

## Kitap Tahlilleri

---

*Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch, 7., neubearbeitete Auflage (XXXVIII+941 S), München (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung) 1995.*

Almanya'da 1986'da "*Milletlerarası Özel Hukukun Yeni Düzenlenişine İlişkin Kanun*" ("Alm. MÖHK") un yürürlüğe girmesinden bu yana Kegel artık bir başyapıt haline gelmiş bulunan "*Milletlerarası Özel Hukuk*" adlı kitabının iki basısını yaptı. Kitabın 1987 tarihli 6. basısı [Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch, 6. Auflage (XXXIV+796 S) München (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung) 1987]. Alm. MÖHK'un hemen arkasından yayınlanmış, bu yeni Kanunu ele alıp inceleyerek büyük bir boşluğu doldurmuş ve bilim aleminde şükranlarla karşılanmıştı (*Jan Kropholler, RabelsZ 52/1988, sh. 773*). Kitabın 6. basısı -kendinden beklendiği üzere- Alm. MÖHK'a hakim bütün ilkeleri belirlemiş, kavramları ve kurumları yerlerine oturtmuş, açık ve sade bir sistematik altında, anlatım gücü yüksek bir ifadeyle yeni kanunu açıklamıştı. "*Milletlerarası Özel Hukuk*"un 7. basısı Alm. MÖHK'un teorik yapısının gösterilmesinde, kurumların ve hükümlerin açıklanmasında daha da derine gitmekte, diğer basılarda olduğu gibi "uçsuz bucaksız malzemeyi en öznlü biçimde ve parlak bir üslupla" (*Neuhaus, RabelsZ 36/1972, sh. 399*) tahlil ve izah etmektedir.

Kegel -Türkçe'de de kullandığımız bir deyimle- ekol yaratan, bazı çözüm tarzlarına, bazı değerlendirme ve yorumlayış biçimlerine damgasını vuran, bazı izah tarzlarına "Kegel'e özgü" sıfatını verdiren ve milletlerarası özel hukuk alanının yaşayan en büyük ustası kabul edilen bir bilim adamıdır. Bir bütün halinde bakıldığında Kegel'in sahip olduğu bilimsel eserin düzeyi olağanüstü ve sıradışıdır. "*Milletlerarası Özel Hukuk*"un şimdi elimizde bulunan 7. basısı muhakkak ki, yazarının bilimsel eserinin merkezlerinden birini oluşturmakta ve sadece konuyu ele alış ve işleyiş tarzı ile değil, aynı zamanda içeriği itibarıyla de müstesna bir eser niteliği taşımaktadır.

Gerçekten, kitabın 7. basısında yazarın daha da geliştirdiği "*Milletlerarası Kamu Hukuku*"na ve bu bölümde yer alan "*milletlerarası kamulaştırma*", "*milletlerarası döviz hukuku*", "*milletlerarası ekonomi hukuku*", "*milletlerarası kartel hukuku*", "*milletlerarası iş hukuku*", "*milletlerarası sosyal güvenlik hukuku*" ve nihayet "*milletlerarası kültür varlıkları hukuku*" (§ 23, sh. 843-904) gibi konulara başka kitaplarda toplu halde ve dayandıkları teorik temeller ile ilkeler de gösterilerek rastlamak mümkün değildir.

Yeni basının bir diğer özelliği iki Almanya'nın birleşmesinin milletlerarası özel hukukta çıkardığı sorunların incelenmesidir. Sadece Almanya'ya özgüymüş gibi görünen bu sorun esasında evrensel boyutları da haizdir. Ayrıca bu basıda, borçlar hukuku bahsinde sigorta sözleşmeleri (§ 18, I, s. 503 vd.), aile hukukunda vesayet ile çocukların korunması hukuku kapsamında bakım ve gözetim konuları (§ 20 XV, sh. 748 vd.) ve mülteciler hukuku (§ 13 II 7) bölümleri de geliştirilmiştir.

Kegel'in bilimsel eseri için söylenecek çok şey vardır. Ama özellikle iki nokta üzerinde durmak gerekliliğini duyuyorum. Bunlardan birisi, yazarın kitabın 1. kısmında ele aldığı ve bugünkü milletlerarası özel hukukta, belki de pek çok müellifin ve kanun koyucunun ilham kaynağı olan "milletlerarası özel hukuk adaleti" ve konuyla ilgili kuralları ele alırken üzerinde durduğu "menfaatler"e ilişkin kavramlardır. Profesör Kegel'in ilk defa Lewald'a *Festschrift*'te ele aldığı "*Begriff-und Interressenjurisprudence im internationalen Privatrecht*" (259 vd.) isimli makalesinden beri geliştirdiği "menfaatler teorisi" milletlerarası özel hukukçuları derinden etkilemiştir. Kegel'e göre milletlerarası özel hukukta kurallar düzenlenirken şu menfaatler gözönünde tutulmalıdır : taraf menfaati, (kişinin hukuku, aile hukuku, akdî borç ilişkilerinde), işlem menfaati (özellikle şekilde), düzen menfaati (iç ve dış kararlar uyumu ile ilgili olarak), maddi hukuk menfaati (kamu düzeni), devlet menfaati (kamu hukukuna ilişkin kuralların özel hukuku etkilediği alanlarda).

