

ANDREAS von TUHR
ve
ZAMANININ MEDENİ HUKUK İLMİ

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

Türk medenî hukukunun yeniden tanzimi üzerine, İsviçre medenî hukukuna ait ecnebî eserler burada tabiatile müstesna bir ehemmiyet kazandılar. İktibas olunan kanunların doğdukları memleketteki nazariyat ve tatbikatı hakkında fikir edinmeğe büyük bir kıymet atfeden Türk hukukçusu için İsviçre medenî hukukuna ait şerhler, el kitapları ve ders kitapları yardımcı vasıta oldular. Türkiye'de bu tarzda yerleşen ilmî eserler içinde, 1925 yılında vefat etmiş bulunan medeniyeci Andreas von Tuhr'un «İsviçre Borçlar Kanununun umumî kısmı» (*Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*) adlı kitabı kadar belki de hiç biri itibar kazanmadı. Bu kitap Türk hukuk âlimleri, adliyecileri ve talebeleri muhitinde gerek Almanca olan esas şeklile, gerekse Fransızca tercümesile çok rağbet gördü. Türk okuyucuları için biraz tâdil olunan bu eserin Türkçe tercümesinin bir kısmı intişar etmiş olduğu gibi, yeniden tamamının tercümesine başlanıldı. Bütün bunlarda tam bir isabet vardır. Medenî hukuk ilminde âdeta mühim bir devrin itmamını ve muhassala-sının telhisini ifade eden bu kitabın, medenî hukuk edebiyatında son zamanların en kıymetli eserlerinden olduğu, gerek İsviçre'de gerek başka memleketlerde hukuk ilmi üzerinde kuvvetli bir tesir icra ettiği şüpheden varestedir.

Filhakika Tuhr asıl mânâsında İsviçre medenî hukuku müte-

hassısı değildi. Hattâ denilebilir ki, 19. asır sonlarındaki Alman romanist medenî hukuk ilmi — Pandekt ilmi de (*Pandektenwissenschaft*) tesmiye olunur — onun şahsında tecessüm eder; bu hukuk nazariyesinin neticelerini ve usulünü, umumî kısmı hakkında, en ehemmiyetli eseri olan üç ciltlik bir kitap yazdığı yeni Alman medenî hukukuna tatbik etmek Tuhr'un mesaisinde siklet merkezini teşkil ediyordu. Her ne kadar Tuhr daha genç yaşta iken İsviçre'nin Bâl üniversitesinde profesör olarak çalıştıysa da, ne o zaman ne de sonraları, 1920 senesine kadar, Almanya'da profesörlük ettiği sıralarda, İsviçre medenî hukukile yakından alâkadar olmadı. Ancak 1920 de Zürih üniversitesine çağırıldıktan sonra İsviçre'nin yeni medenî hukukile inceden inceye meşgul oldu ve beş sene bile sürmeyen kısa bir müddet içinde bu hukuk hakkındaki eserini yazdı. İsviçre medenî hukukunun esasları tahlil edilirken, Alman medenî hukuk ilmine hâs usulün tatbik olunması bu eserin dahi hususiyetini teşkil eder. Bu kitabın Türkiye'de ve başka yerlerde icra ettiği tesiri de Alman medenî hukuk nazariyesinin çok mühim neticelerini nakil ve tâmime fevkalâde müsait olması izah eder.

Vaziyet böyle olunca, bu hukuk âliminin şahsiyetini ve hayatını ve medenî hukuk ilmindeki mevkiini Türk hukukçuları muhitindeki okuyuculara tasvir etmek için ayrıca mucip sebepler aramağa lüzum kalmıyor. Tuhr'un vefatından sonra onun halefi olarak Zürih üniversitesine çağırılmış olmaklığım, bu cihetten araştırmalar yapmamda âmil oldu. Kendisile tanışmıyordum, onu hiç görmedim ve dinlemedim. Tuhr'un şahsiyeti ve hayatı hakkında söyleyebileceklerimin bir kısmı hısımlarının, meslek arkadaşlarının ve talebesinin verdikleri malûmata dayanır. Bunun haricinde, geçen sene çıkmış olan bir kitap onun şahsiyetini daha iyi tanımağa hizmet etti; bu kitapla von Tuhr'un Bâl'da oturan kızı, Bayan J. K. Von der Mühl, babasının tahsil devresine ait hatıra defteri notlarını ve nişanlısına yazdığı mektupları neşretmiştir.(1) Çok defa soğuk ve kibirli görünen bu derin hisli, sıcak insanı yukarıdaki kitap bize yaklaştırdı. Maa-fih Tuhr'un tercümei hali, müteakip izahat için sırf haricî çerçeveyi teşkil eder. Esas gaye, onun ilmi eserini ve bilhassa bu eserin neşet ettiği ilmi istikameti tavsif etmektir.

(1) Kitabın adı şudur: «*Jus und Johanna, Leibesbriefe eines Juristen*» (Yus ve Yuhanna, bir hukukçunun aşk mektupları), Leipzig, Verlag Curt Weller u. Co., 1938.

I

Andreas von Tuhr 14 Şubat 1864 tarihinde Petrograd'da doğdu. Ecdadı çok eskiden Baltikum'dan Rusya'ya hicret etmiş (1) ve bir kısmı muvaffakiyetli sınaî teşebbüsler sayesinde ehemmiyetli servet ve yüksek içtimai mevki kazanmıştı. Andreas von Tuhr'un babası Nikolai von Tuhr dahi hukukçu idi; Alman üniversitelerinde, Berlin'de ve Heidelberg'de tahsil ettikten sonra Rusya'da devlet hizmetinde yüksek makamlar işgal etmiş, sonunda temyiz mahkemesi başmüddeiumumisi, çarlığın âli müşaviri ve âyan meclisi âzası olmuş, hattâ bir nazır sandalyasını reddetmek vaziyetine gelebilmişti. Kendisi, yüksek fikri kabiliyetler ve büyük bir azimle mücehhez müstesna bir şahsiyet ve harikulâde bir hukukçu olarak tasvir ediliyor. Rus hukukundan başka Alman ve Fransız hukukuna da hâkimdi ve Poliça ve İflâs kanununun tanziminde teşriî hazırlıklara iştirak etmişti. Alman hukuk ilmile yakından alâkadar oluyor, fakat onun, bazen amelî faydası olmıyan mücerret konstrüksyonlarına tenkitçi bir nazarla bakıyordu. (2) Babanın Alman hukuk ilmine muzaf bu temayülü ve tenkitçi görüşü şüphesiz oğulun hukukî telâkkileri üzerinde müessir olmuştur. Anne dahi, Katharina Wilhemine von Schneider, aslen Alman olan bir Rus'tu ve o dahi bir hukukçular ailesinin kızı idi; zeki, ince hisli ve son derece müşfik olan bu kadın evin ruhu idi. Aile iki taraftan da çarın sarayına sıkı surette merbut kibar içtimai tabakaya mensuptu. Yurt dışında kaldıkları vakit yaşadıkları ve çalıştıkları memlekete bağlanan Almanlar zümresine bu aile de katılıyor ve Rus milletile kaynaşmak arzusile meşbu bulunuyordu. (3) Almanya'ya ve Alman olan her şeye karşı

(1) *Jus und Johanna*, Sah. 118 de Tuhr «Litvanya'daki ecdadı»nı zikreder. Şahsî ifadesine göre ecdadı Danzig'den Rusya'ya hicret etmiş bulunuyormuş.

(2) Bu söylenenleri, Tübingen'deki Alman hukuk profesörü Ph. Heck naklediyor. Nikolai von Tuhr'un yeğeni ve Andreas von Tuhr'un halazadesi olan Ph. Heck, kendini «Menfaatler içtihadı» (*Interessenjurisprudenz*) tabiriyle tavsif eden metodolojik mektebin itibar kazanmış basıdır: *Archiv für die zivilistische Praxis*, Neue Folge 5, 1926, S. 257 ff. (Medeni hukuk tatabikası arşivi, yeni tertip 5, 1926, Sah. 257 ve müt.) *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 33, Anmerkung 2 (Mefhum teşkilî ve menfaatlar içtihadı, 1932, Sah. 33, dip notu 2).

(3) Heck'e bak., *Archiv für die zivilistische Praxis* (Medeni hukuk tatabikası arşivi), sözü geçen yerde, Sah. 260, ve keza cilt 22 (1936), Sah. 170.

sevgi ve hayranlık besleniyor, Alman tefekkür hayatı ile irtibat idame ettiriliyor, fakat Tuhr'lar kendilerini birinci derecede Rus hissediyor ve en derunî bir saikle Rusya'ya bağlı bulunuyorlardı.

İşte bu sebeple Andreas von Tuhr'un şahsiyetinde hem Alman, hem Rus tahsil ve terbiye unsurları görünüyor. Maamafih çocuk henüz on bir yaşında iken ana ve babasıyla birlikte Almanya'ya naklediliyor. Çok nahif bünyeli olan çocuk şimalin sert havasına mütehammil değildi; iklimi daha mutedil olan bir yere geçirilmesi kendisi için hayatî ehemmiyeti haizdi. Bu sebeple ebeveyni, babası nisbeten erken devlet hizmetinden istifa ettikten sonra, çocuklarla birlikte Schwarzwald'ın (Forêt - Noire) ortasında tabii manzarası şahane, muhiti kibar Baden - Baden sayfiyesine gidiyorlar. Burada çocukların bir amcası epey zaman evvel bir arsa satın alıp kendisi ve kardeşi için iki muhteşem köşk yaptırmıştı. O zamana kadar hususî olarak evde ve Alman muallimlerden ders görmüş olan Andreas von Tuhr, Baden - Baden ve Karlsruhe'de *Gymnasium*'un (1) orta ve yüksek sınıflarına devam etti; görülüyor ki, kendisi başlangıçtan itibaren Alman tedris usulüyle yetiştirildi. Nitekim kendisinde gerek ilmi, gerekse hukukî seciye tamamen Alman'dır. Aslen Rus olan, beynelmilel şöhret ve itibarı haiz bütün hukukçular içinde âfakî bir müşahit en az von Tuhr'un hayat ve eserlerinde Rus unsurunu teşhis edebilir. Buna rağmen von Tuhr bütün ömrünce Rusya'ya karşı kuvvetli bir yurt sevgisi muhafaza etmiş ve umumî harpte inkıraz etmesile mânen sarsıldığı Çarlık Rusya'sına ve hanedanına sonuna kadar derunen bağlı kalmıştır.

Ancak Strassburg üniversitesine profesör olarak çağırılması üzerine — nitekim bu vazifeyi kabul ederken evvelâ Çarın müsaadesini aldı — Alman vatandaşlığını iktisap, fakat bunun yanında hayatı müddetince Rus tabiiyetini muhafaza etti.

