

## FRANÇOIS GENY ve İSVİÇRE'DE KAZAİ İÇTİHAD (\*)

Yazan : *Prof. Dr. Walter YUNG*

Çeviren : *Dr. Erol CANSEL*

Ankara Hukuk Fakültesinde  
Medenî Hukuk Doçenti

Geçen asrın son yıllarında hukuk dünyasında iki şahsın hayret verici karşılaşması, huzurunuzda İsviçre Hukuk İlminin bir temsilcisine söz almak şerefini verdi. Bir tarafta, derin bilgisi ve müstesna yapıcı bir kudreti olan genç bir Fransız Profesörü bütün dünyada ve Fransız hukuk biliminde bir çağ açacak olan, hususî hukukun kaynakları ve hukukta metod hakkında abide bir eser yayınlıyor; diğer tarafta ise, bir kaç yıldır Federal hükümet tarafından memleketin hususî hukuk mevzuatını hazırlamaya memur edilmiş bir hukukçu, Eugène Huber, İsviçre Medenî Kanununun ön projesine nihai şeklini vermek üzere ele alıyor.

Biri Burgonya'nın (1) merkezinde; diğeri buradan 200 km. uzakta, Federal baş şehirde, hususi hukukun kaynakları üzerine eğildiler ve aynı neticelere vardılar. Biri, bir doktrin kitabında ifade ettiği düşüncesinin nüanslarına olanca genişliği vererek bu neticelere tercüman oldu. diğeri bu neticeleri kanunların gereği olan veciz şekiller içine sığdırdı. Her ikisi de, kanun metinlerine karşı duyulan dinî saygıya ve tefsirdeki şekilci usullerin kötüye kullanılmasına karşı direnerek hukukun yaratıcı kuvvetleri arasında eş bir denge kuruyor ve yazılı kanunun toplum hayatının bütün isteklerine cevap vermeye kâfi gelmediğini bildiride birleşiyor. Örf ve âdeti âmir bir kay-

---

(\*) François Génynin yüzüncü doğum yılı dolayısıyla Nancy Hukuk Fakültesinde verilmiş olan konferans. Bkz. Le centenaire du Doyen François Gényn, Dalloz, 1963, Paris, s. 85 vd.

(1) Gényn Nancy'ye profesör tayin edilmeden önce Dijon'da ders verirdi.

nak sayıyorlar. Doktrin ve içtihad, onlara göre tesirli bir otoritedir. Bu sebeple hukuki oluşu hazırlayan unsurlar arasında yerleri olabilir. Ancak bu, hukuku hazırlayan gerçek kaynaklardan daima arka plânda bir yer olacaktır. Müsbet hukuk kaidelerinin ve bu kaideleri koyan makamların bulunmadığı durumlarda, en sonda bu gerçek kaynaklar serbest ilmi araştırmalar yapabilmek için bilim adamına kapılarını açar.

François Géný ve Eugène Huber, her biri ayrı ayrı, hukukun gelişmesini sağlayan diğer unsurlara geniş bir şekilde yer veren kanunların faydalarına çağdaşlarını inandırmaya çalıştılar. Huber'in işi bu bakımdan Géný'ninkine göre daha hafifti. Zira İsviçre'de hiç olmazsa Alman Kantonlarında hakim, kanun önünde büyük bir serbestiden faydalanmıştır. Huber'de Géný'ye yazdığı bir mektupta buna temasla, MK. I. ci md. sinin ihtilâlcî bir yenilikten ziyade hukuki bir geleneğin teyidi olduğunu izah etmiştir.

Buna mukabil, Géný'nin kabul ettiği hareket tarzı ise Fransız hukuk gerçeğinden; hiç olmazsa uzun bir gelenekçi doktrinden ayrılıyordu. Kanunun uygulayıcısı olan hakimin yetkilerinin genişletilmesini ilgilendiren çağdaş İsviçre mevzuatı üzerinde meslekdaşına yazdığı 11 Ocak 1900 tarihli mektubunda: «Bana verdiğiniz ip uçları çok kıymetlidir. Bunları, kitabımda genişletmeye çalıştığım ana fikre ciddi bir destek olarak kabul ediyor ve ihtimamla kaydediyorum. Maalesef bu gün Fransa'da genel fikir akımı bu yöne doğru götürülmeye elvermemektedir. Korkarım ki benim gayretlerim bir çokları tarafından mevsimsiz veya gelip geçici sayılmasın».

Büyük Fransız yazarı tarafından kurulan sistem komşu kanun koyucununki ile öyle aşikâr bir benzerlik arz ediyordu ki, Géný, «Méthode d'interprétation et Sources» un 2. ci baskısında yazdığı meşhur cümle ile bu benzerliği «İsviçre MK. nun 1. ci md. sinin kaleme alınışının kendi çalışmalarının özünün tam bir ifadesi olarak gösterilebileceği» şeklinde açıkladı (Nr. 204).

Biz İsviçreliiler, François Géný'nin hatırasını saygı ile anmak için cevap olmak üzere diyebiliriz ki, 1899'da yayınlanmış olan eseri İsviçre Medenî Kanununun 1. ci maddesine şahane bir giriş ve bu maddeyi ilham eden ana fikrin liyakatli bir şerhidir.

Gerçekte İsviçre Medenî Kanununun ruhu yalnız bu maddede tecelli etmez. Bu ruh, kanun koyucunun, manasını açıklamayı mah-

kemelere terk ederek içinde sade bir dille tesbit ettiği genel kurallar bulunan bütün hükümlerde mevcuttur. Fakat bu, Gény'nin de beğeneceği bir hal değil midir? Esasen «Méthode d'interprétation et sources» da İsviçre Medenî Kanununun ön projesinin gerekçe lâyihasına kendinden bir parça imiş gibi konabilecek sayısız pasajlar yok mu?

