir dil haline gelmiştir. [3] *Allgemeine Landrecht*'in[4] ya da herhangi başka bir Alman Kanununun hiçbir emri böyle bir üne kavuşmamıştır. Rasyonel bir yaşamanın ürünü olan Medeni Kanun hukuksal uygulamanın ürünü olan Anglo-Saxon yasası ve teorik-edebi hukuk doktrininin ürünü olan Roma örf ve adet hukukuyla birlikte dünyanın büyük hukuk sistemlerinin üçüncüsü olmuştur. Ayrıca doğu ve orta Avrupa kanunlarının büyük çoğunluğunun da temeli olmuştur. Bu konuma ulaşması onun formel nitelikleriyle açıklanabilir; zira kanun hükümlerinde olağanüstü derecede açıklığa ve kesin bir anlaşılabilirliğe sahiptir, ya da en azından sahipmiş izlenimi vermektedir. Medeni Kanun birçok kuralının bu somut açıklığını çok sayıda

hukuksal kurumunun *coutumer*[5] yasasına yönelmesine borçludur. Bu açıklığa ve basitliğe formel hukuksal nitelikler ve özsel değerlendirmenin derinliği ve bütünlüğü açısından çok şey feda edilmiştir.[6] Bununla birlikte, hem hukuk sisteminin soyut toplam yapısının hem de birçok maddenin aksiyomatik doğası nedeniyle, hukuk düşüncesi hukuksal kurumların pragmatik ilişkileri içerisinde gerçekten yapıcı ayrıntılandırmaya doğru yönlendirilmemiştir. Kendini daha çok, Kanunun daha geniş ilkelerin ifadesinden ziyade sadece kurallar olan sık formülasyonlarını salt kurallar olarak kabule ve onları olaydan olaya uygulama gereksinimlerine uyarlamaya zorunlu bulmuştur. Oldukça muhtemel olarak, modern Fransız hukukunun özgün formel nitelikleri belki de bir ölçüde Medeni Kanunun bu az çok çelişen karakteristiklerine bağlanır. Fakat bu karakteristikler özel türden bir rasyonalizmin, yani Bentham'ın ülkülerine uygun olarak bütün tarihsel önyargılarından uzak ve gerçek içeriğini münhasıran, gücünü meşruiyetten çok dehâya borçlu olan büyük ulusun özel çıkarıyla uygun olarak arılaştırılmış sağduyudan çıkaran salt rasyonel bir hukukun ilk defa oluşturuluyor olduğu hakim inancının ifadeleridir. Belirli durumlarda, Medeni Kanun hukuksal arıtmayı canlı forma feda eder. Hukuk mantığına yönelik bu tavır doğrudan Napolyon'un kişisel müdahalesinden kaynaklanırken, bazı maddelerinin nükteli biçimde dramatize edilmiş karakteri Amerikan ve Fransız anayasalarındaki "insan ve yurttaş haklarının" ifade türü ile ilişkilidir. Yasal normların gerçek içeriği ile ilgili belli aksiyomlar gerçek kurallar şeklinde değil, varsayımsal kurallar olarak, bir hukuk sisteminin sadece bu varsayımlarla çelişmesi durumunda meşru olduğu

iddiasıyla birlikte sunulur. Soyut hukuksal önermeleri oluşturma metodunu şimdi kısaca ele alacağız.

2. Pozitif Hukukun Normatif Standardı Olarak Doğal Hukuk

Yasanın haklılığı ile ilgili kavramlar rasyonel, pozitif bir hukuk düzeni içerisinde yasa yapıcıların, uygulayıcıların ve yasayla ilgili sosyal grupların davranışı açısından pratik sonuçlar doğurduğu kadarıyla sosyolojik olarak geçerlidir. Başka deyişle, bunlar sadece uygulamalı hukuk hayatı belirli hukuk kurallarının meşruluğu ve pozitif hukuka salt güç tarafından verilen herhangi bir ayrıcalıkla bozulmayan belli ilkelerin doğrudan bağlayıcı gücü inancıyla maddi olarak etkilendiği zaman sosyolojik açıdan geçerli hale gelir. Bu gibi bir durum tarih boyunca, fakat özellikle de modern zamanların başlangıcında ve ihtilal döneminde defalarca var olmuştur ve Amerika'da hala mevcuttur. Bu tür kuralların özsel içeriği genellikle Doğal hukuk olarak isimlendirilir.[7] *Lex naturae* ile daha önce[8] temelde Stoacı bir oluşum olarak karşılaştık; bu Hristiyanlık tarafından kendi etiği ile dünyanın normları arasında bir köprü oluşturmak için devralındı.[9] Bu Tanrı'nın iradesi tarafından bu günah ve şiddet dolu dünyanın insanları için meşrulaştırılan ve dolayısıyla doğrudan inanlılara vahyedilen ve sadece seçilmişlere görünen Tanrı buyruklarına tezat teşkil ediyordu. Fakat burada *lex naturae*'ye bir başka açıdan bakmalıyız. Doğal hukuk herhangi bir pozitif hukuktan bağımsız olarak geçerli ve ona üstün ve değerlerini keyfi iradeye borçlu olmayan, bunun aksine, pozitif hukukun bağlayıcı gücüne meşruiyet bağlayan normların genel toplamıdır. Doğal

hukuk, bu nedenle, meşruiyetlerini meşru bir yasa koyucudan gelen kaynaklarına değil, içkin ve teleolojik niteliklerine borçlu olan normların kolektif terimidir. Bu, dinsel vahiy ve bir geleneğin ve onun taşıyıcılarının otoriter kutsallıkları güçlerini kaybettiğinde geride kalabilen bir yasal düzenin spesifik ve tek tutarlı türden meşruiyetidir. Doğal hukuka başvurma mevcut düzene başkaldıran sınıfların taleplerini pozitif dinsel normlara ya da vahye dayandıramadıkları ölçüde özlemlerini meşrulaştırdıkları metod olmuştur. Bununla birlikte, her doğal hukuk, niyetlerinde, mevcut bir düzene karşı şiddetle ya da pasif itaatsizlikle belli normların gerçekleşmesini sağlamak anlamında "devrimci" olmamıştır. Gerçekte doğal hukuk en farklı türden otoriter güçleri meşrulaştırmaya da hizmet etmiştir. "Tarihsel olarak gerçek bir doğal hukuk" soyut normlar üreten ya da bunlara dayanan türden bir doğal hukuka karşı oldukça etkili olmuştur. Bu kaynaktan gelen bir doğal hukuk aksiyomu örneğin tarihsel ekolün "örfi hukukun" üstünlüğüyle ilgili teorisinin temeli olarak bulunabilir. Bu kavram bu ekol tarafından açık olarak ilk defa formüle edilmiştir. [10] Bu bir yasa yapıcının yasal olarak geçerli hiçbir şekilde herhangi bir kanunla örfi hukukun geçerlilik alanının kısıtlayamayacağı ya da mevzu hukukun adaletle değiştirilmesini engelleyemeyeceği ifadesinde oldukça açık hale gelmiştir. Tarihsel gelişmenin önünü kesmenin imkansız olduğu söyleniyordu. Mevzu hukuku salt pozitif hukuk derecesine indiren varsayım Romantizmin yarı tarihsel yarı naturalistik teorilerinde de mevcuttur. Bunlar *Volkgeist*'ı hukukun ve kültürün çıkabileceği ve bütün "gerçek" yasaların ona göre "organik olarak" gelişmesi gerektiği ve "yapay", yani amaçlara göre

yazılmış yasaların aksine adalet duygusuna dayanması gereken tek doğal ve dolayısıyla meşru kaynak olarak görür. [11] Bu tür aksiyomların irrasyonelliği, formel türden normlar oluşturabilen ve bu nedenle "doğal hukuk" teriminin *a potiori* olarak ayrıldığı hukuksal rasyonalizmin doğal hukuk aksiyomlarıyla keskin bir tezat teşkil etmektedir.

3. Modern Doğal Hukukun Kaynağı

Doğal hukukun modern zamanlarda ayrıntılandırılması kısmen rasyonalist mezheplerin sağladığı dinsel motivasyona dayanıyor; kısmen de Rönesans'ın, her yerde "doğanın" iradesinin kanununu yakalamaya çalışan doğa kavramından kaynaklanıyordu. Bu ölçüde de özellikle İngiltere'ye özgü olan, toplumun her üyesinin doğuştan getirdiği belli hakları olduğu fikrinden kaynaklanıyordu. Bu özellikle İngiliz kavramı olan "doğuştan gelen hak" temelde Magna Karta'da baronların özel statü hakları olarak onaylanan belli hakların bu şekliyle bütün İngilizlerin ulusal özgürlükleri olduğu ve dolayısıyla Kralın ya da başka bir siyasi otoritenin müdahalesine karşı bağışık olduğu yaygın anlayışının etkisinde ortaya çıktı. [12] Fakat, her insanın bu sıfatla belli hakları olduğu anlayışına geçiş, belli dönemlerde güçlü bir dini özellikle de Anabaptist etkilerin yardımıyla on yedinci ve on sekizinci yüzyılların rasyonalist aydınlanmasıyla tamamlandı.

4. Formel Doğal Hukukun Özsel Doğal Hukuka Dönüşmesi

Doğal hukukun aksiyomları çok farklı gruplarda yer almaktadır. Bunlardan sadece ekonomik düzenle özellikle yakın

ilişki içinde olanları değerlendireceğiz. Pozitif hukukun doğal hukuk meşrutiyeti formel ya da özsel koşullarla bağlantılabilir. Ayrım çok net değildir, çünkü orada tamamıyla formel bir doğal hukuk var olamaz; bunun nedeni böyle bir doğal hukukun herhangi bir özden yoksun tamamıyla genel hukuksal kavramlardan oluşmasıdır. Bununla birlikte ayrımın büyük bir önemi vardır. İlk kategorinin en saf tipi on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda daha önce sözü edilen etkiler sonucu, özellikle "sözleşme teorisi" ve daha özel olarak da bu teorinin bireysel yönleri şeklinde ortaya çıkan "doğal hukuk" kavramıdır. Meşru hukukun bütünü yasalara, yasalar da rasyonel uzlaşmaya dayanmaktadır. Bu uzlaşma birincisi ya gerçekten, yani, özgür bireylerin yeni yasanın gelecekte oluşturduğu biçimi de düzenleyen gerçek özgün bir sözleşmeden kaynaklanır; ya da ikincisi, yani içeriği özgür anlaşmayla tesis edilen makul bir düzen anlayışıyla çelişmeyen bu yasanın meşru olması anlamında idealdir.

Böyle bir doğal hukuktaki temel öğeler "özgürlükler" ve hepsinden öte "sözleşme özgürlüğüdür". Gönüllü rasyonel sözleşme, ya devleti de içine alan bütün rasyonel ortaklıkların varsayımsal gerçek tarihsel temeli olarak ya da en azından düzenleyici değerlendirme standardı olarak, doğal hukuk oluşumunun evrensel formel ilkelerinden biri haline geldi. Her formel doğal hukuk gibi bu tür de amaçlı sözleşmeyle meşru olarak elde edilen bir haklar sistemi olarak algılanır ve ekonomik mallarla ilgili olduğu kadarıyla, mülkiyetin tam olarak gelişmesiyle oluşturulan ekonomik uzlaşma topluluğunun temeline dayanır. Temel parçaları mülkiyet ve mülk, yani ya tüm dünyayla ya da belli başka kişilerle "ilkel sözleşme" olarak

yapılan özgür sözleşmeli işlemle meşru olarak elde edilen mülk üzerinde tasarruf özgürlüğüdür. Rekabet özgürlüğü kurucu öğe olarak ifade edilir. Sözleşme özgürlüğünün sözleşmelerin ve genel olarak sosyal davranışın, sayesinde meşruluk kazandıkları doğal hukuku ihlal etmemeleri ve de devredilemez özgürlükleri çiğnememeleri derecesinde formel sınırları vardır. Bu temel ilke hem bireylerin özel düzenlemeleri hem de üyelerinin itaat etmesi beklenen toplumsal organlarının resmi eylemleri için geçerlidir. Hiç kimse kendisini yasal olarak siyasi ya da şahsi köleliğe teslim edemez. Ötesine gelince, hiçbir kanun bireyin mülkü ve iş gücü üzerindeki özgür tasarrufunu yasal olarak sınırlayamaz. Dolayısıyla, örneğin, özgür iş gücü sözleşmelerinin belli içeriklerini yasaklayan sosyal refah kanunlarının her eylemi bu yüzden sözleşme özgürlüğünün ihlalidir. Oldukça yakın zamanlara kadar Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi böyle bir kanunun anayasaların doğal hukuk maddeleriyle bağdaşmadığı formel gerekçesi ile geçersiz olduğunu savunmuştur. [13]

"Doğa" ve "akıl" doğal hukukun bakış açısından meşru olan şeyin özsel ölçütleridir. Her ikisi de aynı sayılır. Onlardan kaynaklanan kurallar da böyledir; böylece gerçek olayların düzenlilikleri ve genel davranış normları hakkındaki genel önermelerin çakıştığı savunulur. İnsan "aklı" tarafından kazanılan bilgi "eşyanın doğasıyla" ya da bugünün deyişiyle olayların mantığıyla" özdeş sayılır. "Zorunluluk" "varlıkla", yani evrensel ortalamada var olanla özdeştir. Hukuk ve ahlak kavramlarının mantıksal analizi ile ulaşılan bu normlar " doğa kanunları gibi Tanrı'nın kendisinin bile değiştiremeyeceği ve hukuk düzeninin asla çatışmaması gerektiği genel olarak

bağlayıcı kurallara aittir. Bu nedenle, örneğin "eşyanın doğasının" ve kazanılmış hakların meşruiyeti ilkesinin gerekliliklerini karşılayan tek para türü malların serbest mübadelesi ile ulaşılan, başka deyişle madeni para pozisyonudur. [14] Bazı on dokuzuncu yüzyıl fanatikleri, bu nedenle, doğal hukuka göre devletin "yapay olarak" oluşturulmuş kağıt paranın gayri meşrululuğu tarafından lekelenen hukukun meşru istikrarından ziyade parçalara başvurması gerektiğini savunuyordu. Zira *meşru* bir yasanın çiğnenmesinin kendi içinde gerçek "Devlet" fikrinin reddi olduğu iddia ediliyordu.

Bununla birlikte, doğal hukukun bu formelliği birkaç açıdan yumuşatıldı. Birincisi, doğal hukukun mevcut düzenle ilişkiler kurmak için sözleşme özgürlüğünden kaynaklanamayacak hak eldesi, özellikle de mirasla edinimin meşru temellerini kabul etmek zorundaydı. Miras kanununu doğal hukuka dayandırmaya yönelik birçok girişim vardı. [15] Bunlar genellikle pozitif hukuk menşeli olmaktan ziyade felsefiydi. Dolayısıyla onları burada ele alamayacağız. Tabii ki son tahlilde, içeriksel güdüler neredeyse her zaman resme girmektedir ve oldukça yapay kurgular bu nedenle oldukça sıktır. Egemen sistemle ilgili diğer birçok kurum da uygulamadaki faydacı temellere dayalı olması dışında meşrulaştırılamaz. Doğal hukuk "mantığı" onları meşrulaştırmakla kolayca faydacı düşünceye kayıyordu ve bu kayış kendisini "makullük" kavramının anlamının değişmesinde ifade eder. Salt formel doğal hukukta, makul olan doğanın ezeli düzeninden ve mantıktan çıkarılabilir olandır, bunların her ikisi de birbirleriyle kolayca harmanlanabilir. Fakat daha başından beri, İngiliz "makul" kavramı ima ile "uygulamada uygunluk" anlamında "rasyonel" manasını içeriyordu.

