

1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve  
1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda (ABGB)

### Kanunların Tefsiri

(ALR, giriş, §§ 46-50; ABGB §§ 6-8)

Yazan : Asistan Dr. Baki Kuru

#### § 1. Mevzua Giriş

Mevzu, incelememizin ekinde tercümelere takdim edilen kanun hükümleri nazarı itibare alınarak, ALR ve ABGB'de tetkik edilecektir. Her iki kodifikasyon da tabii hukuka istinat etmektedir. Tabii hukuk bakımından akraba olan bu iki kodifikasyonun, kanunların tefsiri bahsini nasıl farklı olarak hükme bağladıklarını tetkik etmeden evvel, her iki kanunun dayandığı tabii hukuk mefhumunun aynı olup olmadığını incelemekte fayda vardır.

Yeni Prusya kodifikasyonunun tabii hukuka dayanması lüzumunun, daha 31. Aralık 1746 tarihli tamimde bile, ifade edilmiş olduğu görülmektedir. Filhakika bu tamimde Büyük Friedrich (1) şöyle demektedir : «..... devlet bakanımız v. Cosseji'ye, sadece akli selime ve memleket anayasasına istinat edecek bir umumî Alman memleket hukuku hazırlıyarak bizim tasdikimize arzemesini emrediyoruz...». Aynı fikre, «... Yani, tabii kanundan, sadece mühim olanın, tabii kanuna ve bu günkü anayasaya uygun olanın istihraç edilmesi ve lüzumsuz olanın nazarı itibare alınmaması lâzımdır.» (2) yolundaki 14. Nisan 1780 tarihli kabine kararı ile 6. Nisan 1780 tarihinde büyük vezir v. Carmer'e yazılan yazıda da tesadüf etmek

---

1) Förster, Franz, Preussisches Privatrecht, 1. Cilt, 7. Baskı, Berlin 1896 S. 4. Eserin bu baskısı M. E. Eccius tarafından yapılmıştır.

2) Bornemann, Wilhem. Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 1 Cilt, Berlin 1842 S. 7 (Bu kitap bundan sonraki dip notlarında «Bornemann I-» olarak zikredilecektir.); Förster-Eccius, age 6 ve sonraki; Stobbe, O. Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Kısım, Braunschweig, 1864 S. 258 ve sonraki; Wieacker Franz. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 200

mümkündür : «Bu meyanda tabiatın hukukunu Roma hukuklarına tercih etmekle çok isabet ediyorsunuz.» (3)

ALR'nin hakiki yaratıcısı olan Svarez tabii hukuk mektebinin mümessillerinden idi. Svarez, yeni yarattığı eserinde, tabii hukuk fikrini o zaman mevcut olan Alman hukuku ve müsterek hukuk ile orijinal bir şekilde birleştirmesini bilmiştir. (4) Svarez şöyle diyordu: «Memleketimizde, şimdiye kadar yabancı hukuklardan alınanlar, bilhassa Roma hukuku, hukuk sistemimizin temeli olarak muhafaza edilmelidir; ve sadece bizim âdet ve teşkilâtlarımıza uymıyan aklı selime veya tabii adalete mugayir olan, sadece spekülasyonlara istinad eden hususlarda ve bilhassa mevcut kanunlardan inhirafın devlet ve medenî cimiyet için büyük bir faydası olacağı muhakkak olarak beklenen hallerde, mevcut hükümlerimizin değiştirilmesi cihetine gidilmelidir.» (5)

Svarez'in tabii hukuk anlayışı Christian Wolff'un felsefi fikirlerinden mülhemdir. (6) (7) Christian Wolff'un talebesi ve Svarez'in de Frankfurtta (a/O) hocası olan Daryes'in Svarez üzerindeki tesiri büyük olmuştur. (8)

3 Bornemann, Wilhem. Die Rechtsentwicklung in Deutschland und deren Zukunft, Berlin 1856 S. 50 (Bu kitap bundan sonraki dip notlarında «Bornemann II» olarak zikredilecektir.)

4) Wolf, Erik Quellenbuch zur -Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt a, M, 1950 S. 232.

5) Stölzel, Adolf. Carl Gottlieb Svarez. Berlin 1885, S. 231.

6) Dilthey, Wilhem. Das Allgemeine Landrecht. In Diltheys Gesammelten Schriften, XII. Cild Leipzig ve Berlin, 1936 S. 153; Förster-Eccius age S. 7; Landsberg, Ernst. Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Kısım 1. Yarım cild, München ve Leipzig 1898 S. 473, 528; Wolf, Erik, Das Problem der Naturrechtslehre. Kralsruhe, 1955 S. 74 (Bu kitap bundan sonraki dip notlarında «Wolf, Problem» olarak zikredilecektir.)

7) Bu husus Thieme tarafından kabul edilmemektedir. Thieme, Hans, Die Preussische Kodifikation. Zeitschrift der Savingny-Stiftung für Rechtsgeschichte adlı mecmuanın «Germanistische Abteilung» 57. Cildinde, Weimar 1937 S. 365: «Literatürde kanun koruyucuların, sonraki Volff mektebi taraftarı oldukları iddia edilmekte ve eserleri de buna göre değerlendirilmektedir. Bu vasıflandırmayı yapanlar, kanun koyucuların, kendilerini tahsil senelerindeki kanaatlerinin çok ötesine götüren ve zamanlarına uygun olarak adım attıran, ilmi ve bilhassa hukukî inkişaflarını görememektedirler. Wolff mektebinin temel prensibi olan matematik metod ve hukukun umumi prensiplerden istihraç edilmesi düşüncesi, Svarez tarafından tamamen terkedilmiş bulunmaktadır.»

8) Förster-Eccius, age 8; Landsberg, age 473; Wolf, Problem, age 74.

Svarez'e göre, tabii hukuk, sadece düşünülmüş muhayyel aklı selim idelerinden umumî hukuk prensipleri istihraç etmek demek olmayıp, bilâkis onun için tabii hukuk, mevcut hukukta mâkul, akla uygun ve tabii olandır. Svarez tabii hukuk fikrini, Prusya devletinde o zamana kadar mevcut olan hukukun, zamanının anlayışlarına ve bu anlayışla dolu umumî iyiliğe yarayan hukuki duyguya uygun olarak değiştirilmesi şeklinde anlamıştır. (9)

ALR, kuvvetli ve zayıf taraflarıyla, Büyük Friedrich'in devlet inşa sanatının bir eseridir; yani 18. asır Avrupa aydınlanmasının Prusyadaki hususi tatbik şeklinin mahsulü bir eserdir. Bu sebeple ALR, kanunun ruhu bakımından «Prusya tabii hukuku» olarak vasıflandırılmıştır. (10)

ABGB de, ALR gibi tamamen tabii hukuk mahsulüdür. (11)

Maria Theresia, daha 1753 Mayısında Viyanada toplanan hukuk komisyonu azalarından, mevcut hukukun tashih ve tamamlanması için, umumî aklı selim hukukuna müracaat etmelerini istemişti (12). Buna rağmen tabii hukuk idelerinin Codex Theserianus üzerindeki tesiri az olmuştur. Bu Codex projesinin selâhiyetli organlar tarafından red edilmesinin başlıca sebeplerinden biri de bu idi. (13)

Avusturya kodifikasyon çalışmalarının bundan sonraki safhalarında tabii hukukun daha tesirli olarak ön plâna geçtiği müşahede edilmektedir. Bu bakımdan Josef II nin, kanun reformu çok mühimdir; bu reform tamamen tabii hukuk temeline istinat etmekte ve hususi hukuk sahasında herkesin müsaviliği prensibini garanti altına almaktadır. (14)

9) Thieme age 380; Schwartz, E. Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationen in Deutschland. Archiv für bürgerliches Recht 1. Cilt. 1889 S. 28; Bornemann II. age, 51

10) Dilthey, age 152 ve sonrakiler; Wieacker, age 204; Wolf, Problem, age 71.

11) Molitor, Erich. Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, Karlsruhe 1949 S. 51

12) Dniestrzanski, Stanislaus. Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB) Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Viyana, 1911 S. 3; Zeiller, von Franz. Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Wien und Triest, 1811 Cilt. 1. S. 8 (Bu kitap bundan sonraki dip notlarda «Zeiller, Kommentar» olarak zikredilecektir.)

13) Wellspacher, Moriz. Das Naturrecht und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Viyana, S. 778

14) Wellspacher, age 178

Christian Wolff'un sadık bir talebesi olan Martini'nin, kanun çalışmalarının idaresini eline alması ile, tabii hukukun yeni Avusturya kodifikasyonuna olan bu husustaki tesiri daha da artmıştır. Martini'nin hazırladığı kanun projesi ile batı Galiçya kanunu (WGGB) tabii hukukun inkişafında en yüksek noktayı teşkil etmektedirler. Batı Galiçya kanununun giriş kısmını teşkil eden başlıca bölümlerin büyük bir kısmının mündericatı tabii hukuk olup, bu bölümlerde o zamanki tabii hukukun temel prensipleri tekrarlanmaktadır. (15)

Bununla, tabii hukuk Martini'nin idaresi altında ABGB projesine girmiş olmakla beraber, Martini'nin projesi ile ABGB'nin tabii hukuk anlayışları birbirinden farklıdır. ABGB'nin tabii hukuku, kanunun yaratıcısı olan zeiller'in tabii hukukudur. Zeiller'in tabii hukuku ise artık Martini'ninki olmayıp, bilakis Kant'ın tabii hukukudur. Zeiller kendi tabii hukuk anlayışını 21. Aralık 1801 de verdiği, kanun çalışmalarına giriş mahiyetinde olan, konferansında bütün vuzuh ve istikrarı ile şöyle formüle etmiştir: «Hukuk insanların yaptıkları bir eser değildir ve iktidarda bulunanlar hukuk yaratıcı veya kanun koyucu değildir. Menşei itibariyle bütün hukuk akli selimden, (Vernunft) gelir. Kanun koyucu, hukukî akli selimin organı olup onun tatbiki izahcisidir.» (16) Zeiller ABGB şerhine şu sözlerle başlıyor: «Hukuk akıllı olmanın bulduğu, keyf ve arzu mahsülü bir şey değildir. Umumi hukuk kaideleri bize zaten akli selim tarafından verilmiş bulunmaktadır; bu kaideler kanun koyucu tarafından sadece pek çeşitli olan münasebetlere, medeni hayatın muamelelerine tatbik edilmelidirler; daha doğrusu bu kaideler kanun koyucu tarafından pozitif kanunlarla efkârı umumiyeye tanıtılmalı ve mahkemeler vasıtasıyla de tatbik edilmelidirler.» (17)

«Natürliches Privatrecht - Tabii Hususî Hukuk» adlı kitabında, Zeiller, hukuk tahsili olmayan Kant'ın işaret edici mahiyette izah etmek istediğini, bir hukukçu olarak derinlenmesine incelemiştir. Kant'ın hukuk felsefesi, kanunu bu felsefenin umumi prensiplerine göre tanzim eden zeki, ilmî pratik hukukçuyu Zeiller'in şahsında, bulmuştu. Zeiller Kant'ın nazariyelerinden daima ve sadece pratik

15) Klang/Heinrich. Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 1. Cilt. 1. Yarım Cilt, Viyana 1933 S. 12; Swoboda,, Ernst. Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 1. Kısım, 2. Baskı Viyana S. 9 ve sonraki; Wellspacher, age 179.

16) Wellspacher, age 182; Buna benzer şekilde; Wolf, E. Grundsätze der Gesetzgebung, S. 242.

17) Zeiller, Kommentar, age 1.

la günlük hayatta vukuu muhtemel bütün hukuki meselelerin ALR'de hükme bağlandığına inanılıyordu.

Wieacker'e göre ALR'nin kazuist metodu mantıkidir; zira, daha evvel Christian Wolff'ta olduğu gibi, tarihi tabii hukuk, en ufak teferruatına kadar müşahhas hukuk yaratmak hususunu mümkün görüyordu. (23)

Savigny'ye göre ALR'in kazuist metodu seçmesi bir kazanç değildir: «Mevcut kanunun hakiki temayülü, münferit hukuki meseleleri tam olarak saymak ve teker teker karara bağlamaktır. Ve bilhassa Memleket Hukukunun bu metodu, Roma hukukçularının geriye kalan eserlerinde tesadüf ettiğimiz metodun aksine olup, bu husus bana Memleket Hukuku için bir kazanç gibi görünmemektedir.» (24)

ALR'yi hazırlayanların maksadının bütün hukuki meseleler hakkında hüküm koymak olduğu hususu Thieme tarafından kabul edilmemektedir: «Diğer taraftan kanunu hazırlayanların gayesi, Danc-kelmann, Savigny ve diğerleri tarafından daima ileri sürüldüğü gibi, asla büyük hukuki meseleleri hükme bağlamak değildi. Kanunu hazırlayanlar, hiç bir kanunun muhtemel bütün hukuki meseleleri öngörmesine imkân olmadığını pek iyi biliyorlardı; fakat, aynı zamanda, ileri derecede bir kazuist metodu hâkime en iyi yolu göstermeğe muktedir olacaklarına inanıyorlardı. (25)

ABGB'yi hazırlayanlar, ALR'nin tuttuğu yoldan gitmeksizin Fransız medenî kanununun (Code civil) tesirinde kalıp isteyerek, kanunu mücerret (Abstrakt) surette inşa etmişlerdir; zira ABGB umumî kaideler vazı ile iktifa etmekte olup münferit hukuki meseleler hakkında hüküm koymaktan içtinap etmektedir. Buna göre, ALR ile ABGB arasındaki en büyük fark, ABGB'de, ALR'de olduğu gibi, münferit hukuki meselelerin tam tadadı cihetine gidilmemiş olması, bilâkis sadece hukuki münasebetlere dair mefhumlar ve umumî kaideler vazedilmesi ile iktifa olunmasıdır. (26)

ABGB'nin öncüsü olan Codex Theresianus, Christian Wolff felsefesinin tesiri altında kalarak, ALR gibi kazuist bir metod ile ka-

23) Wieacker, age 204; Buna benzer şekilde : Swoboda, age 24.

