

HUKUK ÇEVRELERİ AYRIMINDA ALMAN HUKUKU'NUN YERİ VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

*Place of German Law in Major Legal Families and its Fundamental
Features*

Koray GÜVEN*

ÖZ

Yaygın bir görüşe göre, karşılaştırmalı hukuk metodunda büyük hukuk çevreleri ayrılırken belirleyici ölçütler; tarihsel gelişim, baskın hukuki düşünce biçimi, belirleyici hukuki kavramlar ile kurumlar, hukuk kaynakları ve ideolojik etkenlerdir. Çalışmada Alman hukukunun genel hatları, özellikle özel hukuk perspektifinden özetlenecektir. Bu yapılırken karşılaştırmalı hukuk metodundaki yaklaşıma paralel şekilde; tarihsel gelişimi, hukuk metodu ile hukuk kaynakları ve medeni kanununun genel yapısına önem verilecek; bu arada yeri geldikçe belirleyici kurumlara değinilecektir. Ayrıca hukukun, toplumsal düzenin bir alt sistemini teşkil ettiği ve bir sosyal olgu olduğu da göz önünde bulundurularak; sosyoekonomik değişimlerin ve bu arada şekillenen ideolojinin hukuka ve hukuk bilimine nasıl yön verdiği de açıklanacaktır. Bunların dışında son olarak, Alman hukukunun federal yapısı gibi bazı belirleyici özelliklerine, Almanya'da hukuk eğitime ve hukukçuluk mesleğine de yer verilecektir.

Anahtar Sözcükler: Alman hukuku, karşılaştırmalı hukuk, hukuk metodu ve yorum, Pandekt hukuku, toplumsal bir 'alt sistem' olarak hukuk.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, koray.s.guven@gmail.com

ABSTRACT

Pursuant to a common view, when determining the legal families in the context of comparative law, the decisive factors are; historical background, dominant legal reasoning method, significant legal concepts, sources of law and ideology. In this study, basic concepts of German law will be summarized from the perspective of private law. In coherence with the comparative law method; historical background, legal method, sources of law and general structure of its civil code will be attached utmost importance. Additionally its significant institutions will be mentioned as needed. Furthermore, considering the law is a subsystem of the social order and a social phenomenon, how socio-economic changes and the ideology which has been shaped in the course of these changes have affected the law and jurisprudence will be explained. Apart from these, finally some substantial features of German law such as federalism and also legal education together with legal professions in Germany will be touched upon.

Keywords: German law, comparative law, legal method and interpretation, pandect law, law as a social ‘subsystem’

I. GİRİŞ

Dünya üzerindeki pek çok hukuk düzeninin belirli ölçütlere göre gruplara ayrılması ve bu grupların her birinde bir ya da iki düzenin tüm grubu temsilen ana hukuk düzeni olarak belirlenmesi, incelenecek materyalleri sınırlandırarak karşılaştırmalı hukuk araştırmasını kolaylaştırır.¹ Esmein, Arminjon/ Nolde/ Wolff ve David/Brierley gibi bir kısım teorisyen; tarihsel gelişim, genel çerçeve, belirleyici özellikler ve kurumlar, içerik, ideoloji, hukuk tekniği, hukuk kaynakları gibi çeşitli ölçütler belirleyerek hukuk düzenlerini çeşitli sınıflandırmalara tabi tutmuştur. Bu sınıflandırmalarda Alman hukuku bazen Alman ya da Cermen hukuk çevresi adıyla ayrı bir kategoride; bazen Fransız, İtalyan hukuku gibi düzenlerle beraber Romanist-Alman hukuku adıyla birleşik bir kategoride²; hatta bazen Anglo-Amerikan hukuku ve Romanist hukukları da kapsayan Batı hukuku başlığı altında çok geniş bir kategoride yer almıştır.³

¹ Zweigert/ Kötz, s.62

² David/Brierley, s. 23 vd.

³ Zweigert/ Kötz. s.63

Gerçekten de Uzak Asya, Afrika, İslam ve Hindu hukuk çevreleriyle beraber ele alındığında; Alman hukukunun, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuku ile sıkı bağlar içinde ortak bir gelişim çizgisi izlediği, köken ve tarihsel deneyimler açısından yapısal benzerlikler taşıdığı ve diğer Batı hukuk düzenlerinden farklı olan taraflarının politik gelişime bağlanabileceği iddia edilebilir.⁴ Ne var ki, Alman hukukunun Romanist hukuk çevresinden ve özellikle Anglo-Amerikan hukukundan; bazı tarihsel etkenler, hukuk kaynakları ve hukuki düşünce biçimi açısından belirgin farklılıkları olduğu ve birçok kuramcının bunu dikkate alarak Alman hukukunu bu hukuk çevrelerinden ayırdığı gözden kaçırılmamalıdır.

Sınıflandırma yapılırken, öncelikle hangi hukuk branşının dikkate alınacağı sorgulanmalıdır. Bir hukuk düzeni özel hukuk açısından bir hukuk çevresinin, anayasa hukuku veya idare hukuku bakımından bambaşka bir hukuk çevresinin altında inceleyebilir. Ayrıca, sınıflandırmaların belirli bir dönem için geçerlilik taşıdığı, zamanla bu sınıflandırmanın kanun koyucu veya başka etkenlerle bozulabileceği gözden kaçırılmamalıdır.⁵ Nitekim üç ayrı hukuk çevresinde incelenen İngiliz, Fransız ve Alman hukuklarının, günümüzde Avrupa Birliği hukukunun etkisine girdiği ve -kapsamlı bir kodifikasyondan henüz söz edilmese de- topluluk hukukunun dokunmadığı pek az hukuk dalı kaldığı göz önünde bulundurulursa, bu üç düzenin son yıllarda birbirlerine yaklaştığı gözlenmektedir.⁶ Bundan başka, çeşitli hukuk düzenlerinde bireylerin farklı davranış kalıpları, beklentileri ve değerlendirme ölçütleri olduğu; dolayısıyla farklı hukuk kültürlerinin hüküm sürüp sürmediği de sınıflandırmada dikkate alınması gereken noktalardan bir diğeridir.

Bu makalede, Zweigert ile Kötz'ten⁷ ilhamla Alman hukukunun hukuk tarzı (*Rechtsstil*) araştırılmış; bu yapılırken özel hukuk perspektifinden hareket edilmiş; tarihsel köken ve gelişim, baskın ve belirgin hukuki düşünce biçimi, belirleyici hukuki kurum ve kavramlar, hukuk kaynakları ve bunların yorumu ile ideolojik faktörler sınıflandırma ölçütleri olarak benimsenmiştir. Bu ölçütlerden, özellikle tarihsel köken ve gelişim, belirgin hukuki düşünce

⁴ Robbers, s. 19

⁵ Zweigert/ Kötz, s.64, 65

⁶ Robbers s. 19

⁷ Bkz.: Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung*. (3. Bs.). Tübingen: Mohr Siebeck, s.64, 65

biçimi ve belirleyici hukuk kurumları, Alman hukukunu diğer Batı hukuk düzenlerinden ayıranlarıdır.

Belirgin bir hukuki düşünce tarzı bakımından sınıflandırmaya tabi tutulduklarında, Alman ve Romanist hukuk çevreleri, soyutlaştırılmış hukuk kurallarını esas almaları bakımından aynı tarafta yer alan çevrelerdir. Bunlarda hukuk, sistematize edilmiş ve hukuki yorum metodu ile biçimlendirilmiştir.⁸ Buna karşılık Anglo-Amerikan hukuk çevresi *case law*'a dayanır. Hukuk burada, yargıç tarafından yaratılan hukuk kuralları ve ilkelere dayanan, sistematize bir hukuk külliyatından çok, her bir somut olayda yargıcın ulaşacağı sonuçlara bağlı olan, kuramcıların geliştirdiği skolastik düşünce tarzından ziyade mahkemelerde süregelen tartışmalardan doğan (*discursive*), pratik, sistematiklikten uzak bir disiplindir.⁹

Romanist hukuk çevresiyle hukuki düşünce tarzı bakımından pek çok ortaklığı bulunan Alman hukukunu, bu çevreden ayıran ise tarihsel köken ve gelişim çizgisidir. Her ne kadar her iki hukuk çevresi de aynı tarihi kaynaklardan doğsa da, daha sonra *Code Civil* (Fransız Medeni Kanunu)'in yürürlüğe girmesiyle beraber başlayıp dünyayı saran aydınlanmacı ve devrimci kodifikasyon hareketinden Alman hukuku, bir kodifikasyon düşüncesini hemen benimseyecek kadar etkilenmemiştir. Bunun yerinde Roma hukukuna dayanan Pandekt hukuk bilimi ile biçimlenmiş ve 20. yüzyılın başında Pandekt hukuk biliminin yoğun etkisinde bir kodifikasyonla, Fransa'dan yaklaşık yüz yıl sonra medeni kanununa kavuşmuştur.¹⁰ Ayrıca bu iki hukuk düzeni, kanunlarında kullandıkları dil, mahkemelerin karar verme biçimi ve benimsedikleri hukukçu tipi bakımından da birbirinden ayrılır.¹¹ Bu nedenle, Zweigert ve Kötz'ün yaptığı gibi, Alman hukukunu Romanist hukuklardan ayırarak, Avusturya, İsviçre ve Türk hukukları ile beraber ayrı bir hukuk çevresi kapsamında -Alman hukuk çevresinde- incelemek doğru olacaktır.

Belirleyici hukuki kavram ve kurumlar ile - her ne kadar şüpheli olsa da - hukuk kaynakları ve bunların yorumlanması ölçütü, Alman hukukunu diğer

⁸ Zweigert/ Kötz, s.68

⁹ Postema, s. 3, 5, 7

¹⁰ Bkz. aş.: II.D. Romantik Dönem, Pandekt Hukuk Bilimi Ve Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişi

¹¹ Zweigert/ Kötz, Çev: Tony Weir, s. 132

Batı hukuk düzenlerinden ayırabilir. Buna karşılık ideoloji, Batı hukuk çevrelerini dünyanın geri kalanındaki –Uzak Asya, Afrika, Hindu vs. – hukuk düzenlerinden ayırmak için faydalı olsa da, Alman hukukunu, Romanist hukuktan ve Anglo-Amerikan hukukundan ayırmak için yetersiz bir ölçüttür.¹² Hukuk, Batı hukuk çevrelerinde, -söz gelimi eski Sovyet hukukundakinin aksine- açıkça dile getirilen bir ideoloji tarafından şekillendirilmesinde de, örtülü bir ideolojinin ve kendi dinamiklerine göre gelişen, belirsiz ve gayri resmi bir öğretinin ürünüdür. İlerde,¹³ tarihsel gelişim incelenirken, Batı Avrupa hukuk düzenlerinin nasıl benzer sosyoekonomik gelişim çizgisini izlediği ve benzer ideolojiler tarafından biçimlendiği incelenecektir.¹⁴

II. ALMAN HUKUKU'NUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Hukuk sosyal bir olgu olarak, toplumsal düzenin alt sistemidir.¹⁵ Hukuk düzeninde tarihsel süreçte ortaya çıkan ihtiyaçlar ve bunlar sonucu meydana gelen dönüşümler, her zaman olmasa da toplumun geçirdiği sosyoekonomik değişimlerin gerekleri olarak incelenebilir. Bu yüzden Batı Avrupa genelindeki ve ardından bugünkü Almanya coğrafyası üzerindeki sosyal dönüşümlerin incelenmesi, Alman hukukundaki gelişimin ve özellikle büyük Roma hukuku iktibasının anlaşılabilmesi için önemlidir.

A. ORTAÇAĞ SÜRESİNCE AVRUPA'DAKİ SOSYO EKONOMİK DÖNÜŞÜM

Ortaçağ'ın; Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkıldığı 476 yılında başladığı ve kapitalizmin ekonomik ve sosyal bir sistem olarak baskınlaştığı, mutlak monarşilerin güç kazandığı, Rönesans ve Reform hareketlerinin etkili olduğu 15. yüzyılda sona erdiği kabul edilir. Barbar saldırıların merkezi örgütlenmelere izin vermediği Ortaçağ'da, feodalizm ortaya çıkmıştır. Servetin temel kaynağının toprak olduğu, para ve diğer menkul değerlerin ekonomide çok az bir yer tutması nedeniyle trampanın yaygınlaştığı, ticaretin belirli istisnalar dışında oldukça sönük olduğu ve bunun yerine loncaların ağır bastığı, dinsel ideolojinin çok baskın olarak hissedildiği

¹² Zweigert/ Kötz. s. 71

¹³ Bkz. aş.: II. Alman Hukuku'nun Tarihsel Gelişimi

¹⁴ Bartels, s. 26, 27

¹⁵ Yüksel, s. 1

Ortaçağ'da; kültür ve okuma yazma oranları gerilemiş, gelenekler yegâne egemen düzen haline gelmiş, yazılı hukuk kaybolmuştur. Ortaçağ'a egemen olan bu toplumsal yapıdaki hukuk kavramı anlayışı, modern devlettekinden farklıdır. Hukuk, devletin yarattığı bir kurallar sistemi olarak anlaşılmaz. Ahlaki bağlılıkla ifade edilir ve toplum ruhuna dayanır. Bu yapıda devlet ikincil, hukuk ise birincildir. Devlet hukuku değiştiremez. Hukuk kuralı gelenekten güç aldığı takdirde, eski ve muteber olduğu ölçüde varlık kazanır.¹⁶

11. yüzyılda Cermen istilalarının sona ermesi ile feodalite güç kaybetmeye başlamıştır. Nüfus ve üretim artmış, ticaret ve kentler canlanmış, devletler gittikçe merkezleşmiş, feodal düzenin dar birimleri yeni yeni yükselen burjuvaziye engelledikçe, ekonomik bütünleşmeye ve dolayısıyla da siyasi ve hukuki bütünleşmeye talep artmıştır.¹⁷ 14. ve 15. yüzyıl, Avrupa'da kuzey ve güney ülkeleri arasındaki ticaretin gittikçe arttığı, bütünleşmenin ve siyasi merkezleşmenin hızlandığı bir dönem olmuştur. Güneyde birkaç İtalyan şehir devletinde, kuzeyde ise bugünkü Belçika ve Hollanda'da toplanan ticari merkezler büyük bir hızla gelişmiştir. Sözelimi, Belçika'daki Brugge şehrinin, 1340 yılında 35.000 olan nüfusu, 1500 yılında 100.000'e kadar yükselmiş, bunun dışında yine kuzeyde oluşturulan bir ticari birlik olan Hansa Birliği (*Hanse*) yaratılmıştır.¹⁸ Uzak bölgelerle ticaret yapmayı talep eden ve feodal beyliklerin toprakları ile sınırlanmak istemeyen burjuva sınıfı, feodalitenin yavaş yavaş şehir devletlerine, birliklere ve nihayet mutlak monarşilere evrilmesine yol açmıştır. Mutlak monarşiler, mutlak bir egemenliğini belirli bir toprak parçasında kesintisiz olarak kullanarak, hukuku yaratmayı ve uygulamayı tekeline alan bir yapı olarak tacirler için en elverişli koşulları oluşturmuştur.¹⁹ Çok yavaş gelişen din, ahlak, örf ve adet kuralları bahsedilen hızlı gelişimin gerektirdiği ihtiyaca cevap verememiş; merkezleşmiş devlet mekanizması; genel, standart kurallar yoluyla ülke çapındaki çeşitlilik ve farklılıkları aşmasına yarayacak bir hukuk düzenine ihtiyaç duymuştur.²⁰ Böylece evrensel geçerlilik iddiasındaki kilise

¹⁶ Yüksel, s. 53, 56, 57, 59, 62

¹⁷ Yüksel, s. 63

¹⁸ O'Brien/Williams, s. 62, 64

¹⁹ O'Brien/Williams, s. 67

²⁰ Yüksel, s. 70

dogmalarının yerine insan aklından çıkan doğal hukuk ilkelerine, soyut ve genel nitelikli hukuk kurallarına gereksinim yükselirken, Roma hukuku yeniden ilgi görmeye başlamıştır.²¹

B. ALMAN HUKUKUNDAKİ DÖNÜŞÜM ve ROMA HUKUKUNUN İKTİBASİ

1. Genel

Almanya'da ise birçok açıdan Batı Avrupa'daki bu durumla ortaklıklar söz konusu olsa da, aslında Almanya'daki Roma hukuku iktibasını hem meydana geldiği tarih hem de biçimi bakımından oldukça farklıdır. Almanya'da Roma hukuku yalnızca kavram ve kurumlar bakımından değil, hukuki düşünce tarzı bakımından da çok etkili olmuştur. Merkezi devlet otoritesinin çok geç kurulması, bunun sonucunda hukuk birliğini sağlayacak idari ve yargısal teşkilatın ve özellikle de bir yüksek mahkemenin eksikliği; bilimsel düzeye ulaşamamış ve ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak bir yerel Cermen hukukunun hala hüküm sürmesine neden olmuştur. Roma hukuku ise buna karşılık anlaşılır argümanlar ile zengin hukuki kavram ve kurumlarıyla ortaya çıkmıştır.²² Yukarıda açıklanan sosyoekonomik değişimler sonucu hukuki kesinliğe, hukuk birliğine, soyut, insan aklıyla koyulmuş kuralların varlığına ihtiyaç duyan tüccar sınıfın talebine cevap veren nitelikleriyle Roma hukuku, örf ve âdetin hüküm sürdüğü hukuka nüfuz etmiştir.