Bundan çıkartılabilecek sonuç, uygulamada tuhaf sonuçlara yol açacak şeylerin doğa ve akıl tarafından arzu edilen hukuku oluşturamayacağıdır. Bu içeriksel önermelerin gerçekte her zaman onun içinde var olan akıl kavramına açıkça sokulmasına işaret ediyordu. [16] Gerçekte, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi toplumsal kanunların belli eylemlerinin geçerliliğini kabul edebilmek için formel doğal hukuktan kurtulabilmesi, terimin anlamındaki bu değişiklik yardımıyla olmuştur. [17]

Bununla birlikte, prensipte, formel doğal hukuk, edinilmiş bir hakkın meşruiyeti onun ediniminin formel şekillerinden ziyade içeriksel ekonomik şekillerle bağlantılandırılınca hemen özsel doğal hukuka dönüştürülüyordu. Lasella, *System of Vested Rights*'ında (1861) doğal hukuk tarzında özel bir problemi formel yollarla, onun örneğinde Hegel'in evrim teorisinden çıkarılan yollarla çözmeye çalışıyordu. Formel ve meşru olarak pozitif bir kanun temelinde elde edilen bir hakkın çiğnenemezliği varsayılmaktadır, fakat doğal hukukun bu türden hukuksal bir pozitivizmi sınırlandırması kanunların geçmişe yürümesi problemi ve devletin bir ayrıcalık kaldırıldığı zaman tazminat ödeme yükümlülüğü sorunuyla ilişkili olarak açık hale gelir.

Maddi doğal hukuka kesin dönüş öncelikle kişinin kendi emeğini kullanarak servet eldesinin münhasır meşruiyetiyle ilgili sosyalist teorilerle bağlantılıdır. Zira bu görüş sadece miras kanallarıyla ya da garanti edilmiş tekel aracılığıyla elde edilen tüm kazanılmış gelirleri değil, aynı zamanda sözleşme özgürlüğü resmi ilkesini ve sözleşme aracılığıyla elde edilen bütün hakların meşruiyetinin genel kabulünü de reddeder.

Bu teorilere göre, bütün mal edinimleri edinim temelleri olarak emeğe dayandıkları ölçüde özsel olarak test edilmelidir.

5. Doğal Hukuk İdeolojisinde Sınıf İlişkileri

Doğal olarak hem sözleşme özgürlüğünün formel rasyonalist doğal hukuku hem de emek ürününün ayrıcalıklı meşruiyetinin özsel doğal hukuku kesin sınıf imaları içerir. Sözleşme özgürlüğü ve bu sayede elde edilen mülkü meşru sayan bütün önermeler pazar işlemleriyle, yani, üretim araçlarının mutlak edinimiyle ilgilenen grupların doğal hukukuna aittir. Öte yandan, toprağın herhangi bir insanın emeğiyle üretilmediği ve bu nedenle de sahiplenilemeyeceği doktrini toprak sahipleri grubuna karşı bir protesto oluşturur ve dolayısıyla sınırlı geçim olanakları kendilerini toprak tekelcilerinin boyunduruğuna girmeye zorlayan proleterleşmiş köylünün sınıf durumuna uyar. [18] Bu tür sloganların tarımsal çalışmanın ürünlerinin hala toprağın doğal durumuna bağlı olduğu ve toprağın ediniminin en azından içsel olarak, hala tamamlanmadığı ve ayrıca tarımın rasyonel olarak örgütlenmiş büyük ölçekli işletmelerde yapılmadığı ve toprak sahibinin gelirinin ya tamamıyla arazi kirasından geldiği ya da köylünün araç gerecinin kullanımı ve emeğiyle üretildiği yerde özellikle dramatik bir güç kazanmış olmalıdır. Bütün bu koşullar büyük ölçekte (Kara Topraklar) bölgesinde (Ukrayna ve Güney Rusya) mevcuttur. Pozitif anlamıyla ilgili olarak, küçük çiftçinin bu doğal hukuku belirsizdir. Birinci olarak, kişinin kendi iş gücü derecesinde arazinin hisse hakkı (*trudovaya norma*) ya da ikinci olarak, geleneksel yaşam standardı derecesinde arazinin sahipliği hakkı anlamına gelebilir. Geleneksel terminolojide aksiyom

bu nedenle ya "çalışma hakkı" ya da "minimum yaşam standardı hakkı" anlamına gelir; üçüncü olarak ise ikisi " kişinin kendi emeğinin bütün ürününe sahip olma hakkına" yapılan taleple birleştirilebilir. Son on yılın (yani 1905-06) Rus devrimi bütün olasılıklar içerisinde dünyanın doğal hukuka yönelik tarımsal devrimlerinden sonuncusu olarak[19] çeşitli ideolojileri arasındaki çözümlenemez çelişkiler tarafından da kan kaybına uğratılmıştır. Bu ilk iki doğal hukuk görüşü sadece birbirleriyle değil, aynı zamanda çeşitli köylü programlarıyla da uyuşmuyordu. Bunlar tarihsel, realist olarak siyasal, pratik olarak ekonomik ya da son olarak – ve doğal temel dogmalar arasındaki iç çelişkiler nedeniyle umutsuz bir karmaşa içerisinde –Markist evrimci değerlendirmelerle güdülensin ya da güdülenmesin böyleydi.

Bu üç sosyalist bireysel hak sanayi proletaryasının ideolojilerinde de rol oynadı. Birinci ve ikincisi teorik olarak işçi sınıfının kapitalist koşullarında olduğu gibi zanaatlarda da mümkündür; üçüncüsü ise sadece zanaat koşullarında mümkündür. Kapitalizm altında doğal hukuka ait üçüncü hak ya hiç mümkün değildir ya da maliyet bedellerinin bütün mübadele işlemlerinde evrensel olarak muhafaza edildiği yerde mümkündür. Tarımda, sadece üretimin kapitalist olmadığı yerde uygulanabilir; zira kapitalizm tarımsal arazinin mahsulünün değerlemesini doğrudan tarımsal üretimin yerinden tarımsal araçların, suni gübrelerin vs. üretildiği atölyelere taşır, aynı şey sanayi için de geçerlidir. Oldukça genel olarak, gelirin ürünün serbest rekabet bulunan bir pazarda satılmasıyla belirlendiği yerde bireyin ürününün tam değeri üzerindeki hakkının içeriği kaçınılmaz olarak anlamını yitirir. Artık

bireysel bir "emek mahsulü" yoktur ve eğer hak talebi bir anlam ifade edecekse, bu ancak, kendilerini ortak bir sınıf durumunda bulan herkesin kolektif hak talebi olabilir. Uygulamada bu, "geçinmeye yetecek bir ücret" talebine, yani geleneksel ihtiyaç tarafından belirlendiği şekliyle yaşam standardı hakkının özel bir biçimine indirgenir. Bu nedenle dinsel ahlak tarafından talep edildiği şekliyle Orta Çağ "adil fiyatına" benzer. Bu şüphe durumunda, söz konusu zanaatkarların verilen fiyatta sosyal statülerine uygun bir yaşam standardını sürdürüp sürdüremeyeceğinin testiyle (ve ara sıra da deneysel olarak) belirleniyordu.

Kilise ekonomi doktrinindeki en önemli doğal hukuk öğesi olan "adil fiyatın" kendisi aynı kaderin kurbanı oldu. "Adil Fiyatın" belirleyicileriyle ilgili kilise tartışmalarında "geçim" ilkesiyle ilgili bu emek değer fiyatın nasıl aşamalı olarak pazar topluluğunun gelişmesiyle aynı ölçüde yeni "doğal" fiyat haline gelen rekabetçi fiyat tarafından nasıl yerinden edildiği gözlemlenebilir. Floransalı Antonin'in (1389-1459) yazılarında, sonraki çoktan egemen olmaya başlamıştı. Püritenlerin bakış açısından bu tabii ki tamamıyla egemendi. "Gayri tabii" olarak reddedilen fiyat şimdi serbest piyasa rekabetine dayanmayan, yani tekeller ya da diğer keyfi insan müdahalesi tarafından etkilenen fiyattı. Püriten olarak etkilenen tüm Anglo-Sakson dünyasında bu ilke günümüze kadar büyük etkiye sahip olmuştur. İlke saygınlığını doğal hukuktan aldığı için, serbest rekabet" ülküsü için Kıta Avrupası'nda Bastiat (1801-50) tarzında üretilen salt faydacı ekonomik teorilerden çok daha güçlü bir destek olarak kaldı.

6. Doğal Hukuk'un Uygulamadaki Önemi ve Bozulması

Bütün doğal hukuk dogmaları az ya da çok önemli ölçüde hem yasa yapımını hem de yasa bulmayı etkilemiştir. Bazıları ortaya çıktıkları zamanın ekonomik koşullarına karşı varlıklarını sürdürmüş ve hukuksal gelişmede bağımsız bir faktör oluşturmuştur. Formel olarak, mantıksal olarak soyut hukuk yönündeki eğilimi, özellikle de hukuk düşüncesindeki mantık gücünü güçlendirmiştir. İçeriksel olarak, etkileri çeşitli, fakat her yerde önemli olmuştur. Burası bu etkileri ve çeşitli doğal hukuk aksiyomlarının değişikliklerini ve uzlaşmalarını ayrıntılı olarak takip etme yeri değildir. Devrim kanunlarıyla birlikte devrim öncesi rasyonalist modern devletin kanunları da doğal hukuk dogmalarından etkilendi ve nihai olarak oluşturdukları hukukun meşruiyetini onun "makullüğünden" çıkardılar. [20] Ahlaki ve hukuksal olarak formelden faydacı ve teknik olarak içeriksele geçişin böyle bir kavram temelinde ne kadar kolayca gerçekleştiğini görmüştük. Bu dönüşüm, daha önce tartıştığımız nedenlerle, devrim öncesi ataerkil güçlerin çok lehineydi, öte yandan burjuvazinin etkisi altında gerçekleşen İhtilal Kanunları bireye siyasi otoriteler karşısında haklarını garanti eden resmi doğal hukuku vurguluyor ve güçlendiriyordu.

Sosyalizmin doğuşu başlangıçta kitlelerin ve hatta entellektüeller arasından gelen teorisyenlerinin zihinlerinde maddi doğal hukukun artan egemenliği anlamına geliyordu. Bu maddi doğal hukuk doktrinleri adalet yönetimi üzerinde uygulamada etkili olamadı; bunun nedeni bunu yapma konumuna gelmeden önce aynı entelektüel katmanın hızla artan pozitivist ve göreceli-evrimci şüpheciliği tarafından bozulmasıydı. Bu anti-metafizik radikalizm altında, kitlelerin eskatolojik

beklentileri kaziyelerden ziyade kehanetlerden destek alıyordu. Dolayısıyla, devrimci hukuk teorileri alanında, doğal hukuk doktrini Marksizmin evrimci dogmatizmi tarafından yıkıldı, öte yandan "resmi" bilim açısından kısmen Comte'un evrimci taslağı, kısmen de organik gelişmeyle ilgili tarihselci teoriler tarafından yok edildi. Aynı yöndeki nihai bir katkı, modern güç siyasetinin etkisi altında kamu hukukunun ele alınmasını etkilemeye başlayan *Realpolitik* tarafından yapıldı. [21]

Kamu hukuku teorisyenlerinin metodu, karşı çıktıkları hukuk teorisinin sonucu olarak, belli açık uygulamalı-siyasi tuhaflıklara işaret etmiştir ve büyük oranda da etmektedir; daha sonra ise teoriye sonsuza kadar etkin biçimde bertaraf edilmiş olarak bakmaktadır. Bu metot formel hukukunkine doğrudan zıt olmakla kalmaz, aynı zamanda maddi doğal hukukla ilgili hiçbir şey içermez. Genel olarak, Kıta Avrupası hukuk sistemi, çok yakın zamanlara kadar, pozitif hukukun mantıksal "kapalılığı" şeklindeki büyük oranda itiraz edilmeyen aksiyomu temelinde ilerler. [22] Bu ilk defa dava hukuku rutinine ve örf hukukunun irrasyonelliğine bir protesto olarak Bentham tarafından ifade edilmiş görünmektedir. [23] Her türlü transendantal hukuku, özellikle de, bu derecede tarihsel ekolü de içeren doğal hukuku reddeden bütün eğilimler tarafından dolaylı olarak desteklenir. Doğal hukukun kabul edilmeyen aksiyomlarının gizli etkisini hukuksal uygulamadan tamamıyla yok etmek imkansız görünse de, doğal hukukun aksiyomları arasındaki çatışma çözümlenemezdir. Evrimci teoriler çeşitli şekillerde iş başındadır. Meta-hukuksal bütün aksiyomlar genelde sürekli devam eden bozulma ve göreceleşmeye tâbidir. Hem hukuksal rasyonalizm hem de genel olarak modern entellektüel

septisizm sonucu doğal hukuk aksiyomları bir hukuk sisteminin asli temelini teşkil etme kapasitesini yitirmiştir. Hukuksal bir normun dini olarak vahyedilmiş nitelikte pozitif karakteriyle ya da asırlık bir geleneğin çiğnenemez kutsallığına sıkı inançlarla karşılaştırıldığında çıkarımla ulaşılan en ikna edici normlar bile bir hukuk sisteminin temeli görevini göremeyecek kadar zayıf görünmektedir. Sonuç olarak, hukuksal pozitivizm en azından şimdilik karşı konulmaz biçimde ilerlemiştir. Eski doğal hukuk kavramlarının kayboluşu hukuka içkin nitelikleri sayesinde metafiziksel bir asalet kazandırma olanağını yok etmiştir. En önemli maddelerinin büyük çoğunluğunda çatışan çıkarlar arasındaki bir uzlaşmanın ürünü ya da aracı olarak çok belirgin biçimde ortaya çıkmıştır.

Fakat hukukun bu meta-hukuksal çıkarımlarının yok olması, somut bir hukuk düzeninin belirli kurallarının saygınlığına yönelik şüpheciliği arttırırken, o anda meşruiyet iddiasında bulunan otoritelerin artık salt araçsal yönden görülen gücüne gerçek itaati etkin biçimde destekleyen ideolojik gelişmelerden biridir. Hukuk uygulayıcıları arasında bu yaklaşım özellikle belirgindir.

7. Hukuksal Pozitivizm ve Hukuk Mesleği

Mevcut hukuk sistemini sürdürmenin mesleki sorumluluğu hukuk uygulayıcılarını genel olarak "muhafazakar" güçler içerisine yerleştirir gözükmektedir. Bu iki açıdan doğrudur. Hukuk uygulayıcıları sadece "sosyal" idealler adına "aşağıdan" öne sürülen içeriksel faraziyelerin baskısına değil, ataerkil güç ya da refah politikaları adına öne sürülen "yukarıdan" içeriksel faraziyelerin baskısına karşı da soğukkanlı kalmak zorundadır.

