

YABANCI HUKUKUN TÜM OLARAK İKTİBASI (*)

Yazan: Prof. Dr. İmre ZAJTAY Çeviren: Dr. Teoman AKNAL

1. Edouart Lambert'e Armağan'da o sırada İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ğretim yesi olan A. Schwarz yabancı hukukun iktibas diye adlandırılan görünümün muğlk karakterine dikkati çekmişti (1). Her türlü birlik ve açıklıktan yoksun olan bu kavram, doğumuna yol açan sebepler kadar, büründüğü Őekiller ve izlediği yollar da farklı olan bir görünüşü yansıtmaktadır (2).

2. İktibas kavramında yer alan bu belirsizlik, inceleme konusunun tüm iktibas (*rception globale*) hallerine hasredilmesi hainde dahi, varlığını sürdürmektedir. Bu yargı, iktibas olaylarının en ünlüsünü teşkil eden Roma Hukukunun iktibas için dahi geçerlidir. Roma Hukukunun iktibasını konu edinen sayısız araştırmaya, özellikle Alman öğretisine rağmen, bu iktibasın her Eyalet bakımından farklı önem ve nitelik taşıyan esrarengiz bir olay olduğu kabul edilmelidir (3). Yabancı, hukukun Türkiye tarafından iktibasında da, aynı belirsizliğe işaret etmek mümkündür. Milletlerarası Hukuk Kurumu'nun 1955 yılında İstanbul'da düzenlediği Kollokyum'

(*) Bu makale Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 170 (1970), sh. 251-265 de yayınlanmış ve yazarın izni ile dilimize evirilmifitir.

(1) A. B. Schwarz, «La rception et l'assimilation des droits trangers», Recueil d'tudes en l'honneur d'Edouard Lambert (aşağıda Recueil Lambert diye kısaltılmıştır), (1938), cilt II, sh. 581-592. Yazarın bu makalesi H. Thieme tarafından Rechtsgeschichte und Gegenwart (1960), sh. 149-160 da almancaya da evirilmifitir.

(2) Bu konuda bkz. A. Schnitzer, «Ist massive Rezeption fremden Rechts gerechtfertigt?», Problmes contemporains de droit compar (1962), cilt I, sh. 115-154.

(3) Karş. Wieacker, «Europa und das römische Recht, Verborgenheit und Fortdauer», Romanitas, III (1961), sh. 68-85.

da (4),- 1926 tarihli büyük reformdan yaklaşık olarak 30 yıl sonra Türkiye'nin İsviçre Medeni Kanununu mu, yoksa İsviçre Medeni Hukuk sistemini mi benimsediği sorununda Türk hukukçuları farklı görüşlere sahiptirler (5). Yabancı hukukun iktibası konusunda ister yukarıda sözü edilen iki önemli olay, isterse daha başka olaylar incelensin (örneğin İngiliz Hukukunun Hindistan'da uygulanması veya bu hukukun Amerika Birleşik Devletleri'ne aktarılması; XIX. yüzyıl boyunca Fransız Hukukunun çeşitli ülkelerce benimsenmesi), hukuki ve sosyal verilerin (*données*) bu olayların her birinde farklı olduğu tesbit edilecektir. Bu şartlar altında, yabancı hukukun tüm olarak iktibas kavramını tesbite çalışmak, oldukça zor gözükmektedir. Kaldı ki, bu konunun mukayeseli olarak incelenmesinin anlam ve amacı da, kavramın belirlenmesi değildir. Bu incelemenin amacı, farklı iktibas olaylarını ele alıp, bu olaylar içinde genel bir önem taşıyan unsurların ortaya çıkarılmasıdır.

Bu konuda iki büyük sorun ortaya çıkmaktadır: Bir tarafta iktibasa yol açan sebepler, diğer tarafta iktibasın etkileri. Bu iki sorun, derinlemesine bir inceleme iddiası taşımaksızın, bazı örnekler ele alınmak suretiyle aşağıda incelenmeye çalışılmaktadır.

3. Roma Hukukunun iktibasına yol açan muhtemel sebepler, sayısız araştırmaya konu olmuştur (6). Bu sebeplerden bazılarının

(4) Milletlerarası Hukuk Kurumu'nun, İsviçre Hukukunun Türkiye tarafından iktibasının araştırılmasına tahsis ettiği İstanbul (1955) ve Lüksemburg (1959) Kollokyumuna ait çalışmalar, *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*'da yayınlanmıştır. Bu kollokyumlara sunulan çeşitli raporlara aşağıda yazarın adı, *Annales* kısaltması, yıl ve sayfa gösterilmek suretiyle atıf yapılmaktadır.

(5) Özellikle karşı. Kubalı, *Annales* 1956, sh. IX; Ayiter, *Annales* 1956, sh. 41-43; ayrıca bkz. R. David, *Annales* 1956, sh. 244.

(6) Bu konuda özellikle bkz. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 3. bası. (1959); ayrıca karşı. Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, 1938; Zajtay, «Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois», *Studi in memoria di Paola Koschaker*, cilt II, sh. 183-211; aynı yazar, «Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung», *AcP* 156, sh. 361-381 ve *Revue internationale de droit comparé* 1957, sh. 686-713; yine aynı yazarın «La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux», *Revue* 1966, sh. 353-363 ve Akrothinia Petros G. Vallindas (1967), sh. 141-153; ayrıca bu incelemelerde yollama yapılan eserlere bkz. Roma Hukukunun iktibas olayıyla ilgili araştırmaların günümüzdeki durumu için bkz. F. Wieacker, *Festschrift für Joseph Klein* (1967), sh. 181-201.

o devrin özel şartlarına, belirli bazı ilişkilere sıkı surette bağlı olduklarına, bu bakımdan da sadece tarihi bir anlam taşıdıklarına işaret etmekle yetiniyoruz. Bu husus, örneğin Bologna'da XII. yüzyılda ortaya çıkan hukuk öğrenimindeki yenilik için geçerli olduğu gibi, Roma imparatorluğunun hukuku olarak görülen Roma Hukukunun, Kutsal Roma-German İmparatorluğu üzerindeki kültürel ve politik cazibesi için de- Koschaker'in deyişi ile politik ve kültürel Roma ideali— geçerlidir.