Büyük bir ihtimamla yetiştirilen çocuk daha pek genç yaşta müstesna kabiliyetle nazarı dikkati celbetti. Fazla sert olan bir mürebbi onda küçük yaşta fikrî terbiyeyi inkişaf ettirip onu, dikkatini her zaman azamî derecede teksife ve hiç hata yapmamağa alıştırdı. Müz'ic kekeme iletisi çocuk için ruhi buhranlar membaı idi. Kendisile «konuşan insanlar» (2) arasında mevcut uçurumu acı acı hissediyordu.

(1) *Gymnasium* Almanya'da, bilhassa Yunan ve Lâtin dillerinin ve kültürlerinin öğretildiği orta tedrisat müessesesidir.

(2) *Jus und Johanna*, Sah. 13.

Ruhi mânileri yenmek hususunda kuvvetli bir iradenin yardımcı-
mile büyük ceht sarfediyordu. Bir kekeme iken, nefesine muvaffa-
kıyetle galebe çalarak hatiplerin en büyüğü olan Yunanlı Demosten
hayalinde canlanıyordu. (1) Bakaloryadan sonra muallimlerinden
biri, herkesten ziyade buna lâayık olduğu halde, rekâketi yüzünden
veda nutkunu söyliyemeyeceğinden dolayı kendisine teessürünü be-
yan edince, Tuhr, buna rağmen ve kekeleymeden nutku irat edeceği
cevabını verdi. Hakikaten de aksamadan konuştu, illeti böylece yen-
di, bir daha da kekeleyemedi. Hâdise üzerinden seneler geçtikten son-
ra hatıra defterine şu kaydı geçirdi: «Kekeme olduğum zamanı
memnuniyetle hatırlıyorum, çünkü o zaman ümit içindeydim; dü-
şünüyordum: Bir ilâh bana hitabet sanatını bahşetse, uzun senelerin
iztirabile kuvvetlenen bir iradenin nelere kadir olduğunu hay-
retler içinde kalacak âleme göstereceğim.....» (2). Nümunei imtisal
olan talebenin hatırası mektepte yaşadı; çocuğun kıymetli Lâtince
muallimi, yüksek bir maarif memurunun mektebi beklenilmedik bir
sırada teftişinde metnin kalan kısmını irticalen hatasız tercüme et-
mekle Tuhr'un vaziyeti nasıl kurtardığını uzun seneler sonra da an-
latırdı. Mektepten mükemmel bir derece ile mezun olduğu vakit
atik lisanlara, ilim ve edebiyata tam mânasile âşına bulunuyordu. Eski
Yunanistan'ın şair ve ediplerini seviyordu. En çok sevdiği edebî eser
Homer'in *Odyssée*'si idi; onda «dünyevî hayatın kudret ve ihtişamını
meknuz» görür, (3) hatıra defterinde ve mektuplarında daima Yu-
nan feylesoflarının hikmetini, o zamanın diliyle, naklederdi. (4)

Mesleğini intihapta tereddüt etmediği iddia olunamaz. En ziyade
askerliğe karşı meyil duyuyordu. Daha pek genç yaşta iken, harp
oyunu, askerî tâbiye meseleleri üzerinde düşünmek onu adeta şey-
tanî bir kuvvetle sardı (5). Sokakta askerlerin geçtiğini gördüğü za-
man çocukluğunun en kuvvetli heyecanlarını yaşıyordu (6). Askerlik
mesleğinden vazgeçmek kararını vermek ona zor geldi; Rus zabiti
olarak bir gün ağılebi itimal Almanya'ya karşı harbetmeğe mecbur
kalacağını babasının, önceden hissedercesine kendisine ihtar etmesi,
başka sebeplerin de inzimamile Tuhr'u ürküttü. Aradan seneler
geçtikten sonra da nişanlısına yazdığı mektupta diyordu ki: «Bir

(1) *Jus und Johanna*'ya bak., Sah. 17.

(2) *Jus und Johanna*, Sah. 33.

(3) *Jus und Johanna*, Sah. 81.

(4) *Jus und Johanna*'ya bak., Sa. 36, 41, 85.

(5) Hatıra defteri notlarına, *Jus und Johanna*'ya bak., Sah. 44 ve müt.

(6) *Jus ve Johanna*'ya bak., Sah. 39.

zamanlar ben de, Herkül gibi, iki yolun ağzında duruyordum; bir kaç sene müteredit idim ve nihaî kararı verebilinceye kadar nefsimle ağır mücadele ettim..... Büyüyüp yetiştikçe, içimde askerliğe karşı heybetli bir temayül duyuyordum, çünkü orada emretmek var, çünkü orada — harpte — tereddüt ve şüphe içinde olanlara irade hükmediyor.» (1) Maamafih askerliğe karşı duyduğu hususî bir alâka, içinde daima canlı kalmıştır. Diploması memuru olmak ümidi de suya düştü; bu yolda muvaffakiyet ve memnuiyete irişmenin şartı olan refah seviyesini temin edecek kadar zengin olmadığından babası endişeli idi. Böylece ailedeki ananeye sadık kalarak hukukçu oldu. Bu kararını dahi ihtiraslı askerlik hülyasına bağlıyordu. Hatıra defterinde şu kayıt vardır: «Devletle alâkadar her şey, pek sakin ve beynelmilel olan müspet ilimlere nazaran askere daha yakındır (2).

Bir İngiltere seyahati tahsil çağının mukaddemesini teşkil etti. Ondan sonra Andreas von Tuhr, Baden-Baden yakınında, şöhret kazanmış Heidelberg üniversitesinde hukuk tahsiline başladı, gençliğinin coşkunluk devresini (Sturm- und Drangzeit) (3) geçirdiği Leipzig'de ve, bilâhare profesör olarak yerleştiği Strassburg üniversitesinde devam etti. Tuhr'un tahsili, Alman hukuk ilminin, kemal mertebesine ulaştığı ve tesirlerinin Almanya'nın sınırları dışına, çok ileriye kadar intişar ettiği devreye rastlar. İlmin ve hukuk tedrisatının siklet merkezini, tarihî tetebbü mevzuu olmaktan ziyade, henüz mer'î bulunan Pandekt hukukunun sistematik ve dogmatik nazariyesi olarak Roma hukuku teşkil ediyordu. Bu sistematik Pandekt ilmi bütün hukuk nazariyatını, hukukî usulün, hukukî düşünüşün temeli addolunuyordu. Alman medenî kanununun tedvininde ilerlenildiği ve bu yüzden Pandekt hukuku yakın bir âtidede ölmeğe mahkûm bulunduğu halde, Pandekt nazariyeleri elân kemal çağında duruyor ve, yüksek âlimler tarafından temsil edilerek, coşturucu tesirini aynen icra edebiliyordu. Tuhr Leipzig'de ilim sahasında hâkim bulunan dogmatik mektebin en salâhiyettar sistematikçisi olan Bernhard Windscheid'i dinledi; Windscheid'in üç ciltlik «Pandekt hukuku ders kitabı» (Lehrbuch des Pandekten-

(1) *Jus und Johanna*'ya bak., Sah. 87.

(2) *Jus und Johanna*'ya bak., sah. 40.

(3) *Jus und Johanna*'ya bak., sah. 40

(4) Dogmatik: Müspet hukuku iştigal mevzuu bilen ilim kolu. Burada sıfat olarak.

rechts) asrın bu sahadaki nazariyelerini en müessir tarzda telhis ve terkip ediyordu. (1) Babasının da şahsî rabitalarla bağı bulunduğ u Ernst Immanuel Bekker'le Tuhr Heidelberg'de yakından temasa geçti ve bilâhare aralarında devamlı bir dostane münasebet teessüs etti. «Yanaklarım ateş içinde, sesim titreyerek küçük bir vazifeyi okuduğ um zaman Bekker takdirle tebessüm etti» ve «idrak ediyorum ki, bütün bunlar ancak başlangıçtır, önüne geçilemeyecek bir terakkinin ilk hamlesidir» (2) ibareleriyle seminerde kazandı ğı bir muvaffakiyeti saadet içinde hatıra defterine geçirdi. Aradan seneler geçtikten sonra, nişanlısına yazdı ğı bir mektupta şöyle diyor: «Kendisine zannettiğ imden çok fazla hörmet ettiğ im eskî dostum Immanuel Bekker...» (3) Gençliğinde zabıtlık etmiş olan Bekker zamanının mütemayız şahsiyetleri içinde en orijinal ve ince zekâlı Roma hukuku âlimlerinden biri idi. (4) İlk eserleri arasında en mühimmi, daha ziyade tarihî mahiyette olan «Roma hususî hukuku davaları» (Die Aktionen des Römischen Privatrechts) adlı kitaptır ki, Roma hukuk muhakeme usulü hakkında yazılmış eserler içinde en faydalı olanlardan biridir. Tuhr kendisinin talebesi bulunduğu sıralarda Bekker sistematik ve dogmatik usul yardım ile icra ettiğ i tetebbüatı ilerletmişti ve «Bugünkü Pandekt hukuku sistemi» (System des heutigen Pandektenrechts) adlı kitabını yazıyordu; bu eserin iki cildi «haklara, şahıslara ve hukukî muamelelere ait nazariyelerin» yalnız umumî kısmını ihtiva ediyor, gene de bu mevzua ait tetkikat tamamlanmıyordu. Tuhr hayatı müddetince herkesten evvel Bekker'e asıl hocası nazar ile baktı; hakikaten de Tuhr'un sonraları yazdı ğı ana eserinde — tertipte, meselelerde ve doktrinlerde — Bekker'in Pandekt'lerinin geniş mikyasta müessir oldu ğ u görülür. Bu tarzda alâkalarının ve ittihaz ettiğ i mesle-

(1) Windscheid hakkında *Max Rümelin*'e bak. : «Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft» (Bernhard Windscheid ve onun hususî hukuka ve hususî hukuk ilmine tesiri) Tübingen 1907; *Erik Wolf*, «Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte» (Alman tefekkür tarihinde büyük hukuk âlimleri), 1939, sah. 457 ve müt.

(2) *Jus und Johanna*, sah. 31/32.

(3) *Jus und Johanna*'ya bak., sah. 109.

(4) Bekker için *Otto Gradenwitz*'in güzel anma yazısına bak., *Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (Savigny tesisinin hukuk tarihi mecmuası, Romanist kısmı), 37, 1916, sah. VII ve müt.

ğın kökleri tahsil senelerine kadar takip olunabilir. O zamanlar kalbını aldığı Pandektçi tipini daima muhafaza etti. 1 ilkkânun 1885 de, 21 yaşında, Heidelberg üniversitesinde en yüksek derece olan «summa cum laude» (1) ile hukuk doktoru oldu.