Burada bu iki hukukçunun birbirlerinin fikirleri üzerindeki tesirlerini incelemek istemiyorum. Bunun için noksansız araştırmalara dayanan bir çalışma yapmak gerekir. Bu ise konferansın ne başlığı ne de konusudur. Bilindiği gibi, 1934 de Nancy Üniversitesinde Dekan Geny'nin jübilesi kutlanırken, Gény İsviçre Medenî Kanununun 1. ci maddesindeki fikir cevheri ile olan alâkasını külliye reddetmişti (2). Fakat bunu Gény'nin sonsuz tevazuuna vermek gerekir.

Burada bir hususu hatırlatmaktan kendimi alamıyorum : her ne kadar gerek Huber, gerekse Gény hukuk anlamlarını birbirinden ayrı ve tam bir bağımsızlık içinde olgunlaştırmışlarsa da, birbirlerine yabancı kalmamış; aksine, karşılıklı takdir hissi ile bağlanmışlardır. Gény 1896 veya 1897 yılında Raymond Saleilles ile beraber bir kere Huber'i Bern'de ziyaret etti. Bu vesile ile Huber, Gény'nin hukuk üzerindeki genel fikirlerine iltihak ettiğini belirtti (3). Bundan sonraki yıllarda Gény Huber'e bir çok vesilelerle mektup yazdı (4). 1889'da «Méthode d'interprétation et sources» dan bir adedini İsviçreli meslekdaşına imzalayıp gönderdi. Bir müddet sonra Huber de ona sırasıyla İsviçre Medenî Kanununun ön projesini; neşredildikçe gerekçe lâyihasını ve hükümet projesini gönderdi. Ön projeyi alarak tetkik ettikten sonra Gény Huber'e şu kelimeleri yazdı : «1 ve 2. ci maddelerin ilerici ve hür ifadesini büyük bir memnuniyetle okudum. Bunları kayıtsız ve şartsız alkışlayabileceğimi tahmin edersiniz» (10 Ocak 1901).

(2) Bkz. Université de Nancy, Fêtes Universitaires des 28, 29 et 30 Novembre 1934 données à l'occasion de la Séance solennelle de Rentrée des Facultés, du Jubilé universitaire de M. le Doyen Honoraire F. Gény, etc. Cilt 1, s. 75 vd. Nancy, s. 64, 1935.

(3) Bkz. not 2.

(4) 1900 - 1918 yılları arasında yazılmış 10 kadar mektup veya posta kartı ile Huber'in Gény'ye yazdığı 27 ekim 1900 tarihli bir mektup Bern'deki Federal Arşiv'e teslim olundu.

E. Huber «Méthode d'interprétation et sources» u 1899 Kasım ayında okudu. 27 Kasım'da Géný'ye yazdığı mektubunda bu okumanın kendisine verdiği sevinci ve fikirleri üzerinde yaptığı etkiyi izah etti. Bundan dört ay sonra, 1900 Nisanında İsviçre ön projesinin başlangıç kısmı; dolayısıyla 1. ci md. nin ilk metni Huber tarafından bilirkişi heyetine teslim edildi (5).

Aradan geçen bu dört ay zarfında, kat'i bir hüküm vermemekle beraber, Géný'nin eserinin, İsviçre Medeni Kanununun 1 inci maddesinin kaleme alınışına tesir ettiğini; hiç olmazsa maddeyi kaleme alanın kanaatlerini kuvvetlendirdiğini söylemek mümkündür.

Her halde, Géný'nin eseri basılır basılmaz İsviçre doktrininde geniş bir ilgi gördü. 1i ci md. nin felsefesini yapan yahut metod üzerinde uğraşan bir müellif yoktur ki, Géný'nin eserine atıfta bulunmasın veya ismini zikretmesin (6). Eserin yüksek değeri bilhassa iki bilim adamı tarafından kabul edildi : sağlığında Cenevre ve Neuchatêl'de profesörlük yapmış bulunan Claude de Pasquier ile Bâle'de profesör bulunan ve metod ve kaynaklar üzerindeki problem-

(5) Erläuterungen (Exposé des motifs), 2. éd. 1914, tome II, s. 684.

(6) Bilhassa bkz. Alf. Martin, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse, Genève, 1909; Hans REICHEL, Gesetz und Richterspruch, Zurich 1930, Allgemeine Einleitung et Art. 1; W. BURCKHART, Methode und System des Rechts, Zurich, 1936; H. P. FRIEDRICH, Die Analogie... Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), 1952, pp. 441 - 443. Géný'nin önemi bilhassa Albert PICOT tarafından belirtildi bkz.: De l'interprétation du Code Napoléon à celle du Code civil suisse, Revue Suisse de Jurisprudence, 1909, s. 243 - 260 - 262; daha yeni bir inceleme : iki büyük cilt halinde, M.A. Meier HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, Zurich 1951 ve Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1, Nr. 2 - 14.

