

ALMAN HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞMESİNE BİR BAKIŞ

Yazan: Doç. Dr. COŞKUN UÇOK

GİRİŞ : Batı Avrupa devletleri arasında Almanya, geçirmiş olduğu hukukî gelişme bakımından ayrı bir yer almaktadır. Zira Cermen memleketleri arasında başta gelen Almanya en az Cermen hukukuna sadık kalan memleket olmuş ve yüzyıllarca Roma hukukunu benimseyen Alman hukuku en son daha çok Roma hukuku prensiplerine dayanan bir medenî kanunu da kabul etmek mecburiyetinde kalmıştır. Buna karşılık İngiltere'de ilk zamanlardanberi örf ve âdet hukukuna sadık kalınarak Cermen hukuku esasları üzerinde yazılı olmıyan bir hukuk sistemi geliştirilmiş, Fransa'da ise bir dereceye kadar Roma hukukunun tesiri altında kalınmakla beraber daha çok Kuzey Fransa'da yerleşmiş olan Cermen örf ve âdet hukukunu işlemiş olan Paris'in Parlement'ının çalışmaları sonucu geliştirilen ve Fransız İhtilâli'nin yeni birçok prensipleriyle zenginleşmiş olan hukuk Napoleon zamanında tedvin edilerek Roma hukukundan daha çok Cermen hukukuna dayanan Code Civil meydana getirilmiştir. Bu itibarla batı memleketleri hukuk tarihi bakımından özel bir yeri olan Alman hukukunun tarihî gelişmesini kısaca incelemeyi, yabancı memleketlerden birçok kanunlar alan memleketimiz bakımından da faydalı bulduk. Zira Batı Avrupa devletleri arasında yabancı bir hukuk sistemini kabul eden ve onu geliştiren en belli başlı devlet Almanya'dır.

Bu inceleme sırasında önce Cermenler hakkında bilgi verdikten sonra Cermen hukukunun anahatlarını gözden geçireceğiz, sonra bu hukukun Ortaçağ'da uğradığı gelişme ve değişmeye baktıktan sonra Roma hukukunun Almanya'da kabulünün şekil, şart ve sebeplerini inceliyecek ve Roma hukukunun kabulünden sonra Alman hukukunun gelişmesini takip ederek Alman Medenî Kanununun kabulüne kadar geleceğiz. Bu itibarla sırası geldikçe Alman kamu hukukundan bahsetmekle beraber daha çok özel hukuk alanındaki gelişmeyi gözönünde tutacağız.

I. — CERMENLER ZAMANI : a) *Cermenler hakkında tarihî bilgi*: Cermenler'in menşei hakkındaki araştırmalar henüz kesin bir sonuca varamamıştır. Şimdiye kadar en çok rağbet gören iki iddia ortaya atılmıştır : 1. Cermenler bugün oturdukları yerlerde ilk zamanlardanberi

oturuyorlardı; 2. Cermenler doğuda, Ortaasya'da, Ural-Altay uluslarının ana yurdlarının hemen yanındaki anayurdlarından, uzun zamanlar süren bir göçten sonra, gelerek buraya, yâni bugün oturdukları yerlere yerleşmişlerdir. Gerçekten Caesar zamanındaki Cermenler'in genel olarak göçebe bir hayat sürdükleri, ancak Tacitus, Germania adlı kitabını yazdığı zaman (M. S. 98) daha çok yerleşik bir hayat sürmeğe başladıkları ve Uluslar göçünde yeniden göç edip yer değiştirdikten sonra 5. yüzyılda kesin olarak yerleştikleri bilinmektedir.

İster doğudan göç ederek gelmiş olsunlar, ister ilk zamanlardanberi orta ve kuzey Avrupa'da bulunsunlar, geriye doğru baktığımız zaman ilk Cermen'leri, biri güney İsveç, Danimarka ve Kuzey Almanya'da diğeri de Türingen'de olmak üzere iki grup halinde görmekteyiz. M. Ö. 700 ile 600 arasında Cermenler ilerleyip yayılmağa başlıyorlar; M.Ö. 120 ile M.S. 600 arasında ise onların bütün orta, batı ve güney Avrupa'ya yayıldıklarını görüyoruz. M. Ö. 200 sıralarında bazı Cermen kabileleri Yunan kültür bölgesine giriyorlar. M. Ö. 113'de Kimberler ve Toyton'lar Roma sınırlarında görünüyorlar. 102'de Marius bunları Aqua Sextia'da ve Vercella'da yenerek imha ediyor. Bundan 50 yıl kadar sonra Ariovist komutasında Suebler, Burgund kapısından geçip Galya'ya giriyorlar, Caesar da bunları yenip Ren kıyılarını sınır olarak tutuyor. Augustus'ün Cermenleri Elbe ırmağının öte yanına atmak yolundaki niyeti Herusker Hermann'ın galip gelmesi üzerine gerçekleştirilemiyor. Bunun üzerine Tuna ile Ren ırmakları arasında bulunan ve Romalıların işgal ettikleri bölge (= Agri Decumates) 550 km. uzunluğunda tahkim edilerek Romalılar, Cermenler'e karşı savunmaya çekiliyorlar. M. S. 250'de Alemanlar bu sınırı geçiriyorlar ve Cermenler'in Roma'ya akınları başlıyor. Bu suretle 5. yüzyılın sonuna kadar İtalya, Fransa, İspanya, Macaristan, Yugoslavya ve kuzey Afrika'nın mühim bir kısmı Cermenler'in eline geçmiş bulunuyor. Yalnız Bizans kendisini koruyabiliyor; hattâ Justinianus (527-565) kuzey Afrika ve İtalya'yı geçici olarak geri alabiliyor.

Cermenler'in nüfusu durmadan arttığı ve yaşayışları da, sıra ile çayır ve hububat ekimine dayandığı için toprağa çok ihtiyaçları vardı. Bu ihtiyaçlarını giderebilmek için durmadan göç ediyorlardı. Bu göçler kabileleri birleşmeye sevk ediyor ve bundan da devletler meydana çıkıyor. Bu devletler içinde yalnız Franklarınki devamlı ve önemli olmuştur.

Kuzey Cermenler grubuna dahil boylar bu göçlere katılmadılar; /III. yüzyıldan sonra Vikingler ve Normanlar, İngiltere, Rusya, Kuzey Afrika, güney İtalya, hattâ Amerika'ya gittiler. IX. Yüzyıldan sonra Danimarka, Norveç ve İsveç'te krallıklar, İzlanda'da da bağımsız bir devlet kuruldu.

Batı Cermenleri (= Sakslar, Franklar, Frizler, Alemanlar, Bayerler, Tüvingler, Langobardlar) ve Doğu Cermenleri (= Gotlar, Burgundlar, Vandallar) Romalılar ve Keltlerle çatıştılar ve onları yendiler. Keltlerin asileri öldü, serfleri de Cermenlerin serfieri oldular.

Cermenler birçok kabilelere ayrıldıkları ve bütün bu kabileleri içine alan bir devlet kurmaya muvaffak olamadıkları halde ana hatları bakımından kültür ve hukukları müşterekti. M. Ö. 500 sıralarında Cermenler'in dilleri diğer Indocermen dillerinden ayrılmıştı. Hukukda bazı ayrılıklar olmakla beraber müşterek olan noktalar daha çoktu.

Cermen hukuku Cermenler'in kendi öz hukukları idi, yabancı tesirler çok azdı. İlk yabancı tesir keltler tarafından gelmiş ise de bunun derece ve mahiyeti henüz kesin olarak tespit edilmemiştir. Roma hukukunun tesiri ise kuzey Cermenler'ine kadar erişmemişti; batı Cermenler'ine ise az olmuştu. Langobardlar ve batı Frankları bir yana bırakılırsa bunların hukuku da özelliğini muhafaza etmişti. Doğu Cermenler'inin, bilhassa Gotlar'ın ve Burgundlar'ın hukuku ise çok yabancılaşmıştı.

Alman devletlerinin teşekkülünden önce Cermenler'in yazı dilleri ve yazıları yoktu. Bunun için de Cermen hukuku tarihinin ilk yarısında hukuk vesikalarına rastlanmaz. Bu zamanlarda hukuk kaideleri şiir halinde (Stabreimen) muhafaza edilir ve komün toplantılarında okunurdu. Bugün Cermen hukukunun ilk zamanları hakkında bildiklerimizi mukayeseli dil ve din bilgilerine, Cermen kahramanlık efsanelerine, kazılara ve Caesar (M. Ö. 50) ile Tacitus (M. S. 100) ün yazdıklarına borçluyuz. Ancak büyük Cermenler çağından sonra kilise ve Roma hukukunun tesiri ile Cermen hukuku da yazıldı ve toplandı; bu suretle Cermen uluslarının millî hukuk kitapları ortaya çıktı : Lex Salica, Lex Riburia, Lex Saxonum, Lex Baiuvariorumx Codex Euricianus vsr. gibi (hepsi V. Yüzyılın sonuna doğru). Bunlardan geriye doğru gidilerek hukuk etnoğrafyasının da yardımıyla ilk Cermenler zamanına ait hukukî bilgiler elde edilmektedir.

b) *Cermen hukukunun ana hatları* : Cermenler'in büyük aileler (= Sippe) halinde yaşamaları hukukları için çok önemli olmuştur. Sippe müşterek bir atadan gelen bütün insanları içine alır. Asıl Sippe yalnız baba yanından hısım olanları içine alır; bir de hem ana, hem baba yanından hısım olanları içine alan Sippe vardır. Bu öz kardeşlerden başkaları için başka başka olduğundan buna "Değişen Sippe" denir. Cermenler' patriarkal hukuk sitemine uyrukdular, onun için yeni doğan bir çocuğun Sippe'den sayılabilmesi ancak baba tarafından tanınmasından sonra mümkündü. Sippe'ye yabancı olanlar da, yeminle teyid edilen hukukî bir muamele sonunda Sippe'ye alınabilirlerdi (= Geschlechtsleite); bu

Sippe üyeleri ile yabancı arasında yapılan bir bağittan ibaretti (1). Buna karşılık isteyenler de Sippe'den tek taraflı bir beyanla ayrılabilirdikleri gibi ceza olarak da bir kimse Sippe'sinden çıkarılabilirdi (Entsippung). Sippe üyeleri beraber göç eder, savaş yapar, yerleşir ve hattâ ilk zamanlarda toprağı da birlikte ekip biçerlerdi. Bunun sonucu olarak da Cermen köyü bir Sippe köyü idi. Sippe üyeleri tehlikede birbirlerine yardım ederler, başkalarından birbirleri için kan güderler ve ihtiyacı olanlara vasilik ederlerdi. Birinin şerefine yapılan tecavüzü hepsi ayrı ayrı kendisine yapılmış kabul ederlerdi.

Bütün bir Sippe bir evde oturmadığı için her evde daha küçük bir birlik meydana gelmişti. Bunun çekirdeğı esas itibariyle baba, ana, oğul, kız, erkek ve kızkardeşlerden ibaret aile idi. Sippe kan hısımlığına, aile ise daha çok toprağı dayanırdı. Ailenin esası ise ayrı ayrı birer Sippe'den olan iki ayrı cinsten insanın birleşmesi ile meydana gelen evlilikti. Sippe'yi müşterek tehlikelerle dolu olan göç, evliliğı ise ev kuvvetlendirir. Devletler kurulup da göçebelik yerleşikliğe mağlup olunca, evliliğı dayanan küçük aile de kuvvetlendi ve asıl aile birliğı haline gelerek yavaş yavaş Sippe'nin yerini aldı.

Sippe birlik ve beraberlik esasına göre kurulmuş olduğu halde ev üstlük ve altlık esasına dayanır. Evin başında ev sahibi (= baba) bulunur. Kadın ve çocuklar ona uyrukturlar. Kadınlar daima erkek velâyet veya vesayeti altındadırlar : kızlar ve dullar babalarının veya vasilerinin, evli kadınlar ise kocalarının. Bir birlik üyesinin diğerleri üstündeki bu kudretine "Munt" denirdi. Eşyalar üzerindeki kudrete de "Gewere" denirdi, onun için kullar sahiplerinin "Munt"u değil "Gewere"si altındaydılar, bunlar ev birliğinin üyesi değildiler.