Tabii ki, bu ifade sınırlama olmaksızın tüm gerçeğin temsilcisi olarak alınmamalıdır. İmkânları kıt olanların temsilcisi ve hukuk önünde resmi eşitliğin savunucu rolü, geçimi ve dalgalanan sosyal statüsü için çalışan özel bir kişi karakteri nedeniyle olduğu kadar müşterileriyle doğrudan ilişkileri nedeniyle de özellikle avukata uygun düşer. Avukatların ve genel olarak hukukçuların İtalyan komünlerinin *popolani* hareketlerinde ve daha sonra sosyalist partilerde olduğu kadar modern zamanların bütün burjuva devrimlerinde başrol oynamasının nedeni budur. Bu aynı zamanda Fransa, İtalya ya da Birleşik Devletler gibi salt demokratik ülkelerde, hukukçuların hukuk sanatının profesyonel olarak uzman teknisyenleri, saygın kişiler, müşteri vekilleri sıfatıyla neden siyasi kariyerlerin doğal adayları olduğunu da açıklar.

Belli koşullarda yargıçlar da ya ideolojik nedenlerle ya da statü grubu dayanışması değerlendirmeleriyle ve yahut da ara sıra ekonomik nedenlerle ataerkil güçlere karşı güçlü bir muhalefet sürdürmüştür. Onlara göre, bütün dışsal hak ve sorumlulukların sabit ve düzenli kararlılığı kendi başına takip edilmeye değer görünmektedir. Onların düşüncesindeki bu özellikle "burjuva" unsuru, otoriter patrimonyal keyfilik ve kayırmacılığı sınırlandırma amacıyla yürütülen siyasi çatışmalardaki tutumlarını belirlemiştir.

Toplumsal düzenin "kuralla bağlılığı" gerçekleştiğinde hukuk mesleğinin otoriter ya da anti-otoriter güçlerin tarafını tutup tutmayacağı vurgunun salt düzene mi yoksa bireyin garantisi ve güvenliği anlamında özgürlüğe mi yapıldığına bağlıydı. Seçim, Radbruch'un terminolojisinde, hukukun daha çok düzenleme mi yoksa hakların kaynağı olarak mı görüldüğüne bağlıydı. [25]

Fakat bu karşıtlıktan oldukça ayrı olarak, hukukçuların muhalefetçi eğilimlerini zayıflatan hem formel ve özsel hukuksal fikirler arasında daha önce sözü edilen alternatif, hem de sosyal hiyerarşinin hem üst hem de alt katmanında sonrakinin canlı, ekonomik olarak belirlenmiş şekilde varlığını sürdürmesiydi. Otoriter güçlerin yargının içerisinden gelen direnişi aşmak için hangi teknik araçları kullandığını daha sonra tartışacağız. Hukukçuların davranışındaki değişikliğin nedeni olan genel ideolojik faktörler içerisinde doğal hukuka inancın kayboluşu önemli bir rol oynamıştır. Günümüz hukuk mesleği çeşitli güç gruplarıyla bütün tipik ideolojik ilişkilerde görünüyorsa, üyeleri "düzen" tarafında durma eğilimindedir; bu uygulama da belirli bir zamanda egemen olan "meşru" otoriter siyasi gücün yanında yer alacaktır. Bu açıdan, İngiliz ve Fransız ihtilal dönemlerinin ve genel olarak aydınlanma döneminin hukukçularından farklıdırlar. Ayrıca patrimonyal despotizm çerçevesinde davranmak zorunda olanlardan ya da [Alman on dokuzuncu yüzyılında] 1860'lar Prusyası'nın "bölge hakimleri" parlamentosuna kadar parlamento kurallarında ve belediye meclislerinde oturanlardan da ayrılırlar. [27]

NOTLAR

1- Fransız Medeni Kanunu 21 Mart 1804'de CODE CIVIL DES FRANÇAIS başlığıyla yayımlandı. 1807'de bu isim CODE NAPOLEON olarak değiştirildi; 1816'da Napolyon *rejiminin* yıkılmasıyla *orijinal* isme geri dönüldü. III. Napoleon'un hükümdarlığında başlıkta Napolyon'a gönderme geri getirildi (1852-1870). Kanunun yapılmasında Napolyon ana itici güç ve aktif bir katılımcı iken Fransa'daki kanunlara olan talep ve bunların başlangıcı Napolyon döneminden önceye rastlıyordu. 1789 İhtilalinden bile önce yerel kanunların farklılığı elverişsiz ve bunların eksikliği hukuksal belirsizlik kaynağı sayılıyordu; bu nedenle *Estates General* tekbiçim bir ulusal hukuk talebinde bulunmuştu. Fransız *parlaments*'inin yargıçları da gözden düşmüştü. 1790 Kurucu Meclisi bir kanun önerisinde bulunulması gerektiğini belirtiyordu, fakat Cambacceres'in başkanlığını yaptığı ve asıl işi yapacak olan ve gerçekte onun bir ay içerisinde tamamlanmasından sorumlu olan özel bir taslak komisyonunu oluşturmak 1793 Konvansiyonuna bırakıldı. Bu komisyon gerçekten de altı hafta içerisinde 700 maddelik bir taslağı tamamlamayı başardı, ancak bu çok mufassal ve ayrıntılı olduğu ve bireyin özgürlüğünü kısıtlayabileceği gerekçesiyle reddedildi. Çok daha kısa bir başka taslak bir yıl sonra (Eylül 1794) sunuldu, fakat sadece biraz tartışıldı. İki tane daha taslak hazırlandı – 500 maddeden oluşan 1796 taslağı ve 1799 taslağı – bunlar da sonuçlanamadı, çünkü Konvansiyon neredeyse tüm Avrupa'yla savaşa tutuşmuştu; ancak, Violet'in belirttiği gibi (Cambridge Modern History VIII, 710, 741, 742) içerideki karışıklıklar, dışarıda da savaş ortasında bulunan Konvansiyon miras, alüvyon topraklar, gayri meşru çocuklar ve medeni hukukun bütünü konusunda barışçı görüşmeler yaptı.... Napolyon'un Birinci Konsül olduğu Konsüllük ise devam etti ve Cambaceres'in emeğinin çoğu nihai kanunda yer buldu.

Kanun'da Kuzey Fransa'nın örfi hukukunun çoğu, on sekizinci yüzyıl Roma hukukunun kavramsal tekniğiyle birleşmiş olarak korunuyordu. Kapsamlı yazılarda Fransa'nın genel hukukunun temellerini atan Domat'ın 1625-1696) ve özellikle de Pothier'in (1699-1722) çalışması

yaygın şekilde kullanıldı. Bununla birlikte, çalışmanın tümüne güçlü bir liberalizm ve bireycilik ruhu nüfuz etmiştir.

Kanun [1954'de] çok sayıda kanun değişikliğiyle değiştirilse de Fransa'da hala yürürlükteydi. 1946'da Kanunun bütünüyle gözden geçirilmesinin hazırlanmasıyla bir Komisyon görevlendirildi.

Kanunla ilgili olarak bkz. Violet, a. g. e; Lobingier, *Code civile* ve *Codification*, 3 ENYC. SOC. SCI. 604, 606, ek kaynaklarıyla birlikte; mevcut revizyon çalışmasıyla ilgili olarak bkz. J. de la Merandiere, *Reform of the French Civil Code* (1948), 97 U OF PA. L. REV I.

2- CODE CIVIL Napolyon'un işgalleriyle Fransa dışına yayıldı; fakat sürekli olarak sadece Belçika, Lüksemburg ve Napolyon tarafından Büyük Varşova Dükanlığı olarak oluşturulan (Rus) Polonya(sı)'nın bu parçasında korundu. 1896 Alman Medeni Kanunu 1900'de yürürlüğe girene kadar, Fransız Kanunu Almanya'nın Ren nehrinin sol kıyısında kalan bölgelerinde, Büyük Baden Dükanlığında ve Ren'in doğusunda kalan Ren eyaletinin küçük bir bölümünde yürürlükte kaldı.

On dokuzuncu yüzyılda CODE CIVIL, çeviriyle ve çok önemli olmayan değişikliklerle, Hollanda, İtalya (şimdi 1942 yeni Kanunuyla değiştirildi) Romanya, Mısır, Quebec, Louisiona, Portekiz ve İspanya'nın Kanunu haline geldi. İspanyol Kanunu, küçük değişikliklerle, Porto Riko'da, Küba'da ve Filipin Cumhuriyeti'nde hala yürürlüktedir ve Latin Amerika'daki kanunların çoğu için model teşkil etmiştir.

1896 Alman Medeni Kanunuyla ve 1912 İsviçre Medeni Kanunuyla yeni kanunlaştırma türleri başlatıldı. Birinci, küçük değişikliklerle Japonya'da, sonraki ise Türkiye'de benimsendi. Komünizm öncesi Çin, Tayland, Brezilya, Meksika (federal yasa) ve diğer birkaç Latin Amerika ülkesinin modern kanunlarında Fransız, Alman ve İsviçre kanunlarının modelleri kısmen yerli fikirlerle birleştirilmiştir. Bkz. Fisher, *The codes*, 9 CAMBRIDGE MODERN HISTORY 148; Amas, *The Code Napoleon and the Modern Word* (1928), 10 J. COMP. LEGISL. 22; A. REPPY (ed.), DAVID DUDLEY FIELD CENTENARY ESSAYS (1949)

3-Bkz. Örneğin:

Madde 2. La loi ne dispase que pour l'avenir; elle n'a point d'effet retroactif (Yasa sadece gelecek için tasarrufta bulunmaktadır; geçmişe etkisi yoktur.)

Madde 1134. Les conventions legalement formees tiennnet lieu de loi a ceux qui les ont faites (Usulüne uygun olarak yapılan bir akit onu yapanlar için yasanın yerini tutar)

Madde 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui a cause a autrui un dommage, oblige celui par la faule duquel il est arrive, a le reparer (Bir başkasına zarar veren her eylem, hatası nedeniyle ortaya çıkan zararı telafi etmesi için o kişiyi bağlar.)

Madde 2279, paragraf 1. En fait de maubles, la passesion vaut titre ("mallarla ilgili olarak sahiplik tasarruf hakkı anlamına gelir"--yani: iyi niyetli bir alıcı sahibinden tasarruf hakkını elde eder.)

Stendhal gibi büyük bir Fransız yazarın Kanunun edebi tarzına çok değer verdiği, yazmaya oturmadan önce ondan bir bölümü okumayı adet edindiği söylenir. Bkz. SEAGLE 286.

4- Bkz. *yukarıda*, vi. kısım: 4, 64 vd.

5- *Coutumes* - Kuzey Fransa'nın örfi hukuku temelde Roma hukukundan alınan mülkiyet ve sözleşme kanunundan başka neredeyse her şey örfi hukuka dayanıyordu. Dolayısıyla, kanunun dörtte üçü, denildiği gibi, Pothier tarafından sistemleştirildiği şekliyle örfi hukuka dayandırılabilir: Bkz. EHRLICH 415-416. 6- Bu türden bir olay kanunun iki maddesinde (madde 1382 ve 1383) öngörülür. Bunlar kusurlarla ilgili Fransız hukukunun neredeyse tamamının genel ilkelerini formüle etme iddiasındadır. Bir inceleme için bkz. Walton, *Delictual Responsibility in the Modern Civil Law* (1933), 49, L. Q. REV, 70. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından Fransız Kanununun iki özlü maddesini Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan RESTATEMENT OF THE LAW OF TORT'un (4 cilt, 1939) 951 bölümüyle karşılaştırın.

7- Doğal hukuk kavramlarının çeşitli formları ve rolleri ve önemleriyle ilgili kısa araştırmalar ve bibliyografyalar için bkz. G. Gurvitch, *Natural Law*, II ENCYC. SOC. SCI. 284; STONE 215; I. W. JONES,

REVIVAL OF NATURAL LAW CONCEPTS IN AMERİCA (1930) ve ROMMEN, NATURAL LAW (1947)

8- Bkz. VI. bölüm: xiii:3

9- Bkz. E. TROELTSCH, THE SOCIAL TEACHINGS OF THE CHRISTIAN CHURCHES (2 cilt, tercüme, O. Wyon, London, (1931) ve Troeltsch'in VERHANDLUNGEN DES DEUTSHEN SOZIOLOGEN-TAGS'daki *The Stoic, Christian Natural Law*'la ilgili makalesi hakkında Weber'in yaptığı değerlendirmeler (1910) I, 196, 210 GAZ 55 462'de yeniden düzenlenmiş.

10- Bkz. yukarıda, iii:2. kısım, n. 9

11- Bu tavır Tarihsel Okul, özellikle de Germanistler tarafından temsil edilir. Bunlar arasında Gierke özellikle öne çıkmıştır. Amerikalı bir temsilci ise David Dudley Field'in kanunlaştırma planlarının baş muhalifi James C. Carter'dı. (Bkz. onun hakkında Llewellyn'in yazdığı makale (3 ENCYC. SOC. SCI. 243)

12- İngiliz tarihiyle ilgili Whig anlayışı için bkz. H. BUTTER-FIELD, THE ENGLISHMAN AND HIS HISTORY (1944) Gerçek ve hayali Magna Carta ile ilgili olarak bkz. W. S McKechnie, *Magna Carta 1215- 1915,* MAGNA CARTA COMMEMORATION ESSAYS (1917) I, 18; M. Radin, *The Myth of Magna Carta*, (1947) 60 HARV. L. REV. 1060

13- Metinde aynen tam olarak kastedilen şey Birleşik Devletler Anayasası'nın On Dördüncü Değişikliğinin kanuni prosedür maddesidir. 14- Bkz. WEBER, ECONOMIC HISTORY, 236, ve sayfa 377'de sözü edilen kaynaklar; ayrıca yukarıda, Birinci Kısım, II. bölüm: 6 ve II. 32-36

15- Bkz. örneğin, ruhun ölümsüzlüğünden miras çıkaran Leibniz (NOVA METHODUS DOCENDI DISCENDIQUE JURIS, II. fasıl, 20. kısım, 17); tartışması Ahrens tarafından da izlendi. (COURS DE DROIT NATUREL [1838], II. Fasıl, 102. kısım). Grotius vasiyetle miras bırakmanın temelini doğal özgürlükte ve vasiyetsiz mirasınkini de ölen kişinin vasiyetiyle zımni anlaşması içerisinde bulur. (DE IURE PACIS AC BELLI [1625], II. , VII. Bölüm; bkz. teorisiyle ilgili olarak MAINE.

Doğal hukuk teorilerine, mirasın pozitif hukuka ait bir kurum olduğunu ilan eden Pufendorf tarafından saldırılıyordu. (DE IURE NATURAE ET GENTIUM [1672], 4. 10. 2-6) Bu görüş Blackstone tarafından izlendi. (II. Kitap, XIV. Bölüm)

16- Weber'in kafasındaki doğal hukuk düşünüşünden Bentham, Vohn Stuart Millî, ve Spencer tarafından ifade edildiği şekliyle faydacılığa geçiştir.

17. Bkz. Knoxville Iron Co. v. Harbison (1901) 183 U. S. 13; Melean V. Arkansas (1908) 211 U. S. 539; Erie R. R. v. Williams (1914) 233 U. S. 685: – ücretlerin ödenmesinin niteliğini, metotlarını ve zamanını belirleyen kanunlar.

Holden v. Hardy (1898) 169 U. S. 366; Bunting v. Oregon (1908) 208 U. S. 412; Riley v. Massachusetts (1914) 232 U. S. 671; Miller v. Dregon (1908) 208 U. S. 412; Riley v. Massachusetts (1914) 232 U. S. 671; Miller v. Wilson (1915) 236 U. S. 373; Basley v. Melaughlin (1915) 236 U. S. 385: – iş saatlerini düzenleyen kanunlar.