24) Savigny, von Friedrich Carl. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814 S. 89 (Bu kitap bundan sonraki dip notlarında «Savigny, Beruf» olarak zikredilecektir.)

25) Thieme, age 396 ve sonraki.

26) Savigny Beruf, age 27.

kanun koyucu olarak istifade etmiştir. Bu sebeple kendisi Kant'tan, sadece pratik bakımdan ABGB'nin yaratılması için kullanabileceği kadarını almıştır. Zeiller bu temel prensipleri bazan değiştirmiş, ve onları kendi fikrine göre yeniden teşkil etmiştir. (18)

Zeiller'e göre, umumî hukuk prensiplerinin yeri kanun kitabı değil, bilâkis hukuk felsefesidir. (19) Bu sebeple daha ilk bakışta tabii hukuktan oldukları anlaşılabilir olan en yüksek tabii, öğretici hukuk kaidelerinin büyük bir kısmı, Zeiller'in teklifi üzerine, Martini'nin kanun projesinden çıkarıldı. Fakat, tabii hukukun münferit hukukî müesseselerin gelişmesi ve tanzimi üzerine olan derin tesiri ve tabii hukuka mahsus düşünüş ve ifade tarzı, kanunda muhafaza edildi. Zeiller de Martini kadar tabii hukukun samimi bir taraftarı idi; fakat Zeiller Martini'den daha keskin ve pratik düşünceli idi. (20)

Netice olarak denilebilir ki, gerek ALR gerekse ABGB birer tabii hukuk kodifikasyonu iseler de muhtelif tabii hukuk nazariyelerine-Christian Wolff (ALR) ve Kant (ABGB)-istinat etmektedirler.

Adı geçen bu iki kanunun muhtelif tabii hukuk nazariyelerine istinat etmelerinin bir neticesi olarak, ikisi de hukuki müesseseleri muhtelif tarzda hükme bağlamış bulunmaktadırlar. Üzeride görüleceği üzere ALR kazuist metodu takip ettiği halde ABGB, müesseseleri, mücerret olarak hükme bağlamayı tercih etmektedir (Asbtrakt Metod).

ALR hazırlanırken kazuist metoda uyularak, kanunun her münasebeti tanzim edici tam bir eser olmasına gayret edilmiştir. Her ihtilâflı meselenin halli için kati ve sarîh kanun hükümleri konulmasına bilhassa gayret sarfediliyordu. Svarez bu şekilde, vatandaşları hâkim ve hukuk alimlerine değil, sadece kanuna tabi tutacak muayyen bir hukuk yaratacağını ümit ediyordu. (21) Zira Svarez'in en büyük arzusu, vatandaşların medeni hürriyetlerini bütün hukuk müntesiplerinin keyf ve arzusuna karşı korumaktı. (22) Bu yol-

18) Klang-Schey, age 14; Landsberg, age 524 ve sonraki, 528; Swoboda, age 14, Wolf, age 274; Wolf, Problem, age 75; Wellspacher, age 180; Mitteis, Heinrich. Deutsches Privatrecht, 2. Baskı, Münih ve Berlin, 1953 S. 15.

19) Ehrenzweig, Armin. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. Cilt 2. Baskı, Viyana 1951 S. 83.

20) Wellspacher, age 181, Dniestrzanski, age 4.

21) Schey, von Josef, Gesetzbuch und Richter. Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Viyana, 1911 S. 506.

22) Thieme, age 396.

leme alınmıştı. (27) Fakat Codex Theresianus'un reddi ile ABGB için kazuist metod da red edilmiş oluyordu.

Zeiller, daha kanun komisyonunun 21.12.1801 tarihli ilk oturumunda verdiği konferansında, kazuist metoda cephe almıştı: «Eğer kanun koyucu umumî hukuk prensiplerini hareket noktası ittihaz eder... umumî ve sarîh mefhumlar koyar... ve bundan hak ve mükellefiyetlerin takdiri için umumî kaideler istihraç ederse, eğer kanun koyucu düşünen ve düşünmeğe ehil hâkimler tayin edip, onlara, kanunun tatbikinde kademeli olarak, kanun koyucunun, kanunun hazırlanmasında hareket noktası ittihaz ettiği belli kaynağa kadar gitmek selâhiyetini bahşederse; o zaman kanunun bütün hukukî meseleleri tanzim etmediğine dair olan şikâyetlerin pek az olacağı ümit edilebilir.» «...Kazuist metodla bir kanuna lâzım olan malzeme elde edilir. Fakat bu malzemenin sistematik olarak bir aya getirilmesiyle hiç bir hukuk binası kurulmuş olmaz.» (28)

ABGB sadece nisbî bir tamamîyet taraftarıdır: şöyle ki, ABGB tümevarım yoluyla elde edilen mümkün olduğu kadar umumî prensipler vazetmek ve sonradan bu prensiplerden, tümdengelim yolu ile, müşahhas hukuk meselelerine kabili tatbik, özel bir hüküm elde etmek istemektedir. (29) Zeiller bu hususu ABGB şerhinde pek vazih olarak izah etmektedir: «Bir kanunun tamamîyetini-yani mutasavver bütün hukukî meseleleri hükme bağlamayı - her meseleyi sarîh olarak karara bağlamak endişesinde olan, mümkün olduğu kadar genişletilmiş bir kazuist metod ile temin etmek imkânsızdır. Fakat kanunun tamamîyetini, münferit hâdiselerde müşterek olan umumî prensiplerin araştırılması ve tatbiki hâkimin anlayışlı kararına terkedilen kanun hükümlerinin basitleştirilmesi yolu ile temin etmek mümkündür. Fakat bu basitleştirmenin, vatandaş için anlaşılmaz ve kullanılmaz, fakat hâkime kendi arzusuna göre karar vermesini mümkün kılacak geniş bir saha bırakan ve bir medenî kanunun yerini alacak olan, kuru ve mücerret bir sistem derecesine kadar götürülmemesi lâzımdır.» (30) İşte ABGB'nin bu nisbî tamamîyeti, kendisini, Code civil'in saygısız (rücksichtslos) ve malzemece fakir olarak vasıflandırılan mücerret metodundan tefrik etmektedir. (31)

27) Schey, age 506; Swoboda, age 24.

28) Klang-Schey, age 14; Wolf, Grundzüge der Gesetzgebung, S. 247.

29) Schey, age 508.

30) Zeiller, Kommentar, age 21 ve sonrakiler.

31) Landsberg, age 527: «Bu suretle kanunun tamamîyeti kısalığı ile birleştirilebilmiş olup, Fransız medeni kanununun saygısız ve malzemece fakir olan asbtrakt metodundan da uzakta kalınması bilinmiştir.»

Bu çalışmanın ismi «ALR ve ABGB'de Kanunların Tefsiridir». Fakat «tefsir» kelimesi her iki kanunun alâkalı maddeleri (ALR, Giriş §§ 46 v.d.; ABGB §§ 6 v.d.) kenarındaki matlaplarda geniş manasında kullanılmaktadır; zira tefsir namı altında her iki kanunda kıyas da (ALR, Giriş § 49; ABGB § 7) hükme bağlanmaktadır; hatta ABGB «tefsir» adı altında kanunî tefsire de (ABGB § 8) yer vermektedir.

Bu sebeple , çalışmamızın gelecek bölümlerinde, sırasıyla, ALR ve ABGB'de kanunların tefsiri, kıyas, tabii hukukun umumî prensipleri ve nihayet kanunî tefsirden bahsedilecektir.

## § 2. Kanunların Tefsiri

(Hakiki ve dar mânasında. ALR, Giriş §§ 46, 47, 48 ve ABGB § 6)

### I — Umumiyyet İtibariyle.

Tefsir bir kanun hükmünün hakiki manasının ortaya çıkarılması ameliyesidir (32). Tefsir, kanunda olan hakiki mananın inkişaf ve araştırılmasıdır; yani kanun koyucunun hakikaten istediği ve düşündüğünün tetkik ve araştırılmasıdır (33). Tefsirde kanunun lâfzi ifadesinin değil, hakiki manasının tetkik edilmesi icap eder.

İki türlü tefsir vardır: 1- Lâfzi tefsir, 2- Mantikî tefsir.

Lâfzi tefsir, kanunun lâfzından mânasını araştırmayı hedef tutar. Bu, kanun metninin ihtimamlı olarak kaleme alındığı ve dikkatli tâbirlerle inşa edilmiş olması halinde mümkündür. (35) Lâfzi tefsir neticesinde şüpheli kısımlar kalırsa, bu halde kanunun maksat ve gayesini, bütün bilim vasıtalarıyla ve bilhassa kanunun tarihçesini

32) Lange, Heinrich. BGB Allgemeiner Teil, 3. Baskı, Münih ve Berlin 1956, S. 64.

33) Unger, Joseph. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. Cilt 3. Baskı, Leipzig 1868, S. 60.

34) Dernburg, Heinrich. Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1. Cilt 5. Baskı, Halle a. S. 1894 S. 16; Ehrenzweig, age 75; Evelt, Joseph. Das preussische Civilrecht für das Studium und Praxis, 1. Kısım, 4. Baskı, Paderborn 1880 S. 52; Lange, age 64 ve sonraki; Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. 1. Cilt, Berlin 1840 S. 213 ve sonraki (Bu kitap bundan sonraki dip notlarında «Savigny, System» olarak zikredilecektir); Unger, age 79; Wolff, Karl. Grundriss des österreichischen Bürgerlichen Rechts, 4. Baskı Viana, 1948 S. 13.

35) Lange, age 64.



halihazırda mevcutmuş gibi muhayyilede canlandırarak, tesbit etmek icap eder-Mantıkî Tefsir-(36). Lâfzi tefsir sadece kanunun lâfzına istinat ettiği halde, mantıkî tefsirde kanunların düşünce, maksat ve gayesi nazarı itibare alınır.

Eski zamanlarda ve hattâ 19 ncu asrın başlarına kadar, devlet dahilinde bütün hukukun kanun koyucunun iradesinin mahsulü olduğu kanaati hâkimdi. Bundan, tefsirin sadece kanun koyucunun selâhiyeti dahilinde olduğu ve hâkime olsa olsa kanunun lâfzi tefsirinin emniyet edilebileceği, neticesine verilmekte idi. Kanun koyucu iktidar da olmanın verdiği gurur içinde, kanunlarının kendi tâbileri tarafından tefsir edilmesini, müstakil haklarına bir tecavüz ve kendisi tarafından gaye edinilen hukukî emniyet için bir tehlike olarak vasıflandırıyor. Kanunların tefsire muhtaç olması bir felâket olarak vasıflandırılıyor ve bu halde gayet ihtimamla kanun hazırlamakla, tefsir ihtiyacının ortadan kaldırılabilmesi ümit ediliyordu. Bütün bu ihtimamlara rağmen, bir kanuna muhtelif mânalar verilebiliyorsa, hâkimin bu halde aydınlatılma ricasiyle kanun koyucuya müracaat etmesi lâzımdı. (37)

Daha Iustinianus digestaların neşrinde, hâkime bir kanunun mânası hakkında şüpheye düştüğü hallerde imparatora müracaat etmesini emrediyordu; bu sebeple, bütün tefsirlerin bizzat kendisi tarafından yapılması için tedbirler almıştı. Buna göre, hâkim, her serbest zihin faaliyetinden çekinmeli ve şüpheli hallerde imparatora sormak suretiyle, mekanik olarak muhakeme yapmalı idi (38).

18 nci asrın absolutizmi; kanun koyucunun iradesini, nazarı itibare alınacak tek eleman olarak vasıflandırmakla ve bu sebeple, hâkimin, kanuni tâbirlerin şüpheli olması veya kanunun boşluklar ihtiva etmesi hallerinde, aydınlatılması maksadiyle monarh'a müracaat etmesini istemekle, halâ bu eski başlangıç noktasından hareket etmekte idi.

Böylece Fransada 24. Ağustos 1790 tarihli bir kanunla (Tit. II Madde 12) hâkimlere, kanun koyucu meclise müracaat etmeleri emredildi. (39)

36) Dernburg, age 16; Evelt, age 52; Savigny, System, age 214; Unger, age 13

37) Dernburg, age 15; Unger, age 95.

38) Dernburg, age 15; Koch, C.F. Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, 1. Cilt 8. Baskı, Berlin ve Leipzig, 1884, Not 85 Giriş § 46; Savigny System, age 328; Unger, age 95

39) Dernburg, age 15/2; Unger, age 95.

18 nci asrın sonları ve 19 ncu asrın başlarına doğru bu mevzuuda bir gelişme görülmektedir. Hâkime sadece mekanik bir çalışma sahası bırakılmıyor, aynı zamanda onun fikren çalışmasına da müsaade ediliyordu. Böylece, Fransada; Hâkimin, kanunun muğlaklığını nazarı itibare almyarak, her ihtilâflı mesele hakkında karar vermek mecburiyetinde olduğuna dair, Code Napoleon'a meşhur 4 ncü madde hükmü konuldu.

Aşağıda görüleceği veçhile, Code civil'deki bu gelişmenin aynı ALR ve ABGB'de de müşahade etmekteyiz. (40)

## II — Prusya Memleket Umumî Kanununda (ALR) Kanunların Tefsiri.

### 1) ALR'nin hazırlanış safhasında.

ALR'yi hazırlayanlar Iustinianus'un da içine düştüğü bir hatadan henüz kendilerini kurtaramamışlardı. Bunlar bir kodifikasyonun, her zaman için ve her hale tatbiki kabil olacak bir hukuk yaratmak suretiyle, bütün şüpheleri ortadan kaldırmasını istiyorlardı. Kanunu hazırlayanlar, günlük hayatta zuhuru mümkün bütün hukukî meseleleri kanuna idhal etmeye muktedir olduklarına inandıklarından, mutlak devlet düşüncelerini takip eden kendilerine, hâkime, kanunun her tefsirini yasak etmek ve kanun metninden hiç bir şekilde ayırmamasını emretmek, kendi hukuk telâkkileri bakımından mantıkî gelmekte idi.

