

AVRUPA ÜLKELERİ MEDENİ HUKUKLARINDA FRANSIZ VE ALMAN MODELLERİ

R. Sacco

Torino Hukuk Fakültesi Profesörü

1. Çağımız hukukçusu için hukuk, uygulanabilir olan hukuktur. Öğretilen hukuk ile uygulanabilir hukuk arasındaki her türlü ayrılık uygulanabilir hukuk yararına derhal düzeltilmesi gerekli bir anomali teşkil eder. Fakat bu çağa böyle değildi. İlk hukuk fakülteleri, çalışmaya başlama'larından itibaren bilimsel olarak doyurucu ve akılcı açıdan geçerli modellerin eğitimi için mümkün olanı yaptılar. Uzun yüzyıllar boyunca Roma modelleri kanonik modellerle birlikte öğretilen hukuka hâkim oldular, daha sonra tabii (aklı) Hukuk doktrinleri biri veya diğeri ile rekabet edebildiler.

Öğretilen hukuk ile uygulanan hukuk arasında bir çatışma varsa ikisi birbirlerini bilmezlikten gelemezler. Fakat eski ve yakın hukuk bize olağan olarak öğretilen hukukun adli hayata egemen olduğunu göstermektedir. Dünün öğrencisi yarının yargıcısıdır: Pek tabii olarak o Üniversite sıralarında öğrenmiş olduğu kuralları uygulayacaktır. Bir yargıç ancak bildiği hukuku uygulayabilir.

2. Rasyonel modellerin geleneksel veya Romalı modellere üstünlüğüne inanmış XVIII. yüzyıl hukukçusu daha ileri gidiyor, otoriteden Tabii Hukuk Okulu'nun bulunduğu bütün büyük ilkelerin yer aldığı yeni yasalar, yeni kanunnameler kabul etmesini istiyorlar.

Code Napoléon adını alacak olan 1804 Code civil'i de 1811 Avusturya Medeni Kanunu (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) temelinde tabii hukukun formülleri için hayranlık yatan düşünceler akımına yasakoyucuların cevaplarıdır.

Tabii Hukuka dayalı yasalar çıkarıldıkça bugüne kadar Tabii Hukuk için beslenen hayranlık bundan böyle kanunnamelere de yayılacaktı. Avusturyalı hukukçu gibi Fransız hukukçusu da hukukî gerçeği yasa dışında araştırmayı zorunlu saymamakta, kanunnameler dışında bir hukukun bulunduğu düşüncesini artık reddetmekte, yasakoyucunun düşüncesini mümkün olduğunca sadakatle yeniden kurmaktan ibaret şerh metodu (*méthode de l'exégèse*) denilen yeni bir metoda bağlılığını dile getirmektedir. Medeni hukukta yeni el kitapları bundan böyle «Medeni Hukuk Dersleri» değil daha çok «Medeni Kanun Dersleri» veya «Medeni Kanun Üzerinde Tekrarlamalar» adını taşıyacaktır.

3. Bütün şerhçilerin, kuramcılarının ve uygulamacıların tâbi oldukları bu aşamada öğretilen ve uygulanan hukukun birliği sağlanmış olur.

Yasanın boşluklar içerdiği gerçektir. Fransa'da *Code civil* tüzel kişileri düzenlemez, zilyetlik hakkında hüküm taşımaz, genel bir haksız zenginleşme dâvasını anmaz ve haksız fiilin objektif unsurunun hangisi olduğunu söylemeyi unutmuştur. Bir yüzyıldan fazlanın Fransız içtihatlarını inceleyecek olursak, boşlukları doldurmak için kullanılan kuralların ve Roma Hukuku kuralları (kaynak kurallar veya *usus modernus Pandectarum*'da hazırlanmış kurallar) ya da Tabii Hukuk kuralları olduklarını görmekteyiz. Uygulayan bu kuralları düşünmezdi. Fakat uygulayan Medeni Kanunda geleneksel doktrinin kendisine bıraktığı formülleri okuduğunu sanıyordu.

Mevcut mirasçının tasarruf işleminin etkisi, dâvacının hatasını isbat edememesi durumunda uğriyacağı borç olmayan şeyin iadesi dâvasının reddi Roma Hukuku geleneği-

ni sürdürmektedir. Sözleşenin iradesini bertaraf eden bir hatta ile sakatlanmış sözleşmenin mutlak (hukuken) butlanı (*) Tabii Hukukun bir ürünüdür. Fakat uygulayan bu uygulamaların *Code Napoléon*'un metninde bulunduğu inanır.

