

Andreas von Tuhr

BORÇLAR

Kanununun Umumî Hükümleri

Birinci Cilt:

Borçların esas ve muhtevası — Akitten doğan borçlar, haksız fiilden ve haksız mal iktisabından doğan borçlar

Fransızcadan Tercüme Edenler:

Sıddık Sâmi

Avukat

Mülkiye Mektebi Hukuku Medeniye Muallimi

ve

Hazim Atıf

Avukat

Mülkiye Mektebi ve Robert Kolec Muallimlerinden

İstanbul

ARKADAŞ MATBAASI

1931

Mütercimlerin mukaddimesi

Yeni Borçlar hukukumuzun esaslarını ihtiva eden en salâhiyettar bir hukukçunun eserini meslekdaşlarımıza taktim ediyoruz. Bir kanunun eyice anlaşılması için sadece tahlili bir tetkik kâfi değildir. Belki o kanunun maddeleri arasındaki alâkaları bulmak, bunları terkip etmek ve nihayet o kanunun istinat ettiği prensipleri anlamak lâzımdır. Şimdiye kadar memleketimizde hukuku medeniyenin bu suretle tetkik edilmemiş olmasının tatbikatçılarımızı çok müşkülâta uğratmış olduğunu zannediyoruz. Bu itibarla bu eserin borçlar hukukumuzla onun bir istisnai şekli olan ticaret hukukumuzu tenvir ve bu sahalardaki tetkikat ve tatbikatı teshil edeceği kanaatindeyiz.

Bu eserin bir faidesi de Alman zihniyeti hukukiyesini memleketimizde bir dereceye kadar tanıtabilecek bir mahiyette olmasıdır. Filhakika bizim şimdiye kadar garp hukukile temasımız daima Fransız hukuku vasıtasile olmuştur. Bu itibarla Fransız esaslarından ziyade Alman esaslarına istinat eden İsviçre hukuku bize bir az daha yabancı görünmüştür.

Eseri Fransızca tercümesinden naklediyoruz; doğrudan doğruya kendi menbaidan almadığımızı müteessir olmakla beraber Fransızçaya tercüme edenlerin gerek tabirler ve gerek izah tarzı itibarile eseri, Fransız zihniyetile daha menus olan memleketimiz için daha kolay anlaşılır bir şekle koyduklarını düşünerek müteselli oluyoruz.

Eserin mahiyeti ve tarzı hakkında bir söz ilâvesine lüzum görmiyoruz. Gerek müellif ve gerek Fransızca mütercimleri mukaddimelerinde bu hususta kâfi derecede izahat vermişlerdir. Ancak tabirler ve ıstılâhlar noktai nazarından tesadüf ettiğimiz müşkülâtı arzetmeğe lüzum görüyoruz. Tamamen yabancı bir menbaidan gelen ve büsbütün başka bir fikir manzumesinin mahsulü olan bu eserdeki tabirlerin tam mukabillerini, Fransızca mütercimleri gibi, bizde bulamadık ve yeniden ıstılâhlar koymak mecburiyetinde kaldık. Bunda ne derecelerde muvaffak olduğumuzu bilmiyoruz. Bu suretle hukukî ıstılâhlarımızın çoğalmasına ve yerleşmesine de ufak bir hizmet edebilirsek çok sevineceğiz.

Meslekdaşlarımızdan tesadüf edecekleri nakiselerden dolayı bizi mazur görmekte beraber tenvir ve ikaz etmelerini de rica ediyoruz.

Fransızcaya tercüme edenlerin mukaddimesi

Bu eserin tercümesinde bir çok mühim müşküllere maruz kaldık, bunların bir kısmı lisandan diğeri de müellifin düşüncelerinden ileri gelmektedir. Bütün bu müşkülâtı iktiham ettiğimizi söylemiyoruz. Binaenaleyh karilerimizin müsamehasını rica ederiz. Alman doğmatizmi bazan en iyi yerleşmiş fikirlerimizi bile alt üst etmektedir. Menfi bir hak, menfi bir zarar ve ziyan, mamelekin mesuliyeti gibi mefhumlar nasıl kavranabilir? *Gestaltungsrecht*, *Machtbefugnis*, *Zuwendung*, *Feststellungsklage* kelimeleleri ve diğeri bir çok Alman ıstılahları kabili tefehhüm bir Fransızca ile nasıl ifade olunabilir? Bizden çok daha büyük olanlar buna beyhude yere teşebbüs etmişlerdir. Mazeretimiz de bu olacaktır. Emelimiz bu tercümenin - ne kadar nakıs olursa olsun - *von Tuhr*'un mühim eserinin tetkikini teshil etmesinden ibarettir.