Fr. Géný 21 mart 1929 da Prof. H. FRITZSCHE'nin daveti üzerine «tabii hukukla pozitif kanun ihtilâfı «Le conflit du droit naturel et de la loi positive» mevzuunda bir konferans verdi ve bu konferans ZSR 1930, s. 92 de yayınlandı. Bu vesileyle M. FRITZSCHE Neue Zürcher Zeitung'da 21 mart 1929 tarihli önemli bir makale yazdı ve orada Huber ile Géný arasındaki bağıntı meselesini inceledi. Başka bir yazısında da F. FRITZSCHE, Eugène Huber'in bizzat, kendisine «Méthode d'interprétation et Sources» u okumasını tavsiye ettiğini açıkladı (Conférence sur «le rôle du juge en droit suisse». Bulletin trim, de la Société de législation comparé, 1948, s. 204 - 207). Nihayet Géný'nin jübilesi münasebetiyle Nancy'de muhtelif profesörler tarafından verilen söylevler de bu arada anılabilir. Bilhassa, Géný'ye fahri Doktor ünvanını veren, Cenevre Üniversitesi Rektörü A. RICHARD'ın söylevine bkz. (Fêtes universitaires... ve l'Est républicain, 30 Kasım 1934).

lere dair bu gün İsviçrede otorite sayılan etüdler yapmış olan M. Oscar Germann (7).

Altmış yıldan beri içtihatların geçirdiği tekâmüle gelince : acaba Géný'nin düşüncesinin doğrudan doğruya tesiri altında kaldı mı? Bunu teyid etmek tehlikeli olurdu. Fakat şüphe dışında olan bir husus da vardır : bu düşünce alttan alta ve dolayısıyla bir etki yaptı. Fakat bu gerçek etki batı İsviçrede düşünceleri fethetmeye ve yeni fikir davasının yayılması için müsait bir zemin hazırlamaya yardım etti.

Bundan sonraki izahatımda Géný'nin ana fikirleri ile sayacağım üç ayrı alanda İsviçre'de içtihadı sevk ve idare eden fikirlerin mukayesini yapacağım : Kanunun tefsiri metodu; içtihadın hakimiyeti; ve hakimin serbest hukuk araştırmacılığı.

### T e f s i r m e t o d u

François Géný tefsiri şu mükemmel ifade ile tarif etti : «Tefsir, kanun metninden hukuk kaidelerinin bütününe çözmek demektir». Bu ana fikirden hareket ederek metod'u geliştirdi. Metod kanunu hazırlayanların iradesini tekrar canlandırmaktır. «Kanunu tefsir etmek, diyordu, sadece kanun hükmünde ifadesini bulan yasama iradesinin muhtevasını araştırmaktır» no. 98). «Bu teze dayanarak Géný, kanun koyucunun niyetini araştırmanın, uygulanmasında kanunun temel direkleri olan açıklık ve istikrarı temin ettiği kanaatini bildiriyordu (no. 97). Fakat Géný'nin fikri oluşumunun neticesi olan derin düşünce tarzının temeli kanundur. Géný'ye göre kanun bir irade mahsülüdür. Kanunu sadece bir objektif kaide olarak kabul etmek; kanun koyucunun iradesinden ayırmak; ona vücut veren derunî iradeyi bertaraf etmek temelini ve var oluş sebebini inkâr etmek olur (no. 97).

(7) Claude du PASUQIER, Introduction à la philosophie du droit, 3. baskı, «Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse» Recueil de Travaux de la Faculté de droit de Neuchâtel, s. 193 vd. Bu etüd Géný'nin kuvvetle tesiri altında yazılmıştır; Rapport suisse à la semaine internationale de droit, Paris, 1950 (Bkz. Travaux à la Semaine internationale de droit); Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle, 1951.

Oscar-Adolf GERMANN, «Methodische Grundfragen», Etude de droit criminel suisse, 1946, cilt 1, s. 11 vd. 104 vd.; Grundlagen der Rechtswissenschaft, 1950; Zur Ueberwindung des Positivismus ZSR. 1952, s. 99 vd.; Méthode d'interprétation et problèmes fondamentaux du droit. «Publications de la Faculté de droit de Montpellier», 1957.

Halbuki uzun zamandanberi İsviçre'de içtihad ve doktrin, Gény'nin ısrarla mücadele ettiği aksi bir yöne doğru gitti: objektif tefsir kuralına bağlandı. Bu kural Federal Mahkeme tarafından 1896'da verilmiş bir prensip kararında esasen izah edilmiş bulunuyordu (8). Bu tatbikat, hiç değişmeden, yakın bir tarihe kadar uygulandı. Federal Mahkeme, Gény'nin sözlerini kullanarak ifade edersek, «kanunun, onu hazırlayan iradedden ziyade metninin muhtevasıyla mana kazanacağını» kabul ediyordu.

Şüphesiz, Federal Mahkeme kanunun hazırlık çalışmalarını asla küçümseiyordu. Aksine, bunlara büyük bir ilgi gösterdi. Karar gerekçelerinde teşrii vesikaların teferruatlı tahliline girer ve bunlara büyük önem verirdi. Bununla beraber, Federal Mahkemeye göre bu vesikalardan ortaya çıkarılan kanun koyucunun niyeti, asla kanunun sarıh metninden ve zamanın sosyal ihtiyaçlarına ve hukuk düzeninin genel kurallarına göre ayarlanabilen kanun hükmünün gayesinden üstün olamaz. Federal Mahkeme senelerce usanmadan, kanunu hazırlayanın çalışmalarından çıkarılan mananın veya meclisteki kanun müzakereleri sırasında yapılan münakaşaların hükme vardırma kat'i rolü olmadığını; bunun için hali hazır durumu nazara alarak genel hukuk kurallarının ışığında, bizatihi kanun metninden çıkarılan manaya bakmak gerektiğini savundu (9). Bahis konusu olan, harfi harfine bir tefsir değildir; tersine, hukuk tatbikatında bu güne kadar iyi neticeler vermiş, maziden çok istikbal yönelmiş serbest bir tefsir anlaşılmalıdır.