4. Buna karşı Roma Hukukunun iktibasına yol açan diğer etkenlerden çıkartılacak sonuçlar, genel bir anlam taşıyabilecektir.

Örnek olarak hukukçuların yetişme tarzını ve isabetli bir deyimle *legal profession* diye adlandırılabilen olanların toplumsal durumlarını ele alalım. Roma Hukukunun İngiltere'de benimsenmemiş olması, uygulamacıların kudretli bir meslekî organizasyonu (*Inns of Courts*) sahip olmaları ile açıklanabilir. Pratikten yetişen İngiliz hukukçuları, uygulamanın bir ürünü olan Common Law'ı savunmuşlardır. Bu hukukçular, kendilerinin anlamakta ve uygulamakta zorluk çekecekleri yabancı bir hukukun, Common Law'ın yerini almasına karşı koymuşlardır. Buna karşı Almanya'da, ülkenin kendi hukukunu yaratabilecek ve savunabilecek bir hukukçu sınıfının bulunmaması, Roma Hukukunun benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Alman hukukçuları uygulamadan değil, üniversitelerden yetişmekteydiler. Yönetim ve yargı organlarında uzman olmayan kimselerin yerlerine geçen bu hukukçular, aşına oldukları Roma Hukukuna yöneldiler ve bu hukuku giderek uygulamaya, daha da genel olarak ülkenin hukuk yaşantısına soktular. Bu şartlar altında «hukuka ve müşterek hukuka» göre yargılamayı emreden 1495 tarihli Reishskammergerichtsordnung'un 3. maddesi, zorunlu olarak Roma Hukukunun uygulanması sonucunu doğurdu: Zira Roma Hukuku dışında, imparatorluk için genel bir hukuk mevcut değildi (7).

5. Hukukçuların yetişme tarzının önemi, iktibasın bir etkeni olarak modern çağda da kendisini gösterdi. Bu konuda Türkiye, Romanya ve Japonya örneklerinin anılması yeterlidir. Bununla beraber Japonya örneğinin bir iktibasa değil, bir iktibas başlangıcına ait olduğu da hatırlanmalıdır.

(7) Karş. Koschaker, a.g.e, sh. 243.

Yabancı bir hukukun Türkiye'de tüm olarak benimsenmesine yol açan sebepleri, daha sonra (aşağıda paragraf 7 de) inceliyeceğiz. Önce Türkiye'de benimsenecek olan yabancı hukukun seçimi konusuna değinmek istiyoruz. Bu konuda Türk kanunkoyucusu için, çeşitli seçim olanaklarının bulunduğu bir gerçektir. 1955 İstanbul Kollokyumunda yetkili kimselerce ileri sürülen bir görüşe göre, İsviçre hukukunun seçiminde bir gurup Türk hukukçusunun bu hukuk lehindeki beyanları büyük ölçüde rol oynamıştır. Öğrenimlerini İsviçre'de yapmış olan ve «*les Lausannois*» diye anılan bu hukukçular, reformun yapıldığı sıralarda Türk yönetim organlarının üst derecelerinde, etkili mevkileri işgal etmekteydiler (8).

1864 tarihli Romen Medenî Kanunu ile Fransız Hukukunun benimsenmesinde Romen hukukçularının oynadıkları rolü aydınlatmak için, *Constantinescu'nun* şu cümlelerini belirtmek yeterlidir: «Romenya'da aydınların, yüksek seviyedeki yöneticilerin, hukukçuların, avukat ve hâkimlerin büyük çoğunluğu, Fransız okullarında yetişmişlerdi. Bunların Fransız Hukuku hakkındaki özel bilgileri, yeni kanunun yorumu ve öğretilmesinde kendilerine meslekî bir üstünlük sağlamıştır... Yeni kanunun gün geçtikçe yaşayan bir gerçek haline gelmesi, bu kanunun Fransız uygulama ve öğretisinin sürekli yardım ve desteğiyle beslenmesi sayesinde mümkün olmuştur. Bu sonucun gerçekleşmesine, Romen uygulamacı ve bilim adamları yorulmak bilmez bir şekilde aracı olmuşlardır» (9).

Fransız Hukukunun Japonya'daki etkileri, kanaatimizce genellikle *Boissonade*'in Medenî Kanun Tasarısına bağlanmaktadır. Gerçekte Fransız Hukuku Japonya'ya *Boissonade*'in tasarısından 20 yıl önce, başka bir yoldan girmeye başlamıştır (10). Bu tarihlerde Ja-

(8) Karş. *Lipstein*, *Annales* 1956, sh. 13; *Velidedeoğlu*, *Annales* 1961, sh. 34.

(9) *Constantinescu*, «Roumanie», *Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris, L'influence du Code civil dans le monde* (aşağıda *Travaux de la Semaine* olarak kısaltılmıştır) (1954), sh. 680. Bu konuda ayrıca bkz. *Dissescu*, «L'influence du Code civil français en Roumanie», *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire* (aşağıda: *Livre du Centenaire* olarak kısaltılmıştır) (1904), cilt II, sh. 849 vd. özellikle sh. 870.