Aile babası "Munt"a dayanarak ailesi üyelerini hukukî muamelelerde ve hukukî anlaşmazlıklarda mahkemede temsil ederlerdi. Aile babası başkalarına karşı ailesi üyelerinin kusurlarından ötürü sorumluydu ve bunların yaptıkları zararları ödemekle ödevliydi. Aile babası ölünce, en yaşlı oğul onun yerini alırdı. Yetişen oğullar ya göç ederler, yahut da kendilerine bir ev kurarak onlar da aile babası olurlardı. Kızlar evlendirilirler ve esas itibariyle kocalarının "Munt"u altına girerlerdi (1).

(1) Bk. v. Schwerin : Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1941, sf. 19. Bu ve gene adı geçen eserin aynı sayfasında bahsedilen And = kardeşliğı (Schwurbrüderschaft) İslâm hukukunun Mevlâlık bağittını hatırlatmaktadır.

(1) Hemen hemen diğer bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi Cermen hukukunda da kocaya, karısı üzerinde velâyet hakkı tanıyan Munt'lu evlenme yanında bir de kadının kocasının velâyeti altına girmediğı "Friedelehe" veya "Muntfreie Ehe" adı verilen bir evlenme çeşidi daha vardır. Bk. v. Schwerin, Germanische Rechtsgeschichte, Berlin 1943, sf. 17 ve v. Amira, Grundriss des germanischen Rechts. Strassburg, s. 178 v. öt.

Aileye astlık-üstlük, Sippe'ye ise beraberlik fikri hâkimdir demiş-tik, fakat bu mutlak değildir : aile babasının aile üyeleri üzerindeki kudreti olan "Munt" koruyucu bir kudrettir. Kadının da aile hayatında kendine yakışan bir yeri vardır, Sippe'de de tecrübelilerin, ileri görüş sahiplerinin yerleri tabiidir ki üstündür.

Tarihin ve talihin Sippeleri bir araya getirmesinden Uluslar, Ulus birlikleri çıktı. Bundan ötürü ancak Sippe üyeleri ulusdaş (= Volksgenosse) olabilirlerdi. Hiçbir Sippe'den olmıyan yabancıların hiçbir hakkı da yoktu; yalnız, Cermenler'in meşhur misafirperverliği onları korurdu. Kendi kusurlarından ötürü kul olanlar yani bilhassa mağlup milletlerin fertleri hiçbir şekilde korunmazlardı, bunlar "Munt"a değil "Gewere"ye uyruktular; ancak bunlara da iyi muamele edilirdi. Ağır bir suç işledikleri için kanun dışı sayılan kimseleri herkes serbestçe öldürebilirdi. Bu gibiler, bilhassa nizamını bozdukları Sippe'nin kan intikamından kurtulmak için kaçmak ve gizlenmek mecburiyetinde idiler. Sippeden daha büyük olan birlikler henüz suçla mücadeleyi üzerine almamıştı, yalnız suçluyu hukuk dışı saymakla yetiniliyordu. Suçluyu cezalandırmak henüz Sippe'nin vazifeleri arasından çıkmamıştı.

Yeminlerini tutmıyanlar, gizlice adam öldürenler, askerden kaçanlar, dinî suç işleyenler, zorla ırza geçenler ve kullarla münasebette bulunan hür kadınlar ulus birliğini bozucu suç işlemiş sayıldıklarından öldürülürlerdi; çünkü ilâhlar bunların kurban edilmelerini isterlerdi. Hükümüne vermeğe yetkili olan mahkeme Ulus meclisi idi ve her ulusdaş da hükümü yerine getirmekle ödevliydi, tıpkı her Sippe üyesinin intikamını almakla ödevli olması gibi.

Toprak Sippe tarafından işgal edilir, sonra sıra ile ve değiştirilerek her yıl ekilmek ve faydalanılmak üzere aileler arasında dağıtılırdı. Herkes kendisine verilen toprağı ekmekle ödevliydi. Paylaşılmıyan orman, çayır ve sulardan herkes birlikte faydalanırdı.

Yerleşmenin üzerinden zaman geçtikçe aile birliğinin hakları kuvvetlendi; çünkü zamanla toprağın her yıl yeniden paylaşılması ihmal edilmişti. Aile üyelerinin hepsine birden verilmiş olan bu toprak üstündeki haklarına, o zaman henüz bu kavram mevcut olmamakla beraber, artık mülkiyet denilebilirdi.

Aile çiftliği aile birliği üyelerinin müşterek malı idi. Herkesin hissesi, çiftlikten istifade edebilmek şeklinde tecelli ederdi; yoksa her üye çiftlikte serbestçe tasarruf edebileceği bir hisse mevcut değildi. Ancak aile babasının çiftlik üzerindeki tasarrufları da aile üyelerinin izni olmadan, kendilerine karşı hüküm ifade etmezdi. Aile babası ekilen

toprak üzerinde diğer aile üyelerinin izni olmaksızın bir tasarrufta bulundu mu gerek aile birliği üyeleri gerek Sippe üyeleri bir yıl altı hafta üç gün (1) içinde buna itiraz edebilir ve alıcıya hiçbir tazminat vermemekle mükellef olmadan toprağı geri alabilirlerdi.

Mirasa yalnız erkekler konardı ve ilk oğlun rüçhan hakkı vardı, bu suretle aile birliğinin toprakları parçalanmamış olurdu.

Ev olsun, Sippe olsun, ayrılmaları olmayan bütünler değildiler. Bunların içinde fertler de göze çarpardı. Evde aile babasının hakimiyetini gördük, aile babası bu hakimiyetini kötüye kullanınca Sippe ile karşılaşırdı. Ulus içinde de silâh taşıyabilenlerin yani askerlerin ayrı bir yeri vardı. Orduyu, ulus toplantısını ve bütün memleketin adâlet işlerine bakmaya yetkisi olan mahkemeyi bunlar teşkil ederlerdi. Askerler arasına girmek için toplu ordu önünde yapılan özel bir törende bulunmak gerekirdi. Her toplantıda ileri görüşlü olanlar, yol gösterici kabiliyette olanlar önemli bir yer alırlardı. Doğu Cermenleri'nde Ulus'un başında topluluğun önderi olan bir kral bulunurdu. Kralın ilâhlarla yakın bir ilgisi bulunduğu inanılırdı. Krallık kurumunu bilmiyen Batı Cermenleri'nde ise ancak savaş zamanlarında bir düğ ordusunun başına geçerdi.

Taşınır mal mülkiyeti tanınmıştı; herkesin ayda vurduğu hayvanlar, topladığı meyveler, düşmandan gaspettiği şeyler, silâhları ve atı kendi malıydı.

Cermenler zamanında hukukî münasebetler fazla gelişmemişti. Taşınmaz malların aile ve Sippe içinde kalması ilkesi mevcut olduğu için taşınmazlara ait muameleler çok nadirdi. Ancak kimseye ait olmayan ormanları kesip açarak herkes toprak elde edebilir ve bunun üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilirdi. Buna karşılık taşınırılar üzerine çok muamele yapılmış olması ihtimal dahilindedir. Karşılıklı hediyelerle dostluğu perçinleştirmeğe çok dikkat ederlerdi. Mübadele de çoktu, satışı, ancak Cermenler Romalılar'dan parayı öğrendikten sonra görmekteyiz.

Hukukî münasebetlerde tabiidir ki yalnız şeyler üzerindeki haklara değil borçlara da tesadüf edilirdi. Borç bir mecburiyeti, bir edada bulunmak mükellefiyetini ifade ederdi.

Borç: 1. haksız fiilden, 2. bağittan ve 3. bazı belli münasebetler-

(1) Bu mehil'in adı "Jahrend Tag"dır ve çok kere yukarıda yazılan zamana tekabül etmektedir.

den (1) doğardı. Borçlunun borcunu ifa etmemesi, alacaklının borçlu ile savaşması (=Fehde), borçlunun kişiliğini ve yeminle teyit edilmiş olan borçlarda da şeref ve haysiyeti kaybetmesi gibi sonuçlara sebep olurdu. Çok geçmeden, borçlunun ikinci bir hukukî muamele ile alacaklıya bir teminat vermesi usulü bulundu. Çok kere borçlu kendisini teminat olarak gösterir ve borcunu ifa edemeyince alacaklısının kulu olurdu. Yahut da borçlu alacaklıya bir rehin verir ve borcunu ifa edemediği takdirde alacaklının bundan alacağını temin etmesini mümkün kıları. Bu teminat muameleleri ile, ifa edilememenin acıklı neticeleri oldukça hafifletildi.

Her boyun ve her "Hundertschaft" adını taşıyan bir Sippe'nin oturduğu yerleri içine alan bölgenin bir mahkemesi vardı. Boy mahkemesinin vazifesini il toplantısı (=Landesversammlung), Hundertschaft mahkemesinin vazifesini de Hundertschaft başkanı olarak seçilmiş olan kimse ile ileri gelen bir kaç kişi yaparlardı. Bu mahkemeler daima ceza mahkemesi olarak iş görürlerdi. Sonradan kasdî olmıyan suçlardan ötürü suçlunun kişiliğini kaybetmesi veya suçlunun Sippe'si ile savaşılması münasip görülmediğinden, zarar görenin suçlu ile anlaşması ve suçlunun tazminat ödemesi yolu tutuldu ve bu anlaşmanın yapılmasına çok kere Hundertschaft mahkemesi önyak oldu. Çünkü suçlunun bozduğu topluluk barışının yeniden kurulmuş sayılabilmesi için mahkeme de bir ücret almaktaydı.

Bütün önemli hukukî işlemler alenî olarak ve Sippe veya Boy toplantısı önünde yapılırdı. Mahkemelerde yalnız davalara bakılmazdı; Sippe'den atılmak, Sippe'ye alınmak, azat etmek ve taşınmaz mal satmak gibi işlemler de mahkeme önünde yapılır ve şekle ve sembollere çok dikkat edilirdi: hukukî işlem herkes tarafından işitile ve görülebilmeliydi. Msl. Sippe'sinden çıkan bir kimse başının üstünde dört tane kızıl ağaç kabuğu kırmak mecburiyetindeydi. Alacaklısının kulu olabilmek için borçlunun alacaklısına saçını ve sakalını kesip vermesi gerekirdi. Taşınmazlar bir parça toprak ve bir ot verilerek devredilirdi. Davada tarafların belli formülleri aynen söylemeleri gerekirdi, hatta her gün yapılan hukukî işlemlerde bile şekle riayet edilirdi, aksi halde hukukî işlem batıl olurdu (2).

Cermen hukukunda gözle görülebilir hukukî netice doğmadan bir suç suç sayılmazdı, yani teşebbüs cezalandırılmaz, buna karşılık kasitsiz suçlar cezalandırılırdı.

(1) Msl. kocanın karısına bakması mükellefiyeti gibi.

(2) Bk. G. K. Schmelzeisen, Deutsches Recht, Leipzig 1938. S. 777. v. ö.

Cermen dini de Cermen hukukunda önemli bir yer alırdı; ilahların Ulusu idare ettiğine ve bu suretle de hakkı koruduğuna inanılırdı. Mahkemede davaya ilahlar çağrılarak başlanırdı. Kimin haklı olduğu mahkemece tesbit edilemezse ilahlardan medet umarak savaşırlardı, kim galip gelirse o haklı sayılırdı. Yemin de ilâhî idi. Yemin eden yalan söylüyorsa, ilâhların gazeplerinin kendisine gelmesini söylerdi (3). Ölüm cezasının infazı da ilâhlara sunulan bir kurban sayılırdı. Bu inanış yüzyıllarca devam etmiştir; Ortaçağda çok uygulanan tekerlekleme yani tekerlekle suçlunun kemiklerini kırarak öldürme güneş ilâhına sunulan bir kurban, asarak idam ise ruzgâr ilâhı Odin'e sunulan bir kurban sayılırdı. Cermenler'de asillerin, ilâhların sevgilisi, yakını olduklarına inanırlardı, bundan ötürü krallar da asiller arasından seçilirdi. Ancak asillerin diğerlerinden üstün haklara sahip olduklarını gösteren deliller hemen hiç yok gibidir; yalnız asiller için ödenmesi gereken diyet daha yüksekti.

