

MEDENİ KANUNLARIN HAYATI KUVVETİ VE TADİLİ¹

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün ilk defa olarak Üniversiter ve belki de kısmen Üniversite dışı bir dinleyici topluluğu karşısına çıkması sebebiyle söz almak benim için bir şeref teşkil etmektedir ve bundan dolayı Enstitü müdürü, muhterem meslekdaşım Prof. Dr. *Kemalettin Birsen* ve Yönetim Kurulu azâlarına müteşekkirim Uzun seneler böyle bir Enstitünün kurulması için mücadele ettik. Muvaffakiyetsizlikle neticelenen bir kaç denemeden sonra, 1949 senesinde Pariste Mukayeseli Mevzuat Cemiyetinin (Société de Législation Comparée) 80 inci seneyi devriyesine Dekanımız sıfatiyle iştirak edip orada edindiği intibalardan mülhem olarak böyle bir kuruluşun enerjik inisiyativini almış olmak şerefi Prof. Dr. *Hüseyin Nail Kübalı*'ya terettüb etmektedir. Henüz faaliyetlerinin başlangıcında bulunan ve elindeki vasıtalar mahdut olan bu Enstitünün büyük bir vazifesi vardır. Mukayeseli Hukuk, daha sarîh olarak hukukun mukayesesi ilmi, hukuk öğretimi ve hukuk ilmi hudutları dahilinde bütün dünyada gitgide büyüyen bir ehemmiyet iktisab etmektedir. Muhtelif millî hukukların tecerrüdü karşısında mukayeseli hukuk, dünyanın değişik hukuk nizamları arasında bağlar yaratan; bu bağları millî doktrin ve mevzuatta olduğu gibi, hukukların milletlerarası tevhi-dinde de kullanan, ve dünyanın muhtelif hukuklarının mukayesesine müstenit bir hukuk sistemi meydana getirmeye çalışan bir cihansümül hukuk ilmi rolünü ifa etmektedir².

1) Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün tertiplelediği konferanslar serisinin birincisini teşkil eden bu konferans, 21 Mart 1952 de İstanbul Üniversitesinde verilmiş ve Medeni Hukuk Doçenti Dr. *Halid Kemal Elbir* tarafından tercüme edilmiştir.

2) Krs. Mukayeseli medeni hukuk ilminin bilhassa Türkiyedeki ehemmiyet ve vazifeleri adlı konferansım, Üniversite konferansları (İstanbul 1939). Bundan maada, bu mevzu hakkındaki geniş literatür arasında bk. Edouard Lambert şerefine armağan «Introduction à l'étude du Droit Comparé» (Mukayeseli Hukuk tetkikine giriş) (Paris 1938) I - III ve keza *Arminjon - Nolde - Wolff*, *Traité de Droit Comparé* (Mukayeseli Hukuk tretesi) (Paris 1950 - 1952) I sah. 9 daki bibliyografyaya bk.

Bir konferanslar serisini açan bugünkü konuşma mevzuumuz, Türk Medenî Kanununun tâdilini gaye edinen hazırlayıcı çalışmaların cereyan ettiği bugünlerde kendini icbar etmiştir.

I

Türk Medenî Hukukunda kendini gösteren büyük değişiklik, İslâm Hukukundan Avrupa Hukukuna âni geçiş, şüphesiz bütün hukuk tarihinin şayanı dikkat ve fevkalâde inkılâplarından biri olmuştur. Bu, Türkiye Cumhuriyetinin garba iltihakının ilk adımlarından birini teşkil eder ki bu iltihak neticesinde Türkiye bugün bütün dünyaca, Avrupa kültürünü müdafaa eden en sağlam ve kuvvetli sütunlardan biri olarak telâkki edilmektedir. Müşahede edilerek denilebilir ki, bazan kendini duyuran septik bir kaç sese rağmen, bu büyük inkılâp muvaffakiyetle neticelenmiştir³. Medenî Kanun gitgide hayata nüfuz etmekte; mahkeme içtihatlarının seviyesi devamlı olarak yükselmektedir ve nihayet, tevazuu terk etmeden, Üniversitenin, çalışmalarıyla geniş bir surette yeni Türk Medenî Hukuk doktrininin meydana gelmesinde büyük bir payı olduğunu iddia edebileceği söylenilebilir. Şüphesiz müşkülât mevcuttur. Türkiyede olduğu kadar, anî olarak cereyan etmediği yerlerde dahi, bir hukukî nizamın küllî değişikliği ortaya güçlükler çıkarmaktadır. Hariçten ithal edilen, farklı bir memleketin, bir tarihin ve hayat şartlarının eseri olan bir kod'un tatminini istediğimiz bütün ihtiyaçları karşılayamayacağı bedihidir. İşte, tâdil arzusu bundan doğar. Profesörler, milletvekilleri ve devlet memurlarından müteşekkil bir komisyonun Ankarada, Adalet Bakanlığında bu tâdil meseleleriyle uğraştığını biliyoruz. Tâdil keyfiyetinin, taraftarları olduğu gibi aleyhtarları, hiç değilse septik münekkidleri de vardır. Bu sonuncular arasında memleketin büyük hukuk otoritelerinden, muhterem meslekdaşım Prof. Dr. *Sıddık Sami Onar* da bulunmaktadır. — eğer iyi anlayabilmişsem — prensip itibariyle tâdili cerh etmemekte, fakat

3) Son zamanlarda, İsviçre Kod'unun Türkiye tarafından iktibası hususuna, Zürich Üniversitesinde verdiğim konferansta temas ettim, «Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung» (Yabancı memleketlerin hukukî tekâmülünde İsviçre Medenî Kanunu) (Zürich, Schulthess 1950) sah. 47. v.d.; bu hususta krs, *Revue Internationale de Droit Comparé* III (1951) sah. 751 deki tahlildeki mülâhazalar.

kuvvetli sebeplerle henüz bunun zamanı gelmediği kanaatini bildirmektedir⁴.

Bütün cephelerini tahlilde kendimi selâhiyetli hissetmediğim bu düşünüş ihtilâfında mutlak bir pozisyon almak bu konferansın esas gayesi değildir. Gayem daha ziyade az veya çok her yerde karşılaşılan Medenî Kanunların tâdili ve tâdil temayüllerini, hukuk sosyolojisi ve mukayeseli hukuk tarihinin umumî bir vakıası (fenomeni) olarak nazara almaktır. Bununla beraber sonunda hususiyle Türk Medenî Kanununun tâdiline müteallik bazı mülâhazalarda bulunacağım.

Mevzuubahis ettiğimiz bu fikir ihtilâfı, mer'î mevzuat karşısında tâdil taraftarı ve aleyhtarı temayüller de, milletlerin hukukî hayatlarının tipik vaziyetlerinden biridir. Her kanun, her kod, hariçten ithal edilmemiş olsa dahi, eksiklikler, kusurlar ihtiva etmekte, tenkitler, reform ve tâdil temayülleri doğurmaktadır. Diğer taraftan her hukukta bir hareketsizlik, bir muhafazakâr temayül, değiştirilmeye, her halde düşüncesizce değiştirilmeye karşı bir nefret vardır. Zira dün emrettiğini bugün değiştiren, kendi otoritesini zayıflatmaktadır. Bundan bir kaç sene evvel bulunan ve neşredilen *Montesquieu*'nün Defterlerinde münderiç şu kelimelerde büyük bir hakikat mevcuttur: «Eşyanın tabiatı icabı ekseriya suiistimal tashihe tercih edilir, veya hiç değilse yerleşen (iyi) her zaman yerleşmemiş olan (daha iyiye) müreccahtır»⁵.

Bu hakikata uygun olarak tarih bize çok uzun devam etmiş bulunan kanunlar göstermektedir. Roma Cumhuriyetinin mebdeinde, milâttan önce V inci asrın ortalarında o devrin küçük ve mütevazi ziraatçi sitesinin henüz çok iptidai hukukunu tespit eden XII Levha Kanunu Roma tarihinin bütün asırları boyunca ana kanun olarak kalmıştır. Büyük bir dünya imparatorluğunun doğum ve inkirazını gören muazzam bir tarih boyunca her şey değişti, tamamen farklı bir hukuk teşekkül ederek eski temeller tahavvül etti ve buna rağmen bin sene sonra, milâttan sonra VI ncı asırda, baştan aşağı farklı bir dünyada, Iustinianus müdevvenatı müteaddit yerlerinde XII Levha Kanununa istinad etmektedir. Bu, kanunun *hayatî kuvvetine* karakteristik bir misal teşkil eder⁶.