(10) Bu konu ile ilgili olarak bkz. *Gorai*, «L'influence du Code civil sur le Japon», *Livre du Centenaire*, cilt II, sh. 781 vd.; karşı. *Noda*, *Introduction au droit japonais* (1966), sh. 49 vd.

ponya'da henüz Medeni Kanun mevcut değildi. 1875 tarihli bir kanun, hakimlere kanunları, kanunda bir hüküm yoksa örf ve adet hukukunu uygulamayı, bu da bulunmadığı takdirde akıl ve hakkaniyete göre karar vermeyi emrediyordu. Hukukçuların yetişme tarzının önemi, bu noktada kendisini göstermekteydi. Gerçekten hakkaniyet prensibi gereğinçe uygulanacak olan kurallar, hakimlerin görmüş oldukları hukuk öğrenimine sıkı bir şekilde bağlı kalmaktadır. Fransız Hukuku 1872 yılından beri Japon hukuk okullarında öğretilmekteydi. Daha sonraları Tokyo Üniversitesinde de, bu hukukun öğretilmesine başlanmıştı. Hâkimlik mesleğine giriş sınavlarında, adaylar her şeyden önce Fransız Medeni Kanunundan sorumlu tutulmaktaydılar. Japon hâkimlerinin Fransız Hukuku ile ilişkileri, uygulama hayatında da devam etmekte idi. Zira Japon hükümeti tarafından davet edilmiş olan Fransız danışmanlar, kararlarda uyulması gereken prensipleri saptamakta, bu prensipler de doğal olarak Fransız Hukukundan esinlenmekteydi. Bu şartlar altında akıl ve hakkaniyete göre karar vermek durumunda kalan Japon hâkimleri, bu prensipleri Fransız Hukukunda aramaktaydılar (11).

6. Bu noktada Roma Hukukunun iktibasında olduğu gibi, daha sonraları da belirli bir önem taşımış olan teknik bir etkene işaret etmek gerekir.

Alman mahkemelerini Roma Hukukunu uygulamaya iten sebepleri inceleyen *W. Engelmann*, hukuk kültürünün yeniden doğuşu konulu eserinde, bu çözüm tarzının mahkemeler bakımından aynı zamanda en kolay yol olduğunu da tesbit etmektedir. «Rahatlığın cazibesi» ise herkesçe bilinmektedir. Alman hâkimi için hukuki ihtilâfı Roma Hukuk kurallarına göre çözümlenmek, yöresel Alman örf ve adet hukukuna göre çözümlenmekten çok daha kolaydı. Zira Roma Hukukunu uygulayabilmek için *Corpus Iuris Civiles'e* bakmak yetiyordu. Bu durumda hâkim, olayı Roma Hukukuna göre çözümlenecek tüm kuralları bulacağından emindi. Böylece Almanya'da yürürlükte bulunan sayısız yöresel hukuk içinden, dağınık kuralların tesbitine yönelecek uzun araştırmalardan kurtulunmakta idi. *Engelmann*, uy-

(11) Daha sonraki gelişim için bkz. *Ishimoto*, «L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais», *Revue* 1954, sh. 744-752; ayrıca bkz. *Noda*, a.g.e., sh. 49. vd.

gulamada yabancı bir hukuka ait dahi olsa, her zaman için rahat el kitaplarına müracaat edildiği sonucuna ulaşmaktadır (12).

Daha sonraki tarihlerde, örneğin Amerika'da meydana gelen bazı olaylar, bu sonucun geçerliliğini doğrulamaktadır. Bağımsızlıklarına kavuşan eski İngiliz kolonilerinde, İngiltere'den gelen her şeye karşı büyük bir düşmanlık beslenmekteydi. Amerikalı hukukçular İngiliz Hukukunun Common Law sistemini kaldırıp, Roma veya Fransız Hukukunu yeni devletin hukuk sistemine temel yapmayı dahi düşünmüşlerdi. *Roscoe Pound*'a göre, bu çabanın başarıya ulaşmamasına büyük ölçüde teknik sebepler yol açmıştır: Fransız kaynaklarının İngilizce çevirilerinin mevcut olmaması, *Pothier*'in eserleri 1800 tarihinden önce henüz tercüme edilmiş değildi; Roma Hukuku hakkındaki eserler Amerikalı uygulamacılar için kolaylıkla anlaşılabilmekten uzaktı ve o sıralarda Amerika'da bulunabilen az sayıdaki Fransızca eserlerden, bu dili bilmeyen hâkimlerin yararlanabilmeleri mümkün değildi. Fransız Hukukunun tesbitindeki bu zorluklara karşı, İngiliz Hukuku 1765 yılında *Blackstone* tarafından yayınlanmış olan *Commentaries on the Laws of England* adlı eser sayesinde, oldukça geniş bir şekilde tanınmaktaydı. Amerikalı avukat ve hâkimlerin büyük bir çoğunluğu için, *Blackstone*'un eseri mevcut olan tek hukuk ansiklopedisiydi (13).

7. Yabancı bir hukukun Türkiye'de tüm olarak benimsenmesine yol açan Reformun ana sebebi bilinmektedir: Türk hususi hukuk sisteminin *batılılaştırılması* ve *lâikleştirilmesi* zorunluluğunun, ülkenin yöneticilerince kesin olarak benimsenmiş olması (14). İktibas olayının bir etkeni olarak böyle bir politik kararın önemi, sadece İsviçre Hukukunun Türkiye'de benimsenmesine hasredilemez. Bu çeşit sosyo-politik düşünceler, özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından önem taşımaktadır.