II. — ORTAÇAĞ DEVRİ : Cermenler Avrupa'ya hükmedebilmek için Roma'yı yenmek mecburiyetinde idiler. Doğu Cermenleri bu işi yaptılar ama kendileri de mahvoldular. VI. Yüzyılın ortasında artık Doğu Cermenleri'nin kurmuş oldukları bütün devletler imha edilmişlerdi. Bunun üzerine batı cermenleri tarih sahnesine çıktılar ve Frank imparatorluğunu kurdular. Bu imparatorluk Batı Cermenleri'nin kurdukları ve bütün Batı Cermenleri'ni içine alan bir devlettir. Bu devlet aşağı yukarı bütün Batı Avrupa'ya hükmediyordu ve kudretini de Araplar'ı yenmekle (732) ispat etmişti. Ancak 843 de Verdun paylaşması ile Alman Ludwig doğuyu, Kel Karl batıyı ve Lotar da İtalya ile birlikte ortayı aldı. Lotar'ın iki oğlu halefsiz ölünce Karl ile Ludwig 870 Mersen anlaşması ile Lotar'ın topraklarını da lisan sınırlarına göre paylaştılar. Bu suretle Fransa ve İtalya kesin olarak kurulmuş oldular. Ancak Almanlar ta XIII. Yüzyıla kadar devletlerinin Frank devletinin bir devamı olduğunu unutmadılar; "Regnum Francorum" tâbiri devlet vesikalarında ve kraliyet mabeyninde kullanıldı, bunun dışında kalan yerlerde ise aynı bir tâbir "Kegnum Theutonicum" tâbiri doğmuştu. 911 e kadar Alman Ludwig'in yani Karolingerlerin sülâlesi devam etti; 911' de bu sülâle sönünce Frank dükü kral seçildi, Konrad ilk Alman kralıdır, ondan sonra gelen I. Heinrich ise Alman İmparatorluğu fikrini kavrayan ilk hükümdardır.

Yeni kurulan kırallık artık eskisi gibi bir halk kırallığı değil bir hakimiyet kırallığı idi. Buna rağmen halkla kral arasındaki münasebet,

(3) Bunlara rağmen Cermen hukukunun ilk zamanlarda Ordal'in bulunmadığı, ancak Hristiyanlıkla birlikte bu ilâhî ispat vasıtasının Cermen Hukukuna girdiği anlaşılmaktadır. Bk. Schwenin, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 33 ve 104; v. Amira, a. g. e. S. 217 v. ö.

bir karşılıklı sedakat münasebetiydi. Her kral başa gelince halk kendisine sadık kalacağına ve asker vereceğine, kiral da eski halk hukukuna riayet edeceğine yemin ederdi. Kral devletin yaşaması için gereken her türlü kanun ve yönetmeliği hakimiyet kudretine dayanarak çıkartabilirdi; ancak çok kere krallar kanunlarını, halk hukukunun eki veya düzeltilmesi diye adlandırır ve bu suretle halkın oyuna baş vurmada da bu işi yaparlardı. Kral da aslında halk hukukuna uyruk olmakla beraber çok kere krallar halk hukukuna riayetsizlik etmişlerdir. Kralın koymuş olduğu hukuk bütün krallık için muteber olduğu halde, halk hukuku her boya göre değişmekteydi. Kralın yalnız kanun koyma hakkı değil aynı zamanda orduya komuta, devleti dışarıya karşı temsil etme hakkı ve iç düzenin muhafazası vazifesi de vardı. Krala sadakat yemini eden kerkes onun koyacağı kanuna uymayı kabul etmiş sayılırdı. Bu yemini bozular, kralın af ve barışından faydalanamaz, kral mahkemesinin önüne çıkarlardı. Bu mahkeme suçlunun yalnız kişiliğini kaldırmaya ve ölüm cezası vermeğe değil, kralın yargı hakkına dayanarak kabul etmiş olduğu bütün cezaları vermeğe de yetkili idi. Kralın hem yasama hakkı hem de yargı erki bulunduğu için adâlet dağıtırken her duruma uygun hükümler verebilirdi. Halbuki bu, sıkı sıkıya belli olan halk hukukunda mümkün değildi.

Kiral bu haklarını kullanabilmek ve vazifelerini yerine getirebilmek için geniş ve yalnız kendisine bağlı bir memur kütlesine muhtaçtı. Bu memurlar arasında, saray memurları bir yana bırakılırsa, en önemlisi Graf (= Kont) idi. Her graf'ın memuriyeti bölgesine "Grafenschaft" yahut "Gau" adı verilirdi. Graf, bölgesinin askerî komutanı, barış ve nizamın sorumlusu ve genel idarecisi idi. Memuriyet kudretini kiralardan alan Graf'ın kral gibi, emirlerini cezalar ile teyid etme yetkisi vardı. Grafenschaft'lerde mahkemeler yoktuysa da zamanla Graflar, Grafenschaft'ların içindeki Hundertschaft mahkemelerinin başkanı oldular. Hundertschaft başkanları da Graf'ların vekilleri, sonradan da her bakımdan Graf'a uyruk memurlar oldular. Mahkeme başkanlığı vazifesini yalnız kiral ve Hundertschaft başkanları görebilirdi. Hüküm vermek halka aitti. Ancak Franklar zamanında Graf'ın sık sık toplantıya çağırıldığı mahkemelerde bulunmak mecburiyeti, küçük köylüyü sıkı sıkıya başlatmıştı, bunun üzerine Büyük Karl, hür halkın ancak yılda üç defa belli olan günlerde olanüstü davalara bakmak üzere toplanmaya mecbur olduklarını, Graf'ın ihtiyaca göre toplayacağı mahkemeye ise yalnız hali vakti yerinde olanların, yani asillerin gitmeğe mecbur oldukları kaidesini kabul etti (1).

(1) Bk. Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin 1943. S. 55 v.öt. ve Schmelzeisen, a. g. e. S. 121.

Bu suretle toplanan halktan hüküm vermek üzere bir komisyon seçildi. Schöffe mahkemesi adı verilen mahkemeler bu komisyonların gelişmesi sonucunda ortaya çıkmışlardır. Bu komisyona seçilenler her ne kadar Graf tarafından tâyin ediliyorlarsa da bunlar kendilerini bütün ortaçağda halkın vekili olarak hissetmişlerdir. Zamanla birçok hür köylüler Ortaçağ'da hürriyetlerini kaybedince artık yalnız malikâne sahibi asiller Schöffe olabildiler.

Bir çok boylardan ve uluslardan bir Alman devleti ve milletinin ortaya çıkışı Roma Devlet kavramının ve Hristiyanlığın tesiri ile olmuştur. Roma'nın geliştirmiş olduğu idare hukuku, maliye ve gümrük, devlet arazileri yasama hukuku, devletlerini perçinleştirmek isteyen Cermen kırıllarının işine yaradı. Bunun sonucunda Kralla halk arasındaki münasebet de değişti, kırılın hâkimiyeti genişledi, kendisi kudsileşti; Hristiyanlık da kralların Allah'ın inayeti ile o mevkie gelmiş oldukları fikrini getirdi. Bundan böyle artık kralın karşısında kendisine karşılıklı sadakatle bağlı halk değil, uyruklar vardı. Artık Cermen olanlarla olmayanlar kralın önünde uyruk olmak bakımından birdiler. VI. yüzyıldan itibaren ordu bütün Frank uyruklarından teşkil edilmekte idi. Sonradan yalnız asiller orduya girmeğe, diğerleri de hep grup başına bir asker vermeğe ve teçizat temin etmeğe mecbur tutuldular. Bütün uyrukların anayasa bakımından hakları yoktu. yalnız asillerin vardı ve kralı seçmek hakkı da yalnız bunlara verilmişti.

Ancak kral, hür olsun kul olsun her kesi memur tâyin edebilirdi veya maiyetine alabilirdi. Kralın hizmetinde bulunanlar ise, kralın kendisi gibi tecavülden masun idiler ve bunlar için ödenmesi gereken diyet, mensup oldukları sınıfın diyetinin üç misli idi. Bu suretle kralın memurlarından ve maiyetinden, sonradan da Kilise ve büyüklerin memurlarından yeni bir aristokrazi türedi. Köylü kitlesi ise gittikçe aşağıya doğru kaydı. Eski cermen aristokrasisi de, mensupları kral hizmetinde çalıştırdığından yeni aristokrasinin içinde kayıp oldu. Bunun yanında bir de büyük arazi sahibi başka bir aristokrazi doğmağa başladı. Feodalite çağında da kralın ve büyüklerin maiyetinden ve iktisadî sıkıntı yüzünden her hangi bir aristokratın hizmetine giren hürlerden de Şövalye türedi. Cermen halkı da böylece sınıflanmış oldu. Bunun neticesinde boylar arasındaki ayrılıklar da azaldı, eski halk hukukları da kuvvetini kaybetti ve bunlardan bütün memlekette uygulanan bir "Memleket Hukuku" (= Landrecht) çıktı. Bunun neticesi "kişilik prensibi" yani herkesin doğduğu yerin hukukuna uyruk olması prensibi yerini "Memleket prensibi" ne yani herkesin bulunduğu yerin kanununa uyruk olması prensibine terketti ve bu prensip XIII. yüzyıla kadar yerleşti.

Hristiyanlık ve Kilise de aynı yolda neticeler doğurdular: 496' da Klodwig batı Almanların memleketine ilhak ettikten sonra Hristiyanlığı kabul etmişti. Ona uyruk olan Cermenler de Katolikliği kabul ettiler. Bu suretle de devletde hristiyanlık bakımından ikilik olmadı, çünkü diğer bir çok Cermen boyları Airus (1) mezhebine girmişlerdi.

Kilise de zamanla, Cermen memleketlerinde bazı önemli hukukî değişikliklere sebep oldu: bir kere Kilise bütün aile hukukuna hâkim oldu ve IX. yüzyıldan sonra hürlerle kulların evlenmelerine yol açtı. Kilise'ye giren birçok kullar da hür olduklarından ve papasların XI. hattâ XII. yüzyıla kadar evlenmeleri yasak olduğundan, bunların çocukları da hür sayıldılar. Kilise bundan başka kul olan birçok mensuplarına hürriyeti sağladı, msl. Haçlı seferlerine katılan bütün kullar hür oldular.

VII. Yüzyıldan sonra kralın uyruklarından bir kısmı yeni hâkimlerin hükmüne uymaya mecbur oldular; bunlar uyruklar ile krallar arasında belirmeğe başlamışlardı. Ayrıca Kilise de ruhanîler üzerinde yargı erki elde etti; bunlar da askerî hizmetten muaf tutulmuşlardı. Diğer taraftan kralın ve büyüklerin maiyeti de efendilerinin ordusunda hizmetle mükellef tutulmuşlardı. Bunlar hizmetlerine karşılık efendilerinden bir dirlik (Beneficium) alırlardı. 800' den itibaren maiyetten herkesin böyle bir dirlik istemeğe hakkı vardı. Bu sırada Graf'lık gibi memuriyetler de dirlik olarak verilmeğe başlandı. Bu suretle de feodalitenin esasları atıldı. Krallarla uyrukları arasına giren üçüncü hakim sınıf da büyük giren toprak sahiplerinin, beylerinin sınıfı idi. Bunların mâlikâneleri üçe ayrılırdı: 1. Beyin kendisinin idare ettiği çiftlik; 2. Beye bağlı köylüye, babadan oğula intikal etmek üzere veya belli bir süre için ve aynı edalar veya belli veya belirsiz hizmetler karşılığı verilen topraklar; 3. Beyin, bir kafa vergisi karşılığı bazı koruyucu tedbirler almağa muktedir olduğu "Koruma bölgesi". Beyin toprakları üzerinde oturanlar, hürler, kullar ve yarı kullar yani azledilmiş olanlar hepsi beye uyrukdurlar. Bu yeni hayat tarzını düzenleyen bir yeni hukuk sistemi vardır; zamanla Bey bütün bu insanlar üzerinde yargı erki elde etti ve bu erkini bir memurla kullandı. Bu insanlar artık Grafshaft yargısı dışında kalmışlardı; yal-

(1) Arius 366'da İskenderiye'de ölmüş olan bir Papastır. Arius, İsa'nın Tanrıyla bir olduğunu kabul etmemiştir. Ona göre İsa, ilâhî irade ile hiçten yaratılmış bir yaratıktır. Ahlâkî kıymetinden ötürü Tanrı ona, kendi oğlu payesini vermiştir. Arius'un bu fikri uzun zaman Hristiyanlık dünyasına hâkim olan bir tartışmaya sebep olmuş, 320' de azledilmiş, 325' de İznik'de ve 381' de İstanbul'da toplanan konsillerde Arius'un kurduğu mezhep, "Arianizma" afaroz edilmiş, buna rağmen Arianizma VII. Yüzyıla kadar Cermenler ve en çok Langobardlara arasında tutunmuştur.

nız bazı ağır cezalı dâvalar bakımından Grafschaft mahkemesine uyruldular.