4) Krs. *Sıddık Sami Onar*, Medenî Kanunumuzda değişiklik, Cumhuriyet, 1.III. 1951, sah. 2.; bu makaleden evvel: Medenî Kanunun içtimai bünyemiz üzerindeki tesirleri ve içtimai kıymeti, «İş» VIII, 30 - 31, sah. 181 v. d.

5) *Montesquieu*, Cahiers 1716 - 1755 (Defterler 1716 - 1755) (Paris, B. Grasset 1941) sah. 126.

6) Krs. *Ihering*'in yerinde mülâhazaları, Geist des römischen Rechts (Roma Hukukunun Ruhü) II 1 § 27 sah. 62 v. d. Iustinianus ve on iki levha kanunu hakkın-

Ferdlerde ve milletlerde olduğu gibi müesseselerin ve kanunların hayatî kuvveti de büyük farklar arz etmektedir. Bazıları çabuk geçmekte, diğerleri devir tahavvüllerine mukavemet etmekte ve asırlar boyunca yaşamaktadırlar. Bu hayatî kuvvetin şartlarını tetkik etmek hukuk sosyolojisinin vazifesidir. Bu hayatîyet sadece kanunların kendilerinde mevcut vasıflara, onların iyiliklerine ve mükemmeliyetlerine bağlı değildir, fakat aynı zamanda devirlerin hareketsizliği veya az çok süratli değişiklikleri ve her şeyden önce milletlerin az veya çok muhafazakâr karakteri ile ilgilidir ki bunlardan bazıları mazilerine ve teamüllerine bağlı iken, bazıları ittiratsızlık ve daimî değişikliklerle dolu bir tekâmüle sahiptirler.

Mer'î hukukun tâdili hâdisesi ve tâdil temayülleri ancak teşriî hukuk diyebileceğimiz, yani esas kaynağı kanun olan hukuklar muvacehesinde kendini gösterir. Bununla beraber, bugün çok mütemayil olmamıza rağmen, tarih boyunca, bilhassa hususî hukuk tarihi boyunca mevzuatın rolünü olduğundan fazla kıymetlendirmemek iktiza eder. Cihanşümül bir rol iktisab eden büyük hukuk nizamları — Roma Hukuku, İngiliz Hukuku, İslâm Hukuku — teşriî birer eser değildirler. Roma Hukuku ile İngiliz Hukuku, aralarında mevcut büyük farklara rağmen, emperyalist iki milletin hukuku olmak ve fevkalâde muhafazakâr bir karakter taşımak bakımından, derin bir sosyolojik karabet arz etmektedirler. Bu iki büyük hukuk nizamı da evvelemerde asırlar boyu tatbik neticesinde gelişmişlerdir : Roma Hukuku, hukukçuların cevapları ve doktrininde, imparator emirnamelerinde ve herşeyden önce, en müsmir devrinde, daima gençliğini muhafaza edip aynı zamanda muhafazakâr ve inkılâpçı bir zihniyetle yeni ihtiyaçlara uyan pretor beyannamelerinde teşekkül etmiştir; İngiliz Hukuku da, mahkeme kararları ve hususile zengin ve ince bir kazaî tatbikle tekâmül etmiştir⁷. Her iki hukuk ta kanun şeklinde vaz'edilen kaidelere karşı bir ikrah hissetmektedir. Ezcümle hususî hukuka müteallik vaz'edilen kanunlar daha ziyade istisnaî tedbir mahiyetindedirler⁸. Bu tarz hukuk nizamlarının teferrüata müteallik tâdillere ihtiyaçları

da krs. *F. Pringsheim*, Studi in onore de P. Bonfante (Bonfante'ye armağan) I (1930) sah. 566 v.d.; *A. Berger*, Studi in onore di S. Riccobono (Riccobono'ya armağan) (1933) I sah. 587 v. d.

7) Krs. benim, «Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku» makalem, Üniversite Konferansları 1945 - 1946 ve İstanbul Hukuk Fakültesi Meemuası, 1945.

8) Krs. *F. Schulz*, Prinziplen des römischen Rechts (Roma Hukuku prensipleri) (1934) sah. 5 v.d. (bu eserin ingilizce ve italyanca tercümeleleri de neşredilmiştir). *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946) sah. 60 v. d.

olabilir, fakat küllî veya umumî bir tâdile salih değildirler. Roma Hukukuna, kat'iyet temini gayesile teşriî bir şekil vermek temayülü ancak bürokratik Bizans İmparatorluğunda kendini göstermiştir⁹. Iustinianus, beşeriyetin hukukî tekâmülünde son derece büyük bir ehemmiyet kazancak olan müdevvenatında asırlardanberi toplanmış malzemeyi bir araya getirirken bir nevi revizyon icra etmiştir, denilebilir. Bu revizyonu mümkün kılan interpolatio'lar, eski metinlerde yapılan değişiklikler, ki devrimiz romanistleri tarafından yapılan araştırmalar bunları bol adette meydana koymuştur, kanunî metinlerin tâdiline terettüp eden tehlikeler hususunda ebedî birer ikaz telâkki olunabilir¹⁰.

Bununla beraber tâdil hareketleri hâdisesi esas itibariyle teşriî mevzuatın hâkimiyeti altında bulunan zamanımıza aittir. Bu durum tabiî hukuk felsefesinin ve rasyonalizmin bir neticesidir. Tabiî hukuk kaidelerin kanun şeklinde tesbitini arar, böylece insan mantığının âdil hukuk olarak kabul ettiği her şeyin devlet tarafından en kuvvetli müeyyideyi elde etmesini arzular. Böylece hukukî nizamlar, en geniş unsurları kodlar olan, teşriî nizamlara inkılâp ederler. Hukukun bu yeni şekli, Anglo-Sakson hukukunun hâkim bulunduğu büyük mıntıklar müstesna, az çok dünyanın bütün memleketlerine tesir etmiştir.

Girilen bu yolun büyük faydaları bulunduğu gibi tehlikeleri de mevcuttu. Büyük Alman hukukçusu *Savigny*, bu yeni cereyana mukavemet etti. O, kodifikasyonun ve bu yeni teşriî hareketin muhalifi olmuş ve ölmez muhalifi olarak kalmıştır¹¹. O, kanaatimca ebedî olan hakikatler beyan etmiştir. Buna rağmen sesi muvaffakiyete erişemedi, zira erişemezdi. Devrin muhtaç olduğu bu hareketi durduramazdı. 18 inci asrın sonlarında kendini gösteren bu teşriî faaliyet yeni bir dünyanın ideallerini tahakkuk ettirmiş Ortaçağ feodalitesinin getirdiği mirası gömmüştür. Kodifikasyonlar hukuku daha kat'î yaptılar, o zamanın cemiyet ve iktisadının fazlasiyle muhtaç olduğu hukukî emniyeti getirdiler. Her şeyden önce büyük bir siyasî ihtiyaç olan muhtelif Avrupa memleketlerinin millî hukuklarının tevhidini bu teşriî faaliyetler olmaksızın hiç bir surette tahakkuk edemezdi.

Bununla beraber yol tehlikeliydi. Ortaya, zamanımızın en iyi mütefekkirleri tarafından mücadele edilen hukukî pozitivizm düşüncesini

9) Krs. *F. Schulz*, *History of Roman Legal Science*, sah. 285 v. d.

10) Iustinianus kodifikasyonunda icra edilen interpolatio'lar hususunda bk. benim *Roma Hukuku Dersleri*, 3. bası, sah. 178 v. d.

11) Krs. *Roma Hukuku Dersleri*, sah. 198 v. d.