1957 yılında verdiği bir kararla Federal Mahkeme Kamu Hukuku bölümündeki görüşünü değiştirdi ve ilk defa - eskiden verilmiş tek bir karar müstesna - hakimin bazı kayıtları göz önünde bulundurarak, kanunun hazırlayıcı çalışmalarından açıkça anlaşılabilirse «tarihi kanunkoyucunun» niyetine uymak zorunda olduğunu belirtti (10). Temyiz Mahkemesi ceza bölümü de bu yeni akıma uydu. Fakat Federal Mahkeme, tıpkı Amme Hukuku bölümünde yaptığı gibi, ceza bölümünde de ne görüşünün teorik temelini izah etti; ne de bunu desteklemek için müelliflere atıfta bulundu (11). Hususi

(8) Recueil officiel des arrêts du Tribunal, 1896, s. 921.

(9) Bkz. Rec. off. 1952, I, s. 29; 1953, II, s. 434; 1954, II, s. 79; 1954, II, s. 208; 1955, I, s. 274; 1956, II, s. 94, 388, 477.

(10) Rec. off. 1957, I, s. 173.

(11) Rec. off. 1957, IV, s. 121; 1960, IV, s. 92.

hukuk bölümleri ise yeni akımı bu güne kadar takip etmedi. Doktrine gelince, tepkisi aleyhte hatta bazan sert oldu (12).

Şu halde bu gün durum karışıktır. Sübjektif tefsirin zafere ulaştığı söylenemez.

Hatta tersine, içtihadın kanunun itaati emreden iradî bir tasarruf değil de; her şeyden önce akla dayanan ve isterlerini o yoldan yaptıran bir tasarruf, olduğu fikrini benimsemiş, gelenekçi, objektif metoda dönmesi beklenebilir.

«Discours préliminaire» inde «Kanunlar, diyordu Portalis, sadece kudret ifade eden metinler değildir; bunlar aklın, adaletin ve bilgeliğin tecellisidir. Eğer kanun koyucunun görevi fertlere emir vermek değil de; adalete uygun bir hareket tarzına dair kaide koymaksa, bu kaidenin objektif tefsiri medenî hukukun derin mahiyeti ile daha çok ehenk teşkil eder».

#### İ ç t i h a d ı n z o r l a y ı c ı g ü c ü

Gény'nin hukukun oluşunda rol oynayan otoriteleri, hususiyle mahkeme içtihatlarını tarif ve izah eden sahifelerini herkes bilir (no. 138 vd. 192). Yaptığı araştırmalar Gény'ye, doktrinde olduğu gibi, içtihatları da kalıplaşmış, aşağı yukarı «kanun gücünde kaide-lerden» sayılan ve tefsirde bulunana baskı yapan kaynaklar arasına yerleştirmesine mani oldu. Fransada'da bu hususta bilhassa Anayasadan dolayı bazı maniler ortaya çıkmaktadır (no. 146, 147, 148). Gény mahkeme içtihatlarında, kanun gücünde olmayan, fakat «yazılı aklın kuvvetini haiz» manevi bir zorlama kudreti bulmaktadır (no. 148, 149). Ona göre içtihad «sübjektif aklın kaprislerini ve bo-calamalarını bir dereceye kadar önleyen; hatta önlemek zorunda olan güçlü bir kuvvettir (148). Gény'nin fikrini belirten özel bir parçayı nakletmeme müsaade ediniz: «Eski hukukî mütalaâlar temellerinde bulunan ahlâki ve pratik hal çareleriyle tefsirciye tesir ederler; ve eski hukukumuzda olduğu gibi, tefsircinin vereceği hükme yazılı aklın gücüne eş bir ikna gücüyle baskı yaparlar. Daha açık bir ifadeyle, sağlam bir içtihadı dayanan bir meselenin çözümü için tefsirci yeni bir araştırmadan vazgeçebilir; kendinden evvelkilerin

(12) Bkz. bilhassa Hans HUBER, La Revue de la Société des Juristes bernois' da. 1958, s. 465; A. O. GERMANN, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1962, s. 207.

vardığı neticeyi benimseyebilir. Bu suretle içtihadta uyarak şahsi te-reddütlerinden kurtulur. Bu zorlayıcı hal çaresinden, ancak kanaat-larını tersine çevirecek kat'i sebepler yüzünden vazgeçebilir (no. 149)».

Bu pek farklı fikirleri İsviçre hukukunun prensiplerininle muka-yese edelim : İsviçre Medenî Kanununun I. md. III fıkrası «Hakim kazaî ve ilmî içtihatlardan faydalanır» der. Hadiseler tetkik edilirse görülür ki İsviçre mahkemeleri içtihad külliyyatında buldukları hal çarelerine uymaktadırlar. Federal Mahkeme kararları ekseriya münakaşasız uygulanır. Bazen tek bir içtihad uzun yıllar bütün is-viçrede kanunu sabit bir şekilde uygulamak için kâfi gelir.