N. Y. Central R. R. Co. v. White (1917) 243 U. S. 188: –işçilerin tazminatı yasaları.

Haklı sebep kuralının geçici olarak iptal edildiği Adkins v. Children's Hospital (1923) 261 U. S. 525 ya da New Deal davaları gibi sonraki kararlar tabii ki Weber tarafından göz önüne alınamazdı.

Amerikan yargısının toplumsal yasalara karşı takındığı tutumların Kıta Avrupası bakışı açısından kapsamlı bir araştırması ve analizi için bkz. ED. LAMBERT LE GOUVERNEMENT DES SUGES ET LA LUTTE JUDICIARE CONTRE LA LEGISLATION SOCIALE AUX ETATS-UNIS (1921).

18- Bununla ve sonrakilerle ilgili olarak bkz. Weber'in 1905 Rus Devrimi'yle ilgili tartışması, ARCHIV F. SOZIALWISSENSCHAFT (1906), XXII, 234 ve XXIII, 165; bkz. ayrıca *Russlands Übergang zur Scheindemokratie* ile ilgili makalesi (1917) 23 DIE HILFE 272, GPS'de yeniden düzenlenmiş, 192 vd.

19- Yukarıda18. notta adı geçen iki makalenin ikincisinde Weber, s. 314'de Rusya'da doğal hukuktan ziyade komünizme yönelecek ve daha önce var olanlardan farklı bir durum yaratacak bir devrimin gelişini tahmin etti.

20- Doğal hukuk ideolojilerinin belirli bir kanun, Avusturya Kanunu, üzerindeki etkisiyle ilgili monografik bir araştırma için bkz. SWOBODA, DAS ALLGEMEINE BÜRGERLICHE GESETZ BUCH IM LICHTE KANTS (1924).

21- Kamu hukukunun tamamıyla "pozitif" olarak ele alınma biçimi Almanya'da özellikle Paul Laband (1838-1918) ve öğrencileri tarafından teslim edildi. Laband'la ilgili olarak bkz. E. ven Hippel'in makalesi, 8. ENYC. SOC. SCI. 614.

22- Bkz. yukarıda i:9. kısım.

23- Weber burada Hatschek (ENGLISCHES STAATSRECHT 153) tarafından ifade edilen fakat J. Lucas *Zur Lehre ven dem Willen des Gesetzgebers*, FESTGABE FÜR LABAND [1908] tarafından karşı çıkılan bir görüşü ifade eder. Lucas hukuk düzeninin eksiksizliği dogmasını mutlak monarşinin doğal hukuk eğilimlerine dayandırıyor ve bu açıdan Bentham'ın olası bir etkisini reddediyordu. Tartışma Hatschek tarafından bir dizi makalede devam ettirildi. (1909) 24 ARCHIV F. ÖFFENTLICHES RECHT 442; *a. g. e.* 458; ve Lukas (1910) 26 *a. g. e.* 67 ve 465.

24- Almanya'daki pozitivizmle ilgili olarak bkz. G. RADBRUCH, RECHTSPHILOSOPHIE (1950) 115. Radbruch'un bu en son kitabı (önceki görüşleriyle ilgili olarak bkz. Century Legal Philosophy Series, IV. Cilt, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin* [1950] de ayrıca II. Dünya Savaşı sonrası Almanyası'ndaki doğal hukuk düşüncesinin dirilişine özgüdür. Bu açıdan bkz. ayrıca H. COING, DIE OBERSTEN GRUNDSATZE DES RECHTS (1947), ve GRUNDZÜGE DER RECHTSPHILOSOPHIE (1950). Dadbruch'un düşüncesinin dönüşümleri ile ilgili olarak bkz. F. v. HIPPEL, GUSTAV RADBRUCH ALS RECHTSPIHILOSOPHISCHER DENKER (1951).

25- Bkz. RECHTSPHILOSOPHIE (1914 basımı); terminoloji artık 1932 ve 1950 basımlarında kullanılmamaktadır.

26- Bu amaçlı araştırma Weber tarafından yapılmadı.

27- Kreisrichterparlement – bu şekilde isimlendiriliyordu. Çünkü üyelerin büyük çoğunluğu o zamanlar baskın şekilde Liberal olan ve Bismarck'ın politikalarına karşı Kreisrichter (bölge yargıçları) idi.

VIII. MODERN HUKUKUN BİÇİMSEL NİTELİKLERİ

1. Modern Hukukta Partikülarizm

Daha önce gördüğümüz gibi, spesifik olarak modern batı tipi adalet yönetimi rasyonel ve sistematik yasalara dayanarak ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, temel biçimsel nitelikleri hiçbir şekilde net olarak belirlenebilir değildir. Gerçekte bu belirsizlik daha yakın zamanlı gelişmelerin sonucudur. "Hak" ve "hukuk"un birbirine kenetlenmesi için belirleyici olan eski ilkeler kaybolmuştur. Özellikle de bir kişinin hakkının geçerli bir niteliğe ancak bu niteliği tekelleştiren kişiler gurubuna üyelik vasıtasıyla sahip olduğu düşüncesi kayboldu. Artık geçmişe, bir kişinin haklarının yükünün kabile ya da statü gurubu niteliği ve onunla birlikte serbest ortaklık veya gasp edilmiş ya da hukukileşmiş ayrıcalık temelinde var olduğu şekilde "özellikleri" de aittir. Statü ve diğer özel mahkemeler ve prosedürler de eşit şekilde geçmiştir. Ancak ne bütün özel ve kişisel hukuk ne de bütün özel yargı alanları tamamıyla ortadan kalkmadı. Aksine, çok yakın tarihli hukuksal gelişmeler hukuk sistemine gittikçe artan bir partikülarizm getirdi. Sadece çeşitli alanların ayrılması ilkesi karakteristik olarak değişti. Tipik bir örnek, gerçekte modern partikülarizmin en önemli örneklerinden biri olan ticaret hukukudur. Alman Ticaret Hukukuna göre bu özel yasa, en önemlisi karına yeniden satış niyetiyle

mal edinimi için yapılan sözleşme olan belli türden sözleşmeler için geçerlidir. Bu ticaret sözleşme tanımı rasyonelleşmiş bir hukuk sistemiyle tamamıyla uyumludur. Tanım biçimsel niteliklerden söz etmez, fakat somut işlemin amaçlanan işlevsel anlamına işaret eder. Öte yandan, ticaret hukuku aynı zamanda belirleyici nitelikleri sözleşmelerin onlar tarafından işleri sırasında yapılmasından ibaret olan belli kategorideki kişiler için geçerlidir. [2] Dolayısıyla, bu türden yasanın alanının ayrımı için belirleyici olan şey "girişim" kavramıdır. Bu girişim, bu özgün türden işlemler onun yapıcı unsurları olduğunda ticari bir girişimdir. Dolayısıyla içeriksel olarak, yani niyeti açısından ticari bir girişime ait her sözleşme, tek başına düşünüldüğü zaman genel itibarıyla ticari olarak nitelendirilen işlemler kategorisine ait olmasa da ve özel bir durumda böyle bir sözleşme tüccar olmayan biri tarafından da yapılabilse de Ticari Kanunun içerisindedir. Bu özel yasalar bütününün uygulanması bu nedenle ya bireysel bir işlemin içeriksel nitelikleriyle, özellikle de amaçlanmış anlamıyla ya da bir işlemin bir girişimin rasyonel örgütlenmesiyle birlikte nesnel birlikteliği tarafından belirlenir. Bununla birlikte, bir kişinin özgür anlaşmayla ya da imtiyazla hukuksal olarak oluşturulmuş, geçmişte özel bir yasanın uygulanması için etkin faktör olan bir statü grubuna üyeliği tarafından belirlenmez.

O zaman ticaret hukuku, uygulaması kişisel olarak sınırsız olduğu kadarıyla, statü grubu hukuku olmaktan çok bir sınıf hukukudur. Bununla birlikte, geçmişle bu karşıtlık göreceli dir. Gerçekte ticaret hukuku ve diğer salt ekonomik "meslekler" hukuku ile ilgili olduğu kadarıyla, yargısal kısıtlama, dış görünüşlerin de farklı olmakla beraber, temelde tamamıyla aynı

olan salt içeriksel bir karaktere sahipti. Hukuk sisteminde belirli bir statü hukuku oluşturan özellikler hem nicel hem de nitel açıdan önemliydi. Bunun yanında mesleki özel yargı yetkileri, yargı yetkilileri davacının belirli bir tüzel kişiliğe üyeliğine dayanmadığı sürece, bir belgenin ya da imtiyazın eldesi gibi salt biçimsel bir ölçüte dayanıyordu. Örneğin, yeni Alman Ticari Kanununa göre bir kişi sadece ticari şirketler defterinde listelenmekle bir tüccar olarak nitelendirilir. [3] Dolayısıyla, ticaret hukukunun uygulamasının kişisel kapsamı salt biçimsel bir testle belirlenir; diğer açılardan ise alanı belli bir işlemin ulaşmaya çalıştığı ekonomik amaçla sınırlandırılır. Diğer mesleki gruplara uygulanabilir özel yasa alanları da ağırlıklı olarak içeriksel ya da işlevsel ölçütlerle belirlenir; uygulanabilirliğin biçimsel testlerle yönetilmesi sadece belli koşullar altındadır. Bu modern özel yasaların bir çoğu aynı zamanda özel mahkemelerle ve kendilerine ait prosedürlerle iyileştirilir. [4]

Bu partikülarist yasaların ortaya çıkışından temelde iki neden sorumludur. İlk planda, bunlar mesleki farklılaşmanın ve ticari ve endüstriyel baskı gruplarının kendileri için edindiği gittikçe artan dikkatin sonucu olmuştur. Bu partikülarist düzenlemelerden bekledikleri şey hukuksal işlerinin uzmanlar tarafından ele alınacağıdır. [5] Çok yakın zamanlarda gittikçe artan önemli bir rol oynayan ikinci neden hem daha hızlı hem de somut olan olaylara daha iyi uyum gösteren bir düzenleme için normal hukuksal prosedürün formalitelerini ortadan kaldırma arzusu oluşmuştur. [6] Uygulamada bu trend hukuksal formelizmin içeriksel uygunluk değerlendirmeleri ile zayıflamasına işaret eder ve dolayısıyla benzer çağdaş olgular dizisi içerisinde sadece bir örnek oluşturur.

2. Modern Hukuksal Gelişimin Anti-Formelistik Eğilimleri

Teorik bir bakış açısından, hukuk ve prosedürün genel gelişmesi aşağıdaki evrelerden geçmiş olabilir: birincisi, "hukuk kahinleri" vasıtasıyla karizmatik hukuk vahyi, ikincisi hukuk eşrafı (*honoratiores*) tarafından yasaların ampirik olarak oluşturulması ve bulunması; yani önleyici yargı ve örnek olaylara bağlılıkla yasa oluşturma; üçüncüsü seküler ya da teokratik güçlerle yasa konulması; dördüncüsü ve sonuncusu, hukuk eğitimlerini bilimsel ve (biçimsel olarak) mantıklı bir tarzda alan kişiler tarafından hukukun sistematik olarak hazırlanması ve yargının profesyonelleşmiş yönetimi. Bu perspektiften hukukun biçimsel nitelikleri şu şekilde ortaya çıkar: İlkel hukuk prosedüründe büyüsel olarak belirlenmiş formelizm ve vahiyle belirlenmiş irasyonelliğin birleşiminden ortaya çıkarak gittikçe uzmanlaşan yargısal ve mantıksal rasyonellik ve sistemleşmeye doğru ilerler. Bu sırada bazen teokratik ve patrimonyal olarak belirlenmiş maddi ve formel olmayan sapaktan geçerler. Son olarak, en azından dışsal bakış açısından, gittikçe artan mantıksal bir arılaşma ve çıkarımsal güç kazanırlar ve prosedür açısından gittikçe artan bir rasyonel teknik geliştirirler.

Burada yalnızca en genel gelişme çizgileri ile ilgilendiğimiz için, Batı dışındaki dünyayı görmezden gelsek bile, tarihsel gerçeklikte teorik olarak oluşturulmuş rasyonelleşme evrelerinin, taslağını henüz çıkardığımız silsileyi her yerde izlemediği gerçeğini göz ardı edeceğiz. Kısa taslağımızın bile gösterdiği, bir hukukun gerçekten kazandığı rasyonelleşmenin özel tipi ve derecesinin çok sayıda nedenini de önemseyeceğiz. Sadece gelişme çizgisindeki büyük farklılıkların temelde önce akraba

grupları; halk topluluğu ve statü grubu karşısında *imperium*'un farklı güç derecesi ile sonuçlanan, nedenleri daha sonra tartışılacak siyasi güç ilkelerinin farklılığından; ikincisi, teokratik ve seküler güçler arasındaki ilişkilerden; ve üçüncüsü belirli bir hukukun gelişmesi açısından önemli "hukuk eşrafı" katmanının yapısındaki, büyük oranda siyasi faktörlere bağlı farklılıklardan etkilendi.

Halk topluluğunun tam olarak geliştirilmiş adalet yöntemine (*Dinggenassenschaft*) ve patrimonyalizmin statü – kalıplaşmış formuna sadece Batı şahit olmuştur; ve sadece Batı temsilcileri malikanelerin üstesinden gelmek için prenslerin gücüyle ittifak edip sonra devrimde onlara karşı dönen ulusal ekonomik sistemin doğuşuna şahit olmuştur; sadece Batı "Doğal hukuku" ve onunla birlikte kişisel yasalar sisteminin ve özel hukukun umumi hukuka üstün olduğu kuralının bütünü ile ortadan kaldırılmasını tanımıştır. Son olarak hiçbir yerde Roma hukukuna ve onun kabulüne rastlanmamıştır. Bütün bu olaylara, büyük oranda, dünyanın başka bir yerinde en uzak kıyaslara sahip somut siyasi faktörler neden olmuştur. Bu nedenle, eğitimli hukuk uzmanları tarafından kesin biçimde şekillendirilmiş hukuk evresine Batı dışında hiçbir yerde tam olarak ulaşılmamıştır. Ekonomik faktörler, daha önce gördüğümüz gibi, her yerde önemli bir rol oynamıştır, Fakat hiçbir yerde tek başlarına ve kendi kendilerine belirleyici olmamışlardır. Günümüz Batı hukukunun özellikle modern niteliklerinin oluşumuna katkıda bulundukları ölçüde, içinde işledikleri yön aşağı yukarı şöyle olmuştur: Emtia pazarında çıkarları olanlar için hukukun, daha sonra belirtilecek belli çekincelerle birlikte rasyonelleşmesi ve sistematikleştirilmesi,

özellikle hukuksal sürecin işlemesinin gittikçe artan tahmin edilebilirliği istikrar içerisinde işlemeyi amaçlayan ekonomik gelişimin ve özellikle yasal güvence olmadan yapamayan kapitalist gelişimin varlığı için en önemli koşullardan birisini oluşturuyordu. Senet ve onun hızlı toplanması için özel prosedür gibi özel işlem biçimleri ve özel prosedürler yasal zorlamanın garantisinin salt formel kesinliğine olan ihtiyaca hizmet eder.