8. Tarih ilmi, işgal ve sömürgecilik olaylarının da yabancı bir hukukun tüm olarak benimsenmesine sebep olduğunu göstermektedir. Bu durumlarda irade dışı bir iktibas söz konusudur. Böyle bir durumda, iktibasa yol açan etkenlerin araştırılmasına lüzum yoktur. Zira sömüren veya işgal eden gücün kararı, ana etken olarak açıkça

(12) Engelmann, a.g.e, sh. 8.

(13) Karş. Hazard, Annales 1956, sh. 219.

(14) Özellikle bkz. Kubalı, Annales 1956, sh. IX.

gözükür. Bu tip iktibas olaylarında önem taşıyan sorun, iktibasın fiili sonuçlarıdır.

III.

9. Yabancı bir hukukun tüm olarak benimsenmesi, her şeyden önce toplumsal bir sorundur. Yabancı hukukun benimsendiğini ilân eden kanunun yayınlanması ile, iktibas tamamlanmış sayılamaz: Bu biçimsel iktibas, benimsenen hukukun gerçekten uygulanması izlemelidir. 1931 tarihli Çin Medenî Kanununda, Alman Hukukuna ait önemli prensipler yer almaktaydı. Çin'in geleneksel hukukundan tam anlamıyla kopuşu ifade eden bu reform, uygulamada en ufak bir başarı sağlayamamıştır (15). 1834 tarihli Sırp Medenî Kanunu Tasarısı ile de, Fransız Hukukunun benimsenmesine teşebbüs edilmişti. Bu teşebbüs, tasarımı incelemekle görevlendirilen komisyonun, Fransız Hukuk kurallarının yöresel Sırp gerçeklerine uymadığı, bu sebepten dolayı ülkede uygulanamayacağı sonucuna ulaşmasıyla engellenmiştir (16).

10. İktibasın sonuçları bakımından ortaya çıkan ilk sorun, benimsenen yabancı hukukun uygulanacağı çevrenin şartlarına uydurulması olmaktadır. Bu temel sorun, iki ülke arasında sosyal ve kültürel farkların bulunması halinde, özel bir önem kazanmaktadır. 1955 İstanbul Kollokyumunda Türk uzmanlarından *Kubalı*, ülkesindeki durumu şu şekilde özetlemiştir: «Yılların kazandırdığı tecrübeyle, Medenî Kanun'un —ruh ve temel prensipleri saklı kalmak şartıyla— değişmesi zor fiili bünyeye ve Türk toplumunun ulusal benliğine uydurulması gerektiği, günümüzde genel olarak benimsenmektedir... Türk hakimi kanunun bünyemize uydurulmasında kendisine düşen rolü, Medenî Kanunun tanıdığı yetkiye dayanmak su-

(15) Karş. **Bünger**, «Die Rezeption des europaeischen Rechts in China», Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, sh. 188. Ayrıca karş. **Wang Tze-chien**, «Die Aufnahme des europaeischen Rechts in China», AcP 166, sh. 343-350; **Hsün-yang Chang**, «Die Übertragbarkeit abendlaendischer Rechtsordnungen auf China, ZvgIRW 71 (1969), sh. 45-56.

(16) «Fransız Medenî Kanunundan çevirilen bu hükümler... politikası ve uygarlığı değişik olan yabancı bir ulus için, tamamen farklı şartlar altında meydana getirilmiştir. Bu bakımdan Sırbistan'da uygulanamazlar», (**Blagojevic**, «L'influence du Code civil sur l'élaboration du Code civil serbe», Revue 1954, sh. 737 den naklen).

retiyile —biraz ürkekçe de olsa— yerine getirmiştir ve bu konuda gelecekte de en önemli rol hakimlere düşecektir» (17). Bu açıklama benimsenen yabancı hukukun bünyeye uydurulmasında mahkeme kararlarına düşen önemli rolü belirtmek bakımından dikkati çekmektedir. Bu konuda mahkeme kararlarına düşen rol, tabiidir ki sadece İsviçre Hukukunun Türkiye tarafından benimsenmesine hasredilemez.

11. Fransız Hukukunun tamamen farklı iki ayrı durumda benimsenmesini inceleyen oturumlarda da, iktibas olayının sosyal cephesine işaret edilmiştir.

Hatırlatmak gerekir ki, Fransız Medeni Kanunu gerek Baden Dükalığında, gerekse Ren Nehrinin batısında kalan Ren ülkesinde, Napoleon'un iktidardan düşmesinden sonra dahi, 1900 yılında Alman Medeni Kanunu yürürlüğe girinceye dek, uygulanmaya devam etmiştir. Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi başkanlarından R. Schneider, 1902 yılında bu konuda şu hususları açıklamaktaydı: «Kökene bakımından yabancı olmasına rağmen, Code Civil bizde yabancı bir kanun olarak hissedilmemiştir. Zira bu kanun, bir taraftan dünya tarihinin önemli bir devrine ait prensipleri taşıması bakımından adetâ uluslararası bir anlam taşımakta; diğer taraftan da Alman Hukukuna ait bir takım unsurlara yer vermekteydi. Bu unsurlar Code Civil'in her geçen gün bünyemize biraz daha uymasını sağladığı gibi; bizim de yüzyıl boyunca yeknesak bir kanuna sahip olmaktan doğan diğer büyük Alman devletlerinin dahi 19. yüzyıl başlarına kadar mahrum kaldıkları— bir zevki tatmamıza yol açmıştır» (18).