Başlangıçtan itibaren Tuhr, üniversite profesörü olmak niyetine hukuk tahsili yaptı. Oğlunun hakiki istidadını anlıyan baba, ona bu yolu gösterdi ve hocası Bekker bu niyetini teyit ve takviye etti. Bundan sonra Tuhr daha derin ilmî taharriyata dalıyor. Hatıra defterinin o senelere ait kısmında şu satırlara rastlanıyor: «Kendinden sonra gelen nesillere eserler bırakmanın insanın mukadderatı icabı olduğuna kani bulunduğumdan değil... Fakat âlimin vazifesi budur ve ben (Allah bilir, kendi kuruntumla değil) âlim olmak cür'etini gösterdiğimden Pakt'ı ifa mecburiyetindeyim» (2) Doktora imtihanından sonra üç sene doçentlik hazırlıklarla geçiyor. Bu sırada hukuk mecmualarında bazı eserlerin tahlil ve tenkidini yaptığı görülüyor. Bu meyanda, Roma hukuku mecmuaları arasında başta gelen Savigny mecmuasında Tuhr, haksız fiilden mütevellit tazminat talebinin Corpus juris'te en esaslı tarzda tetkik olunduğu Lex Aquilia'ya mütedair Digest faslı hakkında Erwin Grueber tarafından yazılan İngilizce şerhin tenkidini yapıyor; bu kendisini, tazminat hakkı üzerinde incelemeler yapmağa teşvik etmiş olabilir (3) 1888 senesinde Heidelberg üniversitesi Roma hukuku Doçentliğine (Privatdozent) kabulünde âmil olan yazı bu sahaya aittir: Medeni hukukta mecburiyet hali (*Der Notstand im Zivilrecht*). Yazının raportörleri genç müellifin tertip ve tasnif kabiliyetini ve membalara ait zengin malûmatını takdirle kabul ediyorlar. Mecburiyet hallerinin hudûsünü sistemin heyeti umumiyesi dahilinde baştan nihayete kadar takipte Tuhr'un gösterdiği isabet, umumî nazariyelerin müstakbel üstadını belli ediyor. Deneme der-

(1) Cum laude: takdirle, iyi; Magna cum laude: Büyük takdirle, pek iyi; summa cum laude: En yüksek takdirle. Alman üniversitelerinde bu dereceler verilir. Bir de «orta» ve «muvaffak olmamış» notları vardır. Lâtince tâbirler bugün kullanılmaz.

(2) *Jus und Johanna*, sah. 33.

(3) Savigny tescisi mecmuası 7 (1886), 2 fasıkül, sah. 161 ve müt.: Eser tahlili, Erwin Grueber'in «The Roman Law of Damages to Property being a Commentary on the title of the Digest ad legem Aquilliam» (Oxford 1886) adlı kitabı (Roma hukukuna göre, mülke âriz olan hâsarın tetkiki. Ad legem Aquilliam başlıklı Digest faslı hakkında bir şerh).

sinin mevzuunu «vasıtasız temsilin tarifi ve şartları» teşkil ediyordu. Bu mevzuun alındığı saha üzerinde Tuhr bilâhare çok çalıştı.

Almanya'da Doçentlik (*Privatdozent*) bugün Türk üniversitele-
rinde mevcut doçentlikten bilhassa şu itibarla ayrılıyordu: Doçent
memur değildi ve maaş almazdı; sadece ders vermek salâhiyetini ha-
izdi —buna *venia legendi* denilirdi—, fakat bu salâhiyetin icrasile tak-
rir harçlarından (yâni dersler için talebenin ödediği ücretlerden)
kendine gelir temin ederdi. Bu teşkilât, hususî geliri olmıyan, fa-
kat ilim aşkıyle meşbu bulunan gençleri üniversite tedris heyetine
intisaptan menetmiş olabilmekle beraber, Almanya'nın ilim haya-
tında çok müsmir bir âmil olduğu uzun senelerin tecrübesiyle sabit
olmuştur. İhtiyaç meselesi düşünülmezsizin, herkes üniversitede
tutunmak imkânına malikti ve istidatların serbest rakabetine geniş
bir saha ayrılmıştı. Ancak son zamanlarda Almanya'da Doçentlik
memurluk seciyesini ihraz etmiştir (1). Tuhr'un geçenlerde neşro-
lunan mektupları, Heidelberg'de geçirdiği fikren hareketli Doçent-
lik seneleri ve orada içinde yaşadığı münevver muhit hakkında canlı
intibalar verir.

Bu Doçentlik seneleri uzun sürmedi. Bir profesörlüğe çağırıla-
rak (*Berufung*) muhkem bir mevkie ve müemmen bir âtiye nail
olmak her Doçentin candan istediğidir; Tuhr'da bu arzu üç sene sonra
tahakkuk etti. 27 yaşında Bâl üniversitesi onu çağırdı. Bundan sonra
akademik ve ilmî karyeri haricî cereyanı ve mesaideki dahilî inkişafı
bakımından, sarahaten tefrik olunabilen üç devreye ayrılan vâzih
bir istikamet arz etmektedir. Yedi sene Bâl'de kalıyor, bilhassa Ro-
ma hukuku ve münferit hususî müesseseler (monografi) üzerinde ça-
lışıyor. Müteakıben yirmi sene Strassburg'da bulunuyor ve, üstat ol-
gunluğuna ulaştığı bu devrede Alman medenî hukuku sahasında bü-
yük eserini başarıyor. Nihayet kısa ve çabuk geçen beş senelik üçüncü
devrede Zürih'de İsviçre medenî hukuku tettebbü mevzuunu teşkil edi-
yor. Birbirinden vâzihan ayrılan bu üç kısmın bâriz seciyelerini
göstereceğiz ve ondan sonra esas hatlarile umumî bir tasvir yapa-
cağız.

(1) Reichs - Habilitations - Ordnung (Reich Doçentlik kanunu) neş-
reden F. Senger, Berlin, Weidmann 1939.

II.

Andreas von Tuhr'un 1891 de profesör olarak çağırıldığı ve iki sene sonra Ordinaryüsluğa terfi ettirildiği Bâl üniversitesi 1460 senesinde Papa İkinci Pi tarafından tesis olunmuş ve hemen hemen dört asır müddetle İsviçre toprağında yegâne üniversite kalmıştır (1). Eskidenberi olduğu gibi, Bâl üniversitesi bugün dahi, talebesi az küçük bir üniversitedir, fakat mağrur ve kendini tecrit etmiş bir *Bourgeoisie*'nin muhafazakâr ananelerini temsil eden ciddi ve ihtirama lâyık bir ilim ocağıdır. Çok defa hariçten de âlimler çağırılıyordu. Alman İsviçresi'nin nisbeten yeni olan diğer üniversiteleri gibi Bâl dahi, bilhassa 19. asırda, adedi tabiatile mahdut olan kendi memleketlerinde yetişenlerden ihtiyaçlarını temin edemedikleri nisbette profesörlerini tercihan Almanya'dan çağırırlardı. Bu üniversitelerin verebilecekleri maaşlar Alman üniversitelerine nazaran pek mütevazi olduğundan, iyi yetişeceklerini vadeden Doçentleri celbetmek mecburiyetinde idiler. Daha Tuhr oraya gitmeden, uzun seneler Almanya'nın bir çok güzide Roma hukuk âlimleri Bâl üniversitesinde profesörlük karyerine girmişlerdi. Bilhassa, asrın Alman hukuk ilminin başında gelen iki mühim şahsiyet orada çalıştı: takriben 1845 de, ancak kısa bir müddet orada kalmış olmakla beraber, en parlak hukuk âlimlerinden biri olan genç Ihering, ondan az zaman sonra da, beş sene müddetle, genç Windscheid ve bunlardan sonra daha bir çok başkaları. İşte Tuhr böylece orada müstesna bir mirasa nail oluyor. Alman İsviçresi'nin diğer kısımlarından tamamen farklı olarak, Bâl kantonunda Roma hukuku tâli olarak mer'î bulunduğundan, Romanist (2) Tuhr orada tatbiki ci-

(1) *W. Vischer*'e bak., *Geschichte der Universität Basel von der Gründung 1460 bis zur Reformation 1529*, Basel 1860 (Bâl Üniversitesinin tarihi, 1460 da tesisinden 1529 da Reformation'a kadar, Bâl 1860); *M. Lutz*, *Geschichte der Universität Basel*, Aarau 1826 (Bâl Üniversitesi tarihi, 1326); Oradaki hukuk tedrisatı için: *A. von Orelli*'ye bak., *Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern*, Zürich 1879 (İsviçre'de Orta zamanın nihayetinden Zürich ve Bern üniversitelerinin tesisine kadar hukuk mektepleri ve hukuk bibliyografisi, Zürich 1879), sah. 11 ve müt.

(2) «*Romanist*» Almanca'da bir yandan «Lâtin dilleri âlimi», diğer yandan «Roma hukuku âlimi veya mütehassısı» mânâsında kullanılır. Burada ikinci mânâda kullanılmıştır. Bu yazının başka taraflarında «*Romanist*» yerine doğrudan doğruya «Roma hukuku âlimi» denmiştir.

hetten zengin bir saha buluyor. Hem bu küçük fakültede ilmen temayüz etmiş meslek arkadaşları arasına giriyor. Fakültenin en itibarlı âzası, Bâl'in en eski ailelerinden birinin oğlu ve asrın ileri gelen Cermanistlerinden (1) olan Andreas Heusler'di; Bâl'in içtimai hayatında hâkim bir mevki işgal eden Heusler'e karşı Tuhr insan olarak da yakınlık duymuştur (2). Bir çok âlimler meyanında, bir müddet için Tuhr, Fritz Fleiner ve Ulrich Stutz ile de beraber çalıştı.

Bâl'e geldiğinin daha ilk senesinde Tuhr, fakültesinin, sabık âzası Ihering'in doktora yıl dönümü münasebetiyle çıkardığı küçük armağanı yazdı: «Lex Aquilia'da zararın tahmini hakkında» (*Zur Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia 1892*).

Tuhr bu yazıda hukukçuya hâs amelî zekâ sayesinde kadim zamanlara ait hukuk kaidelerinin mucip sebeplerini ve fonksiyonunu ortaya koyabiliyor; vardığı neticelerden bazıları, tarihi izahı meslek ittihaz eden en yeni Roma hukuku eserleri arasında dahi mevkiini muhafaza ediyor (3). Bu yazı da tazminat hukuku sahasına dahildir; daha sonra Tuhr defaatle bu mevzua ait müessir hususi yazılar neşrediyor. Bu cümleden olarak, Bâl'de profesör bulunduğu sırada Viyana hukuk cemiyetinde, vasıtalı temsille alâkadar bir mevzu üzerinde konferans veriyor; «Akitten mütevellit tazminatta bizzat zarar görenin ve üçüncü şahsın menfaati.» (4)

Bâl devresinde yazma faaliyetinin en mühim mahsulünü Bekker'e ithaf olunan «Actio de in rem verso, aynı zamanda başkası yerine iş görmeğe mütedair nazariyeye bir ilâve» (*Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung 1895*) adlı kitap teşkil eder; monografilerinin en mufassalı olan ve teferruatı

(1) «Cermanist», Alman dilinin veya Cermen hukukunun taharrisiyle meşgul olan ilim adamıdır.