Kaideten, İsviçre kanunu medenisinin ve borçlar kanununun Fransızca tercümesindeki ıstılahları kabul eyledik. Çünkü bunlar İsviçre kanunlarında mahkeme mukarreratında ve nazariyatında kullanılmaktadır. Alman hukuku için de *Comité français de législation étrangère* in *Busnoir*, *Saleilles*, *Lévy-Ullmann*, *Challamel*, *Gény*, *Hamel* ve *Drioux* gibi meşhur hukukşinaslara yaptırmış olduğu tercümeğe müracaat eyledik. Diğeri eserlerden bilhassa *Demogue*, *Gény* ve *Saleilles*, *Roquin*, *Rossel* ve *Martin* gibi müelliflerin eserlerinden istifade eyledik. Tesbit edilmiş ıstılahlar bulunmayan yerler için yeni teknik ıstılahlar koyduk. Bu suretle *Gestaltungsrecht* kelimesine *droits formateurs* dedik.

Karilere kolaylık olmak üzere *Praxis* için verilmiş olan referansları Federal Mahkemesi mukarreratına ve Mahkemeler gazetesine referanslarla ikmal eyledik. Esere bazı notlar ilâvesini de faydalı gördük. Fransızca tercümenin sayfaları aslın sayfalarına tekabül eder, not numaraları da böyledir.

Maurice de Torrenté

Emile Thilo

BORÇLAR

Kanununun Umumî Hükümleri

I

Mukaddime

Federal borçlar kanunu, ehemmiyeti yalnız borçlar hukukunun bütün kısımlarına değil belki bütün medenî hukuka şamil bulunan umumî hükümleri muhtevidir. Borçlar kanununun sistematik bir tetkiki, bu umumî kaideleri izah ve İsviçre hukuku medeniyesiyle bütün diğer asrî hukuku medeniyelere müstenit umumî malûmatı noktai hareket alarak bunları ikmal eylemek icap eder. Bu hukukî esasların birçoğu Alman kanunu medenisinde muvakkat bir mevkiî tatbik bulan ve İsviçre mahkeme içtihatları üzerinde katî bir tesir icra eden ahkâmı umumiyeden istinbat olunmuştur. Borçlar kanununun şerhinde İsviçre hukukunun hususiyeti ve orijinalitesi nazari itibara alınmakla beraber bu tarihî rabita göz önünde bulundurulmalıdır.

Fikrimce, muhtelif şerhlere ilâveten doğmatik bir teşrihe lüzum vardı. Çünkü kanunun mevzu ahkâmı haricinde bulunan fakat aynı derecede ehemmiyetli olan gayrı mektup hukuku izah ve hukukî kaidelerin ehemmiyetini tesbit ve aralarındaki rabitaları sarahaten zikretmek için bu tarz daha münasıptır. Şarihlere düşen vazife kanunun mantikî ve nakli bir surette tetkiki, kararların ve hukukî eserlerin zikridir. Ben ekseriya diğer şerhlere affetmekle iktifa ettim ve ancak karilerin tetkikatlarını ikmal etmelerine yardım edecek en yeni kararlar ve eserleri zikreyledim,

Hukukî mefhumlara, hukukun tatbikatının icap ettirdiği ince bir takım tefrik ve tasnifleri ithal etmiyerek ve zait bir alimlikten içtinap ederek herkes için kabili tefehhüm bir şerh yapmağa teşebbüs ettim. Bu kitap bilhassa hukukşinaslar için olduğu kadar bu mesleğe girmek isteyenlere, sathi bir bilgiden ziyade umumî bir fikir edinmek arzu edenlere mahsustur.

Karilerin, Alman kanunu medenisinin ilmî nazariyelerile temas noktalarını anlamaları için « *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* » nam eserimde tafsilen tetkik edilen hukukî meseleler hakkında bu kitaba müracaat etmelerini münasip gördüm. Ve İsviçre hukukiyle Alman hukukunda iyi veya sarîh tabirler bulmadığım fikirler için yine bu kitaptan hukukî mefhumların izah ve tariflerini almaktan çekinmedim.