Tefsir ve hukukun gerek ilmi ve gerekse tatbiki şekilde incelenmesi, kanunu hazırlayanlarca bir musibet addedilmekte idi; zira kendilerinde, hukuk hakkındaki bütün şüphe ve muğlaklıkların bu ilmî çalışmalar neticesinde meydana çıkarıldığı kanaati hâkimdi (41).

II. Friedrich, kanunun, zuhur edecek her mesele için hâkime karar almasını sağlayacak bir kaide vermesine ve böylece hâkimin kanunu sadece mekanik surette tatbik etmesine taraftar olduğu için, kanunların çok sade, popüler ve aynı zamanda tam olmasını arzu etmekte idi (42).

40) Aşağıda bu fasılda 3) a) ile kısım III e bakınız.

41) Fischer, Otto, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Berlin ve Leipzig, 1887, s. 25 ve sonraki; Schey, age 506.

42) Rönne, Ludvig. Ergaenzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft. 1. Cilt 7. Baskı, Berlin 1885, s. 69; Savigny, Beruf age 87 ve sonraki.

Büyük Friedrich, 14. Nisan 1780 tarihli kabine kararında, evveleminde, herhangi bir hâkimin, heyetin ve devlet bakanının kanunları tefsir etmesine, genişletmesine, daraltmasına veya yeni kanunlar vazetmesine asla müsaade etmiyeceğini bildirmektedir. Bilâkis, eğer kanunlarda veya usul kanununda şüpheli yerler görülür ve hatalar tesbit edilirse, durumun Kanun Komisyonuna bildirilmesi mecburidir (43). Büyük Friedrich buna uygun olarak istisna yapmaksızın kanun tefsirlerini tamamen yasak ederek, kanunun şüpheli ve kifayetsiz olması halinde, her münferit meselenin Kanun Komisyonundan sorulmasını emretmiştir. Kendisinin bu sözlerine uygun olarak, kanun projesinin 34 - 36 ncı pragraflarında, hâkimin hareket serbestisi azami haddine kadar tahdit edilmişti. Ayrıca bu sözler; 1781 tarihli Corpus Juris Friederician'nin birinci kitabı olan yeni usul kanununun neşredildiği 26. Nisan 1781 tarihli Patent'te tekrar edilerek, kanunun 1. Kısım 13. Titrinin 7 nci paragrafına harfiyen konumuş bulunmaktadır (44).

Büyük Friedrich Umumi Memleket Hukukunun, diğer bütün kanunlar gibi noksan ve hatadan arı olmayacağını ve bu noksan ve hataların giderilmesi için kanun koymanın kendi başına kâfi gelmeyeceğini, ve bu işin kanun koyucunun yanında ve ona bağlı olan bir otoriteye emanet edilmesi lâzım geldiğini de bilmiyor değildi. Bu otorite, 13 Nisan 1780 tarihli kabine kararında bildirilen ve 1781 yılında teşkil edilen, Kanun Komisyonu olacaktı. Kanun Komisyonunun kurulmasındaki maksat, bilhassa yeni kanunu yanlış tefsirlere karşı devamlı surette koruyarak eşit ve garantili bir hukuk sistemini elde bulundurmaktı. Bununla hâkim ve hükümet makamlarına, kanunları bizzat tefsir etmek hususu yasak edildi. Bütün mahkemelere, müşahhas bir davanın karara bağlanması şüpheli bir kanun hükmünün tefsirine bağlı olduğu bütün hallerde, hüküm verilmesinden evvel, durumu Kanun Komisyonundan sormaları hususu bildirilmişti (45).

Bornemann'a (46) göre, Büyük Friedrich'in bu husustaki hareket noktası çok doğrudur; zira azalarının yüksek ihtisasları sebebiyle en zeki bir hüküm heyeti olan ve bundan başka kanunun hazırlanmasında bütün işler elinden geçmiş olan bir makamın (Kanun

43) Bornemann I. age 38; Bornemann II, age 54; Rönne, age 69; Stobbe, age 458 ve sonraki.

44) Bornemann I, age 38; Bornemann II, age 54; Koch, age Not. 85 Giriş § 46.

45) Bornemann I, age 28 ve sonraki; Dernburg, age 15; Rönne, age 69.

46) Bornemann I, age 29.

Komisyonu), kanunun şüpheli yerlerini her mahkemeden daha iyi bulup tefsir edebileceği ve muhtelif hâkimler tarafından yapılan birbirinden farklı tefsirlere daha iyi mâni olacağı şüphesizdir.

ALR'nin yaratıcısı olan Svarez'in kanunun hazırlanması sırasındaki hâkim telâkkisi, eski tabii hukukun ortaya koyduğu otomat hâkim telâkkisi değil idi ise de, kendi kararını serbestçe bulan bir hâkim telâkkisi de değildi (47).

## 2) ALR, Giriş § 46.

ALR'nin Giriş kısmının 46 ncı pragrafına göre, hâkim, ihtilâflı hukuk meselelerinin karara bağlanmasında, kanunlara, kanunun lâfzının ve ifadeler arasındaki birliğin ihtilâflı mesele ile olan münasebetinin veya kanunun en yakın olan hükmünün vazih bir şekilde aydınlattığı mânadan başka bir mâna vermeye mezun değildir. Kanunun bu hükmü sonradan hiç değiştirilmemiştir.

Bu hükme göre, hâkim, ihtilâflı hukuk meselelerinin hallinde, kanunlara, kanunun lâfzı ve konusunun ve ifadeler arasındaki beraberlik münasebetinin açıkça tayin edeceği mânadan başka bir mâna veremez.

ALR kanun koyucusunun kanaatine göre, giriş § 46 yı katiyen bütün tefsir kaidelerini ihtiva eden bir hüküm olarak telâkki etmemek lâzımdır. Bu hüküm, mânalarında hiç şüphe edilmeyen kanunların varlığını şart koşmakta ve bu halde hâkime hangi kaide ve usullere göre kanunu tatbik etmesi lâzım geldiğini göstermektedir. (48) Bu sebeple Fischer'in (49), giriş § 46 hükmünün tefsirin vazifesini doğru olarak vasıflandırmış olduğuna dair olan iddiası yerersizdir. Eğer ALR, giriş § 46 metninde «Şüphesiz-Unzweifelhaft» kelimesi bulunmamış ve ALR, giriş §§ 47 ve 48 hükümleriyle hâkimin ilmi tefsirde bulunmak hakkının mühim bir kısmı elinden alınmamış olsa idi, o zaman ALR, giriş § 46 hükmünün tefsirin vazifesini hakiki olarak tayin ettiği iddia edilebilirdi. Bundan dolayı, ALR, giriş § 46, ABGB § 6 ya tekabül eden bir hüküm telâkki edilemez; zira ABGB § 6 diğerinden mahiyet ve konu itibariyle çok daha geniş ve serbest olup hakikî tefsir kaidelerini ihtiva etmektedir.

47) Thieme, age 397.

48) Koch, age Not. 85 giriş § 46; Förster-Eccius, age 71.

49) Fischer, age 26

ALR, giriş § 46 daki «lâfzından-aus den Worten» tâbiri ile kastedilen tefsirin lâfzi unsurudur-Lâfzi Tefsir-«İfadeler arasındaki beraberlik münasebeti-der Zusammenhang der Worte» ise tefsirin mantikî unsuruna işaret etmektedir-Mantikî Tefsir-» İntilâflı mesele ile olan münasebetinin-in Beziehung auf den streitigen Gegenstand» kelimeleri ile ise tefsirin tarihî unsuruna dikkat nazarının çekilmesi istenmektedir (50). Buna göre, ALR, giriş § 46 da lâfzi ve mantikî tefsirin bütün unsurlarına tesadüf etmekteyiz. Fakat mezkûr hükme göre, her iki tefsir şekline, hâkimin kanunun hakikî mânasını şüpheli bulmadığı hallerde müsaade edilmiş olduğunu da unutmamak lâzımdır (ALR, giriş § 47).

ALR, giriş § 46 hükmüne göre, hâkim, kanunî tâbirin kanun koyucunun ıstılahlarına uygun olarak tam bir düşünceyi ifade ettiği neticesine varır ve tefsirin lâfzi ve mantikî unsurlarını nazarı itibare alarak kanunun o müşahas meseleye tatbikinde bir mahzur görmez de bu düşüncenin kanun koyucunun hakikî düşüncesi olduğu neticesine varırsa, hâkimin faaliyeti kendisine vazih görünen kanun metnini o müşahas meseleye tatbik etmeye inhisar edecektir (51).

3) ALR, giriş §§ 47, 48 ve ALR'ye ek kanun § 2.

ALR'nin giriş 47 ve 48 nci paragrafları 8. Mart 1798 tarihli kabine kararı ile çıkarılan ek kanunun (Anhang) § 2 si ile meriyetten kaldırılmıştır. Bu sebeple, tarihî bir çalışmada her iki devri ayrı ayrı incelemek bize gayeye daha ungun gelmektedir.

a) ALR'nin ilk çıkışındaki şeklinde, giriş §§ 47, 48.

ALR, giriş §§ 47 ve 48 yukarda (52) umumî kısımda izah edildiği üzere aynı tarihi tekâmülü geçirerek kanunun metnine dahil olmuşlardır.

ALR'nin hazırlanışı sırasında, hazırlayanların kanunların tefsirine karşı nasıl bir tavır takındıkları ve tefsire ne derece müsamaha gösterdikleri de aynı şekilde yukarda (53) tetkike çalışılmıştı.

ALR vasati şekilde yatışmış şehirli ve köylü topluluğuna hitap ettiği için, kanunun geniş bir kazuistik içinde milli karaktere intibak etmesine ve tam olmasına büyük gayret sarfedilmiştir. ALR

50) Koch, age Not. 86, 87, 88 giriş § 46; Förster-Eccius, age 71; Evelt, age 52.

51) Koch, age Not. 86 giriş § 46.

52) Yukarıda S. 110'a bakınız.

53) Yukarıda S. 110 ve sonrakine bakınız.

müelliflerinin, keyfi hareketlerinden halkı korumak istedikleri hâkimlere itimat etmemeleri de, buna inzımam eden bir sebeptir. Bu düşünüşe göre, hâkimlerin bütün keyfi hareketlerine, mümkün olduğu kadar tam bir kanunla mâni olunması icap ediyordu.

Bizzat Büyük Friedrich, hazırlanan ALR tasarısı hakkında «Bu da pek kalın canım-das ist aber sehr dicke» demekle, kanunu çok tafsilâtlı bulmakta idi. Fakat bu sözlere Svarez'in verdiği cevap daha enteresandır. Filhakika Svarez, hâkimleri keyfi hareketlerinden menetmek ve muhtemel bütün hukuki meseleleri ihtiva etmek demek olan kanunun tamamîyetini kısalığı ile birleştirmeye imkân olmadığı yolunda cevap vermiştir. (54).

ALR, giriş § 47 hükmü ile hâkime sadece mekanik bir faaliyet sahası bırakılıyordu. Kanunun tefsiri hâkimin elinden tamamen alınmış ve Kanun Komisyonuna (55) verilmişti. Zevahire göre, hâkim emniyetle hukuk bulan bir makina oluyordu. § 47 ye göre, hâkim kanunun şüpheli olan manası hakkında karar dahi veremiyor, kendisinden fikri faaliyetine burada son vermesi isteniyor ve hâkiminin sadece şüpheli gördüğü hususu Kanun Komisyonuna arz ederek onun kararını beklemesi icap ediyordu. 29. Mayıs 1781 tarihli bir emirnameye göre, dava hâkiminin talebi üzerine Kanun Komisyonu tarafından verilecek karar; sadece elde mevcut dava hakkında cari olmayıp, bilâkis ilerde zuhur edecek benzeri bütün meseleler için emsal kararı teşkil ediyordu (56). Eğer Kanun Komisyonu, bir kanun değişikliği yapmak lâzım geldiği neticesine varırsa, durumu bir raporla Kral'a bildirmesi lâzımdı. 57)

Hâkimler, kanunun muğlaklığını gidermeğe ve kanun boşluklarını doldurmağa yetkili olmadıkları için, bu Kanun Komisyonu, Kral'a ilâve ve tefsir teklifleri yapmakla mükellef devamlı bir makam haline geldi (58).

54) Landsberg, age 475. Landsberg'in ilâve ettiğine göre «... Bu husus Wolff'un; kendi tabii hukukuna, aynı yüksek merciden yapılan buna benzeyen bir tenkide karşı, kendini müdafaa etmesine tamamen benzemektedir.»

55) Bu kanun Komisyonunun kurulmasından yukarda S. 112 ve sonrakilerde bahsedilmişti.

56) Bornemann I, age 29.

57) Dernburg, age 15.

58) Schröder, Richard. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. II. Bölüm, 6. Baskı, Berlin ve Leipzig, 1922. (Frh. v. Künsberg, Eberhard tarafından devam ettirilmiştir.) S. 1015 No. 1.

ALR, giriş § 48 e göre, Kanun Komisyonunun kararını talep eden hâkim, aynı davanın karara bağlanmasında Komisyonun kararına uymakla mükellef olmakla beraber, davanın taraflarının normal kanun yollarına başvurmak hakları mahfuzdur.

b) 8. Mart 1798 tarihli kabine kararından sonraki durum.

(Ek Kanun § 2)

aa-) 1. Ağustos 1836 tarihli Kabine Kararına kadar.