Bir kelime ile, Fransız uygulayıcısı bundan böyle kurallar üzerine eğilmektedir. Önce yasa kuralı üzerine eğilir. Yapılması zorunlu olan durumda bunu tamamlamak için başka kurallara (Roma Hukuku kuralları, Tabii Hukuk kuralları)'na başvurur. Kuralı veya kuralın istisnalarını araştırır, kuralın veya bu istisnaların uygunluklarını aklın ve adaletin gerekleri ve sosyal zorunluluklarla keşfetmeye veya ortaya çıkarmaya çalışır.

4. XIX. Yüzyılın ikinci yarısında Fransız hukukçusu yasanın boşluklar içerdiği ve yorum yapma işinin aynı zamanda serbestçe modeller hazırlamak ve seçmek anlamına geldiği gerçeğini farkettiler.

Bir uygulayıcı, otorite bakımından diğerlerini aşar: Bu Fransız Temyiz Mahkemesi «(Cour de Cassation)» dur. İdarinin daima merkezi olduğu, merkezi karar organlarının yetkilerinin bilincinde oldukları bir ülkede Fransa Temyiz Mahkemesi pozitif hukuku bütünleştirmek ve modernleştirmekle yükümlü mahkemelere rehberlik etmek görevini yüklenmiştir, daha öncekilere sadık kaldığından içtihadı önceden görülebilir, şu halde çevresindeki yargı organları tam bir güvenle başvurabilecekleri bir örneğe sahiptirler.

İçtihat kaynaklı bu yeni hukuk karşısında Fransız profesörü ilk plânda endişesini saklamamıştır. Onu kabul etseydi, hukuk kuralları yaratmayı yasama organına tevdi eden mahkemelerce uygulanabilecek bir pozitif hukukun gösterilmesini bekleyen öğrencileri karşısında kendisini sorumlu hissedecekti.

(*) Türk hukuku bakımından BK. 31 dikkate alınır, bu ifadenin Türk ve İsviçre Hukukları bakımından geçerli olmadığı anlaşılır (Ş.A).

Bu yüzyılın başında *François Génay*'nin hukuk kaynakları arasında içtihadı yer veren teorileri Fransız teorisine en sonunda hukuk kurallarının sadece yasa kuralları olmadığı duygusunu verebilmiştir.

Bu olgudan dolayı Fransız özel hukuk kaynakları sistemi zenginleşti. Yasal kurallara yargısal kurallar ek'endi. Kaldı ki daima kurallar sözkonusudur. Hukukçunun araştırmalarında daima aynı nitelik vardır: Yasa metin'lerinde veya içtihat külliyatlarında yer alan kurallardan ve istisnalardan oluşan bir bütün. Yargı organları önden gidiyor, eğitim onu izliyor. Ve bu durumu kabul eden profesör kurallar üzerine eğiliyor: genel kurallar veya ayrıntı kurallar üzerine.

5. *Code civil*'in pekçok taklitçisi oldu. Birlikten önceki Alman ve İtalyan devletlerinde, Polonya'da (Varşova Dükalığı, daha sonra Kongre Krallığında), bazı İsviçre Kantonlarında, Belçika'da, Hollanda'da kullanıldı. *Code civil* ayrıca Rus *Svod Zakonov*'u ile *Mecelle*'yi etkiledi, Romanya'nın *Codul civil*'i, 1865 İtalyan *Codice civile* ve XIX. Yüzyıl sonundaki büyük Bulgar medeni kanunlarının temelini oluşturmuştur. Arap ülkelerinin medeni hukuk kodifikasyonlarında model olarak tanınmıştır. Somali, Cezayir ve başka yerlerde model olarak yayılmış bulunan Mısır Medeni Kanunu bunlar arasında sayılabilir.

Bu şekilde Fransız modeli kanun aracılığı ile yayılmaktadır. Uygulayıcılarının hazırlıklarının tahdidi daha da önemli olmuştur.