Hukukî bakımdan İsviçre Medenî Kanunu hakime sadece içti-hadtan faydalanma imkânı vermiş olmuyor; hakime bir ödev yükli-yor. Bu ödev ahlâki olmaktan ziyade hukukîdir. Bu hareket tarzıyla da kanun Gény'nin savunduğu fikrin hududundan daha ileri gitmiş oluyor. Bununla beraber bu ödevin ağırlığı ve mevzuu münakaşa edi-lebilir. Kanun «hakimin içtihadlardan faydalanacağını» bildiriyor. Almanca mehaza göre ise hakim içtihadı kullanmaktan istifade ile yetinmeyip o-nu takibe mecburdur. Bununla beraber bu mecburiyet yalnız denen-miş, yerleşmiş, doğruluğu müsellemlenmiş, tenkit süzgecinden geçmiş içti-hadlar içindir. Demekki hakimin geçmişte verilmiş kararlar önünde bir tutumu vardır. Zira hangisinin yerleşmiş içtihad olduğunu; bu içtihadı takip edip etmiyeceği hususunda karar verecek mevkidedir. Kanunun bildirdiği hal çaresi budur. En yeni doktrin ise içtihadları hukukun gerçek kaynağı saymak yolundadır (13). Mahkemelerin bu husustaki tutumu nedir? Federal mahkeme hukuken evvelce ver-diği kararlarla bağlı değildir. Ekseriya yerleşmiş bir içtihadı reddet-tiği vakidir. Fakat bir içtihadı döndüğü zaman Federal Mahke-me hemen hemen daima derin bir münakaşa yaparak bu dönüşün ciddî ve kat'i sebeplerini göstermeyi ihtiyar eder. Zira içtihad hal-kasını ancak çok zaruri sebepler yüzünden koparmayı tasarlar. Di-ğer taraftan Federal Mahkeme yeni olarak kanton mahkeme karar-larının kendininkilere muhalif olabileceğini belirtmiştir :» Zira di-

(13) Peter LİVER, eski içtihatların bir «opinio necessitatis» olduğu fikrini savunuyor. Bkz. Der Begriff der Rechtsquelle, Recueil d'études de la Faculté de droit de Bern, 1955, s. 53; GERMANN (ZSR. 1940 da) ve MEIER - HAYOZ (Berner Kommentar, Art. 1, Nr. 474 vd. da) Medenî Kanunun 1; md. sinin 3. cü fıkrasının mükellefiyeti, hukukî emniyeti sağlamak bakımından ele alıyor.



larının kendininkilere muhalif olabileceğini belirtmiştir :» «Zira, diyor Federal Mahkeme, yüksek mahkeme tarafından bir talep üzerine imâl edilmiş bulunan hukukî gerekçe başka bir dâvada kanton mahkemesini bağlamaz (14). Bu suretle Federal Mahkeme hakimi eski içtihatlarla bağlanmaya zorlamıyan bir telâkkiye sadık kalmış görünmektedir. Hiç olmazsa bu içtihatlar ancak münakaşasız olarak kabul edilmekte ve hukuk otoritelerine dayanmakta iseler hakimi bağlamalıdır (15). Bu geniş anlayış tarzının kanunun ruhu ile en iyi şekilde bağdaştığını söyleyebilirim. Bu anlayış aynı zamanda hatırasını andığımız büyük hukukçunun düşüncesine de en yakın olanıdır.

### S e r b e s t a r a ş t ı r m a

François Géný'nin serbest bilimsel araştırmalara ayırdığı çalışmalar en çok ögünebileceği gayretlerden biridir. İsviçre Medenî Kanununun kanun metninin sükûtu halinde hakime tanıdığı yetkiler hariçte kanunun en kıymetli hazinesi olarak anılır. «Kanunda uygulanacak hüküm bulunmadığı takdirde hâkim örf ve âdete göre hüküm verir. Örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi bu meseleye dair nasıl bir kaide koyacak idi ise ona göre hükmeder».

Kanun metni ve Géný'nin fikirleri iki hususu açıklamaktadır : Bir taraftan hakimin hukuk yaratıcılık yetkisinin mevcudiyet ve şartları; diğer taraftan da bu yetkinin uygulanması için takip edilecek metod. Bu hususlarda Huber ile Géný'nin görüş benzerliği çok derindir. Géný de İsviçre Medenî Kanununun 1. ci md. sinin 2. ci fıkrası için şöyle yazdı : «İçinde böyle bir hüküm bulunan İsviçre Medenî Kanunu projesi henüz neşredilmeden, 1899 yılında Aristot ve Merlin'in fikirlerinden ilham alarak aynı fikri müdafaa ve teklif etmiştir (no. 202)».

Şimdi, serbest araştırmanın mevcudiyeti ve şartları üzerinde duralım :

İsviçre mahkemeleri, bilhassa Federal Mahkeme kanunun kendilerine verdiği yetkiyi her zaman itidalle kullandılar. Hatta 1. ci md. nin 2. ci fıkrasının hakimin isteğine göre hususi hukukun gelişmesine doğrudan doğruya tesir ettiği söylenemez. Bu fıkra olmasa

(15) Özel bir misal : Rec. off. 1959, I, s. 77.

idi dahi, mahkemeler belki daha az semereli yaratıcı bir çalışma yapmış olmayacaklardı.

Serbest araştırma faaliyeti, görüldüğünden daha zengindir. Mahkemeler bu hususu sun'i bir takım tefsir perdelerine bürünerek sakladılar. Fakat hakikatte Gény tarafından o kadar kararlı ve haklı olarak savunulmuş olan görüşe katıldılar. Federal Mahkeme hiç dokunulmamış bir alanla karşılaşınca yaratıcı bir gayret gösterdi : bir iki özel misalle belirtelim : borçları ve akitleri ilgilendiren kanunlar ittilâfında, hassaten umulmayan haller dolayısıyla akitlerin tekrar gözden geçirilmesi ve akdin inikadından önceki safhada tarafların mes'uliyeti mevzuunda içtihat yarattı. Bundan başka, kanun hükümleri dışında iş hayatının zorlamasıyla bir müessese ortaya çıktığı zaman Federal Mahkeme yetkisini kullandı. Hadise kanuna aykırı değilse benzer kurallara müracaat etmek zaruridir. İstikbalde gerçekleşecek ve ana fikri ağır gelişen bir kanunu beklemek daima mümkün değildir. Bu durumda Federal Mahkeme zaruri olan kaideleri koymakta tereddüd etmemiştir.