Kanun Komisyonu teşkili ve ALR, giriş § 47 hükmü ile, hâkimin kanunların tefsiri hakkındaki kanaatı, kararları serbest mahkeme kararları yerine kaim olan daha yüksek bir otoriteye tabi kılınmış bulunuyordu. Fakat diğer taraftan hâkime, aşağıda görüleceği üzere (59) kanunun meriyete girdiği andan itibaren kıyas yolu ile (§ 49) kanunu tatbik etmek hakkı tanınmış bulunuyordu. İki hüküm arasındaki bu tenakuz 1798 senesinde kabul edildi. 8. Mart 1798 günlü kabine kararı ile §§ 47 ve 48 meriyetten kaldırıldı. Bu kaldırma kararının, esbabı mucibesinde «kanunda hiç bir hükme bağlanmamış olan haller için (§ 49) karar verme selâhiyeti olan hâkimin, şüpheli kanunları tefsir ederek tatbik etmek hakkı olmayışının sebebini anlamak mümkün değildir.» (60) denilmektedir. Bu yeni karara göre, hâkimin, dava esnasında zuhur edecek muğlak kanun hükümleri için Kanun Komisyonunun kararını istihsal etmesi mecburiyeti kaldırılıyor ve kendisine şüpheli hukuki meseleleri «kanunların tefsiri hakkındaki umumi kaidelere göre» (Ek Kanun § 2) karara bağlaması mükellefiyeti tahmil ediliyordu.

Hâkim kanunun mânasını şüpheli buluyorsa, ek kanun § 2 ye göre durumu dava esnasında artık Kanun Komisyonuna sormasına lüzum yoktur. Hâkim kendi başına kanun hükmünün hakikî mânasını araştırmağa çalışmalıdır. Hâkim, fikrî faaliyetini bu karardan evvel olduğu gibi artık tatil etmeyecek, bilâkis ek kanun § 2 mucibince, eldeki hukuk meselesini «kanunların tefsiri hakkındaki umumi kaidelere göre» karara bağlamak suretiyle, fikrî faaliyetini devam ettirecektir. Kanun bu «kanunların tefsiri hakkındaki umumi kaideleri» tam olarak saymıyor; bu sebeple bu kaidelerin, § 46 bu hususta kâfi gelmediği nisbette, hukuk ilmince bulunup ortaya konulması icap ediyordu (61).

59) Aşağıda § 3, II ye bakınız.

60) Bornemann I. age 40.

61) Koch, age S. 57 Not. 92 Anh. § 2; Förster-Eccius, age 71.

Ek kanun § 2 nin son cümlesine göre, hâkim, kanunun farzolu-  
nan muğlâklığını müstakbel bir kodifikasyon maksadiyle adliye şe-  
fine bildirmeğe mecburdur.

ALR, giriş § 46; ihtilâflı hukuk meselelerinin karara bağlan-  
masında, hâkime, kanunlara, kanunun lâfzının, ifadeler arasındaki  
beraberliğin ve kanunun en yakın vâzih hükmünün aydınlattığı mâ-  
nadan başka bir mana vermemesini emrettiği halde, 1798 tarihli ka-  
bine kararı hâkime, 1780 tarihli kabine kararı ile Kanun Komisyo-  
nuna devredilmiş olan diğer kanunların mana ve maksadının da na-  
zarı itibare alınarak yapılması icap eden, serbest tefsir hakkını tek-  
rar bahsetmiş oldu. Ek Kanun § 2 ile kanunların tefsiri, hâkimin  
serbest fikri faaliyetine bırakılmış bulunuyordu. Bununla hâkime,  
aslî bir hakkı olan kanunların tefsiri hakkı iade edilmiş oluyordu.

Fakat adalet teşkilâtı organlarının, hâkimlere, tamimlerle bazı  
tefsir ve tatbik kaideleri tavsiye etmeleri ve bu kaidelere riayet et-  
miyen hâkime iyi not verilmemesi hakkındaki temayülü bununla son  
bulmamış ve devam edegelmiştir. Bu devirde, ilâveten bir bakanlık-  
ça kaleme alınmış olan öğretici bir talimatla mücehhez olmıyan he-  
men hiç bir mühim kanuna tesadüf etmek mümkün değildi (62). Hâ-  
kim istiklâlini tehdit edici mahiyette olan ve yukarı kademelerden  
gelen bu gibi öğretici talimatlara nihayet 18. Nisan 1840 tarihli bir  
emirname ile son verilmiştir. Bu emirnamede, mahkemelerin müs-  
takil olarak kanunlara göre ve bu kanunların mânasının şüpheli ol-  
duğu hallerde, umumî tefsir kaidelerine göre kararlarını vermeleri  
lâzım geldiği kabul ediliyordu (63).

Adliye Vekâletinin bu şekildeki tamim ve talimatlarla, hatta ka-  
nun koyucunun kanuni tedbirleriyle, hâkimlere direktifler vermeleri  
hususuna, hâkimlerin tamamen serbest tefsir hakkına kavuşmaların-  
ın meydana getirdiği bir başka mahzur kısmen sebep olmuştur.  
Büyük Friedrich'in, kanun hükümlerinin muhtelif mahkemelerde  
birbirinden farklı olarak tefsir edilmesi ve hattâ bir mahkemede  
hâkimlerin hukuki kanaatlerinin değişikliği sebebiyle husule ge-  
lebileceğinden korktuğu hukuk emniyetsizliği, kısmen varit olmuş-  
tur. Bununla Büyük Friedrich'in Kanun Komisyonunun otoritesi va-  
sıtası ile elde etmek istediği aynı ve emniyetli bir hukuk sisteminin  
kurulması hususu tehlikeye girmişti. Bu tehlike, usul kanununun ip-  
tâl dâvaları hakkındaki hükümleri ile Yüksek Mahkemenin sonraki

62) Fischer, age 25 ve sonraki; Förster-Eccius, age 71.

63) Förster-Eccius, age 71.



kuruluş kanunundaki hükümlerin, 8. Mart 1798 tarihli kabine kararı ile yaratılan yeni duruma uymadıkları nisbette, daha da artmış bulunuyordu. (64)

bb-) 1. Ağustos 1836 tarihli kabine kararından sonra.

Mahkeme emsal kararlarının kanunlarla olan münasebetini hakiki olarak düzenleyerek mahkeme kararlarında hukukî birliği temin eden 1./Ağustos 1836 tarihli kabine kararına kadar durum yukarıda izaha çalışıldığı gibi idi (65).

Bu yeni kabine kararı ile, Yüksek Mahkeme nezdinde bir emsal kararlar defteri teşkil edildi. Bir mesele hakkında verilen ve bu deftere kaydedilen karar, mahkemenin diğer dairelerini ve diğer mahkemeleri ilerde zuhur edecek meseleler için bağlayıcı mahiyettedir. Mahkemeler, bu kararı kendi isteklerine göre nazarı itibare almamaya selâhiyetli olmayıp, ancak yeni zuhur eden şüpheli meseleyi umumi heyete arz etmekle mükelleftirler; umumi heyet kararı, bu mesele hakkında bir kanun değişikliği yapıncaya kadar, bütün daire ve mahkemeler için bağlayıcıdır (66).

Buna göre 1. Ağustos 1836 tarihli kabine kararı hukuk emniyetini ve hukukun inkişafını gaye edinmiş bulunmaktadır. Bu da, kanunların teşkil ve inkişafını evvelemerde hukuk ilmi ve tatbiaktına ve bilhassa Yüksek Mahkemeye bırakmak ve kanun koyucunun müdahalesini sadece buna ihtiyaç bulunduğu hallere inhisar ettirmek suretiyle elde edilmektedir.

4) Bu bölümdeki neticelere toplu bir bakış.

Bu kısımda, yukarıda izahına çalışılan bütün kanun değişiklikleri nazarı itibara alınarak, ALR'nin kanunların tefsirine müteallik olan hükümlerinin tetkikinden elde edilen neticelere, bunları ABGB'nin müteakabil hükümleri ile mukayese etmek için toplu olarak bir göz atılacaktır.

ALR, giriş § 46 hükmü hiç bir veçhile kanunların tefsirine dair mükemmel bir hüküm olarak vasıflandırılmaz; zira bu paragraf hakikî mânası hiç şüphe götürmeyen kanunların mevcudiyetini şart kılmakta ve hâkime, sadece nasıl ve neye göre bu kanunları tatbik edeceği hususunda yol göstermektedir.

64) Bornemann I, age 29 ile 40 ve sonraki.

65) Bornemann I 29; Dernburg, age 43; Koch, age Not. 85 giriş § 46.

66) Bornemann I, age 41; Dernburg, age 43; Koch, age Not. 85 giriş § 46

Hâkim, kanunun mânasını şüpheli bulduğu hallerde, yani ne kanunun lâfzından ne kanun koyucunun ıstılah tarzından ve ne de kanunun normal mânalandırılmasından tam ve emin bir neticeye varabildiği hallerde, veya hâkim; düşünüş tarzının kanunun hakikî maksadı olup olmadığında, kanun hükümlerinin beraberlik münasebetlerinin ve hal ve vaziyetin tetkiki neticesinde, şüpheye düşecek olursa o zaman eldeki mesele hakkındaki kararını, ek kanun § 2 ye göre «kanunların tefsiri hakkındaki umumi kaidelere göre» verecektir.

ALR'nin giriş § 46 ve ek kanunun § 2 hükümlerinin beraberce tetkikinden, bu paragraflarda hem lâfzi ve hem de mantikî tefsirin hükme bağlanmış olduğu neticesine varılır. (67)

ALR'nin ilk meriyete konulan metnine göre hâkime esas itibarıyla tefsir hakkı tanınmadığı için, ek kanunun § 2 de zikri geçen «kanunların tefsiri hakkındaki umumi kaideler» de kanunda tam olarak sayılmış değildir. Bu sebeple mezkûr kaideler, ALR, giriş § 46 hükmü yetmediği nisbette, hukuk ilminden alınmalıdır (68).

Savigny'nin ALR hükümlerinin bu değiştirilmiş şeklienden de pek memnun olmadığı anlaşılmaktadır: «Bu değişikliklerle bütün vaziyet II. Friedrich'in düşündüğünden bambaşka bir hale gelmiş olup, hâkimlik makamına daha fazla ilmî ve daha az mekanik bir karakter verilmekte ise de, bu husus kaideden olan tek bir inhiraftan başka bir şey değildir. Zira her hangi bir meseleyi doğrudan doğruya hükme bağlayan bir kanun bulunmaması hususu ancak bir istisna olabilir, ve hatta böyle bir istisna da zuhur eder etmez hakkında yeni bir kanun hazırlanmak üzere-adliye şefine-bildirilmelidir.» (69)

### III — Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri (§ 6)

Code civil (70) ve ALR'de (71) müşahade ettiğimiz tarihî tekâmülün aynını, ABGB ve buna tekaddüm eden kanun ve kanun projelerinde de görmekteyiz.

67) Dernburg, age 16; Koch, age Not. 86 giriş § 46.

68) Koch, age Not. 92 Anh. § 2; Förster - Eccius, age 71.

69) Savigny, Beruf, age 89.

70) Yukarıda S. 110 ve sonrakine bakınız.

71) Yukarıda S. 113 ve sonrakilere bakınız.

İmparator Joseph, kendi ismi ile anılan 1786 tarihli kanunla (I. Bölüm, § 24) hâkime, kendisine muğlak görünen kanunun tefsirini yasak etmiş ve yalnızca lâfzi tefsirde bulunmasına müsaade etmişti (72). Filhakika, kanunun I. Bölüm § 24'de: «Hâkim, zuhur eden bir meselenin kanunda hükme bağlanıp bağlanmadığına dair şüpheyeye düşerse ve eğer kanun hâkime muğlak görünürse veya kendisi kanunun tatbiki sırasında tereddüde düşerse, bu halde her zaman eyalet prensinin malûmatına müracaat edilmelidir.» (73) denilmektedir. Joseph kanununun bu hükmü bize, Prusyada 1780 tarihinde teşkil edilen Kanun Komisyonunu hatırlatmaktadır.

Fakat tedricen, Fransa (74) ve Prusya (75) da olduğu gibi, Avusturyada da bir terakkiye şahit olmaktayız. Hâkime, artık sadece mekanik bir çalışma sahası bırakılmayıp, onun fikrî bakımdan da faaliyette bulunması isteniyordu.

İmparator Leopold 22. Şubat 1791 tarihli bir fermanla (§ 2), hâkime, şüpheli kanunları felsefi bakımdan tefsir etme hakkı tanıyordu (76).

1811 tarihli Avusturya Medeni kanunundaki (ABGB) tefsir kaidelerine (§ 6) daha Batı Galicya kanununda (§ 18) tesadüf etmekteyiz (77).

ABGB'nin 6 ncı paragrafına göre: «Bir kanunun tatbikinde, buna, kelimelerin, bunların birbirleri ile olan münasebetleri dahilinde, hakiki manasından ve kanun koyucunun vazih maksadından istidlâl edilen mânadan başka bir mâna verilemez.»

«Kelimelerin, bunların birbirleri ile olan münasebetleri dahilinde, hakikî mânasından-aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang» ifadesi ile lâfzi tefsire işaret edilmektedir. (78)

Buna göre ilk önce lisan bakımından tefsirde bulunulmalıdır; yani evvelemirde kanunun lâfzı hareket noktası ittihaz edilmelidir. Tek tek kelimelerin ve cümlelerin hakikî mânası, ekseriya, buna tekaddüm eden ve bundan sonra gelen ve hakiki mâna üzerine daha fazla

72) Koch, C.F. Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts. I. Cilt, Berlin 1845 S. 97 Not. 4 (Bu kitap bundan sonraki dip notlarında «Koch, Lehrbuch» olarak ziredecektir); Unger, age 95; Wellspacher, age 184.

73) Wellspacher, age 184.

74) Yukarıda S. 110 ve sonrakine bakınız.

75) Yukarıda S. 114 ve sonrakilere bakınız.

76) Koch, Lehrbuch, age 97/4; Unger, age 96.

77) Unger, age 96.

78) Ehrenzweig, age 75; Wolff, age 13; Zeiller, Kommentar, age 53.