Öte yandan, modern ve belli ölçüde eski Roma hukuksal gelişmeleri hukuksal formelizmin yoğunluğunun azalmasına yararlı eğilimler içeriyordu. İlk bakışta, formel olarak zorunlu şahitlik yasasının yerine "kanıtın serbest değerlendirilmesinin" geçmesi sadece teknik nitelikler olarak görülmektedir. Büyüsel olarak zorunlu kanıt şeklindeki ilkel sistemin, her ikisi de gerçeğin ortaya çıkması için prosedürler öneren teokratik ya da patrimonyal türden rasyonalizm yoluyla patladığını görmüştük. Bu nedenle yeni sistem açıkça içeriksel rasyonalleşmenin bir ürünü olarak görünmektedir. Ancak, günümüzde kanıtın serbest değerlendirilmesinin kapsamı ve sınırları öncelikle ticari çıkarlar, yani ekonomik faktörler tarafından belirlenmektedir. Kanıtın serbest değerlendirilmesi sistemiyle bir zamanlar formel hukuk düşüncesine tabi olan çok önemli bir alanın oradan gittikçe daha çok çekildiği açıktır. [6] Fakat biz burada maddi hukuk alanındaki ilgili trendlerle daha çok ilgileniyoruz. Böyle bir trend hukuk düşüncesinin içkin gereksinimlerinde yatmaktadır. Artan mantıksal arılığı, her yerde, dışsal olarak somut biçimsel karakteristiklere bağlılığın yerine yasal işlemlerle birlikte yasal normlarla da ilişkili *anlamın* gittikçe artan oranlarda mantıksal yorumlamasının geçmesi anlamına gelmiştir. Kıta Avrupası'nın "örf ve adet hukuku"

doktrininde bu yorumlama bunun tarafların gerçek niyetlerini hayata geçireceği iddiasında bulunuyordu; tam olarak bu şekilde hukuksal formelizme bireyselleştirici ve görece içeriksel bir faktör katıyordu. Bu tür yorum, tarafların birbirleri ile olan ilişkilerini davranışlarının "iç" çekirdeği, (iyi niyet ya da kötülük) gibi zihinsel "tutumlarının" bakış açısından kurmaya çalışıyordu. [9] Dolayısıyla, hukuksal sonuçları durumu resmi olmayan öğeleri ile ilişkilendirir ve bu davranış daha önce ele aldığımız dini etiğin sistematikleştirilmesine paralel bir söylem teşkil eder. Teknik olarak farklılaşmış ticaret örüntülerinde olduğu gibi ilkel ticarette de mal değişimi sisteminin çoğu sadece kapsamlı kişisel güven ve başkalarının sadakatine inanç temelinde mümkündür. Bunun yanında, mal değişimi önemini arttırdıkça, bu tür güvenilir işlemi garanti etmek için yasal uygulama ihtiyacı oransal olarak artar. Fakat durumun doğası gereği, yeni güven ilişkilerinin yönetildiği yasal testleri biçimsel kesinlikle tanımlayamayız. Bu nedenle, bu tür etik (*gesinnungsethisch)* rasyonalizasyon vasıtasıyla mahkemeler güçlü çıkarlara yardımcı olmuştur. Ayrıca, mal değişimi alanı dışında, hukukun rasyonelleştirilmesi, olayların dışsal kriterlere göre değerlendirilmesi için önemli öğe olarak tutum-değerlendirmesinin yerini almıştır. Ceza hukukunda, hukuksal rasyonelleşme salt mekanik intikam çözümünün yerine etik ya da yararcı nitelikte rasyonel "ceza hedefleri" koymuş ve böylece gittikçe artan oranda gayri resmi öğeleri uygulamasına katmıştır. Özel hukuk alanında bir tarafın zihinsel tutumu konusundaki kaygı oldukça genel olarak yargıcın değerlendirmesine neden olmuştur. "İyi niyet ve adil alışveriş" ya da "iyi" ticari muamele ya da başka deyişle

ahlaki kategoriler tarafların "niyetleriyle" neyi kastettiklerinin testi haline gelmiştir. [10] Ancak "iyi" ticari muamele göndermesi özünde durumla, yani tarafların belli bir işlemdeki ortalama beklentisi gibi temelde olgusal nitelikte genel ve salt ticari bir kriterle ilgilenen ortalama tarafın sahip olduğu bu gibi tutumların tanınmasını ima eder. Hukukun sonuçta kabul etmesi gereken bu standarttır. [11] Artık tarafların beklentilerinin katı biçimde profesyonel hukuk mantığı tarafından hayal kırıklığına uğratılabileceğini görmüş olduk. [12] Bu gibi hayal kırıklıkları hayatın gerçeklerinin onları soyut hukuk önermelerine uydurmak ve hukuk alanındaki hiçbir şeyin hukukçu tarafından hukuk bilimince esinlenen "ilkelere" uygun biçimde algılanmadıkça var olamayacağı kuralına uygun hale getirmek için yargısal olarak "yorumlandığı" yerde kaçınılmazdır. Tarafların beklentileri hukuksal bir önermenin ekonomik ya da tamamıyla faydacı anlamına yönelmiştir. Ancak, hukuk mantığının bakış açısından bu anlam rasyonel değildir. Örneğin hukukçu olmayan kişi, geleneksel hırsızlık tanımı altında elektrik enerjisi hırsızlığının yapılmasının neden imkansız olduğunu asla anlamayacaktır. [13] Bu tür çatışmalara neden olan modern hukuk biliminin kendine özgü budalalığı değildir. Bu tür çatışmalar büyük ölçüde, mantıksal olarak tutarlı biçimsel hukuk düşüncesinin içsel gereksinimleriyle özel tarafların hukuksal olarak geçerli anlaşmalarının ve etkinliklerinin ekonomik sonuçları hedeflediği ve ekonomik olarak belirlenmiş beklentilere yönelik olduğu gerçeği arasında var olan uyumsuzluğun kaçınılmaz sonuçlarıdır. Profesyonel hukuk düşünce metoduna karşı, hukukçuların kendi işleriyle ilgili düşüncelerinde bile destek bulan sürekli yinelenen protestolara

rastlamamız bu yüzdendir. Fakat bir "hukukçular hukuku", doğasında bulunan biçimsel karakteri bütünüyle reddetmediği sürece hukukçu olmayanların beklentisine hiçbir zaman uymamıştır ve de uymayacaktır. Bu eski Roma hukukçuları ya da modern kıta Avrupası hukuk düşüncesi metodu için olduğu kadar bugün göklere çıkardığımız İngiliz hukuku için de geçerlidir. [14] Erich Jung'unki gibi[15], eskimiş "doğa hukukunun" yerine tarafların ortalama beklentilerine uygun "anlaşmazlık çözümünü" (*Streitschlichtung*) amaçlayan yeni bir "doğal hukuku" geçirme girişimi bu nedenle belirli doğal sınırlamalarla karşılaşacaktır. Bununla birlikte, bu fikrin hukuk tarihinin gerçeklikleriyle ilgili bir geçerliliği vardır. Geç Cumhuriyet ve İmparatorluğun Roma hukuku gerçekte ortalama olana yönelik bir ticari ahlak türü geliştirdi.

Bu tür bir görüş, tabii ki, açıkça bozulmuş ve sahteci uygulamalara sahip küçük bir grubun yasa dışı ilan edileceği ve hukukun "ahlaki minimum" sayılan şeyin ötesine geçemeyeceği anlamına gelir. [16] (Bir satıcının sergilemek zorunda olduğu) *bona fides*'e rağmen *caveat emptor* kuralı geçerli kaldı.

"Adalet" ve "onur" gibi duygusal olarak renklendirilmiş ahlaki kaziyelere dayanacak ve salt ticaret ahlakının gerçek egemenliğine karşı olan "sosyal bir hukuka" dönük yeni talepler modern sınıf problemleriyle birlikte ortaya çıkmıştır. Bunlar sadece işçi grupları ve ilgili diğer gruplar tarafından değil, fakat aynı zamanda hukuk ideolojistleri tarafından da savunulur. [17] Bu talepler hukuksal formelizmin kendisine meydan okumuştur. Ekonomik baskı[18] gibi bir kavram ya da bir sözleşmeyi taahhüt ve düşünce arasındaki büyük oransızlık nedeniyle ahlaka aykırı ve dolayısıyla geçersiz sayma girişimi[19]

hukuksal bakış açısından bütünüyle biçimsiz, nitelik olarak ne hukuki, ne teamüllere uygun ve ne de geleneksel, fakat ahlaki olan ve meşruiyetleri olarak formel hukuksallıktan çok maddi adaleti öne süren normlardan kaynaklanır.

Hukukçuların statü ideolojileri hukuk teorisinde ve uygulamasında, hem sosyal demokrasi talepleriyle hem de monarşik bürokrasinin refah ideolojisiyle vücuda gelen etkilerle birlikte etkin olmuştur. Dışarı karar (artı görüş) çıkarmak için içine yalnızca gerçeklerin (artı ücretin) atıldığı bir kumar makinesi gibi, konuların ve sözleşmelerin yorumlanmasıyla sınırlı olmak modern hukukçuya onursuzluk gelmektedir; resmi yazılı hukuk daha evrensel oldukça bu kavram da daha az çekici hale gelmiştir. Günümüzdeki talep en azından kanunun sessiz olduğu yerde "yargısal yaratıcılık" yönündedir. "Özgür hukuk" ekolü hayatın gerçeklerinin rasyonel olmaması nedeniyle böyle bir sessizliğin her kanunun kaçınılmaz kaderi olduğunu; sayısız olayda konuların "yorumlanarak" uygulanmasının bir aldatma olduğunu ve kararın formel normlara uygun olarak değil somut değerlendirmeler ışığında yapıldığını ve yapılması gerektiğini kanıtlamaya girişmiştir. [20]

İsviçre Medeni Kanunun ünlü I. Maddesi kanunun açık bir kural koyamadığı olay için, yargıca yasa koyucunun kendisi olması durumunda koyacağı kurala göre karar vermesini emreder. [21] Uygulamadaki önemi abartılmaması gereken bu hüküm[22] biçimsel olarak Kantçı formüle benzemektedir. Fakat gerçekte, bu tür idealleri uygulayamayacak bir yargı sistemi, değer uzlaşmalarının kaçınılmazlığı nedeniyle, çok sık olarak soyut normları unutmak, en azından çalışma durumlarında somut değerlendirmeleri, yani sadece biçimsel olarak

değil rasyonel olmayan yasa bulmayı da kabul etmek zorunda kalacaktır. Gerçekte, hukukun sistematik bağdaşıklığını kurgu olarak kabul etme kampanyasıyla beraber hukuk düzenindeki boşlukların kaçınılmazlığı doktrini ne de, yargısal sürecin, dildeki hiçbir ifadenin gramer kurallarının uygulaması sayılamayacağı gibi[23], genel normların somut bir olaya "uygulanmasından" ibaret olmadığı ya da ne şekilde olursa olsun olmaması gerektiği ifadeleriyle ivme kazandırılmıştır. Bu açıdan, "hukuksal önermeler" ikincil ve yargısal uygulamalarının ürünleri gibi hukukun gerçek tecessümü olduğu söylenen somut kararlardan soyutlama yoluyla çıkarılmış olarak görülür. Daha da ileri gidersek, insan davranışının fiilen belirlendiği muazzam kurallar topluluğuna karşı yargılamaya ya da yargısal karara gelen olayların nicel seyrekliğinden söz edilmiştir; bu gözlemden, karşı bir şekilde, yargısal süreçte görünen normlar "salt karar kuralları" olarak isimlendirilmiş, bunlar günlük hayatta olgusal olarak geçerli olan normlarla ve hukuk usulündeki doğrulanmalarından ve bildirimlerinden bağımsız olarak mukayese edilmiş ve nihai olarak, hukukun gerçek temelinin bütünüyle "sosyolojik" olduğu faraziyesi oluşturulmuştur. [24] Bizimkini de içeren uzun dönemler boyunca özel taraflara büyük oranda teknik hukuk eğitimi olan profesyonel hukukçular ve yargıçlar tarafından danışmanlık yapıldığı, başka deyişle, örfi hukukun tamamının gerçekte hukukçuların hukuku olduğu şeklindeki tarihsel gerçek de kullanılmıştır. Bu gerçek, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Alman Yüksek Mahkemesindeki gibi yargısal uygulamayla bütünüyle yeni hukuksal ilkelerin sadece *praeter legem* değil aynı zamanda *contra legem* de[25] tesis edildiği açık gözlemiyle

ilişkilendirilmiştir. Bütün bu gerçeklerden sonra hukukun nesnel normların rasyonel tesisinden üstün olduğu ve somut çıkarların amaca uygun şekilde dengelenmesinin genel olarak "normlar" oluşturmak ve kabul etmekten daha üstün olduğu fikri çıkarılmıştır. [26] Modern hukuksal kaynaklar teorisi bu nedenle hem tarihselcilik tarafından yaratıldığı şekliyle yarı-mistik "örfi hukuk" kavramını hem de eşit derecede tarihsel bir kavram olan, komite raporlarında ve benzer kaynaklarda açıklandığı şekliyle bir yasanın yasama tarihiyle incelenmesiyle keşfedilecek "yasa koyucunun iradesi" kavramını yok etmiştir. Dolayısıyla, hukukçunun temel kaygısının yasa koyucudan ziyade kanun olduğu ilan edilmiştir. Bu şekilde arka planından soyutlanmış "hukuk" daha sonra ayrıntılandırma ve uygulama için aralarındaki egemen nüfus bir zaman uygulayıcılara, belirli modern kanunlara eşlik eden raporlarda olduğu gibi başka zamanlarda ise bilginlere atfedilen hukukçulara devredilir. [27] Bu şekilde, hukuksal bir emrin yasanın manasıyla belirlenmesinin önemi, belli koşullarda, ya hukuksal bir önermenin gerçekliliğinin ya da hukuksal uygulamada kabul edilene kadar belirsiz kalmak zorunda olan bu tür bir gerçeklikle ilgili salt arzunun salt "belirtisi" rolüne indirgenir. Fakat, hukuksal gerçeklikle –yani hukukçuların gerçeğiyle– ilişkili kalan bir dava hukukunun yazılı hukuka tercih edilmesi, hiçbir içtihadın somut gerçeklerinin ötesinde bağlayıcı sayılmaması gerektiği teziyle bozulur. Bu nedenle bir bireysel olayda değerlerin özgürce dengelenmesinin yolu açık bırakılır.