çıkarmıştır. Bu düşünüş tarzı, kanunun lâfzına bağlı kalmakta ve onun ahlâkî temellerini unutmakta, madde ve paragraflar adedi altında hukuk fikrini boğmaktadır. Bir Alman hukukçusunun 30 yıl evvel neşredilen kitabı «hukukun kanunlara karşı mücadelesi» (Der Kampf des Rechts gegen die Gesetze) adını taşımaktadır. Bu isim bu günkü durumu esaslı bir surette vasıflandırmaktadır¹². Bu durum, yakında sesini fakültemizde duyacağımızdan dolayı memnun olduğumuz, devrimizin büyük üstadlarından biri olan *Georges Ripert*'in muhtelif kitaplarında fevkalâde bir surette izah edilmektedir ki muhterem hukukçunun son kitabı da gayet mânidar bir isim taşımaktadır : «Hukukun inhitatı»¹³. Bu inhitat muasır dünyanın umumî vak'alarından birine taallûk etmektedir.

Kanunlar ve Kod'lar, biraz önce zikrettiğimiz büyük tarihî nizamlara nisbetle, hukuka çok daha fazla sun'î bir karakter vermişlerdir. Hukuk, *Ripert*'in dediği gibi, teşriî fabrikanın bir mahsulü haline gelmiştir¹⁴. Beşerî mantığın eseri olan kanunlar bu yaratıcı mantığın bütün ümid ve ihtiyaçlarını hiç bir zaman tamamen tatmin edemezler. Zarurî olarak natamamdırlar. Sukutu hayaller doğururlar ve zarurî olarak tashih, tâdil ve reform arzusunu meydana getirirler. Her memlekette kodifikasyonları bu tarz hareketler takip etmiştir. Anayasaların tâdili, Ceza Kanunlarının, Ticaret Kanunlarının, Usul Kanunlarının tâdili ve hukuk nizamlarının, en eski ve en çok yerleşmiş olan, iki bin senelik bir tekâmül seyri içinde mevzuu olgunlaşmış bulunan, bünyesinin hayatî kuvvetini temin ettiği bir sahasını ihtiva eden kanunların, Medenî Kanunların tâdili — hepsi her yerde günün mevzuu halindedir.

II

Muhtelif memleketlerin Medenî Kanunlarının tâdiline müteallik hareketler mütenevvi manzara ve tipler arz etmektedirler. Çok farklı dereceler arzeden tâdil tipleri müşahade olunabilir : bazı maddelerin tesadüfî

12) *F. Marschall von Bieberstein*, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze (Stuttgart 1927).

13) *G. Ripert*, Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine (Paris 1949) (Hukukun inhitatı, muasır mevzuat üzerinde tetkikler); modern teşriî hukukun tenkidi hususunda (14) numaralı notta zikredilen kitap ayrı bir ehemmiyet taşımaktadır.

14) *G. Ripert*, Le régime démocratique et le droit civil moderne (1936) sgh. 17 v. d. (Modern medenî hukuk ve demokratik rejim).

tâdili; tâdile muhtaç görünen bütün hükümlerin metodik revizyonu ve nihayet eski kod'un yerine bir yenisini ikame eden, küllî mânada bir tâdil¹⁵. Memleketlerinin tarihî ülkesinde doğan orijiner kod'lar ile yabancı memleketlerden iktibas edilen veya hiç değilse yabancı modellere göre meydana getirilen kod'ları birbirinden ayırmak lâzımdır.

Belki hiç bir kanun *Fransız Medenî Kanununda* olduğu kadar uygun şartlar içinde mer'iyete girmemiştir. O, Fransız İhtilâlinden doğan yeni burjua dünyasının Medenî Kanunu olmuş, Roma Hukuku ve Fransanın mazisinin tarihî kuvvetiyle ara hukukun ihtilâlcî kuvvetlerinin sentezini yaratmış ve bütün bunu parlak ve yeni bir teşriî teknik ile tahakkuk ettirmiştir. Büyük bir hayatî kuvvetin bütün şanslarını kendinde toplamış bulunuyordu. Herkes Napoléon'un Sainte Hélène adasında ileri sürdüğü ve sık sık zikredilen mağrur inancı bilir : «Benim hakikî şânım kırk muharebe kazanmış olmak değildir; Waterloo bu galibiyetlerimin hatırasını silecektir; hiç bir şeyin silemiyeceği, ebediyen yaşayacak olan benim Medenî Kanunumdur»¹⁶. Bu sözler bir dahinin hakikî uzak görüşüdür. Onun nikbinliği, mübalâğalı telâkki edilemez, zira hakikaten bu Medenî Kanun az çok Iustinianus'un Corpus Iuris'i gibi dünya hukuk tekâmülünün kat'î unsurlarından biri olarak daima kalacaktır. Buna rağmen mer'iyete vaz'ından otuz sene sonra tâdilci hareket başlamış ve hiç bir zaman ortadan kalkmamıştır. Bir teklif diğerini takip etmiştir. Kanunun 1904 te yapılan jübilesi dolayısıyla dünya bu teşriî esere hürmetini bildirmiştir, halbuki bu devirde Fransız Medenî Kanunu ihtiyarlamış görünüyor ve buna rağmen onu tâdil edip etmemek hususunda bir fikir mutabakatına varılamıyordu. Fransız Medenî Kanununun yüzüncü senei devriyesi dolayısıyla neşredilen kitapta, tâdilâtın taraftar ve aleyhtarlarının esbabı mucibelerini bildirdikleri makaleleri tekrar okumak gerekir¹⁷. Bir buçuk asır içinde şüphesiz, bir çok tâdilât yapılmış, bir çok maddeler değiştirilmiştir, bilhassa bu değişiklikler aile hukukunda vuku bulmuştur — evlenmenin icrası, boşanma, gayri sahîh nesepli çocuklar, evlât edinme — fakat başka sahalarda da değişikliklere rastlanır; fevkalâde yaratıcı ve verimli bir içtihat, Medenî Hukuku tekâmül ettirmiş

15) Kod'ların ve kanunların revizyonu teorisi, bugüne kadar pek az tetkik edilmiş bir meseledir. Anayasaların revizyonu hususunda krs. *H. Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision* (Anayasa revizyonlarının hudutları) (Zürich 1947).

16) *Planiol - Ripert, Traité élémentaire de Droit civil I* (4. bası 1948) sah. 35 ten naklen.

17) *Le code civil 1804 - 1904. Livre du centenaire* (1940) II sah. 901 - 1041.

ve yeni prensiplerin doğumuna sebep olmuştur; bu kanunlar seli adeta taşmış ve hattâ kısmen Kod'u hareketsiz bırakmıştır¹⁸. Fakat uzun bir müddet metodik bir tâdile teşebbüs edilmemiştir. Ancak ikinci dünya harbinden sonra, mütarekeyi müteakiben, 1945 yılının haziran ayında Medenî Kanununun tâdili hususunda resmen bir komisyon kurulmuştur. Bundan iki yıl önce burada, bu komisyonun reisi olan dekan *Julliot de la Morandière*'in bu çalışmalar hakkındaki konuşmasını dinledik¹⁹. Komisyon zabıtları bu güne kadar beş cilt halinde toplanmıştır ki bunlar seçilen bir çok meseleler hakkında enteresan münakaşalar ihtiva etmektedirler²⁰.

Acaba bu çalışmalar neticesinde yakın bir istikbalde bir Fransız Medenî Kanunu meydana gelecek midir? Bu hususta bilhassa tekrar avdet edeceğimiz umumî sebepler dolayısıyla bir bedbinlik hissetmekten kendimi alamamaktayım. Müsaadenizle ilâve etmek isterim ki: 1804 tarihli bu kanunun — modern Medenî Hukukun bu on iki levha kanununun — tarihe karışması hattâ şayanı teessüf bir hâdise olabilir. Kanaatimce, böyle bir fikir ileri sürmek yersiz değilse, Fransanın yeni bir kanuna müstacel bir ihtiyacı yoktur, zira, Fransız Medenî Hukuku az çok kanundan müstakil bir içtihat hukuku olmuştur²¹.