ışık sağan kısımların birbirleri ile olan bağılık münasebeti vasıtasıyla anlaşılır. Bir hukuk meselesinin iyi olarak karara bağlanabilmesi için, münferit kanun maddesinin, kanunun buna komşu olan hükümleriyle birlikte mütalâa edilmesi kâfi olmayıp, bundan başka eldeki meselenin hükme bağlandığı kanun bölümünün, kanunun bu bölümle akraba olan diğer bölümleriyle birlikte nazarı itibare alınması lâzımdır (79).

Klang-Pisko'ya (80) göre ABGB § 6 hükmü, bu paragrafta sarıh olarak hükme bağlanmamış olsaydı bile, gene meriyette imiş gibi kabul edilebilirdi. Zira, iradesini kelimeler vasıtasıyla ifade eden, yani kanuna konuşma ve düşünce şeklini veren kanun koyucu, bu ifade tarzını anlaşma vasıtası olarak seçmekle, lisan-cümle teşkili ve noktalama işaretlerinin ayırıcı vazifesi dahil-ve mantık kaidelerine atıfta bulunmuş demektir.

«Kanun koyucunun vazıh maksudından istidlâl edilen-aus der klaren Absicht des Gesetzgebers» kelimeleri ile mantıkî tefsir kastedilmektedir (81).

«Kanun koyucu-Gesetzgeber» kelimesiyle hangi kanun koyucunun kastedildiği hususu doktrinde ihtilâfıdır. Klang-Pisko'ya (82) göre, § 6 ve §§ 8 ve 9 daki kanun koyucu tâbiri ile, devletin organı olarak kanunu yapmış olan insanları, yani düşünülmüş veya ideal bir kanun koyucu değil de, tarihî kanun koyucuyu anlamak lâzımdır. Bu sebeple, tarafsız bir tefsirle «kanun koyucunun sarıh maksudundan», tarihî kanun koyucu olarak faaliyette bulunmuş olan insanların ruhî iradelerinin anlaşılması lâzımdır. Zeiller'in fikrinin de bu merkezde olduğu şu sözlerinden anlaşılmaktadır: «Kanun koyucunun maksudının, işin mahiyetinden, ihtimamla seçilmiş olan tâbirlerden, bütün ifadelerin birbiri ile olan beraberlik münasebetinden ve münferit bölümlerin birleştirilmesinden, kendi kendine meydana çıkması lâzımdır.» (83)

Buna mukabil Ehrenzweig (84) kanun koyucu tâbirini sadece düşünülmüş bir şahıs manasında anlamak istemektedir: «Esas olan sadece bu günkü kanun koyucunun iradesidir, yani kanunun hali hazır gayesi.»

---

79) Zeiller, Kommentar, age 52.

80) Klang-Pisko, age Not. I, 1 § 6.

81) Wolff, age 13: Zeiller, Kommentar, age 53.

82) Klang-Pisko, age Not. B, II § 6.

83) Zeiller, Kommentar, age 60.

Kanun koyucunun şu veya bunu kasdettiği hususunda yanlış zanlarda bulunulmaması için, Zeiller (85) bu hususta nazarı itibare alınması lâzım gelen kanuni tarif ve tavsifin lüzumuna işaret etmekte ve, umumî tabii hukuk kaidelerinin, tatbiki aklı selim ve hukuk felsefesi yardımı ile elde edilmesi mümkün olduğundan bu lüzumun bilhassa müsbet hukuk sahaları için tavsiyeye şayan bulunduğunu belirtmektedir.

Kanunun lâfzı ve kanun koyucunun sarih maksadı § 6 da yan yana ve aynı ehemmiyeti haiz olarak sıralanmışlardır; bu iki unsurdan hiç birine ötekine nazaran tercih hakkı verilmemelidir (86). Bu sebeple hâkim, sadece kanunun lâfzına bağlanıp kalmamalıdır; bilâkis onun için esas olan kanunun mânasıdır ki, bu da kanunun gayesidir. Bu gaye hukukun esasını teşkil etmektedir: zira bu esas olmaksızın, hukuk kaidesi, düşünme tekniği ve mantiki bakımdan istenildiği gibi oynanılabilen mukavemetsiz bir oyuncak durumuna düşer (87).

Buna göre bir kanunun tatbikinde, kanuna, ne kanun metninde ifadesini bulmamış olan ve ne de kanun koyucunun tesbit edilen sarih iradesine zıt olan bir mâna verilmesi mümkündür (88).

IV — ALR ve ABGB'nin kanunların tefsirine dair olan hükümlerinin Mukayyesi.

Her iki kodifikasyonun, kanunların tefsirine dair olan hükümlerinin teşekkül seyirlerinin birbirlerine benzer şekilde cereyan ettiğini, yukardaki izahlarımızla tesbit etmiştik. Fakat, ABGB'nin bu günkü metninde bulunan tefsire dair olan hüküm (§ 6) daha kanunun ilk şeklinde (1811) bulunduğu halde, ALR' nin ilk şeklinde (1794) hâkimin tefsir hakkı çok tahdit edilmiş bulunuyordu. Bu arada, ALR, giriş § 47 hükmünün, Joseph kanununun yukarda zikri geçen ve ABGB'ye alınmamış olan I. Bölüm § 24 hükmü ile olan benzerliği dikkatimizi çekmektedir. Buna göre, her iki kanunun ilk meriyete girdikleri anda ihtiva ettikleri tefsir hükümleri arasındaki fark çok büyüktür; bu durumu ancak, her iki kanunun hazırlanışında hâkim olan sistemler -ALR kazuist, ABGB abstrakt (mücerret)-

84) Ehrenzweig, age 78.

85) Zeiller, Kommentar, 51 ve sonraki.

86) Klang-Pisko, age Not. B, I § 6; Unger, age 79.

87) Zeiller, Kommentar, age 58 ve devamı; Swoboda, age 23.

88) Kang-Pisko, age Not. B, I § 6.

ve farklı tabii hukuk anlayışları -ALR Wolff mektebi, ABGB Kant mektebi-ile izah etmek mümkündür.

ABGB'nin Joseph kanunundan meriyete girişine kadar olan safhada yapmış olduğu tekâmülü, ALR'nin meriyete girmesinden 4 sene sonra çıkan ek kanun § 2 ile yapıp telâfi etmesi icap etmiştir.

ALR'nin kanunların tefsiri hakkındaki hükümlerinin bütün değişikliklerinden sonra, bu hükümler (ALR, giriş § 46, ek kanun § 2) ABGB'nin tefsir hakkındaki hükmü ile (§ 6) mukayese edilebilecek duruma gelmiştir denilebilir. Mezkûr hükümleri ihtiva eden metinler lâfzen farklı olmakla beraber, esas bakımından her iki kanun da tefsire aynı derecede müsaade etmiş bulunmaktadır. Zira her iki kanuna göre de; kanunların lâfzî «kanun lâfzı (ALR, giriş § 46); «kelimelerin hakikî mânası» (ABGB § 6) ve mantikî «ifadelerin bir-biri ile olan beraberlik münasebeti» (ALR, giriş § 46); «kanun koyucunun sarîh maksudından» (ABGB § 6) olarak tefsir edilmesi lâzımdır.

Her iki kanunda da kanunların tefsirine dair olan umumî kaidelerin bir listesi mevcut değildir. Bu durum ABGB için bilerek yapılmış olup tabiidir. Zira bu vaziyet ABGB'nin mücerret sistemine uygundur. ALR'nin umumî tefsir kaidelerini tam olarak saymamasının sebebi ise, ALR kanun koyucusunun maksudına göre, hâkimin tefsirle uğraşmamasının arzu edilmiş olmasındandır.

ALR'nin meriyete girdiği andaki şeklinde büyük bir tenakuz mevcuttu; zira hâkime kanunları kıyas yolu ile tatbik etmek hakkı tanındığı halde (ALR, giriş § 49), kendisine, pek daha hafif neticeleri olan, kanunları tefsir etmemesi emredilmişti; işte bu sebeple ALR, giriş § 47 sonradan meriyetten kaldırılmıştır (89).

### § 3. ALR ve ABGB'de Kıyas

(ALR, giriş §§ 49, 50: ABGB § 7,1)

#### I — Umumiyet itibariyle.

Kanunun tefsir yolu ile tatbik edilemediği hallerde, bir kanun boşluğu ile karşı karşıya bulunuluyor demektir. Kanunların boşluklar ihtiva etmesi umumiyetle rastlanan bir durumdur. Kanun boşluğundan maksat, kanunun bir hukuk meselesinin halledilebilmesi için muayyen bir kaide ihtiva etmemesidir.

89) Yukarıda S. 114 ve sonrakilere bakınız.

Doktrinde (90) hakikî ve gayri hakikî kanun boşlukları tefriki yapılmaktadır. Hukuk düzeninin muayyen bir meselenin halli için hakikaten hiç bir kaideye malik olmaması halinde, hakikî ve mantikî bir kanun boşluğu karşısındayız demektir. Buna mukabil, hukuk düzeni bir meselenin halli için bir kaideye malik bulunur, ve fakat bu kaide ihtilâflı mesele mevzuunun hususiyetlerine uymazsa, yani bu kaideye göre ihtilâflı meseleyi objektif bakımından tatmin edici bir şekilde karara bağlamak mümkün olmazsa, o zaman gayri hakikî bir kanun boşluğundan bahsedilir.

Bir kanun boşluğunun bulunduğu hallerde, bu boşluğu hangi kaynaktan doldurmak, hangi vasıtalarla hukuku tamamlamak ve kararı nasıl vermek lâzımdır? Bu gibi hallerde kanunu kıyas vasıtasıyla tamamlamak yoluna gidilir.

Kıyas, kanunun görünen metninden daha uzaklara erişen bir kaide teşkil ederek, kanun boşluğu üzerine adeta bir köprü kurar (91). Tefsirdekinin aksine olarak, kıyasta, kanun koyucunun kanunu vazettiği sırada hatırına gelmemiş olan hallerle meşgul olunur ve bu meseleler hakkında, eğer kanun koyucu kanunu koyduğu sırada bunları bilse idi nasıl hükme bağlar idi ise, o manada karar verilir (92).

Kıyasın iki şekli vardır: 1- Kanunî kıyas 2- Hukukî kıyas. Kanun tarafından hükme bağlanmamış bir mesele, buna benzer başka bir mesele hakkında hüküm ihtiva eden başka bir kanuna göre karara bağlanabiliyorsa-her iki meselenin esas ve sebeplerinin birbirine uygun düşmesi sebebiyle-o zaman kanunî kıyasdan bahsedilir. (93)

Fakat, ihtilâflı meseleye benzer ve bununla aynı hukuki esasa istinat eden başka bir mesele hakkında hüküm ihtiva eden bir kanun bulunamaz ve ihtilâflı mesele hakkında da buna göre karar verilemezse, o zaman kanunî kıyas yolu ile karar vermek mümkün olmayacağından, hukukî kıyasa müracaat edilir. Hukukî kıyasta, pozitif hukuk prensiplerinin heyeti umumîyesinden kendisine göre karar verilebilecek olan bir hukuk kaidesi teşkil edilir. Kanunî kıyasta benzer meselenin hükme bağlandığı kanunun ruhu nazarı itibare alınarak sadece bu kanundan elde edilen prensiplere göre karar verildiği halde, hukukî kıyasta bütün müsbet hukuk bir bütün olarak na-

90) Klang-Pisko, age Not. A. I § 7.

91) Lange, age 66.

92) Savigny, System, age 292 ve sonraki; Unger, age 60.

93) Ehrenzweig, age 82; Lange, age 66; Unger, age 61; Wolff, age 15.

zarı itibara alınır ve bu müsbet hukuk bütününden elde edilecek hukuk prensiplerine göre hukuk binasının boşlukları doldurulur (94).

Hem ALR ve hem de ABGB kıyas hakkında hükümler ihtiva etmektedirler (ALR, giriş § 49; ABGB § 7, 1); ve aşağıda görüleceği veçhile bu hükümler hem kanuni ve hem de hukukî kıyasa yer vermektedirler.

## II — ALR'de Kıyas (Giriş §§ 49, 50).

Zikredildiği üzere, ALR kanunların kıyas yolu ile tatbiki hususunu, hâkimlere kanunların tefsirini yasak eden hükümden tamamen farklı olarak, sarahaten (§ 49) hükme bağlamaktadır. Kanunun bu 49 ncu paragrafı hükmü, kanunun meriyete girmesinden beri hiç bir değişiklik görmemiştir.

ALR, giriş § 49'za göre, hâkim ihtilâflı meselenin karara bağlanmasına yarayacak bir kanun bulamazsa, kararını kanunda mevcut umumi prensiplere ve bu meseleye benzer halleri hükme bağlayan kanun ve nizamnamelere göre, en iyi görüşüne uygun olarak vermeğe mecburdur. Buna nazaran, hem kanunî ve hem de hukukî kıyas ALR'ce kanunu tamamlama vasıtası olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. (95).

«Memleket Hukukunda mevcut umumî prensiplere göre-nach dem in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen» ibaresi kanunî kıyası işaret etmektedir. Hukukî kıyas ise, «bu meseleye benzer halleri hükme bağlayan mevcut nizamnamelere göre-nach den wegen aehnlicher Faelle vorhandenen Verordnungen» sözleri ile ifade edilmek istenmektedir.

Buna göre, hakkında hukukî bir kaide bulunmayan ihtilâflı bir meselenin hallinde kullanılacak hukukî kaidenin bulunması, Memleket Hukukunda mevcut umumi prensiplere ve bu meseleye benzer halleri hükme bağlayan mevcut kanun ve nizamnamelere göre olacaktır. Bu sebeple, hâkim mevcut meseleye ait kararın ALR hükümlerinin tatbiki suretiyle elde edilip edilemeyeceğini tetkik etmeden, meselenin çözümünü doğrudan doğruya müsterek hukukta aramaya mezun değildir (96).

