

## <sup>H</sup>İSVİÇRE VE ROMA HUKUKU\* ÖZET HALİNDE BİR GÖRÜNÜŞ

*Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ\*\**

*(Çev.) Arş. Gör. Nilgün DİNÇER\*\*\**

Cermen kralı Odoaker, son Batı Roma İmparatoru Romulus Augustulus'u M.S. 476'da tahttan indirdiğinde, Batı Roma İmparatorluğu yıkıldı (Meder, 2008, s. 90 vd.; Stein, 2003, s. 34 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 150 vd.). Doğuda Roma İmparatorluğu, başkent olarak Konstantinopolis ile (günümüzde İstanbul) M.S. 1453 yılındaki çöküşüne kadar varlığını sürdürdü. İsviçre batıda bulunmakla birlikte, ancak M.S. 1291'den itibaren varlığını sürdürmektedir. Batı'da Roma İmparatorluğu, İsviçre'nin oluşumundan yüzyıllar önce çökmüş olduğu için, aslında bu makalenin konusunun hiçbir anlam taşımadığı düşünülebilir. O halde bu zamanın boşa harcandığı mı düşünülmelidir?

Ancak "Das Vermächtnis der Römer (Romalıların Mirası)" kitabının ana teması göz önüne alındığında, her şey daha da aydınlığa kavuşur.

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Pascal **Pichonnaz**: "Die Schweiz und das Römische Recht, Ein Bild in groben Zügen", Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa (Editör: **Fagnoli**, Iole/**Rebenich**, Stefan), Bern/Stuttgart/Wien 2012, s. 21-46.

\*\* Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk ve Roma Hukuku Kürsüsü Profesörü

\*\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı  
Bu makalenin çevirisinde, bazı kavramların Türkçe karşılığını bulmamı sağlayan Prof. Dr. Sevilay **Uzunalli**'ya ve Prof. Dr. Oruç Hami **Şener**'e; ayrıca çevirinin kontrolüne yardımcı olan Prof. Dr. Havva **Karagöz**'e ve Yrd. Doç Dr. Pelin **İşintan**'a çok teşekkür ederim.

(Roma) Hukuk(u), zamanımız için Romalıların en önemli mirasını oluşturduğundan, burada Roma Hukuku'nun ardıl sonuçları veya devam eden etkileri hakkındaki düşüncelerimden bahsedeceğim. Avrupalılık kimliğinin, Avrupa kültürünün ve bu suretle İsviçrelilik kimliğini, Hristiyanlık, Aydınlanma ve Roma Hukuku'ndan oluşan üç niteliğin karakterize ettiği sıklıkla söylenir (Cannata, s. 3 vd.). Ancak ben bu üçlemenin sadece son noktasıyla, yani Roma Hukukuyla ilgileneceğim.

En başta Romalıların Hukukuyla ilgili olarak birkaç genel düşünceyi belirteceğim (I.) ve sonrasında, her şeyden önce Yeniçağ ve Ortaçağ boyunca İsviçre'de Roma Hukuku'nun etkisini sürdürmesiyle ilgileneceğim (II.). Son olarak, günümüz İsviçre Hukuku'ndaki birkaç Roma Hukuku görünüşünü açıklayacağım (III.).

## I. ROMALILARIN HUKUKU ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

*Ubi societas, ibi ius.* “Nerede toplum varsa, orada hukuk da vardır.” Gerçekten de, bugün hâlâ, daha Roma Krallık döneminde, yani Roma'nın kuruluşundan M.Ö. 509'a kadar olan dönemde, bazı yasaların (*leges regiae*) var olduğu düşünülmektedir (Pomp. D. 1, 2, 2, 2). Her şeyden önce, o dönem hukukuna iki özellik egemendi. Bunlardan biri, hukuk rahiplerin tekelinde bulunduğu için, her kararda tanrılarla ilişki en azından insanlar arasındaki uyumsuzlukların çözümü kadar önemli olduğundan dinsel hukuk (*fas*) iken; diğeri de, merkezde daha ziyade rahiplerin görüşleri ve teamül hukuku yer aldığından, o dönemdeki sözlü yöntemin hâkimiyetiydi (Gaudemet, 1967, s. 224; Fögen, 2002, s. 33; Capogrossi Colognesi, 2004, s. 26).

M.Ö. 509'dan itibaren Roma Cumhuriyetinin oluşumuyla, toplum gitgide dönüşmekteydi. *Pleb*'ler bu gelişmelerden hoşnut değildi ve *patricius*'lardan her şeyden önce kendi haklarını tanımaları olmak üzere, daha çok hak talep ediyorlardı. Bu da ilk önemli yasanın, yani M.Ö. 451-450 yıllarına tekabül eden XII Levha Kanunu'nun çıkarılmasına neden olmuştu. *Pleb*'ler özgürlüklerinin garantisi olarak, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik talep etmişlerdi (ki günümüzde hâlâ hak sahipleri tarafından arzulanır): Bütün kanunlar yürürlüğe girer girmez herkesçe bilinir olmalıdır ve aynı zamanda bütün vatandaşlar için bağlayıcı olmalıdır. XII Levha Kanunu, bize sadece dolaylı yoldan aktarılmıştır. Buna rağmen hukukçular, bu kanunun

Roma Hukuku'nun gelişimine kuvvetli bir iz bıraktığı fikrini benimsemişlerdir. XII Levha Kanunu, hukukun dinsel bağlantıdan kurtulmasının başlangıcı olduğu gibi, Batı'nın bugünkü anlayışının özünde yatan hukukun dünyevileşmesinin de başlangıcıydı (Pichonnaz, 2008a, no.: 79 vd.).

Klasik dönem Roma Hukuku, Roma Cumhuriyeti'nin sonuna doğru gelişmeye başlamış (yaklaşık olarak M.Ö. 100), en parlak zamanını imparatorluk sırasında yaşamıştır. M.S. 3. yüzyılın ortalarındaki büyük iç savaşların baş göstermesine kadar da devam etmiştir. Bu dönem boyunca (yaklaşık 350 yıla tekabül eder) hukukçular, hukuku görülmemiş bir biçimde geliştirmişler ve ilerletmişlerdir. Bu bağlamda merkezde ifade tarzı (*die Sprache*) yer almaktaydı. Zira yargıç önüne çıkmayı temin eden usul kuralları (*formula*) yazılı olarak düzenlenmesine rağmen, *forum*'da, Romalı *praetor* ve yargıcın önünde uyuşmazlık esasen sözlü bir şekilde halledilirdi.

Ancak bunun yanında ünlü hukukçular (farazi ve gerçek) olayları bir araya getirip (*Regulae, Digesta, Responsa*) bunları yazıya dökmüşler ve hatta olaylardan hareket ederek gerçek kazuistik kuralları belirlemişlerdi (Cannata, 1989, s. 109 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 224 vd.). Daha o zaman Romalıların kitaplarında bulunan olaylardan çıkarmış oldukları kurallar, bugün kanunlarımızdaki hükümlerde yer almaktadır.

Ayrıca söz konusu klasik hukuk dönemi, bugün hâlâ bildiğimiz ve sadece en önemlileri oldukları için andığımız *Pomponius, Gaius, Papinianus, Ulpianus* veya *Paulus*'un, yani büyük hukukçuların dönemiydi. Cannata'ya göre M.Ö. 200 ile M.S. 250 arasında toplamda, sadece 90 kadar hukukçu vardı (Cannata, 1989, s. 126).

Huzursuz bir şekilde geçen 50 yıllık zamandan sonra bunu, M.S. 284'den M.S. 565'e kadar süren, Roma Hukuku'nun klasik sonrası hukuk dönemi olarak adlandırılan diğer dönemi izledi. İmparatorluğun ikinci dönemi (*Domitianus*'dan *Iustinianus*'a kadar olan son imparatorluk dönemi) sırasında, hukuk yazıya döküldü. Klasik dönem hukukçularının faaliyetlerindeki yüksek hukuki uzmanlıkları ve netlikleri, sonraki dönem imparatorlarının güçlerini daha otoriter kullanmalarıyla bağlantılı olarak, pragmatik bir tarzda gelişti. Çünkü o dönemin hukukçuları, klasik dönemki seleflerinin düşüncelerinin ayrıntılarını anlayamadıkları için, klasik dönem hukukçularının görüşlerinin hâkimin önünde yüksek sesle okunması çok etkili, belki de

gayet sert bir usulde gerçekleşmekteydi (Cannata, 1989, s. 159; Pichonnaz, 2008a, no.: 121 vd.). Odak noktasında da, gerekçenin ikna gücünden ziyade, daha çok bu gerekçe için alıntı yapılan klasik dönem hukukçularının sayısı önemliydi. Bu yüzden de tedarik edilmesi zor olan klasik dönem kitaplarına daha çok ihtiyaç vardı. Bundan başka özellikli görüşlerin temsil edildiği öyle kitaplara ihtiyaç vardı ki, bunların sahteleri de her zaman piyasada bulunmaktaydı (Pichonnaz, 2008a, no.: 123).