Savaşlar ve kargaşalıklardan ötürü birçok köylüler kötü duruma düşmüşlerdi. Bundan başka Kilise de köylüleri tazyik ediyor ve bunlar öbür dünyada istirahat edebilmek için mülklerinin bir kısmını Kiliseye bırakmak mecburiyetinde kalıyorlardı. Bunun sonucunda da birçok köylüler Beylere bağlanmak zoru altında kaldılar; buna rağmen bağımsız köylüler de büsbütün ortadan kalkmadı.

XII. Yüzyıldan sonra bağlı köylülerin ekonomik durumu oldukça düzeldi. Eski toprak beylikleri yavaş yavaş kalkmış ve yerini gelir çiftliklerine bırakmıştı. Bağlı çiftçilerin angarya mecburiyeti kalkmış, bunların vermek mecburiyetinde oldukları faizler de gayrimenkul mükellefiyeti sayılmış ve köylülerin şehre göçlerinin önüne geçmek için de bu, toprak sahipleri tarafından makul sınırlar içinde tutulmuştu. Bunlara rağmen köylü en aşağı sınıftan sayılıyordu. Şövalyeler ve burjuvarlar onlara yaklaşmıyorlar ve köylüler ne devlet hizmetlerinde ne de askerî hizmetlerde kullanılmıyorlardı. Çok geçmeden köylü yeniden bey tarafından nakdî ve aynı vergi vermek yolunda tazyik edildi. Ancak bu bey eski büyük toprak sahibi değil, mahallî hükümdardı. Bunlar eski beylerin yargı hakkından başka bazı sorlama hakları da elde etmişlerdi: msl. köylü hububatının bir miktarını terk ederek bunları beyin değirmeninde öğüttürmek mecburiyetinde idi. Bir yandan da köylü para karşılıklarından ötürü zayıfladı, böylece Ortaçağ köylüsü rahat ve âdil bir yaşama düzenine kavuşamadı. Ortaçağın sonlarına doğru, doğu yerleşme bölgelerindeki köylülerin durumu bilhassa kötüleşmişti.

Yukarda bahsettiğimiz askerî hizmet karşılığı dirlik verilmesi keyfiyeti zamanla Ortaçağ'ın en önemli bir kurumu haline gelmiştir. Bundan tam anlamıyla Ortaçağ feodalitesi, derebeyliği doğmuştur. Zamanla askerî hizmetten başka memuriyetler ve hükümrânlık hakları da bunun konusunu teşkil etmeğe başladılar. Dirlikler hem kral hem de büyükler tarafından verildi. Neticede dirlikleri ilgilendiren şu üç önemli kaide kabul edildi: 1. dirliklerin irsî olması XII. yüzyılda bu kaide artık kesin olarak her tarafta kabul edilmişti.— 2. Toprak sahiplerinin bir kere dirlik olarak verdikleri toprakları artık hep dirlik olarak vermeğe mecbur tutulmaları —Şövalyeleri varizsiz öldükleri veya sadakat yeminlerini tutmadıkları için toprak sahiplerine düşen dirlikleri toprak sahipleri 1 yıl 6 hafta 3 gün içinde tekrar dirlik olarak vermek mecburiyetinde idiler—, 3. dirlik alanların da aldıkları toprakları başkalarına dirlik olarak verébilmeleri. Bunlar dirliklerini bir veya birçok kimseye dirlik olarak verébildiler.

Staufer sülâlesi zamanında (1138 - 1254) artık Alman devleti tamamen feodalite sistemi üzerine kurulmuştu. Eski memur devletinden bir feodalite, bir dirlik devleti doğmuştu (1). Bütün devlet memuriyetleri bir dirlik konusu olmuş ve dirlik olarak verilen topraklar devlet toprağı sayılmıştı. Yeni bir dirlik hiyerarsisi ortaya çıkmıştı. Buna göre dirlik sahipleri şu sıraya uyrukdurlar: 1. Kral, 2. Kilise prensleri, 3. Dünyevi prensler, 4. Bağımsız beyler, 5. Mahkemede daimî Schöffe olanlar, 6. Hizmetkârlar, 7. Hizmetkârların hizmetkârları (2). Bunların ilk dördü yüksek aristokrasiyi son üçü ise aşağı aristokrasiyi teşkil ederlerdi. Bütün bu düzenin başında kral bulunur ve bu kurum, yani feodalite bütün devleti temsil ederdi. Bu kurumla ilgisi olmıyanlar, yani halk, devlet idaresine katılamazdı. Halk ile kral arasındaki eski münasebet de, araya bu yedi katlı feodalite kurumunun girmesiyle ortadan kalkmıştı. Ortaçağ'ın sonuna doğru dirlik sistemi de yıkılmaya başladı.

Diğer taraftan doğrudan doğruya kralın dirlik vermiş olduğu prensler de memleketlerinde devlet hükümlerini ve hakimiyeti elde ettiler. Eskiden Graf'lara verilmiş olan yargı hakkı bunlara da, vergi toplama, gümrük alma, para basma, pazar hakkı ve koruma hakkı (Msl. Yahudileri koruma) gibi haklarla birlikte verildi. Bunun neticesinde prensler kraldan büsbütün ayrılmak ve kendi memleketinde tam bir özerklik elde etmek yolunu tuttular; bundan da bildiğimiz irili ufaklı birçok Alman devletleri doğdu. Bu devletlerin prensleri devlet idaresi için gereken parayı bulmakta zorluk çekiyorlardı, bu zorluğu yenmek için kendilerine ruhban, asilzade ve şehirliler sınıfını yardımcı olarak buldular. Bu yardıma karşı prensler bunlara bazı anayasa hakları tanımak zoru altında kaldılar. Bu suretle sınıflar devlet idaresine katılmak yolunu buldular. Birçok mühim kararları vermek için prens bunların oyunu almak mecburiyetindeydi. Böylece XV. Yüzyılda eski, toprağa göre kurulmuş devletin yerini sınıflara dayanan bir devlet aldı. Bu devlette hem prens hem de sınıflar kendi menfaatlerini düşünüyorlar ve ancak nadiren, bazı meselelerin hallinde aynı fikirde birleşebiliyorlardı.

Özerk prenslerin kurulmasıyla beraber bir yandan da özerk şehirler kurulmaya başlamıştı. Bunlar pazar yerlerinden meydana çıkmışlardı. Bir pazar yeri tahkim edilince ve bir mahkeme kurulunca artık orası şehir sayılıyordu. Şehri tahkim etmek, pazar kurdurmak ve yargıla-

(1) Ek. fazla bilgi için Fehr, a. g. c. s. 110 ve öf., ve Schmetzeisen a. g. c. sf. 128 ve öf.

(2) Ek. v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, sf. 127 ve öf. bilhassa sf. 131 ve öf.

mak haklarına önceleri şehir kuran şehir beyi sahipti. Şehir beyinin karşısında küçük sanat sahipleri ve tüccarlar bulunurdu. Bunlar şehirliler toplantısı, belediye meclisi ve belediye başkanı ile idareye katılırlardı. Şehir beyine verilmiş olan hakların önemlileri zamanla belediyeye geçti ve şehir, şehirlilerin eşitliği prensibine dayanan bir topluluk haline girdi. Şehirli artık şehir beyine bağlı olmadığı gibi şehre her yeni gelen de haklardan faydalanıyordu. Toprağa bağlı birisi bile bir şehre yerleşince eski efendisi bir yıl altı hafta ve üç gün geçtikten sonra onu artık geri götüremezdi.

Şehirler yeni bir iktisadî sisteme dayanıyorlardı : bu sistemin esası para idi. Şehirlerden bazıları buldukları memleketin beyine bazıları ise doğrudan doğruya krala uyruktular. Bu sonunculara hür Reich şehri denirdi. Şehirler içinde de türlü esnaf kendi aralarında birlikler kurmuşlardı.

Ortaçağ'da Sippe'ler bütün önemlerini kaybetmişlerdi. Çünkü Kilise ile birlik olan kral Sippe'ler arasındaki savaşı ve kan dâvasını yavaş yavaş ortadan kaldırmış, herkesin istifadesine açık olan bir idare ve âdâlet cihazı kurmuştu. Bu suretle aile hayatı ev hayatına inhisar etmiş ve askerlik de ayrı bir sınıfa mahsus bir hizmet olmuştu. Kadınlar üzerindeki velâyet bağları gevşemişti. Bilhassa şehirlerde bağımsız veya sanat erbabı olarak çalışan kadınlar gözükmeğe başlamıştı. Hristiyanlığın tesiri ile herkes ölüme bağlı tasarruflarla malını, mülkünü Kilise'ye bırakarak ilerde ruhunun istirahatını temin etmek istiyordu. Bu Roma hukukunun vasiyetnamesini Cermenler'in kabul etmesi demekti. Bu ise, herkesin toprak sahibi olmasına yol açtı. Toprağı satın alana, toprağın eski sahibinin yakınları (akrabaları) ancak semeni iade etmekle tekrar toprağı ele geçirebiliyorlardı (1). Bu bile uzun zaman sürmedi.

Şehirlerde de, ticarethaneler ve imalâthaneler, köylerdeki toprağın yerini tutmuştu. Önceleri bunlarda yalnız aile içinde kalırken (2) sonraları, tıpkı toprak gibi, başkaları da onları elde edebildiler. Ancak herkesin kendi elde ettiği taşınmazlar üzerinde istediği gibi tasarruf hakkı da daha ilk zamanlardan beri şehirlerde kabul edilmişti. Yalnız taşınmazlara ait hukukî muameleler tapuya işaret edilirdi. Taşınırlar her türlü sınırlandırmadan uzaktılar. Herkes taşınırlar üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilirdi. Şehirlerdeki ticaret hayatı çok hareketli bir bağlantılar hukuku doğurdu. Bu yeni hukuk, eski toprak işletmesine göre gelişmiş olan hukuktan daha çok ticarî münasebetlere uyan bir hukuk-

(1) Buna yakın hakkı denir, Alm. Naeherrecht.

(2) Osmanlı hukukunda Gedik'lerle karşılaştırılmak gerekir.

tu. Hergünkü ticarî hayatın değişik münasebetlerine uyabilmek için eski şekilcilik yavaş yavaş kaybolmağa başlamıştı.

Ortaçağ'ın sonlarına doğru Kilise'nin tesiri azalmaya, para ekonomisi genişlemeğe ve gelişmeğe başladı. Humanizma insanların bakışlarının istikametini öbür dünyadan bu dünyaya çevirdi, ferde lâayık olduğu mevkii verdi. Düşünen kafalarda şüpheler uyandı, sorular belirdi ve herkes meseleler hakkında kendi hüküm vermeğe başladı. XII. ve XIII. Yüzyıldan sonra kültür Kilise dışındakilerin de kafalarına yerleşti. Kilise içindeki aksaklıklar ve Papa'larla İmparatorlar arasındaki anlaşmazlıklar halkın uyanmasına yardım etti. Böylece hukuk da yavaş yavaş dünyevî olmaya başladı. Özerk şehirlerde ve prensliklerde hukuk kamu menfaatine hizmet edecek şekle sokuldu. Ticaret ve sanayi alanındaki çalışmalar hukuk tarafından korundu. Şehir ekonomisi ve onun bütün yeni meseleleri hukuk kaidelerine bağlandı. Ordal'da Tanrının gerçeği tecelli ettirdiğine artık inanılmadı ve bu ispat vasıtası yavaş yavaş kayboldu.

İnsanların birbirleriyle münasebetleri giriftleştikçe hukukî düşünüş de buna ayak uydurdu : msl. ceza hukukunda kasit, ihmâl ve teşebbüs durumları tespit edilerek birbirlerinden ayrıldı.