İkinci cilt borçlar kanununun 68 : 183 üncü maddelerini teşrih edecektir. Bu cilt ihtimal ki bir iki sene zarfında ve her iki cilde ait umumî bir fihristi de ihtiva ederek intişar edecektir.

§ 1. Methal

Borçlar hukuku federasyon hukuku hususiyesinin aynı zamanda hem en eski ve hem de en yeni kısmını teşkil eder. 14 Haziran 1881 tarihli borçlar kanunu hukuku hususiyenin tevhide en muvafık gelen kısımlarını iyi bir şekilde ve asrî hayatı hukukiyenin ihtiyaçlarına tevafuk edecek bir tarzda taknin eylemişti.

1881 tarihli borçlar kanunu muhteviyatı itibarile başlıca mütekaddım üç esere istinat ediyordu: *Zürich*¹ kantonu için 1853 - 1855de *Bluntschli* tarafından hazırlanan kanunu medenî; 1861 tarihli ticaret kanunu umumisi; *Dresde* projesi denilen, borçlar mevaddına mahsus ve 1866 tarihli, Almanya için umumi kanun lâyihası.

1912 senesi 1 kânunusanisinde mevki meriyete giren kanunu medenin tanzimi mesaisinin nihayetlerine doğru, kanunu medenî müellifi *Eugène Huber* in nazareti altında borçlar kanunu yeniden gözden geçirildi. Bu suretle gözden geçirilen borçlar kanununun birinci layıhası 1904te *Langenihal* de bir komisyon tarafından tetkik edildikten sonra muaddel bir şekilde ve federasyon heyetinin 3 Mart 1905 tarihli tezkeresiyle beraber federasyon meclisine takdim olundu. Bu layıha 1908 Mayıs ve Teşrinievvelile 1909 Mayısında mütehassıslar komisyonu tarafından yeniden tetkik olundu. Bu son müzakeratin neticesi federasyon heyetinin 1 Haziran 1909 tarihli tezkeresiyle federasyon meclisine arz olundu. İşbu kanun 1909 Teşrin'evvel ve Kânunuevvel aylarında *Conseil national* tarafından ve 1910 da *Conseil des Etats* tarafından tetkik olundu. Her iki heyet tarafından 4 Teşrinisani 1910 da kabul olunduktan ve şekli tahrirde müteaddit tadilâta uğradıktan sonra 30 Mart 1911 de katiyyen kabul ve 5 Nisan 1911 de neşrolundu. 1 Kânunusani 1912 tarihinde de mevki meriyete girdi.

Bu gözden geçirmeye, bir taraftan eski borçlar kanununu Kanunu Medenî ile telif etmek diğer taraftan yirmi senelik tatbikatı zarfında hasıl olan tecrübelere göre katiyetle lüzum görülen şekilde tadil maksadiyle teşebbüs olundu².

¹ *Guggenbühl, Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuchs. Zürich. Diss. 1924 - Bauhofer, Entstehung und Bedeutung des Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuchs Zür. Preisschrift 1924.*

² 3 Mart 1905 tarihli tezkire, s. 4 ve mab.

Kanunu medenî ile borçlar kanununu telif etmek için, Borçlar kanunundan, Kanunu medenide mevzuu bahsedilen bazı mevat bilhassa menkullere müteallik aynî haklar çıkarıldı ve işbu kanuna borcun nakli, *la reprise de dette*, gayri menkul beyi, *la vente d'immeubles*, hibe, *donation*, dellallık, *courtage*, ve ölünceye kadar bakma, *contrat d'entretien viager*, akitleri ilâve olundu. Bunlara, hizmet aktine *contrat de travail* müteallik teferrüatlı ahkâm ile kanunun muhtelif yerlerinde yapılan ve fikrimce tamamen islâh mahiyetinde addi mümkün olmıyan daha az ehemmiyetli tadilâtı da ilâve etmek icap eder. Bundan maada kanunun metninde biraz retuşla tashihi mümkün olabilecek nakiseler ve gayri vazıh noktalar halile bırakılmıştır¹. Borçlar Kanunu yeniden gözden geçirilirken 1900 denberi Almanyada mevkii meriyette bulunan ve o sıralarda hukuku hususiye nin en yeni ve tam bir taknini olan Alman kanunu medenisinin tesirinden kurtulmak mümkün olmamıştır.