İmparator *Constantinus*, M.S. 321 ve 327’de, klasik eserlerden yararlanılmasını düzenleyen alıntı yapma hakkındaki kanunları (*Zitiergesetze*) çıkardı (CTh. 1, 4, 1, M.S. 321 yılında İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir *constitutio*; CTh. 1, 4, 2, M.S. 327’de *Constantinus*’un bir diğer *constitutio*’su). [Capogrossi Colognesi, 2009, s. 461 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 126]. Buna ek olarak *II.Theodosius*, metni aşağıdaki gibi olan benzer bir kanunu M.S. 426 yılında çıkardı (CTh. 1, 4, 3):

Imp. Theodosius et Valentinianus AA. ad senatum urbis Rom. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. et cetera. Dat. VII. Id. Novemb. Ravenna DD. NN. THEOD(OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.

Ulu imparatorlar II. Theodosius ve III. Valentinianus, Roma şehrinin Senatosu’na. Diğerlerinden sonra. Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus ve Modestinus’un bütün eserlerini bir araya topluyoruz, öyle ki Gaius da, aynı

Paulus ve Ulpianus gibi geçerliğe sahiptir ve onun toplu eserindeki paragraflar ve geri kalanlar ileri sürülebilir (mahkemeye ibraz edilebilir). İncelemeleri ve görüşleri hep yukarıda adı geçenlerin eserlerinde ortaya konulan ve alıntı yapılan Scaevola, Sabinus, Iulianus ve Marcellus gibi, diğer herkesin yorumları da, bunların kitapları sadece eskilik bakımından belirsizlik nede-niyle el yazmalarıyla karşılaştırılması yoluyla onaylandığında geçerli sayılır. Ancak nerede farklı düşünceler ileri sürülürse, orada yazarların çoğunluğu üstün gelir ya da sayı eşit olduğunda Papinianus'un düşüncesi tek başına üstün geldiği için, diğer ikisinin ona uymak zorunda olduğu (Papinianus'un) düşüncesi kabul edilir. Ayrıca önceden tespit edildiği gibi, Paulus ve Ulpianus'un, Papinianus'un toplu eseri üzerine notlarının geçersiz olduğunu tespit ediyoruz. Ancak aynı miktarda hukukçuların görüşleri birbirine karşıt olduğunda, onların görüşlerinin denk olduğu kabul edilir ve hâkim hangisine katılmak istiyorsa, kendi kanaatine göre karar verir. Aynı şekilde Paulus'un "*Sententiae*'sinin" her zaman geçerli olduğunu tespit ediyoruz. Ve diğerleri.

Tekrar geri döneceğim *Lex Romana Curiensis*'de de, benzer bir alıntı yapma hakkındaki kanun (*Zitiergesetz*) bulunmaktadır (Soliva 1986, s. 189 vd.; Meyer-Marthaler [1968]).

Geçerli olan hukuku tespit amacının sonucu olarak *II. Theodosius* (M.S. 408-450) tarafından, *Constitutiones* olarak adlandırılan imparator emirnamelerinin kodifikasyonu gerçekleştirildi. Bu şekilde meydana gelen *Codex Theodosianus*, M.S. 439'da Roma İmparatorluğu'nun her iki kısmı içinde yürürlüğe konuldu. (Meder, 2008, s. 86; Pichonnaz, 2008a, kenar numarası 139; yeni bir inceleme için, krş. Sirks, [2007]). Ancak bundan kısa bir zaman sonra da, Batı'da Roma İmparatorluğu yıkıldı.

Büyük İmparator *Iustinianus* M.S. 527'de imparatorluk makamını elde ettiğinde, ilk olarak Batı'da barbarların bölgesini yeniden fethetmek ve Batı'da Roma İmparatorluğu'nu yeniden canlandırmak istiyordu ki, bunu birkaç senede başardı (bunun için İtalya Ravenna'daki muhteşem mozaikler hâlâ ziyaret edilebilir). Ancak bunun için belirlilik arz eden bir hukuka ihtiyacı vardı. Böylece *II. Theodosius* gibi o da, hâlâ kullanılmakta olan bütün imparator emirnamelerini içeren birinci kodifikasyonunu M.S. 529'da yürürlüğe koydu. Bununla birlikte, yürürlükteki bütün hukuk kaynakları henüz toplanmamıştı. M.S. 530'da klasik dönemin bütün önemli olay derle-

melerinin (klasik dönem eserlerinin), düzenlenip toplanmasına (kompilasyonuna) karar verdi. Tayin edilen onbir üyeden oluşan bir komisyon, M.S. 533 yılının Aralık ayında bu olay derlemelerini, *Digesta* veya *Pandectae* (Yunancası) olarak adlandırılan 50 kitapta yayımladı. Aynı zamanda *Digesta*'nın kullanımını kolaylaştırmak için, bir ders kitabı (*Institutiones*) üzerinde çalışılıp yayımlandı. Buna ek olarak bir yıl sonra, *Iustinianus, constitutio* derlemesinin daha geniş kapsamlı, yeni bir baskısı olan *Codex Iustiniani*'yi yayımladı (M.S. 534)(Capogrossi Colognesi, 2009, s. 464 vd.; Pichonnaaz, 2008a, no.: 157). *Institutiones*'den (öğrenci kitabı), *Digesta*'dan (olaylar derlemesi) ve *Codex*'den (*constitutio*'ların derlemesi) oluşan bu üç kısım, sonradan Ortaçağ'da (1583), Fransız hümanist *Dionysius Gothofredus*'un 1583 tarihli külliyatından beri, *Codex iuris civilis*(*corpus iuris civilis*) olarak adlandırılmıştır (bkz. Hausmaninger/Selb, 2001, s. 56).

Romalılar tarafından yapılan bu derlemenin (kompilasyonun) yanında, Romalılarca verilen hükümler ve imparator emirnameleri de, Barbarların kanunlarında da kendi yollarını buldu. Bunun nedeni, bir taraftan Barbarlarla Romalılar arasındaki anlaşmazlıkların, daha önceden denenmiş hükümlerle düzenlenmesi ve ayrıca diğer taraftan da, Barbar Hukuku'na iyi uyumsuzluk çözümlerinin yerleştirilmesi idi. *Lex Romana Visigothorum* (M.S. 506), *Lex Romana Burgundionum* (5. yüzyılın sonları) ve farklı soyların diğer yasaları, bu yolla etkilerini icra etti. Mesela *Lex Romana Visigothorum*'un bir uyarılması ve sadeleştirilmesi şeklinde olan *Lex Romana Curiensis*'in (Soliva, 1986, s. 194), Grizon kantonundaki Chur şehrinin yakınlarında, 8. yüzyılın birinci yarısında uygulandığı bilinir (bu yasayla ilgili olarak krş. Meyer-Marthaler, 1968, s. 7 vd.; Soliva, 1986, s. 189-206 [kaynakçayla birlikte]). Yeni bilgiler ışığında muhtemelen bu “yasa” hiçbir zaman yürürlükteki hukuka ait değildi; fakat daha çok, geçerli olan hukuka üstünlük sağlayan ve aynı şekilde Romalıların örf ve adet hukukunun izlerine dokunmayan, sonuncusu yoluyla daha ziyade yabancılaştırılan, Batı'daki *Diocletianus*'dan sonra uygulanan Roma Hukukunun (*Vulgarrecht*) (Soliva, 1986, s. 201 f.; *contra* Gaudemet, 1965, s. 50) yapay bir formu, yazınsal bir resepsiyonuydu (Arquint, 1998-2010; Soliva, 1986, s. 203 vd., özellikle s. 205).