94) Ehrenzweig, age 82; Lange, age 66; Unger, age 65; Wolff, age 15.

95) Förster-Eccius, age 74; Koch, Lehrbuch, age 109.

96) Koch, age Not. 93 § 49.



Bir çok müelliflerin fikrine göre, kanunun kıyas yolu ile tatbikine yarayacak malzemenin-yani yeni kaidelerin-mevcut hukukun üstünde olan umumi bir hukuktan, yani tabii hukuktan elde edilmesi lâzım gelmektedir. Fakat bizzat ALR, giriş § 49, kanunun boşluklarının müsbet hukuktan istifade edilerek doldurulması lâzım geldiğini hükme bağlamakla, bu bahsedilen kanaati cerhetmektedir. (97)

ALR, giriş § 50 ye göre, hâkimin, kıyas yolu ile doldurulan kanun boşluğundan, yani kanunun bu muhtemel noksanlığından, boşluğun yeni bir kanunla doldurulmasını temin için, derhal adliye şefine malûmat vermesi mecburiyeti vardır.

### III — ABGB'de Kıyas (§ 7,1)

ALR gibi ABGB de kanunların kıyas yolu ile tatbiki hakkında sarıh bir kanun hükmü ihtiva etmektedir (§ 7, 1). Buna göre, kanunda- hakikî ve gayri hakikî-bir boşluğun bulunması halinde (98) eldeki hukuk meselesine benzeyen kanunlarda hükme bağlanmış hallerin ve bununla akraba olan başka kanun hükümlerinin nazarı itibara alınması lâzımdır.

ABGB § 7,1 hükmü, batı Galiçya kanununda olduğu gibi (I. Bölüm § 18) hem kanuni ve hem de hukukî kıyası istihdaf etmektedir (99). «Buna benzeyen kanunlarda hükme bağlanmış hallerin-auf aehnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Faelle» kelimeleri ile kanunî kıyasa işaret edilmektedir.

«Bununla akraba olan başka kanun hükümlerinin-auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze» ibaresiyle de hukuki kıyas ifade edilmek istenmektedir.

Esasında bütün hususî hukuk kanunları; akli selimin bize bahsettiği tabii kanunlar olmaları sebebiyle, birbirleriyle yakın veya uzak bir beraberlik münasebetine tâbi olup kendi aralarında az veya çok akrabadırlar. Bu sebeple, bir meselenin halline müteallik karar tahmin edilen kanunda bulunamazsa, bu kanunla akraba olan diğer kanunlarda meselenin hallinin aranması lâzımdır. Bu akraba kanuna hâkim olan esaslar hissedilerek verilecek kararın beslenebileceği bir kaynak olarak kullanılabilir olan, müşterek bağ, müşterek alâmetler ve müşterek esaslar araştırıp bulunmalıdır. ABGB § 7, 1 de

97) Koch, age Not. 93 § 49.

98) Klang-Pisko, age Not. II § 7.

99) Unger, age Not. 30 S. 65.

ifade edildiği gibi, kanunlarda hükme bağlanmış benzeri meseleler ve bunlarla akraba olan başka kanun hükümlerinin nazarı itibare alınması lâzımdır (100).

Yukarda (101) kıyas hakkında umumî olarak izahına çalışılan hususlar bu bölüm için de varit olduğundan, bundan başkası için, burada umumî kısma atıf yapılmakla iktifa edilecektir.

IV — ALR ve ABGB'de Kıyas'a dair olan Hükümlerin Mukayesesi.

Yukarda işaret edildiği veçhile, her iki kanun da, Code civil'deki durumun aksine olarak, kanunların kıyas yolu ile tatbiki hakkında sarîh hükümler ihtiva etmekte olup, bu hükümler hem kanunî ve hem de hukukî kıyası içine almaktadırlar. Kanun metinlerinin lâfzi bakımdan farklı olmasına rağmen, her iki kanun da, kıyası bu günkü mânasına uygun olarak aynı şekilde anlamaktadırlar (102).

ABGB'dekin aksine olarak, ALR'de, kanunun mutasavver boşluğunun, bunun yeni bir kanunla doldurulmasını temin için (103), hâkim tarafından adliye şefine bildirilmesi mecburiyetini koyan bir hüküm mevcuttur (ALR, giriş § 50). Bu hüküm bize, Prusya kanun koyucusunun mümkün olduğu nisbette tam bir kanun yapmak gayretinde olduğunu bir defa daha vazih olarak göstermektedir (Kazuistik). ALR ve ABGB'nin birbirinden farklı olan sistemlerinden dolayı-Kazuist ve abstrakt metod-kanunların kıyas yolu ile tatbiki sahasında, Prusyalı hâkime, Avusturyalı meslektaşından daha az bir çalışma sahası kalmış olacağı fikrini ileri sürmek mümkündür. Zira Avusturya hâkimi; kanunda, kendilerinden-müşahhas hukuk meselelerine tatbik edilmek üzere-tümdengelim metodu ile hususi kaideler istihraç edilebilecek, tümevarım yolu ile elde edilmiş mümkün olduğu kadar umumî temel prensipleri hazır bulacağı halde, ALR'yi tatbik etmek mevkiinde bulunan Prusya hâkimi, karşısına çıkan müşahhas meseleleri ekseriya kanunda kazuist bir metodla hükme bağlanmış olarak bulacaktır.

100) Zeiller, Kommentar, age 63 ve sonraki.

101) Yukarıda S. 123 ve sonrakine bakınız.

102) Yukarıda S. 123 ve sonrakine bakınız.

103) Savigny, System, age 328.

#### § 4. Tabii Hukukun Umumi Prensipleri.

##### I — Umumiyet İtibariyle.

Bu kısımda incelenecek olan sual şudur: Bir hukuk meselesi hakkında, ne «kanunda mevcut umumî prensiplere (ALR, giriş § 49)» veya «kanunlarda hükme bağlanmış buna benzeyen hallere (ABGB § 7, 1)» ve ne de «Bu meseleye benzer halleri hükme bağlayan mevcut nizamnamelere (ALR, giriş § 49)» veya «bununla akraba olan başka kanun hükümlerine (ABGB § 7, 1)» göre karar verilebildiği hallerde, bu hukuk meselesi neye göre karara bağlanacaktır? Burada, ne kanunî ve ne de hukukî kıyas ile doldurulabilen kanun boşlukları karşısındayız.

Ne ALR ve ne de ABGB'de Code civil'in meşhur 4 ncü maddesine tekabül eden bir hüküm bulunmaktadır. Fakat buna rağmen, her iki kanun için de, hâkimin hiç bir halde karar vermekten imtina etmeye mezon olmadığı fikrini müdafaa etmek mümkündür.

Bu halde, ABGB tabii hukukun umumi prensiplerine atıf yaptığı (ABGB § 7, 2) halde, ALR'nin bu hususta sustuğu görülmektedir.

##### II — ABGB'de Tabii Hukukun Umumi Prensipleri (§ 7, 2).

ABGB § 7, 2 ye göre, ne kanunî ve nede hukukî kıyas yolu ile karara bağlanması mümkün olup (ABGB § 7, 1) şüpheli kalmakta devam eden hukuk meselesinin, «dikkatle toplanıp olgunca düşünülen hal icapları nazarı itibare alınarak, tabii hukukun umumi prensiplerine göre karara bağlanması lâzımdır.»

Bu hükmün tatbiki için iki şartın tahakkuk etmiş bulunması lâzımdır:

1 — İlk olarak, ABGB § 7 nin 1 nci cümlesi ile mevcudiyeti şart koşulan hakikî veya gayri hakikî bir kanun boşluğu (104) bulunmalıdır.

2 — Bundan başka, buna benzer bir meseleyi hükme bağlayan bir kaidenin, yani meseleyi kıyas yolu ile karara bağlamaya yarayacak bir hükmün, bulunmaması lâzımdır (105).

104) Yukarıda S. 123 - 124'e bakınız.

105) Klang - Pisko, age Not. B, I § 7; Zeiller, Kommentar, age 66 ve sonrakiler.

Daha Batı Galicya kanununda bile, kanuna göre şüpheli kalan bir hukuk meselesi hakkında, tabii hukukun umumi kaidelerine göre karar verilmesi lâzım geldiği hususu hükme bağlanmıştır (106).

Tabii hukukun umumi prensiplerine atıfta bulunan kanun hazırlayıcıların, bununla tabii hukuku gözönünde bulundurdukları şüphesizdir (107). Kanunu hazırlayanlar, kanunu hazırladıkları sıradaki hâkim düşünce tarzına uygun olarak, tabii hukuku, kanun koyucunun kendi tarafından yaratılan müsbet hukuku besleyen en yüksek bir memba olarak görüyorlardı. «(Hukukî) akli selim sahasındaki her mesele-prensip hazinesi olması sebebiyle-kendisine göre çözümlü karara bağlanabileceği için, bu memba kurumak bilmeyen bir kaynaktır.» (108)

Şu halde, tabii hukukun umumi prensiplerine göre karar vermesi hükme bağlanan hâkimin, kanunun yapılışı sırasında kanun koyucunun hareket noktasını teşkil eden bu memba'a kadar gitmesi

106) Zeiller, von Franz. Das natürliche Privat-Recht. 2. Baskı, Viyana, 1808 S. 40.

107) Dniestranski, age 4; Ehrenzweig, age 83; Klang- Pisko, age Not. B, II § 7. Zeiller bu hususu «Grundsätze der Gesetzgebung» adlı kitabında (Wolf age, S. 247 ve sonrakiler) gayet sarîh olarak ifade etmektedir: «Bizzat, kanunları bunlara hâkim olan esaslara ve beraberlik münasebetlerine göre tefsir ve tatbik etmek hakkına müsaade eden bir kanun koyucu dahi hal ve icaplara göre tesadüfî olarak zuhur edecek ve bilhassa, kanunlara gösterilen ihtimamın dağılması sebebiyle husule gelebilecek ve hileli müdahalelerle öngörülmesi mümkün olmayan nadir ihtilâfî meselelerin ortaya çıkabileceği, ve bu meseleler hakkında müsbet hukuka göre bir karar verilemeyeceği endişesinden azade olamaz. Her ihtilâfî meselenin bir hükümle halledilmesi lâzım geldiğinden, bu gibi hallerde, ihtilâfî meseleyi, tatbiki akli selim hudutları dahilinde olan her suale cevap verecek kudrette bulunan tabii-veya akli selim hukukunun umumi prensiplerine müracaat etmek suretiyle karara bağlamaktan başka çare kalmamaktadır.» Zeiller «Natürliches Privat - Recht» (S. 39) adlı eserinde ise şöyle yazmaktadır: «Ve bütün halleri tam olarak hükme bağlamak isteyen kanunun bu husustaki tatlı rüyası nihayet tarihe karıştığı için, (tabii) hukuk ilmi her yerde, yardımcı ve fakat müsbet ve emin ve muhtemel bütün hukuk meseleleri hakkında karar ihtiva eden bir codex olarak kalacaktır.» ve «Bir Civil - Codex'ten tabii hususî hukuk sistemine göre hukukun bütün umumi prensiplerini ihtiva etmesi istenemeyeceğinden, kanun koyucu bir hukuk sualinin kanunda cevapsız kaldığı neticesine varan hâkimlerin, müşkül durumlarını ve suallerini bertaraf etmek için, kendilerine, şüpheli hukuk meselesinin tabii hukukun umumi prensiplerine (hukuk felsefesine, tabii hukuka) göre karara bağlamak selâhiyetini bahşetmelidir.» Zeiller, Kommentar, age 65.

108) Zeiller, Kommentar, age 65 ve sonraki.

icap ediyor (109). Kanun koymanın en yüksek membaı tabii hukuk olduğundan, hâkimin, kanun boşluklarını doldururken bu tabii hukuk kaynağına baş vurması icap etmektedir. Tabii hukuk, bununla müsbet hukukun devamlı olarak beslendiği bir tamamlama kaynağı olmaktadır. Fakat, akli selim kanunu sadece medeni kanunun yetmediği yerlerde, yardımcı bir kaynak durumundadır. Zira, bütün âdil kanunlar akli selime istinat etmekle beraber, bu kanunların, medeni hayat için kullanılabilme kabiliyetinde olabilmeleri için, hayat münasebetlerinin muhtelif şekillerine uygun olarak tasrih ve tesbit edilmeleri lâzımdır. (110)

Tabii hukukun umumî kaideleri; kanunun hazırlandığı sırada, kanunda hükme bağlanmamakla beraber, kanun hükümleri gibi insan iradesinin objektif bir mikyasını teşkil eden bir kaideler sistemi olarak düşünülmüşlerdir (111). Kanunda, meselesi için, ne doğrudan doğruya ve ne de kıyas yolu ile tesbiti kabil bir hüküm bulabilen, hâkimin, kanun koyucu bu meseleyi o zaman düşünse idi nasıl bir kaide vazeder idi ise, kararını bu kaideye göre vermesi lâzımdır. Bununla, tabii hukukun umumi prensiplerine göre karar vermek, -kıyas yolu ile kaide bulmakta olduğu gibi-hâkimin, kanun koyucunun farzedilen iradesi olarak tesbit ettiği iradesine göre karar vermesi demek oluyor. Bu sebeple verilen kararı, kanun koyucunun iradesine göre verilen bir karar olarak vasıflandırmak mümkündür. (112)

ABGB § 7, 2 hükmü ile ortaya konulan formül objektif bir formüldür; bu sebeple, hâkimin, kanun boşluklarının doldurulmasında sübjektif kanaatine göre keyfî bir karar vermesi mümkün değildir. Hâkim; İsviçre ve Türk medeni kanunlarının (113) birinci maddesinde olduğu gibi, kendisi kanun koyucu olsa idi ne gibi bir kaide vazeder idi ise, o kaideye göre karar vermeğe mezun değildir. Bu

---

109) Zeiller'in 21.12.1801 tarihli konferansından. Bu hususta bk: Klang-Pisko, age Not. B, II § 7; Dniestrzanski, age 4; Unger, age 69 ve sonraki; Wellspacher, age 184.