Buna mukabil, hadiseye uygulanacak kanun mevcut olduğu zaman hakimler aynı samimi kanaatla hareket etmemektedirler. Federal Mahkeme ise bazan bir kanun maddesini metin tarafından ön görülmemiş hallerde uygulamıştır. Bundan başka, ihtiva etmeleri gereken zaruri unsurları açıkça belli olmayan kanun hükümlerini tamamlamış; nihayet bazan bir kanun metnini, sarahat olmadığı hallerde bölmek suretiyle daraltmış; bu suretle çok genel manada tesbit edilmiş bulunan kanun hükmünden bazı muayyen vakıaları hariç tutmuştur. Sonra da bütün bu olaylara uygulanacak bir kanun hükmü mevcut değilmiş gibi kabul ederek bunları kendisinin vaz'ettiği kaidelere tabi tutmuştur.

Federal Mahkeme bu yaratıcı faaliyetini ancak müsbet mevzuat arasında hukukun geliştirilmesi bahis konusu olduğu zaman; o da kanunun temelinde bulunan ahlâki prensiplerin izinden gitmek suretiyle yapmaktadır : iyi niyet (İMK. md. 2), şahsiyetin himayesi (İMK. 23-28). Buna mukabil bu prensiplere aykırı olan veya hürriyeti tayin edecek olan yegâne yetkilinin kanun koyucu olduğunu kabul ederek fert hürriyetini kısıtlayan kaideleri hukuk sistemine sokmayı şiddetle reddetmektedir. Daha kuvvetli bir gerekçeyle, pozitif hukuka yabancı, yeni değerler kurmaktan sakınmaktadır. Bununla beraber, zaruret halinde yeni değerleri tartarak hukuku o-

laylara uygulamak amacıyla bir kademeleme teşkilinden kaçınmamaktadır. Fakat mevcut parçaları birleştirerek yeni müesseseler kurmak için asla gayret göstermemektedir.

Federal Mahkemenin kabul ettiği serbest araştırma sayesinde pozitif hukukun ahlâki değerlerinde bir gelişme, sayısız hükümlerde hayırlı genişlemesine bir uygulama, teknik bir ilerleme, tâli meselelerde de bir gelişme oldu. Fakat Federal Mahkeme derin reformlar veya açıkça görülebilen sosyal gelişmeler yapmış değildir. O, kendisini böyle bir vazifeyle techiz edilmiş görmemektedir.

İçtihadın genel eğilimleri bu şekildedir. Fakat İçtihadın maruz bulunduğu diğer güç bir mesele de şudur : hakim hangi hallerde ve şartlarla praeter legem hüküm verebilir? Gény'nin bu meseleye verdiği cevap şudur : «Sonsuz şekilde girifit olan sosyal münasebetlerin gerektirdiği tam hal çarelerini kanundan elde etmek mümkün olmadığı zaman;». Kanunda veya örf âdette bir hüküm bulunmayışı; buna mukabil kat'i bir hal çaresi bulmak mecburiyeti bunun ölçüsünü teşkil eder. İsviçre Medeni Kanununda bunu ifade eden formül çok açıktır : «Kanuni bir hüküm yoksa... veya örf ve âdet dahi mevcut değilse». Hakimin hukuk yaratıcılığının şartlarını tayin ve serbest araştırma yolunu açan zaruretin derecesini takdir mahkemelere aittir. Zira hakim her fırsatta hukuk yaratmamalıdır. Bununla beraber bu mesele zamanla muhtelif şekiller arzemiştir. 30-40 yıldan beri içtihatlarda hakimin bu ikinci derecedeki görevine karşı itimat havası vardı. «Şayet bir ihtilâfın hallinde kanun metni kâfi gelmezse, diyordu Federal Mahkeme, hakim kendi kanaatine göre boşluğu doldurur» (16). Federal Mahkeme şu hususu da bilhassa belirtmekteydi : hakim kanunda boşluk olup olmadığına karar verirken kanun yapma siyasetine tesir eden mülâhazalardan da ilham alır (17).

Sonra 1948 yılında durumda değişiklik oldu : Bundan böyle Federal Mahkeme bir kaç müellifin de teşvikiyle (18) hukuk yaratıcılık yetkisini mümkün olduğu kadar daralttı. «Hakim, diyor, bundan böyle kanunda bir boşluk bulunduğunu kolayca kabul etmemelidir. Kanun yapma yetkisinin zaruri hallerde hakim tarafından kullanıl-

(16) Rec. off. 1930, II, s. 66.

(17) Rec. off. 1925, II, s. 412; 1934, II, s. 178.

(18) Hususiyle LİVER, yukarıda işaret ettiğimiz 1955 yılında neşredilmiş olan mükemmel incelemesinde hakimin sınırlı yetkisi üzerinde ısrarla durmaktadır.

ması kuvvetler ayrılığı prensibine bir tecavüzdür» (19). «... kanun lâfzıya tefsir edilince 1912 yılından önce kimsenin düşünemeyeceği garip ve hakkaniyetsiz neticelere varılıyorsa o zaman boşluk var demektir» (20).

Federal Mahkemenin, içinde görevini yaptığı hukukî anlayış tarzı budur. Fakat 1. ci maddeyi yaratan İsviçre Kanun koyucusunun ve hakimleri «kanun boşluklarını dolduracak ve hukuki hayatın faaliyetlerini idare edecek müşterek, genel fakat tâli mahiyetteki hukuku hazırlamaya» davet eden François Géný'nin içinde buldukları hukukî anlayış tarzı ise başkadır.