(2) Heusler'in en mühim eseri «Institutionen des deutschen Privatrechts» (Alman hususi hukuku müesseseleri) dir, I - II, 1885 / 86. Kendisi için E. His'in neşrettiği mufassal anma yazısına da bak., *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (İsviçre hukuku mecmuası) 63, (1922). U. Stutz, *Zeitschrift der Savigny - Stiftung, Germanistische Abteilung* (Savigny tesisi mecmuası, Jermen hukuku kısmı) 43, (1921).

(3) M. Kaser'e bak. *Quanti ea res est* (1935), sah. 176 ve müt.

(4) Muaddel olarak Grünhut'un *Zeitschrift für privates und öffentliches Recht der Gegenwart* (Muasır hususi hukuk ve âmme hukuku mecmuası) adlı mecmuada çıkmıştır. 25, 1898, sah. 529 - 584.

inceden inceye tahlil edilmiş bulunan bu eser, Tuhr adının romanist hukuku edebiyatında daimî olarak yer almasını temin etmiştir. Mevzu, Roma hukukunun munzam mahiyetteki davaları (*actiones adiecticiae qualitatis*) sahasına dahildir ve esas itibarile hükmü kalmamış olan bir meseleye mütealliktir: Aile reisinin, hâkimiyetinde bulunan oğulların ve kölelerin aktettikleri mukavelelerden mütevellit mes'uliyeti (1). Bununla beraber bu mesele dogmalar tarihinde (2) gerek sebepsiz mal iktisabı gerek temsil bakımından Almanya'da umumî hukukta (*gemeines Recht*) olduğu kadar Fransız ve Avusturya hukukunda mühim bir rol oynamış ve, bu cihet çok kerre ihtilâfı mucip olduysa da, muasır Pandekt hukukunun canlı bir unsuru olagelmıştır (3).

Mevzuun intihabı dogmatikçi Tuhr için karakteristik olup, daha sonraki mesaisinde mühim bir rol oynayan başkası hesabına işgörme, tezyidî muamele (*Zuwendung*), mal iktisabı gibi müesseselerle alâkadardır ve — temsil, üçüncü şahıs lehinde akitler, havale, kefalet gibi —, Tuhr'un her zaman tercihan meşgul olduğu «Üç köşeli mü-nasebetler» silsilesine dahildir.

«*Actio de in rem verso*» hakkındaki kitap 19. asrın romanist - dogmatik monografileri uslûbunda yazılmıştır. Savigny'nin zilyetliğe mütedair meşhur kitabı (1. tabı 1803 de, 7. tabı 1865 de) bu cihetten istikameti tayin etmiş ve 19. asrın nümune monografisi olmuştur. Roma hukuk kaynaklarındaki dağınık ve çok defa tezatlarla dolu malzemeyi mümkün mertebe vahdet arzedip ve tek mânaya gelen bir kül halinde inşa, zikrolunan metinler arasında mütevazın bir tefsirle ahenk tesis ve müessesenin, bütün teferruatın istidlâlen iştikakına müsait nâzım prensiplerini inkişaf ettirmek gayeyi teşkil ediyordu. Tuhr'un kitabında da müstakar dogmatik bir tez vardır: Hâkimiyete tâbi olanın (evlât veya köle) işgörmeye veya yekâlette aile reisine karşı tebriyei zimmet için dermeyan edebileceği aynı rücu hakkını, evlât veya köle ile mukavele akteden alacaklı dahi aile reisine karşı iddia edebilir.

(1) Tafsilât için *Girard*'a bak. *Manuel du droit romain*, 5. tabı, 1911, sah. 669 ve müt.; *Monier*, *Manuel élémentaire du droit romain II*, 1936, No. 189.

(2) *Dogmalar tarihi* (*Dogmengeschichte*): Burada müessesenin değil, nazariyenin tarihi tetkik olunur. İlmin bir müessese üzerinde yaptığı tahlillerdeki tarihi seyir ve inkişaf araştırılır.

(3) Bilhassa *M. Wellspacher*'e bakıla: *Versio in rem* 1900.

Hukuk edebiyatında bu nazariye «rücu nazariyesi» (*Regress-theorie*) adını alıyor. Bu rücu nazariyesini Tuhr, hususî hukukun umumî müesseseleri olan işgörme ve tebriyei zimmet talebi hakkındaki bir nazariyeye istinat ettiriyor; hususî hukukun umumî nazariyelerinin üstadı olmağa doğru tekâmül ettiğini Tuhr burada da gösteriyor. Kitap çabuk takdir kazandı ve o devrin en derin dogmatik tettebularından biri olarak kabul edildi.

O zamanlardanberi romanist hususî hukuk araştırmalarında istikamet ehemmiyetli bir tahavvüle uğradı. Roma hukuku Almanya'da müspet meriyetini kaybettiktenberi romanist taharriyatın gayesi, kaynaklardaki malzemedden sarıh hukuk prensipleri istihraç etmek değildir; tarihi tekâmül ve şeniyet idrake çalışıyor. İdrakin istikametini değiştiren ve hukuk tarihinden mülhem olan bu yeni cereyanda, dogmatik ilmin bilhassa 19. asırda meydana getirdiği inşai eserlerin hukukî unsurlarına ircaı maksadı hâkim bulunuyor.

Pandektçilerin eserlerindeki dogmatik konstrüksiyonlara makûs olarak tarihi bir görüşle yeniden inşa etmek cereyanında tahrip âmili galebe çalıyor. İlmî gayelerin bu suretle tahavvüle uğraması neticesinde, Pandekt ilmine has inşai temayülün geçen asırda vücude getirdiği eserlerin çoğunun ancak dogmatik bir kıymeti kalıyor; fakat hakikî Roma hukukunun tarihi bir görüşle idraki noktai nazarından bunlar olsa olsa bir çok malzemenin bir araya toplanmış bulunması cihetinden kullanılmağa elverişlidir, yoksa muhteva itibariyle kısmı âzaminin kıymeti kalmamıştır (1).

Tuhr'un *actio de in rem verso* hakkındaki monografisi, henüz ilk inkişaf devresinde bulunan yeni kaynak taharriyatı usullerine göre hazırlanmamıştı ve tamamile dogmatik ve inşai (konstrüktif) mahiyette idi. Yeni Romanist ilminin inkişaf ve tekemmül ettiği sırada kitabının sağlam bir yapı taşı olarak kabul edilmesi, Tuhr'un çalışma tarzı ve kaynakları tetkik usulü bakımından calibi dikkattir. Bu sahada çalışan âlimlerin içinde en kıymetlilerinden biri olan Berlin üniversitesi Profesörü Emil Seckel, Tuhr'un kitabının intişarından on iki sene sonra *actio de in rem verso*'nun ferî meseleleriyle meşgul olunca, kendi sözlerle «Tuhr'un mükemmel eserinde ilk defa ifade edilmiş olmamakla beraber, ilk defa hakikaten sağlam bir

(1) Bu hususta, intişar etmekte bulunan Roma Hukuku I, ikinci bölüm ve Medeni Hukuk I § 20 I, eserlerime bak.

esbabı mucibeye istinat ettirilen ve doğru olan rücu nazariyesine» dayanmıştır (1).

Roma hukuk kaynaklarını oldukları gibi kabule muhalif olan muasır münekkitlerin en müfridi Gerhard Beseler'in Tuhr'un tezi aleyhinde mücadele açtığı vakit yazdığı şu satırlar bilhassa dikkate şayandır: «Tuhr'un, Seckel tarafından tasvip edilen rücu nazariyesi fevkalâde ince bir zekânın mahsulüdür, fakat ağılebi ihtimal yanlıştır. Buna rağmen kitap çok kıymetlidir. Esas neticenin doğru olmaması, kitabın ihtiva ettiği bir çok ehemmiyetli mülâhazalara halel getirmiyor. Fakat her şeyden evvel Tuhr malzemeyi o kadar iyi tasnif ve o kadar güzel tenvir etmiştir ki, metin tahlilinde kullanılan modern usul buna tatbik edilirse, doğruluğuna ihtimal verilebilecek olanı teşhiste artık güçlük çekilmez» (2). Rücu nazariyesinin doğruluğu hakkındaki münakaşada henüz son söz söylenilmemiş olsa gerektir.

Tuhr'un 1895 senesinde Bâl istinaf mahkesi âzalığına tayin edilmesine, kendisinin hukukçu olarak tekâmülü noktasından mahsus bir ehemmiyet atfetmek lâzımdır. Selefleri ve halefleri arasından bazıları gibi Tuhr da oradaki mesaisile pek kıymetli ameli bilgi edindi. Tuhr adli staj devresini geçirmedeğinden, Bâl'de mahkemede çalışması onun hukukî ruiyet sahasını fevkalâde genişletti. Andreas Heusler'in reisliğini mükemmel tarzda ifa ettiği mahkemede Tuhr vâzih ve keskin muhakemesile pek çabuk büyük itibar kazandı. Hâkimlik sebeble Tuhr İsviçre hukukile de alâkadar olmağa başladı. Bunun neticesi olarak Bâl devresinde «İsviçre Borçlar Hukukuna göre aktin inikadında noksanlar» hakkında büyük bir yazı intişar etti (3). Daha sonra mesainin siklet merkezini teşkil etmiş olan hukukî muameleler nazariyesi sahasına bu yazı ile ilk defa girdi. Gene bu eserle Roma hukukundan muasır mevzu hukuk sahasında çalışmağa intikal ve İsviçre Borçlar hukukiyle kendi arasında, bir çeyrek

(1) *Seckel*, E. I. Bekker armağanında: «Aus römischem und bürgerlichem Recht» (Roma hukukundan ve Medeni hukuktan), 1907, sah. 331 ve müt.

(2) *Beseler*, Beiträge zur Kritik der römischem Rechtsquellen (Roma hukuk kaynaklarının tenkidine dair) III (1913), sah. 192.

(3) *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (İsviçre hukuku mecmuası), Yeni tertip 15, 1896, sah. 278 ve müt., 16, 1897, sah. 1 ve müt., 17, 1898, sah. 1 ve müt.

asır sonra umulmadık zengin semereler verecek olan bir rabıta tesis etti. Tuhr Bâl'de müşavir olarak da çalıştı (1).