110) Zeiller, Kommentar, age 66.

111) Schey, age 504; Wellspacher, age 183.

112) Klang-Pisko, age Not. B, II ve III § 7. Buna mukabil, Ehrenzweig, tabii umumi prensiplerle, halen bütün kültür devletlerinde tanınmış ve onların kanunlarının umumi esasını teşkil eden umumi kaidelerin anlaşılması lâzım geldiği fikrinde bulunmaktadır. Bu sebeple, bu kaideleri «Umumî hukuk kaideleri» olarak vasıflandırmak daha uygundur. Age S.83.

113) Klang-Pisko, age Not. B, II § 7; Wellspacher, age 183.

sebeple Wellspacher (114) ABGB § 7, 2 hükmünün, İsviçre medeni kanununun ıstılah şekli şüpheli ve sübjektif bir renk arzeden ve çok hayran olunulan 1. maddesi hükmüne tercih edilmesi lâzım geldiği kanaatindedir; zira İsviçre hâkiminin en son durumda, eğer kendisi kanun koyucu olsa idi ne şekilde karar verir idi ise, ona göre karar vermesi lâzım gelmektedir. Wellspacher'e göre, kanun boşluklarının doldurulması hususu, bu güne kadar hiç bir kanunda ABGB § 7 nin son cümlesinde olduğu kadar mükemmel bir hal çaresine bağlanmış değildir; İsviçre hukuk ilminin daha kanunun yeni çıktığı bu günden (115) itibaren hâkimin serbest hukuk kaidesi vazetmesi yetkisine objektif bir esas bulmaya gayret etmesi hususu anlaşılır ve haklı bir keyfiyettir. Fakat böyle objektif bir esasın bulunmasının kanun metni karşısında hiç de kolay bir iş olmadığı, Gmür (116) tarafından yapılan kıymetli araştırmada ifade edilmektedir.

Savigny'ye (117) göre, ABGB § 7 nin ikinci kaynağının (tabii hukukun umumî kaideleri), ABGB nin hazırlanmasında en ehemmiyetli rolü oynamış olan muhterem hukukçular tarafından bile kazaî içti-hatlar için çok tehlikeli olduğu ikrar edilmiştir (118). Savigny devam ederek; kanunun kendisine kaza hakkına nüfuzunu yasak etmek istediği ilmi teorininin, tasavvur edilmeyecek bir şekilde ve çok sakin olarak kaza hakkı üzerine tesir icra etmek istemeğe çalışacağı mülâhazasında bulunarak, ABGB'nin muvaffakiyetinin kanunda yazılı olduğundan bambaşka olacağını iddia etmektedir (119).

Stobbe'ye (120) göre, ABGB § 7, 2 nin yardımcı kaynak olarak vasıflandırdığı tabii hukuk, kanun boşluklarını doldurmaya kâfi gelecek bir ihtiyat teşkil etmeyecektir.

114) Wellspacher, age 183.

115) 1911 senesinde, yani İsviçre medeni kanununun meriyete girmesinden bir sene evvel.

116) Gmür, die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweiz. ZGB, S. 103 ve sonrakiler, Wellspacher, (age, 183) ve Klang-Pisko (Not. B, II § 7) dan naklen zikredilmektedir.

117) Svaigny, Beruf, age 107.

118) Savigny burada Zeiller'in «Vorbereitung zur neuesten Österreichischen Gesetzkunde. (Viyana ve Trieste 1810, 1 Cilt S. 38)» adlı eserini ziretmektedir

119) Savigny, Beruf, age 108.

120) Stobbe, age 480: «Fakat kısalık aynı zamanda muhtaç olmak demektir; kanunun yardımcı kaynak olarak tesvir ettiği (§ 7,2) tabii hukuk, kanun boşluklarını doldurmak için kâfi gelmediğinden, daha evvelki kanunların meriyetten kaldırılması ve müşterek hukukunda bertaraf edilmesi sebebiyle ekseriya büyük güçlüklerle karşılaşılacaktır.»

Schwartz (121), ABGB § 7, 2 deki tabii hukukun umumi kaidelerini çok kere muhtaç ve cansız olarak vasıflandırarak, bunların, müşahhas meselelerin hallinde hâkimi yarı yolda bırakacağını ve kanunun atıfta bulunduğu kıyas ve tabii hukukun umumi kaidelerinin çok şüpheli ve yardımcı kaynaklar olduğunu ileri sürmektedir.

Avusturya tarihçi mektebinin ilk temsilcisi olan Unger (122) hukuk meselelerinin tabii hukukun umumi prensiplerine göre karara bağlanması hususunu şiddetle red etmektedir. Unger, tatbikatta bu mezkûr yardımcı membaa müracaatı zarurî kılacak hiç bir hâdise zühur etmeyeceğinden, bu red keyfiyeti ile iktifa edebileceğini ileri sürmektedir. Zira ona göre, zuhur edecek her meseleyi mevcut hukukun ruhu dahilinde çözebilmek için hukukî kıyas tamamen kâfidir; ABGB'nin müellifleri, § 7 ye tabii hukuku ithal etmekle, bununla sadece tamamen nazari olan şiddetli arzularını tatmin etmek istemişlerdir.

Zeiller'in teorisi bu kiritiklerle cerh edilmek isteniliyordu. Savigny ve taraflarının Tarihçi Mektebi-Avusturyada bilhassa Unger-Tabii Hukuk Mektebine şiddetli darbeler indiriyorlardı; ve bununla tabii hukuk nazariyesinin bir neticesi olan ABGB § 7, 2 nin «tabii hukukun umumi prensipleri» de kıymetlerini kaybetmek zorunda kalmışlardı. Bu şekilde mahkemeler tatbikatı uzun zaman Unger'in tesiri altında kalmıştır. Tabii hukukun umumi prensipleri uzun zaman şuurulu bir şekilde tatbik edilememişlerdir: 1900 senesine kadar sadece 3 hukuk meselesi «tabii hukukun umumi prensiplerine» göre karara bağlanmıştır. Fakat 1900 senesinden itibaren tabii hukukun umumî prensiplerinin sık sık ön plâna geçtiklerine şahit olmaktayız (123). Fakat mahkemeler tatbikatı ABGB § 7 nin son cümlesi hükmünü kullanmakta pek iktisatlı hareket etmektedir (124). Klang-Pisko'ya (125) göre bu husus kanunun müelliflerinin (126) arzusuna tamamen uygun düşmekte olup, gayet kolay anlaşılabilir bir durumdur da. Zira kanun boşluklarının doldurulmasında, ekseriya kıyas yolu ile karar verilebilmektedir; bundan başka hakikî ve mantikî kanun boşluklarına da çok nadir rastlanmaktadır.

---

121) Schwartz, age 34.

122) Unger, age 71.

123) Dniestrzanski, age 5.

124) Ehrenzweig, age 83; Klang-Pisko, age Not. B, V § 7.

126) Klang-Pisko burada, Zeiller'in şerhini «Zeiler, Kommentar, age (S. 66)» zikretmektedir.

Şimdiye kadar, «tabii hukukun umumi kaidelerine» göre haklarında karar verilen meseleleri Dniestrzanski'nin makalesi (127) ile Ehrenzweig'in (128) kitabında zikredilmiş bulmaktayız. Burada şu misal (129) verilmekle iktifa edilecektir: «ABGB'de tek taraflı vait ve ilân yolu ile yapılan vait hakkında her hangi bir hüküm yoktur. Buna rağmen, doktrinde ilân suretiyle yapılan vaitlerin Avusturya hususi hukuk sisteminde de caiz olduğuna dair umumi bir kanaat vardır. Bu günkü modern hayat münasebetlerinde ilân yolu ile yapılan vaitlerin rolünü kimse inkâr edemeyip, bunun tanınması lâzım geldiğine, ABGB § 862 den kıyas suretiyle elde edilen hükümle varabiliriz; fakat § 862 nin kıyas yolu ile tatbiki, ilân suretiyle yapılan vaitlerin hakikî mahiyetini aydınlatıp ona hukukî bir müessese vasfı verebilecek kudrette değildir. Burada bizi hakikî maksada ulaştıracak doğru yol ; ABGB § 914 hükmü nazarı itibare alınarak, ABGB § 7, 2 nin tabii hukukun umumi prensiplerine göre, ilân suretiyle yapılan vaitler hukuki müessesesini inşa etmektir. Zira, kanunun, kıyas yolu' ile istifade edilebilecek hükümler ihtiva etmemesi halinde, tabii hukukun umumi prensiplerine iltica etmekten başka çare yoktur.»

### III — ALR'de Tabii Hukukun Umumi Prensipleri.

Kanun boşluklarının, kanunun kıyas yolu ile tatbiki neticesinde de doldurulamaması halinde, ALR, ABGB'de olduğu gibi, tabii hukuka müracaat etmeye müsaade etmemektedir. Prusyalı anlayışa göre, kanun hariçten değil gene kendi içinden tamamlanmalıdır. Buna göre, hâkim, her meselenin hallini sadece kanuna konulmuş olan hukuk kaidelerinde arayacaktır. (130)

ALR'nin ilk şekline göre, şüpheli olan hukuki meselelerin, hâkim tarafından değil de, Kanun Komisyonunca karara bağlanması icap ettiğinden, kanunun ilk şeklinde, hâkimlere, kanunda hükme bağlanmamış olan tabii hukukun umumi prensiplerine göre karar vermek selâhiyeti de tabiiyle verilemezdi. Zira bu husus; ALR, giriş § 47 nin tefsir yasağı koyan hükmü ile, giriş § 49 zun kanunların kıyas

127) Dniestrzanski, age 7 ve sonrakiler, 22 ve sonrakiler.

128) Ehrenzweig, age 83.

129) Bundan evvelki iki dip notta zikredilen her iki müellifte ekseriya Avusturya karar külliyatlarına atıflar yapmaktadırlar. Bu karar külliyatlarının temini bizim için mümkün olamadığından, Dniestrzanski'nin bahsi geçen makalesinden (S. 33 ve sonrakiler) aldığımız bu milsalle iktifa etmek mecburiyetinde kaldık.

130) Förster-Eccius, age 75.



yolu ile tatbikine müsaade eden hükmü arasındaki tenakuzdan daha da büyük bir tenakuz olurdu.

ALR kanun koyucusunun, kanun boşluklarının doldurulmasında kanunda mevcut olmayan tabii hukukun umumi prensiplerine göre karar vermek hususuna müsaade etmemesi, pek tabii olarak ALR'nin kazuist sistemi ile izah edilebilecek bir keyfiyettir; zira kanunun kendisindeki mevcut hükümlerden doldurulması mümkün olmayan boşluklar ihtiva etmesi, Prusya kanun koyucusu için tasavvuru güç bir mesele idi. Kanun koyucusu, tabii hukukun Prusya için kabili tatbik olan ve görünen bütün neticelerini kanuna ithal ettiğine inandığı için, bunun dışında kalan ve bir kanuna dayanmayan tabii hukukun umumi prensiplerinin nazarı itibara alınmaması icap ediyordu.

Yukarda (131) izahına çalıştığı üzere, Svarez tabii hukuk tabiri altında, kendisinin, mevcut hukukta, tabii ve akli selime uygun olarak bulduğu kaideleri anlıyordu. Buna göre Büyük Friederich'in emirnamesine (132) uygun olarak o günkü mevcut hukuktan, «mühim ve tabii kanun ile bu günkü bünyeye uygun düşen» hukuk kaideleri alınmış ve mütebakisi yaramaz kaydıyla bırakılmıştır. Bu şekilde, tabii kanuna uygun düşen bütün kaidelerin kanuna idhal edildiğine inanıldığı için, artık kanuna alınmayan tabii hukuk için hiç bir meriyet sahası kalmıyordu. Azami oynama sahası olarak kıyas kadar yer verilebilmiş olup, bundan daha ötesinde bir sahanın bulunabileceği kanunun müelliflerinin hatırına gelmemiş olması muhtemeldir.

Prusya hukuku Code civil'in 4 cü maddesi hükmüne tekabül eden bir hüküm ihtiva etmemekle beraber, muntazam her hukuki bünyede olduğu gibi, Prusyada da hâkimin her ihtilâflı meseleyi hükme bağlamaya mecbur olduğu prensibi cari idi (133). Prusyalı hukuk telâkkisine göre, zuhur edecek her meselenin mevcut hukukun ruhuna uygun olarak çözümü için kıyas yolunun kâfi olduğu zannedildiğinden, Prusyalı hâkim, kendi kanaatine göre müsbet hukuktan doldurulması mümkün olmayan kanun boşluklarını dahi kıyas (ALR, giriş § 49) yolu ile doldurmak mecburiyetinde idi. Bilhassa bu gibi hallerde, hâkime, kanunun mutasavver noksanlığını derhal adliye şefine bildirmek mecburiyetini tamhil eden ALR, giriş § 50 hükmünün ehemmiyetini anlamak mümkündür. Buna göre hâkimin, zuhur eden

131) Yukarıda S. 113'e bakınız.

132) 24. Nisan 1780 tarihli kabine kararı. Yukarıda S. 112'ye bakınız.

133) Förster-Eccius, age 74.

kanun boşluğunun yeni bir kanunla doldurulması için, adliye şefini harekete getirmesi lâzımgeliyordu.

### § 5. Kanunî Tefsir.

(ABGB § 8; ALR, giriş § 15 ve II. Bölüm 13 § 6)

#### I — Umumiyyet İtibariyle.

Kanunî tefsir ile, mevcut ve eski bir kanuna sonradan yeni bir kanunla muayyen bir mâna verilir (134). Yani bu kanun koyucunun bizzat yaptığı bir tefsirdir. Kanunî tefsirde bulunmak selâhiyeti olan sadece kanun koyucudur; adliye vekâletinin tamim ve talimatlarının, hâkimlerin istiklâlî muvacehesinde, bağlayıcı her hangi bir tefsir karakteri olamaz.