Tabiri caiz ise, Roma Hukuku'nun Batı'daki ikinci çöküşünden sonra, onun öncelikle değişmiş bir formda, yani Barbarların yasalarında yaşadığı düşünülmekteydi. Bu kısmen de öyleydi. Ancak sonradan gerçek bir yaşama

devam ve aynı zamanda, Roma Hukuku'nun daha da geliştirilmesine etki eden yeniden doğuş meydana geldi.

## II. ORTAÇAĞ VE YENİÇAĞ BOYUNCA İSVİÇRE'DE ROMA HUKUKU'NUN İKİNCİ HAYATI

*Iustinianus Digesta*'sının bir el yazması (6. yüzyıla ait bir *Digesta*), 11. yüzyılın sonlarına doğru İtalya'da yeniden keşfedildiğinde, Batı'da hukukun kaderi tamamıyla değişti. Bu el yazması üzerinde, sonradan sistemli bir şekilde çalışmalar, araştırmalar yapıldı. Bu sadece İtalya'da değil de, ayrıca sonradan bütün Avrupa'da da üniversitelerin ve hukuk fakültelerinin kuruluşu için bir neden olarak görüldü. Fakültelerin kuruluş dalgası, Bologna'dan (M.S.1088) İngiltere'nin kuzeyine kadar ve bu suretle tabii ki, İsviçre'ye de ulaştı (1460 yılında Basel). Her yerdeki hukuk fakültelerinde, aynı şeyin öğretimi yapıyordu: *Iustinianus*'un *Digesta*'sı ve *Codex*'i. *Iustinianus*'un bildiğimiz en eski *Digesta* el yazması (*Codex Florentinus*), 6. yüzyıldan kalmadır ve bu el yazması, Floransa'da Medicea Laurenziana Kütüphanesi'nde bulunmaktadır (*Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, C. 1, s. 11 vd.).

Birçok İsviçreli hukukçu, Bologna'ya eğitim almak için gitmişti. 1960 yılında yayımladıkları "Bologna'daki İsviçreli Hukukçular" kitabında Susan ve Sven Stelling-Michaud, 1265-1300 yılları arasında Bologna'da 225 İsviçreli öğrenci ve 1300-1330 yılları arasında da, diğer 85 tanesini kayda geçirebildiler. Belirtilen 65 yıl içerisinde, bugün Bologna'da yaklaşık 310 İsviçreli öğrenci olduğu bilinmektedir. Ancak her şeyden önce, 14. yüzyılın başlarından itibaren İsviçreli öğrenciler, Bologna artık ihtişamını yitirdiği için, Fransa'ya, özellikle de Orléans'ın (1230'da kuruldu), Montpellier'nin (1260 yılında kuruldu), Perpignan'ın (1349'da kuruldu) ya da Bourges'un (1464'de kuruldu) hukuk fakültelerine gittiler (Stelling-Michaud, 1960, s. 277 vd.). İtalya ve Fransa'daki yeni hukuk fakülteleri arasındaki düşünce yöntemi farklı olmasına rağmen (*mos [docendi] italicus* ve *mos [docendi] gallicus*'dan bahsedilir), hep aynı kitaplarla, yani *Iustinianus*'un *Digesta*'sı ve *Codex*'iyle çalışıldı. Bu metin üzerinde *glossa*'lar yapıldı, yani metnin kenarlarına alınan açıklayıcı notlarla zenginleştirildi ve daha sonra da yorumlandı, yani *fragment*'ler açıklandı. Somut olayların anlamı, bağlan-

tıları veya karşıtlıkları hakkında tartışıldı. Bunların hepsi, hukuki düşünüş yöntemini geliştirmiş oldu. Ancak bir şey değişmemişti:16. yüzyıla kadar, *Digesta* ve *Codex*'in asıl metni el sürülmemiş bir şekilde aynen kalmıştı. Bu tıpkı İncil'den sonraki ikinci bir Kitab-ı Mukaddes gibiydi. Zira bu metne tıpkı İncil gibi eksiksiz, muhalefetsiz ve değiştirilemez gibi bakıldı. Bunlar da Romalı hukukçu *Ulpianus*'un (M.S. 3. yy.) bir metnini hatırlatır:

*«Bu nedenle biz hakkaniyetin rahipleri olarak adlandırılabiliriz. Çünkü biz adalete hizmet eder ve içinde haklı-haksız ayırdığımız, izinli olanı izinsizden ayırt ettiğimiz, iyi ve adaletli olanın bilgisini öğretiriz. Sonrasında da insanları, sadece cezadan korkmaları yoluyla değil de, ayrıca iyi olanın ödüllendirilmesini vaat etmekle yönlendirmeyi amaçlarız. [...]» (Ulp. D.1.1.1 [1 inst.]: «Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.»).*

İsviçre için bu, 15. ve 16. yüzyıl çoğu üniversite hukukçuları tarafından aynı şeyin, yani aynı tekniğin, aynı metodun (Schröder, 2001, s. 23 vd.; Vogenauer, 2001, s. 430-662) ve aynı hukukun öğretilmiş olduğu anlamına gelmekteydi. Örf ve adet hukuku ve hukukun aynası «*coutumiers (gelenek ve görenekler)*» farklı olduğu için, İsviçre vadilerinde uygulanan hukuklar da, birbirinden gerçekten sert bir şekilde farklıydı (Huber, 1893, § 108, s. 18 vd., ülke hukukları ve vadilerde uygulan hukuk için aynı şekilde §112, s. 99; Poudret de [1996-2006]). Ancak uygulamada, yani yorum yapmada ve yine söz konusu sözlü veya yazılı örf ve adet hukukunun boşluklarının doldurulmasında, donanımlı hukukçular hep aynı araçları kullanmaktaydı. Bilimsel yöntemlerle kaynaklar üzerinde çalışma, *glossator*'lardan beri hukukçulara, bilimsel metodlarla hukukun iktibas edilebilirliğini (resepsiyonunu) teminat altına alma olanağı verdi (Samuel, 1995, s. 109, s. 149 vd.; Caroni, 2011, s. 62). Bununla birlikte bu çalışmalar, metodun ve bilimin konusunu oluşturmakla birlikte, aynı zamanda da içeriğini de oluştururdu (Samuel, 2007, s. 216 vd.; Caroni, 2011, s. 62). Gerçekten de ülke hukuklarında boşlukların olması nedeniyle, «öğretilen» Roma Hukuku farklı hukuklara, hukuk sistem-



lerine yavaş yavaş etki edebilmekteydi. Bu dönemde bütün Avrupa’da ve bu suretle kesin bir şekilde İsviçre’de de, *ius commune* olarak adlandırılan ortak hukuk oluştu. Bu ifade, her yerde tamamıyla aynı hukukun uygulanmış olduğu anlamına gelmemekteydi. Bilakis aynı düşünce tarzının, aynı ikincil literatürün ve boşlukların doldurulmasında, aynı usûlün kullanıldığı anlamına gelmekteydi. Öyleyse daha o zamanlarda hukuk, kıt’ada bilim olarak görülmekteydi.

Ferdinand Elsener’in (1975, s. 20 vd.) ve diğer yazarların (Caroni, 2011, s. 56 vd.; Bühler, 2003, s. 1 vd., özellikle de s. 60: «Bu suretle İsviçre’de hukukun gelişimi, güney Almanya, İtalya ve Fransa’dakinden farklı değildir»; fikrini açığa vurmayan Pahud de Mortanges, 2007, s. 134 vd.; ve genellikle Zimmermann, 2002, s. 13 vd., s. 98 vd.; Pichonnaz, 2011a, s. 58 vd.) işaret ettiği gibi, E. Huber 1893 yılında «*System und Geschichte des Schweizerischen Rechts* (İsviçre Hukukunun tarihi ve sistemi) »adlı eserinde, «yine debu, Yahudilerin ve kısmen de Laparten olarak adlandırılan İtalyan tacirlere uygulanan hususi hukuktan çok önemli olmayan, sadece küçük bir unsurdur» (Huber, 1975, s. 115) görüşünü belirttiğinden, Huber’in bu bakış açısına çok az ağırlık verdiğini düşünmekteyiz. Ancak bu, Roma Hukuku’nun katı, şekli bir rol oynadığı anlamına gelmemekle birlikte, ayrıca İsviçre’de, 17. ve 18. yüzyılda gerçek bir hukuk biliminin olmadığı sonucuna da götürmez (Caroni, 2011, s. 76). Belki de böyle bir şey, örneğin Fribourg’da 1763 yılında bir hukuk akademisinin kuruluşunda görülebildiği gibi, bazı şehirler için kabul edilebilir. Zira buralarda örf ve adet hukuku değil de, Roma Hukuku ve doğal hukuk öğretilen iki hukuk idi (De Raemy/Corpataux, 1922, s. 13 ff.; Elsener, 1975, s. 346).