Borçlar kanununu, beşinci kısım olmak üzere Kanunu Medeniye ithal hakkında evvelce mevcut olan fikirler bilahara terkolundu. Borçlar kanunu Kanunu Medeniden ayrıdır, fakat bunun lüzumlu bir mütemmimidir. Çünkü sahası hukuku medeniye nin bütün aksamına şamil ve diğer kanunların, Kanunu medenide mevcut bulunmıyan umumî bir kısımda topladıkları bir çok efkâr ve kavaidi hukukiyeyi muhtevidir. Kanunu Medeninin yedinci maddesine [T. K. M. mad. 5] nazaren Borçlar Kanununun, akitlerin inikatlarına, *conclusion*, hükümlerine *l'exécution*, ve sukutlarına *l'extinction*, müteallik umumî kaideleri, (1 ilâ 40, 68 ilâ 109, 114 ilâ 142) hukuku medeniye nin diğer kısımlarında da caridir². Bu kaide, meselâ Kanunu medenide noksan bir tarzda mevzuu bahsedilen ayni akitler, *contrat réel*, ve bilhassa mülkiyetin nakli hakkında kabili tatbiktir. Mamafi borçlar kanunu, hukuku medeniye nin sair münasebetlerinde ancak bunların hususî mahiyetleri nazarı itibara alınmak şartile tatbik olunabilir. (Meselâ mülkiyetin nakli için zilyetliğin de nakline lüzum olması.) Bu sebepledir ki aynî hak iddialarında *pretentions réelles*, iskatî müruru zaman cari olmadığına karar verilmiştir. (Praxis 11 No. 51; TF 48 II, s. 38)

¹ Schw. *Juristen - Zeitung*daki mekalelerime müracaat ediniz. 17 s. 225 (101-inci madde), 18 s. 201. (hibe) 18 s. 365 ve 383 (beyi ve icare). 19 s. 225 ve 245 (kefalet)

² Borçlar kanunu yalnız Kanunu medeniye yi değil belki diğer Federal kanunları da itmam eder. (Sigorta mukavelesine müteallik kanunun 109 üncü maddesi de bu noktayı tasrih etmektedir.)

Diğer cihetten Borçlar Kanununun, Kanunu Medenin'in yedinci maddesinde (T. K. M. mad. 5) zikrolunan hukukî kaidelerden başka, diğer esasları da aynı suretle Kanunu Medeni münasebetlerine tatbik olunabilir. Meselâ (151) inci [T. B. K. mad. 149] ve müteakıp maddelerde zikrolunan şarta ait ahkâm bir dereceye kadar, aynı denilen mukavelelerde de caridir. Kanunu Medenin'in sarahaten Borçlar Kanununa attığı yerlerde Borçlar Kanununu tatbik etmek iktiza eyler. Meselâ Kanunu Medenin'in 726 ve 727 inci [T. K. M. mad. 699 ve 700] maddelerinde zikrolunan mal iktisabı Borçlar Kanununun esaslarına göre tetkik edilmelidir. Kanunu Medenin'in 929 uncu (T. K. M. mad. 897) maddesinde mezkûr ziyetlik davalarındaki müruru zamanlarda da aynı suretle hareket olunmalıdır.

Borçlar Kanunu üç kısma ayrılır. Birinci kısım (bap 1 ilâ 25, madde 1 ilâ 183), [T. B. K. 1 ilâ 181] borçların teşekkülüne, hükümlerine, sukûtlarına (borçlular arasında teselsül, şart, pey akçesi ve zamanı rücu ve cezaî şart gibi²) hususî bazı münasebata, alacağın temlik ve borcun nakline müteallik ahkâmı umumiyeyi muhtevidir. İkinci kısım (bap 6 ilâ 23, mad. 184 ilâ 551), (T.B.K. mad. 182 ilâ 541) muhtelif aktı münasebatı tanzim eder. (Bunda vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf şibih akti de dahildir). Evvelce bahsedilen tadilatı elyevm meriyete girmiş olan üçüncü kısım ise (bap, 24 ilâ 33, madde 552 ilâ 880) ticarî şirketler, kıymetli evrak ve unvanı ticarete ait ahkâmı muhtevidir.