Bu tür bir değer – irrasyonalizmine muhalefet olarak nesnel bir değerler standardının yeniden tesisi çabaları ortaya çıkmıştır. Bu şekilde, hukuksal düzenlerin teknik araçlardan

başka bir şey olmadığı izlenimi arttıkça bu tür bir indirgeme hukukçular tarafından daha şiddetli biçimde reddedilecektir. Zira gümrük tarifeleri gibi teknik kurallar ve evlilik, babanın otoritesi ya da mülkiyet vakalarını ilgilendiren yasal normları aynı düzeye yerleştirmek hukuk uygulayıcılarının duygularını zedeler ve değişmeye tâbi olduğu kabul edilen salt teknik pozitif hukuk üzerinde nostaljik bir metapozitif hukuk kavramı ortaya çıkar. Eski doğal hukukun tarihsel ve pozitivist bakış açılarından yöneltilen eleştirilerle saygınlığını yitirdiği doğrudur. Bugün onun yerine Katolik bilginlerin dini olarak esinlenmiş doğal hukuku[28] ve hukukun kendisinin "doğasından" nesnel standartlar çıkarma çabaları gelişmektedir. Sonraki çabalar iki şekil almıştır. *A-prioristik,* Neo-Kantçı doktrinlerde "hür insanların oluşturduğu toplumun" normatif sistemi sıfatıyla "doğru hukuk" hem rasyonel yaşama için yaşamayla ilgili bir standart, hem de hukukun yargısı açıkça biçimsel olmayan kriterlere yönlendirildiği yargı kararlarının bir kaynağı olmalıdır. [29] Ampirist, Comte'çu tarzda, başkalarının yükümlülükleriyle ilgili olarak var olan ortalama anlayış nedeniyle özel tarafların sahip olma hakkı kazandığı beklentiler, kanunun bile üzerinde ve çok muğlâk olduğu hissedilen eşitlik vs. gibi kavramların yerini alacak mutlak standart hizmet görmelidir. [30] Bu noktada, kısa taslağımızın gösterdiği gibi oldukça çelişkili cevaplar üreten bu eğilimlerle ilgili ayrıntılı bir tartışmaya ya da tam bir eleştiriye giremeyeceğiz. Bütün bu hareketler kapsam olarak uluslararasıdır, fakat en belirgin biçimde Almanya'da ve Fransa'da görülmüşlerdir. [31] Bunlar sadece bir zamanlar evrensel olarak kabul edilen ve yakın zamanlara kadar egemen olan, hukuk düzeninin tutarlılığının ve "boşluksuzluğunun"

petitio principii'sinde anlaşmışlardır. Bunun yanında, örneğin Fransa'da Kanun yorumlayıcıları okulu ve Almanya'da Pandectist'lerin metodolojisi gibi çok farklı muhaliflere karşı yönelmişlerdir. Belirli bir hareketin liderlerinin kim olduğuna bağlı olarak sonuçlar ya bilimin, yani hukuk bilginlerinin ya da uygulayıcıların prestijini korumaktadır. Formel yazılı hukukun, özellikle de sistemli kanunlaştırmanın sürekli gelişmesi sonucu, akademik bilginler kendilerini hem önemleri hem de serbest entelektüel etkinlik fırsatları açısından acı verici şekilde tehdit edilmiş hissetmektedirler. Almanya'daki mantık karşıtı ve tarih karşıtı hareketlerin hızla gelişmesi, kanunlaştırmadan sonra Alman hukuk biliminin, Napolyon Kanunlarının yürürlüğe girmesinden sonra Fransız hukuk biliminin, ya da *Allgemeine Landrecht*' in kabulünden sonra Rusya hukuk biliminin yaşadığı gerilemeyi yaşamak zorunda kalabileceği korkusuyla açıklanabilir. Bu noktaya kadar bu korkular entelektüel kaygıların iç kümeleşmesinin sonucudur. Bununla birlikte, Pandectist bilim tarafından geliştirildiği şekliyle hukukun salt mantıksal sistemleştirilmesinin reddine neden olan gelişmeler, tüm değişkenleri de içerecek şekilde acımasız bir özeleştirinin olduğu kadar hukuk düşüncesinin kendi kendini engelleyen bilimsel rasyonelleşmesinin de ürünleridir. Bunlar, kendileri rasyonalist bir nitelik sahibi olmadığı derecede, rasyonel olmayana bir kaçıştır ve bu şekliyle hukuk tekniğinin artan rasyonelleşmesinin bir sonucudur. Bu açıdan dinin irrasyonelleşmesine benzerler. Ancak, aynı trendlerin modern hukukçuların çok etkin biçimde örgütlendikleri baskı grupları vasıtasıyla kendini yüksek görme duygusunu güçlendirme ve güç hislerini arttırma arzuları tarafından esinlendiği göz

ardı edilmemektedir. Almanya'da herhangi bir rasyonel hukuk tarafından bağlı olmayan İngiliz yargıcının "seçkin" konumuna sürekli göndermede bulunulmasının nedenlerinden biri hiç şüphesiz budur. Ancak Kıta Avrupası'nda ve İngiltere'de saygı ifade eden statünün tahsisindeki farklılıklar otoritenin genel yapısındaki farklılıklarla bağlantılı koşullarda kökleşmiştir. Bunu daha önce ele almıştık ve farklı bir içerikte yeniden alacağız.

3. Çağdaş Anglo-Amerikan Hukuku

Hukuk düşüncesinin Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson metotları arasındaki farklılıklar siyasi gelişmedeki farklılıklarla ilişkili faktörlerin yanı sıra hukuk mesleğinin iç yapısı ve varlık biçimleriyle de bağlantılıdır. Bununla birlikte ekonomik unsurlar sadece bu unsurlarla bağlantılı olarak belirleyici olmuştur. Bizi burada ilgilendiren şey, tarihsel gelişmelerdeki farklılıklarla ilgili her şey söylenip yapıldığında, modern kapitalizmin, en azından hukuksal bakış açısından birbirinden büyük oranda farklılaşan kurallar ve kurumları içeren hukuk sistemlerinde eşit derecede gelişmesi ve temelde benzer ekonomik özellikler sergilemesidir. Görünüşte bile çok temel olan şey Anglo-Amerikan hukukunda *dominium* olarak bir Kıta Avrupası hukuku anlayışının halâ var olmamasıdır. [32] Gerçekte, modern kapitalizmin geliştiği hukuk sistemlerinin biçimsel yapılarının nihai ilkeleri açısından bile birbirinden muazzam oranda ayrıldığını söyleyebiliriz.

Bugün bile ve akademik eğitime yönelik her zaman güçlü taleplerin tüm etkilerine rağmen İngiliz hukuk düşüncesi temelde ampirik bir sanattır. İçtihat hâlâ tam olarak eski önemini

muhafaza etmektedir; ancak çok uzak bir geçmişten, yani bir asırdan daha eski bir zamana ait bir davaya başvurmak adil sayılmamaktadır. Ayrıca münhasıran olmasa da yeni ülkelerde ve oldukça özel olarak da Birleşik Devletlerde olaylara yasal hükümleri uygulayarak sonuç bulmanın karizmatik karakteri hâlâ gözlemlenebilir. Uygulamada, karara bağlanan bir davaya her yerde olduğu gibi, sadece kararın verildiği mahkemenin hiyerarşik durumuna uygun olarak değil, aynı zamanda bireysel bir yargıcın çok kişisel otoritesine uygun olarak da değişen önem verilir. Bu, örneğin Lord Mansfield'in prestiji tarafından tasvir edildiği gibi tüm örfi hukuk alanı için geçerlidir. Fakat Amerikan görüşüne göre yargı kararı, Kıta Avrupası resmi dilindeki kişisel olmayan "Bölge Mahkemesinin" aksine, kendisine isimle hitap etmeye alışılan somut bireysel bir yargıcın çok kişisel eseridir. İngiliz yargıç da böyle bir mevkide hak iddia eder. Bütün bu koşullar hukuksal rasyonelliğin derecesinin Kıta Avrupası'nınkinden temelde daha düşük ve daha farklı türden olduğu gerçeği ile bağlantılıdır. Yakın geçmişe ve hiç olmazsa Austin'in devrine kadar Kıtasal anlamda "bilim" ismini hak edecek bir İngiliz hukuk bilimi uygulamada yoktu. Bu gerçek tek başına, Bentham'ın arzu ettiği gibi bir kanunlaştırmayı uygulamada imkânsız kılmaya yetecekti. Fakat İngiliz hukukunun "uygulamadaki" uyum yeteneğinden ve kamusal bakış açısından "pratik" karakterinden sorumlu olan da bu özelliğidir.

Hukukçu olmayan kişinin hukuk düşüncesi bir yandan harfi harfine açıklama taraftarıdır. "Hukuksal" olarak tartıştığına inandığı zaman tanım çıkaran bir kişi olma eğilimindedir. Bireysel olaylardan sonuçlar çıkarma eğilimi bu özellikle

yakından bağlantılıdır; profesyonel hukukçunun soyutlamacılığı hukukçu olmayan kişinin zihninden uzaktır. Bununla birlikte, ampirik hukuk bilimi sanatı, hoşuna gitmese de ona akrabadır. Gerçekte hiçbir ülke hukuk mesleğinden İngiltere'den daha sert şikayette bulunmaz ve onu yermez. Temlik avukatları da, İngiltere'de olduğu gibi, hukukçu olmayan birine oldukça anlaşılmaz gelebilir. Ancak, İngiliz hukuk düşüncesi tarzının karakterini anlayabilir, kendisini onunla özdeşleştirebilir ve hepsinden öte, neredeyse bir İngiliz işadamı tarafından yapıldığı gibi hayatın beklenmedik bütün durumları için bir avukatı hukuksal bir günah çıkartan rahip olarak tutarak onunla barış yapabilir. Hukuktan "mantıksal" hukuk kurgusu tarafından hayal kırıklığına uğratılmış hiçbir şey talep etmez ve beklemez.

Hukuksal formelizme karşı güvenlik vanaları da oluşturulur. Gerçekte, özel hukuk alanında hem Örfi Hukuk hem de Hakkaniyet uygulamadaki işleyişleri açısından büyük oranda "formelistiktir". Fakat sivil jüri kurumu rasyonelliğe, sadece kaçınılmaz olarak kabul edilmeyen, fakat gerçekte içtihadın bağlayıcı gücü nedeniyle ve bir içtihadın somut bir çıkarlar dengesine açık tutulmak istenilen alanda "kötü yasa" oluşturabileceği korkusuyla ödüllendirilen sınırlar koyar. *Stare decesis* ve çıkarların somut dengelenmesi şeklindeki iki alanın bu bölünmesinin uygulamada gerçekten işleme şeklinin analizini bırakmalıyız. Bu her halükarda adalet yönetiminde rasyonelliğin yumuşamasını temsil eder. Bununla beraber olarak sulh hâkimlerinin hâlâ oldukça ataerkil, özet ve oldukça irrasyonel yargısını buluruz. Günlük hayatın küçük davalarıyla uğraşırlar ve Mendelsshon'un tanımında kolaylıkla görülebileceği

gibi, Almanya'nın oldukça yabancı olduğu bir tür kadı adaletini temsil ederler. [33] Sonuçta, Örfi Hukuk hem maddi hukukun hem de usul hukukunun en temel biçimsel özellikleri açısından Kıta Avrupası hukukunun yapısından mümkün olduğunca ayrılan bir adalet yönetiminin seküler bir adalet sistemi, teokratik ve patrimonyal güçlerden bağımsız bir sistem içerisindeki resmini sunar. İngiliz yasa bulma sistemi oldukça açık biçimde, Kıta Avrupasınınki gibi, kanun metinlerinden mantıksal olarak çıkarılmış "hukuksal önermelerin" uygulaması değildir. Bu farklılıkların hem ekonomik hem de sosyolojik olarak bazı somut sonuçları olmuştur, fakat bu sonuçlar ekonomik sistemin bütünsel yapısına değinen farklılıklardan çok yalıtılmış bir tek olgu olmuştur. Kapitalizmin gelişmesi için Örfi Hukukun iki özelliği geçerlidir ve her ikisi de kapitalist sistemi desteklemeye yardımcı olmuştur. Hukuk eğitimi temelde aralarından yargıçların da devşirildiği hukukçuların, yani varlıklı ve özellikle kapitalist, özel çıkarların hizmetinde etkin ve geçimini onlardan sağlamak zorunda olan bir grubun ellerinde olmuştur. Bunun yanında ve bununla yakından ilişkili olarak, adalet yönetiminin Londra'daki merkezi mahkemelerde toplanması ve aşırı masraflı olması yetersiz imkanları olanlar için mahkemelere başvurmayı neredeyse imkansız hale getirmiştir. Her nasılsa Kıta Avrupası'nda ve İngiltere'deki kapitalist gelişmenin temel benzerliği iki hukuk sistemi türü arasındaki keskin zıtlıkları ortadan kaldıramamıştır. İngiliz hukuk sisteminin kapitalist ekonominin ivmesi altında Kıta Avrupası yönünde dönüşümüne yönelik bir eğilimi de yoktur. Aksine, iki türlü adalet yönetimi ve hukuk eğitimi Kanada'daki gibi birbirleriyle rekabet etme fırsatı bulduğu zaman Örfi Hukuk

tarzı üste çıkmış ve Kıta Avrupası alternatifini oldukça hızlı biçimde ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle, Orta Çağ üniversitelerinde Roma hukuku araştırmaları ortaya çıktığından beri kıtasal Batı'ya özgü hukuksal rasyonelleştirme biçiminde kapitalizmin belirleyici rol oynamadığı sonucunu çıkarabiliriz.

4. Hukukçu Olmayan Hakimlerin Adaleti ve Modern Hukuk Mesleğinde Korporatif Eğilimler

Modern toplumsal gelişme, henüz sözü edilen siyasi ve dahili mesleki güdülerden ayrı olarak, formel hukuksal rasyonalizmi zayıflatan belli diğer faktörleri doğurmuştur. Rasyonel olmayan kadı adaleti günümüzde ceza davalarında jürinin halk adaletinde açıkça ve yaygın olarak uygulanmaktadır. [34] Bu, somut bir olayda formelizmle karşılaşır karşılaşmaz huzursuz olan hukuk mesleği dışından kişinin hislerine hitap eder ve gerçek adalet için haykıran imtiyazsız sınıfların duygusal taleplerini tatmin eder.

Jüri sisteminin bu "halk adaleti" unsuruna karşı saldırılar iki taraftan yapılmaktadır. Jüriye, teknik uzmanların gerçekçiliğine karşı jüride bulunanların güçlü çıkar yönelimleri nedeniyle saldırılmıştır. Aynen eski Roma'da olduğu gibi jüri üyeleri listesi sınıf çatışmasının konusuydu; dolayısıyla günümüzde jüri üyelerinin seçimine, özellikle işçi sınıfı tarafından, sınıf adaletini gözetmesi sıfatıyla, jüri üyelerinin "halktan kişiler" olabilmekle beraber çoğunlukla vakit kaybına güç yetirebilenler arasından seçilmesi gerekçesiyle saldırılmaktadır. Bu tür bir seçim testinden bütünüyle kaçınılamamakla birlikte, bu aynı zamanda, en azından kısmen siyasi değerlendirmelere de dayanmaktadır. Öte yandan jüri koltukları işçi sınıfından

insanlar tarafından doldurulduğu zaman ise buna varlıklı sınıf tarafından itiraz edilir. Ayrıca, ilgili taraflar sadece bu şekildeki sınıflar da değildir. Örneğin Almanya'daki erkek jüri üyeleri özellikle kızın namusluluğuna ikna olmamışlarsa bir erkeği tecavüzden suçlu bulmak istemezler. Fakat bu bağlamda Almanya'da kadın erdeminin zaten çok da önemsenmediğini göz önünde tutmalıyız. Mesleki hukuk eğitimi açısından hukukçu olmayanların dağıttığı adalet hukukçu olmayanların kararının herhangi bir neden bildirmeden ve maddi bir eleştiri imkanı olmadan irrasyonel bir kehanet olarak gösterilir. Dolayısıyla hukukçu olmayan yargıçların hukuk uzmanlarının kontrolüne tabi olması talebinde bulunulmuştur. Bu talebe yanıt olarak karışık heyet sistemi oluşturuldu. Ancak, deneyimler bu sistemde hukukçu olmayanların etkisinin uzmanlarınkine göre ikinci planda kaldığını gösterdi. Dolayısıyla onların varlığı uygulamada profesyonel yargıçların müzakerelerine, yargıçların müzakerelerini halka tamamen açık yapmak zorunda oldukları İsviçre'dekine benzer şekilde zorunlu bir alenilik kazandırmaktan daha önemli değildir. Buna karşılık, profesyonel yargıçlar ceza hukuku alanında özellikle en ciddi davalarda gittikçe daha çok sorumluluk yüklenen ve dolayısıyla rasyonalizmin salt bilim ayrıcalığıyla çözülemeyecek bir görev yüklediği profesyonel psikiyatristin gölgeleyici gücü tarafından tehdit edilmektedir.