16. yüzyılın hümanizması ve onun yöntemiyle (Hattenhauer, 2004, no.: 1173; Stein, 2003, s. 90 vd.; Coing, 1985, s. 67 vd.; Senn, 2003, s. 172 vd., s. 179 vd.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, s. 833 vd.), sonrasında da 17./18. yüzyılda doğal hukuk dönemiyle birlikte (Hattenhauer, 2004, no.: 1225 vd.; Stein, 2003, s. 117 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 292 vd.; Meder, 2008, s. 240 vd.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, s. 1099 vd.; Coing, 1985, s. 72 vd.; Wieacker, 1967, s. 249 vd., s. 599 vd.) *Corpus iuris civilis* farklı bir rol oynamaya başladı. Artık dokunulamaz, yegâne küçük özetlenmiş hukuk ders kitabı (*das Kompendium*) olarak değil de, daha ziyade *ratio scripta*,

yazılı akıl, yani doğal hukukun somutlaştırılması şeklinde, rasyonel hukuk olarak görülüyordu. Hugo Grotius'un 1625 yılında *De iure belli ac pacis* adıyla çıkan eseri, söz konusu değişikliğe sebebiyet verdi.

Bununla birlikte Roma Hukuku, doğada öğrenilebilen ve bulunabilen hukuki prensipleri açıklamak için merkezde kaldı. Ancak artık yegâne kaynak değildi.

Mesela 1689 yılında, Fransız hukukçu Jean Domat (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (doğal düzenleri içinde medeni kanunlar) başlığı altında, olaylardan ve metinlerden oluşan bir ders kitabı yazdı. Ön sözünün onayladığı üzere, kitap yüksek ölçüde Roma Hukuku içermektedir:

«Kullanılması son derece gerekli olan Medeni Kanunların az bilinmeleri tuhaf görünmektedir ve bilinmesi bizim için doğal olan hakkaniyet kurallarının neredeyse hepsini kapsadığından, kolay ve hoş olması gereken inceleme, bir o kadar zor ve güçlüklerle doludur. Bununla birlikte, bu kanunların yegâne toplandığı yer olan Roma Hukuku kitaplarında derlendiği biçimde öğrenilmelerinin kolay olmadığını kabul etmek gerekir. Bazılarının meslekleri gereği, bu durum onları bilmeye zorlar, birçoğu da onları bilmez. Hiç kimse uzun ve yorucu bir araştırma yapmadan da bu konuda yetkin olamaz. [...]» (Domat, 1723, «önsöz»).

Yaklaşık yüz yıl sonra Fransız Robert-Joseph Pothier (1699-1772), hem *Digesta*'da hem de *Codex*'de aynı türden ele alınan konuları bir araya getirmek için, *Iustinianus*'un *Digesta*'sını ve *Codex*'ini yeniden düzenlemeye karar verdi. Sonradan 1748-1752'de, üç ciltlik eseri olan *Pandectae*'yi yayımlandı (bkz. Pothier, [1818]).

Pothier çok daha önceden Roma Hukuku'nun fevkalade geniş hâkimiyetini açıklayan bu eseri temel alarak, "*Traité des Obligations*" (Traktat der Obligationen-Borçların Bilimsel İncelenmesi-) kitabını yazdı (1. Bası 1761; bkz. Pothier, [1824]). Borçlar Hukuku kısmıyla başlayan bu kitap, Fransız kanunkoyucu tarafından, 18. yüzyılın sonuna doğru, neredeyse harfî hafîne kabul edildi. Bununla birlikte 1804 tarihli *Code civil français* (Fransız Medeni Kanunu), birçok bölümünde Ortaçağ Roma Hukuku'na ve *Digesta*'ya dayanan Pothier'in açıklamalarını çok yakından takip eder (ve

kısmen Domat; bkz. Halpérin, 1992, s. 21, s. 121). Halpérin'in açıklamaları da aşağıdaki gibidir:

“Doğrusunu söylemek gerekirse, Pothier tarafından betimlenen hukuk, Fransa'nın hiçbir yerinde uygulanmıyordu. Ama söz konusu hukuk açıklı-ğıyla, Fransa'nın bütün hukukçularına ilham vermeye ve onları ikna etmeye elverişliydi.” (Halpérin, 1992, s. 21, s. 121).

Ancak Pothier'in etkisi, daha ilk Cambacérès tasarısında (9 Ağustos 1793) hissedilmekteydi. Çünkü borçların ve özel sözleşme türlerinin genel teorisi hakkındaki neredeyse bütün hükümler, Pothier'in bilimel incelemesinden kaynaklanmaktaydı (Halpérin, 1992, s. 21, s. 121).

Benzer bir durum, Prusya'da meydana geldi. II. Friedrich aydınlanma çağı (“*siecle des Lumieres*”) üslûbunda bir kanun yapımını arzuladı. Söz konusu derleme, yine Ortaçağ hukukçularının uzun yıllar çalışması yoluyla oluşan birçok romanist meselelere ve Roma Hukuku'nun, doğal hukukun *ratio scripta*'sı olduğu düşüncesine dayanmaktaydı. Bununla birlikte, 1794'de yürürlüğe giren Prusya devletinin kodifikasyonu (ALR), Romalı düşünce tarzı ve uyuşmazlık çözümleriyle doluydu.

Avusturya'da da benzer bir durum meydana geldi. Carl Anton von Martini de, doğal hukuktan, özellikle de Wolff'un hukuki düşünce tarzından etkilendi (Senn, 2003, s. 268). Önceleri Kant'tan etkilenen, ikinci düzenleyici (*Redaktor*) Franz von Zeiller ise, doğal hukukun etkisi altında kaldı (Senn, 2003, s. 268). Aynı şekilde her iki ABGB (Avusturya Medeni Kanunu) kanun metni de, güçlü bir şekilde Roma Hukuku'na dayanmaktaydı. Bu konuda yüzlerce örneğe değinilebilir; ama ben burada sadece birkaç örnek vereceğim. Örneğin eşyanın ABGB'deki hukuki tanımına göre:

“§ 285. Şahıstan farklı olan ve insanların kullanmasına hizmet eden her şey, hukuki anlamda eşya olarak tabir edilir.

§ 291. Eşyalar kendi niteliklerinin farklılıklarına göre türlere ayrılır: maddi varlığı olan ve maddi varlığı olmayan, taşınır ve taşınmaz, tüketilebilir ve tüketilemez, maddi değeri olan ve olmayan.”

Bu tanım, M.S. 160 yılında ünlü bir ders kitabını (*Institutiones*) kaleme almış olan, M.S. 2. yüzyıl hukukçusu *Gaius*'un metniyle de uyum içerisindedir:

Gai. 1,8: “Omne autem ius quo atimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones” ve sonrasında Gai. 2,12: “Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales”.

Gai. 1,8: “Uyguladığımız bütün hukuk kuralları ya kişilere ya eşyalara ya da davalara ilişkindir. En başta kişilerden bahsetmek istiyoruz.” ve sonrasında Gai. 2,12: “Bunun dışında bazı eşyalar maddi varlığı olanlardan (*res corporales*), diğerleri de maddi varlığı olmayanlardandır (*res incorporales*).”