Sözü geçen ikinci örnek, Mısır'da 1876 ve 1883 tarihli kanunlarla Fransız Hukukunun benimsenmesine aittir. Belirtmek gerekir ki, bu iktibas gerçekten olaganüstü bir başarıya ulaşmıştır. Yüzyılımızın başında P. Arminjon bu konuyla ilgili olarak aşağıdaki satırlara yer vermekteydi: «Hukuk sistemimizin, dili, dini, gelenekleri ve düşünce tarzı bu derece farklı, kendi değişmez kutsal hukuku bu derece ilkel olan başka bir ülkede yerleşmiş olması, tarihsel kritiğin şimdiye dek kesin sanılan verilerine tamamen aykırı düşmektedir... Milli

(17) Kubalı, Annales 1956, sh. IX-X.

(18) G. Boehmer, «Der Einfluss des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland», AcP 151, sh. 289 (298)'den naklen. Ayrıca bkz. aynı yazara ait «Allemagne», Travaux de la Semaine, sh. 572-593, 581-582.

hukukun sadece belirli kısımlarını, kanunlarımızdan alınan hükümlerle değiştirmek suretiyle gerçekleştirilen Mısır Reformu, hiç şüphesiz başarıya ulaşmıştır. Şaşırtıcı olan bu sonuç, görülebildiği kadarıyla, aynı zamanda devamlı da olacaktır» (19). Iskenderiye Karma Mahkemesi hakimlerinden *Messina*, çeyrek yüzyıl sonra bu yargıyı tasdik etmektedir: «Şurası gerçektir ki, Avrupanın Lâtin kültürüne dayanan topraklarında kök salmış yabancı bir bitki olan »droit mixte«, ekildiği islâm ülkesinde sağlam ve verimli bir hayat sürmektedir. Gerçek benliğini kaybetmeyen ve islâm dininin etkisinde kalmayan »droit mixte«, Mısır hukuk hayatının genel ve temel kanunu olmuştur» (20).

12. Yabancı hukukun uygulanacağı ülkenin şartlarına uydurulması hakkındaki bu genel açıklamalardan sonra, özel durumlar ve münferit sorunlar araştırılmak istenirse, özellikle İsviçre Hukukunun Türkiye tarafından benimsenmesi konusunda çok zengin kaynaklara rastlanır (21).

Gerçekten İsviçre Hukukunun Türkiye tarafından benimsenmesi, yakın çağın iktibas olayları içinde, belki de en fazla araştırılan konu olmuştur. Bu deneyi çok cazip bulan batılı hukukçular, büyük bir merak ve ilgi ile dikkatlerini Türkiye'ye çevirmişlerdir (22). Bu hukukçular, modernleşme çabaları 1839 yılında *Tanzimat*'ın ilânına dayanan Türkiye'de, iktibas olayının çeşitli hukuk dallarındaki ger-

(19) **Arminjon**, «Le Code civil et l'Egypte», Livre du Centenaire, cilt II, sh. 758.

(20) **Maury**, «Rapport général», Travaux de la Semaine, sh. 838'den naklen.

(21) *Annales* 1956, sy. 6; 1960, sy. 15; 1961, sy. 16-17; 1962, sy. 18 de yayımlanan raporlar dışında, özellikle karşı **Pritsch**, «Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 59 (1957), sh. 123-180; aynı yazarın «Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der türkischen Praxis», *Rabels Zeitschrift* 24 (1959), sh. 686-718. Her iki eserde de geniş bibliyografya mevcuttur. Ayrıca karşı **E. Hirsch**, «Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozess», *Festschrift für Friedrich Bülow* (1960), sh. 121-137 ve özellikle orada (sh. 122, not 7 ve sh. 131, not 28 de) anılan aynı yazarın diğer eserlerine bkz.

(22) **Hamson**, *Annales* 1956, sh. 3: «...Bu iktibas olayı, son yüzelli yılın en göze çarpan hukuki olaylarından biridir»; **Lipstein**, *Annales* 1961, sh. 3: «Bu iktibas olayı, tüm Mukayeseli Hukuk araştırmacıları için cazip bir araştırma konusu teşkil etmektedir...»

çek etkilerini açıklayabilecek, bu konuda kendilerine yöneltilecek sorunları cevaplandırmaya hazır, batı kültürü ile yetişmiş hukukçularla karşılaştılar. Bu suretle Türk hukukçuları ile batılı hukukçular arasında açık ve verimli bir diyalog başladı. Batılı hukukçular bu temaslar sonucunda, Türkiye'deki iktibasın basit bir dış görünüşten ibaret olmadığını; gerek sonuçları, gerekse karşılaştığı güçlükler bakımından derinlemesine araştırılması gereken bir deney olduğunu gördüler. Bu iktibasın hukuk çevrelerinde uyandırdığı ilgi, Milletlerarası Hukuk Kurumu'nun bu konuda yukarıda adı geçen iki kollokyumu düzenlemesine sebep olmuştur. Bu kısa incelememizin sınırları içinde, bu kollukyumlarda ele alınan çok sayıdaki problemlerden sadece bir kısmına değinmekle yetineceğiz.

13. Her şeyden önce, benimsenen yabancı hukuka ait kaynakların tercümesinde karşılaşılan güçlüklerle işaret etmek gerekir. İlk bakışta teknik bir sorun olarak gözüken bu konu, aslında oldukça önem taşımaktadır. İstanbul ve Lüksemburg Kollokyumu çalışmaları, İsviçre Medenî Kanunu ile Türk Medenî Kanunu arasındaki belirli bazı farklara, Türk Medenî Kanunu'nun kaleme alınması sırasında gözden kaçan tercüme hatalarının sebep olduğunu ortaya koymuştur (23).

14. Bazen de her iki ülke arasındaki politik yapının farklı olması veya yönetim ve yargı sistemlerinin değişik olması, benimsenen yabancı kanunun bünyeye uydurulmasını zorunlu kılmaktadır.