Bununla beraber bir hususu unutmamak icab eder: her ne kadar 1804 Medenî Kanunu yüz elli sene sonra el'an mer'î ise ve fırtınalı bir devrede hayatî kuvvetini ispat etmiş bulunuyor ise de, bu kanun bir çok tâdillere maruz kalmıştır. Zira bu kanunu iktibas eden veya kanunlarını onun modeline uygun olarak meydana getiren Avrupa, Amerika, Afrika'nın bir çok memleketlerinde az veya çok bir surette tâdillere uğramıştır. Bu sebeple Fransız Medenî Kanunu, muhtelif görünüşlerle, bir çok milletlerin hukukî hayatına hâkim bulunmaktadır²².

18) Krs. *Planiol - Ripert*, a. g. e. I sah. 38 v. d.

19) Krs. *L. Julliot de la Morandière*, The reform of the French Civil Code (Fransız Medenî Kanununun tâdili), *University of Pennsylvania Law Review* 97 (1948) sah. 1 v. d.

20) *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil* (Medenî Kanun Tâdil Komisyonunun çalışmaları) (Paris, Sirey) 1945 - 1951.

21) Keza krs. *G. Ripert*, Le régime démocratique et le droit civil moderne (1936) sah. 437 de «müsterek hukukun terki»: «Tatbikatçılar pek alâ bilirlere ki, Medenî Kanun artık tatbik edilmez gibidir, zira her ihtilâf hususi bir hükmün tatbikine tâbidir. El'an Kod'un maddeleri zikrediliyor ise de bu daha ziyade geçen asrın başında olduğu gibi, *Digesta*'nın parçalarının zikredilmesine benzemektedir».

22) Fransız hukukunun Fransa dışında iktibası hususunda krs. *Le code civil*

Fransanınkinden yedi sene sonra mer'iyete giren *Avusturya Kanunu* aynı şümule ve aynı milletlerarası sükseye mazhar olamamıştır. Bununla beraber ehemmiyetsiz bir rakip te değildir, onun da büyük vasıfları vardır. O da milletin tarihini bir tezahürünü, ruhunun bir ifadesini temsil eder. Halk tarafından çok benimsenmiştir ve Avusturyanın çok farklı gayeler güden kavimleri arasında kuvvetli bir birlik bağı yaratmıştır. O da asır boyunca ihtiyarlamış ve bir tadil hareketi meydana getirmiştir. Fakat bu tadil hareketi diğer yerlere nispetle çok daha elle tutulur neticeler ortaya koymuştur. 1911 de Viyanada Avusturya Medeni Kanununun yüzüncü yıl jübilesi iki ciltlik bir kitapla tesit edilirken²³ tadil hareketi ilerlemiş bir vaziyette bulunuyordu²⁴. Bu tadil hususiyle eskimiş görünen bir kaç yüz paragrafın metodik bir revizyonu şeklinde yapıldı, Avusturyanın mücadele etmek mecburiyetinde kaldığı büyük siyasi güçlüklerle rağmen, tadil çalışmalarına enerjik bir kararla devam edildi; ve bu tadilât son dakikada ikmal edilerek bir müddet sonra Avusturya - Macaristan monarşisinin yıkılmasına sebebiyet veren Birinci Cihan Harbinin fırtınaları arasında üç emirname (1914 - 1916) ile mer'iyete vaz edildi. Bu revizyona muvaffak olmuş nazariyle bakılabilir. Bu gibi çalışmaların en büyük tehlikesi olan eski kanunun zatî birliğini ortadan kaldırmak keyfiyetini bertaraf etmiştir. Büyük bir yumuşaklık ile kanunun üslûbuna uymuş onu gençleştirmiş ve hayatî kuvvetini iade etmiştir. Zira tadil edilen bu Kod, dahilî milletler arasındaki mücadelelerin kurbanı olan vatanından sonra dahi yaşamış ve Avusturyadan doğan bazı devletler tarafından muhafaza edilmiştir; ezcümle Çekoslovakya ve Yugoslavya onu kendi ülkelerinde mer'i hukukun tevhidinde temel olarak almışlardır²⁵.

Seneler boyunca, 19 uncu asrın iki büyük Kod'u yalnız hayat, hukuk ve iktisatta kendini gösteren derin değişiklikler sebebiyle değil, aynı

1804 - 1904, Livre du centenaire (1904) II sah. 585-896, ve son zamanlarda: *Arminjon - Nolde - Wolff*, *Traité de Droit Comparé I* (1950) sah. 136 - 179 (zengin bibliyografya ile).

23) Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches 1.Juni.1911 (Wien 1911) I - II.

24) Avusturya Medeni Kanununun bu revizyonu, büyük Avustralyalı medeni hukuk üstadı *Josef Unger*'in (1828 - 1913) teklifile yapılmıştır: Zur Revision des ABGB, *Grünhuts Zeitschrift* (Grünhut hususi hukuk ve âmme hukuku dergisi), cilt 31, sah. 389 v. d.

25) Krs. *Arminjon - Nolde - Wolff*, a. g. e. II (1950) sah. 209 v.d., 213 v.d.

zamanda kısmen hukuk doktrininde görünen tekâmül ve değişiklikler sebebiyle ihtiyarlamışlardır. Zira, Fransız Medenî Kanunu dünya yüzünde muvaffakiyetli yolunu takib eder ve şerhçi mektep hukukçuları kuvvetlerini onun maddelerinin tefsirinde harcederken Alman Üniversitelerinin devamlı ve sakin çalışmaları sonunda yeni bir hukuk doktrini teşekkül etti. Varmış olduğu esaslı neticeler bir çok memleketlerin mevzuatı ve hukuk ilmi tarafından az çok benimsendi²⁶. Alman pandenktçi nesilleri tarafından takib edilen bu doktrinal tekâmülün, büyük yol göstericisi *Savigny* olmuştur. Bu doktrin, ilk defa olarak, tarihî metodları sistematik dogmatizm metodlarıyla birleştirmiş ve hukukî anlamları ve umumî prensipleri o güne kadar erişilmeyen bir incelik ve açıklıkla işlemiştir. Bu neticeler karşısında eski Kod'lar zarurî olarak ihtiyarladı. Bu doktrin sistemi, o güne kadar medenî kanunlar tarafından takib edilen sistemlerden farklı idi. Bir kaç misal vermek icab ederse diyebiliriz ki, bu eski Kod'lar Alman doktrininin gayet geniş bir suretle işlediği hükmi şahısları tanzim etmemişlerdi, tesisler onlarca meçhuldü; hukukî muamele mefhumunu ve onun muhtelif kategorilerini bilmezler; butlan prensipleri açık değildir; akidelerin inikadına, temsile, başkası leyhine taahhütlere, alacağın temliki ve borcun yüklenilmesine dair kaideler ihtiva etmemektedirler; sebep ve mücerret muamele, haksız iktisap ve zilliyetlik yeni bir ışık altında görülmüştür. Eski Kod'lar hukukî tefekkürün bu yeni unsurlarını ihata edemezlerdi ve edemezler. Şüphesiz doktrinleri zenginleştirdi. Avusturyada bu yeni doktrinle teması evvel emirde *Unger* temin etmiştir. Fransada Alman hukukî düşünüşünün vardıdığı neticeleri yaymak mazhariyeti *Raymond Saleilles*'e terettüp etmektedir. Memleketinde bu kadar derin bir tesir icra eden bu üstadın ismi zaman ile halkın teveccühünü kaybetmiştir. Alman dostluğu tenkid edilmiş ve iki harbin ortaya attığı siyasî ihtiraslar arasında adının prestiji sarsılmıştır. Fakat eserinin tevlit ettiği menfaatler bakidir. Kısmen klâsik birer şaheser olan ve değeri ölçülmez bulunan en yeni medenî hukuk manüel ve tretelerine bir göz atmak, *Saleilles*'in eserinin verimini anlamak için kâfidir. Yanılmıyorsam Fransadaki tadilci hareketin en mühim saiklerinden birini de Medenî Kanunun doktrinal temellerini meydana koymak arzusu teşkil etmektedir²⁷.

26) Bu hususta krs. «Einflüsse der deutschen Zivillistik im Auslande» (Alman medenî hukukunun yabancı memleketlere tesiri) adlı etüdüm, Otto Lenel şerefine nesredilen Fribourg (Brisgovie) «Symbolae» de. Yeni olarak *Koschaker*, Europa und das römische Recht (Avrupa ve Roma hukuku) (1946) sah. 254 v. d.