Alman, Fransız ve İtalyan hukuk sistemleri hilâfına olarak İsviçre vazii kanunu hukuku ticareti hususî bir kanun yapmamış, belki bunu borçlar kanununda hukuku medeniye'nin sair kısımlarile mezçeylemiştir. Ticarî mümessiller ve sair ticarî vekiller hakkındaki on yedinci bap, ticaret şirketlerinden bahis 24 ilâ 27 inci baplar ve sicilli ticaret, unvanı ticaret ve ticaret defterlerinden bahis 33 üncü baplar bilfiil hukuku ticaretin aksamındandır. Bundan maada 15 inci bap bir münasebeti hukukiyeden bahseder ki bu da tabiatî itibarile ticareti alâkadar eden komisyondur. 104üncü [T. B. K. mad. 103] madde ve 314 üncü [T.B.K. mad. 308] maddede ticarî faizin hesabına ait hususî ahkâmı muhtevidir. 190, 215 ve 313 üncü maddelerde [T. B. K. mad. 187, 212, 387] ise Ticarî mevada müteallik

² Tashih ve tadil esnasında hataen umumî kısma konulan 159 uncu [T. B. K. mad. 157] maddede bu kısım dâhildir.

hususî ve mühim bir hüküm mevzuubahistir. Bu hükmün tatbiki lâzım olup olmadığını anlamak için tarefeynin tüccar olup olmadıklarından ziyade bizzat işte bir maksadı ticarî (tekrar satmak maksadile işтира) mevcut olup olmadığını tetkik lâzımgelir⁶. Borçlar kanununun sair hükümleri diğerlerinde olduğu gibi ticarî münasebetlerde dahi tatbik olunur. Meselâ, 201 inci [T. B. K. mad. 198] maddede mezkûr ve esas itibarile hukuku ticaretten istihraç olunan, müşterinin mebie müteallik kusurları bildirmek vecibesi. Mamafi, bu neviden olan hukuk kaidelerinin tatbikinde bir ticaret muamelesile adi muamele arasında mevcut esaslı farkı nazarı dikkatten uzak tutmamalıdır. Ve binnetice meselâ, kusurun ihbarı keyfiyetinde, tacir olmıyanlara karşı tacirlere nisbetle daha müsamahakâr davranmalıdır.

Kanunu Medeninin yedinci maddesine [T. K. M. mad. 5] göre Borçlar Kanunu, Kanunu Medeninin tanzim ettiği münasebatı hususiyede tatbik olduğu gibi, Kanunu Medeni de Borçlar Kanununun tatbikinde pek ziyade haizi ehemmiyettir. Bu ehemmiyet, alelhusus Kanunu Medeninin ilk on maddesinde ve bilhassa hakların istimalinde ve, vecibelerin ifasında hüsnü niyet kaidelerine riayet lüzumunu muntazammın olan, ikinci maddesinde zahirdir.

Kanunu Medeninin altıncı maddesi müfadinca, federal Kanunu Medeni kantonların (usulü muhakeme dahi dahil olmak üzere⁷) hukuku ammesini ipka eylemiştir. Bilâkis mahfuz addetmediği noktalarda kantonların hukuku hususiyesi esas itibarile lâğvedilmiştir. Borçlar Kanununun muhtelif yerlerinde bu şekilde mahfuziyetlere tesadüf olunur. Meselâ: hayvanlar tarafından iras olunan hasar, (madde 56) (T. B. K. mad. 56), ispirotolu içkilerin perakende satışı, (madde 186), arazi satışı, (madde 218) ve kambiyo acantaları (madde 418) hakkındaki ahkâm bu kabildendir. Mahfuziyetin mânası daima aynı değildir. Bazı ahvalde hukukî bir meselenin halli tamamen kanton hukukuna havale olunmuştur. Meselâ (56) inci maddedeki

⁶ Oser de 190 inci maddeye bakınız.

⁷ Bununla beraber Federal vazın kanun, kantonlarda federal hukuk prensiplerinin tatbikini temin için lâzım gelen usulü muhakeme kavaidini tesbite kendisini salâhiyettar görmüştür. *Schw. Juristen - Zeitung* mecmuasının altıncı numarasında 101inci sahifede A. Reichele'in *Einfluss des Z. G. B. auf den kantonalen Prozess*, nam makalesine ve ilerideki, § 4 not 30 ve § 30 not 22 ye müracaat.

hayvanlar tarafından ika olunan hasar gibi. Diğer ahvalde ise kantonlar federal hukuka muhalif veya bunun ahkâmını mütemmim kavait vazede-bilirler. Kanton ahkâmı mevcut olmadığı takdirde federal hukuk tatbik olu-nur. (madde 61 ve 236). Bazı mahfuziyetler (madde 33,73,97 ve 362) altıncı maddenin esasen kantonlara terkettiği hukuku ammeye mütealliktir. Ka-nunu Medeninin beşinci maddesi birinci fıkrası mucibince bu mahfuziyet-ler yalnız mevcut olan kanton hukuku hakkında değil belki müstakbel Kanton hukukunda da caridir⁸.