Bilindiği gibi Türkiye, İsviçre'den farklı olarak federal bir ülke değildir. İki ülke arasındaki bu fark, kendisini Medenî Hukuk alanında da göstermiş ve Federal Hukukla Kanton Hukukunun ilişkisini düzenleyen İsviçre Medenî Kanunu hükümleri, Türk Medenî Kanununa alınmamıştır (24).

Bu konuda bir diğer örneğe, taşınmaz mülkiyetinin düzenlenişinde rastlamak mümkündür. Taşınmaz mülkiyetini ve özellikle bu mülkiyetin devrini düzenleyen İsviçre Medenî Kanunu hükümleri, tapu kütüğünün varlığını şart kılmaktaydı. İsviçre Medenî Kanununun iktibas edildiği tarihlerde, Türkiye'de genel bir tapu sicili siste-

(23) Karş. Velidedeoğlu, Annales 1961, sh. 108-111; Elbir, Annales 1961, sh. 55 not 2; Lipstein, Annales 1956, sh. 13.

(24) Özellikle bkz. Davran, Annales 1956, sh. 134.

mi mevcut değildi. Bu şartlar altında İsviçre Medeni Kanunundan alınan hükümlerin sert bir şekilde uygulanması, taşınmazlarla mülkiyetin geçerli olarak devrini imkânsız kılacaktı. Bu sebepten dolayı, benimsenen yabancı kanunu bünyeye uydurmak zorunluğu doğdu. Bu görevi Türk mahkemeleri üstlendiler ve mülkiyet kavramı yerine, zilyetlik kavramını yerleştirmek suretiyle, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda mülkiyetin geçmesini sağladılar (25).

Bir başka durumda da Türkiye'nin coğrafi ve biyolojik şartları, yabancı kanunun bünyeye uydurulmasını gerektirdi. İsviçre Hukuku, evlenme ehliyeti bakımından erkeklerde 18, kadınlarda ise 17 yaş öngörmekteydi. Bu hüküm değiştirilmeksizin Türk Medeni Kanununa alınmıştı. İlk on yılın tecrübeleri karşısında Türk kanunkoyucusu, 1938 yılında bu yaş hadlerini erkeklerde 17, kadınlarda ise 15'e indirmek zorunda kaldı (26).

15. Buna karşı İsviçre Hukukunun mecburî medenî evlilik müessesesi, Türkiye'de çözümü güç ve uzun süren problemlerin doğumuna yol açmıştır. 1955 İstanbul Kollokyumunda uzmanlar, iktibasın bu alandaki sonuçlarının umut kırıcı olduğunu teslim etmek zorunda kalmışlardır. Bu alanda karşılaşılan güçlükler, çeşitli sosyal sebeplerden doğmaktadır.

Belirtelim ki, geleneksel Türk Hukukunda evlilik, her türlü şekil şartlarından yoksun rızai bir sözleşme olarak kabul edilmekteydi. İmam tarafından yapılan dua, evlenmenin bir geçerlik şartı olmayıp, evliliğe dinî bir karakter ve biraz da merasim katmaktaydı. Açıkça görülmektedir ki, bu geleneksel görüş, İsviçre ve tüm batı hukuklarında evlenmenin meydana gelmesinde evlendirme memuruna tanınan önemli rol ile güç bağdaşabilecektir.

Diğer taraftan, müstakbel evlilerin evlendirme memuru önünde hazır bulunmaları zorunluluğu da, özellikle ülkenin uzak kesimlerinde, her türlü ulaşım olanaklarından yoksun olarak yaşamakta olan halkın büyük bir kısmı için, teknik bakımdan önemli bir sorun doğurmaktaydı. Bunun dışında, medenî nikâhın yapılabilmesi, için nişanlılardan nüfus kayıtları da talep ediliyordu. Ancak Türkiye'de nüfus kayıtları genellikle mevcut değildir; mevcut olanlar da, özel-

(25) Karş. Arık, *Annales* 1956, sh. 147; Lipstein, *Annales* 1961, sh. 8-11.

(26) Lipstein, *Annales* 1956, sh. 17.

likle erkeklerin gerçek yaşlarını aksettirmekten uzaktır (27). Keza nüfus kayıtlarının temini de, karışık formalitelere tabi kılınmıştır. Bu şartlar altında Türk halkının, örf ve adetlerine uygun olan eski nikah tarzını tercih etmesine şaşmamak gerekir.

16. Yeni kanunla, kökleşmiş eski alışkanlıklar arasındaki bu çatışma, Türk toplum hayatını çok önemli bir noktada etkilemekteydi. Medeni nikâhın zorunluluğu kabul edilince, bu şekil şartına uymayan her türlü evlilik geçersiz sayılmakta ve bu tip evliliklerden doğan çocuklar da, evlilik dışı çocuk statüsüne girmektedir. Yukarıda sayılan sebepler yüzünden, kanuna aykırı olarak gerçekleşen evliliklerin sayısı bir hayli yüksek olduğundan, Medeni Kanunun sert bir şekilde uygulanması, çok sayıda çocuğun hukuki durumunu etkileyecekti. Toplumsal baskılar, Türk kanunkoyucusunu bu konuda ısrar etmekten alıkoymuştur: 1938 yılından itibaren düzenli aralıklarla çıkartılan kanunlarla, eski hukuka göre yapılan evlenmeler geçerli sayılmakta ve bu evliliklerden doğan çocuklar, evlilik içi çocukların hukuki durumundan yararlandırılmaktadır (28). Burada önemli bir istisnaya işaret etmek gerekir: Mevcut bir evliliğe rağmen yapılan ikinci evlilik, geçerli olarak kabul edilmemiş ve tek evlilik prensibi korunmuştur.