27) Tâdil Komisyonunda cereyan eden münakaşaların tetkikinden bu neticeyi istihraç etmek kabildir (yukarıda not 20), bilhassa cilt I.

Alman Medenî Kanunu, bahsettiğimiz bu hukuk ilminin bağrından çıkmış ve Alman İmparatorluğunun gelişme ve hâkimiyetinin zirvesinde bulunduğu bir devrede mer'iyete girmiştir. Büyük ümitlerle ve hayati kuvvetine derin bir itimatla kabul olunmuştur. Buna rağmen, en iyi günlerinde dahi, ufukları bulutsuz olmamıştır; hayranları olduğu gibi, tenkit edenleri de daha mebdeinden itibaren mevcut olmuştur. Hiç bir zaman vatanında, seleflerinin Fransa ve Avusturyada olduğu gibi ve bilâhare halefinin İsviçrede erişeceği gibi popüler bir Kod olmamıştır. BGB'nin, her beşerî eser gibi meziyetleri ve kusurları vardır²⁸. Doktrin ve mantık bakımından, bütün rakiplerinden üstün olmuş ve olmakta devam etmiştir; kat'iyetin en üstün derecesine erişmiştir, az çok bir makine belliliğine ve anlam ve formüllerin mutlak sarahatine sahiptir. Hiç değilse, muayyen bir devre için, milletlerarası tesiri bu vasıflar sayesinde elde etmiştir. Bu tesir Fransız Medenî Kanunundaki kadar büyük olmamış ise de, onunla kabili mukayesedir. Meziyetlerine mukabil BGB çok mücerret, çok nazarı ve mürekkeptir; ancak onu kullanmak üzere hazırlanmış olan ilmî hukukçular tarafından anlaşılabilir. Bazı kısımları, meselâ tapu sicilli ve ipotek kısımları çok muvaffak olmuştur. Diğer kısımlar, ezcümle aile hukukunda bulunan bazı kısımlar — mal rejimleri, boşanma, nesebi gayri sahih çocuklar — daima devrin içtimaî kanaatlerine uymamakla tenkit edilmiştir ki, bu sebeblerle Kod, daha doğum anında ihtiyarlamış telâkki edilmiştir. Teferruata müteallik bazı tâdillere lüzum olmuştur, meselâ hayvanlardan dolayı mesuliyete, cemiyetler hukukunun liberal olmıyan bazı prensiplerine, üst hakkına v.s. ye müteallik bazı değişiklikler yapılmıştır. Harp ve harp sonrası yıllarında, Fransadan da fazla olarak, sosyalizan ve kollektivist temayüller taşıyan bol bir mevzuat, Kod'un bazı kısımlarını, bilhassa kira ve hizmet akitleri kısımlarını hareketsiz bırakmıştır.

19 uncu asırdan intikal eden herşeye karşı beslediği haşin nefretle, nasyonal sosyalizmin 1933 te iktidara geçmesine kadar, hakikî bir tadil hareketinden bahsedilememekle beraber, tenkitler ve bazı reform projeleri uzun müddetten beri mevcut bulunuyordu. Yeni totaliter rejim, kısa bir müddet sonra, bütün tenkitlere rağmen Alman ilminin büyük bir eseri olan bu Kod'u terk etmek kararını aldı²⁹. Yerine bir «Halk Kanunu»

28) Aşağıda gelecek izahat hususunda krs. Zürich konferansındaki mülâhazalar (yukarıda not 3) sah. 6 v. d., keza *Arminjon - Nolde - Wolff* (yukarıda not 22) II sah. 235 v. d. ve verilen referanslar.

29) *W. Schlegelberger*, *Abschied vom BGB* (BGB ye elveda) (1937).

(Volksgesetzbuch) ikame etmek üzere girişilen çalışmalar, burada izahile meşgul olduğumuz tadil hareketleri içinde eşsiz bir yer işgal etmektedir³⁰. Bütün teamüller terk ve yerlerine tamamen başka karakterde bir abide dikilmek istenmiştir. Almanyada olduğu kadar hiç bir yerde bu derecederin kökleri salmış olan romanist temelleri bırakmak; Alman zihniyetine çok uygun olan mantıkî anlamcılık metodunu tasfiye etmek; ve her şeyden önce, hususî hukukun istinad ettiği bütün ferdiyetçi temelleri inkâr eden ve onların yerine, Hitler devrinin bütün hukukî ve siyasî düşüncülerinin merkezî fikri olan halk birliğinin menfaati'ni ikame eden bir Kod meydana getirilmek isteniyordu³¹. Bütün bu teşebbüsler ve meydana getirilen umumî hükümler ve şahsın hukuku projeleri de dahil olmak üzere üçüncü imparatorluğun harabeleri altında kalmıştır. BGB kurtarıldı, fakat mücadeleden yaralı ve malûl olarak ve her halde zayıflamış bir hayatî kuvvetle çıkmıştır. Nasyonal sosyalist devrin bazı kanunları, ezcümle evlenmeye müteallik bir kanun (evlenmenin icrası ve boşanma) ile vasiyetnamelere müteallik bir diğeri muhafaza edilmiştir³². Fakat bu kanunlar, BGB'ye ithal edilmemiş, hususî birer kanun olarak kalmıştır, — ki kanaatimce bu, yerinde bir harekettir, zira bir teşriî eserin bütünlüğünü ihlâl etmek hiç bir zaman doğru olmaz — ve netice itibarile bu kısmî tadiller Kod'u aynı zamanda bazı uzuvlarından mahrum etmiştir.

Türk hukuk inkilâbının temeli olan *İsviçre Medenî Kanunu*'nun en büyük meziyetini, bence, onun isviçreli karakteri teşkil etmektedir³³. Kökleri Avrupanın ortasında asırlarca istiklâl kuvvet ve iradesini gösteren İsviçrenin tarihinde ve İsviçre milletinin ruhunda bulunmaktadır. Bu sebebledir ki, İsviçre Medenî Kanunu memleketin her yerinde ve her milletince tam mânasile benimsenmiştir. Hayatî kuvvetini büyük bir kudretle muhafaza edeceği ihtimal dahilindedir. Nisbeten genç olmasına rağmen İsviçrede de tadil hareketleri olmuştur. Evvelâ, Türkiye tarafından kabul edilen Borçlar Kanunu, tadil edilmiş bir kanundur, zira 1881 tarihli Borçlar Kanunu, 1907 Medenî Kanununa uydurulmak üzere tadil

30) J. W. Hedemann, Das Volksgesetzbuch der Deutschen (Alman Halk Kanunu) (1941); Hedemann - Lehmann - Siebert, Volksgesetzbuch, Grundregeln und Buch I (Halk Kanunu, ana prensipler ve I. kitap) (1942).

31) Krs. H. Mankiewicz, Le Nationalsocialisme allemand, ses doctrines et leurs réalisations (Alman nasyonal sosyalizmi, doktrinleri ve tahakkuku) cilt I (1937); Marcel Waline, L'individualisme et le droit (Hukuk ve ferdiyetçilik) (1945) sah. 64 vd.

32) 20.II.1946 tarihli Evlenme Kanunu. 31.VII.1938 tarihli Vasiyetname ve Miras Mukaveleleri Kanunu.

33) Krs. Zürich konferansım (yukarıda not 3).

edilmişti³⁴. Bu kanunun ticarî şirketlere tahsis edilen ve Türkiye tarafından iktibas edilmiyen üçüncü kısmı, 1936 tarihli bir kanunla geniş bir surette tâdil edilmiştir. Medenî Kanunuda da, ziraî gayrimenkullerin taksimine müteallik hükümler, yani Türk Medenî Kanununun 597 - 602 nci maddelerine taallûk eden hükümler, 12 Aralık 1940 tarihli Federal Kanunla tâdil edilmiştir. Fakat bizi bilhassa alâkadar eden İsviçre Borçlar Kanununun kafelete mütedair 20 nci babında icra edilen tadilâtdır.. Bu babın yerine 10 Aralık 1941 tarihli Federal Kanun geçmiştir³⁵. Bu tadilât, bir iktisadî salgın hastalık gibi bilhassa köylerde birçok mevcudiyetleri yıkan kefaleti güçleştirmek gayesile yapılmıştır. Fakat teessüfle söylemek mecburiyetindeyim, icab eden tarzda yapılmış bir tâdil değildir. İsviçrenin yeni Kefalet Kanunu, karışık bir çok teferruatı hâmil olarak, İsviçre Kod'larının mümeyyiz vasfı olan basitliği haiz bulunmamakta, bütün kanunun üslûbundan farklı bir üslûp taşımakta ve böylece İsviçre Medenî Kanunu çerçevesi içinde gayri mütecanis bir yer işgal etmektedir. Bu bir işaret teşkil ederek, aynı zamanda edebî bir eser olan bir Kod'un tâdilinde ne kadar titiz ve dikkatli hareket edilmesi gerektiğini gösterecek canlı bir misaldir.