Roma Hukuku'nun İsviçre üzerindeki o dönemki etkilerinden bahsetmeden önce, söz konusu dönemde Almanya'daki durum üzerine açıklamalarda bulunmak zorundayım. Doğal hukuk doktrinini, Gustav Hugo (1764-1844) ve Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) tarafından kurulan ve tarihi hukuk mektebi olarak adlandırılan yeni bir hukuk doktrini izledi. Tarihi hukuk mektebinin düşünceleri şu şekilde özetlenebilir: Almanya'da bir kanun koyma faaliyeti için, ilk önce tarihsel bağlamda halkın ruhu (*Volkgeist*) ele alınmalıydı. Savigny (örneğin Otto von Gierke'nin aksine), halkın ruhunu (*Volkgeist*) Cermen Hukuku'nda değil de, Roma Hukuku'nda görmekteydi. Bu düşünce ilke olarak “*Back to the origins (kökenlere dönüş)*” şeklinde adlandırılabilirdi. Savigny, klasik dönem Roma Hukuku kaynaklarını, yani *Digesta*'daki olaylar toplamını gözlemledi. Kaynaklar üzerinde çalışması, kendine özgüydü. Hukukun bir sistemi betimlediği düşüncesi, Savigny'yi sistemi ön planda tutacak şekilde Roma Hukuku çalışmalarına yöneltti. Esasen sistematik ve yüksek ölçüde soyut hukukun bu düşüncelerini, Roma Hukuku'na dayandırmayı deniyordu. Bunun sonucunda 1840 tarihli, sekiz ciltlik dünyaca ünlü “*Das System des heutigen Römischen Rechts (Günümüz Roma Hukuku'nun Sistemi)*” eseri meydana geldi. Bu kitap, diğer eserler, yani Bernard Windscheid'ın Pandekt Hukuku ve tarihi hukuk mektebinin diğer eserleri gibi, Alman kanun koyucusuna etki etti. Bu etkinin ayrıntılı açıklamasının burada özet halinde yapılması, olanaklı ve ayrıca gerekli de değildir.

İsviçre birçok kez bu ilerlemeye dâhil oldu ve ben burada her şeyden önce, bu etkinin en iyi gözle görülür şekilde ortaya çıktığı, özel hukuktan bahsedeceğim. Caroni'nin inandırıcı delillerle kısaca gösterdiği gibi, bazı kantonlardaki uygulamada, Alman örf ve adet hukukunun izleri çok fazla

görülmekeydi (Caroni, 2011, s. 74 vd., ayrıca Keller ve Bluntschli'nin mektuplarından alıntılar, s. 76, s. 78). Ancak tarih doğrusal bir şekilde ilerlememekteydi. Öyle ki, Roma Hukuku sadece üniversitelerde öğretilmiyordu. Ayrıca Freiburg'daki örnekte görüldüğü gibi, ülkedeki akademilerde de öğretilmekteydi (De Raemy/Corpataux, 1922, s. 1 vd.). Bundan başka, bizatihi Roma Hukuku'ndan etkilenmiş olan diğer ülkelerin kanunlarında kökeni bulunan İsviçre kodifikasyonuna etkileri meydana geldi.

Napoléon tarafından Fransız Medeni Kanunu'na (*Code civil*) dayanarak İsviçre için geliştirilen Müşterek Medeni Kanunun (*Code civil unique*) başarısızlığa uğramasından sonra, İsviçre Kantonları kendi yollarını bulmak zorundaydı (bkz. Pahud de Mortanges, 2007, s. 197 vd., s. 208 vd.). Çoğu bir kanun için, yani bir kanunlaştırma (kodifikasyon) hakkında karar verdi. Uygulamada güney ve batı İsviçre'nin bütün kantonlarının kanunları, az ya da çok 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code civil*) uyarlamasını -daha doğru bir ifadeyle çevirisini- ifade etmekteydi (böylelikle Genf'de, Waadt'te [1803/1819], Wallis'de [1853/1855], Neuenburg'da ve kısmen Freiburg'da [1849] veya hatta Tessin'de bile [1837]) (Pichonnaz, 2011b, s. 126). Fransız Medeni Kanunun'da (*Code civil*), Roma Hukuku'nun ne kadar çok izi olduğunu gördük(hâlâ bu etkileri devam etmektedir). Ancak bahis konusu olan klasik dönem Roma Hukuku değil de, ortaçağ hukukçularının esaslı çalışmaları sonunda geliştirilen Roma Hukuku'dur. Meselâ Hollandalı 17. yüzyıl hukukçusu Hugo Grotius'un düşünceleri, Domat'dan (örneğin onu okuduğu bilinir, bkz. Gazzaniga, 1992, s. 144 ve planda bir benzerliği bulan Arnaud [1964]), ayrıca Pothier'den (en azından Barbeyrac aracılığıyla [1674-1744]; Jean Barbeyrac üzerine bkz. Meylan, [1937]) ve Pufendorf'dan da etkiler taşımaktadır (Pufendorf'un Pothier'e etkisi üzerine bkz. Gazzaniga, 1992, s. 172 ve Arnaud, 1964, s. 208). Grotius,örneğin Roma Hukuku kaynaklarından, *animo solo* zilyetlik ve mülkiyet devrine dayanarak, mülkiyet naklinin, salt irade uyuşması yoluyla gerçekleşme olasılığını aldı (Schmidlin, 2011, s. 68 vd.).

Bazı kanunlaştırmalar da, 1811 tarihli Avusturya ABGB'sinden kuvvetli bir şekilde etkilenmişti. Aynı durum Bern'de, Luzern'de, Solothurn'da ve Aargau'da da geçerliydi (Pichonnaz, 2011b, s. 126). Bu nedenle de, doğal hukuk kodifikasyonundaki ve bununla birlikte tartışmasız bir şekilde Roma Hukuku'daki kök salma, hâlâ çok günceldi.

Bundan sonra, 1827 yılında Berlin’de Savigny’nin öğrencisi olan, Zürih’li hukukçu (Bluntschli, 1884, s. 62 vd., onunla mektuplaşmaları hakkında da bkz. s. 248) Johann Caspar Bluntschli (bkz. Meili, 1908, s. 1 vd.), ortaya çıkar. Kendisi Zürih Kantonu için bir kanun hazırlamakla görevlendirildiğinde, bu konuda pandekt anlayışını benimsetmeyi denedi.

Zürih PGB’si (Zürih Medeni Kanunu) geleneksel Zürih Hukuku, öğretilen Pandekt Hukuku ve modern Ticaret Hukuku arasında bir sentezi göstermekteydi. Sadece mülkiyetin devri örneği kısaca göz önünde bulundurulduğunda, § 646 PGB’ye göre “Taşınır bir malın mülkiyeti malikten halefe, satım, trampa, bağışlama gibi mülkiyetin devrine yönelik hukuki işlemler sonucunda, zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilir” (bkz. Bluntschli, 1855, s. 167). Söz konusu zilyetliğin devri (Latince *traditio*) ve buna ek olarak haklı sebep (*iusta causa traditionis*), Roma Hukuku’nda mülkiyetin devrinin asıl şartlarıydı. Paulus’a ait olan metinde de görüldüğü gibi (D. 41, 1, 31pr): “*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequetur*” (“Hiçbir zaman sadece teslim, mülkiyeti devretmez. Bilakis önceden gerçekleşen satım veya başka bir haklı sebep sonucunda yapılan teslimle (mülkiyetin devri) meydana gelir”; çeviri için bkz. Rainer/Filip-Fröschl, 1998, s. 46).

Doğu ve merkez İsviçre’nin kanunlaştırma çalışmalarına, Zürih Medeni Kanunu’nun dikkate değer bir etkisi oldu (Schaffhausen, Zug, Thurgau, Nidwalden, Glarus ve kısmen Graubünden).

Bununla birlikte Orta Çağ’da, doğu İsviçre’de, her şeyden önce Cermen hukukunun uygulamada kullanıldığı, 19. yüzyıl kanunlarının Roma Hukuku tarafından güçlü etkiler içerdiği ve bu yüzden de, sonuçta İsviçre’yi etkilemiş olduğu görülür.

### III. İSVİÇRE KODİFİKASYONU VE ROMA HUKUKU

İsviçre Borçlar Kanunu hakkındaki ilk çalışmaların temeli, kendiliğinden anlaşılacağı üzere, Roma Hukuku’nun kanunlaştırılması gibi bir düşünce değildi. Ancak diğer Avrupa kodifikasyonları, Munzinger’in tasarısında önemliydi (1869-1873; Munzinger üzerine bkz. Fasel, (2003a); Fasel, 2003b, s. 345-352; Pichonnaz, 2011b, s. 126 vd.; Honsell, 2011, s. 9 vd.).

İsviçre hukukunun zorluğu ve orijinalliği, farklı hukuksal gelenekleri göz önünde bulundurmaktan ve buna rağmen anlaşılır, anlamlı bir kanunu kaleme almaktan kaynaklanmaktaydı. Meili'nin 1901 tarihli bilimsel incelemesinde vurguladığı gibi, “özel hukuku ilgilendiren her şey, İsviçre’de, romanist ve Alman-İsviçreli bakış açısının uzlaşması temin edilerek elde edilmelidir” (Meili, 1901, s. 12).