Mecburi medeni nikâhın geleceği hakkında, *Velidedeoglu*, 1956 yılında aşağıdaki satırlara yer vermektedir: «Köylünün kültür seviyesi yükseltilemeye ve kadının sosyal hayatta kişiliğine kavuşuncaya dek, halkın bir kısmının, eski hukuka göre evlenmelerini önlemeye imkân yoktur. Bu bakımdan bu tip birleşmelerden doğan çocukların hukuki durumlarını Medeni Kanuna uydurabilmek amacıyla, beş veya on yıllık sürelerle istisnai bir takım kanunların çıkartılması, bir süre daha gerekli olacaktır» (29). Bu tarihten bir kaç yıl sonra Lüksemburg Kollokyumu genel raporunda, sosyal politika alanında alınan bazı yeni tedbirlerin, Medeni Kanunun benimsenmesini doğrudan doğruya veya dolayısıyla etkilediği tesbit ediliyordu: Sosyal Sigortaların, aralarında geçerli bir evlilik bağı bulunmak

(27) Bu durum anne ve babaların, oğullarının askere geç gitmesini temin etmek arzularından doğmaktadır: bkz. *Timur*, *Annales* 1956, sh. 168.

(28) Karş. *Lipstein*, *Annales* 1956, sh. 18; *Velidedeoglu*, *Annales* 1956, sh. 112; *Timur*, *Annales* 1956, sh. 166.

(29) *Velidedeoglu*, *Annales* 1956, sh. 113.

şartıyla eşe ve evlilik içi çocuklara da teşmil edilmesi, Medeni Kanuna göre yapılan evlenmelere rağbeti artırmıştır (30).

17. Bütün bunlar göstermektedir ki, yabancı hukukun Türkiye'de benimsenmesi, henüz tamamlanmış değildir. Bu sebepten dolayı İsviçre Hukukunun Türkiye tarafından iktibas, iktibas olaylarının araştırılması bakımından, iki açıdan önem kazanmaktadır: Bu olay, bir taraftan yabancı hukukun uygulanmasıyla ilgili uzun bir tecrübeyi kapsamakta; diğer taraftan da, henüz sonuçlanmamış olması nedeniyle, çeşitli sosyal etkenlerin iktibas üzerindeki etkilerinin, halihazırda tetkikine imkân vermektedir.

IV

18. İsviçre Hukukunun Türkiye tarafından benimsenmesi örneğinde, sosyal ve iktisadi yapıları tamamen değişik iki ülke sözkonusudur ve dini karakter taşıyan bir hukukun yerini, çağdaş bir batı hukuku almaktadır. Bu toplumsal farklılıklar İsviçre Hukukunun iktibasında, özellikle Aile Hukuku alanında karşılaşılan güçlükleri, geniş ölçüde açıklayabilecektir. Diğer taraftan, Türkiye'de hukuk sistemini modernleştirme çabaları, 1926 reformundan çok daha önce başlamıştır. Özellikle batı hukuklarından yapılan kısmi iktibaslar, IX. yüzyıla kadar dayanmaktadır (31). Bu gelişim iktibas için elverişli bir ortam yaratmış ve İsviçre Hukukunun iktibasının başarıya ulaşmasına yardımcı olmuştur. Bütün bunlardan şu sonuç çıkartılabilir: Bu olumlu veya olumsuz şartların mevcut olmaması halinde, farklı bir iktibas olayında, tamamen değişik sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi (yukarıda paragraf 1'de), iktibas olayının görünümündeki bu farklılıklar, bu konuda bir genelleme yapmayı imkânsız kılmaktadır. Yabancı hukukların iktibasına yönelik bir araştırma, aslında çeşitli iktibas olaylarını inceleyen, bir seri araştırmayı kapsayacaktır. Bu araştırmaların konusunu fiili iktibas teşkil etmelidir: yabancı hukukun sadece hukuk sistemine alınması değil de, ülkenin hukuk hayatına girmesi; benimsenen yabancı hukukun yeni muhitte karşılaştığı güçlükler; bu güçlükleri çözümlenmek için başvurulan yollar; yöresel âdetlerde ve davranışlar-

(30) Lipstein, Annales 1961, sh. 4.

(31) 1926 Reformunu hazırlayan olaylar için bkz. Hamson, Annales 1956, sh. 7-8; Velidedeoğlu, Annales 1956, sh. 102-105.

da iktibas sonucu meydana gelen değişiklikler yabancı hukukun benimsenmesi, hukuk alanında, kanun koyucunun tek bir işleminin sonucu olarak gözükebilir. Sosyal alanda ise, iktibasın gerçekleşebilmesi için sayısız işlemler gereklidir. Bu alanda iktibas, hayatın çeşitli safhalarında, farklı bir tempo ile gerçekleşir. Burada «acculturation juridique» olarak adlandırılan olayın bir görünümü söz konusudur; iktibasın gerçek başarısı şartlara ve özellikle ilgili hukuk çevrelerinin temel gerçeklerine bağlı kalmaktadır (32).

19. *Koschaker*, yukarıda adı geçen «Europa und das römische Recht» adlı eserinde, Roma Hukukunun Almanya'da benimsenmesi olayının dahi, bir bütün olarak ele alınamıyacağı sonucuna ulaşmaktadır. Zira ülkeye nüfuz etmekte olan Roma Hukukuna karşı yöresel Alman Hukuklarının tepkisi, ülkenin çeşitli bölgelerinde farklı olmuştur. Sonuç olarak *Koschaker*, Roma Hukukunun iktibas olayının gerçekten anlaşılabilmesi için, bu olayın cereyan tarzını dar coğrafî sınırlar içinde inceleyecek sayısız araştırmayı gerekli görmektedir (33).