Andreas von Tuhr'un hayatında pek mühim bir hâdise olan, Garbî Prusyadaki malikâne sahipleri muhitine mensup Johanna Therese von Rentzell ile nişanlanıp evlenmesi Bâl devresine rastlar. Tuhr'un nişanlısına yazdığı mektuplar neşredildiğinden 64 sahifede sözü geçmişti), bu hâdise umumun alâkasını çekti. Bir âlimin aşk mektupları esas itibarile umuma arzedilmemek lâzımgelirse de, içinde müellifin adı doğrudan doğruya geçmeyen bu mektupların neşri büyük bir sevinçle karşılanmalıdır. Zira burada eşine tesadüf edilmeyecek, insanî ve edebî cihetten müstesna kıymette «beşerî vesikalar» (documents humains) mevzubahstir. Kitapta iki yüz sahife tutan bu mektupların en güzel ve calibi dikkat tarafı, içinde hukuktan ve hukuk ilminden hemen hemen hiç bahsedilmemiş olmasıdır. Bunlar, ateşin hislerle meşbu bir gönlün, daima kendisile mücadele eden bir vicdanın ve nükte saçan parlak bir zekânın mahsulüdür. Bunun için bu mektuplar çok geniş bir kariler zümresi için alâkabahşır. Andreas von Tuhr'u ilim sahasından tanıyan ve takdir edenler, onu şimdi, ciddî ve ağır ilmi eserlerine göre mevcudiyetine ihtimal verilmeyecek yepyeni insanî bir cepheden görüyorlar. Pek az hukuk âlimi hissiyat cephesinden bu tarzda tanınmış ve ebedileşmiştir.

Tuhr genç profesör olarak Bâl'de, Baden - Baden'deki köşkünün yakınında, yeni kurduğu aile ocağında gençliğinin pek mes'ut aşk senelerini yaşadı. Buna rağmen ergeç Alman üniversiteleri muhitine dönmesi ahval ve şerait ve akademik anane icabı idi. İsviçrede profesörlük karyerine başlamış olan genç Alman âlimleri kaideten Almanya'ya geri çağrıldılar. Esasen, bu arada tamamlanmış olan Alman medenî kanununun hukukunu yerinde tanımak onun tabii bir arzusu olmak lâzımgelirdi. 1898 senesinde Mecklenburg'daki Rostock üniversitesine çağrıldığı vakit, elân müteredditti. Fakat akabinde, o zamanki Almanya'nın en muteber üniversitelerinden biri olan Strassburg kendisini isteyince, artık tereddüde pek de imkân yoktu.

(1) *Tuhr'un «Rechtsgutachten betreffend die Veräusserung von Liegenschaften der Christoph Merian'schen Stiftung» (Christoph Merian tesisine ait bazı gayri menkullerin satılmasına mütedair rapor) adlı ve bu devreye ait raporu intişar etmiştir. Bâl, 1897.*

III.

Zaferle neticelenen harpten sonra Alsas Loren 1871 de Almanya'ya tekrar ilhak olununca, tabiatıyla oradaki Strassburg Üniversitesi ilim hayatının bir gözdesi oldu ve en değerli âlimleri oraya toplamak için ceht sarfedildi. Böylece Tuhr orada, geçen bir çeyrek asırda müstesna şahsiyetlerin mensup bulunmuş olduğu ve bulunmakta devam ettiği bir hukuk ve devlet ilimleri fakültesine girdi. Burada Tuhr kendi ihtisas sahasının, diğerleri meyanında, değerli mümessillerine, iki büyük Romanist'e tesadüf etti: Pretör Edikt'inin aslı şeklini meydana çıkaran Otto Lenel ve klâsik Roma hukuk muhakemeleri usulü araştırmalarında temayüz eden Moriz Wlassak. Bunların yanında güzide Cermanist ve âmme hukuku âlimi - Bismarck'ın kurduğu İmparatorluğun âmme hukukunun salâhiyettar nazariyecisi - Paul Laband, Alman idare hukuku ilmini yenileştiren Otto Mayer, «paranın devlet nazariyesi» nin mümes-sili olan mütemayiz iktisatçı G. F. Knapp ve daha bazıları orada çalışıyorlardı. (2)

Tuhr 1898 de bu mümtaz ilim ocağına girdiği vakit yeni Me-denî Kanun hazırlanmış bulunuyordu ve yakında meriyete girecekti. Hukuk hayatındaki inkılâba muvazi olarak hukuk ilmi ve bilhassa hukuk tedrisatı da istihale geçirdi. Mevzu hukukun ufuklarında Roma hukuku battı ve tarih sahasına intikal etti; bununla birlikte merî Pandekt hukukunun muasır dogmatığı de ortadan kaybolmak mecburiyetinde idi. Roma hukuku ilmi seciyesini de-ğiştirdi: Sistematik tetebbu usulü hâkimiyeti tarihî tetebbu usu-lüne devretti. Romanist hukukçular için iki şıklı bir muhayyerlik vardı: Dogmatik meylin veya tarihî meylin kendilerinde hâkim bulunmasına göre ya kadîm devrin hukuk tarihiyle meşgul olma-ğa başlıyor - üzerindeki aktüel meriyet yükü kalktığı için bu devrin hukuku daha serbest tetkik edilebiliyordu - , yahut da Pandekt ilminde inkişaf ettirilmiş olan usulle yeni kanunun nazariyesini kur-

(1) *Moriz Wlassak*, «Erinnerungen an Otto Lenel» (Otto Lenel'e aid hatıralar), Viyana Akademisi Almanığı, (Almanach der Wiener Akademie), 1936.

(2) *Otto Lenel*, «Die Universität Strassburg 1621 - 1691» (Strassburg Üniversitesi), Freiburg i. B. 1921; *Otto Mayer*, «Geschichte der Universität Strassburg» (Strassburg Üniversitesi tarihi).

mak gayesine teveccüh ediyorlardı. O zamanın sair bir çok âlimlerinde olduğu gibi Andreas von Tuhr'da da yeni medenî hukuka karşı kuvvetli bir meyil vardı. Kendisi gene Romanist kalıyor ve hukukî ideolojisi Roma hukukuna olan derin vukufuna istinat ediyordu. Tuhr'un mükerreren baştan nihayete kadar tetkik ettiği corpus juris civilis kendisi için bundan sonra da hukukî meselelerde bir hazine teşkil ediyor ve daima yanında bulunuyordu. Mamafî, münhasıran tarihî idrake teveccüh eden yeni cereyan onu cezbedemedi. Tarihi tetebbu tarzı, bilhassa ona bağlı bulunan lisani ve kaynaklara ait tenkidî mesai, Tuhr'un tam mânâsiyle sistematik olan istidadına uygun değildi. Zürih'e geldiği zaman, Roma hukukunu mebde alarak, maziye doğru bakan Romanis'tler olduğu gibi, nazarları âtiye teveccüh eden Romanist'ler de bulunduğu, kendisi bu ikinci zümreye katılmak lâzımgeldiği yolunda beyanı mütaleada bulundu.

Ondan sonra ilmi mesaisi merî hususî hukuka maksur gibiydi. Alman medeniyecilerini senelerce işgal eden ve hukuk edebiyatında sayısız eserlerin meydana gelmesinde âmil olan Medenî Kanunun projelerine ait tenkit ve münakaşalara Tuhr iştirak etmedi. Strassburg'da tedris faaliyetine başladıktan bir kaç hafta sonra, 9.1.1899 da, hukuk cemiyetinde (Code civile'e kıyasen, Alman Medenî Kanununa göre menkul mallarda mülkiyetin iktisabı» hakkında verdiği bir konferansta nazarı dikkati celbetti; Alsas Loren'de, hattâ Ren'in sol sahili boyunca merî bulunan Fransız hukukundan yeni Alman hukukuna - Reich hukukuna -, mülkiyetin aktin inikadile iktisabını âmir Fransız prensibinden teslim prensibine intikalde bu mevzu tabii olarak hukukî alâkayı üzerinde teksif ettiriyordu. (1) Bu konferansı takip eden, nispeten küçük fakat müstesna dogmatik armağan ve mecmua yazıları Tuhr'un hukukî alâkalarının merkezi ve karakteristik noktaları etrafında dönüyorlar: Ezcümle tazminat hukukuna ait ferî meseleler (2), mücerret borç mukaveleleri (3),

(1) «Zeitschrift für französisches Zivilrecht» (Fransız medenî hukuku mecmuası) 30, 1899, sah. 527 ve müt.

(2) «Naturalherstellung und Geldersatz», Jahrbücher für Dogmatik («Eski haline getirme ve naktî tazminat» Dogmatik salnameleri) 46, 1903, sah. 39 ve müt.

(3) Strassburger Festschrift für A. S. Schultze (A. S. Schultze için Strassburg'un Armağanı), 1903. Bu yazı ayrı basım olarak da çıkmıştır.

havale (1), sebepsiz mal iktisabı (2) ve gayrı kabili istirdat salâhiyetname (3). Umumiyetle eser tahlil ve tenkidi edebî mesaisinde geniş yer tutmamakla beraber, Tuhr bu senelerde kendisini yakından alâkadar eden bazı monografiler hakkında - müstakil makaleler hacminde - müessir tenkitler neşrediyordu. (4) Bununla beraber Strassburg'da geçirdiği ilk on yıl, yani Alman medenî hukukiyle ünsiyet peyda ettiği seneler, hayatının nispeten en az müsmir devresini teşkil ederler.

Mamafi harice karşı ancak ferî meselelerin tetebbuu ile temayüz ederken büyük eseri olgunlaşıyordu. Leipzig Üniversitesindeki büyük ceza hukuku âlimi Carl Binding hazırlamakta olduğu, Alman hukuk ilmini ihtiva edecek olan sistematik eserde («Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft») Alman medenî hukukunun umumî kısmını hazırlamağı Tuhr'a teklif etti. Nispeten genç olan âlim için başlıbaşına bu teklif yüksek bir taktir ifade ediyordu. Zirâ pek çok hukuk âlimleri yetişmiş olan bu devirde Binding'in hazırlamakta olduğu eser için çalışanlar Alman hukuk ilminin en mümtaz simaları idiler. Alman hukuk edebiyatının, nihayetine eren 19. ve başlayan 20. asra ait temel eserlerin bir çocuğu bu el kitabında intişar etmişlerdir:

Mommsen'in Roma ceza hukuku ve Roma âmme hukukunun ana hatları, Brunner'in Alman hukuk tarihi, Gierke'nin Alman hususî hukuku, Mitteis'in Roma hususî hukuku, Otto Mayer'in Alman idare hukuku, Wach'in hukuk muhakemeleri usulü, Sohm'un kilise hukuku ve saire. Bu heyette ahzettiği mevkie ve kendisine karşı beslenen ümitlere lâyük olduğunu Tuhr tam mânâsiyle ispat etti. Üstelik onun eseri, bu kolleksiyonun tamamlanan az

(1) Jhering's Jahrbücher für Dogmatik (Jhering'in Dogmatik salnameleri) 48, 1904, sah. 1 ve müt.

(2) «Aus römischem und bürgerlichem Recht» (Roma hukukundan ve medenî hukuktan), E. J. Bekker için armağan, 1907.

(3) Strassburger Festschrift für Paul Laband (Paul Laband'a Strassburg'un armağanı), 1908, sah 45 ve müt.