Bütün bu kanun koyuculuk gelenekleri, Roma Hukuku’ndan etkilenmişti. Bu yüzden, söz konusu tasarı hazırlıklarının aslında basit olduğu düşünülebilse de, somut durum bu şekilde gerçekleşmemişti. Zira farklı geleneklerin temel felsefesi, birbirinden çok farklıydı. Carrard, Chur’da 1873 yılında İsviçreli hukukçular derneğinin toplantısından önceki konuşmasında, Zürich Medeni Kanunu’nun bütün İsviçre için kabul edilmesinin olanaksızlığını şiddetle vurguladı. Çünkü aslında bu sistemin içerisinde, bütün İsviçre’ye kesinlikle uymayan Zürich örf ve adet hukuku, ağırlıklı bir şekilde bulunmaktaydı (Carrard, 1873, s. 15: «[Zürich Kanunu] Zürich Hukuku’nun özelliklerini özenle korudu. Bu da Zürich Kantonu için saygınlık kazandırmaktayken, Thur’un eski Alman Galyası (Gau) tarafından işgal edilen toprakları için belki de, bunu bütün İsviçre’ye zorla kabul ettirmesi söz konusu olmasından itibaren, büyük bir eksiklik olabilecekti.»).

Bu husus iki örnekle açıklanabilir. Ancak daha fazlası da verilebilir!

Sözleşme nedir? Sözleşmeler sisteminin («*contractus*») tanımlanması, önceleri daha Roma Hukuku’nda bilinmekteydi. Örneğin *Ulpianus* «*conventio*’dan» bahsettiğinde, *Pedius*’un incelikli sözlerine uygun olarak, eğer içinde bir *conventio* barındırmıyorsa, herhangi bir sözleşme veya yükümlülüğün de olmadığını belirtir (Ulp. D. 2, 14, 1, 3: “*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*”) (Ulp. D. 2, 14, 1, 3: “*Conventio* -anlaşma- kavramı *Pedius*’un yerinde olarak söylediği gibi, o şekilde genel anlamdadır ki, eşyanın teslimi -*re*- veya sözler aracılığıyla meydana geldiğinde, eğer bir anlaşma -uyuşma- içermiyorsa, sözleşme veya borç ilişkisi oluşmaz. Çünkü sözlerle meydana gelen *stipulatio* da, *consensus* -iradelerin uyuşması- içermediğinde geçersizdir.”

Öyle ki bu düşünce, bir sözleşmenin varlığı için, taraf iradelerinin birbiriyle uyuşmasını şart koşar (“*cumvenire*”). O halde sözleşme, sözleşme taraflarının anlaşmasının önemini vurgular. Bu düşünce, iradeyi hukuki işlemin merkez noktasına koyan, sözleşmeler hakkındaki pandekt görüşüne çok yakındır. Hukuki işlemin alışlagelmiş tanımının açıkça gösterdiği gibi: “Hukuki işlem, tek başına veya diğer unsurlarla birlikte, açıklanan iradeye uygun hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik, özel bir (devletin egemenlik yetkisini kamusal biçimde kullanmasıyla ilgili olmayan) irade beyanıdır.” (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, 2008, no.: 119).

Sözleşmenin bir diğer tanımı (*contractus*; bkz. Nelson/Manthe, 1999, s. 446 vd.) *Labeo*’da (ölümü M.S. 10/11) bulunur. *Labeo* için sözleşme, “*obligatio ultro citroque*”yi, yani karşılıklı borcu; Yunanlıların belirttiği gibi («[...] *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant [...]*»; Ulp. D. 50, 16, 19) *synallagma*’yı (borçta sözleşmesel karşılıklığı) ifade eder. Her şeyden önce bu tanımı Grotius, sözleşmenin karşılıklı taahhütlerin değiş-tokuşu olduğu düşüncesini gerçekleştirmek için kullandı. *De iure belli ac pacis*(lib. II, cap. XII, § VII [1993, s. 344]) eserinde yazdığı gibi: «*Omnes autem actum aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*» («Gerçekten sadece <*bienfaisance* (hayır işlerinden, yardım severlikten ya da iyilik yapmayı amaçlayan hatır ilişkisinden)>’dan kaynaklanmayan, diğerlerine bir fayda sağlayan bütün işlemler <sözleşme> olarak adlandırılabilir»; bkz. Schmidlin, 1999, s. 187 vd., her şeyden önce s. 190 vd.).

Bu yüzden sözleşme, her şeyden önce karşılıklı borç olarak anlaşılır (Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, § V bkz [1993, s. 343 f.]). Bir sözleşme düşüncesi «*conventio*», yani iradelerin görüşülmesi olarak değil, bilakis taahhütlerin değiş tokuşu anlamında Fransız Medeni Kanunu’nda (*Code civil*) bulunurken, bir sözleşme ancak *causa* söz konusuysa, yani bir taahhüt, nedenini karşı taahhütte barındırıyorsa, geçerli bir şekilde dava edilebilir. Bu bakımdan Fransız Hukuku romanist düşünceleri kabul etmiştir (Ulp./Lab. D. 17, 1, 8 pr): «*Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*» («Bir dava temsilcisi tayin ettiğimde ve bu kimse, dava için



bana bırakılan belgeleri geri vermediğinde, bana karşı hangi davayla sorumlu olur?

*Labeo* onun vekâletten doğan davayla sorumlu olacağını düşünür. Ancak onun görüşü, vadiadan kaynaklanan davanın açılabilmesinin kabulü şeklinde olsaydı, hakkaniyet kurallarına uygun olmazdı. Yani her sözleşmede, esas ve hukuki nedeni belirlemek gerekir.» (Çeviri R. Knütel, *Corpus Iuris Civilis*, Metin ve Çeviri, III, Dig. 11-20, 1999, s. 360).

O halde sözleşme, Züriç Kanunu'ndaki gibi (Bluntschli, 1855, III, § 903, s. 1) «sadece» tarafların iradesini mi desteklemelidir, yoksa sözleşme, güney Avrupa (İtalyan, Fransız, Romanş veya İspanyol) kanunlarındaki gibi geçerli bir *causa* ile birlikte, karşılıklı taahhütlerin sonucu olarak mı görülmelidir? Bluntschli ve sonra 1881 tarihli Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin ifadesi, modern metin için «*consensus*'u», yani karşılıklı iradelerin uyuşmasını kabul etti: «Bir sözleşmenin kurulması için, tarafların karşılıklı, birbirine uygun irade açıklamaları gerekir». Bu ifade, *Ulpianus*'un ünlü metniyle (D.2, 14, 7) uyum halindedir. Öyle ki taraflar arasında isimli sözleşmelerden biri -tipik sözleşmelerden biri- (*Nominatvertrag*) söz konusu olduğunda, *causa*'ya da ihtiyaç yoktur.

Çözüm, günümüz Borçlar Hukukunda da her zaman aynıdır. Görüldüğü üzere, her iki görüş de temelini Roma Hukuku'nda bulur. Ancak diğerlerine nazaran bir çözümün tercih edilmesine karar verilmesi, her zaman esaslı sonuçları haizdir.

Şimdi de satım sözleşmesinde mülkiyetin nakli ve hasarın intikaliyle ilgilenmek istiyorum: Fransız Hukuku'nda geçerli olan, rasyonel hukuk görüşünden (doğal hukuk doktrininden) kaynaklanan temel düşünceye göre, sözleşmenin kurulmasıyla mülkiyet de devredilir (CCfr. -Fransız Medeni Kanunu- 711 i.V.m. CCfr. -Fransız Medeni Kanunu- 1583). Bu düşüncenin kökeni tekrar Roma Hukuku kaynaklarına dayanmakla birlikte, diğer taraftan da, Grotius'un «*quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii*» («Tamamlanmış, geçerli (*perfekt*) her taahhüt, mülkiyetin devri gibi benzer bir etkiyi haizdir» [Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § IV, 1993, S. 329]; ayrıca bkz. Schmidlin, 2011, s. 62) ifadesine dayandırılmaktadır.