Bu yargı, araştırma konusunun belirli bir iktibas olayını değil de, yabancı hukukların genel olarak benimsenmesini kapsamaması halinde, daha da geçerlik kazanmaktadır.

İsviçre Hukukunun Türkiye'de benimsenmesi olayının, derin araştırmalara konu olduğunu tesbit etmiş bulunuyoruz. İngiliz Hukukunun Hindistan'da benimsenmesi bakımından da, aynı sonuca ulaşmak mümkündür (34). Buna karşı Fransız Medeni Kanununun

(32) Karş. *Carbonnier*, *Sociologie du droit de la famille* (Cours 1962-1963), sh. 22-52. Ayrıca karş. *Hirsch*, a.g.e., sh. 121-137.

(33) *Koschaker*, a.g.e., sh. 141-142.

(34) Yabancı hukukların benimsenmesiyle ilgili olarak Hindistan'da ortaya çıkan problemler, «Birinci Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Kongresi» vesilesiyle Milletlerarası Hukuk Kurumu tarafından 1956 yılında Barselona'da tertiplenen bir Kollokyumda ele alınmıştır. Bu konuda karş. *L. Milliot* tarafından sunulan rapor, *Revue* 1957, sh. 81-83; *Aubin*, «Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung 1956 in Barselona», *Rechts Zeitschrift* 22 (1957), sh. 197 vd.; *Lipstein*, «L'introduction du droit occidental en Inde», *Bulletin international* (halen: *Revue international*) des sciences sociales, cilt IX (1957), sy. 1, kısım 2, sh. 89-100; «First International Congress of Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, cilt 6, Kısım 1, (1957), sh. 157 vd.; *Revista del Instituto del Instituto de Derecho Comparado* (Barcelona), 1957, sy. 8-9, sh. 69-225.

XIX. yüzyıl boyunca çeşitli ülkelerce benimsenmesi, daha çok bu kanunun yeryüzündeki etkileri bakımından incelenmiştir. Bu iktibasların sosyolojik sebepleri, benimseyen ülke üzerindeki etkileri geniş bir şekilde incelenmiş değildir (35). Kısa bir süre önce *Rheinstein* İngiliz Hukukunun Amerika Birleşik Devletleri'nde benimsenmesi olayının, henüz aydınlanmamış olduğunu tesbit etmekteydi (36). Aynı şekilde Avusturya Hukukunun 1844 tarihli Medeni Kanunla Sırbistanda (37) veya Fransız ve İtalyan Hukuklarının Birinci Dünya Savaşından sonra Arnavutluk'ta benimsenmesi de, (38) geniş ilgi uyandırmamıştır. 1948 tarihli Mısır Medeni Kanunu çeşitli Arap ülkelerince benimsenmiştir (39), ancak bu benimseme olaylarının durumu ve sonuçları hakkında pek az şey bilinmektedir. Ha-beşistan'da bir takım modern kanunlar yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar bu kanunlarda, yabancı bir hukukun benimsenmesi söz konusu değilse de, toplama bir karakter taşıyan bu kanunların ülkenin hukuk hayatı üzerindeki gerçek etkileri, iktibas olaylarının araştırılması bakımından oldukça ilgi çekicidir (40). Yabancı hukukların benimsenmesi, çeşitli yollar ve kalıplar altında meydana gelmektedir (41). Bütün bu tecrübeler, sosyolojik ve hukukî araştırmalar baki-

(35) Karş. Zajtay, «Les destinées du Code civil», *Revue* 1954, sh. 792-810.

(36) *Reinstein*, *Annales*, 1956, sh. 35.

(37) Karş. *Peritch*, «L'influence du droit germanique sur le droit privé des peuples yougoslaves», *Recueil Lambert* (N. 1), cilt II, sh. 661-677; *Blagojevic*, a.g.e, sh. 735-743.

(38) *Bousquet*, «Un exemple de laïcisation du droit musulman: le Code civil albanais», *Recueil Lambert* (N. 1), cilt II, sh. 643-646.

(39) Karş. *Gamal Moursi Badr*, «The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of the Arap Countries», *Tulane Law Review* XXX (1956), sh. 301 vd.; Karş. *B. Tabbah*, «L'humanisme du droit civil français», *Revue* 1954, sh. 727; *J. Chevallier*, «Le Liban-La Syrie», *Travaux de la Semaine*, sh. 875. Ayrıca bkz. *Roussier*, «La codification en pays islamiques, deux nouveaux codes du statut personnel et successoral», *Etudes de droit contemporain* (1963), sh. 127-134.

(40) Bu konuda bkz. *R. David*, «Les sources du Code civil éthiopien», *Revue* 1962, sh. 497-506. Karş. *Sand*, *Die Reform des aethiopischen Erbrechts-Problematik einer synthetischen Rezeption*, *RabelsZ* 33 (1969), sh. 413-456.

(41) Karş. *Schnitzer*, «Ist massive Rezeption fremden Rechts gerechtfertigt», sh. 115-154; *Vu-Van-Mau*, «Quelques aspects technique de la réception des droits occidentaux», (Ayrı bası), *Revue juridique et écono-*

mından şimdiye dek az incelenmiş, yeni bir araştırma alanı teşkil etmektedir.

mique de la Faculté de droit de Saigon, 1963, sh. 7-87. Ayrıca bkz. A. Tunc yönetiminde hazırlanan ve Afrika ülkelerindeki gelişimi inceleyen *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966 adlı esere ve Blanc-Jouvan, *Der europäische Beitrag zur Rechtsgestaltung in den Entwicklungsländern Afrikas*, JZ 1966, sh. 254-258; Schütze, *Die Rezeption ausländischen Rechts in Afrika*, JZ 1969, sh. 627-629.