Serbest ilmî araştırmanın ortaya çıkardığı ikinci problem, hakimın uygulamak zorunda olduğu metottur. Burada da Géný'nin fikirleriyle İsviçre Medenî Kanunu arasındaki benzerlik ortaya çıkmaktadır. Sözü onlara bırakalım :

«Hakim, diyor Géný, kanun koyucu meseleyi nasıl halledecek idi ise o şekilde karara bağlar (no. 156)». İsviçre Medenî Kanununun md. I, fıkra II si ise «hakim kanun koyucu olsa idi nasıl hüküm verecek idi ise ona göre hükmeder» diyor. Géný : «Hakim serbest araştırmasının esaslarını akıl ve şuurunda bulabilir» diyor (no. 160). Huber : «Hukuk şuru hakime yol gösterir; o, yalnız kanaatine göre hareket eder» (21) diyor. Géný : «Hakim keyfi hareketten kaçınmak için mümkün olduğu kadar şahsî tesirlerden kurtulmak zorundadır» (no. 156). Huber : «Hakim geçici hadiselerin tesiriyle keyfi olarak karar veremez».

Géný ile Huber'in arasında teorik serbest araştırma münasebeti sadece hakimın kanun metnini uygulayıcı olmaktan kurtarılması ve yazılı kanunlarda boşluk olduğu takdirde serbestçe karar vermesi hususundan ibaret değildir. Bu nokta pozitivizmin zaferinden önce de bilinmekte idi. İsviçrenin bir çok kantonlarında da akillarda yer etmişti. Yalnız, hakimın nasafetle veya tabii hukuka göre hüküm verdiği neticesi çıkarılırdı.

Huber'in ve Géný'nin düşüncelerindeki asıl orjinal taraf hakimlerin başvurmağa mecbur oldukları metodun derinleştirilmiş olmasıdır. Bu ise, hakimın «Hakkaniyete göre» değil; fakat bir hukuk ka-

(19) Rec. off. 1948, II, s. 106.

(20) Rec. off 1958, II, s. 91.

(21) Expose des motifs de l'avant - projet, s.31 -32.

idesine göre hüküm vermeye; şayet bu kaide mevcut değilse onu yaratmaya mecbur olduğunu» izah eder. Bu görevi yaparken hakim «kendi kendine güvenmek» zorunda olup dışardan gelecek tesirler araştırmalarını etkilemekle beraber onu mesuliyetten kurtarmıyan yardımcılardır.

François Géný mükemmel bir nüfuz kuvvetiyle hakimi araştırmalarında yöneltten ve işin mahiyetine uygun düşen sonsuz malzeme yığını keşfetti.

Huber'in liyakati, hakimın araştırmalarının kalıbı mahiyetinde olan nihai şekli tesbit edebilmesindedir : bu şekil hukuk kaidesine hâs olan «genellik» tir.

Hakikatte Géný hakimın bir hukuk kaidesi yaratmasının zaruriliği üzerinde fazla ısrar etmedi. Serbest araştırmaya ayrılmış bulunan kısmın ilk paragrafında (No. 155-168) kaleminden çıkan kelimeler «çözüm = solution» ve «karar = décision» dir. Bu karar genel bir hukuk kaidesine bağlanmıyan, fakat hakime, kanun koyucuya yol gösteren objektif hedeflerin telkin ettikleri bir hal çaresi olabilir. Kanun koyucunun çalışmaları ile hakimın vazifesi arasındaki benzerlik, kararın hazırlanmasına tesir eden sayısız iç ve dış faktörlere bağlıdır. Yoksa İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi, mesele sadece kanun koyucunun düşünce tarzı ile onu takip eden hakimın düşünce tarzının birbirine uymasından ibaret değildir. Bununla beraber, Géný'nin ileride verdiği izahatta (No. 169, ikinci bası, s. 146) tefsircinin bir formüle bağlamak zorunda bulunduğu genel ve soyut fikir açıkça belirmektedir. Şu halde Géný de Huber gibi, objektif bir hal çaresi aramanın, hakimi bilâhare uygulayacağı gerçek bir kaide koymaya zorladığını kabul ediyor : hukukî boşluktan doğru bir hal çaresine doğru götüren yol soyut bir kaideden geçmektedir.

İsviçre Medenî Kanununun md. 1, fıkra II. nin formülünün kaynağı tarihçe bakımından araştırılmaya muhtaçtır. Elimizde parça parça belgeler vardır. Aristo'nun ve Merlin'in fikirlerinin tesir ettiği söylenemez. Fakat Fransa ve Almanya'da şüphesiz tesirli yazarlar olmuştur. Acaba Géný'nin tesiri ne olmuştur ? Bunu şimdi tesbite imkân yoktur. Kat'i olarak tesbit edilebilmesi beni memnun eder.

Herhalde Géný'nin fikri ile İsviçre formülü arasında bir fark bulunduğuna kaniim. Géný ve Aristo'ya göre hakim kanun koyucu gibi kaide vaz'eder. İsviçre Medenî Kanununa göre ise, hakim biz-

zat kanun koyucu olsa idi nasıl bir kaide koyacak idi ise o şekilde hüküm verir. Buna basit bir kelime farkı denebilir, belki. Bununla beraber öyle zannediyorum ki, İsviçre Kanununun kaleme alınışı hâkimin bağımsızlığını daha iyi belirtiyor ve E. Kant tarafından dile getirilmiş olan pratik aklın temel kanununun bir yankısı gibi kulağa çarpıyor : «O şekilde hareket et ki iradenin tezahürü aynı zamanda genel bir kanunun ilkesi olarak kabul edilebilsin (22)».