Hukuk kaidelerini yazarak toplamak temayülü artık tabii görümeğe başlandı ve bir topluluğun hukuk kaidelerini diğer bir topluluğun aynen veya kısmen aldığı görüldü. Hattâ kendi hukuk kaidelerini büyük paralar karşılığı satan topluluklar bile görüldü.

Gerçekten Almanya'nın bölgelere ve küçük devletlere ayrılması kesin bir mahiyet aldıktan sonra bu bölgelerin bazılarında yürürlükte olan hukuk kaideleri de kitap halinde toplanmaya başlamıştı. Bu kitapların hiçbirisi kanun kuvveti kazanmamış olmakla beraber bunların bazıları tatbikatta kanun gibi kullanılmışlardır. Bu kitaplar başlıca : 1. Memleket hukuku (1) adı verilen ve bir ulusun oturduğu bölgedeki halkın bütün hukukunu içine alan kitaplar, 2. Dirlik hukuku kitapları ve 3. Şehir hukuku kitapları olmak üzere üç kısma ayrılmaktadırlar. Bu kitaplar içinde en eskisi ve önemlisi Saksonya Aynası (2) adı verilen kitaptır. Bunda Saksonya memleket hukuku ve ek olarak da dirlik hukuku toplanmış fakat hizmet, saray ve şehir hukuku bilhassa kitabın dışında bırakılmıştı. Kitaba daha çok doğu Saksonya'daki hukuk hayatı ve mahkeme tatbikatı kaynak teşkil etmiştir. Saksonya Aynası, memleket hukuku ve dirlik hukuku olmak üzere iki kitaptan müteşekkildir. Kitap Ei-

(1) Alm. Lanrecht.

(2) Alm. Sachsenspiegel.

ke von Repkow adlı bir şövalye tarafından (1180:1190-1233) önce lâtince yazılmış sonradan da Almancaya tercüme edilmiştir. Kitapta bir sistem bulunmamakla beraber elde bulunan material, birbirleriyle olan ilgisi göz önünde tutularak tasnif edilmiştir. Almanya'da Ortaçağ'da yazılmış olan hukuk kitapları arasında Saksonya Aynası büyük bir rağbet bulmuş, birçok diyeklere ve felemenkçe, lehçe ve lâtince gibi dillere tercüme edilmiş ve mahkemelerde kanun gibi kullanılarak Almanya'nın bazı bölgelerinde 1900 yılına kadar yürürlükte kalmak mazhariyetini elde etmiştir. Hattâ zamanla Saksonya Aynası'nı şerheden veya onu yeniden işliyen birçok kitaplar yazılmıştır.

Saksonya Aynası'ndan başka onun kadar büyük önemi olmamakla beraber Şvaben Aynası (3) da oldukça geniş bir yer almaktadır. 1274/5 yıllarından yazılmış olan bu kitap birçok değişiklikler ve yenilikler ihtiva etmekle beraber esas itibarıyla Saksonya Aynası'na dayanmaktadır. Bununla beraber yabancı hukuk kaideleri de bu kitapta yer almış bulunmaktadır. Güney Almanya için yazılmış olan Şvaben Aynası, Saksonya Aynası kadar önem kazanamamış ve tatbikatta da çok az yer bulmuştur. Şvaben Aynasının yazıldığı sırada yazılmış olan Alman Aynası (1) da esas itibarıyla Saksonya Aynasına dayanmakta, yalnız ikinci kitabının 12. ve 13. maddelerine kadar bundan ayrılmaktadır. Bütün Almanya hukukunu toplamayı gaye edinen bu kitap bu gayesine ulaşamamıştır. Bunlardan başka Frank Aynası olmak üzere birçok hukuk kitapları daha varsa da bunların önemi büsbütün azdır (2).

Böylece bir yandan bölgelerin, memleketlerin hukuku toplanmaya çalışılırken bir yandan da şehirlerin ve imtiyazlı sınıfların hukukları da toplanmak için uğraşılmış ve birçok eserler meydana getirilmiştir. Bütün bu çalışmalara rağmen Ortaçağ'dan Yenizamanlar'a geçişte Almanya'da hukuk bakımından büyük bir olay kaydedilmiştir ki bu da Roma hukukunun kabulüdür.

III. ROMA HUKUKUNUN KABULÜ: Bizans İmparatoru Justinianus (527-565) Roma hukukunu bir kitap halinde toplattırmış (3) ve meydana gelen eserin yorumlanmasını menederek yalnız kısa kelime şerhlerine ve Yunancaya tercümesine izin vermişti. Zaten bu sırada bir durgunluk

(3) Alm. Schwabenspiegel, bu ad XVII. Yüzyıldanberi kullanılmaktadır; daha eski adı Kaiserliches Land-und Lehenrecht (= İmparator memleket ve dirlik hukuku) veya Kaiserrecht (= İmparator hukuku) dir.

(1) Alm. Deutschenspiegel.

(2) Bk. daha fazla bilgi için v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, s. 143 v. öt. ve v. Amira, a. g. e. sf. 61 ve öt.

(3) Bu esere XII. Yüzyıldan sonra Corpus iuris civilis adı verilmiştir.

geçirmekte olan hukuk ilmi bundan sonra XI. Yüzyıla kadar sürecek olan bir uykuya dalmıştı. Roma hukuku XII. Yüzyılda İtalya'da bu uykusundan uyandırıldı. Bu yolda, Bologna'daki Glossatorlar mektebi öncülük etti. Bu sırada Pisa'da "Pandektler" in o zamana kadar ele geçen en tam nüshası bulundu; buna "Pisana" adı verildi. Sonradan Floransalılar Pisa'yı zaptederek bunu Floransa'ya götürdüler ve buna "Florentina" adını verdiler. Bu eser yukarı İtalya hukuk mekteplerinin yükselmesine çok hizmet etmiştir. Glossator'lar Roma hukuku kaynaklarının en zor cümlelerini bile serhetmekte ve öğrencilerine fikirlerini bildirmekte idiler. Aynı şekilde XII. Yüzyıldan XIV. Yüzyıla kadar Corpus Iuris Canonici adı altında toplanmış olan Kilise hukuku da serhedildi. Ancak çoğu rahip olan bu Glossatorlar bütün zekâlarına rağmen nazarî kalmaktan ileri gidemediler. XIII. Yüzyıldan XV. Yüzyıla kadar Padua, Perugia ve Pavia'da çalışmış olan Postglossatorlar bu bakımdan Glossatorlar'dan ileri gittiler ve o sırada gelişmiş olan ticarî münasebetlere uygun amelî fikirler ileri sürdüler ve bunlara hakem olarak ve reylerinden istifade edilmek üzere çok müracaat edildi. Ancak Glossatorlar olsun Postglossatorlar olsun her türlü tarihi düşünüşten mahrumdurlar. Bunlar Roma hukukunu yazılı akıl (= Ratio scripta) olarak kabul etmişler, fakat bu hukukun geçmişte yaşamış bir milletin, bir cemiyetin kültür masulü olduğunu düşünmemişlerdi. Ancak bu da zamanlarının icabı idi. Çok geçmeden bu İtalya mektepleri bütün dünyada tanındılar; her taraftan birçok gençler bu mekteplere koştular, orada okudular, bir kısmı artık kendilerine yabancı gelen memleketlerine döndüler, büyük bir kısmı ise İtalyada yerleşmeği tercih ettiler. Her tarafa yayılan bu hukuk doktorları tahsil etmiş oldukları Roma hukukunun, yani çoktan yok olmuş olan bir milletin, bir kültürün hukukunun uluslararası bir hukuk haline gelmesine sebep oldular: Roma hukuku bütün Batı Avrupa'ya yayıldı. Bu yayılma sırasında Roma hukukunun önüne en kuvvetli rakip olarak Cermen hukuku çıktı ve böylece bir hukukçular hukuku olan Roma hukuku ile millî bir halk hukuku olan Cermen hukuku arasında içten içe bir savaş başladı ve bu savaş Almanya'da Roma hukukunun zaferiyle sonuçlandı. İsviçre'de Roma hukuku tam bir galibiyet kazanamadı. İsviçre özel hukuku, genel olarak, Cermen menşesine sadık kaldı, İsviçreli hürriyetleri gibi hukukî tecrübelerinin meydana getirdiği hazineyi de hiçbir zaman terketmediler. Her ne kadar Roma hukuku orada da yerli hukuk kurumlarına kuvvetli tesirler yaptıysa da onların yerini tamamiyle almaya muvaffak olamadı. Halbuki Almanlar kendi hukuklarını bırakıp yabancı hukuku almak tehlikeli denemesine cesaret etmişlerdir. Bu suretle de XV. Yüzyıldan XX. Yüzyıla kadar İsviçre milleti Cermen hukuk

düşünüşünün ve Cermen hukuk kurumlarının Avrupa kıtasında mümessil ve muhafızı olmuştur; İngiltere'de de Cermen hukuku esasları üzerinde milli bir hukuk geliştirilmiş, Fransa'da da daha ilk zamanlarda Roma hukuku ile karışmış olan Cermen hukuku esas itibariyle galip gelmiştir.

a) *Roma hukukunun Almanya'da kabul edilişinin sebepleri* : İşte Roma hukukunun nasıl olup da Alman memleketlerinde kabul edilmiş olduğu eskidenberi hukuk tarihçilerini çok ilgilendiren bir konu olmuştur. Buna rağmen bu işin sebeplerini ve nasıl olduğunu etraflıca anlatan bir eser henüz yazılamamıştır (1). Mevcut eserlere göre durum şöylece hülâsa edilebilir : İtalya'da okuyan hukuk doktorları memleketlerine döndükleri zaman devlet idaresinde kendilerine önemli mevkiler verildi. Bunlar çok geçmeden yargı görevi ile de görevlendirildiler. Diğer taraftan eski Cermen halk yargıçları, Şöffeler değişen ve gelişen hayatın icaplarına uyarak hak dağıtma işini başarmaktan âciz kalmışlardı, artık hukuk tahsili görmüş yargıçların âdalet dağıtmaları kaçınılmaz bir zaruret haline gelmişti. İlk Alman üniversitelerinin kurulmasıyla (Prag 1348, Viyana 1365, Heidelberg 1386) bu ilim merkezlerinden de Roma hukuku etrafa yayıldı. Kendi öz hukuku, Roma hukukuna çok yakın olan Kilise de bu hukukun yayılmasını kendi vasıtasıyla kolaylaştırıyor ve teşvik ediyordu. Bütün bu sebeplere ilâve olarak zamanın ve Cermen hukukunun bünyesinden doğan daha mühim bazı sebepler de vardı, şöyleki: Roma hukukunun Alman memleketlerinde kabul edilmesi Rönesans'ın içine giren bir olaydır; XV. ve XVI. Yüzyıllarda gözler geriye, antika roma ve Yunan kültürüne çevrilince, tâbiidirki bu kültürün en büyük ve verimli bir meyvesi olan hukuk önünde kapalı kalamadı. Rönesansın bütün ilim kollarına getirdiği derinliğine çalışma bilhassa kendini hukuk alanında hissettirdi. Bologna, Paris ve Pavia'daki hukukçular Roma hukukunu derinliğine incelemeğe ve Cermen hukukunu hakir görmeğe başladılar. Protestanlığın yayılmasıyla, yani Tanrı ile insanlar arasındaki mutavassıtların kalkmasıyla, her insanın önemi arttı, her ferde eskiden daha çok şahsî bir değer verilmeğe başlandı. Artık bir şahsı yalnızca bir ailenin bir Sippe'nin, küçük veya büyük, dinî veya dünyevî bir topluluğun üyesi olarak görmek imkânı kalmadı. Artık insanlara eskiden olduğundan da-

1) Bu hususta yazılmış olan en derli toplu eser Georg v. Below'un "Die Ursachen der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland" adlı eseridir. München/Berlin 1905. Son zamanlarda Paul Koschaker'in yayınlanmış olduğu "Europa und das Römische Recht" adlı kitap (München 1947) da da Roma hukukunun kabulü meselesi etraflıca ve büyük bir vukufla en son literatüre de dayanılarak incelenmiştir.

ha çok, dünyevî ve dinî işlerde bir şahsiyet tanımak mecburiyeti belirirdi. Ferdîyetçi bir hukuk sistemi olan Roma hukuku bu yolda düşünüşü ve yaşayışı kolaylaştırdığı için hem ferdîyetçiliğin hem de Roma hukukunun zaferine yardım etti. Özel hukuk alanında zamanın düşünüşüne uygun bir mahiyet arzeden Roma hukuku, kamu hukuku alanında da mutlak "Imperium"u ile zafer kazandı: Protestanlıkla beraber ortaya çıkan din savaşları insanlarda, hükümdarın otoritesine dayanan bir kamu nizamına karşı olan isteği arttırmıştı. XVI. Yüzyılla beraber Almanya' da yeni bir iktisadî sistem yerleşmeğe başlamıştı: para ekonomisi. Bunda da Protesanlığın rolü olmuştu: para ekonomisi ancak paranın bir gelir getirmesiyle yani faiz ile mümkündü, halbuki Ortaçağ'da Kilise faizi yasak etmişti. Luther ve Calvin bu yolda ilk adımı atarak istisnâî durumlarda faizle borç vermeği kabul ettiler, bu suretle sermayeye işletilme imkânı verildi. Bu yeni para ekonomisi sistemine uyacak bir hukuk sistemi de vardı ki o da Roma hukukuydu. Diğer taraftan Cermen hukuku toprağa, toprak ekonomisine dayanan bir hukuk sistemi idi. Cermen hukukunda taşınır mallara, ticarî ve iktisadî münasebetlere büyük bir yer verilmemişti. Alman borçlar hukuku, para ekonomisinin icaplarını karşılıyamıyacak bir zayıflıktaydı.