(4) Bilhassa şu ikisini zikretmek lâzımdır: Konrad Hellwig, «Verträge auf Leistung an Dritte» (Üçüncü şahıslar lehine ifaya mütedair akitler), Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Kanunî müdevvenat ve hukuk ilmi mecmuası, üç ayda bir çıkar), 7, 1902, sah. 542 ve müt. H. A. Fischer, «Der Schaden» (Zarar), aynı mecmuada 11, 1937, s. 63, ve müt.



ANDREAS von TUHR
(1864 - 1925)

eserlerinden biridir. 1910 senesinde, enfüsi hakları ve şahsın hukukunu ihtiva eden birinci cilt çıktı.

Bilâhara eser, önce düşünöldüğünden çok daha şümüllü oldu; iki ciltte karar kılınmışken, üç cilt tuttu: Birinci ciltten dört yıl sonra ikinci cilt, ve gene dört yıl sonra 1918 de, umumî harp esnasında yazılmış olan üçüncü cilt intişar etti. Kitap derhal, birinci cildin çıkmasıle, başta gelen eser mevkiini ihraz etti. «Umumî kısma» ait ana eser olan bu kitap hiç şüphesiz hususî hukukun umumî nazariyelerinin inkişafında kemal mertebesini teşkil eder. Tuhr'un bu en mühim eseri bilhassa bu zaviyei rüyetten takdir olunmalıdır.

Filhakika medenî hukukun umumî nazariyelerinin iraesî, yoktan yaratılmağa, serbestçe tanzime müsait bir iş değildi; bu meselelerin halli, bir çok nesillerin ilmi mesaisine ve Medenî Kanunun müsbet esaslarına müsteniden imâle mütevakkıftı. Bir «umumî kısım», hususî hukukun umumî nazariyeleri, akla yakın görünmekle beraber, Roma hukukunun mahsulü değildi; hususî hukukun umumî kısmı bilhassa Almanya'nın romanist hukuk ilminde, diğeri bir tâbirle Pandekt ilminde vücade getirilmişti. Eski Roma hukukçuları böyle şeyleri bilmezlerdi. Onlar, münferit hukukî hâdiseleri tahlilde, bunların hususiyetlerini meydana çıkarmakta ve hukuk prensiplerini tatbikte büyük üstattılar, fakat umumî nazariyeleri tesiste katiyyen ileri gitmediler. Bu nazariyeler tam mânâsiyle Alman hukuk ilminin bir mahsulüdür; Almanlara has hukuk zihniyetinin ve ilmi hukuk düşünüşünün hususiyetleri bu «umumî kısım» idrak tarzında en bâriz şekilde tecelli eder.

Bir umumî kısım düşüncesi, hukuk müesseselerinin sistematik tasvirini umumî esas mefhumlara ve umumî prensiplere istinat ettirmek metodu Alman tabii hukuk ilminde meydana gelmişti. Yeni zamanın, 17. asırda Hugo Grotius ve Thomas Hobbes tarafından temsil edilen ve ondan soraki hukukî ve siyasî inkişafın esaslı muharrik kuvvetlerinden biri olan büyük tabii hukuk fikri (1) Almanya'da — Almanlara has tefekkür tarzına uygun olarak — ayrı bir ilmin mevzuu oluyor (2). Bu inkişaf 17. asrın ikinci nısfında Samuel Pufendorf'la başlıyor: O, ilk tabii hukuk profesörüdür ve ondan sonra tabii hukuk Almanya'da hukuk ilminin ayrı bir kolu

(1) *Yavuz Abadan*'ı mukayese ediniz: Grotius ve tabii hukuk, Cemil Bilsel'e Armağan'da (1939), sah. 523 ve müt.

(2) Freiburg Üniversitesinin Otto Lenel'e armağanındaki izahatıma da bak. (1935), sah. 427 ce müt.

oluyor, hukuk ilmi dahilinde bir ihtisas sahasında düşünmenin ve araştırmanın mevzuunu teşkil ediyor (1).

Tabii hukuka ait mukaddem kaziyelerden (prémises), «jus naturae» nin ana prensiplerinden âlimler metodla bütün hukuku istihraca çalışıyorlar. Umumi kaziyelerden hareketle müteferri cihetleri bunlardan iştikak ettirmek, bu nevi kabli düşünüşün hususiyetini teşkil ediyordu. Böylece «umumi kısım» gitgide tabii hukuk sistemlerinin daimi bir unsuru oluyordu. Hele 18. asırda Christian Wolf'un sistematik metodu bütün ilimlerde ve bu meyanda hukukta da hâkim olunca, «umumi kısım» tabii hukuk sistemlerine kati olarak girdi. Bizzat Christian Wolf'ta, fakat daha ziyade bazı hukukçu talebesinde, ezcümle Joachim Georg Daries'te ve bilhassa Daniel Nettelblatt'ta böyle bir umumi kısma rastlıyoruz (2). Bu «umumi kısım» unsuru ve onda mündemiç metod çok geçmeden sistematik müspet hukuk ilmi, bilhassa, Pandekt hukuku adını alan «umumi hukuk» (Gemeines Recht) (3) tarafından devralınıyor. Birçok başka noktalarda olduğu gibi, bu cihetten de müspet hukuk ilmi ve bilhassa Pandekt ilmi tabii hukuk nazariyesinin tesiri altında kalmıştır (4). Buna göre, Almanya'da mer'i, muktebes Roma hukukunun sistematikçileri 18. asrın ikinci nısfındanberi eserlerini bir «umumi kısma» istinat ettiriyorlar (5).

(1) Erik Wolf'a bak. , «Grosse Rechtsdenker» (büyük hukuk mütefekirleri), 1939, sah. 245 ve müt.

(2) Hukuk ilminde Wolf mektebinin mevkiî için Ernest Landsberg'e bak. , «Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft» (Alman hukuk ilminin tarihi), III, 1, 1839, sah. 272 ve müt.

(3) Mütercimnin notu: İktibas üzerine Almanyada meriyete giren Roma hukukuna «gemeines Recht» denir. Daha evvel başkaları tarafından «umumi hukuk» diye tercüme edildiğini gördüm ve tâbiri aynen aldım.

(4) Tabii hukuk ilminin, Almanya'da Roma hukukunun iktibasî üzerine vücade gelen hususî hukuk ilmine tesiri hakkında müteaddit yazılarım vardır: «Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium» (Pandekt ilmi ve bugünkü romanist tetebbuat), Zürih Hukuk Fakültesinin armağanı, 1928, sah. 220 ve müt.; «Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande» (Alman medenî hukukunun hariçte tesirleri), Freiburg Üniversitesinin Otto Lenel'e armağanı, 1935, sah. 427 ve müt., intişar etmek üzere bulunan Medenî Hukuk kitabımdaki izahata bak., I § 20, I.

(5) Almanya'da muktebes Roma hukukunun sistematîğinin nihayete eren 18. asırda bu cihetten nasıl bir inkişaf seyri arzettiğini, «Zur Entstehung des modernen Pandektensystem (Modern Pandekt sisteminin doğuşu hakkında) adlı yazımda tafsilen gösterdim, Savigny tesisinin hukuk tarihi mecmuası, romanist kısım 42, 1921, sah. 587 ve müt.

Umumî kısma nelerin dahil bulunduğu, bu inkişaf seyrinin mebedinde seyyal ve müelliflerin şahsî telâkkilerine göre mütehavvil görünüyor. Hukuk sisteminin inkişaf ve teşekkülü için gerek hukuk ilminde gerek kanun vazı sahasında muhtelif tarzda mücadele edildiği bu devirde, bir «umumî kısım» tertibine matuf ilk teşebbüsler, başka başka muhtevaları bulunan mütenevvi manzara-lar arz ediyorlar: Bazen hududlar pek dardır, umumî kısım bir kaç prensibe ve ana mefhuma maksurdur, bazen de pek şümüllü bir anlayışla mütenevvi meseleler bu kısma ithal ediliyor. 19. asrın bidayetinde, tarihi mektebin yükseldiği devirde, hususî hukuk sistemi ve onunla beraber anın umumî kısmı birdenbire takalluz ediyor ve ana hatlarında, kendisine Gustav Hugo, fakat bilhassa Georg Arnold Heise tarafından «Pandekt dersleri için muktebes Roma medenî hukukun esasları» (Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen) adlı eserle (1. tabı 1807, 2. tabı 1816, 3. tabı 1819) verilen şekiller içinde istikrar buluyor (1). İşte bu, kısa bir zaman içinde bütün hususî hukuk ilminde, nazariyatta ve kanunlarda, Almanya'da ve daha sonra haricte de geniş mikyasta kabul edilen ve Türk - İsviçre hususî hukuk kodifikasyonuna dahi hâkim olan «modern Pandekt sistemi» dir (2).

Umumiyetle hususî hukuk sisteminde olduğu gibi, o zamandanberi onun umumî kısmı dahi gitgide yeknesak hutut iktisap ediyordu. Bir sıra meseleler — bilhassa afakî hukuk ve hukuk kaynakları, enfüsî hak, hukukî vakıalar, bilhassa hukukî muameleler— müteamül bir nizam dairesinde «umumî kısım» dan addediliyor ve medenî hukuk ilminin en büyük azimle derinleştirilen ve gözetilen bir sahası oluyor. Hususî hukukun, bu suretle katî kalıbını bulan umumî kısmının önce 19. asırda Alman Medenî Kanunları — iptidaen Saksonya ve sonra Almanya Medenî Kanunu — tarafından ve

(1) Bu hususta «Modern Pandekt sisteminin doğuşu» adlı yazımda ve Medenî Hukuk eserimde, I § 7, tafsilât vardır. Heise hakkında *Landsberg'e* bak., «Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft» (Alman hukuk ilminin tarihi) III, 2, 1910, sah. 88 ve müt.; keza E. I. *Bekker'e* bak., «Vier Pandektisten» (Dört Pandektçi), Heidelberg 1903, sah. 21 ve müt.; Gustav Hugo için *Landsberg'in* sözü geçen eserine, sah. 1 ve müt. ve *H. Weber'e*, «Gustav Hugo», Göttingen 1935, bak.

(2) «Medenî Hukuk Dersleri» kitabıma bak., I sah. 34, Medenî Hukuk eserim I § 7.

müteakiben muhtelif ecnebi devletlerin mevzuatınca (Japonya, Brezilya, Çin, Yunanistan projesi) kabul olunması bu inkişafın tetvicini ifade eder.