Daha orijinal yeni kanunlar o zamana kadar Fransa'yı taklit etmiş olan ülkelerde kabul edilmiştir. Almanya, İsviçre, Türkiye, İtalya, Rusya ve Polonya Fransız kanun modelinin yakın geçmişte başka modellere yerini bıraktığı ülkelerdir.

6. Taklitçilerinin sayısına göre bir yargıya varmak gerekirse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* *Code civil*'in başarısına ulaşamadı. Etkisi Sırbistan'ın ötesine geçemedi.

Kaldı ki, Sırp doktrini teorilerini Avusturya ve Alman okullarından çok Fransız doktrinine borçludur.

7. Restorasyon dönemi Almanyası'nın ne tek yasakoyucusu ne de tek bir yüksek mahkemesi vardı. Kırk dokuz küçük devlete bölünmüştü, kırk dokuz mevzuatı vardı, birçok da yüksek mahkemesi bulunuyordu. Bu durum doktrini bir seçim yapmaya zorlamaktaydı. Doktrin mahallî hukukları okutabilir, Devletlerin mevzuatını öğretebilir, münhasıran pozitif modellere eğilebilirdi. Ya da buna karşı bütün Alman dünyasına ait bulunan bir hukuku okutabilir, genel problemler üzerine eğilebilirdi. Bu pratik olarak bütün Almanyası'nın ortak hukuku olan ve bütün Almanya'da yürürlükteki hukukun temelini oluşturmakta devam eden Roma Hukuku'nun öğretilmesi demektir.

Doktrin tereddüt etmedi. Alman profesörü kendisini Devletin hizmetinde hissetmiyordu. Kaldı ki o, yüzyıl'arca kuralları büyük şehirlerde veya onun derslerini vermekte olduğu mütevazî merkezlerde ne ölçüde uygulanabilir olduğu sorusunu asla sormaksızın bu Roma Hukuku'nu öğretmekteydi.

Şüphesiz Roma Hukuku modernleştirilmeye muhtaçtı. Fakat hiçbir yasakoyucudan hiçbir mahkemedan bu anlamdaki bir hareketin yönetimini üstlenmesi istenemezdi, çünkü bunun için zorunlu olan otoritesi yoktu. Şu halde görev doktrine düşmekteydi. Doktrinin hukuk yaratmadaki gayretlerinde bir araç olarak kullanacağı tanımlar profesörlere yabancı değildi.

Şüphesiz bu yöntem Fransız hukukunun meçhulü değildi. Code civil bazan kendisi de tanımlar yapar. Fakat Fransız tanımı bir kuralın sadece özeti veya ön tasarısı idi. Halbuki her kuralın istisnaları vardır, ve benzer şekilde her Fransız tanımı istisnalarla uyuşur. O zamanın Alman hukuk tanımı ise başkadır. Bir kategorinin tanımı, kategoriye giren bütün varsayımlara ortak ve kategoriye yabancı varsayımlarla uyuşmaz bir şekilde kategorinin karakteristik ve

anlaşılmaya yarar elemanlarını tanıtır. Şu halde bu tanım, Alman hukuk ailesinden olmayan hukukçuyu hayrete düşürecek veya kaybolmasına yarayacak şekilde matematik tanımın özellik ve niteliğini taşır.

Bir yöntemi belirleyen Alman tanımı ne istisnalar içerir ne de onlara tahammül eder. Bu sebeple bir dogmadır: uygun yöntem bu nedenle dogmatik diye adlandırılır. Alman tanımı bir kavramı bir anlayışı belirler, onun uyguladığı yönteme de kavramsal denir. Madem ki hukuk bilimi müsbet hukukun olaylarını tanımlamaktadır, tanımları o zaman Corpus iuris'de özellikle Pandektler'de bulunan müsbet hukuk kurallarına yabancı değildi (Ortaklaşa *Pandektçi Okul* diye anılma buradan gelmektedir). Fakat bu Corpus'deki boşluklar çoktu, kaldı ki kuralların anlamları çok defa belirsizdi. Şu halde ek bir değerlendirme kriterine ihtiyaç vardı ve bu kriter aynı sisteme dahil diğer tanımlarla her tanımın ahengi ile elde edildi. Bu yöntem sistematik yöntem adını aldı.