Ancak Roma hukukunun kabul edilmesi için sayılan bütün bu sebepler kâfi değildir. Zira Roma hukukunu kabul etmemiş olan İngiltere ve İsviçre ve Roma hukukuna birçok bakımlardan karşı koymuş ve bunda muvaffak olmuş olan Fransa için de aşağı yukarı durum aynı idi. Buna rağmen bu memleketlere Roma hukukunun girememiş veya çok az sızabilmiş olmasının başka sebepleri de bulunmak icap etmektedir. Gerçekten bu memleketler ile Almanya arasındaki farklar incelendiği vakit başlıca üç şey göze çarpmaktadır: 1. Almanya'da bütün memleketeye şamil bir özel hukukun ve böyle bir hukuku geliştirecek ve savunacak hukukçuların bulunmaması, 2. Almanya'da böyle bir hukukun gelişmesini mümkün kılacak, himaye ve teşvik edecek bir merkezî kuvvetin bulunmaması ve 3. Alman İmparatorluğunun, eski Roma İmparatorluğunun bir devamı farzedilmesi.

Bu üç noktayı ayrı ayrı inceliyecek olursak, kısaca "Rezeption" Kabul" adı verilen Almanya' da Roma hukukunun kabulünün sebepleri bir dereceye kadar daha iyi anlaşılır. Bununla beraber bu sebepler daha çok genel mahiyettedir, bunları bütün Almanya'ya ve her tarafta aynı kuvvette olmak üzere teşmil etmeğe de imkân yoktur; zira ancak siyasî olduğu gibi hukukî bakımdan da birçok bölgelere ayrılmış olan Almanya'da her bölgenin durumu ayrı ayrı incelenerek her bölge için

varılan neticeleri sonradan birleştirip bütün Almanya için daha tatmin edici sonuçlara varmak mümkün olabilecektir (1).

Almanya coğrafi bir bütün değildir, Alman ırmaklarının, Fransa ve Rusya'da olduğu gibi aşağı yukarı bir bölgeden çıkarak bütün istikamelere akmalarına karşılık, birbirlerine paralel olmaları ve Mittelgebirge, Harzgebirge gibi dağların memleketin ortasına yerleşmiş bulunmaları, Almanya'yı birçok bölgelere ayırmış ve muhtelif boyların birleşmesinden meydana çıkan muhtelif Alman ulusları da bu bölgelerde kendilerine hâs birer hukuk geliştirmişler, bu oluş Alman Anayasasının ayırıcı tesiriyle de keskinleşmiş ve neticede Almanya birçok hukuk bölgelerine ayrılmıştır; öyle ki bu hukuk başkılığını kaldırmak ve bütün ülkede yürürlükte olan bir hukuku kabul etmek hukukçuların baş arzusu olmuştur. Bu sırada Roma hukuku kadar işlenmiş ve incelenmiş başka bir hukuk da mevcut olmadığından ve humanizma tesiriyle Roma ve Yunan medeniyeti eserlerine rağbet artmış olduğundan esasen İtalya'da Roma hukuku tahsil ederek Almanya'ya dönmüş olan hukukçular ellerini Roma hukukuna doğru uzatmışlardır. Halbuki XV. Yüzyılın ortalarında siyasî birliğine kavuşan Fransa'da hukukî parçalanma olmadığı gibi XIII. Yüzyılın iç savaşlarından sonra parlamenter hayatının esas temelleri atılmış olan İngiltere'de de Almanya'daki gibi bir hukukî parçalanma olmamıştır.

Almanya coğrafi bir bütün olmadığı gibi bu ülkenin tabii bir merkezi de yoktur. Almanya daima kendisine tabii ve siyasî bir merkez aramış ve merkezini daima değiştirmiştir : Wartburg ve Wittenberg gibi protestanlığın çıkmasında büyük önem kazanmış olan dinî merkezler olsun Weimar Jena gibi kültür merkezleri olsun, ülkeyi tam ikiye ayıran Mittelgebirge'nin ve Harzgebirge'nin üstünde veya civarındadırlar. İmparatorların eskiden taç giydikleri Aachen ve Frankfurt/Main şehirleri ise hemen sınırdadır bulunmaktadırlar. Eski İmparatorlar şehri Viyana ise Tuna havzasının tabii ve siyasî merkezidir ve yüzünü Almanya'dan çok Doğuya ve Balkanlar'a doğru çevirmiştir. Prusya'nın merkezi olan Berlin ancak Prusya kuvvetli bir devlet olduğu ve diğer bölgeleri kendisine sıkıca bağladığı müddetçe ülkenin merkezi olmuş, birinci Cihan savaşından sonra merkez Weimar'a nakledilmişse de orası da bu işe elverişli olmadığını ispat etmiştir. Şimdi de Ren kıyısında Bonn Almanya'

1) Bk. Koschaker, a.g.e. S. 142.

nın büyük bir kısmına merkezlik etmektedir (1). İşte tabii bir merkezin olmayışı ve birçok merkezlerin oluşu da böyle bir merkezde hukukçuların toplanıp yetişmelerine ve hukuku, merkezin kuvvetine dayanarak geliştirmelerine engel olmuş ve en yüksek Alman mahkemesi olarak kurulan Reichskammergericht (2) bile birçok kereler yer değiştirmiş ve 1693'den sonra küçük bir taşra kasabası olan Wetzlar'a taşınmıştır. Buna karşılık İmparatorluğun merkezi olan Viyana'da da geleneğe dayanılarak 1498'de Reichshofrat adlı başka bir yüksek mahkeme daha kurulmuş ve XVI. Yüzyılın başlarında bu mahkeme birçok bakımlardan Reichskammergericht'in yerini almış ve böylece Alman hukuku iki yoldan yürümeğe başlamış, aradaki ayrılık din meselesinden dolayı da barizleşmiş ve Reichshofrat Katoliklerin, Reichskammergericht ise Protestanların yüksek mahkemesi haline gelmişler ve İmparatorlara dayanan birincisi 1600 sıralarında ikinciyi kamu hukuku meselelerinde geçmeğe muvaffak olmuş ve bu suretle hukukçuların bir hukuk yaratmaları ve geliştirmeleri büsbütün imkânsızlaşmıştır (1). Almanya birliğine kavuştuktan sonra 1. Ekim 1879' da kurulan Alman Yargıtayı (= Reichsgericht) da Berlin'e değil Leipzig'e yerleşmişti. Halbuki İngiltere'de Londra'da ve Fransa'da Paris'te yüksek mahkemeler (2) merkezi kuvvetin himayesinden faydalanarak Roma hukukuna karşı koyabilecek bir hukuk geliştirmeye muvaffak olmuşlardır (3). Almanya'da ise önce feodalitenin en yüksek zirvesine çıkması, sonra da din savaşları neticesinde zaten zayıf olan merkezi kuvvetin büsbütün zayıflaması üzerine hukukî bakımdan parçalanmaya engel olunamadığı gibi Roma hukukunun kabulü de önlenememiştir.

Kaldı ki Almanya'da gerek merkez yani İmparator gerek diğer prensler Roma hukukunun kabulüne karşı koymak şöyle dursun bilâkis onu teşvik de etmişlerdir. Çünkü bir kere bütün Alman hükümdarları Roma'nın geliştirilmiş ve dogmatikleştirilmiş âme hukukunun kendi hakimiyetleri için çok sağlam bir dayanak olduğunu görmüşlerdir; zira Roma hukukuna, Roma'nın son zamanlarında hükümdarların mutlak hükümranlık haklarını teyid eden bazı prensipler girmişti; işte bu kaideler yalnız Alman İm-

1) Nazi almanyası da bu durumun farkına varmış ve Parti kongreleri için Nürnberg'i, Parti idaresi için München'i merkez seçmiştir. Habsburglar zamanında bile İmparatorluk tacı uzun müddet İmparatorluğun merkezi Viyana'da değil Nürnberg'de muhafaza edilmişlerdir (1424-1796).

2) 1495'de worms Reichtag'ı tarafından kurulmasına karar verilmiş ve 7.8.1806 da ilga edilmiştir.

(1) Bk. Koschaker a. g. e. S. 228 v. öf.

(2) Paris Parlement'i gibi.

(3) Bk. Koschaker a. g. e. S. 227.

paratorlarının değil, gittikçe daha çok iktidar sağlamak arzusunda olan bütün Alman prenslerinin işine gelmişti. Diğer taraftan kendilerini eski Roma İmparatorları'nın varisi sayan Alman İmparatorları da seleflerinin zamanlarında meydana getirilmiş olan bu hukukun kabulünde bir beis görmemişler, bu hukuku yabancı saymamışlardı. Hatta İmparator Lothar (1125 - 37) ın Roma hukukunun öğrenilmesini ve uygulanmasını emrettiği yolunda bir efsâne bile uydurulmuştu. Zaten Roma İmparatorluğu fikri bu muazzam İmparatorluğu bir arada tutan en kuvvetli bağdı.

Demekki Almanya'da başka başka hukukların oluşu, bir merkezin, bir merkezi kuvvetin yani bir birlik devletin bulunmayışı bir Alman hukukçu sınıfının türemesine ve Almanya'ya hâs ve bütün Almanya'ya şamil bir özel hukukun geliştirilmesine engel olmuş ve Alman İmparatorlarının kendilerini Roma'nın varisi saymaları sonucunda da Roma hukukunun kabulü mecburî olmuştur.

b) **Almanya'da Roma hukukunun kabulünün şekli** : Bütün bunlara rağmen Roma hukuku Almanya'da bir kanunla ve birden bire kabul edilmiş değildir. Roma hukuku Almanya'ya yavaş yavaş ve göze görünmeden girmiştir: İtalya'da tahsil etmiş olan hukukçu yargıçlar hükümlerini ona göre vermeğe başlamışlar; idareciler tüzük ve yönetmelikleri tertip ederken Roma hukukundan mülhem olmuşlar; şehir hukukları, noter vesikaları Roma hukuku göz önünde tutularak tanzim edilmiştir. Hukukçu yargıçlar halk yargıçlarını yavaş yavaş mahkemelerin dışında bırakmaya başlamışlardır.

Mukavelelerde de önceleri yalnız yerli hukuktan uygulanabilecek bir kaide mevcut olmadığı zaman ve yerli hukuka aykırı olmıyan Roma hukuku kaideleri uygulanıyordu . Ancak bu durumda yargıç, yerli hukukun boşluğunu doldurmayı düşünmeden daha önce öğrenmiş olduğu Roma hukukunu uygulayacaktı. Fakat çok geçmeden, hukukçu yargıçlar -bilhassa İtalya'da tahsil ettikleri için- her yere göre değişen halk hukukunu iyice bilmediklerinden her zaman Roma hukukunu uygulamaya başladılar. Diğer taraftan yerli görenek hukukunun uygulanmasını isteyenler, uygulanmasını istedikleri kaidenin mevcudiyetini ispatla mükellef tutulmuşlardı. Ancak görenek hukuku çok kere yazılı olmadığı için ispatı da oldukça zordu.