Bu çözüm tarzı, Fransızca konuşan batı kantonları için de geçerliydi. Buna karşı Zürih Kanunu'ndan etkilenen kantonlar, zilyetliğin devrine dayanan mülkiyetin devrini tanımaktaydı. Ön tasarımlarda farklı çözümler sunulduktan sonra, 1881 tarihli federal kanun koyucu sonunda zilyetliğin devrinin, hükmen teslim ve *brevi manu traditio* ile çok fazla hafifletilmiş olmasının yanında, mülkiyetin devrinin zilyetliğin devri yoluyla geçeceğine karar verdi (Egli, 1926, s. 67). Şu şekildeki eski İsviçre Borçlar Kanunu (aOR) md. 199'a da veda edildi: "Taşınır bir malın mülkiyeti bir sözleşme sonucunda devredildiyse, zilyetliğin devri geçerlidir. Bu nedenle güney Avrupa dillerini konuşankantonlar(*die welschen Kantone*) "kaybolmuştu". Ancak mecliste her zaman yoğun bir şekilde tartışma yürütüldü.

Parlamento komisyonlarında muhalefetler devam ettiği için, parlamentoda kanun tasarısının son görüşmesinde, eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun (aOR) 204. md.'e giriş bağlamında, bir uzlaşma önerisi yapıldı (her şeyden önce bkz. Egli, 1926, s. 65-70; buna dayanarak Cortesi, 1996, s. 11 vd.; Bucher, 1970, s. 288 vd.; Cavin, 1977, s. 29; Pichonnaz, 2008b, s. 190). İçeriği de, 1881 tarihli İsviçre parlamentosunun Fransızca konuşan azınlığı karşısında bir boyun eğiş şeklindeydi (Bucher, 1970, s. 288 vd.; Egli, 1926, s. 65 vd.; Pichonnaz, 2008b, s. 190). Ancak bunlar, satım sözleşmesinde güvendikleri kuralın en önemli noktasını hala korumak istedikleri için, daha satım sözleşmesinin kurulması anında, hasarın intikalinin savunuculuğunu yapmışlardı. Diğer bir deyişle alıcı, satım konusu şeyin beklenmeyen haller neticesinde telef olmasının ekonomik sonuçlarını, eşyanın telef olmasına rağmen hâlâ semeni ödemek zorunda kalmasıyla taşımaktaydı. Bu durum, satım konusu şey henüz satıcıda bulunsa ve bu nedenle mülkiyet daha satıcıya geçmemiş olsa dahi geçerliydi. Söz konusu "başarılı" uzlaşma, iki hukuki geleneğin (görüşün) birbiriyle tartışmasının dikkat çekici bir örneğiydi (Egli, 1926, s. 68; Pichonnaz, 2008b, s. 190). Ancak söz konusu "*periculum emptoris* (hasar alıcıya aittir)" uzlaşmayı ifade eden çözümünün ve zilyetliğin devri yoluyla mülkiyetin devrinin, klasik dönem Roma Hukuku çözümlerini yansıtmaması dikkate değerdir. Bu durum hâlâ Şili'de geçerlidir (Şili Medeni Kanunu, md. 1820; Güney Afrika için bkz. Bauer, 1998, s. 182 vd. ve Zimmermann, 1996, s. 292)! Bu bilgelik dolu karar, eski Borçlar Kanunu'nun 1907 tarihli revizyonunda şüpheli görülmüş olsa da, artık değiştirilmedi (Pichonnaz, 2011b, s. 133). En başta anlaşmazlığa neden

olan korku, sonuçta bütün değişiklik önerilerinin geri çevrilmesine neden oldu. Bununla birlikte, satım sözleşmesinde hasarın intikaliyle ilgili OR (İsviçre Borçlar Kanunu) md. 185 selefleriyle de çok benzerdir.

Bu çözüm tarzı doğrudan Roma Hukuku'ndan kaynaklanmasa da, bununla benzerlikleri, 2002 tarihli bir kararında Federal Mahkeme'nin, OR (İsviçre Borçlar Kanunu) md.185'tarihsel analiz yaparak yorumlamasına neden oldu. Zira *periculum est emptoris* (hasar alıcıya aittir) kuralının sınırları tartışılmak istenmekteydi. (BGE 'Federal Mahkeme Kararları, resmi arşiv' 128/2002 III 370 (12.3.2002, 4C.336/2000); Pichonnaz'ya da bkz., 2008b, s. 183 vd.; Pfeiffer, 2003, s. 884 vd.). Bu husus, Roma Hukuku'nun bazen kendini belli ettirmeden hâlâ aramızda herhangi bir şekilde yaşadığının işaretiydi. Federal mahkeme, kararında sadece *Iustinianus*'a değil de (6. yüzyıl İmparatoru), ayrıca Cuiacius (16. yy) veya Pothier gibi ortaçağ hukukçularına da atıf yapar. En yüksek mahkeme için bu, kendine özgü bir durumdur. Böylece Roma Hukuku, günümüz problemlerine romanist çözümlerin aktarılması için değil de, çözümün arka planını, yani çözümün yapısını daha iyi açıklamak için, tarihsel gerekçelendirme olarak kullanılmıştır.

#### IV. SONUÇ: ROMA HUKUKUNUN ÜÇÜNCÜ HAYATI

Kodifikasyonların artık eskimiş çözümleri uyandırmaya etkisi oldu. Ancak "hâkimin kanunu uygulaması" her gün yeni uyumsuzluk çözümlerini gösterdiğinden, somut durumlarda farklı çözümler gerçekleşti. Zira çözümler basit bir şekilde "kanunda" yer almadığı için, çoğu zaman yeniden bulunmalıdır. Esasen Roma Hukuku, Borçlar Hukukunda ve kısmen medeni Hukukta yeniden canlandı -Hatta Derrida gibi söylenebilirse, bunlar «*hantés* (cinli, perili)» dir. Roma Hukuku bilgisi, şimdiki hukuk sistemimizin daha iyi anlaşılabilmesi ve gelecekteki hukuk sistemiyle karşılaştırma yapılabilmesi için oldukça önemlidir.

Roma Hukuku bazen doğrudan, ancak çoğunlukla dolaylı bir şekilde İsviçre hukukçuları üzerinde önemli bir rol oynamaktadır. Anlaşıldığı üzere, bu husus kesinlikle bir hâkimin veya avukatın günlük işlerinde değil de, mutlaka uyumsuzluk çözümünün "zor" olduğu durumlarda gerçekleşir.

Federal mahkeme, bu hususu örneğin, önceden değinilen durumda ve ayrıca ünlü papağan olayında olduğu gibi, diğer kararlarında da gösterdi,

BGE (Federal Mahkeme kararları, resmi arşivi) 133/2006 III257 (bkz. Pichonnaz, 2011a, s. 63 vd.; Pichonnaz, 2011c, s. 407 vd.; Werro, 2009, s. 5 vd.; Honsell, 2007, s. 154 vd.; Keller, 2007, s. 780 vd.; Zellweger-Gutknecht, 2007, s. 769; Coendet, 2008, s. 15 vd.; Tercier, 2008, s. 295 vd.; Brunner/Vischer, 2008, no.: 13 vd.; Koller, 2008, s. 9 vd.; Vischer, 2009, s. 129; Schmid, 2010, s. 600).

Roma Hukuku'nun kürsülerce günümüz hukuku gibi, hem öğretilmesi hem de araştırmalarının yapılması, aynı zamanda da bir şanstır. Zira bu durum, güncel sorular aracılığıyla tarihsel araştırmaların yürütülmesine imkân sağlamaktadır. Bu dinamik gelişme son on yıllık dönemin dikkate değer bazı doktora tezlerinde de görülmektedir.

Adı geçen Roma Hukuku'nun "üçüncü hayatı", sözleşmeler hukukunun Avrupa zemini bakımından gelişiminde meydan geldi (bkz. "yeniden canlanmadan" bahseden Caroni, 2011, s. 74). Tarihsel araştırmalar bağlamında, Roma Hukuku çözümlerini günümüz hukukunda kullanmak anlamlı değildir. Zira sosyo-ekonomik ilişkiler son derece değişmiştir. Ancak yeni kurallar, farklı milli sistemler arasındaki bir görüşmenin sonucu olarak değil de, bilakis üzerinde iyice düşünülen çözümleri ifade ettiği için, Roma Hukuku farklı Avrupa düşünce sistemine dayalı çözümleri bulmak için doğru soruları yöneltmeye de yardım eder. Ancak bu husus bir sonraki konferansın konusu olacaktır.