Teknik ve ekonomik gelişmenin seyri bütün bu çatışmalara sadece dolaylı olarak, yani entellüektüelizmi desteklediği kadarıyla neden olmuştur. Bunlar temelde savunucuların bir ve aynı sosyal sınıfa ait olduğu yerde bile çatışabilen formel ve özsel adalet ilkeleri arasındaki çözülmez çatışmanın sonuçlarıdır.

Bunun yanında, bugün negatif olarak ayrıcalıklı sınıflar, özellikle de işçi sınıfı, formel olmayan bu adalet yönetiminden hukukçuların ideolojisinin onun için takip ettiği sonuçları pekâlâ bekleyebilirler. Yüksek derecelerde savcılık makamının kariyer hizmetleri personeli arasından planlı olarak devşirilen ve ilerlemek için tamamıyla siyasi olarak egemen güçlere dayanan bürokratikleşmiş bir yargı İsviçre ya da İngiliz yargısıyla ve hatta Birleşik Devletlerdeki (Federal) yargıçlarla yan yana konulamaz. Bu gibi yargıçlardan salt nesnel hukuksal formelliğin kutsallığına olan inançları alınsa ve sadece çıkarları dengelemeye yönlendirilseler sonuç henüz göndermede bulunduğumuz hukuk sistemlerinden çok farklı olacaktır. Bununla birlikte problem bu tartışmaya ait değildir. Geriye sadece birkaç tarihsel yanlışı düzeltmek kalmaktadır.

Mevcut hukuka gerçekten bilinçli olarak "yaratıcı" bir tutum takınan kişiler sadece peygamberlerdir; sadece onlar vasıtasıyla yeni bir hukuk bilinçli olarak yaratılmıştır. Geri kalan için, tekrar tekrar vurgulanması gerektiği gibi, nesnel bir bakış açısından en yaratıcı kişiler olan hukukçular bile sadece modern zamanlarda değil, her zaman, belki sadece gizli olarak da olsa zaten mevcut olan normların sözcüsü, onların yaratıcısı olmaktan ziyade yorumcuları ya da uygulayıcıları sayılmışlardır. Bu öznel inanç en seçkin hukukçular tarafından bile paylaşılır. Bu gün bu inanca nesnel olarak farklı gerçeklerle karşı çıkıyor olması bu gerçeklerin öznel yargısal davranış için bir norm statüsüne yükseltilmeye çalışılması entelektüellerin gerçekleri görmesinden kaynaklanmaktadır. Formel hukukun bürokratikleşmesi arttıkça, İngiliz yargıcının geleneksel konumu da sürekli ve muazzam biçimde dönüşecektir.

Öte yandan, bir kanun ülkesinde "yaratıcının" hükümdarlığının bürokratik yargıçlara bağışlanmasının onları gerçekten hukuk kahinlerine dönüştüreceğinden şüphe edilebilir. Her nasılsa, sosyolojik, ekonomik ya da ahlaki çıkarım hukuksal kavramların yerini alırsa yargı görüşlerinin hukuksal kesinliği ciddi anlamda zarar görürdü. Genel olarak değerlendirildiğinde hareket "uzmanlaşma" ve "rasyonelleşmenin" egemenliğine karşı karakteristik tepkilerden biridir. Bu sonraki son tahlilde onun gerçek kaynağıdır. Hukukun formel niteliklerinin gelişmesi kesinlikle özgün biçimde çelişkili bazı özellikleri gösterir. Katı formelistik ve ticaret yapmanın güvencesi için gerekli olduğu kadarıyla somut şekilde anlaşılabilir hukuk, aynı zamanda tarafların niyetinin mantıksal yorumlamasının veya ticari ilişkinin "ahlaki minimum" olarak yorumlanan "iyi kullanımının gerektirdiği yerde ticari iyi niyet adına informel hale de gelir. Bunun yanında hukuk, onun sadece çıkar çatışmalarının yatıştırılması aracından fazlası olmasını talep eden bütün güçler tarafından anti-formelistik yönlere de çekilir. Bu güçler belli sosyal çıkarları ve ideolojilerinin maddi adalet talebini içerir; bunlar aynı zamanda kendileri için uygun hukuksal hedeflerle ilgili otoriter ya da demokratik karakterde belli siyasi otorite formlarında gizli eğilimleri, ayrıca meslek dışılığı" ya da onlar tarafından anlaşılabilir bir adalet sistemini içerir; son olarak, daha önce gördüğümüz gibi anti-formelistik eğilimler hukuk mesleğinin kendisinin ideolojik temelli güç özlemleri tarafından desteklenmektedir.

Hukuk ve hukuksal uygulama bu çeşitli etkiler altında hangi formu alırsa alsın teknik ve ekonomik gelişmeler sonucu hukukçu olmayanların hukuk belirsizliğinin artması kaçınılmaz

olacaktır. Jüri üyelerinin ve hukuk mesleği dışından benzer yargıçların kullanımı hukuk içerisindeki teknik öğelerin ve dolayısıyla bir uzmanlık alanı karakterinin sürekli gelişmesini engellemeye yetmeyecektir. Kaçınılmaz olarak, hukukun rasyonel teknik bir aygıt olduğunu ve uygunluk değerlendirmelerinin ışığı altında sürekli dönüşebileceği ve içeriğinin kutsallıktan yoksun olduğu anlayışı gelişmelidir. Bu kader çeşitli nedenlerle birçok açıdan gelişen mevcut hukuka rıza eğilimi tarafından belirsizleştirilebilir, fakat durdurulamaz. Birçoğu oldukça formel değerde olan modern sosyolojik ve felsefi analizin hepsi hukukun doğası ve yargı süreciyle ilgili teorilerinin içeriğine bakılmadan sadece bu izlenimi güçlendirmeye katkıda bulunabilirler.

NOTLAR

1- 1861/97Alman Ticaret Kanununun I. Kısmında sıralanan bu işlemler şunlardır:

(a) Malların ya da tahviller gibi menkul değerlerin yeniden satışı; (b) diğer tarafça tedarik edilen malzemeler ya da mallar üzerinde çalışmak üzere bağımsız bir üstlenici tarafından başlatılan girişim; (c) sigorta masraflarının taahhüdü; (d) bankacılık; (e) malların ve yolcuların karada, denizde ya da iç su yollarında taşınması; (f) aracı kuruluşların, komisyonların, nakliye acentelerinin ve ambarcıların işlemleri; (g) ticari komisyoncuların, taşeronların ve temsilcilerin işlemleri; (h) yayıncıların, kitap ve sanat tüccarlarının işlemleri; (i) baskıcıların işlemleri.

2- Alman Ticaret Kanunu 2. Kısımda şu ifadeye sahiptir: " Büyüklüğü ya da yapılış şekli nedeniyle köklü bir iş kuruluşu gerektiren herhangi bir girişim I. Kısımda adı geçen kategorilerden herhangi birisine uygulamakla beraber ticari bir girişimdir. "Benzer şekilde, 1807 Fransız Ticaret Kanununda I. Madde'de şu ifade yer almaktadır: "Tüccarlar ticari işlemler yürüten ve bu etkinliği adetleri ve meslekleri haline getiren insanlardır. "

3- *Handelsregister* (şirketlerin kaydı): Bkz. Ticaret Kanunu, 2, 5, 8. kısımlar.

4- Bu türden en önemli özel yasa iş mahkemeleri hiyerarşisine sahip iş yasasıdır. Bunun yanında genel idari yargıya ait idari mahkemeler ve sosyal güvenlik yasaları ve savaş emekli maaşları yasası başlığı altında ortaya çıkan hak talepleriyle, vergi sorunlarıyla, tarımsal yönetimle ilgili çeşitli konularla ilgilenen özel mahkemeler bulunmaktadır.

5- Hem ticaret hem de iş mahkemeleri genellikle sorunları mahkemenin belirli bir dairesi tarafından ele alınan ticaret veya endüstri kollarından seçilen kurullarda örgütlenir. Bkz. ARBEITSGERICHTSGESETZ, 23 Aralık 1926 (R. G. BL. I. , 507), 17. Kısım.

6- İş mahkemelerinde avukatlar tarafından temsile, genel bir kural olarak, yargılama evresinde izin verilmez. (ARBEITS GERICHTSGESETZ of 23 December, 1926 [R. G. BL. I. 507] II. kısım)

7- Roma kilisesi usul hukuku, Kıta Avrupası mahkemelerinde genel olarak benimsendiği şekliyle birçok açıdan Anglo-Amerikan usulünün kanıt yasasına benzer "biçimsel kanıt" sistemiyle karakterize ediliyordu. Belirli kanıt türlerinin reddedilmesiyle ilgili kurallar ve oldukça özel olarak doğrulamayla yargıcın çelişen kanıtları değerlendirme şekilleriyle ilgili ayrıntılı kurallar vardı. Güvenilir iki şahidin tanıklığı tam kanıt (*probatio plea)* oluşturuyordu; bir güvenilir tanık yarım kanıt (*probatio semilplenaminar)* oluşturuyordu.

Biçimsel kanıtla ilgili tüm bu sistem on dokuzuncu yüzyılın usul reformları tarafından ortadan kaldırıldı ve yerini serbest ya da rasyonel kanıt sistemi aldı. Bu sistem ayrımcı kuralların çoğunu ortadan kaldırdı, yargıcı aritmetik engellerinden kurtardı ve ona kanıtı tecrübe ve akıl ışığında değerlendirme yetkisi verdi. Bkz. ENGELMANN-MILLAR 39.

8- İçtihat birliği kuralı ve bir ölçüde jüri sistemiyle birlikte Örfi Hukukun çok daha formelistik bir kanıt yasasını muhafaza etmesi İngiliz ve Amerikan kanununun haksız fiiller, zararlar, yasal enstrümanların yorumlanması ve oluşturulması gibi alanlarda Medeni Kanun sistemlerinden çok daha fazla ve ayrıntılı hukuk kuralları geliştirmesinin temel nedeni budur. Örneğin Alman Medeni Kanunundaki haksız fiillerle ilgili 31 bölümün ve Haksız fiillerin Yeniden İfadesi 951 bölümünün veya Fransız Medeni Kanununun 5 bölümünün (1382-86-Maddeler) karşılaştırılması Alman Kanununun vasiyetlerin yorumlanmasıyla ilgili birkaç bölümün (2087 vd.) kanunun Amerikan hukukunda ayrıntılı biçimde ele alınması gibi bu anlamda aydınlatıcıdır.

Kanıt yasasının kendisiyle ilgili olarak Wigmore'un risalesinin on cildini (3. basım 1940) Almanya'da kanıtla ilgili kitapların yokluğu veya özel hukukla ilgili Fransız risalelerindeki birkaç kanıt probleminin kısaca ele alınmasıyla, karşılaştırınız; örneğin bkz. JOSSERAND'S COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANCAIS (1939), burada "preuves" ile ilgili bölüm 43 sayfayı kapsar.

9- Bkz. HEDEMANN I, 117.

10- Bu yargısal tutumun tasvirleri için bkz. Alman Medeni Kanununun 242. Bölümüyle (iyi niyet ve dürüst ticaret) ya da Ticaret

Kanunun 346. bölümüyle ("iyi" ticaret geleneği) bağlantılı olarak bu Kanunların şerh konulmuş basımlarındaki dava incelemeleri. Yargıcın bu tür belirsiz standartlara yönlendiren yasal hükümlere aşırı derece başvurmanın tehlikeleri HEDEMANN tarafından belirlenmiştir. DIE FLUCHT IN DIE GENERALKLAUSELN, EINE GEFAHR FÜR RECHT UND STAAT (1933)

11- Bununla birlikte, Alman Yüksek Mahkemesi bir adetin adil olmadığı ve özellikle de ekonomik bir güç konumunun açık bir suiistimalini oluşturduğu zaman dikkate alınmamasını sürekli olarak savunmuştur. Bkz. örneğin, 114 ENTSCHEIDUNGEDN DES REICGERICHTS IN ZIVILSACHEN 97; (1922) JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 788; (1932) a. g. e 586

12- Bu gibi çelişki olasılıkları özellikle Heck'in ve "çıkarlar hukuku" nun diğer savunucularının yazılarında belirtilmiştir. Bkz. bu anlamda THE JURISPRUDENCE OF INTERESTS, bu 20 yüzyıl Hukuk Felsefesi Dizilerinin II. Cildi.

13- Bu Alman Yüksek Mahkemesinin kararıydı, 29 ENTSCHEIDUNGEN DES REICHSGERICHTS IN STRAFSCHEN III VE 32 a. g. e 165. Alman Ceza Kanununun 242. kısmında hırsızlık bir malın kanunsuz şekilde alınması olarak tanımlanır. Elektrik enerjisi bir mal değildir; dolayısıyla hırsızlık konusu olamaz. Yasadaki boşluk 9 Nisan 1900 tarihli Elektrik Enerjisinin Kanunsuz Alınmasıyla ile ilgili Özel Yasanın kabulüyle dolduruldu (R. G. BL. 1900, 2288). Daha önce sözü edilen kararlar kavramsal hukuk bilimiyle ilgili modern Alman eleştirilerinde "korkunç" standart hale gelmiştir.

14- Birinci Dünya Savaşı öncesindeki yıllarda İngiliz adalet yönetimi ve özellikle İngiliz "yargı krallarının" yaratıcı rolü seçkin konumu özellikle A. MENDELSON BARTHOLDY, INPERIUM DES RICHTERS (1908), ve F. ADICKES, GRUNDLINIEN EINER DURCHGREIFENDEN JUSTIZREFORM (1906) tarafından oldukça övülüyor ve benimsenmesi için savunuluyordu.

15- DAS PROBLEM DES NATÜRLICHEN RECHTS (1912)

16- G. JELLINEK' in ifadesi, DIE SOZIALETHISCHE BEDEUTUNG VON RECHT, UNRECHT UND STRAFE (2- basım 1908)

17- "Sosyal adaletin" bir ifadesi olarak hukuk hareketinde önde gelen hukuk bilgini sıfatıyla Gierke hakkında bkz. G. BÖHMER, GRUNDLAGEN DER BÜRGERLICHEN RECHTSORDNUNG (1951) II, 155; bkz. özellikle, Gierke'nin THE SOCIAL TASK OF PRIVATE LAW hakkındaki ders notları (DIE SOZ, ALE AUFGABE DES PRIVATRECHTS, 1899), özdeş baskı E. WOLF, DEUTSHES RECHTSDENKEN (1948)

18- Pozitif Alman hukukundaki ekonomik baskı doktrininin gelişmesi hakkında bkz. J. DAWSON, *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law* (1937), 12 TULANE L. REV. 42.