Eğer insanî faaliyetin ahlâki ölçüsü genel bir ahlâk kanununa uygun olarak hareket etmekse, bir mahkeme kararının da haklılık fikrine uygunluğunun ölçüsü, hukuk kaidesi şeklinde kaleme alınmış olmaktır, denebilir (23). İsviçreli formülün kaynağını bulabilmek için Nicomaque'ın Ahlâk'ından ziyade alman pandekt şerhlerinin muayyen bölümlerine ve «Ahlâk metafiziğinin temellerine» (24) kadar inmek lâzımdır. Fakat maddenin *stricto sensu* formülü ile kanuna ve Gény'ye hâs müşterek fikirleri birbirinden ayırmak gerekir. Hakime yöneltilmiş olan emri daha yakından inceleyelim : bunun gayesi hükme evrensel damgasını basmaktır. Gerekçe lâyhasında dendiği gibi «hâkim kendini kanun koyucunun yerine koyarken öyle bir hukuk kaidesi yaratacaktır ki bunu elindeki vakıya uygulayabilsin». Şu halde hakim iki görev yapmaktadır : evvelâ kanun koyucu gibi hareket etmekte ve soyut bir hukuk kaidesi yaratmaktadır. Münferit hâdiseyi soyutlaştırırken genel hukuk telâkisinden ilham almaktadır. Sonra da yarattığı kaideyi sanki kanun koyucu tarafından yapılmış bir kaide imiş gibi, uygulanmaktadır.

Ne için kanun hakime bu şekilde hareket etmesini emretmektedir ? Çünkü, deniyor, hakimin keyfi hareketine mâni olmak istemektedir. Aynı zamanda, vereceği hükmün hukuk düzeninin bütünü ile ahenk halinde olması gerekir. Aynı zamanda, GERMANN'ın da dediği gibi (25) tesbit edilmiş olan hukuk kaidesi ileride riyeti mecburî bir kaide olarak yerleşebilir. Nihayet daha derin bir sebep de ileri sürülebilir : bu faraziyeğe göre, insan zekâsı herkes için müteber genel bir hukuk kaidesi yarattığı zaman münferit bir hâdis hakkında bir defaya mahsus olmak üzere verdiği karardan daha fazla adaleti tecelli ettirebilmektedir.

(22) Bkz. Cl. du PASQUIER, Introduction, no. 216, not 2.

(23) Medenî Kanunun md. 1, f. II. sı şu şekilde ifade edilebilirdi : «O şekilde hareket et (yahut hüküm ver) ki hükmünün tezahürü aynı zamanda genel hukuk kaidesi sayılabilsin».

(24) Bkz. A. MEIER, HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 1, no. 12.

(25) Zeitschrift für schw. Recht (Revue de droit suisse), 1949, s. 306.

Metodun doğru bir netice sağladığını söyledim. Daha ziyade hâkimin böyle bir neticeye ulaşmasında yardımcı olacağını ümit ettiğimizi söylemek lâzımdır. Bu da bir şartla gerçekleşebilir : Gény'nin de arzu ettiği gibi, şayet hakimin yaptığı serbest araştırma «sağlam temelleri yalnız ilmin ışığında görülebilen objektif unsurlara dayanan ilmi araştırma ise (no. 156)». Hâkimin ilham kaynakları olan bu objektif unsurların (eşyanın tabiatı, hakkaniyet, sosyal faydacılık v.s. gibi) incelenmesinde Gény müstesna bir öncü oldu ve bugün dahi bu eleştirmelerin, araştırmacıya yol gösteren hukukun bütün kollarındaki inkişafını büyük bir istifadeyle tetkik etmek mümkündür (no. 160-168).

İsviçre'ye gelince, Federal Mahkeme tarafından ortaya konmuş bulunan faktörlerin geniş izahı Claude de PASQUIER tarafından 1950 yılında milletlerarası hukuk haftasında yapıldı. Bugün benim tekrar bu mevzu üzerinde durmam elzem değildir.

### NETİCE

Büyük bir hürriyet rüzgârı François GENY'ye ilham verdi ve eserini canlandırdı. İsviçre Medenî Kanunu da buna benzer bir ruh haleti içinde hazırlandı. İsviçre mahkeme içtihadı bir bütün olarak bu yaratıcılara sadıktır. O, kanunun ellerine teslim ettiği aleti ağırbaşlılık ve akılselikle kullanmaktadır. Yazılı kanunun tefsirinde geniş bir hürriyet payı ayırmaktadır.

Bununla beraber kahramanlık devri artık geçmişe benzemektedir. Tedbir cesarete galebe çalmıştır.

Kanunun tefsiri mevzuunda Federal Mahkeme bizzat kendisini kanun koyucunun niyetine tâbi kılarak hürriyetini kısıtlamak eyilimindedir. Bazı müellifler geçmiş içtihatları öne sürerek hakimin hürriyetine başka bir kayıt koymayı teklif etmektedirler.

Bu kısıtlayıcı eyilimler esası değiştirmemektedir : Kaynakların çokluğu ve hakimin hukukun gelişmesine katılması. Bu iki asli gerçek üzerinde François Gény bir üstad olarak yerleşmiştir ve verdiği ışık yakın zamanda söneceğe benzemektedir. Gerek isviçre ve gerekse bütün dünya hukukçuları için Gény'nin büyük sesini dinlemek şimdi dahi huzur verici, aydınlanma bakımından sınırsız faydalı ve kıymetlidir. Bu ses ihtirashı fakat düzenli bir araştırmanın en güzel örneklerinden, insanı aşılmaz bilinen adalete ulaştırmak için bulunabilen yollardan biridir.