İsviçre Medenî Kanununda, ve Türk Medenî Kanununda yapılan tâdillerle, bu iki Kod'un birbirinden nasıl ayrıldığını burada işaret etmekle iktifa ediyorum.

Avrupanın ana Kod'ları diyebileceğimiz bu dört Kod'un tâdili hususunda girişilen teşebbüsler ve hareketler hakkında söylenebilecek bunlardır. Bir milletin hukuk tarihinden neş'et etmiyen kanunların daha zayıf bir hayatî kudreti haiz bulunacakları kolayca anlaşılır. Bununla beraber, son yüz elli senenin hukuk tarihi, *Savigny*'nin, hukukun mutlaka «halk ruhu» ndan (*Volksgeist*) neş'et etmesi icab ettiği doktrini ile *Montesquieu*'nün «Kanunların Ruhü» eserinde ileri sürdüğü ve «kanunlar, tatbik edilecekleri millete o kadar has olmalıdır ki, bir milletin kanununun diğer bir millete uyması çok büyük bir tesadüftür» diyen fikrini kuvvetli bir surette cerh etmiştir³⁶. Hakikaten 19 ve 20 nci asırlar boyunca memleketlerin büyük bir kısmı Kod'larını, aynen veya tâdil ederek yabancı memleketlerden iktibas etmişlerdir. Her ne suretle olursa olsun, iktibas edilen yabancı Kod, o millet tarafından hazmedilmekle beraber, o milletin tabii

34) Krs. Benim Borçlar Hukuku Dersleri, I (1948) sah. 15 v. d.

35) Krs. *Schönenberger* (Zürich) ve *Giovanoli* (Bern 1942) nin serhleri.

36) *Montesquieu*, *Esprit des lois* I. 3. (Kanunların ruhu).

gayesi, tamamen kendi hayat şartları ve ihtiyaçlarına uygun bir Kod'a yakın veya uzak bir zamanda ulaşmak olmalıdır³⁷.

Bu hususta *İtalya* bizim için canlı bir misal teşkil etmektedir. İtalya 1865 te, az çok sırf tercüme şeklinde Fransız Medenî Kanununu kabul etmişti. Bu kanun ile birlikte, İtalyaya Fransız Şerhçi Mektebi, medenî hukuk doktrini de girdi. Bu arada, bilhassa romanist gelişme neticesinde Alman doktrini ile sıkı bir münasebet tesis edildi ve İtalyan hukuk doktrini çok yüksek bir seviyeye ulaştı. Kendi medenî hukukunu tedvin arzusu, faşist rejim zamanında enerjik bir surette tahakkuk etti. Yeni 1942 Medenî Kanunu, faşizmin inkırazından sonra da, bu rejimle alâkalı hükümler müstesna, muhafaza edildi. Avrupada ilk defa olarak bir memleket, iktibas ettiği bir kanunu terk ediyor ve kendi düşünce ve ruhunun eseri olan, geniş çapta bir Kod vaz'ediyordu. Yeni İtalyan Medenî Kanunu zamanımızın en ileri medenî kanunlarından birini teşkil etmektedir. Bundan sekiz asır önce, Garp hukuk ilmine beşiklik etmiş olan İtalya, bu eserile Avrupa medenî hukukunun meydana gelmesine yeni bir unsur katmıştır. Hakikaten, garbî Avrupanın medenî hukuku ki, birçok farklı noktalara rağmen derin bir benzerlik arz etmektedir, evvel emirde üç milletin, İtalya, Fransa ve Almanyanın devamlı çalışma ve gayretleri sayesinde meydana gelmiştir.

Kanaatimce, yeni İtalyan Medenî Kanununun ehemmiyeti Fransız ve Alman temeller arasında yarattığı sentezde kendini göstermektedir. Keza İsviçre Kod'u, Alman ve Fransız İsviçresi teamüllerinden neşet etmiş olması sebebiyle bu yolda bir terakki sayılabilir. Yeni meydana getirilmiş veya tâdil edilmiş Cenubî Amerikanın bazı Kod'ları da, — ezcümle Brezilya, Meksika, Peru — aynı surette hareket etmektedirler³⁸. Bu Alman - Fransız sentezi bence çok mühimdir. Zamanımızın en mühim hareketini Avrupa Federasyonu teşkil etmektedir ki, bunun muvaffak olması bir ölüm dirim meselesidir. Parola : Birleşmek veya ölmektir. Türkiyenin, bu tarihî hareketin bir ana temeli haline geldiğini tekrar etmekle ayrı bir saadet duymaktayım. Arzu ve ümit ettiğimiz gibi bu federasyon muvaffak olursa, Avrupa hukukunun hiç değilse kısmen tevhidinin arzu edileceği şüphesizdir. Bu anda, Avrupanın bütün medenî kanunları, umumî bir tâdil mükellefiyeti karşısında bulunacaklardır. Hepsinin ortadan kalkarak

37) Krs. «Yabancı bir hukukun alınması ve benimsenmesi» adlı konferansım. İstanbul Üniversitesi açılış dersleri, 1935; Siyasal Bilgiler V (1935), Adliye Ceridesi 1936, sayı 56; fransızca olarak : Reception et assimilation des droits étrangers, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert II sah. 581 v. d.

38) Krs. *Arminjon - Nolde - Wolff* 1. c. I (1950) sah. 162 v. d.

yerini müşterek bir Kod'a terk etmesi icab edecektir. Bu bir bakımdan bir kayıp, fakat diğer bakımdan da bir kazanç olacaktır. Avrupa Medenî Kanununun tevhidini güçleştiren başlıca husus, Fransız hukuku cereyanı ile Alman hukuku cereyanı arasında mevcut bulunan ve doktrinal temellerin farkından doğan ikiliktir. Anglo - Amerikan hukuku kara Avrupasının romanist hukukundan o kadar farklıdır ki, kanaatimce, daima ayrı kalacaktır³⁹. Hususî hukukların milletlerarası tevhidini ancak kontinental tipinde hukuklar arasında mümkündür. Avrupa Federasyonunun kurulması her şeyden evvel Fransa ile Almanyanın anlaşmasına bağlı olduğu gibi, Avrupa medenî hukukunun istikbali de Fransız medenî hukuku ile Alman hukukunun ve doktrinlerinin koordinasyon ve muvazenesine bağlı bulunmaktadır⁴⁰.

Bugünkü dünyada, Medenî Hukuk sahasında cereyan eden tâdil hareketlerine bir nazar atfedersek, bazı mühim neticelere varıldığını görürüz. Bununla beraber, umumiyetle bu hareketler ana meseleler hakkında, kanaatimce mütereddit ve şüphelidir; terakkiler yavaş olmakta ve hattâ çok vakit hareketsizlik hüküm sürmektedir. Birçok memleketlerde, hukukun tedvini ve tevhidini çalışmaları durgun bir vaziyette bulunmaktadır. Eski Kod'ların hayatî kuvveti bazan aldatıcı bir zevahirden başka bir şey değildir : bu Kod'lar, ihtiyaca uymadığı halde yerlerine daha iyisi ikame edilemediği için muhafaza edilmektedirler. Bu durumun derin sebepleri vardır.