2. Roma Hukuku İktibasından Önce

Alman hukuk kültüründen bahsedebilmek için, modern ulus-devlet modelinin ortaya çıktığı 1871 tarihine kadar gitmek gerekecektir.²³ Bundan önce Almanya'da hukukun da siyasi görünüm gibi parçalanmış bir görünüme sahip olduğu görülür. 17. ve 18. yüzyıllarda güçlü merkezi otoritesini sağlamlaştırmaya sağlayan Fransız krallarının çabalarına benzer girişimler²⁴ Almanya'da görülmemiştir. 1806'da Napolyon son kalıntılarını ortadan kaldırmadan önce, şimdiki Almanya coğrafyasında Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu hüküm sürmekteydi. Fransa veya İngiltere'deki rejimin aksine

²¹ Yüksel, s. 65

²² Oğuz, s. 190

²³ Zimmermann, s. 1

²⁴ Oğuz, s. 122

milli krallık yerine imparatorluğu benimsemişti. Ancak Voltaire'nin deyişiyile “gerçekte ne kutsaldı, ne Roma ile ilişkiliydi hatta ne de imparatorluktu.”²⁵ 300 özerk devleti ve 1400 civarında bölgesel yönetim birimini barındıran, Pufendorf'un (1632 – 1694) deyişiyile bir çeşit “anayasal canavarlık”tı. İngiliz kralının, Hannover kralı sıfatıyla yönetiminde söz sahibi olduğu ve daha pek çok yabancı hükümdarın benzer ilişkiler yoluyla yönetime müdahale ettiği, eskimiş ve işlevselliğini yitirmiş kurumlar tarafından işletilen bu imparatorlukta hukukun birleştirilmesi mümkün olmamıştır.²⁶

3. Roma Hukukunun İktibas

Roma hukuku, 12. yüzyıldan itibaren İtalya'dan başlayarak tüm Avrupa'da uygulama alanı bulmuştur. Almanya'da 15. yüzyılın ortalarında - nispeten geç- başlayan bu etki sonucu Roma hukuku, ortak hukuk (Alm. *gemeines Recht*) adıyla Cermen uluslarında uygulanmıştır.²⁷ İngiltere'de, başkent Londra'da örgütlenmiş hukukçu kitlesinin kendisini gösterdiği kraliyet mahkemeleri ve keza Fransa'da ülkenin en önemli hukuk uygulayıcı ve kuramcılarının toplandığı Paris'teki mahkeme örgütlenmesi Almanya'da eksik kalmıştır. Kariyer mesleği olarak hukukçu olan yargıçlardan oluşan, bağımsız ve istisnasız bir yargılama yetkisine sahip ilk yüksek mahkeme olan “İmparatorluk Adalet Divanı” (*Reichskammergericht*)'nin kurulduğu 1495 tarihi, ortak bir Alman özel hukukunun temellerinin atılması için çok geç olmuştur. Bu tarihten önce hukukçu olmayan bu yargıçlar (*Schöffen*) kararlarında uyuşmazlık konusu olayı açıklayıp herhangi bir gerekçe açıklamaksızın hüküm vermekteydiler. Toplumsal hukuk geleneğine vesayet edişleri ise yine toplum içinde muteber konumları gereği kendilerine bahsedilen saygınlıktan kaynaklanmaktaydı.²⁸ Genel deneyim, gelenek hukuku kültürü ve uygulamadaki bilgilerine göre karar veren bu yargıçların hakkında hüküm verdiği örf ve adet hukuku, bilimsel bir evreye ulaşamamış, derlenip sınıflandırılarak bir sistematik hukuk bütününe eriştirilememiştir.²⁹ Böylece sistematik ve bilimsel bir örf ve adet hukukunun eksikliğinin yaşandığı Almanya'da Roma hukukunun nüfuzu bütün bir biçimde olmuştur.

Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nda imparator aynı zamanda kendisini Roma imparatorlarının halefi olarak gördüğünden, imparatorluk

²⁵ Zimmermann, s. 2

²⁶ Zimmermann, s. 2

²⁷ Rado, s. 10

²⁸ Stein, s. 89

²⁹ Zweigert/Kötz, Çev: Tony Weir, s. 133, 134

hukuku Roma hukuku olarak kabul edilmekteydi.³⁰ 15. yüzyılda İtalyan üniversitelerine giden Alman öğrenciler, zamanla Almanya’da açılan Roma hukuku derslerini takip etmeye başlamış, 16. ve 17. yüzyıllarda Roma hukukunu öğrenip uygulayan akademisyen, hukuk danışmanı, bölgesel yönetimlerde hukuki belgeleri hazırlayan yöneticilerden oluşan bu hukukçu kitlesi *usus modernus Pandectarum*’ u yaratmıştır. Böylece yerel gelenek hukukunun halen hüküm sürmeye devam ettiği ancak diğer yandan Roma hukukunun yoğun şekilde etkili olduğu bir hukuk uygulaması ortaya çıkmıştır.³¹ 14. yüzyılda Post-glossatörlerin çalışmalarıyla başlayıp sonraki yüzyıllarda devam eden yeni akademik incelemeler, Roma hukukunu zaman zaman değiştirmiş, buna ticaret hukuku ve kanunlar ihtilafı gibi yeni alanlar eklemiş, diğer yandan da sistematize bir bütün haline sokarak Justinianus metinlerindeki kazuistik metottan ayırmıştır. Yeni koşullara uyum sağlamak üzere yaratılmış bu modernize Roma hukuku –bir başka deyişle *usus modernus Pandectarum*-³² dogmatik ve yazılı bir hukuk düzeni olarak, Cermen hukukunun yanında ve hatta genellikle onun yerine uygulanmıştır.³³ Mahkemelere başvuran uyuşmazlık taraflarının hukuki danışmanları, Roma hukukuna atıflar yapan, zengin içerikli hukuki argümanlar ortaya koymaya başlamış, mahkemelerde gelenek hukukuna göre hüküm veren yargıç kitlesi ise, bu karmaşık iddia ve savunmalar karşısında yetersiz kalarak, bölgelerindeki eğitilmiş idari görevlilere veya üniversite profesörlerine başvurmak zorunda kalmışlardır. Mahkemelerin, profesörlere hukuki mütalaa vermeleri için başvurmaları pratiği, zamanla yaygınlaşmış, hatta Alman hukuk fakültelerinin başlıca faaliyetlerinden biri de mütalaa vermek olmuştur.³⁴

³⁰ Kutsal Roma Cermen İmparatorları, 962 yılında taç giyen I. Otto’dan beri Roma İmparatoru’nun halefi oldukları düşüncesinde olmuşlardır. Nitekim Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu’nu bir arada tutan unsurlardan biri de Roma kültürüdür. Roma İmparatorluğu’nun halefiyeti düşüncesine dayanan bu olgu, Roma hukukunun teorik iktibas olarak da adlandırılabilir. Bkz.: Küçük, s. 116

³¹ Zweigert/Kötz, Çev: Tony Weir, s. 135

³² David/Brierley, s. 31

³³ Robbers, s. 19

³⁴ Stein, s. 90, 91. Hatta 16. yüzyıldan sonra, Hümanizm hareketinin dallanıp budaklanmasıyla da Almanya’da öğreti uygulamadan büsbütün kopmamıştır. Öğreti ve uygulamanın kol kola gittiği gelenek, günümüze değin sürdürüle gelmiştir. Almanya’da hala mahkemelerin karar veriş biçimleri dogmatik ve bilimsel olarak nitelendirilebilir. Bkz. aş.: VI. C. 2. Modern Hukuk Metoduna Doğru

Pek çok bölgesel yönetimin hukukuna nüfuz eden Roma hukuku hiçbir zaman günümüzde anladığımız şekliyle Alman hukuk düzeninin vücut vermesi sonucuna götürmemiştir. Zira yukarıda sosyoekonomik koşulları açıklanan Ortaçağ'da ve öncesinde hukuk, sistematik kurallar bütününden oluşan bir yapı olarak görülmemiştir. Modern öncesi dönemde Cermen topluluklarında da aynı şekilde, hukuk yaklaşımını yaşam tarzından ve dinden ayırmak mümkün değildir. Ortaçağ'da bu anlayışa zamanla imparator ve kilise katılsa da,³⁵ toplumun hukuku algılayışı aşağı yukarı aynı kalmıştır. Devlet tarafından oluşturulan bir kurallar sistemi yerine, eski ve muteber olarak toplum tarafından bir çeşit ahlaki bağlılıkla sahiplenilen hukuk kurallarının hüküm sürdüğü bu düzende,³⁶ devlet eliyle gerçekleşen sistematik bir iktibastan değil, pragmatik kaygılarla hukuki düşünce biçimine ve hukuk kurumlarına nüfuz eden bir Roma hukuku iktibasından bahsetmek daha doğru olacaktır. Nitekim özellikle 16. yüzyıldan sonra gerçekleşen bu olgu, Roma hukukunun Almanya'da pratik resepsiyonu olarak da adlandırılmaktadır.³⁷ Bunun sonucunda uygulama, bir çeşit "*Roma-Kilise ius commune'si*"nin biçimlenmesini sağlamıştır.³⁸ Böylece Almanya'da, diğer Batı Avrupa ülkelerinden daha geç yüzyıllarda başlayan Roma hukuku iktibasını çok daha güçlü olmuştur.

C. AYDINLANMA FELSEFESİ ve ULUSAL KODİFİKASYONLAR

Aydınlanma; Rönesans, Reform ve Hümanizmin olgunlaştırdığı bir hareket ortaya çıkmış ve 17. ile 18. yüzyıllarda Avrupa'ya egemen olmuş bir akımdır. Ortaçağ skolastik felsefesine karşı ortaya çıkan, toplumun sekülerleşmesini hedefleyen, insanı ve insani değerleri en yüksek değer sayan tüm bu hareketler; insanı renksiz ve kimliksiz bir üye olmaktan kurtararak onu bir birey haline getirmiştir.³⁹ Hukuk burada tamamen insan ürünü olarak tanımlanmış; hukuki düşünce biçiminin gelenekten değil, anlaşılabilir ve kavranabilir olan akılcı ilkelerden kaynaklandığı kabul edilmiştir. Buradan da tüm zamanlar ve halklar için geçerliliğini koruyan bir

³⁵ Haase/Keller, s. 48

³⁶ Bkz. yuk.: II. A. Ortaçağ Süresince Avrupa'daki Sosyoekonomik Dönüşüm

³⁷ Küçük, s. 117, 118

³⁸ Zimmermann, s. 3

³⁹ Yüksel, s. 111, 112

doğal hukuk düşüncesi çıkmıştır.⁴⁰ Bunların peşi sıra gelen Aydınlanma akımı; akla ve düşünceye önem verip metafizik olana karşı çıkan, hukukun insan eliyle mükemmelleştirilebileceğini savunan, akıl ile insanlığın tüm sorunlarının çözülebileceğine yönelik bir beklenti etrafında biçimlenmiştir.⁴¹ Otoriteryan kavramlara tereddütle yaklaşmış; din, siyaset ve kültürde olduğu gibi hukukta da geleneksel dogmalar eleştirilmeye başlanmıştır.⁴² Düşünürler eski düzeni yıkıp akli esas alan bir düzen kurmak için kanunlaştırmayı esas almıştır. Yeni yeni ortaya çıkan modern ulus devlet ve bunun destekçisi olan kapitalizm; keyfilikten uzak, homojen ve birleşmiş bir hukuk düzeninin sağlanmasını talep etmiştir. Böylece bu çağ, kodifikasyonlar çağı olmuştur.⁴³

İngiliz hukuku bu hareketten en az etkilenenidir. Jeremy Bentham (1748–1832) bu dönemde yargıç hukukuna karşı beğenmezliğini sivri diliyle eleştiriler yönelterek ifade etmiştir. Yargıç tarafından yaratılan hukuku, “şekilsiz bir acayıplik ve döküntüler yığını (*shapeless heap of odds and ends*)” diye niteleyen Bentham, kodifikasyon ihtiyacını en açık dile getiren figür olmuştur.⁴⁴ Ancak tarihi deneyimle şekillendirilmiş ve tutucu, geleneksel ve organize bir hukukçu kitlesinin oluşturduğu ve yönlendirdiği İngiliz hukuku, kodifikasyon gibi teorik ve tarih dışı bir düşüncüyü sahiplenmemiştir. Fransa’da Domat (1625–1696) ve Pothier(1699-1772), geleneksel hukuki materyalleri akılcı bir bakışla derleyip sistematize ederek etkili kitaplar kaleme almış, gelecekteki *Code Civil*’e kaynaklık etmiştir.⁴⁵ Akılcı düşüncenin yön verdiği bir doğal toplum ve doğal hukuk düşüncesi ile şekillenen⁴⁶ ve kaynağını halktan alan bir hareket olarak Fransız Devrimi meydana gelmiş, aydınlanmacı düşüncelerle yazılan *Code Civil*, böylece devrimci fikirler etrafında yoğunlaşan bir metin olarak yürürlüğe girmiştir.

Alman hukukunda ise Fransa’da kaynağını doğrudan halktan alan bu devrimci düşünce sisteminin yerine, genel felsefeden köklenen bir aydınlanmacı hareketin özel hukuk ilkelerine dönüştüğü görülür. Pufendorf

⁴⁰ Haase/ Keller, s. 48

⁴¹ Yüksel, s. 112-114

⁴² Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, 135

⁴³ Yüksel, s. 116

⁴⁴ Dyzenhaus/Taggart, s. 134

⁴⁵ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 136

⁴⁶ Yüksel, s. 116

(1632–1694), Thomasius (1655–1728) ve Wolff (1679–1754), katı bir mantıksal-matematiksel tündengelim metodu ile akılcı düşüncenin genel ilkelerini somut olaylara uygulamış, tutarlı bir sistem kurmuştur. Akılcı ve soyut düşünce metodunun üniversitelere girmesi ile sosyal gerçeklikten uzak ama tanımların yeniden düzenlendiği, sistemlerin yeniden dizayn edildiği son derece tutarlı bir metodoloji benimsenmiştir. Akademinin çok yoğun etkide bulunduğu bu dönem, Alman hukukuna günümüzdeki rengini vermiştir.⁴⁷

Avrupa genelinde *ius commune* yavaş yavaş çözülmeye başlamış, akılcı felsefenin etkisiyle devlet otoriteleri, tebaalarının haklarını ve yükümlülüklerini bilmelerinin önünü açmak için kodifikasyonlara girişmişlerdir. Aynı zamanda yükselen milliyetçilik ve devletler arasındaki yarış da hukuk uygulamasının Roma hukuku kısılcısından kurtarılması çabasının motivasyonu olarak görülebilir. Prusya Genel Memleket Kanunu (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* 1794) ve Avusturya Medeni Kanunu (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB* 1811), Roma hukukunu geride bırakmak için devlet yetkilileri tarafından verilen çabanın birer ürünüdür. Eskimiş kurumları kaldırarak hukuku modernize etmeye çalışan devlet otoritelerinden değil, devrimci bir halk hareketinden kaynaklanan 1804 tarihli *Code Civil* de yine akılcı-aydınlanmacı düşüncenin hukuka yansımalarıdır. Ancak bu dönemde de Almanya’da hukuk uygulaması bakımından hala dağınık bir görünüm gözlenmektedir. Prusya’nın hâkimiyet alanında Prusya Genel Memleket Kanunu; Ren ve Alsace - Lorraine bölgesinde Fransız Medeni Kanunu; Baden bölgesinde Fransız Medeni Kanunu’na dayalı bir Baden Memleket Kanunu; Bavyera’da Avusturya Medeni Kanunu ve Schleswig-Holstein’da Danimarka hukuku geçerliliğini sürdürmüştür.⁴⁸

Bu aydınlanmacı kanunlardan Prusya Genel Memleket Kanunu, hem insanı renksiz ve kişiliksiz bir varlık olarak gören eski zihniyeti hem de kendi kararlarını verebilen, muhakeme edebilen özgür bir birey olarak gören yeni aydınlanmacı zihniyetin bakış açısını yansıtır. Akılcı felsefenin bir gereği olarak hukukçu olmayanlar için anlaşılır bir dille, tebaanın günlük yaşamının her ayrıntısını düzenleme iddiası sonucu oldukça kazuistik bir

⁴⁷ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 136

⁴⁸ Zimmermann, s. 3, 4; Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 136, 137;

metotla yazılmıştır. Halefi olan 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB)'ndaki 1353 numaralı “evlilik birliği (*eheliche Lebensgemeinschaft*)” başlıklı maddenin tek bir cümlesinde düzenlenen eşlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri, 17.000 maddeden oluşan Prusya Kanunu'nda, dokuz ayrı maddede düzenlemiştir. 173. maddede “Eşlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri ve hakları evliliğin tamamlanması ile başlar.” hükmünü getirdikten sonra; sadakat yükümlülüğünü, evlilikten doğan yükümlülüklerin sürekli olarak yerine getirilmesinden kaçınılamayacağını, beraber yaşama yükümlülüğünü ve daha birçok konuyu ayrı ayrı maddelerde somut biçimde düzenlemiştir.⁴⁹ Bu yoğun kazuistik metot nedeniyle bazı somut hukuki olayların çözümsüz kaldığı, üstüne üstlük yargıçların bağımsız yorum yapmasının yasaklandığı, doktrinin göz ardı edildiği ve hem hacmi hem de üslubu nedeniyle kavranması son derece güç olan kanun, özel hukukun birleştirilmesi işlevini yerine getirecek bir model olamamıştır.⁵⁰

D. ROMANTİK DÖNEM, PANDEKT HUKUK BİLİMİ ve ALMAN MEDENİ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞİ

19. yüzyıla geçilirken akılcı düşünce etkisini yitirmiş, tüm halklarda ve tüm çağlarda geçerli olacak doğal hukuk ilkelerine akılla ulaşılabileceği fikri Kant'ın eleştirel felsefesi ile geri plana atılmıştır. “Romantik” diye adlandırılacak bu çağda Aydınlanma Çağı'nın akılcılığına başkaldırılmıştır. Rönesans, Klasisizm ve Aydınlanma'nın karşı çizgisinde yer alan Romantizm'de yeniden doğaya dönüş, kent ve saray dünyasından kaçıp yöreye yönelim ve bunlarla bağlantılı olarak toplumun henüz doğaya yakın katmanı olan halka dönüş, edebiyatın sıkça karşılaşılan imgeleridir. Bu arada ulusların üzerinde yer alan Fransız kültüründen yüz çevirip ulusal geçmişe geri dönüş de⁵¹ dönemin entelektüel kitlesinin yönelimlerinden olmuştur. Ulusal bilincin ve milliyetçiliğin yoğunlaşmasıyla, hukukun akılcı düşünceden kaynaklanan genel ilkelerden çıkarılamayacağı, her hukuk düzeninin halktan kaynaklandığı fikri yaygınlaşmaya başlamıştır. “Doğası gereği” romantik olan Alman toplumunda,⁵² sözü edilen üst kültürden kaçıp milli benliğine geri dönme refleksi çok yoğun hissedilmiş, hukuk teorilerine

⁴⁹ Haase/Keller, s. 54

⁵⁰ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 137, 138; Oğuz, s. 191, 192

⁵¹ Szerb, s. 381-384

⁵² Szerb, s. 382

de yansımıştır. Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)'nin ve onun kurucusu olduğu Tarihçi Hukuk Okulu (*Historischen Rechtsschule*)'nun savunuculuğunu yaptığı görüşe göre, hukuk düzeninin resmi bir yasa koyucunun faaliyetinden değil, halkın ruhundan (Alm. *Volksgeist*) kaynaklandığı ve uzun süren bir süreçte olgunlaştığı kabul edilir. Gelenek hukuku gerçek hukuktur ve hukukun içinde barındığı yapı da toplum ve onların temsilcileri olan hukukçulardır.⁵³

Doğu Roma İmparatoru Justinianus'un derlettirdiği *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta (Pandect)* bölümünden esinle Pandekt hukuk bilimini kuran Tarihçi Okul'a göre kodifikasyon, 19. yüzyıl Almanya'sı için son derece erkendir ve hatta halkın ruhunda gelişen hukuku kesintiye uğratacağından başlı başına hukuk bilimine aykırı, inorganik, keyfi ve geleneğe zıt bir harekettir.⁵⁴ Savigny'ye göre hukuk, kanun koyucunun keyfi iradesiyle değil, kendi içsel ve sessiz dinamiklerinde gelişir. Bir toplumun erken dönemlerinde hukuk, kanun biçiminde düzenlenecek teknik olgunlukta değildir. Keza toplumun çöküşe yaklaştığı dönemlerde de hukuk yaratmak için gereken uzmanlaşma eksiktir. Kanunlaştırmanın mümkün olduğu biricik evre, teknik olgunluğun ve halkın katılımının üst düzeyde olduğu orta evredir. Savigny'ye göre kendi yaşadığı dönem ise, teknik olgunlaşmanın henüz yeterli olmadığı, bir başka deyişle kanunlaştırma için gereken, içten gelen çağırının⁵⁵ henüz mevcut olmadığı bir çağdır.⁵⁶ Fransız kültürüne tepkiyle, *Code Civil*'in yer yer karmaşa görünümü arz eden⁵⁷ sistematüğini eleştiren Tarihçi Okul, bu dönemde bir kanunlaştırma hareketine, hele de *Code Civil*'in iktibasına şiddetle karşı çıkmıştır.⁵⁸