Kegel'in, evlenmenin genel hükümleri ve boşanmaya uygulanacak hukuk konusunda her ortak bağlama sebebinin kullanılmasında yaptığı teklif "Kegel merdiveni" olarak anılmış ve çeşitli Alman tasarılarını etkilemiştir (G. Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Bası, İstanbul, 120, 134; 3. bası, İstanbul, 1986; 147, 159). Bu teklife göre eğer müşterek milli hukuk halihazırda yoksa son müşterek milli hukuk, müşterek mutad mesken yoksa son müşterek mutad mesken, o da yoksa, müşterek oturma yeri, eğer yoksa son müşterek oturma yeri, son olarak da zayıf tarafın hukuku uygulanmalıdır. İlk iki halde şart eşlerden birinin son müşterek milli hukuku veya son müşterek mutad meskeni muhafaza etmesidir.

"*Milletlerarası Özel Hukuk*" kitabı, bu alanın gerçek bir ustası olan Kegel'in, bilime kazandırdığı, evrensel nitelikte bir başyapıttır.

*Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, Ein Studienbuch, 22., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage (XVI+513 S), München (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung) 1995.*

*Karl-Hermann Capelle* tarafından yazılıp 18. basısı aynı yazar tarafından gerçekleştirilen "Ticaret Hukuku (Handelsrecht) adlı kitabın 19 ilâ 22. basıları Claus-Wilhelm Canaris'ce yapılmıştır. Canaris'in dördüncü defa basıya hazırladığı Ticaret Hukuku -21. basısının aksine- artık yalnız Canaris'in adını taşımaktadır. Almanya'da yerleşmiş bir geleneğe göre, bir kitabı üç basıda işlemiş olan kişi, dördüncü basıda, kitabın kurucusunu sorumluluktan kurtarmak amacıyla, dış kapakta sadece kendi adına yer vermekte, kitabın ilk yazarının adını da "kurucu" olarak iç kapakta muhafaza etmektedir. Kurucunun adı iç kapakta daima zikredilmektedir. Alman geleneği kitabın ara işleyicilerini anmak gereğini duymamaktadır. Buna karşılık Anglo-Amerikan sisteminde ara işleyiciler de iç kapığın arkasında, yazarı oldukları bası da belirtilerek sıralanmaktadır. Kitapları öldürmeyip devam ettirmek âdetine sahip bulunmayan, aynı konuda daima yeni eserlerin yazılmasının tercih edildiği Türkiye'de bu konuda mevcut bir gelenekten söz etmeye imkan yoktur.

"Ticaret Hukuku", 22. basıda artık Capelle'nin izlerinin kaybolduğu, tamamen değişik bir kitap olmuş, hukuki kurumların, hatta bazan hükümlerin, hukuk düzeni içinde dogmatik yapı ve karakterlerinin incelenip ortaya konulduğu, hukuki görünüş teorisinin etkilerini daha fazla duyurduğu, metodolojik ve teleolojik yöntemlerin daha fazla uygulandığı, derinlik kazanan *Canarisvâri* bir hüviyet almıştır. Kitabın Canaris'in özelliklerini taşımaya başladığı 21. basıda yazar, ticari işletmenin devri ve mirasla elde edilmesi, ticaret ünvanı hukuku, bağlı yardımcıları, aracılara ve ticari işlemler konularını yeniden kaleme almış ve ticari işlemlere, bir taraftan borçlar hukukunun genel ilkeleri diğer taraftan da eşya hukuku kuralları açısından bakarak yeni boyutlar eklemiştir. Gerek borçların genel hükümlerine gerek eşya hukukunun ana kurumlarına ilişkin esaslar bağlı yardımcıları konusunda da öne çıkmış ve eserde ticaret hukukunda *görünüşte temsil yetkisi* derinlemesine incelenmiştir. Kitabın 21. basısında özel bir boyut kazanan bu konu (§ 16, sh. 193 vd.), 22. basıda daha da geliştirilmiştir (§ 16, sh. 221 vd.). Görünüşe göre güven teorisi Canaris'in uzun süreden beri (*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971) işlediği bir konudur. Yazar bu teoriyi kıymetli evrak hukukuna da ikna edici ve çözüm getirici bir şekilde uygulamıştır. Anılan teori etkisini özellikle kıymetli evrakın oluşumunda, def'i öğretisinde, açık poliçede, teşhis fonksiyonunda gösterir (Hueck/Canaris,