Fransız ve Avusturya Kod'larının meydana geldiği 19 uncu asrın başları Avrupa için çok müsmir bir teşriî devir olmuştur. *Savigny* bu devrin kodifikasyon hareketine uygun olmadığını söylemiş ise de, hakikat bu merkezde değildir : bu devir tedvin hareketine uygun idi. Halbuki zamanımız bu harekete uygun değildir ve olamaz. Zira bugünkü Avrupa durumu, açık ve kat'î direktifleri bulunmayan, mukabil kutuplar

39) Krs. Ankarada, Hukuk İlmini Yayma Kurumunda (şimdi Türk Hukuk Kurumu) verdiğim iki konferans : «İngiliz hukuku ve kontinental hukuk» (1937), «Mukayeseli hukuk zaviyesinden İngiliz borçlar hukukunun ana hatları» (1941). Kodifie hususi hukuklarla İngiliz hukuku arasında bir mukayese *E. Rabel*'in konferanslarında mevcuttur : *Private Laws of western civilisation*, *Louisiana Law Review*, Cilt X, sayı 1 - 4 (Baton Rouge 1949 - 1950), en son olarak bk. *E. M. Meijers*, *Case Law and Codified Systems of private Law* (Leiden Üniversitesinin mümtaz âlimi tarafından Oxford'da verilen konferans), *Journal of comparative legislation* 1951.

40) Avrupa hukukunun tevhidini hususundaki fikirlerimi Zürih konferansında bildirdim (yukarıda not 3) sah. 55 v. d. Krs. «Hususi hukukun beynelmilel tevhidini meselesi» adlı konferansım İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945.

arasında tereddütler arzeden bir intikal devridir. Bu intikal kendini bilhassa iktisat ve iktisadî mevzuat sahasında hissettirir. Medenî Kanunların ferdiyetçi temelleri mukabil cereyanlarla sarsılmıştır. Bütün devletlerde, Kod'ların etrafında, gûya muvakkat ve ekseriya muğlak, olgunlaşmamış, günün değişen ihtiyaçlarını karşılayan ve Medenî Kanunların prensipleri ile mütenakıs bulunan bir iktisadî kanunlar manzumesi bulunmaktadır⁴¹. Kod'lar, ferdî mülkiyet ve akit serbestîsi gibi ana prensipleri muhafaza etmekte, onları yüz elli yıl önce Fransız Medenî Kanununun yaptığına yakın olarak eski formüllerle ifade etmektedirler. Fransız Medenî Kanununun 544 üncü maddesinde bulunan ve tabiî hukukun ferdiyetçi doktrininden neşet eden ve : «Kanunla ve nizamlarla men edilmiyen bir surette kullanmak şartile, mülkiyet, şeylerde, mutlak surette istifade ve tasarruf etmek hakkıdır» diyen tarif, bugünkü Medenî Kanunların büyük bir ekseriyetinde az çok bulunmaktadır. Hakikat halde, herkesin bildiği gibi, mülkiyet ve akit serbestîsinin 1952 deki şümül ve mânası 19 uncu asır başındakinden çok farklıdır. Her memlekette bir sürü kanun bu iki prensibe birçok takyidat vaz'etmiştir. Bu takyidat belki muvakkat, belki de uzun vadelidir, bunu hiç kimse kat'î olarak kestiremez. Böylece, ana Kod'lar ile iktisadî ve hukukî hakikatler arasında bir muvazenesizlik meydana gelmiştir. Kod'lar ve doktrin bu hakikatlere yetişememektedir. Bu intikal, muvazenesizlik ve tereddüt durumunda, kat'î karakterli bir abide meydana getirmeğe imkân yoktur. İşte, zamanımızda kodifikasyon hareketlerini müşkülleştiren, içinde bulunulan bu vaziyettir⁴².

III

Belki biraz bedbin olan bu müşahadelerden sonra, hiç değilse birkaç kelime ile Türk Medenî Kanununun tâdili meselesine temas etmek isterim. Şüphesiz bizi esas itibarile bu mesele alâkadar etmektedir. Fakat, daha sözlerime başlarken de söylemiş olduğum gibi, bu mesele, bugünkü konuşmamın mevzuunu teşkil etmemektedir. Bu sebeple, sizi tatmin edemezsem beni mazur görünüz. Bununla beraber, bazı mütevazi mütalâalarda bulunmak istiyorum.

41) Bu iktisadî hukuk ve medenî hukukla münasebeti hususunda, «Harp ve hususi hukuk» mevzuunda İstanbul Üniversitesinde verdiğim konferansa bk., İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1941.

42) Bu hususta fevkalâde karakteristik olarak *Julliot de la Morandière*'in fikirleri, *Pennsylvania Law Review* 97 (1948) sah. 10 v. d.

Memleketin Medenî Kanununu tâdil ettirmeyi icab eden başlıca sebepleri hülâsa etmek isterim :

1) Evvelâ, Türkiyede de, Medenî Kanun ile Medenî Kanun dışında ortaya çıkan kanunlar arasında bir muvazenesizlik mevcuttur. Bu muvazenesizlik, kanunumuzun anavatanı olan İsviçrede dahi, iktisadî ve siyasî vaziyetlerin icab ettirdiği teşriî tedbirler dolayısıyla medenî hukuka iras edilen darbeler sebebiyle mevcuttur⁴³. Türk Medenî Kanununun cemiyetler hukuku tamamen liberaldir, Cemiyetler Kanunu ise, ihtiyaç ve siyasî cereyanlara göre değişen, kısmen farklı prensiplere istinad etmektedir. Borçlar Kanunu, faiz nisbetini tahdid etmiyen liberal prensibi benimsemiştir; birçok hususî kanunda bunun aksi bulunmaktadır. Hizmet akdi prensiplerile İş Kanununun prensipleri tetabuk etmemektedir. Az çok muvakkat olan Millî Korunma Kanunu hükümleri — diğer memleketlerde olduğu gibi — Türkiyede Medenî Kanun ile mübâyenet halindedir. Kanaatimce bu muhalif cereyanlar arasında bir ahenk yaratmağa imkân yoktur. Meselâ, Cemiyetler Kanununu Medenî Kanuna ithal etmiye imkân yoktur ve Medenî Kanunun cemiyetlere müteallik faslının ilgası da arzu edilemez. Bazı faydalar arzeden bu mübâyenet ve muvazenesizliğe, hâdiselerin tekâmülü ile ortadan kalkıncaya kadar tahammül etmek daha iyi olur.

2) Medenî Kanun hariçten, memleket hayatına bugüne kadar yerleşemeyen bir mikdar hukukî müessese ithal etmiştir. Türk Medenî Kanununun muhtelif akdî mal rejimleri — mal birliği ve mal ortaklığı — hiç tatbik edilmemektedir. Tamamen İsviçreli bir karakter taşıyan gayrimenkul rehin nevilerinden ipotekli borç senedi ve irat senedi için de aynı şey söylenebilir. Gayrimenkul mükellefiyeti, aile vakfı ve aile yurdu, fevkalâde ikame ve hattâ miras mukavelesi mahdut bir rol oynamaktadır. Bunların uyumalarına müsaade etmek, ve uykularında rahatsız etmemek lâzımdır. Bunların hiç kimseye bir zararı yoktur. Belki yegâne zararları, onları imtihan için öğrenmek mecburiyetinde olan ve her halde bir istifade temin eden talebeleridir. Bir gün bu müesseseler ehemmiyet kesbederek büyük hizmetler ifa edebilir.

43) Krs. İsviçre Hukukçular Cemiyetinin zabıtlarında, 1938 kongresinde takdim edilen raporlar : *K. Oftinger*, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht; *A. Comment* Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles (Bale 1938). Geniş çapta bir eser : *J. G. Lautner*, System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts (İsviçre harp iktisadiyatı hukuku sistemi) (Zürich 1942 - 1950).