Savigny, Cermen hukukunun, halkın ruhundan gelen gelenek hukuku kavramıyla bağdaştığını kabul etmekle birlikte, tamamen Roma hukukuna odaklanmış ve Roma hukukunun kaynağı olarak da Ortaçağ'da yerel hukukların yanında uygulanarak aldığı şekil olan *usus modernus pandectarum*'u değil, antik formu olan *Corpus Iuris*'i temel almıştır. Savigny'nin bu yaklaşımı farklı disiplinlerdeki Alman çağdaşlarının eserleri

⁵³ Haase/Keller, s. 48; Oğuz, s. 192; Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 138, 139

⁵⁴ Zimmermann, Law of Obligations, s. 10

⁵⁵ Davran, s. 174

⁵⁶ Stein, s. 117

⁵⁷ Oğuz, s. 127

⁵⁸ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 139

ve eylemleriyle de örtüşür. Tıpkı arkeoloji de Winckelmann'ın (1717 – 1768), felsefede Herder (1744 – 1803) ve Wilhelm von Humbolt'un (1767 – 1835), edebiyatta Schiller (1759 – 1805) ve en önemlisi Goethe'nin (1749 – 1832) yaptığı gibi Savigny de antik uygarlıkların mükemmelliği fikrini kabul etmiş ve kültür kavramına yöreyi, plastik sanatları ve tarihi katarak hümanist bir eğitim idealine inanmıştır. Aydınlanmacı eğitim idealinde insanlığa yararlı olabilmek için kültürlü olma amacı yatar. Tam tersine Savigny'nin dahil olduğu çağdaş hümanist eğitim idealine göre ise yararlı olmaktan ziyade zengin ve uyumlu kişiliğimizi oluşturmak için kültürlü oluruz. Bu kültür kavramı akılcı değil; yerel, sanatla iç içe ve tarihseldir.⁵⁹

Tarihçi Pandektist Okul'un çıkış noktası her halkta ve çağda geçerli olan genel ilkelerin dayandığı akılcı hukuk değil, Roma hukukudur. Roma hukukunun kavramlarını düzenleyip sıralamak ve şematize etmek başta gelen hukuk metodudur.⁶⁰ Buna karşılık, akılcı felsefeden çıkarımlara dayanarak genel ilkelere ve bu genel ilkelerden de sistematik bir hukuk düzenine ulaşan Pufendorf, Thomasius ve Wolff'unki⁶¹ kadar katı olmasa da, pandektistler de son derece dogmatik ve soyut bir metot izlemiştir. Böylece hukuk uygulamasını, belli başlı ilkelere yola çıkan teknik bir süreç olarak görmüşlerdir. Burada pratik akıl yürütme değil katı biçimde teorize edilmiş kavramlar söz konusudur. Bu denli teorik yönü ağır basan bir hukuki akıl yürütme metodunun diğer ülkelerde değil Almanya'da ortaya çıkması tesadüf değildir. Fransa ve İngiltere'deki örgütlenmiş hukuk uygulayıcılarının yerine, akademisyenlerce baskı altına alınmış Alman hukuk yaşamı, diğer taraftan da hala güçlü bölgesel yönetimlerin etkisiyle bir türlü bütünleşmemiş bir görünüm sergilemekte idi.⁶² Birleşik ve güçlü bir hukuk uygulamasının bulunmadığı bu düzende; hukukun katı bilimsel gelişimi pratik gelişiminin önünde gitmiş; Almanya genelinde hukukun kuramsal bakımdan bütünleşmesinin önü açılmıştır.

Ne var ki, paramparça bir hukuk uygulamasının hüküm sürdüğü 19. yüzyıl Almanya'sında hukukun birleştirilmesi siyasal veya teorik olmanın dışında pratik bir zorunluluktur. Farklı bölgelerde farklı hukukların

⁵⁹ Szerb, s. 408; Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 140

⁶⁰ Oğuz, s. 193

⁶¹ Bkz. yuk.: II. C. Aydınlanma Felsefesi ve Ulusal Kodifikasyonlar

⁶² Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 140, 141

uygulandığı 1890 yılında, ülkenin yaklaşık %30'unu kapsayan bir kesiminde hala Ortaçağ'daki gibi *Ius Commune (Gemeines Recht)* hüküm sürmekteydi. Bu dönemde ülkede, sözgelimi ölüme bağlı halefiyet ile ilgili sayısı yüze yakın farklı düzenleme vardı.⁶³ Zaten profesör Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 – 1840) 1811 yılında “Almanya’da Genel bir Medeni Kanunun Gerekliği (*Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*)” eseriyle, kodifikasyon düşüncesini dile getirmiş, bunun için de *Code Civil*’in model alınması gerektiği fikrini ileri sürmüştür. Savigny’nin etkisiyle bu düşünce uzun süre baskılanmışsa da; gelişen ekonominin, makineleşme ile hızlanan üretim sürecinin, şehirleşmenin ve bunların sonucunda yükselen burjuva sınıfın açık pazara ilişkin talebi gibi gerekler karşısında durulamamış, 19. yüzyılda çeşitli kanunlaştırmalara başlanmıştır. 1848 yılında Kıymetli Evrak Kanunu, 1861 yılında ise Genel Ticaret Kanunu hazırlanarak tüm Almanya’da bu alanlarda birlik sağlanmıştır. 1871 yılında Bismarck’ın öncülüğünde siyasi birliğe ulaşılmış ve önce mahkemeler sistemi birleştirilmiş, ardından medeni usul hukuku ve iflas hukukunu bileştiren kanunlar yürürlüğe girmiştir.⁶⁴

1874 yılında ise genel bir medeni kanun için çalışmalara girilir. En önemli figürleri Gottlieb Planck (1824-1910) ve dönemin önemli pandektistlerinden Bernhard Windscheid (1817–1892) olan birinci komisyon 1887’de ilk taslağı hazırlamıştır. Pandekt hukuk biliminin ürünü olan bu tasarı, soyut kavramcılıktan kaynaklanan fazlasıyla skolastik dili ve yapısı, ukalalığa kaçan öğretisel tarzı ve karmaşık atıflar sistemi nedeniyle eleştirilmiştir. Cermen kökenli hukuk geleneğini devre dışı bırakıldığı ve sözleşme özgürlüğünün ekonomik açıdan zayıf taraf aleyhine sonuçlar doğurabileceği yönünde eleştirilerin de birleşmesi ile ikinci bir komisyon kurulmasına karar verilmiştir. Ancak bu komisyon da tasarının sadece diliyle ilgili düzeltmeler ve bireyci sistematiğe az da olsa sosyalist bir nitelik katan değişiklikler yaparak ikinci bir tasarımı yasama organına sunmuştur. Bu ikinci tasarının kabul edilmesiyle⁶⁵ Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶⁶

⁶³ Zimmermann, s. 4

⁶⁴ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 141; Zimmermann, s. 5-7

⁶⁵ Bürgerliches Gesetzbuch, 18. August 1896 (RGBl. S. 195)

⁶⁶ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 142; Zimmermann, s. 7

Diğer devletlerin medeni kanunlarından bir hayli geç bir tarihte nihayet yürürlüğe giren BGB ile birlikte, günümüze gelinceye kadar gelen süreçte; ulusal kanunlar milli ruhun temsilcisi olarak görülmüş, akademisyenler çabalarını bu kanunları keşfetmeye ve bunlara dayalı olarak verilen mahkeme kararlarını analiz etmeye kanalize etmiş ve böylece Zimmermann'ın belirttiği gibi ulusal kanunların yürürlüğe girmesinden önceki Avrupa hukuk biliminin birliği unutulmuştur.⁶⁷ Ortak hukuk (*gemeines Recht*) hem uygulama hem de öğreti açısından artık bir hukuk kaynağı değil, birincil kaynak olan BGB'nin anlaşılması için bir araç olarak kabul görmeye başlamış, zaman geçtikçe ortadan kaybolmuştur.⁶⁸ Ulus-devletlerin yapısını temsil eden “tek ulus, tek hukuk” fikri tam anlamıyla kabul görmüştür. Modern hukuktaki hukuk tarihi disiplini ise artık hukuk uygulamasından uzak, başlı başına bir disipline dönüşmüştür.⁶⁹ Uygulayıcıların hukuku üzerine yorum yaparken bir taraftan da hukuk öğretimi yoluyla daha adil bir hukuk arayışını destekleyen ve yeni hukuk modellerini öneren üniversitelerin rolü, artık yeni hukuk metinlerini yorumlamayla sınırlandırılmıştır. Öğreti bundan böyle, hukukun toplumsal davranış normlarıyla ilgili uluslararası bir disiplin olduğu gerçeğini göz ardı ederek, kendi milli hukukunun çatısı altına sığdırılmıştır.⁷⁰

III. ALMAN MEDENİ KANUNU (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH – BGB*)

A. ALMAN MEDENİ KANUNU'NUN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Gustav Radbruch'un (1878–1949) deyişiyle “BGB, 20. yüzyılın yükselen temposundan çok, 19. yüzyılın yavaşlayan ritmidir.”. Gerçekten de BGB, 19. yüzyılın sonlarında gelişen ticaret ve sanayinin, özellikle de sanayi işçilerinin yerleşmesi sonucu yükselen kentsel nüfusun etkisiyle ortaya çıkan sosyal değişimleri hiç dikkate almamıştır. Kanunun model aldığı insan tipi sanayi işçisi veya küçük zanaatkârlar değil; sağlam ticari muhakeme yeteneğine sahip zengin girişimciler, mülk sahipleri ve üst düzey

⁶⁷ Bkz.: Zimmermann, Reinhard. (2005) Characteristic Aspects of German Legal Culture, içinde Zekoll, M./Reimann, J. (ed.), Introduction to German Law. (2. Bs.) Lahey: Kluwer Law International, s. 8, 9

⁶⁸ Hager, s. 44

⁶⁹ Zimmermann, s. 8, 9

⁷⁰ David/Brierley, s. 51, 52

memurlardır. Ulus-devlet niteliğindeki Alman İmparatorluğu ile otoriter Prusya'nın tutucu karakterinin yönlendirdiği BGB, büyük burjuva sınıfının talep ettiği sözleşme, girişim ve rekabet özgürlüğü gibi temellere dayanır. İçerdiği ilkelerin dayanakları oldukça muhafazakâr ve liberal temellerdir. Aydınlanma Çağı'nın etkisinde kalan *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, Avusturya Medeni Kanunu veya Prusya Genel Memleket Kanunu gibi BGB de bu kanunlardan neredeyse 100 yıl sonra gelmesine rağmen toplumu modernize edip birleştirmeye çalışan aydınlanmacı, reformcu bir devlet otoritesinin ürünüdür.⁷¹ Toplumsal gerçeklikle hukukun, Fransa örneğindeki kadar örtüştüğü söylenemez.⁷²

BGB biçim ve dil itibarıyla Alman hukuk geleneğinin tipik özelliklerini yansıtır. Pandekt hukuk biliminin bir ürünü olarak kesin, soyut hukuki düşünce yöntemiyle biçimlenmiştir. Teknik açıdan sağlam, katı; öğretisel ve entelektüel olgunlukla yazılmış bir eserdir. Okuyanı eğitme ve anlaşılır olma özelliklerini feda etme pahasına, açık ve somut düzenlemelerden kaçınarak soyut kavramlar kullanır. Böylece BGB hukukçu olmayanları ve hatta yabancı hukukçuları zorlayan, sadece uzun süre üzerinde uzmanlaşan hukukçulara hitap eden bir kanundur. Yasa koyucunun amacının olabildiğince anlaşılır ve yurttaşların kalbine seslenen kanunlar yapmak olduğunu vurgulayan Eugen Huber'in kaleme aldığı İsviçre Medeni Kanunu⁷³ ile taban tabana karşıt bir amaçla yazılmıştır. Anlatım olanaklarını genişletmek için Stendal'ın her gün bir maddesini okuduğu söylenen ve Paul Valéry'nin "Fransız edebiyatının en büyük eseri" dediği Fransız *Code Civil*'i gibi öz bir üsluba sahip olduğu da söylenemez.⁷⁴ Bu eksikliklerine karşılık açık, kesin ve eksiksiz olmayı amaçlayan BGB; cümle yapılarıyla her zaman ispat yükünün kimin üzerinde olduğunu belirtmiş, tekrarları kanun içi atıflarla engellemiş, aynı terimi tek ve aynı anlamda kullanmıştır. Birçok hüküm ancak diğer hükümlerle birlikte okunduğunda anlamlandırılabilir.⁷⁵

Sözelimi BGB'deki temsile ilişkin 164 numaralı maddeye göre:

“(1) Bir kimsenin kendi temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunan

⁷¹ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 137

⁷² Devrim yoluyla yaratılan, özgürlükçü ve eşitlikçi temeller üzerine kurulan *Code Civil*'in yapıldığı dönemde sosyal gerçeklerle toplum anlayışı birbirine uyumludur. Bkz.: Oğuz, s. 124

⁷³ Zweiger/ Kötz, s. 169

⁷⁴ Zweiger/ Kötz, s. 88; Zimmermann, s. 9

⁷⁵ Zweigert/ Kötz. Çev: Tony Weir, s. 145; Zimmermann, s. 9, 10

adına bulunduğu irade beyanı, etkisini doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde doğurur. Temsil olunan adına işlem yapıldığının açıkça belirtilmesi veya olayın koşullarından bu anlamın çıkması mümkündür.

(2) Başkası adına işlem yapma iradesinin anlaşılacağı durumda, temsilcinin bu işlemi kendisi adına gerçekleştirme iradesinin olmaması dikkate alınmaz.

(3) ...”⁷⁶

2. fıkradaki tek bir cümlede birbirine kenetlenmiş ifadelerle, soyut, genel bir kural verilmiş; temsilcinin temsil iradesinin anlaşılacağı durumda, hukuki işlemin kendisini bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Temsil iradesinin nasıl anlaşılacağı problemi için ise ilk fıkranın 2. cümlesine gitmek gerekecektir. Buna göre temsil iradesinin açıkça belirtilmesi veya bunu belli edecek eylemlerin varlığı yeterlidir.⁷⁷

Aynı konu Türk Borçlar Kanunu’ndaki 40. maddede ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise tek bir fıkradan çıkarılabilecek şekilde, daha da açık bir ifade ile hükme bağlanmıştır:

“... ”

(2) Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyorsa ya da hukuki işlemin temsilcisi veya temsil olunanlardan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.

(3) ...”

Yapısı ve sistematığı açısından da BGB’nin Pandekt hukuk biliminin eseri olduğu söylenebilir. Roma hukukundaki *Institutiones* sistemine dayanarak, sırasıyla borçlar, eşya, aile ve miras hukuku şeklinde yapılan sınıflandırmanın en başına doğal hukuk doktrini etkisiyle bir de genel kısım

⁷⁶ (1) *Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.*

(2) *Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.*

⁷⁷ Haase/Keller, s. 83

eklenmiştir.⁷⁸ Gaius'tan gelen, insanlara (*ius quod ad personas pertinent*) ve mallara (*ius quod ad res pertinent*)⁷⁹ ilişkin hukuk ayırımına bağlı kalınmıştır.⁸⁰ Bunun yanında *iura in rem* ve *iura in personam* biçimindeki, sırasıyla aynı haklar ve kişisel haklar ayırımına bağlı kalınarak eşya hukuku ile borçlar hukuku da birbirinden ayrılmıştır. Böylece kitaplara ayrılma biçimi bakımından da yine Pandekt hukukunun etkisi hissedilir. Nitekim BGB'deki bu ayırım, söz konusu etkiyi çağrıştıracak şekilde, 'Modern Pandekt Sistemi' biçiminde isimlendirilmektedir.⁸¹

Anglo-Amerikan hukukundaki yaklaşımdan farklı olarak; konularına göre farklı kavramlar, doğurdıkları hukuki sonuçlar aynı hukuki işlemde kaynaklansa da farklı bölümlerde hükme bağlanır. Sözgelimi satım sözleşmesinden doğan satıcının malı teslim borcu 'Borçlar Hukuku' isimli 2. kitapta, malın mülkiyetinin alıcıya hangi andan itibaren geçeceğine ilişkin mülkiyetin kazanılması meselesi ise 'Eşya Hukuku' isimli 3. kitapta düzenlenmiştir. Anglo-Amerikan hukukunda ise bu problemlerin hepsi satım hukuku adı altında bir başlık altında incelenir.⁸² Kural olarak bir teslim veya aynı sözleşmeye gerek kalmaksızın, sadece bir borçlar hukuku sözleşmesi ile mülkiyetin devredilebildiği Fransız *Code Civil*'in de,⁸³ BGB'den farklı olduğunu söylemek gerekir.

Bundan başka BGB, haksız fiiller hukukunda hiçbir zaman bir kimsenin verdiği zarardan sorumlu olacağına dair genel bir ilkenin benimsenmediği, münferit haksız fiil tiplerinden oluşan Roma hukukundan tam anlamıyla ayrılmamıştır. Fransız *Code Civil*'indeki gibi tüm haksız fiil hukukunun genel nitelikte hükümlere dayandırılması tartışılmışsa da bu fikir kabul görmemiş, 823. maddedeki iki ayrı kural ve 826. madde ile birlikte üç ayrı haksız fiil tipi düzenlenmiştir.⁸⁴

⁷⁸ Karadeniz Çelebican, s. 119. Eşya hukukunun aile ve miras hukukundan önceki sıraya koyulması eleştirilere hedef olmuştur. İsviçre Medeni Kanunu'nda bu eleştiriler dikkate alınarak kişiler hukukunun ardından eşya hukuku yerine aile ve miras hukuku kısımları konumlandırılmıştır. Bkz. Davran, s. 177

⁷⁹ Roma hukukundaki bu ayırımı *res* (tr. mal), modern hukuktakinden geniş biçimde borçlar, eşya ve miras hukukunu kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Bkz.: Karadeniz Çelebican, s. 117

⁸⁰ Karadeniz Çelebican, s. 117-120; Zimmermann, s. 10

⁸¹ Küçük, s. 121

⁸² Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 145

⁸³ Oğuz, s. 127

⁸⁴ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 597, 599

‘Genel Kısım’ da Pandekt hukuk biliminin mirasıdır. Soyut ve genel kavramlara yer verilen, BGB’yi özellikle hukukçu olmayanlar için anlaşılması oldukça zor bir kanun haline getiren niteliklerinden biridir. Kanunda sözgelimi borçlar hukukuna ilişkin bir kurumla ilgili hükümler araştırıldığında, bu kurumla ilgili olabilecek birçok kavram için bir de ‘Genel Kısım’a göz atmak gerekecektir. Bu nedenle hukukun ulaşılmaz kılınması da ‘Genel Kısım’ın içermesinin dezavantajlarındanıdır.⁸⁵ Türk Medeni Kanunu’nda ve mehzaz İsviçre Medeni Kanunu’ndaki yedi maddeden oluşan ‘Başlangıç’ kısmında hakların kullanılması ile ilgili genel ilkeler, yorum kuralları, örf ve adet hukuku, ispat yükü düzenlenirken; BGB Genel Kısım’da ise bunun yerine tüm özel hukuka ilişkin bazı temel kurumlar yer alır.⁸⁶ Gerçek kişiler, tüketici, tüzel kişiler ve bunun altında derneklerle vakıflar, eşya ve hayvanların hukuki statüsü, zamanaşımı, teminat gibi birçok genel kavram için buraya müracaat etmek gerekecektir.