Bizatihî bu inkişaf mutlak surette isabetli diye tavsif olunamaz. Zira umumî kısım kanuna değil, herşeyden evvel ilme ait bir teşekküldür. Nelerin ve muayyen şeylerin ne dereceye kadar umumî mahiyette olduğunu hukuk sistemi noktai nazarından taktir ve temmül etmek sistematik hukuk ilminin vazifesidir; bu meseleyi kanun vazı ancak mahdud mikyasta halledebilir. Pandekt ilminde umumî bir kısım vücade geldikten sonra, bunun Alman Medenî Kanunu ve diğer kanunlar tarafından kabul edilmesi neticesinde mütenevvi hukuk prensiplerinden mürekkep bir kül kanun hükmiyle umumî mahiyette, yâni hususî hukukta alelidlâk muteber prensipler seciyesini iktisap etmiştir. Türkiye tarafından kabul edilen İsviçre Medenî Kanununda Eugen Huber'in bir «umumî kısım» dan sarfı nazar ederek, kanunun münferit prensiplerinin (bilhassa Borçlar Kanununun umumî hükümlerinin) ne dereceye kadar bütün hususî hukuk sahasında umumî muteberiyeti haiz bulunabileceği meselesinin tayinini ilme ve tatbikata bırakmış olması kanaatimca daha doğru bir noktai nazardı (1). Mamafi İsviçre ve dolayısıyla Türk medenî hukukunun ilmi için umumî bir kısım meydana getirmek vazifesi bütün ehemmiyetini muhafaza etmektedir (2).

19. asırda medenî hukuk ilminin umumî kısmı hututunda ve meselelerinin tahdidinde sabit bir seciyeyi haiz bulunuyorsa da, tanziminde münferit hallerde şumul, meselelerin vaz'ı ve metod itibariyle büyük ayrılıklar arz etmektedir. Literatürüne ait tarihçede, bir dereceye kadar ferdi hususiyeti bulunan muhtelif eserlerin temayüz ettiği umumî kısmın unsurları, bu asırda pek yüksek bir mertebeye ulaşmış olan hukuk ilminin fikrî mesaisiyle durmadan bileniyor ve zenginleştiriliyordu. Başta Savigny'nin «Bugünkü Roma hukukunun sistemi» (System des heutigen römischen Rechts) adlı kitabı (1841 - 1849) gelir. 19. asırda belki de en kudretli tesiri icra eden ve Almanya'nın hudutları dışında dahi itibar kazanan bu eser, sekiz ciltte sırf umumî nazariyeleri, hem yalnız münferit mües-

(1) *Eugen Huber*, «Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches» (İsviçre Medenî Kanununun ilk projesi hakkında mülahazalar) adlı esere bak., 1902, sah. 22 ve müt.

(2) Medenî Hukuk eserime bak., I § 8, I.

seselere ait tettebbuatta rastlanan bir şumulle ve mufassal kaynak tahlilleriyle irae ediyor. En nüfuzlu talebesi Georg Friedrich Puchta'nın (1) «Pandektleri» (1. tabı 1838, 12. tabı 1877) Savigny'nin eserinin tam aksidir: Muhtasar bir ciltte bütün hususî hukuku kısa ve veciz fasıllarda toplayan bu eser, çok kere mugalataya kaçan keskin ve üstadane mantığıyla müteaddit nesillerin hukukî düşüncüsü üzerinde çok müessir oldu ve asrın ortasına doğru umumî kısmın aldığı şekli muhtasar surette gösterdi. Tamamlanmamış olan üç ciltten ikisi umumî kısmı ihtiva eden, Josef Unger'in (2), Almanya (da meri Roma hukuku temeline dayanan «Avusturya hususî hukuk sistemi» (System des allgemeinen österreichischen Privatrechts) adlı eseri (1. tabı 1865) gene başka mahiyettedir: Dogmalar tarihini ve literatürü geniş mikyasta nazarı itibara alan bu kitap güzel, yayık ve seyyal ifade ve irae tarzıyla bazı cihetten Tuhr'un eserini hatırlatır, fakat onun üzerinde hemen hiç müessir olmamıştır. Brinz'in çok orijinal olan «Pandektler» (Pandekten) adlı eserindeki müstesna tasvir ve ifade tarzı dahi Tuhr'a fazla tesir etmiş değildir (3). Leipzig'de talebesi bulunduğu (yukarıda sah. 68) Windscheid'in Pandekt ilmi hakkındaki kitabı ise Tuhr üzerinde ehemmiyetli bir tesir icra etmiştir; bütün bu asrın muktebes Roma hukuk ilmini tenkidî tarzda telhis ve terkib eden bu eser 19. asrın son sülüsünde esasen bütün Alman hukuk ilmine hâkim bulunmuştur. Fakat Tuhr üzerinde doğrudan doğruya tesir icra eden bazı eserler vardır ki, bunlar Pandektlerin umumî kısmını tafsilen ihtiva ederler ve bu sahadaki problemleri derinleştirmekte pek ileri giderler: Tuhr'un hocası Ernst Immanuel Bekker'in (yukarıda sah. 69) ve Ferdinand Regelsberger'in «Pandektleri» (4); hattâ bu ikincisi Binding'in büyük elkitabında yer almıştır. Bu eserler Tuhr'un eserinin doğrudan doğruya selefleri addolunma-

(1) Puchta için *Landsberg'e* bak., «Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft» (Alman hukuk ilminin tarihi) III 2, sah. 438 ve müt.

(2) Bu büyük Avusturya hukukçusu için *Emil Strohal'e* bak., «Josef Unger», Jena 1914.

(3) Aloys v. Brinz için *Landsberg'in* adı geçmiş olan kitabına bak.

(4) E. I. Bekker, «System des heutigen Pandektenrechts» (bugünkü Pandekt hukukunun sistemi) I - II, 1886 - 1889, bu hususta yukarıda sah. 69. bak.; Ferdinand Regelsberger, «Pandekten» (Pandektler) I, Binding'in Alman hukuk ilmine ait sistematik elkitabı, 1893. 19. asrın nihayetine doğru umumî kısım hakkında yazılan müstakil eserler arasından bir de E. Hölder zikredilmelidir: «Pandekten» I, 1886.

ğa en ziyade namzet bulunuyorlar. Asrın sonunda Medenî Kanun mer'iyete girince, umumî kısma ait nazariyelerin bittabi ikinci derecede kanunun müspet hükümlerine muzaf bulunması icap ediyor ve bu suretle muhtevasını ve seciyesini nispeten değiştirmiş bulunuyordu. Buna rağmen Alman Medenî Kanunundaki umumî kısma ait nazariyelerin Zitelmann'ın (1) muhtasar ve fakat mükemmel kitabında ve Endemann, Dernburg, Enneccerus tarafından yazılan muhtelif mufassal ders kitaplarında tasvir ve iraesî tarzı, bunları muktebes Roma hukukuna ait nazariyelerin bir temadi ve inkişafı olarak gösteriyor.

İşte bütün bir asrın şu inkişafına Andreas von Tuhr'un «umumî kısmı» iltihak ediyor. Mamafî hiç şüphe yok ki onun eseri gerek işlenen malzemenin çokluğu gerekse incelemenin kesafeti itibariyle ondan evvelki bütün eserlere faiktir. Tabii hukuk ilminden gelerek 19. asrın medenî hukuk nazariyelerine hâkim olan, umumî nazariyelere ait mesele vaz tarzını ve metodu Tuhr böylece inkişafının en yüksek mertebesine vardırmıştır. İşte bu hizmeti, Tuhr'un hukuk ilmi tarihindeki mevkiini tayin ve tavsife devam edegelecektir.

Burada bir de şu mesele ortaya çıkıyor: Acaba Tuhr'un eseriyle seleflerinin eserleri arasındaki münasebet derinleştirilerek tetkik edilirse, bunun mahiyeti hakkında ne gibi bir neticeye varılır? Bu eser medenî hukuk ilmine ne gibi yeni kıymetler temin etmiştir? Burada umumî nazariyelerin, bir yandan müspet (positif), diğer yandan inşaî (constructif) tabakası diye tavsif etmek istediğim birbirlerinden ayrı iki tabakayı umumî kısımda tefrik etmenin isabetli olacağını zannediyorum.

Tabiatıyla Tuhr'un eseri de birinci planda Medenî Kanunda müspet surette tanzim edilmiş olan meselelerle meşgul olacaktı. Bunlara umumî nazariyelerin müspet kısmı denilebilir. Alman Medenî kanununun birinci kitabında tanzim edilmiş olan meseleler külliyyatı — yalnız aylar nazariyesi hariç; bunun tahlilini Tuhr aynı haklar kısmına bırakmıştı —, yâni şahsın hukukuna ait teferuat, hakları istimâl ehliyeti, çok derinleştirilerek tetebbu edilen

(1) Ernst Zitelmann, «Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches» (Medenî Kanun hukuku), I. Allgemeiner Teil (umumî kısım), 1900. Zitelmann için Dr. Ferit Ayıter'e bak., Adliye ceridesi 30, 1939, sah. 381 ve müt., sah. 682 ve müt. Yukarıda metinde zikrolunan eserler Alman medenî hukukunun tanınmış ders kitaplarıdır.

rızanın beyanı meseleleri, aktin inikadına, şartlara ve temsile ait nazariyeler ve daha başkaları, aralarında esaslı irtibat bulunmayan büyük fasıllarda bütün şumulleriyle tetkik olunuyor. Bilhassa, kökleri Pandekt ilmine kadar uzanan ve neredeyse iki cilt dolduran hukukî muameleler nazariyesi Tuhr'un tefekkür kabiliyetine lâyık bir saha idi, halbuki şahsın hukuku kendisinin hususiyetine o derece uymuyordu. Fakat bütün zenginliğe, teferruattaki inceliğe ve klâsik vüzuha rağmen bu müspet fasılların Tuhr'un seleflerine kıyasen eserin en orijinal kısmını teşkil etmemesi mevzuun mahiyeti icabıdır.

Daha ziyade, inşai diye tavsif olunabilecek kısımlarda orijinalite görüyorum. Doğrudan doğruya kanunun müspet hükümlerine dayanmayan bu kısımlarda hukuk sisteminin bütününden esas mefhumlar istihraç olunuyor ve sistemde mündemiç prensipler inkişaf ettiriliyor. Filhakika burada tetkik edilen unsurlar dahi kısmı âzamı itibariyle eski nazariyelerin de cüzüleri bulunuyorlardı. Esasen, uzun asırlardanberi her köşesi araştırılmış olan hususî hukuk nazariyatında ilmi kabiliyet çığır açan fikirlerin yaratılmasında değil, eski nesillerden intikal eden malzemenin tenkidî tahlilinde ve unsurları arasında yepyeni rabıtalara tesisinde tezahür eder. Ezcümle enfüsî hakka ve nevilerine ait nazariye ötedenberi umumî kısmın tabii hukuk ilminden yetişme bir problem sahası addolunurdu. Fakat evvelki eserlerde ekseriya ancak kısa tariflerde tecelli eden bu nazariye Tuhr'da yarım cilt dolduruyor: Burada hâkimiyet haklarına, inşai haklara, temellük haklarına, muntazar haklara, mutlak ve nispi haklara ait muhtelif kategorilerin, hukukî vecibe ve mesuliyet, talep hakkı ve defî, mamelek ve mamelek neveleri nazariyelerinin tetkiki, umumiyetle yalnız monografilerde görülen nüfuz ve tesiri icra ediyor (1). Hakkın iktisabı ve hukukî muamelenin münferit neveleri hakkındaki nazariye de böyledir. Esasen eserin merkezi sikletini son cümlede adı geçen saha teşkil etmekte olsa gerek. Nazariyatta o zamana kadar ehemmiyetleri lâyikiyle tespit edilmiş olan iki hukukî muamele kategorisine ait tetkikat bilhassa göze çarpmaktadır. Bunlardan biri, Medeni Kanunun, Almanya'da meri Roma hukukunda pek az inkişaf etmiş bir rüşeymden yarat-