3) Kanunun bazı prensipleri memleketin hukukî düşünüşüne yabancıdır. Müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet tefrikinde vaziyet bu merkezdedir. Bu farkın birçok müşkülât tevhit etmesine kat'iyen şaşmamaktayım. Biz, romanistler de, aynı müşkülâtla karşılaştık, zira Roma Hukuku yalnız müşterek mülkiyeti tanımıştır. Cermen menşeli olan diğer mülkiyet nevi BGB'ye büyük Cermen hukukçucu *Gierke*'nin⁴⁴ tenkit ve tesirleri neticesinde girmiş ve İsviçre Medenî Kanununda da, keza Cermanist olan *Eugen Huber* tarafından muhafaza edilmiştir. Kanunun sistematüğinde muhtelif cepheli bir rol oynayan bu tefriki kaldırmak bence güçtür. Bu güçlükleri halletmek vazifesi kanaatimce içtihada terettüp etmektedir. Bu kazaî yol, bana teşriî yoldan daha uygun gelmektedir.

4) Kanunun bazı hükümleri, memleketin âmme efkârı tarafından benimsenmemiş ve hattâ adalet hissine aykırı telâkki edilmektedir. Kanunî mirasçılık bunlara dahildir. Şüphesiz, hısımların mirasçılığında tatbik edilen zümre usulü mantikî fakat ekseriya adaletsizdir. Dünyânın hukuk nizamlarında geniş surette mevcuttur, fakat ne Roma Hukuku ne Fransız Hukuku ne de İngiliz Hukukunda yoktur, her hâlde âdil değildir ve Türk efkârı, fûru halinde ana babanın evlâtlarının mirasçısı olamamalarını, büyük ana ve babaların, müteveffanın kardeşleri ve hattâ yeğenleri karşısında mirasçı olamamalarını haksız bulmaktadır. Sağ kalan eşin, mülkiyet ve intifa hakkı ile mirasçı olması tenkitlere ve memnuniyetsizliklere sebep olmaktadır. Bu son vaziyet, arzu edilirse, tâdil olunabilir. Fakat bütün zümre sisteminin tâdiline gidilecekse, bunu Medenî Kanun dışında hususî bir kanunla yapmak daha iyi olur.

5) Her şeyden önce, kanunda bir çok boşluklar vardır. Bu, İsviçre teşriî metodunun hususiyetinden gelmektedir. Meselâ, vefa ve şüf'a haklarının BGB'de olduğu gibi daha tafsilâtlı bir surette tanzim edilmesi haklı olarak arzu edilebilir. Fakat diğer taraftan bu boşlukları ihtiva eden sistem, kanunun benimsenmesini kolaylaştırır, zira yaratıcı bir içtihada, memleketin zihniyetine uygun prensipler meydana getirmek imkânlarını bahşeder.

Bunlar, herhalde üzerinde durulması lâzım gelen noktalardır.

Bununla beraber, tarih boyunca, kanunların tâdili hususunda yapılan tecrübeler göstermiştir ki, çok fazla değişiklik yapmak tehlikelidir. Bir

44) *O. Gierke*, *Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht* (Bir Alman Medenî Kanunu projesi ve Alman hukuku) (1889) sah. 89 v. d.

kanun az çok bir san'at eseridir ve olmalıdır. Türk Medenî Kanunu bu eserlerden biridir. Bir taşını çıkartmak bütün abideyi yıkabilir. Keza değişiklikler yaparken, bir Kod'un teknik ve üslûbunu muhafaza etmek ve birliğini ihlâl etmemek de çok güçtür. Bu hususta İsviçre Kefalet Kanunu buna ciddî bir işaret teşkil eder. Bunun için dikkatli hareket etmek lâzımdır. Kanunun zâtında, ancak heyeti umumiyesini sarsımayacak değişiklikler yapmak lâzımdır. Türk vazı kanunu İsviçre Medenî Kanununu iktibas ederken, onun uzviyetine ve karakterine tesir etmiyen birçok değişiklikleri getirmiştir. Bundan başka, gerekli tâdillerin kanunun içinde değil, fakat ayrı kanunlarla yapılması bana daha mülâyim gelmektedir.

Fakat, kanunun tâdili hususunda dikkatli ve müteyakkız olunması fikrinde isem de, kat'iyen Türk menşeli olmayan bu kanunun müebbeden devamı fikrinde de değilim. Küllî reform günü gelecektir. Henüz gelmiş olduğunu zannetmiyorum. Bu bakımdan Prof. Dr. *Sıddık Sami Onar*'ın fikrine iştirak etmekteyim : beklemek ve çalışmak lâzımdır, kanunu mümkün merteye tatbik etmek, onu mümkün merteye tatbikatta kökleştirmek; ilmî metodlarla netice ve aksülâmellerini müşahede etmek, tecrübeler yapmak, zarurî olan kısmî reformları icra etmek ve böylece müstakbel Medenî Kanunu hazırlamak lâzımdır. Bir gün meydana gelecek olan bu kanun, bütün bu hazırlayıcı çalışmalardan ve tecrübelerden istifade edecek, tatbik edilmeyeni tasfiye, eksik görüleni ikmal ve arzu edileni ilâve edecek ve böylece bu Kod, Atatürk Türkiyesinin orijinal bir mahsulü olarak kendini gösterecektir.

Ankarada, Adalet Bakanlığında çalışan komisyon, şüphesiz, bu müstakbel Kod'u meydana koyma işini ve bu tekemmülü idare edecek olan merkezî organdır.

Fakat burada âzası bulunmakla şeref duyduğumuz İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün de bu çalışmalarda yer almasını ümit ederim. Hususî bir vazifesi de, memleketin hukuk hayatında hissedilen ihtizazları metodik bir surette müşahede etmek ve teşriî çalışmaların muhtaç olduğu mukayeseli hukuk materyelini toplamak ve vermektir.

Belki bilinmiyen bir hususu da tebarüz ettirmek isterim. Öğrendiğimize göre, mer'î Medenî Kanunun yeni bir metni hazırlanmaktadır. Halen mer'î metin, bilindiği gibi, İsviçre Medenî Kanununun fransızca metninden iktibas edilmiştir. Halbuki fransızca metin, İsviçre Kod'unun orijinal metni değildir (zira orijinali, *Huber* tarafından almanca kaleme alınmıştı) ve tamamen muvaffak bir tercüme sayılamaz. Bu sebeple, Prof. Dr. *Hıfzı Veldet*

Velidedeoğlu'nun Borçlar Kanununun umumî hükümleri⁴⁵ için ve İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi Reisi Doçent Dr. *Tahir Çağa*'nın aile hukukunun bir kısmı için yaptıkları gibi⁴⁶, yeni bir kanun metnine âcil bir zaruret vardır. Yalnız bir noktayı unutmamak iktiza eder : muhtevada hiç bir değişiklik yapılmısa dahi, yeni bir metin, yeni bir kanun demektir ve yeni bir tefsir icab ettirir.

Yeni metin mer'iyete girer girmez, eski metnin otomatik bir surette lâğvedilmesi ve eski metne müracaatın men edilmesi lâzımdır. Zira aksi halde, iki metnin bulunuşu, nihayetsiz münakaşa ve ihtilâflara sebep olabilir. Binaenaleyh bu yeni metin, bir reform hali arzmemekle beraber, gene bir reform olacaktır.

Sözlerimi bitirmek zamanı gelmiştir. Halen tevessül olunan tâdil çalışmaları ne zaman yeni bir Kod meydana getirecektir ? Bunu bilmiyorum ve bugünkü durumda kimse bilemez.

Yalnız bir şey muhakkaktır. Memleketimizin — ve diğer memleketlerin — hukukî istikbali için, kanun ne kadar mühimse, hukukî seviye de o kadar ehemmiyetlidir. Bu hukukî seviye kendini ilmî yetişmede, tatbik edenlerin adalet hissesinde gösterir. Ve burada, siz, genç arkadaşlarıma hitab ediyorum, zira yakında vatanınızın bugünkü veya müstakbel kanununu tatbik etmek size düşecektir. Bundan dolayı, Türkiyenin hukukî istikbali için, teşriî eser kadar, bu yüksek mektebin çatıları altında her gün sessizce, öğrenciler ve öğretim üyeleri tarafından yapılan çalışmaların hususî bir ehemmiyeti vardır.

Tercüme eden :

Doç. Dr. Halid Kemal Elbir

Ord. Prof. Dr. A. B. Schwarz

45) *F. Funk*, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi hükümler, türkçeye çevirenler : *Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek*.

46) *A. Egger*, Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, türkçeye çeviren : *Dr. Tahir Çağa*, İstanbul 1943.