Prusya Genel Memleket Kanunu’nun aksine BGB, eksik bırakmayacak biçimde bütün somut hayat olaylarını düzenleme iddiasında bir kanun değildir.⁸⁷ Keza öğretiyeye yaklaşımı da yine Prusya Kanunu’nun aksine kucaklayıcıdır. BGB, özel hukuktaki siyasi ve teknik unsurların birbirinden ayrıldığıнын ayırdına varmış bir kanun koyucunun eseridir. Hukuki işlem ehliyeti, sözleşme gibi temel kavramlar hakkında tanımlar vermektен kaçınmış, halihazırdaki düzenleme gereği aşikar olan hukuki sonuçlar hakkında gereksiz yere tekrar hüküm getirilmemiştir. Sözgelimi, üç tip ‘yanılma’ biçimi düzenlenmiş ve bunların iradeyi bozduğu hükme bağlanmışken; bir de bu üç tip yanılma içinde bulunmayan ‘saikte yanılmanın’ iradeyi bozmayacağı ayrıca belirtilmemiştir. “Arı kolonisinin uçup gitmesi sonucu mülkiyetinin kaybedilmesini” düzenleyen 961. madde gibi birkaç hükmün haricinde, kanunun genelinde soyutlamalar içeren hükümler baskındır.⁸⁸ Türk hukukundaki iyi niyet kuralının yansımaları olarak görülebilecek 138. madde (*gute Sitten*) ve 242. madde (*Treu und Glauben*) gibi genel davranış kuralları ile de soyutlama sürdürülmüştür.

⁸⁵ Haase /Keller, s. 55; Zimmermann, s. 10

⁸⁶ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 146

⁸⁷ BGB’yi hazırlayan komisyonun amacı göz önüne alındığında aslında BGB’nin de soyut hükümlerle tüm hayat olaylarını düzenleme kaygısıyla yazıldığı, von Gierke’nin deyişiyle soyut kazuistik yöntem izleyen bir kanun olduğu da savunulabilir. Ancak bu yöntem Prusya Kanunu’na kıyasla daha başarılı biçimde uygulanmıştır. Bkz.: Davran, s. 178

⁸⁸ Zimmermann, s. 17, 18

BGB'nin beş ayrı devlet rejiminde uygulanmaya devam etmesinin nedenini de, politik açıdan nötr tutumuna ve soyut yöntemine bağlamak yanlış olmaz. Gerçekten de BGB, Alman İmparatorluğu'nun ardından Weimar Cumhuriyeti döneminde ve onu izleyen Nazi Almanya'sında, Doğu Almanya'da ve Alman Federal Cumhuriyeti'nde; mahkemelerin devlet ideolojisine uygun yorum faaliyetlerinin yardımıyla uygulanmaya devam etmiştir.⁸⁹

BGB Genel Kısım'da düzenlenen kurumlardan özellikle hukuki işlem kurumu (*Rechtsgeschäft*, § 104 vd. BGB), kanunun soyutlama çabasına bir örnektir. BGB'de herhangi bir tanımı yer almayan *Rechtsgeschäft*, en az bir irade açıklamasından oluşan ve hukuken sonuç bağlanmış bir olay olarak anlaşılabilir. Bu kapsama fesih, ödül vaadi, vasiyetname düzenlemesi gibi tek taraflı irade beyanları girdiği gibi; iki ya da daha çok taraflı irade beyanları, bir başka deyişle sözleşmeler de girebilir. Alman hukukunda bir aynı hakkın devri ya da yaratılması için gerekli olan reel sözleşme, evlat edinme sözleşmesi, yetkili makamlar önünde yapılan evlenme töreni sırasında eşler arasında gerçekleşen anlaşma, bir ticaret şirketindeki hissedarların sermaye artırım kararı gibi başka pek çok olay da sözü edilen *Rechtsgeschäft* kapsamına dahildir.⁹⁰ Yanılma, aldatma, korkutma gibi irade bozuklukları sonucu sözleşmenin iptal edilebilirliği (§ 119 vd. BGB); temsil (§ 164 vd. BGB) gibi birtakım kurumlar da yine tüm özel hukuk sahasında uygulama alanı bulacak olan genel kısımda, *Rechtsgeschäft* başlığı altında yer alır. Ancak bir görüşe göre bunlar esas itibarıyla yalnızca sözleşmeler hukukuna uygulanmalı, *Rechtsgeschäft* kapsamına giren diğer hukuki olaylara ise niteliği uygunsa uygulanmak üzere yargıcın takdirine bırakılmalıdır.⁹¹

B. ALMAN MEDENİ KANUNU'NUN GEÇİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER

Yürürlüğe girdiği dönemde birkaç on yıldır hâlihazırda tartışılmakta olan sosyal adaletle alakalı yönelimleri hiç dikkate almayan ve çağının sosyal özelliklerini ataerkil düzenlemeleriyle yansıtan BGB, bu nedenle ilerleyen yıllarda değişikliklere tabi tutulmuştur. Özellikle aile hukukunda,

⁸⁹ Haase/Keller, s. 53; Zimmermann, s. 33, 34

⁹⁰ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 146; Haase/Keller, s. 66

⁹¹ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 147

günümüzde artık değişikliğe uğramayan neredeyse hiç hüküm kalmadığı söylenebilir. Örneğin evlilik dışı çocuklara karşı ayrımcı tutum terkedilmiş, boşanma sebebi olarak kusur ilkesi yerine evlilik birliğinin sarsılması ilkesi kabul edilmiş, trans bireylerin hukuki durumu iyileştirilmiştir.⁹² Bunun dışında, 1949 yılında yürürlüğe giren Federal Anayasa'daki (*Grundgesetz* - GG) cinsler arasındaki eşitliğe ilişkin hükümler de, Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*)'nin verdiği kararlar neticesinde BGB'deki aile hukukuna ilişkin pek çok maddede değişikliğe gidilmesine neden olmuştur. Federal Anayasa'daki hükme göre (Md. 117/1 GG), 1953 yılından sonra, cinsler arası eşitliğe (Md. 3/2 GG) aykırı kanun hükümlerinin yürürlükten kaldırılacağı öngörülmüştür. Bu doğrultuda 1957 yılında "Eşit Haklar Kanunu"⁹³ yürürlüğe girmiş, aile hukukunda ciddi değişiklikler meydana gelmiştir.⁹⁴ Bu kanunda muhafaza edilen kocanın evlilik birliğindeki birincil konumu ise 1959 yılında Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık tespit ettiği kararı ile yürürlükten kalkmıştır.⁹⁵

Aile hukukuna ilişkin BGB 4. kitap dışındaki kısımlar bu kadar yoğun bir değişime uğramamıştır. Yine de hayvanların eşya olarak kabul edilmediği düzenlemesi, kira ve iş sözleşmeleri ile paket tur sözleşmeleri hakkında yeni düzenlemeler BGB içindeki değişikliklere örnek gösterilebilir. Ancak esas olarak BGB'nin dışında, ayrı ayrı özel kanunlarla ikincil bir özel hukuk alanı ortaya çıkması dikkat çekicidir. İş hukuku, rekabet hukuku ve kira hukuku yanında tüketici hukuku da bu alanlardandır. Kanun koyucunun BGB'de yeni düzenlemelere yer vermek yerine özel kanunlarla düzenleme yapmasının altında, Tarihçi Hukuk Okulu'na kadar giden, sistematik bütünü koruma düşüncesinin yattığı söylenebilir.⁹⁶

BGB'deki değişiklikler ve BGB dışındaki özel kanunlar dışında Federal Yüksek Mahkeme (*Bundesgerichtshof*) başta olmak üzere mahkemelerin de, önceki yüzyılın bakış açısını yansıtan alanlarda kanunu çağa uyarlama konusunda etkinlikte bulunduğu söylenmelidir. İşçiyi korumaya yönelik kararlarla işverene yeni yükümlülükler getirilmiş, bunun sonucunda kanuni düzenlemeden ayrı, içtihatlardan oluşan bir iş hukuku bütünü oluşmuştur.

⁹² Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 152; Zimmermann, s. 12

⁹³ Gleichberechtigungsgesetz, 18. Juni 1957 (BGBl. I S. 609)

⁹⁴ Zimmermann, s. 12, 13

⁹⁵ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 152

⁹⁶ Zimmermann, s. 13

Keza kusur esasına dayanan haksız fiiller hukuku da kanuni değişikliklerin yanında içtihatlarla bu ilkenin katılığında uzaklaşmıştır. Teknolojik gelişmeler sonucu artan kazalarla beraber; yeni kusursuz sorumluluk halleri öngören kanunlar ve belli olguları kusur olarak varsayan ve hatta ispat yükünü tersine çeviren yargı kararları bunda etkili olmuştur. Kişilik haklarının korunması ve salt ekonomik zararların tazmin edilmesi için mahkemelerin ortaya çıkardığı buluşlar da haksız fiil alanında kanunun çağa uyarlanmasına örnek gösterilebilir.⁹⁷ Sözleşmeler hukuku ise yargıç tarafından yaratılan hukuki enstrümanlarla karmaşık ekonomik ve sosyal problemleri çözecek biçimde içtihatlarla zenginleştirilmiştir. Buna, *culpa in contrahendo* gibi sorumluluğu genişletici araçlar, BGB'nin genel hüküm teşkil eden iyi niyet kuralının (*Treu und Glauben* § 242 BGB) yaygın uygulaması ve özellikle bu iyi niyet ilkesinin şemsiyesi altında işlem temelinin çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) enstrümanı⁹⁸ örnek verilebilir.⁹⁹

Bazı sözleşme tiplerinin ve sorumluluk tiplerinin BGB'de hiç sözünün edilmemesi, bazı sözleşme tiplerinin diğer kanunlarda düzenlendikleri için şerh ve akademik incelemelerin kapsamı dışında kalması, birtakım alanlarda yargıç tarafından yaratılan hukukun kanun hükümlerinin fersah fersah ötesine geçmiş olması gibi nedenlerle BGB'nin 'Borçlar Hukuku' kitabında ciddi değişiklik ve eklemelerin yapılması tartışılmıştır.¹⁰⁰ Nihayet 2002 yılında BGB'nin 'Borçlar Hukuku' kitabı büyük bir revizyona¹⁰¹ tabi tutulmuş, zamanaşımı, sözleşmenin ihlali, satım, kredi ve hizmet sözleşmeleri gibi alanlar bu reformdan etkilenmiştir. Standart Sözleşmeler Hakkında Kanun ve tüketicinin korunmasına yönelik daha birçok farklı kanun bu reform ile BGB hükümlerinde eritilmiştir. Dönemin Adalet Bakanı'nın ifadesiyle reform "Alman borçlar hukukunu uluslararası gelişmelerle aynı çizgiye getirmek ve özel hukukun avrupalılaştırmasına bir katkı sunmak için" tasarlanmıştır. Ne var ki bu reformda BGB'nin geleneksel olarak tutarlı içsel bir yapıya dayandığı gerçeğinin göz ardı

⁹⁷ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 149, 151

⁹⁸ Whittaker/Zimmermann, s. 25, 26

⁹⁹ Zimmermann, s. 14

¹⁰⁰ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 153

¹⁰¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I Seite 3138)

edildiği yönünde eleştiriler yapılmıştır. Hatta Alman yasa koyucusunun hala sağlam ve sorumluluk sahibi bir yasa koyma faaliyetinde bulunmak için gerekli yeterliliğe sahip olup olmadığı tartışılmıştır.¹⁰²

1989 yılında, Doğu Bloğu ile Batı'nın ayrışması bakımından sembolleşen Berlin Duvarı'nın yıkılması ile Doğu Almanya olarak anılan sosyalist Alman Demokratik Cumhuriyeti ile kapitalist Alman Federal Cumhuriyeti birleşmiştir. 1965 yılında aile hukukuna ilişkin bir kanun çıkararak ve 1976 yılında yürürlüğe giren yeni bir sosyalist medeni kanunu bulunan Doğu Almanya'da¹⁰³ BGB ilga edilmiş bulunuyordu. Birleşmeyle beraber son derece hızlı ve katı anlaşmalara varılmış; serbest piyasa ekonomisinin gereklerine uydurma çabaları doğrultusunda; para birimi, ekonomi ve iş ilişkileriyle ilgili düzenlemelerin ardından BGB ile birlikte tüm Batı Alman kanunları Doğu Almanya'da da yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁴

IV. ALMAN HUKUK BİLİMİNİN DÜNYADAKİ ETKİLERİ ve BGB'NİN İKTİBASİ

19. yüzyıl Tarihçi Hukuk Okulu ve Pandekt hukuk biliminin dünyada yankı bulduğu gerçektir. Fransız *Code Civil*'i Almanya'nın bazı bölgelerinde aşağı yukarı yüz yıl yürürlükte kalmış ve Alman İmparatorluk Adalet Divanı (*Reichskammergericht*)'nin Fransız hukukunu esas alması sonucu, bu hukuk 19. yüzyıl Alman hukuk bilimine göre eritilmiş, Fransız öğretisinde etkili olmuştur.¹⁰⁵ Fransız Medeni Kanunu'nun sistematığına uymayan şekilde, Pandekt öğretisinin etkisiyle Fransız hukuku ders kitaplarında bir genel teoriler bölümü yer almaktadır. İngiltere'de bu öğretisel etki birkaç hukuk profesörünün eserlerindeki yansımalar ile sınırlı kalmıştır. Brezilya ve Portekiz, medeni kanunlarına bir genel kısım dahil ederek BGB'yi takip etmişler, yeni Hollanda Medeni Kanunu da kısmen böyle bir yol izlemiştir.¹⁰⁶ İtalya'da ise hukuk doktrini 19. yüzyılın sonlarına doğru Fransızca eserlerin çevirilerinin egemenliğinden sıyrılıp Alman hukuk biliminin etkisine girmiştir. Günümüzde hala İtalyan hukukunda, yargı kararlarına yönelik eleştirel çalışmaların eksikliği ve katıksız kuramsal düşünce tarzı ile bu etki

¹⁰² Zimmermann, s. 14, 15, 16

¹⁰³ Zimmermann, 33, 34

¹⁰⁴ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 153

¹⁰⁵ Oğuz, s. 149

¹⁰⁶ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 147, 148

gözlenebilmektedir.¹⁰⁷ Avusturya hukuku 1848 yılından itibaren özellikle toprak reformları ile bir dönüm noktası yaşamış ve Pandekt hukuk bilimine yönelmiştir. Bu tarihten beri Alman hukuk bilimiyle sıkı ilişki içinde olmuş ve Avusturya Medeni Kanunu'nda bir "genel bölüm" olmadığı halde tıpkı Fransa'da olduğu gibi ders kitaplarına hep bir genel bölüm eklenmiştir.¹⁰⁸ İsviçre Medeni Kanunu'nun BGB'ye benzer bir genel bölüm içermemesine karşılık Pandekt hukuk bilimini takip ederek kişiler, aile, miras, eşya ve borçlar kanunu biçiminde bölümlere ayrıldığı gözlenir. Borçlar hukuku kısmının BGB'nin aksine en sonda oluşu ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun Medeni Kanun'dan daha eski bir tarihte ayrı bir kanun olarak yürürlüğe girmesine bağlanabilir.¹⁰⁹

Ancak BGB'nin bütün bir kanun olarak iktibas konusunda bu kadar yaygın bir etkinin gözlemlenmesi mümkün değildir. Sofistike yapısı ve soyut dili nedeniyle, Alman hukuk öğretisinin bir yapıtı olarak görülmüş, ülkeler bu kadar milli ve doktrinel özellikleri ağır basan bir kanunu iktibas etmekte çekingen davranmış, kanunun kendi sosyal koşullarında başarıya ulaşacağı konusunda şüpheye düşmüşlerdir. Bunun dışında, kodifikasyon hareketlerinde Batı Avrupa ülkeleri arasında çok geç kalan Almanya'nın kanunlaştırması, gelişmiş birçok ülke bu tarihte zaten medeni kanunlarını oluşturduklarından oldukça geç bir tarihe denk gelmiştir.¹¹⁰

Uzakdoğu'da çeşitli derecelerde BGB'nin iktibasından söz edilebilir. Çin ve Tayland'da kısmi olarak aile ve miras hukukları konusunda; Japonya'da ise daha genel biçimde tüm BGB'nin ve hatta Alman Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung*)'nun iktibas edildiği görülür. Keza Doğu ve Güneydoğu Avrupa'da Macaristan, eski Çekoslovakya ve Yugoslavya'da ve bunların yanı sıra Baltık ülkelerinde etkili olduğu söylenebilir. Alman hukuk teorisinin ve BGB'nin en çok etkili olduğu ülkelerden biri de Yunanistan'dır. 19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrıldıktan sonra, Yunan hukukçular Osmanlı egemenliği altında da kendilerine uygulanan Bizans hukukuna yönelmişlerdir. Ancak bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından, Bizans döneminde *Corpus Iuris Civilis* üzerinde yapılan

¹⁰⁷ Zweigert/Kötz, s. 103

¹⁰⁸ Oğuz, s. 220, 221

¹⁰⁹ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 172

¹¹⁰ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 154

değişiklerle birlikteki haline değil, Justinianus döneminde yürürlükte olan orijinal *Corpus Iuris*'e eğilmişlerdir. Yunanistan'a hukuki danışmanlık yapan alman profesörlerin ve Almanya'da eğitim görmeye başlayan Yunan hukukçuların etkisiyle; 1946 tarihli Yunan Medeni Kanunu, Roma hukukuna en yakın hukuk olmasının da etkisiyle BGB'nin özelliklerini taşır. Genel Kısım içermesi ve kanundaki bölümlerin sıralanış biçiminin yanı sıra, içeriğiyle de BGB'nin yoğun etkisini hissettirir. Ancak dil ve kavramlar bakımından İsviçre Medeni Kanunu'ndan da etkilendiği söylenmelidir.¹¹¹

V. ALMAN HUKUKU'NUN GENEL YAPISI

A. FEDERAL YAPI

Almanya'da federal yapının benimsenmesinin sebebi, hem Alman İmparatorluğu'nun kuruluşunda rol oynayan çoğulculuk ve teklik anlayışları arasında bir orta yol bulma çabasına; hem de çok daha sonra II. Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkan siyasi tabloya bağlanabilir. 300 farklı yerel yönetim biriminden oluşan Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu'nun parçalanmış görünümü ile Fransız Devrimi'nden çıkıp tüm Avrupa'yı saran ulus olma bilincinin getirdiği birlik düşüncesi arasında kalan bir model olarak federasyon seçilmiş, 1871'de kurulan Alman İmparatorluğu'nun devlet yapısı olarak benimsenmiştir.¹¹² Ayrıca II. Dünya Savaşı sonrası savaşı kazanan devletler tarafından dört parçaya ayrılan Almanya'da bozulan kamu düzenini kurabilmek için yetkilerin federe devletlere paylaşılması gerekmiştir.¹¹³

Federal yapı, kamusal yetkinin kullanılmasının bir federal devlet ile federe devletler (*Länder*) arasında paylaşılmasına dayanır.¹¹⁴ Federal Anayasa'da (*Grundgesetz* - GG) belirtilen sınırlar içinde, her bir federe devlet kendi devlet organlarını oluşturur.¹¹⁵ Her birinin kendi yasama organı (*Landesparlament*) ve anayasası (*Landesverfassung*) vardır. Ancak genel olarak yasama söz konusu olduğunda belli istisnalar hariç federasyon baskın konumdadır. (Md. 30 GG) Federal Anayasa'da açıkça federal hukukun, federe devlet hukukunun üstünde olduğu düzenlenmiştir. (GG md. 31) Ancak

¹¹¹ Zweigert/Kötz. Çev: Tony Weir, s. 155, 156

¹¹² Hailbronner/ Kau, s. 59

¹¹³ Hailbronner/ Kau, s. 53

¹¹⁴ Haase/Keller, s. 268

¹¹⁵ Hailbronner/Kau, s. 60

yürütmeye gelindiğinde, dışişleri ve savunma siyaseti gibi çok sınırlı konular haricinde federe devlet uygulaması ağır basmaktadır.¹¹⁶

Dikey yetki dağılımı (*vertikale Gewaltenteilung*) bir anahtar ifade olarak, gücün farklı organlara paylaştırılmasını anlatır. Buna göre her bir federe devletin kültürel farklılığına saygı gösterilir. Sözgelimi ilköğretimin kaç yıl süreceğine ve hangi günlerin bayram tatili olacağına federe devletler kendileri karar verir.¹¹⁷ Bunun yanı sıra Almanya’da federalizm, kamusal yetkinin yalnızca federe devletlere bölüştürülmesini değil, diğer kurumların belli ölçüde özerkliğe kavuşmasını da anlatır. Kamu hukukuna göre kurulmuş kurumlar ve üniversiteler gibi yapılar da bu kamusal yetki paylaşımına girerler.¹¹⁸ Ayrıca Federal Anayasa’da belediyelere (*Gemeinden*), yasaların izin verdiği çerçevede iç işlerini kendi sorumlulukları altında düzenleme yetkisinin garanti edildiği görülür. (Md. 28/2 GG) Böylece belediyelere bir çeşit ‘öz yönetim’ (*Selbstverwaltung*) alanı tanınmıştır.