Sistematik yöntem taraftarlarına kategorileri özenle düzenleme zorunu getirmektedir. Bu ise gittikçe daha genel ve soyut yeni kategoriler kurmaya, tanımlamaya, geliştirmeye ve kullanmaya yönelmektedir. Hukukî ilişki, ilişkinin konusu, ilişkinin tarafı, edim, ilişkinin değişikliği, irade açıklamasından daha geniş fakat işleminden daha dar ve çevrilmesi imkânsız *Geschäft* gibi kategorilerin önemi buradadır. Bu döneme rastlayan medeni hukukun genel bölümü, Medeni Hukukun temelinde yer alan bütün kavramları özenle aydınlatan bir vitrin teşkil etmektedir. Bu Alman hukukçusunun gururudur.

Fransız hukukçusu kendisini çok defa mantıksal tümevarıma, tanıma ve sisteme onur yeri veren bir bilimin temsilcisi sayar. Kendisini *commun lawyer*'le mukayese ettiği ölçüde bu doğrudur, fakat XIX. Yüzyıl Alman dogmatik okulu hukukçusu ile mukayese ettiği zamanda bu düşünce gerçeğe uymaz.

Bu zıtlık *Aubry* ve *Rau*'nun ünlü kitaplarının ilk basımlarını *Bartin* ve *Esmein* tarafından gözden geçirilmiş olan son basıları ile mukayese edildiğinde ortaya çıkmaktadır. *Aubry* ve *Rau* yöntemlerini geçen yüzyılın başında Almanya'da kendisini göstermeye başlayan eyilimlere tabiatıyla bağlı olan ustaları *Zachariae*'den almışlardı. Oysa bu ders kitabının yeni basıları yalnızca Fransız formasyonu almış olan hukukçularca hazırlanmıştır, onlar eseri en ilginç tanımlardan yoksun bırakarak hafifletmişlerdir.

O zamanın Alman hukukçusunu ne içtihat ne de ayrıntılı problemler çekmekteydi. Hiçbir mahkeme çözümlerinin saf halde sadece okullardaki öğretimde bulunan bir hukukun yorumunda dikkate alınmasını sağlayacak yetkiye sahip değildi. Buna karşı yargıç hayatı boyunca taşıyacağı entelektüel bagajını sadece teoriklerin modellerinin kabul edildiği üniversiteye borçlu idi. Şu halde kavramlar pratik olayların çözümlerini getirmekteydi. Tanım önce gelmekteydi, kural onu izlemekteydi. Eğer tanım doğru olarak formüle edilmişse ondan uygulama safhasında içerdiği bütün gelişmeleri çıkarmak kolaydı.

8. Alman Pandektçi Okulu'nun elde ettiği sonuçların dikkatlice gözlenmesi Alman dünyasının kuzeyinden, doğusunda ve güneyindeki ülkelerde hayranlık uyandırdı. Hayranlıktan taklide çabuk geçildi.

İzlenen gelişmelerin bu kadar çabuk ve bu kadar önemli olacağını kimse düşünemezdi.

Almanya'da hazırlanan kategoriler yabancı ülkelere girmeye başladılar. Daha dikkat çekici olan da Alman yönteminin Almanya'da bunu doğuran şartları bulunmayan ülkelere girmesidir. Çok defa taklitçi ülkelerin dillerinin yeni Alman deyimlerinin çevrilmesi için zorunlu olan kelimeleri yoktu. Kelime türetme yoluna başvurma zorunlu hale geldi.

Alman biliminin sonuçlarının yayıldığı ülkelerin bazıları Romanist dünyaya mensuptular: İtalya, Avusturya, Po-

lonya, Bulgaristan ve İtalya aracılığı ile İspanya gibi. Bu ülkelerde Fransız tipi ve Avusturyalı mevzuat vardı. Uygulayıcının Alman hukuk bilimi temeline dayalı olarak hazırlanan bir ilkeyi, bu ilke yürürlükte olan yasa metinleri ile çelişki halinde ise kendi sistemine sokamayacağı açıktır. Eğer *Codice civile* mülkiyetin geçişi için sözleşmeyi sebep olarak öngörmüşse, İtalyan uygulayıcı soyut ifa işlemi düşüncesini alamazdı. Hatta kanunun kendisine yabancı olan pratik kurallara karşı olduğu kesimlerde bile hukukî yöntem kavramsal, dogmatik ve sistematik hale geliyor ve dedüksiyona dayalı bulunuyor. Kuramcı kurallardan çok tanımlar üzerine eğiliyor ve eğer yasa metni aşılmaz engeller çıkarmıyorsa Alman tanımları benimseniyordu ve bunlarda zımni olarak var olan pratik çözümler bu tanımlardan çıkarılıyordu.