1500 sıralarında Roma hukukunun kabul edilmiş olması artık kimse- nin inkâr edemeyeceği bir vakıta haline gelmişti. 1495 yılında Richskammergericht kurulduğu zaman yarısı hukukçu olan yargıçlar Roma hukukuna ve ispat edildiği takdirde görenek hukukuna göre hüküm vereceklerine yemin etmişlerdi. Ancak eskiden beri Alman hukukunda yerleşmiş olan "Küçük bölgenin hukuku, büyük bölgenin hukukundan önce gelir"

kaidesi de terkedilmişti. Bu kaide de terk edilmiş olsaydı bilhassa Almanya'da Cermen hukukunun, Roma hukukunun yanında yaşamaya devam etmesine imkân kalmazdı. Böylece halk bilmeden Roma hukuku yaşı yavaş Almanya'ya yerleşmiş oldu. Halk hiçbir zaman Roma hukukuna göre yaşamadı, yalnız tahsilli hukukçuların, kendisine Roma hukukunu uygulamalarına boyun eğmek mecburiyetinde kaldı. Roma hukuku Alman hukukundan üstün olduğu için değil, karşısında bir Alman hukuku bulunmayıp birçok Alman hukukları bulunması yüzünden Almanya'ya girmiştir (1).

Almanya'da Roma hukuku olarak kabul edilen hukuk Corpus' Juris'de tespit edilmiş olan hukuk değil bunun İtalyan hukukçuları bilhassa Kommentatorlar tarafından işlenmiş olan şekildir (2). Roma hukuku ile birlikte Kilisenin Corpus Juris Canonici'si ve Libri Feudarum da Almanya'ya girdiler. Libri Feudarum, Lombard dirlik hukukunun Pavia ve Milâno'da vücut bulmuş olan bir tertibiydi.

Roma ve Kilise hukuku ile birlikte mahkemelerin gizliliği ve yazılı olması prensibi de alındı. Bu sırada Almanya'da ve bütün Batı memleketlerinde İnquisition dâvaları da Kilise hukuku ile birlikte Almanya'ya girdi. Bu dâvalar'da yargıç yalnız dâvayı idare ve hüküm vermekle görevli olmayıp aynı zamanda savcılık görevini de görmekte ve bu suretle sanıklar tamamiyle bu mahkemelerin tarafgirliğine terkedilmiş bulunmakta idiler. Yargıçlar doğrudan doğruya her şüpheliyi kovuşturabilmekte ve Kilisenin de cevaz verdiği meşhur işkencelerle sanıkları itirafa mecbur edebilmekte idiler.

Bütün bunlara rağmen Roma hukukunun büsbütün girmediği veya az tesirli olduğu yerler de olmuştur: bazı aristokrasiler, küçük sanat erbabı ve tüccarlar ve kısmen de köylüler Roma hukukuna uymadılar. Schleswig ve İsviçre ise Peichskammergericht'e uyruk olmadıklarından buralarda Roma hukuku yerleşemedi. Saksonya'da da yerli hukuk yabancı hukuka karşı kendisini korumaya muvaffak olmuştur.

Bütün bu değişiklikler tabiidir ki bir gün içinde olmamıştır. İlk önce hukukçular, yerli hukukî durumların yeni hukuka uydurulmasına çalıştılar, çünkü Cermen hukuku halkdan doğmuş, halk içinde yerleşmiş bir hukuktur, bundan ötürü de ortadan kaldırılması öyle kolay değildi. Bunun için "Usus modernus pandectarum" kavramını ortaya attılar, bununla yerli hukuk kaidelerini ve kurumlarını yabancı hukuka uydurmaya çalıştılar. Bunun sonunda Roma, Kilise ve Roma hukukuna uydurul-

(1) Bk. Koschaker a. g. e. S. 234.

(2) Bk. Koschaker. a. g. e. S. 161. v. öt.

muş yerli hukuktan yeni bir hukuk çıktı ve buna “Müşterek hukuk” (=Gemeines Recht) adı verildi (1). Bu müşterek hukuk bütün Almanya’da uygulanıyordu.

c) **Roma hukukunun Almanya’daki tesirleri** : Roma hukukunun Almanya’daki tesirlerine gelince Kamu hukuku alanında bunu “Prenslerin kudretlerinin artması ve Feodalitenin tesirleriyle esasen gevşemiş olan, halkla prens arasındaki eski bağların çözülmesi” diye özetlendirebiliriz. Özel hukuk alanında ise Roma hukukunun tesiri daha büyük olmuştur: toprak hukuku alanında, eskidenberi, köylü babadan oğluna intikal eden bey toprakları, Roma hukukuna uyularak bundan böyle zamanla sınırlandırılmış olarak kiraya verilmiş sayıldı, böylece de bey istediği zaman köylüleri eskidenberi oturdukları topraklardan atabilmek hakkını elde etti. Cermen hukukunun taşınmaz mallar ile taşınır mallar arasında kabul ettiği ve klasik Roma hukukunun ise yabancı olduğu farklar artık göz önünde tutulmadı; bunun neticesi olarak da taşınmaz mallar da taşınır mallar gibi kolayca devredilebildi. Taşınmaz mal rehinleri âdi bir bağitle tesbit edilmeğe başlandı, tapuya tescil artık mecburî değildi. Toprakla aile arasındaki eski bağlar tamamiyle koptu, böylece toprak bu bakımdan da bir meta oldu ve piyasaya çıktı. Roma hukukunun tesiriyle herkesin, sınırsız şekilde ölüme bağlı tasarruflarda bulunmak hakkını elde etmesi ve Roma hukukunun mirasçılara, mirası eşit olarak dağıtması köylü toprağının büsbütün parçalanmasına sebep oldu. Bir köylü hukuktan gelişerek bir para hukuku sistemi haline gelen Roma hukuku birçok bakımlardan bir köylü hukuku olmakda devam eden Alman hukukunun uygulanma alanını daralttı. Roma hukukunun hizmet akdine ait hükümleri de eski kulluk hukukuna dayanmakta olduğundan, işçi ile iş sahibi arasındaki münasebetler tamamiyle maddî olarak bir çalışma kuvveti kirası gibi mutalaa ediliyordu. Burada eski Cermen hukukunun işçi ile iş sahibi arasındaki sadakat bağlarını aramakda hiçbir fayda yoktu.

Bütün bunlara rağmen Roma hukukunun kabulünün iyi tarafları da olmamış değildir. Bir kere bu suretle Almanya’daki bölgelere göre değişen hukukun yerini kısmen de olsa bir tek ve âlemsümul bir hukuk sistemi almış ce Roma hukuku sayesinde, Almanya’da din savaşları ve prenslerin bağımsızlık yolundaki gayretleri yüzünden sarsılmış olan İmparatorluk fikri yaşamaya devam etmiş (1) ve Almanya’nın sonradan birliğini kurabilmesi kolaylaştırılmıştır. Ceza hukuku alanında suçlar

(1) Aynı ad doğrudan doğruya Roma hukuku için de kullanılmıştır.

(1) “Unum ius, unum imperium” tâbiri bunun en güzel ifadesidir. Bk. Koschaker.

arasındaki ayrılıklar daha iki anlaşılmıştır. Sonradan Roma hukukunun Almanya'da geliştirilmesi ile Alman hukuku dünyada büyük bir mevki kazanmaya muvaffak olmuş ve Japonya'ya kadar tesir icra edebilmiştir. Roma hukukunun sistematığı ile Cermen hukukunun prensipleri sonradan yoğrularak yeni ve bütün Almanya'yı kapsayan bir Alman hukuku yaratmak da mümkün olabilmıştır. Bu itibarla Roma hukukunun kabulünün Almanyadaki iyi tesirleri terazinin bir kefesine, kötü tesirleri de diğer kefesine konulacak olursa, muhakkak ki iyilik kefesini daha ağır basar.

IV. — ROMA HUKUKUNUN ALMANYA'DA GELİŞMESİ ve YENİ ALMAN HUKUKU : Roma hukukunun kabulünün üzerinden çok geçmemiştir ki Avrupa'da ve Almanya'da diğer fikrî alanlarda olduğu gibi Hukuk alanında da yeni düşünceler belirmeğe başlamıştır. Bu beliren düşüncelerin başında bilhassa XVIII. Yüzyıl hukukuna damgasını vurmuş olan tabii hukuk gelmekte idi. Tabii hukuk buna rağmen yeni bir şey jeğildi. Aristoteles'in (M.Ö. IV. Yüzyıl), Skolastikçiler'den Aquino'lu Thomas (1225 - 1274) ın eserlerinde ve Katolik Kilisenin temsil ettiği hukukî düşüncede Tabii hukukun çok derin izleri bulunmakta idi. İşte aydınlık devri ile birlikte tabii hukuk yeni bir şekil aldı: artık aklın kudretine ve bütün kanunların ve örf ve âdet hukukunun üstünde olması gereken bir akıl hukukunun mevcudiyetine inanılmaya başlandı. Aydınlık devri her alanda kilise tesirinden kurtulmayı sağladığı gibi hukuk alanında da kilise tesirini bir yana attı ve hukuku ilâhî olmaktan kurtardı. Artık hukukun akli olması isteniyordu. Modern anlamda Tabii hukuk düşüncesinin ilk kurucularından olan Hollandalı bilgin Hugo Grotius (1583 - 1645) Allah'a bağlı olmıyan bir tabii hukukun mevcut olduğunu ve Allah'ın da bu hukuku değiştiremeyeceğini söylemişti. Buna rağmen Grotius Tabii hukuk düşüncesinde felsefe ve Teolojiye bağlı kalmaktan kurtulamamıştı. İlk defa Pufendorf (1632 - 1694) tabii hukuku teologiden ayırmaya muvaffak oldu. Pufendorf'un yerini tutan Thomasius (1655 - 1728) onun yolunda yürümeğe devam etti ve tabii hukuku felsefeden tamamen ayırarak onu "Genel hukuk bilgisi" haline soktu (2). Thomasius'dan sonra da Christian Wolf (1679 - 1754) aynı yolda yürümeğe devam etti ve Alman Tabii hukukunun en belli başlı mümessili oldu. Wolf Roma hukuku ile Tabii hukuku birleştirdi; Roma hukukunun her meselesini alarak bunu Tabii hukuka göre çözdü ve böylece bir tabikatçının da kullanabileceği bir kitap meydana getirmeğe muvaffak oldu. Wolf bu iş için dedüksiyon yolunu kovuşturmuş genel prensiplerden şen'î kaidelere inmişti. Wolf'un talebesi Nettelblandt (1719 - 91) da bu yoldan gitti ve böylece tabii hukuk, hususî hukuk ve bütün hukuk içinde

mantıki ve sistematik bir bina olarak vücut buldu. Binlerce hukukî meselenin üzerinde genel hukuk prensipleri yerlerini aldılar. Böylece Alman Tabii hukuku bir profesörler hukuku oldu. Profesör hukuku ise tatbikata tesir icra edebilmek için yasama yolundan gitmek mecburiyetindeydi. Nitekim öyle oldu Tabii hukuk XVIII. Yüzyılda ve XIX. Yüzyıl başlarındaki kodifikasyonlara tesirden geri kalmadı. Tabii hukuk ile Roma hukuku arasındaki münasebetler de iyi olmuş ve birçok Tabii hukuk taraftarları Roma hukukunu tuttuklarını açıkça belirtmişlerdi. Tabii hukuk sayesinde Roma hukuku daha iyi değerlendirilebildi ve kritik edilebildi. Tabii hukukun her hukuk sisteminde az çok mevcut olduğu kabul edildiğinden yabancı hukuklar da tetkik edilmeğe başlandı ve bundan mukayeseli hukuk doğdu. XVIII. Yüzyılın sonlarında Tabii hukuka şerh'i bir temel aramak ihtiyacı duyuldu. Gustav Hugo, hukuk tarihi ile hukuk felsefesi ve sistematik akıl kritiği arasında bir münasebet kurmaya ve bir dünya hukuk tarihi için temel atmaya çalıştı. Bu çalışmadan Savigny'nin baş mümessili olduğu Tarihçi mektep doğdu, bu mektep bütün dünyadaki hukuk sistemlerinin tarihi ile uğraşmayı ihmal ederek yalnız Roma hukuku ile uğraştı.