Federal yasama meclisi de federasyonun bir sonucu olarak iki kanatlıdır. *Bundestag* esas karar organıdır. Alman halkını temsil eder ve merkezi seçimlerle göreve gelen üyelere oluşur. Buna karşılık *Bundesrat*, federasyon ve federe devlet arasındaki eşgüdümün sağlanmasında esas rolü üstlenen, federe devletlerin yönetimdeki etkisi için en önemli enstrümanı oluşturan devlet organıdır.¹¹⁹ Federe devletlerin hükümetlerinden seçilen üyelere oluşur. Yasama faaliyetine *Bundestag* ile birlikte katılmasına rağmen eşit konumda değildir. *Bundesrat*’ın, belirli bazı konular haricinde, *Bundestag*’tan geçen tasarıları kesin veto yetkisi yoktur.¹²⁰

B. HUKUKİ ALANLARIN AYRIMI

1. Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve Ceza Hukuku

Hukuk geleneksel olarak özel hukuk, kamu hukuku ve ceza hukuku (*Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht*) biçiminde üç kısımda incelenir. Bu ayrım her bir alanın birbirinden farklı yapılarına ve belli hukuki ilkelerin

¹¹⁶ Hailbronner/Kau, s. 60

¹¹⁷ Haase/Keller, s. 287

¹¹⁸ Hailbronner/Kau, s. 63

¹¹⁹ Haase/Keller, s. 312

¹²⁰ Hailbronner/Kau, s. 70

bu alanların her birinde değişen ağırlıklarına göre yapılır.¹²¹ Ceza hukukunun, kamu hukukunun bir parçası olduğu da kabul edildiğinden; bazı ders kitaplarında Türk hukukunda olduğu gibi özel hukuk ve kamu hukuku biçimindeki daha genel bir ikili ayrıma rastlanmaktaysa da, akademik öğrenim üçlü ayrımı izleyecek şekilde yapılmakta,¹²² fakültelerdeki kürsüler bu ayrıma göre şekillenmektedir.

Kamu hukuku ile özel hukuk ayrımı konusunda baskın İmtiyaz Kuramı (*Sonderrechtstheorie*)'na¹²³ göre kamu hukuku, devletin veya başka bir egemen otoritelerin birbirleri ile ilişkilerini ya da bunların vatandaşları veya üyeleri ile olan ilişkilerini düzenler. Buna karşılık özel hukuk, vatandaşların aralarındaki bağımsızca kendi başına karar verebilme ve eşitlik ilkeleri üzerine kurulu ilişkilerini konu edinir. Özel hukuktaki eşitlik ilkesinin yerini, kamu hukukunda üstlük altlık üzerine kurulu bir düzen alır.¹²⁴ Türk hukukundaki egemenlik ölçütü veya eşitlik ölçütü gibi ölçütlerle¹²⁵ ifade bulan, “egemen güç”, “alt-üst ilişkisi” gibi kavramların Alman hukukundaki ayrımda da benzer şekilde kullanıldığını söylemek yanlış olmaz. Uygulamada bu ayrım hala yargı yolunun belirlenmesi için önemli olsa da,¹²⁶ kamu hukuku ile özel hukukun birbiriyle birçok durumda kesişir hale gelmesi ile geçerliliği tartışılmaya başlanmıştır.¹²⁷

2- Şekli Hukuk ve Maddi Hukuk

Maddi hukuk, hukuk sùjelerinin yükümlülük ve haklarını düzenlerken; şekli hukuk hak aranması usulleriyle beraber görev ve yetkiyi düzenler.¹²⁸ BGB'yi hazırlayan komisyonda da yer alan 19. yüzyılın en önemli pandektisti Bernhard Windscheid'in talep (*Anspruch*) kavramını Alman hukukuna kazandıran çabası da bu ayrımda dikkate değerdir. Roma hukukunda Praetor'ların *actio*'lar ya da başka bir deyişle dava açma olanağı tanıdığı menfaatler hak niteliği kazanırdı.¹²⁹ Windscheid, *actio* kavramını

¹²¹ Robber, s. 20

¹²² Oğuz, s. 193

¹²³ Robbers, s. 20

¹²⁴ Haase/Keller, s. 24, 25

¹²⁵ Gözübüyük, s. 24

¹²⁶ Haase/Keller, s. 26

¹²⁷ Oğuz, s. 193

¹²⁸ Robbers, s. 21

¹²⁹ Karadeniz Çelebican, s. 268

usule ilişkin unsurlarından ayırarak talep kavramını biçimlendirmiştir.¹³⁰ 1856 yılında yayımladığı “*Actio des römischen Civilrechts*” eserinde maddi hukuktaki talep ile usul hukukunun ayırımını yaparak modern özel hukuk öğretisinin temellerinden birini oluşturmuştur.¹³¹

3- Uluslararası Hukuk ve Ulusal Hukuk

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ayırımında uluslararası hukukun önceliği ilkesi göze çarpar. Federal Alman Anayasası’na göre “uluslararası hukukun genel kuralları (*die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes*)” federal hukukun bir parçası sayılır. (Md. 25/2 GG) Kanunlardan önce gelen ve Almanya’da yaşayanlar için doğrudan doğruya hak ve yükümlülükler doğuran bu ‘uluslararası hukukun genel kuralları kavramı’ ile anlaşılması gereken, evrensel geçerliliğe sahip, dünya devletlerinin büyük bir çoğunluğu tarafından tanınan uluslararası örf ve adet hukuku (*Völkergewohnheitsrecht*) ve hukukun genel ilkeleridir. Bunun dışındaki tüm uluslararası hukuk normlarının ise hüküm ifade edebilmesi için bir federal kanunla iç hukuka alınması gerekecektir.¹³² (Md. 59/2 GG) Böylece genel itibariyle Federal Almanya Anayasası, tıpkı Türk Anayasası’nda olduğu gibi uluslararası hukuku doğrudan ulusal hukukun bir parçası olarak düzenlememiştir.¹³³ Uluslararası hukukun doğrudan etki doğurması “uluslararası hukukun genel kuralları” ile sınırlıdır. Avrupa Birliği hukuku ise buna bir istisna teşkil eder. Bağımsız bir hukuk olarak ulusal hukukların yanı sıra yürürlükte olan AB hukuku ile ulusal hukuk çatıştığında, AB hukuku dikkate alınır.¹³⁴

4- Objektif Hukuk ve Sübjektif Hukuk

Objektif hukuk (*objektives Recht*) ile sübjektif hukuk (*subjektives Recht*) ayırımı ise esasında Türkçe’deki hukuk ve hak sözcüklerinin Almanca’da aynı sözcüğe (Alm. *Recht*) karşılık gelmesi nedeniyle, iki kavramı birbirinden ayırmak için kullanılan bir ayırımdır. Hak (*subjektives Recht*), hukuk (*objektives Recht*) tarafından kişiye tanınan bir yetkidir.¹³⁵

¹³⁰ Schwab, Karl Heinz. (1967) İhtilaf Konusu (Müdeabbih) Hakkında Doktrinin Durumu. Çev: Yavuz Alangoya. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* Cilt 33(3-4), (288 – 303), s. 289, 290

¹³¹ Rosenberg, Leo – Schwab, Karl Heinz – Gottwald, Peter. (2010) *Zivilprozessrecht*. (17. Bs.). Münih: C.H. Beck, s. 15

¹³² Haase/Keller, s. 22, 23

¹³³ Pazarcı, s. 23

¹³⁴ Hofmanns, 4

¹³⁵ Haase/Keller, s. 27

VI. HUKUK KAYNAKLARI VE HUKUK METODU

Alman hukukundaki en önemli hukuk kaynağı şüpheye yer bırakmayacak şekilde yazılı hukuk (*gesetztes Recht*)’tur. Bunun dışındaki hukuk kaynakları ise örf ve adet hukuku (*Gewohnheitsrecht*) ile yargıç tarafından yaratılan hukuk (*Richterrecht*)’tur. Doğal hukuk (*Naturrecht*) ise bir kısım yazar tarafından dördüncü bir hukuk kaynağı sayılmaktadır.¹³⁶

A. YAZILI HUKUK

Yazılı hukukun parçalarından biri olan kanun (*Gesetz*) maddi anlamda soyut ve genel biçimde formüle edilmiş hukuk kuralıdır.¹³⁷ Kanunlar kendi içinde paragraflara (*Paragraphen*), paragraflar da fıkralara (*Absätze*), fıkralar ise cümlelere (*Sätze*) ayrılarak incelenir. Sadece Federal Anayasa diğer kanunlardan farklı olarak paragraflara değil maddelere (*Artikel*) ayrılır.¹³⁸ Kanunlar dışında yürütme organı tarafından çıkarılan tüzükler (*Rechtsverordnungen*) ve yönetmelikler de (*Satzungen*) yazılı hukuk kaynaklarıdır. Kural olarak idarenin bunlar dışındaki genelge, talimat, yönerge gibi isimler alan düzenleyici işlemleri (*Verwaltungsvorschriften*) ise genel hak ve hükümlülükler yaratmadıklarından ve idarenin kendi teşkilatı ile ilgili olduklarından hukuk normu sayılmazlar ve bağlayıcı etki doğurmazlar.¹³⁹ Ne var ki Federal İdare Mahkemesi’ne göre, Federal Anayasa ile teminat altına alınmış olan eşit davranma yükümlülüğü bağlamında idareye yeknesak bir uygulamayı benimseme yükümlülüğü getirildiğinden (Md. 3/1 GG); kanunların somutlaştırılması, yorumlanması

¹³⁶ Haase/Keller, s. 8. Pandekt hukuk biliminin ürünü olan “kavram içtihadı” doktrininin yargıcı pozitif hukuka bağlaması, 19. yüzyılın ikinci yarısındaki kanunlaştırmalar ile kanuni pozitivizme dönüşmüştür. Hukukçular arasındaki bu hukuki pozitivizme yönelim zamanla oldukça katı bir form almıştır. Hukuki pozitivizmin Almanya’daki temsilcilerinden olan Hans Kelsen (1881 – 1973)’e göre hukuk, yürürlükte olan normların oluşturduğu sistemdir. Kelsen’e göre hukuk ile ahlak birbirinden kesin çizgilerle ayrılır. Hukuk teorisi doğal hukuk gibi birtakım iddialar taşır, ampirik özelliğini kaybeder. Yürürlükte olan tüm normlar, en üst basamağını varsayımsal nitelikteki bir temel normun (*Grundnorm*) oluşturduğu hiyerarşik bir düzen teşkil ederler. Kelsen’in ortaya koyduğu bu kapalı ve formel hukuk düzeni amaç, değer, ahlak gibi tüm öğeleri dışarda bırakır. Bkz.: Yüksel, s. 149, 150 Alman hukukçularının pozitif hukuka yönelik bu sıkı bağlılığı; II. Dünya Savaşı’nda Nasyonel Sosyalist Nürnberg Kanunları’nın sapkınlığı karşısında, hukuk düzeninin savunmasız kalmasına yol açmıştır. Bkz. Zimmermann, s. 27

¹³⁷ Oğuz, s. 195

¹³⁸ Zimmerman, s. 46

¹³⁹ Haase/Keller, s. 11

ve uygulanmasına hizmet eden bu işlemlerden, somut olayın koşulları gerekli kılmadıkça sapılmaması gerekir.¹⁴⁰

Normlar hiyerarşisine göre hukuk normları dört basamaklı bir piramitte özetlenebilir. Bazı yazarlar en üst basamağa Federal Anayasa'yı yerleştirir de,¹⁴¹ uluslararası hukukun doğrudan uygulanan kurallarını ve Avrupa Birliği hukukunun ulusal hukuka nazaran önceliği ilkesini göz önünde bulunduran diğer görüşe göre piramidin en üst basamağında uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku yer alır. Ardından federe devletlerin anayasaları (*Landesverfassungen*) ve Federal Anayasa (*Grundgesetz*) gelir. Bunun alt basamağında federe devletlerin kanunları ve federal kanunlar yer alır. En alt basamakta ise yine federe ve federal düzeydeki tüzüklerle, yönetmelikler vardır.¹⁴²

B. ÖRF ve ADET HUKUKU

Örf ve adet hukuku (*Gewohnheitsrecht*), uzun bir zamana yayılmış benzer uygulamaların meydana getirdiği yazısız bir hukuk kaynağı olarak kabul edilir. Bununla beraber örf ve adet hukukunun varlığından bahsedilebilmesi için toplumda bu kuralların geçerli olduğu yönünde bir inancın da varlığı aranır.¹⁴³ Günümüzde örf ve adet hukuku sınırlı bir rol üstlenir.¹⁴⁴ Yazılı hukuk kaynaklarının sayıca fazlalığının ve dinamik toplum yapısının bunda payı olduğu söylenebilir. Uzun bir sürece yayılan örf ve adet hukuku gelişimi, çok yönlü modern toplumun çeşitlenen ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmıştır. Bu nedenle daha çok ikincil hukuk kaynağı olarak hakim tarafından kanundaki boşlukların doldurulmasında kullanılır. Bölgesel örf ve adet hukuku ise görece önemini korumaktadır.¹⁴⁵ Ceza hukukunda ise suçlar ancak kanunlarla öngörülebildiğinden (Md. 103/2 GG) örf ve adet hukuku genel olarak hiç önem taşımaz.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Häberle, s. 497. Türk hukukunda kabul edilen görüşün de aşağı yukarı aynı olduğu söylenebilir. Türk hukukunda adsız düzenleyici işlemler adını alan sirküler, talimat, tebliğ gibi işlemlerin varlık nedeninin de idarenin takdir yetkisini kullanacağı zaman nasıl davranacağı ile ilgili, belirlilik ve düzenli idare ilkeleri doğrultusunda yol göstermek olduğu baskın görüşçe kabul edilmektedir. Bkz.: Sevgili Gençay, s. 413

¹⁴¹ Robbers, s. 24

¹⁴² Haase/Keller, s. 32

¹⁴³ Haase/Keller, s. 13

¹⁴⁴ Hager, s. 44

¹⁴⁵ Oğuz, s. 197

¹⁴⁶ Haase/Keller, s. 15

C. YARGIÇ HUKUKU, YORUM SORUNU ve METOT

1. Hukuk Metodunun Tarihsel Gelişimi

Alman hukukunda 16. ve 17. yüzyıllarda hukuk, yukarıda açıklandığı gibi,¹⁴⁷ formel biçimde anlaşılmamış, dini bir hassasiyetle ulu bir güçten kaynaklanan maddi kurallar yığını gibi kabul görmüştür. Hakkaniyet ve doğal hukuk (*aequitas* ve *ratio*) –başka bir deyişle dogmatik düşünce biçiminden çıkarımlar- hukukun en önemli kaynaklarından sayılmıştır.¹⁴⁸ 17. ve 18. yüzyıldan sonra doğal hukuk hala önemini korumakla beraber, pozitif hukuk artık adalet kavramına dayanan değer odaklılığından arınarak ayrı bir kaynak olarak ortaya çıkabilmiştir.¹⁴⁹ Doğal hukukun egemenliğinden Tarihçi Okulun 19. yüzyıldaki etkisine gelindiğinde artık hukuk yalnızca pozitif hukuk olarak anlaşılmaya başlamıştır.

Savigny'ye göre bir hukuki olayın maddi ve şekli olmak üzere iki unsuru vardır. Maddi unsur bize bu vakanın bir olgu oluşunu (*Faktizität*) anlatırken, şekli unsur vakaya bağlanan hakkı anlatır. Şekli unsur oluşturan haklar ise aslında hukuk kuralları tarafından tanınan yetkililerdir. Bu yetkiyi tanıyan hukuk kuralların birlikteliği hukuk kurumlarına vücut verir. Tüm hukuk kurumlarının oluşturduğu bütün ise hukuk düzenidir. Bu düzen kendi içinde, salt mantıksal değil organik bir tutarlılığa sahiptir.¹⁵⁰ Böylece Savigny kapalı bir hukuk düzeni kavramını benimser.