"İsviçre ve Roma Hukuku", ilk bakışta şaşırtıcı bir çift olarak görülür. Ancak Roma Hukuku'nun her zaman günümüz hukukunun köklerini gösterdiğinin açıklandığını umut ediyorum. Bir ağaç kökleri sayesinde yetiştiği gibi, günümüz hukuku da Roma Hukuku'ndan gelişmiştir. Hukukun kökleri, onun işlevlerini açıklar, ancak pek tabiidir ki onun yerine geçemez. Günümüz hukukuna dogmatik-tarihsel bakış açısından Roma Hukuku, sadece hukukçuların amaca uygun gelişimi açısından değil de, ayrıca yorum aracı olması açısından da önemli bir rol oynamaktadır. Ancak çözümler, sosyal ve ekonomik gerçekliklere göre, yeniden bulunmuş olmalıdır. Bu durum da, her zaman Roma Hukuku'nu aşan bir şekilde, fakat Roma Hukuku sayesinde gerçekleşmektedir.

### Kaynakça

- Arquint**, Jon-Peider (1998-2010); Lex romana Curiensis, Historisches Lexikon der Schweiz [Online im Internet].Verfügbar im Internet: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8943.php?PHPSESSID=6706f18e6677b72323bc0f97f7be7ee6a> [2011-19-10].
- Arnaud**, André-Jean (1964); *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris.
- Basedow**, Jürgen/**Hopt**, Klaus J./**Zimmermann**, Reinhard (Hg.) (2009); Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2 Bände). Tübingen.
- Bauer**, Martin (1998); *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1884); *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Vol. I, Nördlingen.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1855); *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton*. Zürich.
- Brunner**, Christoph/**Vischer**, Markus (2008); Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007. *Jusletter*, 13. Oktober 2008. Verfügbar im Internet: [http://jusletter.weblaw.ch/article/de/\\_6802?lang=fr#titel\\_2\\_32](http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_6802?lang=fr#titel_2_32) [2011-19-10].
- Bucher**, Eugen (1970); Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer): *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, n. F. 89 I, S. 281-294.
- Bühler**, Theodor (2003); Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, *SZ-RA*, 120, s. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi**, Luigi (2004); *Lezioni di storia del diritto romano*. Neapel.
- Caroni**, Pio (2011); Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo? In Paola Guglielmotti, Isabella Lazzarini und Gian Maria Varanini (Hg.), *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini* (S. 55-79). Florenz.

- Cavin**, Pierre (1977); Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), *Schweizerisches Privatrecht* (Bd. VII/1), *Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart.
- Coendet**, Thomas (2008); Schadenszurechnung im Kaufrecht. *Recht*, S. 15-26.
- Coing**, Helmut (1985); *Europäisches Privatrecht* (Bd.I.), Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München.
- Corbino**, Alessandro/**Santalucia**, Bernardo (Hg.) (1988); *Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, Vol. I. Florenz.
- Cortesi**, Oreste (1996); *Die Kaufpreisgefahr*. Zürich.
- Domat**, Jean (1723); *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, Tome I. Paris.
- Egli**, Walter (1926); *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*. Affoltern.
- Fasel**, Urs (2003a); *Bahnbrecher Munzinger*. Bern.
- Fasel**, Urs (2003b); Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 345-352.
- Fögen**, Marie-Theres (2002); *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan (2008); *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Bände) (9. Aufl.). Zürich/BaselGenf.
- Gaudemet**, Jean (1967); *Institutions de l'Antiquité*. Paris.
- Gaudemet**, Jean (1965); Le bréviaire d'Alaric et les épitomes. *Ius Romanum Medii Aevi* (Pars I, 2 b, aa, b) (S.1-57). Mailand.
- Gazzaniga**, Jean-Louis (1992); *L'impossible Code civil*. Paris.
- Hattenhauer**, Hans (2004); *Europäische Rechtsgeschichte* (4. Aufl.). Heidelberg.
- Hausmanninger**, Herbert/**Selb**, Walter (2001); *Römisches Privatrecht* (9. Aufl.). Wien.

- Honsell**, Heinrich (2007); Der Mangelfolgeschaden beim Kauf-Papageienfall des Bundesgerichts. *Recht*, S. 154-158.
- Honsell**, Heinrich (2011); 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 5-115.
- Huber**, Eugen (1893); *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Bd IV). Basel.
- Keller**, Roland (2007); Bemerkungen zum 4C.180/2005 (BGE 133 III 257): *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, S. 780-783).
- Keller**, Alfred (2008); *Leistungssötungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*. St. Gallen.
- Meder**, Stephan (2008); *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.) Köln/Weimar/Wien.
- Meili**, Friedrich (1901); *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*. Zürich.
- Meili**, Friedrich (1908); *Johann Caspar Bluntschli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft. Erinnerungsblatt zum Hundertsten Geburtstage (7. März 1908)*. Zürich.
- Meyer-Marthaler**, Elisabeth (1968); *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*. Zürich.
- Meylan**, Philippe (1937); *Jean Barbeyrac (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, contribution à l'histoire du droit naturel*. Lausanne.
- Nelson**, Hein L. W./Manthe, Ulrich (1999); *Gai. Institutiones III 88-181*. Berlin.
- Pahud de Mortanges**, René (2007); *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*. Zürich/St. Gallen.
- Pfeiffer**, Guido (2003); «Periculum est emptoris»- Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien, Entscheidung der Schweizerischen Ire Cour Civile vom 12. März 2002. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, s. 884-894.

**Pichonnaz**, Pascal (2008a); Les fondements romains du droit privé. Genf/Zürich/Basel.

**Pichonnaz**, Pascal (2008b); Periculum emptoris und schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf Römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht. In Wolfgang Ernst/Eva Jakab (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (S. 183-201). Berlin Heidelberg.

**Pichonnaz**, Pascal (2011a); Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge. *Index*, 39, S. 58 ff.

**Pichonnaz**, Pascal (2011b); Le Centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 117-227.

**Pichonnaz**, Pascal (2011C); L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO. In Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey (Hg.). *L'homme et son droit, Mélanges Marco Borghi* (S. 399-414). Genf/Basel/Zürich.

**Pothier**, Robert-Joseph (1818); *Pandectae Justinianee in novum ordinem redactae* (4. Aufl.). Paris.

**Pothier**, Robert-Joseph (1824); Traité des obligations. In André Dupin/Jacques Marie-Jean (Hg.), *Œuvres de Pothier* (Band I). Paris.

**Poudret**, Jean-François (1998-2006); *Coutumes et coutimiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à l fin du XVIe siècles* (6Bände). Bern.

**De Raemy**, Tobie/**Corpataux**, Georges (1922); Les origines delécole de droit de Fribourg [Neudruck aus: *Annales fribourgeoises* (1922) 10, S. 193-207; (1923) 11, S. 248-257; (1925) 13, S. 53-66 und S. 104-123, S. 1-56]. Fribourg.

**Rainer**, Michael/**Filip-Fröschl**, Johanna (1998); *Texte zum Rmischen Recht*. Wien/New York.

**Samuel**, Geoffrey (2007); Taking Methods Seriously (Part Two). *Journal of Comparative Law*, S. 210-237.



- Samuel**, Geoffrey (2005); *Epistemology and Method in Law*. Aldershot.
- Schmid**, Jörg (2010); Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Obligationenrecht. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 146, s. 554-631.
- Schmidlin**, Bruno (1999); Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung. In Reinhard Zimmermann (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 187-205). Heidelberg.
- Schmidlin**, Bruno (2011); *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*. Genf/Zürich/Basel.
- Schröder**, Jan (2001); *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*. München.
- Senn**, Marcel (2003); *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Sirks**, Adriaan Johan Boudewijn (2007); *The Theodosian Code. A Study*. Friedrichsdorf.
- Soliva**, Claudio (1986); Römisches Recht in Churrätien. *Jahrbuch der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 116, S. 189-206.
- Stein**, Peter (2003); *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*. Genf/Basel/München.
- Stelling-Michaud**, Sven (1960); *Les juristes suisses à Bologne (1255-1330). Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*. Genf.
- Tercier**, Pierre (2008); Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations/Entwicklung im Obligationenrecht, Besonderer Teil. *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), 104, S. 294-298.
- Vischer**, Markus (2009); Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf. *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), 105, S. 129-140.

**Vogenauer**, Stefan (2001); *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Bd. I). Tübingen.

**Werro**, Franz (2009); La vente dans la jurisprudence récente. In Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hg.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats* (S. 1-9), Genf/Zürich/Basel.

**Wieacker**, Franz (1967); *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen.

**Zellweger-Gutknecht**, Corinne (2007); Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 143, S. 763-784.

**Zimmermann**, Reinhard (1996); *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford.

**Zimmermann**, Reinhard (2002); *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*. Oxford.