Bir çok ahvalde kanun (meselâ madde 81, 112, 189, 211, 212 ve 213), [T. B. K. mad. 80, 111, 186, 208, 209, 210] âdâta, yahut âdatı mahalliyeye (madde 158, 271, 284), [T.B.K. mad. 156, 266, 279] atfeder ve bu suretle âdete kanunun ikinci derecede bir menbaı kuvvetini verir⁹. âdetin tatbiki ta-raflarca malûm olmasına veya rizalarına muvafık bulunmasına bağlı de ğil-dir¹⁰. Kanunu medeninin beşinci maddesinin ikinci fıkrasına göre evelce mevkiî meriyette bulunan kanton hukuku âdete esas ittihaz olunur. Me-ğerki muhalif bir âdetin mevcudiyeti ispat olua. Ticaret ve sanayiın bazı şubelerinde adetler alâkadarlar tarafınca tahriren tesbit olunurlar ve bu şekilde ticarî âdetler, *usage* 5, namını alırlar¹¹. Kanunun âdetlere mü-eyyide vermediği hallerde dahi bunların, beyanı rizayı tefsir için nazarı dikkate alınması lâzım gelir¹². Tarafların rizalarının unsuru olmak itiba-rile âdetler kanun tarafından tanzimi ahkâm, *droit dispositif*, olmak üzere tesbit edilen hukukî kaidelere tefevvuk eder.

Kanun tarafından teyit olunan âdetlerde dahil olduğu halde kanunlarda kabili tatbik bir kaide bulunmadığı taktirde hâkimin ürf ve âdetle hük-metmesi lâzım gelir¹³. (Kanunu Medenî madde 1) Halbuki örf ve âdet ekseriya muayyen havaliye veya muayyen eşhas zümrelerine münhasır bulunduğundan bunu kanunun başka taraflarında «örf» veya «mahallî örf» dediği şeyden tefrik güçtür.

⁸ Aynı suretle evelce mevcut kanton hukukunun bekasını kabul etmek icap eder. Çünkü meselâ (236) inci maddede olduğu gibi muayyen bazı mevât için kantonlar yeni ahkâm vazına salâhiyettardır. *Oscr.* tem. B.

⁹ Aşağıda § 7 not 44 e müracaat.

¹⁰ *Becker*, 13, mad. 18

¹¹ *Wehrli, die Zürcher. Rohseidenwesen, thèse.*

¹² Aşağıda § 34 not 17 ye müracaat

¹³ *Gmür, Z. G. B. und Gewohnheitsrecht.*

Kanunda veya örf ve âdette bir hüküm bulunmadığı taktirde hâkim vazii kanun olduğu halde vazedeceği kaideye göre hükmeder. Hukuk için yeni bir menba olan ve birinci madde ile tanınan ve yine o maddede tarif edilmiş bulunması mucibi memnuniyet olan bu faaliyetinde hâkim nazariyelerin ve ananelerin muteber addettiği sureti hallere riayet eylemelidir. Borçlar kanununun tarihî esasları nazarı itibara alınarak hukukî nazariyeleri yalnız İsviçre edebiyatı hukukiyesinde değil belki, ve bilhassa, ahkâmı umumiyede ve Alman Kanunu Medenisinde ve kanunun bazı aksamı için de Fransız hukukunda aramak icap eder. Anane ise mahkeme kararlarında bütün kuvvetile tecelli eyler. Nazariyeler ve mahkeme kararları hâkimi takyit etmez. Belki bizzat bir karar ittihazında kendisine yardım ederler. Bilhassa hâkim mukaddem kararlarla bağlı değildir. Filhakika her ne kadar devamlı mukarrerat daha emin bir vaziyeti hukukiye ihtas ederse de hiç değişmiyen tatbikatta hukukî hayatın terakkisine engel olur.