Savigny'nin öğrencilerinden bir başka pandektist Puchta da (1798–1846) hukukun bir sistem dâhilinde yapılandığını savunur. Jhering'in (1818–1892) ilk dönemki çalışmalarında da yine hukuki yapılandırma ile bir bütüne ulaşılacağı yolundaki görüşlere rastlanır. Jhering daha sonra terk ettiği ilk tezinde hukuk bilimini, “Kavram İctihadı” (*Begriffsjurisprudenz*) ile bir tutar.¹⁵¹ Bu doktrine göre, tüm hukuki sorunlar pozitif hukuktan çıkarılan kavramlar yoluyla çözülebilir.¹⁵² Hukuk, Savigny'nin de tarif ettiği gibi kapalı ve boşluk içermeyen bir bütündür. Hukuk düzeninin en önemli iddialarından ikisi tam ve yeknesak (*Vollständigkeit und Einheit*)

¹⁴⁷ Haase/Keller, s. 19

¹⁴⁸ Hager, s. 15

¹⁴⁹ Hager, s. 19

¹⁵⁰ Hager, s. 23

¹⁵¹ Hager, s. 26, 27

¹⁵² Aktaş, s. 2

olmasıdır.¹⁵³ Ancak bu boşluk içermeme iddiası doğal hukuk doktrininin dikte ettiği gibi akılcı ilkelerine değil, hukuk düzeninin organik bütünlüğüne dayanır. Tarihçi Okul ve onun içinden çıkan Kavram İctihadı doktrinin hüküm sürdüğü 19. yüzyıl ve 20. yüzyılın başlarına kadar hukuk biliminin yaratıcı değil; sistematik, kavramsal ve tümdengelim dayalı bir metot işlediği söylenebilir. Bilimsel anlamdaki bu pozitivizm, 19. yüzyılın ikinci yarısındaki kanunlaştırmalar ve özellikle BGB birlikte ile yerini kanuni pozitivizme bırakmış ama Tarihçi Okul'un etkisi bu dönemde de etkisini sürdürmüştür.¹⁵⁴

Birbiriyle ilişkili kural, kavram ve kurumlardan oluşan hukuk düzeninde, pozitif hukuk bütünü kıyas yoluyla kendi boşluklarını tamamlar. Bu doktrinde değerlere dayanan ve amaçsal bir yorum yönteminden çok, kapalı ve boşluksuz bir bütün içindeki tümdengelim faaliyetinden bahsedilebilir.¹⁵⁵ Nitekim Pandekt etkisindeki BGB'yi hazırlayan komisyon her ne kadar boşluksuz bir kanun hazırlamanın mümkün olmayacağını bilincinde olsa da, bu kapalı ve boşluksuz kanun idealinden bir miktar etkilendikleri inkar edilemez.¹⁵⁶ BGB'nin gerekçesindeki "gerek duyulduğunda boşluklar kanunun içerdiği soyut sistematige uygun olarak doldurulabilir" ifadesinde de bu idealin izleri görülür.

Pandektistler yorum meselesi üzerine oldukça yoğun çalışmışlar ancak tamlık ve yeknesaklık iddiasındaki hukuk düzeni idealine uygun olarak yargıcın hukuku geliştirmesi fikrine temkinle yaklaşmışlardır. Savigny bunun herhangi bir yargıcın rutin yorum faaliyeti kapsamı dışında olduğunu, hukukun geliştirilmesi (*Rechtsfortbildung*) için özel olarak kurulmuş bir resmi makam ya da yüksek mahkemenin var olması gerektiğini savunmuştur.¹⁵⁷ Günümüzde kabul görmeyen bir doktrin olan 'Kavram İctihadı'nı ve onun dayanağı olan Tarihçi Okul'u, yine de son derece katı bir şeklilik ile veya hukuki formalizmle itham etmek haksızlık olur. Savigny'den sonra gelen birçok pandektistin kanuna sıkı sıkıya bağlı olduğu söylenemeyeceği gibi somut sosyal ve siyasal şartları gittikçe daha çok göz önünde bulundurdıkları da gerçektir. Birçok katı doktrinin temsilcileri olmuşlarsa da; zamanla gelişen yorum anlayışları ile asla

¹⁵³ Melin, s. 184, 190

¹⁵⁴ Hager, s. 27

¹⁵⁵ Melin, s. 190, 192

¹⁵⁶ Melin s. 41

¹⁵⁷ Hager, s. 26

salt mekanik bir yorum yöntemini kabul etmemiş, yorumu bir “sanat” olarak görmüşlerdir.¹⁵⁸ Kavram içtihadının boşluksuz olma iddiası zaten her yargı kararının kanun hükümlerine doğrudan dayanması gerektiğini ifade etmez. Bunun yerine her bir meselenin, pozitif soyut hukuk sisteminden çıkarımlar yaparak çözülmesi gerektiğini anlatır.¹⁵⁹

Pandektistlerin benimsedikleri kapalı ve boşluksuz kanun anlayışına tepkiler 20. yüzyılın ilk yıllarında güçlenmiş ve Alman hukuk metodunu, ‘Kavram İchtihadı’ndan uzaklaşmaya götürmüştür. Hukuk bilimini, ‘kavram içtihadı’ ile eş gören Jhering dahi bu doktrini terk etmiştir. Tepkisel olarak ortaya çıkan teorilerden biri “objektif yorum” kuramıdır. Bu kuram, 19. yüzyılın sonlarında birbirlerinden bağımsız ve farklı alanlarda çalışan Kohler, Wach ve Binding’in etkisiyle gelişmiş; 20. yüzyılın ikinci on yılına gelindiğinde baskın kuram olarak adlandırılacak kadar önem kazanmıştır. 18. ve 19. yüzyılın baskın sübjektif yorum metodunun tersine, objektif yorum kanun koyucunun iradesine odaklanmaz. Kanun, yaratıcısından ayrılmış, ondan bağlarını koparmış gibi tasavvur edilmelidir.¹⁶⁰ Kanundan kaynaklanan objektif anlam belirleyici olmalıdır. Kanun salt olgu değil, yaşayan bir organizmadır. Bu doktrinde kanunun yorumlandığı zamandaki anlamı esas alınarak eskimesi önlenir. “Kanunun kendisi kanun koyucudan zeki olabilir ve olmalıdır.”¹⁶¹ Bu doktrin yargıcın yorum faaliyetinin sınırlarını genişletmiş, onu kanun metninin çizgisinden büyük ölçüde kurtarmış, daraltıcı ve genişletici yorum enstrümanları ile kanunun toplumsal ihtiyaçlara uydurulmasının önünü açmıştır.¹⁶²

Kavram içtihadına ve hukuki pozitivizme tepkisel doğan bir diğer kuram ise “Menfaatler İchtihadı” (*Interessenjurisprudenz*) kuramıdır. Buna göre tüm hukuk normları, toplumda birbiriyle çatışan çeşitli menfaatlerin ürünüdür. Kanun koyucunun iradesi başlığı altında kanun koyucunun psikolojik iradesi değil çatışan menfaatler arasında yapılan değerlendirme akla gelmelidir. Kanun koyma faaliyeti zaten menfaatleri dengeleyen bir çeşit değer yargısıdır.¹⁶³ ‘Menfaatler İchtihadı’nın en önemli figürü olan

¹⁵⁸ Melin, s. 195

¹⁵⁹ Melin, s. 211

¹⁶⁰ Hager, s. 32

¹⁶¹ Melin, s. 199-202

¹⁶² Hager, s. 34

¹⁶³ Melin, s. 216 -218

Heck'e (1858–1943) göre özellikle belli kanun boşlukları için kanun koyucunun ortaya koyduğu menfaat dengelemesi geçerli olsa da bunun değişen şartlara uyarlanması gerekir.¹⁶⁴ Esasında sübjektif yorum metodunun en önemli temsilcilerinden biri olan Heck böylece, belli tipteki kanun boşlukları açısından objektif yorum metoduna da yer vermiştir.

Bir başka tepkisel teori olan “Serbest Hukuk Okulu” da değerlere verdiği önemle ‘Menfaatler İctihadı’na yaklaşır. Hukuk metodunun en önemli enstrümanlarından biri olan kıyas yöntemi, bu doktrine göre salt mantıksal bir akıl yürütme süreci değil, hukuk dışı değerlere dayanan bir araçtır. Bu varsayımın beraber yargıca özgürlük alanı tanıyan ‘Serbest Hukuk Okulu’, tanıdığı özgürlük alanının nasıl doldurulacağı konusunda ise; hakkaniyet, eşyanın tabiatı ya da yargıcın adalet hissi gibi araçları önerir.¹⁶⁵ Nasyonal Sosyalist Almanya’da, kanundaki genel hükümlerin devlet ideolojisine hizmet etmesi için yeniden kullanılan ‘Serbest Hukuk Okulu’ doktrininin bundan sonra Alman modern hukuk metodunda önemli bir yer işgal ettiği söylenemez.¹⁶⁶

2. Modern Hukuk Metoduna Doğru

16. yüzyıldan bu yana Almanya’daki hukuk pratiği her daim hukukun dogmatik yönünü göz önünde bulundurmıştır. 16. yüzyıldan itibaren uzun süre mahkemeler hukuk fakültelerine hukuki görüş için rutin biçimde başvurmuş, ancak bu geleneğin ortadan kalkmasından sonra da yargıçların karar verme tarzı bilimsel ve dogmatik olagelmıştır.¹⁶⁷ 19. yüzyılda, pandektistlerin de bu dogmatik bilimsel biçimi geliştirdiklerini ve kavram içtihadı doktrini ile Alman hukuk metoduna bir dönem rengini verdiklerini iddia etmek abartı sayılmaz.

Bu dogmatik-bilimsel hukuki düşünce biçimine *culpa in contrahendo* sorumluluğunun Alman hukukuna girdiği Krallık Mahkemesi’nin (*Reichsgericht*)¹⁶⁸ 1911 tarihli kararı örnek verilebilir. *Linoleumrollenfall* isimli kararda,¹⁶⁹ bir müşteri kumaş satılan bir mağazada, bir çalışanın

¹⁶⁴ Melin, s. 211

¹⁶⁵ Melin, s. 212, 213

¹⁶⁶ Melin, s. 214, 215

¹⁶⁷ Hager, s. 31 Bkz. yuk.: II. B. 3. Roma Hukukunun İktibas

¹⁶⁸ Bu mahkeme, 1879 yılında Alman İmparatorluğu’nun en yüksek mahkemesi olarak kurulmuş 1945 yılına kadar faaliyetini sürdürmüştür.

¹⁶⁹ RGZ 78, 239

özensizliği sonucu düşen bir kumaş rulosu ile yaralanır. Henüz mağaza ile arasında bir sözleşme kurulmamıştır. Bundan hareketle eğer çalışanın haksız fiilinden dolayı mağaza sahibinin sorumluluğuna gidilirse, § 831 BGB hükmü gereği mağaza sahibinin kurtuluş beyyinesi göstererek borçtan kurtulmasının önü açılacaktır. Oysa çalışanın sözleşme ifası sırasında verdiği zararlardan dolayı mağaza sahibine gidildiğinde bu beyyine işlemez.¹⁷⁰ Bir başka deyişle, sözleşmesel sorumluluk haksız fiil sorumluluğuna gitmektense zarar gören için çok daha avantajlı bir sonuç doğurmaktadır. Yüksek mahkeme burada taraflar arasında sözleşme benzeri bir hukuki ilişkinin bulunduğunu ve bunun satım sözleşmesini hazırladığını; bu ilişkiden hareketle de her iki tarafın diğerine karşı bir özen yükümlülüğü olduğuna hükmeder. Böylece § 831 BGB'ye giderek, sözleşme öncesi sorumluluk -bir başka deyişle *culpa in contrahendo*- kavramını uygulamaya sokar.

Mahkemenin bu bilimsel-dogmatik yaklaşımının arkasında ise Jhering vardır. Hem Roma hukuku kaynaklarından yola çıkarak hem de çağının kanunlarından hareketle tümevarım metoduyla bu sorumluluğu hukuk dünyasına taşıyan Jhering'dir.¹⁷¹ Söz konusu karar, böylece öğretisi ile uygulama arasındaki koalisyonu en açık biçimde ortaya koyan kararlardan biridir.

Pozitif hukuk düzenine bağlılıkları, yorum yöntemlerini her zaman hukuki kavram ve kurumlara dayandırarak yapılandırmaları ve değer yargılarını göz ardı ederek politik açıdan “nötr” pozitif hukuka sıkıca bağlı oluşları, pandektistlerin bilimsel hukuki pozitivizm ile birlikte anılmalarına yol açmışlardır. Ancak açıklandığı gibi bu bağlılık asla körü körüne kanun metnine bağlılık biçiminde ortaya çıkmamış, onları hukuki formalizme sürükleyecek kadar yoğun olmamıştır. Nitekim yorum metodu üzerine çalışmaları göz ardı edilemez.

Yine de pandektistlerin pozitif hukuka, kavramlar yoluyla sıkıca sergiledikleri bu bağlılık, Alman hukukunu yargıca tanıdığı özgürlük alanı bakımından katı bir hukuk düzeni olarak damgalamıştır. Böylece ‘Menfaatler İçtihadı’ ve ‘Serbest Hukuk Okulu’ gibi yaklaşımlar pandektistlerin boşluksuz ve tam kanun anlayışına; hukuk dışı değer yargılarını göz ardı eden tutumuna tepki olarak ortaya çıkmış, boşluksuzluk ve değer

¹⁷⁰ Hager, s. 31

¹⁷¹ Demircioğlu, s. 43

yargılarından bağımsız nötr hukuk düzeni iddiasını bir nebze törpülemiştir. ‘Objektif yorum teorisi’ de bir başka açıdan mevcut hukuk metoduna memnuniyetsizliği dile getirmiş, yorum yöntemini salt kanun koyucunun iradesine dayanan anlayıştan koparmıştır. Modern hukuk metodunun tüm bu diyalektikten etkilendiğini söylemek yanlış olmaz. Özellikle I. Dünya Savaşı ve devamında gelen ekonomik kriz ortamı ile birlikte menfaatlerin dengelenmesi ve toplumsal ihtiyaç kavramları kilit rol oynamış, ‘Menfaatler İçtihadı’ ve Objektif yorum metodu doktrini gittikçe daha çok kabul görmüştür.¹⁷² 20. yüzyılın ilk birkaç on yılından bu yana ‘Objektif Yorum’ baskın teori olarak görülmektedir.¹⁷³

Yukarıdaki diyalektik sonucunda yargıç, 1920’ler ve sonrasında daha geniş bir hareket alanına ve esnekliğe kavuşmuştur.¹⁷⁴ Heck’in önerdiği menfaatler içtihadı doktrini, 2. Dünya Savaşı’nın ardından objektif yorum doktrini ile bir pota eritilerek ‘Değerler İçtihadı’na (*Wertungsjurisprudenz*) evrilmiş, Alman içtihat hukukunun temelini oluşturmuştur.¹⁷⁵ Alman Anayasa Mahkemesi de 1952 tarihli bir kararında “kanun koyucunun objektifleştirilmiş iradesi (*objektivierten Willen des esetzgebers*)” ifadesini yorum metodu olarak kabul ederek, objektif doktrini öne geçirmiştir. Diğer mahkemelerce aynı ya da benzer şekilde kabul edilen bu formülün zaman zaman kanun koyucunun gerçek iradesi ile desteklendiği, sübjektif doktrinle birleştirildiği görülmektedir. BGB’deki çeşitli davranış ilkeleri ile desteklenen hakkaniyet (*Billigkeit*) prensibi mahkemelerce gittikçe daha başvurulmaya başlanmıştır. Hukuk uygulaması, § 242 BGB’deki iyi niyet (*Treu und Glauben*) ve § 138 BGB’deki hakkın kötüye kullanılması yasağı (*gegen die guten Sitten*) gibi hükümlere gittikçe daha çok başvurmuş, iyi niyeti genel bir hukuk ilkesine dönüştürmüştür.¹⁷⁶ Özellikle hukuk düzeninin tamamlanması ve düzeltilmesi amacıyla ele alındığında, artık bu ilkelerin yorum faaliyetinin sınırlarını aşarak hukukun geliştirilmesi sonucunu doğurduğu gözlemlenebilir. Hatta § 242’nin İngiltere’deki *equity* kavramının görevini gördüğü, tıpkı *equity* gibi § 242’den de çeşitli özel hukuk

¹⁷² Melin, s. 226

¹⁷³ Melin, s. 200

¹⁷⁴ Melin, s. 227, 228

¹⁷⁵ Zimmermann, s. 24; Melin, s. 231

¹⁷⁶ Hager, s. 44

kurallarının doğduğu söylenebilir.¹⁷⁷ Böylece hukuk dışı değerler ve hakkaniyet esası, yargıç hukukunun ayrı bir hukuk kaynağı olarak ortaya çıkmasının önünü açmıştır. Federal Yüksek Mahkeme (BGH)'nin 1950'li yıllarda benimsediği bir içtihat buna örnek gösterilebilir.

BGB'de hüküm bulunmaması nedeniyle İmparatorluk, Weimar Almanyası ve Nasyonel Sosyalist Almanya'da kişilik hakları uzun yıllar korunmamıştır. 1958 tarihli *Herrenreiter* kararı'nda¹⁷⁸ cinsel uyarıcı reklamı için, tanınmış bir profesyonel jokey olan davacının atı üzerindeki fotoğrafı, davalı reklam veren tarafından izinsiz kullanılmıştır. Bunun üzerine jokey, hem spordaki itibarını ticarete kullandığı izlenimi yaratıldığı için hem de cinsel uyarıcı kullandığı algısı yaratıldığı için kişilik haklarının ihlal edildiğinden hareketle zararının tazminini talep eder.¹⁷⁹ Olayda uygulama alanı bulan iki hüküm aşağıdaki gibidir:

§ 253 BGB:

“Manevi zararlar için tazminata **yalnızca kanunda açıkça belirtilen hallerde** hükmedilebilir. (2002'deki reform ile bu maddeye ikinci bir fıkra eklenmiştir)”¹⁸⁰

§ 847 BGB:

“Vücut bütünlüğü ve sağlığın zarar görmesi ve özgürlükten yoksun bırakma halinde oluşan zararlarda, zarar maddi olmasa dahi hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilir. (2002 reformunda bu madde yürürlükten kaldırılmıştır.)”¹⁸¹

§ 253'teki “yalnızca kanunda açıkça belirtilen haller” ifadesi ile kastedilen istisnai haller, § 847'de karşılığını bulmaktadır. § 847'de ihlali durumunda sorumluluğa yol açacak haklar arasında kişilik hakları telaffuz edilmediğinden kanundaki düzenlemenin jokeyin uğradığı zararın tazminine

¹⁷⁷ Davran, s. 179

¹⁷⁸ BGHZ 26, 349

¹⁷⁹ *The University of Texas at Austin School of Law* (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=721>)

¹⁸⁰ (1) *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.*

¹⁸¹ (1) *Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.*

izin vermediği görülebilir. Ancak BGH, § 253 numaralı genel hükme istisna teşkil eden § 847'yi kıyas yoluyla somut olaya uygulamış, kişilik haklarını koruyan bir içtihat yaratmıştır. BGH'nın daha sonra da takip ettiği bu içtihadın, yargının kanun ve hukukla bağlı olduğunu öngören Federal Anayasa'ya (Md. 20/3 GG) aykırı olduğu öne sürülmüş, ancak Federal Anayasa Mahkemesi 1973 tarihli “*Soraya*” kararında¹⁸² anayasaya aykırılık tespit etmemiştir.¹⁸³

Yukarıda örneklenen içtihat, pozitif hukuk normlarının boşluklarını doldurmaktan öte bir anlam ifade eder. Bu içtihadı *contra legem* yargıç hukuku olarak tanımlayan ve Alman hukukunda istisnai durumlarda örtülü biçimde *contra legem* yoruma izin verildiğini öne süren bir görüş mevcuttur.¹⁸⁴ Öte yandan bunu Larenz'in (1903–1993) *extra legem* başlığı altında açıkladığı yargıç hukuku şeklinde incelemek de mümkündür. Kanundaki planın dışında ama bütün hukuk düzeninin genel çerçevesi ve yön verici ilkeleri kapsamında hukuk yaratılması Larenz'e göre *contra legem* yorumdan farklıdır. Sadece hukuken gerekli olması halinde izin verilecek bu hukuk yaratma biçiminde yargıç; eşyanın tabiatı, hukuki ilişkinin gerekleri ve bir hukuk etiği ilkesine dayanır.¹⁸⁵ Açıklanan içtihat ister *contra legem* ister *extra legem* yorum yöntemi altında incelensin, Alman mahkemelerin özellikle 1950'lerden sonra kavram içtihadından ve pozitif hukuk normlarıyla sıkı sıkıya bağlı pozisyonlarından ne kadar uzaklaştıklarını gösterir.