19- 138. Bölümde Alman Medeni Kanunu şöyle öngörülür:

" İyi ahlakı ihlal eden yasal bir işlem geçersizdir. "

" Özellikle, bir tarafın acil bir durumdan, diğer tarafın tedbirsizliği ve tecrübesizliğinden yararlanmakla böyle başka bir kişinin ona ya da üçüncü bir kişiye, söz konusu koşullarda aralarındaki ilişkiyi açıkça oransız gösterecek şekilde gücünün değerini aşacak bir maddi yarar sözü vermesi ya da bunu sağlamasına neden olduğu bir anlaşma geçersizdir. "

20- Serbest Hukuk Okulu (*Freirecht*) Amerikan ve İskandinav realizminin Alman emsalini oluşturur. Bu üç okulun temel teorik fikri, yani hukukun yargıçlar tarafından bulunmadığı, onlar tarafından yapıldığı görüşü 1885'de Oskar Bülow tarafından GESETZ UND RICHTERAMT'ında öngörülmüştü. Pandectçi "Konstruktionsjurisprudenz" (kavramsal hukuk bilimi) ya da Waber'in terminolojisinde rasyonel formalizm'e ilk saldırı 1848'de v. Kirschmann tarafından ses getiren risalesi ÜBER DIE WERTLOSIGKEIT DER JURISPRUDENZ ALS WISSENSCHAFT'da yapıldı. Saldırıya daha sonra o zamana kadar geleneksel metodun en önde gelen yorumcularından biri olan fakat artık hukukun şimdi "sosyal mühendislik" veya Weber'in ifadesiyle "içeriksel rasyonellik" olarak isimlendirilecek şekilde faydacı hedeflere ulaşma rolünü vurgulamaya başlayan Jehring kadar iyi bir bilgin katıldı. (DER ZWECK IM RECHT, 1877/83; Husik'in tercümesi, s. t LAW AS

A MEANS TO AN END, 1913) ve SCHERZ UND ERST IN DER JURISPRUDENZ'inde hukuksal kavramcılığı alaya alması (1855; Jhering'le ilgili olarak bkz. STONE 299). Yüzyılın bitiminde saldırı yoğunlaştı ve mahkemelerin kavramsal hukuk bilimi tekniğinden (yani Weber'in terminolojisinde, rasyonel formelizm tekniği) kurtulması, hukuk düzeninin boşluksuzluğu kurgusundan vazgeçmesi, böylece konulara ve kanunnamelere metnin sözcüklerinin en dar anlamının ötesinde bir şey buyurmayan şeyler olarak yaklaşması ve bu şekilde oluşturulan boşlukları, yani, büyük problemler kitlesini, özgür, "muhteşem" yaratıcılık sürecini doldurması gerektiği önermeleriyle birleşti. Bu hareketin liderleri stajyer bir avukat olan E. FUCHS (başlıca eserleri: DIE GEMEINSCHADLICHKEIT DER KONSTRUKTIVEN JURISPRUDENZ ["The dangers of the Conceptual Jurisprudence to the Common Wealth", 1909]; WAS WILL DIE FREIRECHTSSHULE? ["What are the Aims of the School of Free Law?"1929]). (Gnaeus Flavius takma adıyla yazan) Profesör H. Kontorowicz (DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSEN SCHARF [1908]; AUS DER VORGESCHICHTE DER FREIRECHTSLEHRE [1925]) idi; bkz. ayrıca onun ve E. Patterson tarafından yazılan makale, *Legal Science a summary of its methodology* [1928], 28 COL. L. REV. 679 ve *Some Rationalizations about Realism* [1934], 43 YALE L. Y., 1240, Kantorowicz orada önceki tezlerinden bazılarını geri çeker), ve yargıç J. G. Gmelin (QUOUSQUE? BEITRAG ZUR SOZIOLOGISCHEN RECHTSFINDUNG (1910, Bruncken'in çevirisi, Modern Legal Philosophy Series, IX, SCIENCE OF LEGAL METHOD (1917) Bu ihtiraslı radikallere yeni harekete geniş bir tarihsel ve sosyolojik temel sağlayan E. Ehrlich katıldı. FREIE RECHTSFINDUNG UND FRILE RECHTSWISSENSCHAFT [1903, Brunken'in çevirisi, Modern Legal Philosophy Series, IX, SCIENCE OF LEGAL MEDHOD (1917), 47]; *Die juristische Logik* [1918], 115 ARCHIV FUR DIE CIVILISTISCHE PRAXIS, no 2 ve 3 1925' de bir kitap olarak özdeş baskı; GRUND'LEGUNG DER SOZIOLOGIE DES RECHTS [1913], Moll'un çevirisi, s. t. FUNDAMENTAL RICIPLES DE THE SOCIOLOGY OF LAW [1936])

Hareket şiddetli bir tartışmayı alevledi (bkz. özellikle H. REICHEL, GESETZ UND RICHTERSPRUCH [1915]; G. BÖHMER, GRUNDLAGEN DER BÜRGELICHEN RECHTSSORDRUNG [1951], 11, 158) ve ayrıca Birleşik Devletlerde de dikkat çekti; (Bkz. bu notta yukarıda sıralan çeviriler) Bununla birlikte abartılar genellikle reddedildi ve gerçek gelişmeler başlıca yazıları bu *20th Century Legal Philosophy Series'in* II. Cildinde, THE JURISPRUDENCE OF INTERESTS (1948) başlığı altında toplanan sözde çıkarlar hukuk bilimi ekolünün fikirlerinden güçlü şekilde etkilendi. Metod temelinde M. Rümelin, P. Heck ve Tübingen deki arkadaşları ve metodun gerektiği "çıkarların dengelenmesinin" sosyal ve somut temellerinin eklendirilmesi üzerinde çalışan R. Müller-Erzbach tarafından ayrıntılandırıldı. (Bkz. özelikle DAS PRIVATE RECHT DER MITGLIEDSCHAFT ALS PRÜFSTEIN EINES KAUSALEN RECHTSDENKENS [1948] ve DIE RECHTSWISSENCHAFT IM UMBAU [1950]. Çıkarlar Hukuku Roscoe Pound'un sosyolojik hukuk bilimine yakındır. Biçimsel olarak rasyonel sistemi içeriksel olarak rasyonel kavramlardan oluşan sistemle değiştirmeyi amaçlar ve kendisini Alman hukuk uygulamasında sıkı biçimde tesis etmeye başlamıştır. (Kısa bir araştırma ve değerlendirme için bkz. BÖHMER, a. g. e. 190 ve çok kısa, W. FRIEDMANN, LEGAL THEORY [2. Basım 1949] 225; henüz İngilizcede tam bir araştırma yoktur.

Weber'in metnindeki izleyen parçalar Serbest Hukuk Okuluyla ilgilidir.

21. "Yasa, hükümlerinin lafzı ya da ruhu içerisinde, gelen bütün davalarda uygulanmalıdır."

"Hiçbir hükmün uygulanmadığı yerde, yargıç mevcut örfi hukuka göre ve onun yokluğunda da eğer yasa koyucu gibi davranacaksa kendi tespit edebileceği kurala göre karar verecektir."

"Burada denenmiş doktrin ve gelenek tarafından yönlendirilmelidir."

22. Bkz. I. Williams, The SOURCES OF LAW IN THE SWISS CIVIL CODE (1923) 34; bkz. ayrıca bu maddenin ve benzer şekilde ifade edilen Rusya Federal Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Medeni Kanunu

I. Kısım, V. E. GREAVES, *Social- Economic Purpose of Private Rights* (1934/5, 12 N. Y. U. L. Q. REV. 165, 439)

23. Bkz. H. ISAY, RECHTSNORM UND ENTSCHEIDUNG (1929)

24. Bkz. EHRLICH, özellikle 5. ve 6. bölümler

25. *Praeter lagem* – (yazılı) hukukla birlikte; *contra lagem* – (yazılı) hukukun aksine

26. Özellikle LAMPERT, a. g. e. (1903). EHRLICH

27. Metnin son iki cümlesinde üç farklı olgu bir halkanın atlandığını gösterir şekilde bir araya getirilir.

28. Kanunun yorumlarında hâkimin metne "kendine yeterli" bir bütün olarak nesnel açıdan bakmak zorunda olması ve yasama organının niyetlerini araştırmaması ve hatta buna izin verilmemesi gerektiği önermesi Almanya'yla sınırlı değildir. Bu, İngiltere'de uzun süredir yerleşik kanun yorumu metodu oluşmuştur ve Birleşik Devletlerde de bu çok zamandır egemendi. Almanya'daki başlıca temsilcileri A. WACH (HANDBUCH DES ZIVIL PROTESSES [1885] ve K. Binding idi (HANDBUCH DES STRAFRECHTS [1885]; bkz. ayrıca J. Kohter, *Uber die intergetation* von Gesetzen (1886), 13 GRÜNHUT'S ZEITSCHRIFT I. Teorinin Alman mahkemeleri üzerinde belli bir etkisi oldu fakat onların uzun vadede parlamento oturumlarına ve diğer yasama materyallerine dikkat etmesini engelleyemedi.

Yazılı kanunların, boşluklarda serbest adli yasa oluşturmasına serbestlik tanımak amacıyla dar biçimde yorumlanması gerektiği fikri Serbest Hukuk Okulunun önermelerinden birini oluşturdu. (bkz. yukarıda, not 20)

Belli problemlerin çözümünün "hukuk bilimi ve doktrinine bırakılmasını gerektiği ifadesi Alman Medeni Kanunu Taslağına eşlik eden raporda (*Motive*) sürekli tekrarlanmaktadır. Taslağı yazanlar çok fazla ayrıntının konunun amaçları açısından zararlı olduğunu hissettikleri zaman kullanıyordu. Bunun metnin sonraki cümlesinde ifade edilen Serbest Hukuk kuralıyla ne ilgisi olmuş olabileceğini görmek zordur.

28. Özelikle VICTOR CATHREIN, RECHT, NATURRECHT UND POSITIVIVES RECHT (2. BASKI 1909);V- HERTLING, RECHT, STAAT UND GESELLSCHAFT (4. Baskı, 1917); MAUSBACH, NATURRECHT UND VÖLKER RECHT (1918); daha yakın zamanlarda H. ROMMEN, DIE EWIGE WIEDERKEHR DES NATURRECHTS (1936; 1948), ve en son Katolik literatürü incelemesi I. Zeiger, (1952) 149 STIMMEN DER ZEIT 468.

29. Neo-Kantçılık hakkında bkz. FRIEOMANN, a. g. e. 91; başlıca temsilci R. Stammler'dir. LEhRE VON DEM RICHTIGEN RECHT'i (1902) Husik tarafından tercüme edilmiştir, THE THEORY OF JUSTICE (1925). Güçlü bir eleştiri için bkz. E. KAUFMANN, KRITIK DER NEUKANTISICHEN RECHTSPHILOSOPHOE (1921).

30. Gönderme çıkarlar hukuku okulu vasıtayla Jhering'in fikirlerinin devamına ve ayrıntılandırılmasınadır.

31. Fransız hukuk teorisi hakkında bkz. Modern Legal Philosophy Series'in VII. Cildi: MODERN FRENCH LEGAL PHILOSOPHY (1916): Bu Afoulliee; J. Charmont, L. Duguit ve R. Demogue'nin yazılarını içerir. Kapsamlı, eleştirel bir tarih J. BONNECASE, LA PENSEE JURIDIQUE FRANÇAISE DE 1804 A L'HEURE PRESENTE (1933) tarafından sunulur. Bkz. ayrıca 20th Century Legal Philosophy Series, IV. Ciltte, THE LEGAL PHILOSOPHIES OF LASK, RADBRUCH, AND DABIN (1950) 227; ve en son trendler için B. HORVAATH, SOCIAL VALUE AND REALITY IN CURRENT FRENCH LEGAL THOUGHT (1952), I AM. J. OF COMPAR. LAW 243.

Weber tarafından sözü edilen trendlerin önde gelen temsilcileri çıkarlar hukukunun Fransız, eşitinin kurucusu, François Gény (METHODE D'INTERPRETATION [1899]; bkz. onun Modern Legal Philosophic Series, IX. cilt, SCIENCE OF LEGAL METHOD [1917] 498); sosyolojik hukuk bilimcileri Edouard Lambert (a. g. e), Léan Duguit (LE DROIT SOCIAL, LE DROIT INDIVIDUEL, ET LA TRANSFORMATION DE L'ETAT [1910]; L'ETAT, LE DROIT OBJECTIF ETLA LOI POSITIVE [1901]; LES TRANSFORMATIONS GENERALES DU DROIT PRIVE [1912], Continental Legal History Series'de çevrilmiş, cilt XI, s. t. THE

PROGRESS OF CONTINENTAL LAW IN THE 19th CENTURY [1918]; LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC [1913]; Laski tarafından çevrilmiş, s. t LAW IN THE MODERN STATE [1919] ve RAYMOND SALEILLES (MÉTHODE ET CODIFICATION [1903]; Le code civil et la méthode historique, LIVRE DU CENTENAIRE DU CODE CIVIL [1904]

32. Görünüşe göre Weber, yeni örfi hukukun mülkiyet kavramı kullanımını pek iyi bilmiyordu. Gayri menkul kanununun klasik formunda bir toprak parçasının kullanımı ve tasarrufu üzerinde hak sahibi olabilmenin çeşitli yolları, çeşitli mülkiyet hakları ve kraliyet hukuk ve hakkaniyet mahkemelerinde tanınan diğer haklar tarafından tanımlanıyordu. Bununla birlikte, Roma kavramı *dominium* gibi, bir toprak parçasında var olabilen bütün hakları, ayrıcalıkları, yetkileri ve bağışıklıkları kapsamlı bir şekilde içine alan herhangi bir terim mevcut değildi. Fakat modern kullanımda tasarruf terimleri genellikle, özellikle Birleşik Devletlerde, tam bu anlamda kullanılır.

33. *Das Imperium des richters* (1918)

34. Jürinin Almanya'da 1924 Kanunu'yla kaldırılmasından önce yazıldı, bkz. aşağıda, XI. bölüm: 6

Weber derin bir bilgi, çetrefilli bir dil ve yoğun bir kavramsallaştırmayla, anlaşılması zor ve yanlış anlamaya müsait eserler vermiştir. Kuşkusuz Max Weber'in geliştirdiği anlayıcı sosyoloji ulaştığı sonuçlar ve kullandığı yöntem bakımından eleştiriye açıktır ve eleştirilmesi gerekmektedir, lâkin Weber'i eleştiren yaklaşımların bir çoğu maalesef yanlış anlaşılmadan veya tam olarak anlaşılamamadan kaynaklanmaktadır. Bunda da en çok Weber'in ağdalı dili ve pozitif olmaktan daha çok idealist felsefeye dahil edilebilecek bir metodoloji kullanmasının payı bulunmaktadır.

Weber, Batıda özellikle Karl Marx ile birlikte kendisinden sonra gelen bütün sosyal bilimcilerin bir şekilde yüzleşmesi ve hesaplaşması gereken bir sosyal bilimci olmuştur. Onu böylesine etkili kılan hususlardan birisi de kuşkusuz ilgi alanlarının hukuktan iktisada, din tahlillerinden siyasal bilimlere kadar bir çok konuyu kapsaması ve bu alanlarla ilgili temel eserler vermesidir. Günümüzde Weber'e yapılan atıflar bir tarafa Weber üstüne yapılan çalışmalar bile artık başlı başına bir literatür oluşturmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak Max Weber sosyolojisinin ne olduğuna dair bir merakı ve ilgiyi uyandırmıştır. Elinizdeki eser hem bir sosyoloji ustasının, Hukuk sosyolojisinden ne anladığını ve hem de bir disiplin olan sosyolojinin, nasıl meydana geldiğini göstermesi açısından klasik bir metin olma özelliği taşımaktadır.

ISBN-13: 978-605-9931-02-1
9 786059 931021