Kanunî tefsire daha ziyade, mahkemeler ile kanun koyucu kuvvetin fikirleri arasındaki anlaşmazlıkların, bu sonuncusunun bir kararı ile bertaraf edilmesi maksadiyle başvurulur. (135)

Kanunî ve ilmî tefsirlerin her ikisi de, kanunun hakikî muhteviyatının ortaya çıkarılıp tesbit edilmesinde birleşirler. Buna mukabil, kanunî tefsir ilmî tefsirden, tefsirin yapılış tarzı ve tesirleri bakımından farklıdır.

İlmî tefsir kanunun hakikî mânasını ilmî esaslara göre meydana çıkarmaya çalışıp bu mânayı kanunda araştırdığı halde, kanunî tefsir, kanunun mânasını haricen, bu mânanın tefsire tâbi tutulan eski kanunda hakikaten mevcut olup olmadığını nazarı itibare almadan, tetkik ve tesbit eder. Kanunî tefsir, ilmî kaidelere göre tefsir edilen kanun hükmüne başka bir mâna verildiği hallerde dahi, itibar edilmesi lâzım gelen bir tefsirdir; kanunî tefsir bizzat kanun olduğu için, yanlış olduğu hallerde dahi muteberdir (136).

Kanunî tefsirde bulunan kanun koyucu, bu tefsirin sadece gelecekte kanun olarak telâkki edilmesi lâzım geldiğini ifade etmiş olmakla kalmayıp, aynı zamanda tefsire tabi tutulmuş olan bu yeni hükmün, kanunun tefsirinden evvelki şeklinde de mevcut olduğunun farzedilmesini ister. Buna göre kanunî tefsir makabline şâmil demektedir; bu makable şâmil olmak; 1) sadece daha henüz mahkeme ve karar safhasına gelmemiş olan hallere münhasır olmayıp, aynı zaman-

134) Lange age, 64.

135) Dernburg, age 34. /

136) Klang-Pisko, age Not. II, 1 § 8; Wolff, age 13; Unger, age 97.

da 2) haklarında karar verilmiş ve fakat bu kararları henüz kesinleşmemiş meseleler hakkında da varittir. Fakat makale şumuliyet, sadece tefsire tabi tutulan eski kanunun meriyete girdiği tarihe kadar geriye uzanır. (137)

Gerek ABGB (§ 8) gerekse ALR( giriş, § 15 ve II. Bölüm 13, § 6) kanuni tefsir hakkında sarıh hükümler ihtiva etmektedirler.

## II — ABGB'de Kanuni Tefsir (§ 8).

ABGB § 8'ze göre «bir kanunu herkesi bağlayıcı şekilde izah etmek hakkı sadece kanun koyucuya aittir.» Vekâletlerin ve Yüksek Mahkemenin kanunî (resmî) tefsirde bulunmak selâhiyetleri yoktur. Vekâletler sadece kendi çıkardıkları nizamnameleri tefsir edebilirler (138).

ABGB § 8 de «izah etmek-erklaeren» denilmektedir; bunu sadece izah edici bir tefsir olarak kabul etmek lâzımdır. Böyle bir kanuni tefsirin, vatandaşların hukuki münasebetlerinde ve hâkimlerin de hukuki muameleler hakkında karar verirken göz önünde bulundurmak mecburiyetinde oldukları, ABGB 6 ve 7 ci paragraflarında zikredilmiş olan, tefsir kaidelerine göre yapılması lâzımdır (139).

Kanunî tefsir burada da bir kanun olup bu sebeple herkes için bağlayıcıdır. Bu tefsir kanunları aksine bir hüküm ihtiva etmedikçe, makabline şâmindirler (ABGB § 8, 2). Zeiller'e (140) göre, tefsir edilen bir kanunun, kanun koyucu tarafından buna verilen mânanasının ABGB §§ 6,7 de tadat edilen tefsir kaidelerine göre anlaşılıp bulunamayacak kadar muğlâk ve şüpheli olması hallerinde, kanun koyucudan, § 8, 2 ye göre bu tefsir kanununu makabline teşmil etmemesini beklemek lâzımdır; zira bu halde tefsir edilen kanun hükmünü tanımak mümkün olamayacağından, kanunu neşredilmemiş telâkki etmek lâzımdır. Buna göre, bu yeni kanun hükmü sadece evvelki kanunun basit bir izahı olmayıp, bilâkis geçmiş ve farklı

137) Förster-Eccius, age 74; Klang-Pisko, age Not. II, 1 § 8; Unger, age 100.

138) Ehrenzweig, age 74 ve sonraki.

139) Zeiller, Kommentar, age 74.

140) Zeiler Kommentar, age 75.

141) Yukarıda 135 nci sayfaya bakınız.

142) Savigny, System, age 329.

olan hukukî muamelelere veya iktisap edilmiş haklara tatbik edilmeyecek olan yeni bir kanundur. Bu halde, kanun koyucunun; bu yeni hükmün, tefsir edilen kanunun basit bir izahı olmayıp, yeni bir kanun hükmü olduğunu sarih olarak zikretmesi lâzımdır.

Bundan başkası için, yukarda (141) «umumiyet itibariyle» başlığı altında izahına çalışılan hususlar, bu kısım için de câridir.

Savigny'ye göre ABGB § 8 hükmü; Roma hukukunda mevcut olan kanunları herkesi bağlayacak şekilde tefsir etmek hakkının sadece kanun koyucuya ait olduğuna dair olan hususî tefsir yasağının, tereddütsüz bir kaideye bürünmüş şeklinden başka bir şey değildir. (142)

### III — ALR'de Kanuni Tefsir.

(Giriş § 15; II. Bölüm. 13. Titel § 6)

ALR de kanunî tefsiri sarahaten hükme bağlamaktadır. II. E bölüm 13. Titel § 6 ya göre, herkesi umumî olarak bağlayıcı şekilde tefsirde bulunmak, kanun koyucuya düşen bir vazifedir. Yapılmış bir kanunî tefsirin bulunduğu hallerde, tefsir edilmiş olan kanuna, hakkında daha karar verilecek bütün meseleler için, kanunî tefsir ile tesbit edilmiş olan aynı mânanın verilmesi lâzımdır (ALR, giriş § 15). (143)

Kanunî tefsir ALR'de de makabiline şâmilidir (144). İzah edici kanunun, sadece bir tefsir kanunu olduğu, kanunun muhteviyatından anlaşılmalıdır. Bu hususta, kanunun kendisini sadece tefsir kanunu olarak tavsif etmesi kâfi değildir; bilhassa tefsir edilen kanunun muhteviyatından daha öteye giden hükümler, geçmişe teşmil edilemeyip, sadece kanunun istikbaldeki tatbikatında nazarı itibare alınır (145).

ALR'nin meriyete girdiğini takip eden ilk senelerde, adalet vekilinin emirnamelerine de kanunî tefsir kuvveti bahşediliyordu. Fakat 6. Eylül 1815 tarihli kabine kararı ile, mahkemelerin, kararlarını verirken, adalet vekilinin tamim ve emirnamelerine bağlı olmadıkları hükmü vazedildi (146).

143) Daniels, A. System des preussischen Civilrechts. 1. Cilt. Berlin 1866, S. 66 ve sonraki.

144) Dernburg, age 33; Evelt, age 41.

145) Daniels, age S. 67 Not. 2.

146) Dernburg, age 34.

1. Ağustos 1836 tarihli kabine kararı çıkıncaya kadar, kanun hükümlerinin muhtelif makemelerce farklı olarak tefsir edilmesini ve aynı mahkemedeki hukuki kanaat değişikliklerini bertaraf etmek için, sık sık kanunî tefsir yoluna gidildiği olmuştur (147). Bu kabine kararına göre, kanunî tefsir yoluna sadece, diğer mahkemelerin Yüksek Mahkemenin esas kaidelerine muhalif bir hukukî kanaatı yürürlüğe koymağa çalışmaları ve bununla tereddütlü bir hukuk emniyetsizliği meydana getirmeleri, Yüksek Mahkemenin evvelki bir umumî heyet kararının değiştirilmesini istemesi veya muhtelif eyalet meclislerinin Yüksek Mahkemenin kararı ile bertaraf edilmeyen tereddütlerinden dolayı kanunî bir hükmü lüzumlu ve arzuya şayan addetmeleri, hallerinde gidilebilir (148).

Bundan başkası için, yukarıda (149) kanuni tefsir hakkındaki umumî kısma atıf yapılmaktadır.

#### **IV — ALR ve ABGB'de Kanunî Tefsire Dair olan Hükümlerin Mukayesesi.**

Her iki kodifikasyon da, kanunî tefsir hakkında sarıh hükümler ihtiva etmektedirler (ALR, giriş § 15; II. Bölüm, 13. Titel § 6 ve ABGB § 8). Her iki kanunun da hükme bağladıkları kanunî tefsir, doktrinde umumiyetle bu isim altında anlaşılan müessesedir (150).

ABGB'de kanunî tefsir «tefsir-Auslegung» matlabı altında diğer tefsir hükümleri ile birlikte hükme bağlandığı halde, aynı müessesenin ALR'de kanunların tefsirine ait hükümlerle bir arada tanzim edilmemiş olduğunu görüyoruz. Filhakika kanunî tefsir, ALR'de iki muhtelif yerde ve aşağıdaki şekilde iki muhtelif matlap altında hükme bağlanmıştır: 1- Kanunların tatbiki-Anwendung der Gesetze (giriş § 15) 2 - Majeste Hakları - Majestaetsrechte (II. Bölüm, 13. Titel § 6).

147) Bornemann I, age 29; Yukarıda S. 116 ve devamına da bakınız.

148) Bornemann I, age 41 ve devamı

149) Yukarıda S. 135 - 136'ya bakınız.

150) Yukarıda S. 135 - 136'ya bakınız.

## İ l â v e

Bu çalışmada tetkik edilen alâkalı kanun hükümlerinin tercümelere:

## ALR'den:

Kanunların Tefsiri.

**Giriş § 46:** İhtilâflı hukuk meselelerinin karara bağlanmasında, hâkim, kanunlara, kanunun lâfzının ve ifadeler arasındaki beraberliğin ihtilâflı mesele ile olan münasebetinin veya en yakın olan hükmünün vazih bir şekilde aydınlattığı mânadan başka bir mâna vermeğe mezun değildir.

**Giriş § 47:** Hâkim kanunun hakikî mânasını şüpheli bulduğu hallerde, şüpheli bulduğu hükmü, dâvada alâkalı tarafları zikretmeksizin, Kanun Komisyonuna bildirmeye ve bu komisyonun kararını talep etmeye mecburdur.

**Giriş § 48:** Kanun Komisyonunun kararını talep eden hâkim, aynı dâvanın karara bağlanmasında Komisyonun vereceği karara uymakla mükelleftir; fakat dâvanın taraflarına normal kanun yolları açıktır.

**Ek Kanun § 2:** Hâkim, kanunun mânasını şüpheli bulduğu hallerde, müşahhas dâvayı, kanunların tefsiri hakkındaki umumî prensiplere uygun olarak karara bağlamakla mükelleftir. Dâvanın cereyanı esnasında durumu Kanun Komisyonundan sormasına artık lüzum yoktur; fakat hâkim kanunun farz olunan muğlâklığını, müstakbel bir kodifikasyon maksadiyle, adliye şefine bildirmeğe mecburdur.

**Giriş § 49 :** Hâkim, ihtilâflı meselenin karara bağlanmasına yarıyacak bir kanun bulamazsa, kararını, Memleket Hukukunda mevcut umumî prensiplere ve bu meseleye benzer halleri hükme bağlayan mevcut nizamnamelere göre, en iyi görüşüne uygun olarak vermeğe mecburdur.

**Giriş § 50:** Fakat hâkimin, kanunların bu muhtemel noksanlığından derhal adliye şefine malûmat vermesi mecburidir.

Kanunların Tat-  
biki.

**Giriş § 15:** Daha eski bir kanunun, kanun koyucu tarafından yapılması lüzumlu görülüp neşredilmiş olan izahının, karara bağlanması icap eden bütün meselelerde esas ittihaz edilmesi mecburidir.

Majeste Hakları  
(Majestaetsrec-  
hte)

**II. Bölüm 13. Titel § 6:** Hukuk, kanunlar ve umumi asayiş nizamnemeleri yapmak, bunları me-riyetten kaldırmak ve bu hususta kanun hükmünü haiz olan tefsirlerde bulunmak, bir majeste hakkıdır.

**ABGB,den :**

**Tefsir.**

**§ 6:** Bir kanunun tatbikinde, buna, kelimelerin, bunların birbirleri ile olan münasebetleri dahilinde, hakikî mânasından ve kanun koyucunun sarîh mak-sadından istidlâl edilen mânadan başka bir mâna ve-rilemez.

**§ 7.** Bir hukuk meselesi hakkında kanunun ne lâfzî ve ne de tabii mânasına göre karar verilebilir-se, buna benzeyen kanunlarda hükme bağlanmış hal-lerin ve bununla akraba olan başka kanun hüküm-lerinin nazarı itibare alınması lâzımdır. Hukuk me-selesi buna rağmen şüpheli kalıyorsa, bu durumda meselenin, dikkatle toplanıp olgunca düşünülen hal-icapları nazarı itibare alınarak, tabii hukukun umu-mî kaidelerine göre karara bağlanması lâzımdır.

**§ 8.** Bir kanunu herkesi bağlayıcı şekilde izah etmek hakkı sadece kanun koyucuya aittir. Böyle bir tefsirin; tefsir yapılmadan evvel vukubulan hâdi-se ve haklara şâmil olmayacağına dair her hangi bir ilâve bulunmadıkça, hakkında daha karar verilecek bütün hukuk meselelerine tatbik edilmesi mecburidir.