Fransız kanunu ve Alman doktrini ile Avusturyalı kanun ile pandektçi doktrin büyük bir sakınca olmadan birlikte yaşayabildiler. *Geschäft* doktrinine ilgi duyan İtalyan ve Romanyalı öğrenci, *Geschäft*'i anmaksızın sözleşmeden sözaçan bir kanuna kolaylıkla alışabiliyorlardı.

Alman doktrin modelleri Romanist dünyaya mensup olmayan ülkeleri de fethettiler.

İskandinav ülkelerine girdiler, Macaristan ve Rusya tarafından uyarlandılar.

Macaristan o zaman Romanist bir ülke değildi, bu doktrin iktibası sonunda Romanist oldu. Yasa tasarıları, halen mevcut yasası Alman modeline olan bağlılığı göstermektedir. Bağlılık kesin değildir, çünkü Macarlar Alman doktrininde kendilerine çok soyut gelen (bu arada *Geschäft* doktrinini) daima reddettiler. Rus Akademisi Alman telâkkilerini benimsedi. Bu yüzyılın ilk yıllarında kaleme alınan yasa projesi Alman kökenli doktrinın Rusya'ya ne derinlikte girdiğini göstermektedir.

9. 1 Ocak 1900'de Almanya'da yeni yasa *Bürgerliches Gesetzbuch* yürürlüğe girdi.

Kavramsal yöntemin doğumuna neden olan koşullar böylece ortadan kalkıyordu. Fakat yasanın ruhunu anlamak için sistematik okulun usulleri en iyisiydi. Bu durum dogmatik yöntemin bir süre daha yaşamasını haklı kıldı.

Daha sonra bu yöntem düşmeğe başladı.

Menfaatler okulu (*Intessenjurisprudenz*) hukukçuya hukukî olguda bir kavramlar bütününden çok bir menfaat uyumsuzluğunun çözümü olduğu önerisinde bulundu.

Scsyojik okul toplum ile hukuk arasında yeni bir anlayışı övdü: toplum bizzat bir dizi kural hazırlayabilirdi ve bunları hukukçuya arzederdi; iyiniyete örf ve âdete göndermeler yapan yasa bu usule müsaade etmekteydi.

Merkezileşmiş yüksek bir mahkemenin varlığı içtihat doktrin karşısında XIX. Yüzyılda kendisinde bulunmayan bir tutarlılık ve prestij sağladı.

Bu unsurlar dogmatizme önceliğini ve okuluna hukukun kurulmasındaki tekeli kaybettirmeye hizmet ettiler.

10. Dogmatik yöntem her yerde biraz gerilemektedir.

İskandinavya'da analitik okul hukuku uygulanması öngörülebilir kurala indirgemektedir, ayrıca bu okul çok genel kurallardan kaçınmaktadır.

İtalya'da klâsik kavram yöntemi uygulayıcının keyfi ve subjektif kavramlarının hizmetine girdi. Bu şekilde uygulayıcıyı yasakoyucuya bağlayan bağlılık görevine ihanet etti. Tarihe dayalı usuller, mukayese, kurumların amaçlarının analizi, çatışma halindeki menfaatlerin analizi ona tercih edilir oldu.

Şu halde bugünün Avrupa'sında eskiden var olan metodolojik sınır siliniyor. Romanist ülkeler Amerika ve İngiltere'den kaynaklanan tecrübelerle açılmaktadırlar.

Fakat eğer Alman yöntemi yerini başka tekniklere bırakıyorsa da, Alman kategorileri, Alman dili Avrupa'nın

pekçok ülkesinde yasalarında ve öğretiminde tanınmaya devam etmektedir.

Fransa pek çok ülkeye yasasını verdi.

Almanya ise pek çok ülkeye yöntemini ve kategorilerini verdi. Yönteminin özü yokolmaktadır, buna karşı kategorileri hayran olunacak bir hayatiyet göstermeye devam etmektedirler.

Çev. Doç. Dr. Şener AKYOL