*Recht der Wertpapiere*, 12. Auflage, München 1986, § 3 II, § 8 IV, § 9'un girişi, § 9 I 2, § 10 II § a; IV 2; § 24 II). Güven teorisinin "Ticaret Hukuku"nun 22. basısında da yoğunluk kazandığı gözleniyor. Bu yoğunluk ticaret hukukunun bağımsızlığı sorununda, yeni ticaret hukuku kavramında ve tacir sıfatının iktisabında (§ 1 III 2 e; § 3 II 2 a, III 2 b); ticaret sicili hukuku ve hukuki görünüşten doğan sorumlulukta (§ 4-6); ticari işletmenin devri ve mirasla geçişi [yani Alm. TK (HGB) § 25-28) konusunda (§ 7 I 3 a, II 1 a, III 2a, 3c); ticari temsil yetkisinde (§ 15 II 1, VII ve VIII), Alman hukukunda ticaret temsilcisi (Handelsvertreter) olarak anılan acentada (§ 17 VII 2) ve ticari işlemlerde susma bahislerinde (§ 23 II 1a) çok açık bir şekilde görülmektedir.

"Ticaret Hukuku"nun 22. basısının bilime bir diğer katkısı da ticari işlerde aracılar [ticaret işleri temsilcisi (acenta), komisyoncu, bâyi, frençays alan ve tellâl] konusunun işlendiği bölümlerde ortaya çıkmaktadır (§§ 17-19). Acentanın yanında "franchise" gibi modern atipik sözleşme türlerinin açıklamasını, dogmatik hukuktaki yerini ve sorunlarını, bunların çözümünü Canaris'in kaleminden okumak zevkli olduğu kadar ufuk açıcı ve aydınlatıcıdır.

"Ticaret Hukuku"nun bu yeni basısının, sürüm ve pazarlama araçları olarak adlandırılan ve kanunlarda -acenta ve tellâl dışında- düzenlenmemiş bulunan frençays alan, bâyi, tek satıcı, komisyoncu-acenta (yani, tâbi bir sıfatı olmaksızın devamlı olarak bir işletme hesabına ve kendi adına işlem yapan kişi) kısımları dolayısıyla çok tartışılacağı ve anılacağı şüphesizdir. Gümrük Birliği dolayısıyla Avrupa Topluluğu (AT) ile ilişkileri fazlalaşacak ve yeni boyutlar kazanacak olan Türkiye açısından acentanın önümüzdeki yıllarda kendisine daha fazla başvuru, bir sürüm ve pazarlama aracı olacağı şüphesizdir. AT'ın 18.12.1986 tarihli ve 86/653/AET sayılı "*Üye ülkelerin bağımsız acentaya ilişkin hukuki hükümlerinin koordine edilmesine ilişkin yönerge*"si (ATRG L. 382, 17), Türk acenta hukukunu da etkileyecektir. Ortaklık Konseyinin yakın bir gelecekte uyumlaştırma konuları içine anılan yönergeyi de alması olasıdır. Bu açıdan Canaris'in Türk hukukunda acentayı karşılayan "Handelsvertreter"i gerçekten bilgince açıkladığı bölümü, (§ 17, sh. 229-261) kurumun ve hükümlerin dogmatik açıdan yer ve anlamlarının belirlenmesi, yorumlanması, sorunların ortaya konulması açılarından ticaret ve borçlar hukuku öğretilerini hakimiyeti altında tutacaktır.

Bu vesile ile Canaris'in, ticaret hukukunun bağımsızlığı sorununda bağımsızlık yanlıları ile ticaret hukukçularını mutlu edebilecek görüşlere sahip bulun-

madığını, ticaret hukukunun özel hukuk içinde ayrı bir hukuk olarak yerinin bulunduğu inancını sorguladığını, ticaret hukukunun bugünkü anlamı ile adeta sona ermiş bulunduğunu, klasik anlayışı yansıtan günümüz ticaret hukuku konseptinin artık var olmadığını (özellikle § 1 III 2: "*Die Auflösung des heutigen Handelsrechts*"), ticaret hukukunun yeni hüviyetinin ticari işletme kavramı çevresinde gelişebileceğini (§ 1 III 1), günümüzdeki cari ticaret hukukunun aynı özellik ve nitelikleri gösteren konulara sahip olmadığını, farklı vasıftaki sorunlar yumağının birleşmesinden meydana gelen düzensiz bir yığın (konglomerat) olduğunu (§ 1 III 3) savunduğunu belirtmeliyim. Canaris'e göre, ticaret hukukunun, en azından temel yapısına ilişkin ana sorunları, medeni hukuka özgü doğalar taşımaktadır ve yazarın kendi deyimi ile "Ticaret Hukuku" ders kitabı herşeyden önce medeni hukuka ait konuların çeşitlemesine ilişkin bir derlemedir (§ 1 III 3). Bu görüşün, 1957'den beri ticaret hukukuna işletme hukuku olarak bakan ve merkez kavram olarak ticarî işletmeyi kabul eden Türk hukukçularına daha anlaşılır geleceği şüphesizdir.

Canaris'in "Ticaret Hukuku", medeni hukuka ilişkin bazı konuların bir derlemesi olarak takdim edilse de bir ticaret hukuku klasiğidir.

Prof. Dr. Ünal Tekinalp