Modern metodolojide artık yargıç hukukunun bir hukuk kaynağı olarak tanındığı söylenebilir.¹⁸⁶ Anglo-Amerikan hukukunda mahkeme kararlarının diğer mahkemeler üzerinde bağlayıcı olduğu yönündeki *stare decisis* doktrini Alman hukukunda bulunmasa da, önemli içtihatların genellikle hukuki akıl yürütmede ciddi bir yer tuttuğu; belli başlı kararların isimleriyle hukuk uygulayıcılarının ve öğretinin hafızasında durduğu da gözlenebilir. BGH'nın kararları çoğu zaman ilk derece mahkemeleri için ikna edici bir güce erişmekte ve BGH tarafından daha sonra pek az değiştirilmekte, tutarlı

¹⁸² BVerfGE 34, 269

¹⁸³ Haase/Keller, s. 17

¹⁸⁴ Zimmermann, s. 25

¹⁸⁵ Melin, s. 294

¹⁸⁶ Hager, s. 54

biçimde takip edilmektedir.¹⁸⁷ Yüksek mahkemelerce kullanılan buyurucu tarzdaki içtihat oluşturma imkanı bir yandan devamlı içtihatlar yaratarak hukuk güvenliğini ve şekli adaleti gerçekleştirirken; diğer yandan ilk derece mahkemelerin özgürlük alanını kısıtlamaktadır.¹⁸⁸

3- Kanunların Yorumu

Genel olarak yorum metodu konusuna gelindiğinde ise, yukarıda yargıcın hukuk yaratması konusunda değinilen objektif doktrin, sübjektif doktrin gibi teorilerin birbiriyle yarıştığı; ancak genellikle sübjektif yöntemle desteklenen objektif doktrin modern metotta baskın yöntem olarak kabul edildiği belirtilmelidir. Larenz'in ortaya koyduğu şekliyle lafzi, sistematik, tarihsel ve objektif-amaçsal yorum olmak üzere dört araç günümüzdeki baskın yöntemi oluşturur.¹⁸⁹ 1950'ler ve sonrasında güçlenen yasa koyucunun anayasayla bağlı olma fikri amaçsal yorumu iyice öne geçirmiştir. Yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip bir Anayasa Mahkemesi'nin varlığı ile yargı erki güç kazanmış; yargıcın yasa koyucunun gerçek iradesinden koparak objektif yoruma yönelmesini kolaylaştırmıştır. Öte yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararları da amaçsal yöntemi öne çıkarmakta, bunun dışındaki ulusal yorum yöntemlerinin etkisini kırmaktadır.¹⁹⁰ Ancak her şeye rağmen; lafzi, sistematik, tarihsel ve amaçsal yorum arasında hiyerarşik bir sıralama yapmak mümkün değildir.¹⁹¹ BGH'nın zaman zaman amaçsal yorumu lafzi yorumun önüne geçirdiği görülebilir:

X, tüzel kişiliği olmayan serbest bir girişimin tek sahibi ve aynı zamanda bir şahıs şirketinin tek ortağıdır. Serbest girişiminin, şahıs şirketinden bir alacağı mevcuttur. X'in serbest girişimi daha sonra, kendisi tarafından temsil edilen şahıs şirketini bu borçtan ibra eder. X'in ölümü üzerine malların paylaşılması ile birlikte, serbest girişim ve şahıs şirketi başka mirasçıların malvarlığına girer. Bunun üzerine, X'in şirketi ile serbest

¹⁸⁷ Zimmermann, s. 25, 26

¹⁸⁸ Hager, s. 55

¹⁸⁹ Melin, s. 186. Dört araçtan oluşan bu yorum metodunun benzeri daha önce Savigny tarafından geliştirilmiştir. Ancak Savigny'nin metodu lafzi, tarihsel, sistematik yorumun yanında bir de mantıksal yorumu içerir. Bkz. Hager, s. 25 Modern yorum kuramında ise mantıksal yorumun yerine amaçsal yorum koyulmuştur.

¹⁹⁰ Hager, s. 35

¹⁹¹ Robbers, s. 26

girişimi arasındaki borçtan ibra işleminin geçerli olup olmadığı gündeme gelir. § 181'e BGB göre:

“Temsilci, aksi öngörülmediği müddetçe, temsil olunan adına kendisiyle veya temsil ettiği başka bir üçüncü kişi ile hukuki işlem yapamaz. Meğerki bu hukuki işlem sadece bir borcun ifasına ilişkin olsun.”¹⁹²

Lafzi yorum gereği, X'in borçtan ibra işleminin de yukarıda hükme göre geçersiz kabul edilmesi gerekir. Ancak BGH, söz konusu hükmün bir menfaatler çatışmasını engellemek amacı taşıdığı kanaatine varır. Olaydaki ibra işlemi açısından ise kanun koyucunun engellemeyi amaçladığı menfaat çatışması bulunmamakta, hatta işlem, temsil olunana bir avantaj sağlamaktadır. Buna göre § 181 BGB'deki hüküm olaya uygulanamaz.¹⁹³

1972 tarihli bu kararda BGH amaçsal yoruma açıkça lafız karşısında üstünlük tanımıştır. Ne var ki BGH'nın amaçsal yoruma her zaman bu denli öncelik tanıdığı da söylenemez. Nitekim başka kararlarında da lafzi yorumu amaçsal yorumun önüne geçirdiği görülebilir.¹⁹⁴

Modern yorum metodunda amaçsal, lafzi, sistematik ve tarihsel yorumdan oluşan dörtlü araçların yanı sıra başka birtakım araçlara da başvurulur. Kıyas, kanunda boşluk bulunması durumunda kullanılacak klasik yöntemdir. *Argumentum e contrario*, daraltıcı veya genişletici yorum, *argumentum a fortiori* gibi yöntemler de yoruma yardımcı araçlardır.¹⁹⁵ Öte yandan yorum sonucunda ulaşılan sonucun denetlendiği de görülmektedir. Sonuç tahlili (*Folgeanalyse*) olarak adlandırılan inceleme ile yorum metoduna gerçekçi bir unsur katılmış olur. Yorum sonucu ulaşılan kararın; olay, taraflar ve çevre üzerindeki etkileri diğer muhtemel sonuçların etkileriyle karşılaştırmalı olarak incelenir.¹⁹⁶ Anayasallaşmanın kuvvetlendiği 1950'li yıllarda Günter Dürig (1920–1996) tarafından geliştirilen ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da 1958 yılında *Lüth*

¹⁹² *Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.*

¹⁹³ BGHZ 59, 236

¹⁹⁴ Hager, s. 40

¹⁹⁵ Hager, s. 50 -53

¹⁹⁶ Hager, s. 46

kararıyla¹⁹⁷ tanınan “dolaylı yatay etki (*mittelbare Drittwirkung*)” doktrini anayasal ilkeleri özel hukuka sokmuştur.¹⁹⁸ Böylece anayasaya uygun yorum yönteminin de modern metodun parçası olduğu söylenebilir. Buna son yıllarda Avrupa Birliği Hukuku’nun yerleşmesi ile birlikte Avrupa Birliği hukukuna uygun yorum yöntemi de eklenmiştir.

Yukarıdaki klasik yorum yöntemlerinin yanı sıra modern kuramda yeni metotların önerildiği de görülmektedir. Yukarıda açıklanan sonuç analizi yönteminin yanında bir diğer sonuç analizi kavramı 1970’li yılların “deneysel sosyoloji” yaklaşımının etkisi altında ortaya çıkmıştır. Bununla ulaşılan kararın yalnızca yarattığı hukuki sonuç değil, toplumsal alanda yarattığı gerçek sonuçlar da dikkate alınır. Bu yaklaşım özellikle ‘ekonomik verimlilik’ fikrini öne çıkaran “hukukun ekonomik analizi” akımının güçlenmesiyle daha çok gündeme gelir olmuştur.¹⁹⁹ Bunun yanı sıra karşılaştırmalı hukuk bağlamında, yargıcın karar verme sürecinde diğer hukuk düzenlerindeki çözümleri de göz önünde bulundurması gerektiği ileri sürülerek yeni bir yorum aracı daha öne sürülmüştür. Ancak uygulamada bu yöntemin dikkate alınmadığı, sadece yeknesak maddi hukukta özellikle de Viyana Satım Sözleşmesi’nin²⁰⁰ yorumlanmasında kullanıldığı göze çarpmaktadır. Esasında, sadece karşılaştırmalı hukuk bağlamında yorum değil; hukukun ekonomik analizi, eleştirel hukuk çalışmaları gibi pek çok geleneksel olmayan yorum aracı modern metotta ciddi yer işgal etmiş değildir.²⁰¹

Mahkemelerin genel tarzı, 19. yüzyılda pandektistlerin kavram içtihadı yaklaşımından bugüne, ‘Menfaatler İçtihadı’, ‘Serbest hukuk Okulu’, ‘Objektif Yorum Teorisi’ ve son 50-60 yılda anayasaya uygun yorum, Avrupa Birliği hukukuna uygun yorum gibi araçlarla törpülenmiş, günümüzde amaçsal yoruma verilen önemin öne çıktığı ‘Değerler İçtihadı’ biçimini almıştır. Alman hukuk uygulamasının artık eskisi kadar yoğun bir bilimsel ve kanuni pozitivizm tarafından işgal edildiği söylenemez. Ancak kanımca 16. Yüzyıldan beri hukuki düşünceye etki etmeyi sürdüren bilimsel-dogmatik yöntemden tam anlamıyla uzaklaşamamıştır. Yargıçların kavramlara ve

¹⁹⁷ BVerfGE 7, 198

¹⁹⁸ Zimmermann, s. 22, 23

¹⁹⁹ Melin, s. 272

²⁰⁰ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana 1980)

²⁰¹ Zimmermann, s. 27

kurumları titizlikle inceleyen akıl yürütme biçimlerini belli başlı kararlarda gözlemlenmek mümkündür:

BGH'nın 1968 tarihli, ürün sorumluluğu ile ilgili *Hühnerpestimpfstoff* kararına²⁰² konu olan olayda davacı tavuk çiftliği, hayvanlarını bir veterinerle anlaşarak aşılatır. Veteriner, aşıları davalı aşı üreticisinden edinir. Aşılamadan sonra dört bin tavuk, bakteriyel bir enfeksiyonun aşı şişeleri yoluyla bulaşması sonucu ölür. Davacı çiftlik, davalı aşı üreticisinden zararının tazminini ister.

BGH öncelikle veteriner ile aşı üreticisi arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamına sokulup sokulamayacağını inceler. Veterinerin bu aşığı nerede kullanacağı belli olmadığından üçüncü kişilerin oluşturduğu grup önceden öngörülemez. Bu nedenle sözleşme sonucu üstlenilen risk hesaplanamaz niteliktedir. Böylece üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme fikrini uygun bulmayan yüksek mahkeme bunu bir tarafa bırakır. İkinci olarak bağımsız bir ürün sorumluluğu esasını tesis edip edemeyeceğini tartışır. Öğretide bununla ilgili geliştiren teorilerden yola çıkarak hukuk yaratmanın meşru olmadığına, bunun için sadece kanun koyucunun yetkili olduğuna kanaat getirir. Üçüncü olarak üretici ile çiftlik arasında, aşıların etiketi veya markası gibi emarelerden yola çıkarak örtülü bir garanti sözleşmesinin varsayılabileceğini sorgular. Ancak bu ibarelerin garanti sözleşmesini kuracak olan irade beyanı yerine geçemeyeceğine karar verir. *Culpa in contrahendo* ve § 122 BGB temelinde çiftlik ve üretici arasındaki güven ilişkisine dayanıp dayanamayacağını da göz önünde bulundurur. Ancak güven ilişkisi çiftlik ile üretici arasında değil veteriner ile üretici arasında kurulduğundan bu öneriye de olumsuz yanıt verir. En sonunda haksız fiil hukukuna başvurur. Haksız fiiller hukuku gereğince normal şartlarda, zarara uğrayan tarafın, zarar veren tarafın kusurunu ispat etmesi gerekir. Ancak BGH olayda, davacı çiftliğe düşmesi gereken ispat yükünü ters çevirerek, davalı aşı üreticisini tazminata mahkûm eder. BGH'nın kullandığı formüle göre "Bir endüstriyel ürünün gerektiği gibi kullanılması halinde, ürünün hatalı şekilde üretilmesinden dolayı herhangi bir kişi ya da eşya zarar görürse; üretici kendisine hiçbir kusur atfedilemeyeceğini ispatla yükümlüdür."

²⁰² BGHZ 51, 91

Mahkemenin içtihadı daha sonra ürün sorumluluğu hakkındaki kanunla yazılı hukuka da alınmıştır.²⁰³

VII. MAHKEME TEŞKİLATI

Almanya'nın federal yapısı mahkeme teşkilatında da etkilidir. Mahkemelerin federal veya federe düzeyde olduğundan bahsedilir. Ancak ABD gibi başka federal devletlerin aksine federal ve federe düzeyde farklı birer teşkilatlanma görülmez. Tüm birinci derece ve ikinci derece mahkemeler federe düzeydedir. Bu mahkemeler hem federe kanunlarla hem de federal kanunlarla ilgili uyuşmazlıkları çözümlenmeye yetkilidir. Yalnızca en üst düzeydeki mahkemeler, milli hukukun yeknesak uygulamasını garantilemek için federal mahkemelerdir.²⁰⁴ Ancak buna karşılık ABD'de veya İsviçre'de olduğu gibi tüm uyuşmazlıklar için konu bakımından yetkili tek bir yüksek federal mahkemeden söz edilemez.²⁰⁵ Bunun yerine yargı yolu ilişkisine göre ayrılmış beş tane yüksek mahkeme ve bunların altında federe düzeyde mahkeme teşkilatlanmaları mevcuttur. Bu beş yüksek mahkeme; olağan yetkili *Bundesgerichtshof* (BGH), idari uyuşmazlıklar için yetkili *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG), vergi uyuşmazlıkları için *Bundesfinanzhof* (BFH), iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar için *Bundesarbeitsgericht* (BAG) ve sosyal güvenlik hukukuyla ilgili uyuşmazlıklar için kurulan *Bundessozialgericht* (BSG)'tir. (Md. 95 GG) Yüksek mahkemelerin hepsi başkentte toplanmak yerine farklı şehirlere dağılmıştır.

Tarihsel nedenlere dayanan bu uzmanlaşmış, parçalanmış yüksek mahkeme teşkilatı yetki uyuşmazlıklarını ve kararlar arasında ciddi tutarsızlıkları beraberinde getirmektedir.²⁰⁶ Mahkeme kararları arasında oluşabilecek bu çatışmaya karşı, beş yüksek mahkemenin yargıçlarından oluşturulan federal düzeyde bir ortak senato (*Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*) kurulmuştur. (Md. 95/3 GG)

Ülkedeki tüm mahkemeler anayasaya uygunluğu denetleme yetkisini haiz olmakla beraber, hiçbiri genel anlamda bağlayıcı hükümler veremez. Bunun istisnasını ise Federal Anayasa Mahkemesi oluşturur.²⁰⁷ Mahkemeler

²⁰³ Hager, s. 136, 137

²⁰⁴ Hailbronner/Kau, s. 72

²⁰⁵ Robbers, s. 28

²⁰⁶ Robbers, s. 29

²⁰⁷ Hailbronner/Kau, s. 72; Haase/Keller, s. 17

bir yasanın anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiklerinde, yargılamayı durdurup bunu Federal Anayasa Mahkemesi'nin (*Bundesverfassungsgericht*) önüne getirebilirler. Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararları tüm federal ve federe mahkemeleri ve idari makamları bağlar. (§ 31/2 BVerfGG) Aynı şekilde her bir federe devletin mahkemeleri de kendi federe anayasasına aykırılık tespit ettiklerinde bunu federe anayasa mahkemesinin önüne getirebilir. (Md. 100/1 GG)

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de gittikçe artan bir rol oynamaktadır.²⁰⁸ ABAD'ın "ön karar usulü" çerçevesinde Avrupa Birliği hukuku hakkında verdiği kararlar, uyuşmazlığı ABAD'ın önüne getiren mahkemeyi bağlar.²⁰⁹

VIII. EĞİTİM ve KARİYER

A. HUKUK EĞİTİMİ

Hukuk eğitimi hala 18. yüzyıldaki Prusya'nın hukukçu gereksinimini yansıtır. Prusya gibi bölünmüş ve heterojen bir bölgenin idari ve yargısal işlerini yürütecek, homojen ve her hukuki alanda donanımlı hukukçu kitlesi ihtiyacı, öğrenimin temel özelliklerini belirlemiştir. Tüm yurttta, yeknesaklaştırılmış nitelikler taşıyan, bütün hukuk alanlarına egemen bir hukukçu (*Einheitsjurist*) fikri baskındır.²¹⁰ En az dört yıllık hukuk eğitiminin hukuk fakültelerinde tamamlanmasının ardından devlet sınavları (*Staatsexamen*) gelir. Yazılı ve sözlü kısımlardan oluşan sınavı uygulayıcı ve akademisyenlerden oluşan kurullar notlandırır. Yazılı sınavda öğrencinin özel hukuk, ceza hukuku, kamu hukuku ve bir de seçeceği alanda olmak üzere hukuki bir sorun üzerine muhakeme becerisini göstermesi beklenir. Yazılı sınavı geçen öğrenci sözlü sınava girmeye hak kazanır. Sınav eyaletlere göre yer yer farklılık gösterse de genellikle benzer usulde yapıldığı söylenebilir. Başarı oranı %75 ile %80 arasında değişen birinci devlet sınavını başarıyla tamamlayan öğrenciler iki yıl boyunca, tamamen devletin yürüttüğü ve yine devlet tarafından maaşa bağlandıkları bir staj ve eğitim evresinden (*Referendardienst*) geçerler. Bunun ardından gelen ikinci devlet sınavı ile de öğrencilerin yaklaşık %10 ile %15'i elenir. Başarıyla bu