Diğer taraftan Almanya'da daha XVII. Yüzyılda Roma hukuku ile ciddi bir mücadele başlamış bulunuyordu: Leipzig Schöffe mahkemesinin üyelerinden olan Benedikt Capzow, Roma hukukunun tesirlerinden oldukça uzak kalmaya muvaffak olmuş ve daha çok Saksonya hukukuna göre adalet dağıtmış olan bu mahkemenin çalışmasını 1638'de bir eser halinde yazmıştı. Bunun üzerine tarihçi, hukukçu ve tabib olan Hermann Conring 1643 yılında yazdığı "De origine juris germanici" adlı eserinde Roma hukukuna hücum etmiş ve bu hukukun kabulünden önceki Alman hukukunun durumunu tasvir etmişti. Halle Üniversitesi Profesörlerinden Thomasius ilk defa almanca ve Alman hukuku dersi verdi. Böylece daha XVIII. Yüzyılda eski Alman hukukuna karşı bir sempati ve Roma hukukuna karşı da bir antipati uyanmış oldu ve bu Yüzyılın içinde meydana getirilen kodifikasyonlar Tabii hukuk gibi yerli Alman hukukunun da tesirinde kaldılar. Bu sırada Alman hukukunun önünde çözümlenmesi gereken iki önemli mesele yer almış bulunuyordu: 1. hukukun millileştirilmesi, 2. Hukukî birliğin temin edilmesi. İkinci meseleyi çözmek için yukarıda da gördüğümüz gibi merkezî bir kuvvete ve birlik bir Almanya'ya ihtiyaç vardı. Bu noksanlardan ötürü Roma hukuku bile bütün Almanya'da kayıtsız şartsız uygulanan bir hukuk olamamıştı.

(2) Bk. Koschaker, a. g. e. S. 250 v. öf.

a. g. e. S. 232.

XVIII. Yüzyılda ise Almanya henüz birlik bir devlet olmaktan çok uzak bulunuyordu. Bunun için birinci meselenin çözülmesine başlandı. Almanya'yı teşkil eden her devlet bu yolda kendine göre hal çareleri bulmaya çalıştı. Bu yolda en önemli adımı hiç şüphe yok ki, kısaca "Prusya Memleket hukuku" adı verilen kodifikasyon ile Prusya atmış oldu (1). Daha I. Friedrich Wilhelm (1713 - 1740) 1738 de o zamanki Adalet Bakanı Samuel von Cocceji'ye "daimî ve ebedî bir memleket hukuku" yazmasını emretmiştir. Bunun üzerine meydana getirilen "Corpus iuris Fridericiani tasarısı" 1749 ve 1751 de yayınlanmış fakat adından da anlaşılacağı gibi Roma hukukuna fazlaca yer verdiği için tenkit edilmiş ve kanun kuvveti kazanmamıştı. 1740' da tahta geçen Büyük Friedrich bir hukukî reform yapmak ihtiyacını babası gibi hissetmişti. 1755 te ölüncüye kadar Cocceji çalışmaya devam etmiş ondan sonra bu reform işini başbakan von Carmer ve müşaviri Svarez ellerine almışlardı. Bilhassa Svarez'in çalışmaları sonunda 1791 de "Prusya devletleri için genel kanun kitabı" adlı kitap yayınlandı fakat bu da bir tasarı olmaktan ileri gidemedi, baştan başa ve yeniden gözden geçirilmesine karar verildi. Bu gözden geçirme sonunda nihayet 5 Şubat 1794 tarihli ve "Prusya devletleri için genel memleket hukuku" adlı kanun kitabı meydana çıktı ve 1 Haziran 1794 de yürürlüğe girdi. Muhtevası bakımından medenî hukuk sınırlarını aşıp ticaret, sanayi, sınıf haklarını ve hatta bazı âmme hukuku kaidelerini içinde toplamış olan bu kanun yerli hukuku henüz yürürlükte olan Roma hukuku prensipleri ile yoğurmuş ve berberak, halkın da anlayabileceği bir üslupla tedvin etmişti. Bu kanunla Roma hukuku yürürlükten kaldırılmış fakat bölge hukuklarının bu kanundan önce uygulanması gerekeceği de kabul edilmişti.

1811 de Avusturya'da yayınlanmış olan "Genel medenî kanun kitabı" (1) da Kant'ın ve Tabii hukukun tesiri altında bulunan hukukçu Zeller tarafından hazırlanmıştı. Bu kanunun diğer bütün bölge hukukunu kaldırdığı kabul edilmişti, ancak bu kanun Prusya kanunundan daha çok Roma hukukuna yer vermiş bulunuyordu. Bu kanun bazı değişikliklere rağmen halâ Avusturya'da yürürlükte dir (2).

Böylece Almanya'nın muhtelif bölgelerinde yeni ve oldukça millî kanunlar yapılmaya başlanmıştı. Ancak bu iş, içinde bir de tehlike saklamaktaydı: Almanya'nın hukukî bakımdan ve bu sefer bir daha birleş-

(1) Bu kanun kitabının asıl adı "Prusya devletleri için genel memleket hukuku" = "Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten" dir. Kısaca "Allgemeines Landrecht" ve "Preussisches Landrecht" adları da kullanılmaktadır.

(1) Alm. "Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch"

(2) E. Scherer, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 375. not.

mesi imkânsızlaşacak bir şekilde parçalanması tehlikesini. Nitekim Fransa'ya yakın olan bölgelerde de Fransız hukuku kabul edilmeğe başlanmıştı: Ren'in sol kıyısında ve kabul neticesi Baden'da başta Code Civil olmak üzere Fransız hukuku yürürlüğe konmuştu. Bu sırada Alman hukukunun önünde bulunan ikinci mesele, yâni bütün Almanya için bir medenî hukuk kabul ederek hukukî birliği temin etmek meselesi de ele alınmak istendi. Heidelberg Üniversitesi Profesörlerinden Thibaut 1814'de yayınladığı "Almanya için genel bir medenî kanunun zarureti hakkında" adlı yazısında bu hususu müdafaa etti. Thibaut'nun teklifi kabul edilirse Fransız Code Civil'inin bütün Almanya'ya şamil bir medenî kanun halini almasından korkan bazı hukukçular Thibaut'ya karşı cephe aldılar. Çünkü birçok bakımlardan Cermen hukukuna istinat ettirmekle beraber Code Civil, tam mânasiyle millî bir kanun kitabıydı, herşeyden önce Fransızdı. Bu kanunun Almanya'da kabul edilmesiyle Roma hukukunun kabul edilmiş olmasından daha büyük faydalar temin edileceği de umulamazdı. Hukukî birliği kurmadan önce Almanya'nın siyasî birliğini kurması hukukî birliği kurup devam ettirebilecek merkezî bir kuvvette ve bir merkeze sahip olması gerekmektedir. Bu itibarla Almanya için bir medenî kanun kabul etmek zamanı henüz gelmemişti, siyasî durum henüz olgunlaşmamıştı. Thibaut'ya karşı cephe alanların başında Savigny gelmekteydi. Bu büyük hukukçu da aynı yıl içinde yayınladığı "Zamanımızın yasama ve hukuk ilmi bakımından vazifesi" adlı yazısında Thibaut'nun fikirlerine hücum etti ve yeni bazı fikirler ortaya atarak "Tarihçi mekteb"in esas temellerini attı. Adına rağmen tarihçi mektep doğrudan doğruya hukukun tarihi ile uğraşmayı kendisine gaye edinmemişti, zamanın hukukî ihtiyaçlarını karşılamak için hukuk tarihi ile ilgileniyordu. Tarihçi mektep dogmatik ile de uğraşıyor ve buna temel olarak da Roma hukukunu alıyordu. Bu dogmatik sayesinde Tarihçi mektep kısa zamanda Almanya'da ve Almanya dışında zaferler kazandı (1). Roma hukukunun temel olarak alınması XIX. Yüzyılda Almanya'da Pandektistik'in ilerlemesine ve gelişmesine ve hatta bir Alman ilmi haline gelmesine sebep oldu. Böylece bir profesörler hukuku olarak meydana gelen yeni Pandektistik pratik hukuka tesir etmemekle beraber yasama alanında büyük tesirlerde bulundu: Alman Medenî kanunu aşağı yukarı tamamıyla Tarihçi mektebin ve onun geliştirdiği Pandektistik'in bir eseridir denebilir.

Almanya'nın hukukî birliğini kurmak meselesi, Viyana Kongresinden sonra kurulan Alman Konfederasyonunun yerine 1866 yılında Bismarck tarafından Kuzey Alman Birliği'nin kurulması ile yeni bir safhaya girmiş-

(1) 15 Bk. Koschaker: a. g. e. S. 271 v. öf.

ti: 1869 da sanayi kanununun (=Gewerbeordnung), ceza kanunu ve 1870 te de telif hakkı kanunları çıkarılmış ve kambiyo kanunu ile Ticaret kanunu da kabul edilmişti. 1871 yılında yeni Alman İmparatorluğu kurularak Almanya'nın siyasî birliği temin edildikten sonra bu adı geçen kanunların hepsi yeni federal devlet tarafından da kabul edildiler; ve fikri haklar, ceza ve hukuk usulü ve icra iflâs kanunlarının çıkarılmasıyla tamamlandılar, artık bütün Almanya için bir Medenî Kanun hazırlamanın de sırası gelmiş bulunmaktaydı. Bu kanunun hazırlanması için Bundesrat 1873 de hukukçulardan bir komisyon teşkil edilmesine karar verdi. Bu komisyon uzun çalışmalardan sonra 1888 yılında yeni medenî kanun ile tasarısını meydana getirmeğe muvaffak oldu. Bu tasarı birçok bakımlardan tenkide uğradı: Bazıları Roma hukukuna çok önem verildiğini ve daha önce muhtelif Alman devletlerinde kabul edilmiş olan kanunlardaki Alman hukuku düşüncelerine ve müesseselerine yer verilmediğini, bazıları da çok mücerred ve yalnız mütahassıslar tarafından anlaşılabilir bir lisanla yazılmış olmasını ve iktisadî ve sosyal meseleler karşısında geçmiş zamanların mahsulü olan bir düşünüşü muhafaza ettiğini ileri sürdüler. Bunun üzerine hukukçu olmyanların da katıldığı yeni bir komisyon teşkil edildi. Bu komisyon yapılan tenkitleri göz önünde tutarak birinci tasarıyı baştan aşağı gözden geçirdi ve ikinci bir tasarı hazırladı. Bu tasarı da Reichstag'da bazı değişikliklere uğrıyarak kabul edildi ve 18.8.1896 tarihinde İmparator tarafından onandı. Kısaca BGB diye anılan bu yeni medenî kanun 1. 1. 1900 tarihinde tapu kanunu ve eski kanunların BGB'ye uydurulmuş ve yeniden kabul edilmiş şekilleriyle ve bilhassa ticaret kanunu ile birlikte yürürlüğe girdi.

Yeni kanun Almanya'da özel hukuk bakımından birliği o zamanki imkânlarla göre temin etmeğe muvaffak oldu. Yalnız henüz birliğe girmeleri bazı hazırlayıcı tedbirlere ihtiyaç gösteren bazı bölgeler bir müddet için bu kanunu yürürlük alanından uzak tutulmuşlardır.

Yeni kanunun hükümlerinin menşesine gelince: Bu kanun tam mânâsıyla Alman Pandektistik'inin bir eseri idi; bütün aynı haklar, mal rejimleri bahsi, miras hukukunun büyük bir kısmı Alman hukukundan alınmış olmakla beraber genel hükümler kısmı ve borçlar hukuku tamamen Roma hukukundan gelen temellere dayanmaktaydı. Ayrıca hukukî düşünüş tarzı, kavramlar, kanunun sistematığı Pandektistik damgasını açık bir surette taşımaktaydı. Pandektistik de daha çok Almanlar'ın meydana getirdikleri bir ilim olduğuna göre kanun Roma hukuku temellerine dayanmakla beraber bir Alman eseri idi.

BGB meydana getirildiği devir bakımından ise mesut bir eser sayı-