²⁰⁸ Haase/Keller, s. 18

²⁰⁹ Robbers, s. 30

²¹⁰ Zimmermann, s. 35; Robbers, s. 30

sınavı da tamamlayanlar artık *Volljurist* unvanını kazanarak, kariyerlerine noter, yargıç, savcı ve avukat vb. gibi mesleklerle devam ederler.²¹¹ Ancak bağımsız, renksiz, içsel bir mantığa göre işleyen muhakeme becerisini ölçen tarafı dikkate alındığında, devlet sınavının öğrencilere daha çok birer yargıç gibi düşünme becerisi kazandırdığı söylenebilir.²¹² Alman hukuk eğitiminin en karakteristik özelliği olan devlet sınavları ve zorunlu yasal staj,²¹³ ülkedeki tüm hukuk fakültesi mezunlarının yeknesak niteliklere sahip olmasını sağlarken, aynı zamanda öğrenimin en zor yanını teşkil eder. Öğrencilerin büyük bir kısmı birinci devlet sınavına hazırlanırken tekrar niteliğinde ücretli özel kurslara kaydolmaktadır. Diğer yandan bu ihtiyacı göz önüne alan fakülteler de artık ücretsiz tekrar derslerini müfredatlarına eklemektedir. Pek çok hukukçu kariyerlerine otuz yaşına yaklaştığında ancak başlayabilmektedir.²¹⁴

2000'li yıllarla beraber özel üniversiteler kurulmaya başlamışsa da, hukuk eğitimi hala genel olarak devlet üniversiteleri tarafından yürütülmektedir. Temel dersler hala yüzlerce kişilik amfilerde, akademisyen odaklı gerçekleştirilmektedir. Ancak bu büyük çaplı derslerin (*Vorlesungen*) yanında, seminer (*Seminar*) derslerinde daha küçük öğrenci grupları, kendilerini bir alanda bilimsel açıdan geliştirme fırsatı bulur.²¹⁵ Sınavlarda öğrencilerin yine bir yargıcın bakış açısından, bağımsız hukuki düşünme becerilerini sergilemeleri beklenir. Son yıllarda, yargıç bakış açısıyla yetişen ve hukukun tüm alanlarına yetkin olması şart koşulan yeknesak hukukçu (*Einheitsjurist*) kavramı eleştirilmiş, 2000'li yıllarda bazı reformlara gidilmiştir. Eğitimde avukatlık mesleğine uyum öne çıkarılmıştır. Bağımsız, renksiz ve içsel mantığıyla hareket etme becerisini kazandıran geleneksel Alman hukuk eğitimi metodunun yargıçlığa yönelik olması; ancak hukuk fakültesi mezunlarının yaklaşık %80'inin avukatlık mesleğini tercih etmesi bu değişikliğin motivasyonu olmuştur. Artık zorunlu ve ağırlıklı alanlarda özel bir bakış açısının kazandırılması ve bu yolla avukatlık cephesinden akıl yürütme biçiminin öne çıkarılması yoluna gidilmiştir.²¹⁶ Akademisyenlerin

²¹¹ Robbers, s. 30

²¹² Zimmermann, s. 35, 36, 39

²¹³ Oğuz, s. 204

²¹⁴ Oğuz, AÜHFD, s. 20, 21; Koriöth, s. 96

²¹⁵ Koriöth, s. 93

²¹⁶ Arslan/Taşpınar, s. 17, 18

öğrencilerle daha yakın ilgi kurabileceği danışman hocalık statüsü iyileştirilmiş, retorik ve arabuluculuk gibi becerilerin fakültelerde kazandırılmasına yönelik çalışmalar artırılmıştır.²¹⁷ Ayrıca seçmeli derslerin payı toplam hukuk eğitiminde %30'a kadar çıkarılmıştır.²¹⁸ Bunun dışında ağırlıklı alan (*Schwerpunkt*) uygulaması ile öğrencilerin bir alana yönelerek, bu alanda daha fazla ders almalarının önü açılmıştır. Ağırlıklı alan ile öğrencilerin belli bir mesleki uzmanlık alanında kendilerini geliştirip yoğunaşmaları, interdisipliner ve uluslararası bağlantıları kurabilmeleri amaçlanmıştır.²¹⁹ Bunların yanında son yıllarda yabancı dildeki hukuk dersleri, ERASMUS programı, uluslararası yaz okulu programları, yurtdışındaki üniversitelerle koordine birleşik programlar ve Avrupa özel hukukunu temel alan ders kitaplarıyla geleneksel akademik hukuk eğitiminde değişiklikler gözlemlenmektedir. Ancak yine de genel hatlarıyla hukuk öğreniminin ciddi değişime uğradığı söylenemez.²²⁰

B. HUKUKÇULUK MESLEĞİ ve AKADEMI

İkinci devlet sınavından sonra *Volljurist* unvanını elde edip kariyerine başlayan hukukçuların büyük bir kısmı avukat (*Rechtsanwalt*) olmayı seçer. Çok iyi notlarla devlet sınavını verenlerin bir kısmı yargıç (*Richter*) olurken, savcı (*Staatsanwalt*) ve kamu görevlisi olmayı da seçebilirler. Noterlik (*Notar*) mesleği eyaletlere göre farklılık gösterir. Bazı eyaletlerle kariyer mesleği olarak yapılırken, bazı eyaletlerde avukatlar ayrıca noterlik yapmakta,²²¹ aynı tabelada hem avukatlık hem de noterlik unvanına rastlanabilmektedir. Son yıllarda avukatlık mesleğinde birtakım değişiklikler göze çarpmaktadır. Pek çok avukat, bir konuda uzmanlaşmış avukat (*Fachanwalt*) statüsünü elde etmek için başvurmakta, diğer Avrupa Birliği ülkelerindeki hukukçular devlet sınavlarına girmeksizin Almanya'da avukatlık yapabilmekte, uluslararası avukatlık bürolarının ülkeye girmesi ile birlikte gittikçe daha büyük hukuk bürolarına rastlanmaktadır.²²²

²¹⁷ Oğuz, s. 207, 208

²¹⁸ Koriototh, s. 92

²¹⁹ Arslan/Taşpınar, s. 17

²²⁰ Oğuz, AÜHFD, s. 21-25; Zimmermann, s. 44

²²¹ Robbers, s. 31

²²² Zimmermann, s. 43

Hukuk fakültesinden sonra öğrencilerin yöneldikleri en itibarlı kariyer tiplerinden biri de akademisyenliktir. Akademisyenlerin de devlet sınavlarını tamamlamaları ve hatta en yüksek notlarla geçmeleri şart koşulur. *Promotion* olarak adlandırılan doktora çalışmaları sonucu, seçkin bir akademik çalışma olarak ortaya çıkan tez genellikle kitap olarak yayımlanır. Bunun ardından bilimsel asistan (*Wissenschaftlicher Assistent*) olarak adlandırılan²²³ akademisyen bir kürsüde (*Lehrstuhl*) ve bir profesör gözetimi altında ders vermeye veya profesörü asiste etmeye başlar. Yine profesörünün onayıyla *Habilitation* olarak adlandırılan bir çalışmaya başlayabilir. Dört ila beş yılı bulan bu çalışma sonrası nitelikli ve aynı zamanda yenilikçi bir çalışma ortaya koyan akademisyen, ancak tüm fakülte akademik kadrosunun rızasıyla doçent (*Privatdozent*) payesini alır ve kendi başına ders vermeye başlar.²²⁴ Bu statüye ulaşan akademisyen, genellikle otuz beş ila kırk yaşını geride bırakmış olur.²²⁵ 2002 yılındaki reformlarda *Habilitation* kurumunu kaldırarak bir yardımcı doçentlik (*Juniorprofessur*) statüsünü getiren federal yasa, bu konunun federe devletlerin düzenleme alanında olduğu gerekçesiyle Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.²²⁶

Tipik Alman akademisyen birincil görevini ders vermekten çok araştırma yapmak olarak görür. Yayınlarının çokluğu ve seçkinliği akademisyenleri diğer hukuk fakültelerinden profesörlük teklifi almaları için cazip hale getirmektedir. Zira hukuk fakültelerinde devam eden bir gelenek gereği, akademik kadroya profesör olarak katılacak olan profesör, genellikle diğer üniversitelerdeki doçentler arasından seçilmektedir. Akademisyenlerin pek çoğu belli sınırlar dahilinde hukuk uygulamasına da katılır. Hukuki mütalaa vermeleri, üst düzey uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda dava ve tahkimlerde görev almaları ve yarı zamanlı yargıç olarak ikinci derece mahkemelerde (*Oberlandesgerichte*) çalışmaları alışılmış bir uygulamadır.²²⁷

IX. EK: HUKUKİ ARAŞTIRMA KAYNAKLARI

Vergi kanun ve tüzüklerinin yayımlandığı özel bir resmi gazete (*Bundessteuerblatt*) haricinde tüm federal kanun ve tüzükler resmi gazetede

²²³ Zimmermann, s. 41

²²⁴ Koriath, s. 101

²²⁵ Zimmermann, s.41

²²⁶ Koriath, s. 102

²²⁷ Zimmermann, s. 37, 38, 41

(*Bundesgesetzblatt*) yayımlanır. Federe düzeydeki kanun ve tüzükler de her bir federe devletin çıkardığı resmi gazetelerde yayımlanır. Bazı yayınevlerinin derlemeler halinde sistematik olarak federal kanunların baskılarını çıkardıkları görülür. Yürürlükteki kanunların yanı sıra kanun tasarıları da federal ve federe düzeyde yayımlanırlar.²²⁸ Ayrıca federal kanunların büyük bölümünün İngilizce tercümesine Federal Adalet Bakanlığı'nın internet sitesi üzerinden erişilebilmektedir.

İçtihatlarla gelindiğinde federal yüksek mahkemelerin önemli kararlarının derlemeler halinde yayımlandığı görülür. Aynı şey federe devletlerdeki mahkeme kararları için de geçerlidir.²²⁹ Bu resmi yayınların yanında, en önemli davalara veya bunların özetlerine ve karar incelemelerine konusuna göre *GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht)* vb. gibi süreli yayınlarda da rastlanabilir.

Hukuki literatür; şerh, ders kitabı, monografi, makale ve karar incelemeleri olarak ayrılır. Ancak bunlardan en önemlisi şüphesiz şerhler (*Kommentare*)'dir.²³⁰ Gerek hukuk eğitiminde gerekse uygulamada en çok başvurulan kaynaktır. Şerhler her bir maddenin altında önemli içtihatları içerir. Üzerine çok sayıda mahkeme kararı bulunan bazı kanun hükümleri hakkında sayfalarca şerh yazıldığı gözlenebilir. Bunların yanı sıra akademik süreli yayınlara da rastlanır. Bunların büyük bölümü spesifik bir hukuki alana özgüdür. Bir de içinde makalelerin derlendiği, seçkin profesörlere ithaf edilen armağanlar (*Festschriften*) literatürde diğerleri kadar olmasa da yer kaplar.²³¹

X. SONUÇ

Alman hukuku, karşılaştırmalı hukuk bağlamında sınıflandırılırken 'Alman hukuk çevresi' adıyla ayrı bir hukuk çevresi içinde; Avusturya, İsviçre, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çeşitli ülkelerin hukuk düzenleri ile birlikte yer alır. İsminden de anlaşılacağı gibi, 'Alman hukuk çevresi'ne rengini veren hukuk düzeni Alman hukukudur. Gerek hukuki düşünce biçimi ile gerekse hukuki kavram, kurum ve sistematığı ile Alman

²²⁸ Robbers, s. 32

²²⁹ Robbers, s. 33

²³⁰ Zimmermann, s. 46

²³¹ Zimmermann, s. 49, 50

hukuku; sayılan hukuk düzenlerinde olduğu kadar, başka hukuk çevrelerinde de etkili olmuştur.

Bir hukuk düzeni, karşılaştırmalı hukuk metodu bakımından sınıflandırılırken makro bir bakışla değerlendirilir. Bu değerlendirmede; tarihi gelişim çizgisi, hukuk kaynakları, ideoloji, hukuki düşünce biçimi ile hukuki kavram ve kurumlar gibi pek çok ölçüt rol oynayabilir. Bu ölçütlerin dışında aynı zamanda, mahkeme teşkilatı, hukuk eğitimi ve hukukçuluk mesleği konusunda Almanya'yı diğer pek çok ülkeden ayıran ve kaynakları tarihsel kökenlerinde aranacak olan unsurlar da rol oynamaktadır. Yüksek mahkemelerin uyuşmazlık konularına göre ayrılması, hukuk eğitiminde yeknesak bir hukukçu modeli idealiyle uygulanan 'devlet sınavları' ve hukukçuluk mesleğinde öğretinin baskın etkisi bu belirleyici unsurlara örnek verilebilir. Yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin her birine rengine veren bir unsur olarak federalizm de Almanya'nın tipik niteliklerindedir. Bu kavram, federe devletler ve federal devlet arasındaki yetki dağılımını anlattığı kadar, diğer kamu tüzel kişiliklerine bir ölçüde özerklik sağlanması anlamına da gelir. Sayılan bu ölçütler bir tarafa bırakılacak olursa, Alman hukukuna asıl rengini veren iki ölçüt kanımca, tarihsel gelişim çizgisi ve hukuki düşünce biçimidir.

Roma hukukuna sıkı bağlarla bağlı olan Alman hukukunun bu niteliğinin kaynağı, hukuk tarihinde aranmalıdır. Tüm Avrupa'yı Ortaçağ boyunca etkisi altına alan Roma hukuku iktibas, bugünkü Almanya topraklarında çok daha güçlü şekilde etkili olmuştur. Merkezi idarenin zayıflığı ve hukuki düşünce biçiminin Ortaçağ boyunca ilkel kalması gibi nedenlere bağlanabilecek bu güçlü iktibas sonucu, Roma hukuku Ortaçağ boyunca *gemeines Recht* adıyla gelenek hukukunun yanında ve hatta onun yerine uygulanmıştır.

17. yüzyıldan itibaren katı bir matematiksel-mantıksal metot çerçevesinde, akademisyenlerin yoğun etkisiyle serpilmiş Alman hukuku, özellikle 19. yüzyılda '*Pandekt* hukuk bilimi' adıyla yine Roma hukuku etrafında ve organik bütünlüğe sahip, kapalı, boşluksuz, sistematik bir hukuk düzeni ideali peşinde biçimlenmiştir. 19. yüzyılın en sonunda hazırlanan Alman Medeni Kanunu'nunda da yine öğretisel, soyutlayıcı ve kavramsal bir geleneğin izlerine rastlanabilir.

Tarihsel kökleri ve sistematiklik iddiası nedeniyle katı bir hukuk düzeni olarak damgalanan Alman hukuku hakkında bu algı halen devam etmektedir. Ancak pozitif hukuka sıkı bir bağlılıkla ortaya çıkan bu katılığın, 20. yüzyılda uygulama ve öğreti tarafından törpülediği de gözden kaçırılmamalıdır. Öyle ki artık Alman hukuk biliminde yargıcın hukuk yaratabileceği fikri, yerleşik biçimde kabul görmekte ve pek çok örnekle desteklenmektedir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. (2010). Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1-2), s. 1-28
- Arslan Ramazan/Taşpınar, Sema. (2004). Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye ve Avrupa Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye'nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:53 Sayı:1, 2004.* s. 1-25
- Bartels, Hans-Joachim. (1982). *Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Davran, Bülent. (1968). *Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri*. İstanbul : İ.Ü. Hukuk Fakültesi.
- Demircioğlu, Reyhan. (2007). *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu* (Doktora Tezi). Ankara.
- Dyzenhaus, David/ Taggart, Michael. (2007). Reasoned Decisions and Legal Theory, içinde Edlin, Douglas E. (ed.) *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press. s. 134 – 167
- Gözübüyük, Şeref. (2009). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. (31. Bs.) Ankara: Turhan Kitabevi.
- Haase, Richard/ Keller, Rolf. (2003). *Grundlagen und Grundformen des Rechts*. Kohlhamer.
- Häberle, Peter. (1988). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 37*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hager, Günter. (2009). *Rechtmethoden in Europa*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hailbronner, Kay/ Kau, Marcel. (2005) Constitutional Law, içinde Zekoll, M./Reimann, J. (ed.), *Introduction to German Law*. (2. Bs.) Lahey: Kluwer Law International.
- Hofmann, Rainer. (2012). *Grundlegende Prinzipien des Unionsrechts*. (28.10.2015 tarihinde http://www.jura.uni-frankfurt.de/43679963/Skript_4.pdf adresinden erişildi).
- Karadeniz Çelebican, Özcan. (2008). *Roma Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Korioth, Stefan. (2006). Legal Education in Germany Today. *Wisconsin International Law Journal*, Cilt: 24(1), s. 85- 107

- Küçük, Eşref. (2007). XII. Yüzyıl Rönesansı Ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:56 Sayı:4, 2007.* s. 111-122.
- Melin, Patrick. (2005). *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland.* Tübingen: Mohr Siebeck.
- O'Brien, Robert/ Williams, Marc. (2010). *Global Political Economy: Evolution and Dynamics.* (3. Bs.) Hampshire: Palgrave Macmillan.
- Oğuz, Arzu. (2003). *Karşılaştırmalı Hukuk.* Ankara: Yetkin Yayınları.
- Oğuz, Arzu. (2003). Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:52 Sayı:4, 2003.* s. 1-40.
- Ökçesiz, Hayrettin. (2005). Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı "Radbruch Formülü". *TBB Dergi: Sayı 56,* s. 167 – 174
- Pazarcı, Hüseyin. (2011). *Uluslararası Hukuk.* (10. Bs.) Ankara: Turhan Kitabevi.
- Postema, Gerald J..(2003). Classical Common Law Jurisprudence - Part 2, *Oxford University Commonwealth Law Journal,* Cilt: 3(1). s. 102 – 133
- Rado, Türkan. (2006) *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku.* İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Robbers, Gerhard. (2012). *Einführung in das deutsche Recht.* (5. Bs.). Baden-Baden: Nomos.
- Schwab, Karl Heinz. (1967) İhtilaf Konusu (Müdeabbih) Hakkında Doktrinin Durumu. Çev: Yavuz Alangoya. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* Cilt 33(3-4), s. 288 – 303
- Sevgili Gençay, Fatma Didem. (2014). Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri. *AÜHFD,* 63(2), s. 397 – 418
- Stein, Peter. (1999). *Roman Law in European History.* Cambridge: Cambridge University Press.
- Szerb, Antal. (2008). *Dünya Yazın Tarihi.* Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- The University of Texas at Austin School of Law (3.11.2015 tarihinde <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=721> adresinden erişildi).

- Whittaker, Simon/ Zimmermann, Reinhard. (2000). Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape , içinde Whittaker, Simon/ Zimmermann, Reinhard (ed.) *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Yüksel, Mehmet. (2004). *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*. (2. Bs.). Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Zimmermann, Reinhard. (2005) Characteristic Aspects of German Legal Culture, içinde Zekoll, M./Reimann, J. (ed.), *Introduction to German Law*. (2. Bs.) Lahey: Kluwer Law International.
- Zimmermann, Reinhard. (2005). *The New German Law of Obligations*. New York: Oxford University Press.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein. (1998). *Introduction to Comparative Law*. (3. Bs.). Çev: Tony Weir. Oxford: Clarendon Press.
- Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung*. (3. Bs.). Tübingen: Mohr Siebeck.