(1) Dr. M. Ferit Ayter'in istifadeli ve derinleştirilmiş tahlillerini havi yazısına bak., «Sübjektif Hak», Adliye ceridesi 29 (1938), sah. 33 ve müt., 153 ve müt., 275 ve müt., 644 ve müt.; burada nazariyenin, Tuhr'u kat kat aşarak ilerlemiş olan inkişafı da gösterilmektedir.

tığı ve sistemin heyeti mecmuasının temellerinden biri mevkiine çıkardığı «tasarruf» (Verfügung) mefhumudur. Medenî hukuka ait ilk eserde bu esas mefhum pek sathî tahlil olunuyor; halbuki Tuhr onun hükmünün şumulünü her cihetten mufassalan tavzih ediyor. Bu tasarruf nazariyesi şüphesiz Türk - İsviçre medenî hukukunun anlaşılması noktasından da kıymetlidir, her ne kadar bu tasarruf mefhumu Türk - İsviçre hukukunda Alman Medenî Kanunununki kadar ehemmiyeti haiz değilse de (1). Tuhr'un derinleştirerek tetebbü ettiği diğer hukukî muamele kategorisi tezyidi muameledir (Zuwendung), mamafi bunda hocası Bekker'in kendisi üzerinde tesir icra ettiği hususunda tereddüde mahal yoktur (2). Bir mamelekten diğerine bir şeyin geçirilmesini tazammun eden bu hukukî muamele nevinin vâzihan meydana çıkarılması sâyesinde muktebes Roma hukukunda çok kerre anlaşılmaz bir mevzu olan hukukî illet (causa) meselesi berrak bir sarahata vardiirılmıştır (3).

Tuhr'un inşai izahatını seleflerinkinden ayıran en ehemmiyetli nokta, kendi nazariyelerinde mücerret mahiyetin hiç de bâriz olmayışdır. Kendini pek çok defalar mücerret nazariyeler içinde kaybetmesi geçen asırda ve bu asırda Alman medenî hukuk ilminin bir zâafını teşkil ediyordu. Hükmî şahsiyetin mahiyeti, enfüsi hakkın mahiyeti, hukukî muamelelerde rızanın mahiyeti gibi meseleler için sellerle mürekkep akmıştır. Bu kabil had derecede mücerret nazariyelerle nispeten az alâkadar olan ve bunları kısa geçen Tuhr çok kerre bu neviden meselelerde mevcut nazariyeleri tekrarla iktifa ediyor. Kendisini bu esas mefhumlar ameli ehemmiyetleri noktai nazarından alâkadar ediyor. Bu meyanda meseleleri vazedisinde iki istikamete ayrıca işaret olunmalıdır.

Tuhr bu mücerret teşekküller için bir yandan kaidevi prensipler inkişaf ettirmeğe çalışıyor. Kendisi meseleyi daima şu tarzda

(1) *Tuhr*, «Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts» (İsviçre Borçlar Kanununun umumî kısmı) I § 25 ve § 28 e bak. ; umumî görüşü temin için ayrıca «Medenî Hukuk Dersleri» kitabıma bak. , I § 26, s. 179 ve müt.

(2) *Bekker'e* bak. , Pandekten II, sah. 141 ve müt. ; *Tuhr*, Allgemeiner Teil (Umumî kısım) III, sah. 49 - 174, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (İsviçre Borçlar Kanununun Umumî kısmı) I § 26.

(3) Bu hususta Türk hukuk literatüründe bilhassa Dr. *Ferit Ayter*'in «Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrit ve illetsizlik» adlı derin ve ilmi seciyeyi haiz yazısına bak. , Adliye Ceridesi, 29 (1938), sah. 1290 ve müt. , 1465 ve müt. , 1709 ve müt. , 30 (1939), sah. 747 ve müt.

vazeder: umumî hukuk malzemesinden, meselâ bir taraflı hukukî muameleler, tasarruf ve tasarruf salâhiyeti, itimada müstenit tezydî muameleler ve saire için ne gibi umumî prensipler tecriden istihraç olunabilir? Bu düşünme ameliyesi ile umumî hukuk prensiplerinin miktarı ehemmiyetli nispette arttırılabiliyor. Almanya'da olduğu gibi, bir umumî kısmı havi kanunları bulunan memleketlerde dahi bittabi umumî prensipler kanunun o kısmındaki müspet hükümlerden ibaret değildir. Hukuk malzemesinin heyeti mecmuasından umumî muteberiyeti haiz yeni esasları tecrit yoluyla mütemadiyen meydana çıkarmak sistematik hukuk ilminin vazifesidir; Tuhr'un bu istikamette yaptığı taharriyat fevkalâde zengin semereler vermiştir.

Fakat diğer taraftan Tuhr'un asıl gayesi, umumî kısmın gerek müspet gerek inşai esaslarını hususî hukukun mahsus nazariyeleri için faydalı kılmak, hususî hukukun, bu esaslarla herhangi bir suretle zaptı mümkün münferit müesseselerine bunlar sayesinde nüfuz etmektir. Umumî nazariyelerin tahlilinde derine gitmek istenince her şeyden evvel halli lâzımgelen ve Alman kanununun hususiyeti icabı olan esas mesele işte bu idi. Tuhr umumî kısmının her nazariyesinde onun münferit nazariyelere olan tesirlerini keşfe çalışıyor. Mutlak ve nispi haklar, muntazar haklar, defi, kısmî mamelek ve umumî mamelek ve ilâ.. gibi mefhumlar, pek çok eski ve yeni münferit meseleleri halle hizmet ediyorlar. Tuhr'da bu mücerret mefhumlar, hukuk cisminin neşrettiği görünen ve görünmeyen şuaları toplayıp inikâs ettiren adesenin vazifesini görürler. Böylece onun eseri umumî kısım haricinde medenî hukukun bütün hususî sahaları için verimli olmuştur.

Tuhr'un eserinde en yüksek inkişafa mazhar olan hukukî istikamet evvelce de ve fakat bilhassa en son zamanlarda hararetli, hattâ bazan şiddetli tenkitlere mevzu teşkil etti. «Umumî kısım», kansız ve verimsiz tecritlerin başı boş kaynaştığı bir oyun sahasına döndüğü isnat olundu (1). Keza dendi ki, Alman hukuk ilmi, mahz mantikî bir «mefhum içtihadı» (Begriffsjurisprudenz) olmak yolunda terreddi alâmetleri gösteriyor; Jhering'in istihzasına hedef

(1) Umumî kısım üzerinde yapılan bu nevi tenkid için bak. : S. Schlossmann, «Willenserklärung und Rechtsgeschäft» (Rıza beyanı ve hukukî muamele), Kiel Üniversitesinin Hänel armağanı, 1905, s. 65 ve müt., E. Ehrlich, «Juristische Logik» (Hukuk mantığı), 1918, s. 248 ve müt.

teşkil eden «hukuk mefhumları cennetinde» (juristischer Begriffshimmel) hukuk ilmi kendini sık sık kaybediyor; burada, ameli fayda, maksada uygunluk ve makuliyet mülâhazalarını çok kere hiçe sayan surî mantık, mücerret fikir oyunları zaferler kazanıyor. İşte bu yolda yapılan tenkitlerde kabahatin büyük kısmı umumî nazariyelerin metoduna atfolundu (1). Şüphesiz her iki isnatta muhtelif cephelerden isabet vardır. Fakat Tuhr'un eserleri bu tenkit ve muahazeye hedef olamaz. Zirâ bir yandan onun «Umumî Kısmı» hakikaten pratik bir eserdir. Bu eser solgun ve cansız nazariyelerden bahsetmeyip, umumî prensipler ve mefhumlar yardımıyla hukuk hayatının tükenmez teferruatını zapta hâdim bir hukukî metodun muvaffakiyetle tatbikini gösterir. Hattâ belki de eserin ehemmiyeti umumîliğe değil, hususîliğe, esaslardan ziyade teferruata istinat etmektedir. Diğer taraftan Tuhr hiç bir zaman kendisini surî mantık cephesinden mefhum oyunlarına kaptırmamıştır. Akli selimi ve hayatın icaplarını takdir hassası Tuhr'u bundan muhafaza etmiştir. Bu hassa sâyesinde Tuhr, mantıkî istidlâllerin neticelerini daima ameli fayda kıstasile kontrol ederdi. Bir çok noktalarda Tuhr'un kanaati kabul edilmeyebilir, fakat nâdiren onun telâkkisine hayat yabancı şekilcilik izâfe olunabilir.

(1) Bak. : *Ihering*, «Scherz und Ernst in der Jurisprudenz» (Hukuk ilminde lâtife ve ciddiyet), sah. 245 ve müteakipte «Im juristischen Begriffshimmel» (Hukuk mefhumları cennetinde) yazısı. Daha sonraki zamanlara ait olarak bak. : *Ernst Fuchs*, «Die Gemeinshädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz» (İnşai hukuk ilminin umuma olan zararları), 1909 ve «Juristischer Kulturkampf» (Hukukta kültür savaşı), 1912. Mefhum içtihadının tenkidi zımında, nispeten yeni olan «Interessenjurisprudenz» (menfaatler içtihadı) cereyanının müntesipleri tarafından yazılanlar mühim; bilhassa Max Rümelin'in ve Philipp Heck'in yazıları. Bak. : *Rümelin*, «Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft» (Windscheid ve hususî hukuka ve hususî hukuk ilmine tesiri), 1907; «Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre» (İlimde ve doktrinde yaşanan istihaleler), 1930; *Ph. Heck*, «Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz» (Mefhum teşkili ve menfaatler içtihadı); 1932. Bilhassa yeni nasyonal - sosyalist hukuk ilmi mefhumlar içtihadı ile mücadele ediyor. Bu sebeple son senelerde Almanya'da hukuk tedrisatında «Umumî kısım» ayrı bir ders olarak programda yer almaktadır. (Bak. : *K. A. Eckhardt*, «Das Studium der Rechtswissenschaft» - Hukuk ilmi tedrisatı -, 1935, sah. 24), mamafî bunun fazla ehemmiyeti yoktur, zira umumî kısma ait esas meseleler «Vertrag und Unrecht» (akit ve haksızlık) dersinde gene tetkik edilecektir. Hukuk tedrisatının Almanya'da son senelerde geçirdiği inkışaf için Dr. *Ferid Ayter*'in konferansı ehemmiyetlidir. (Hukuk İlmîni Yayma Kurumu 1939).

Tuhr'un ibda etmediği, fakat müstesna bir muvaffakiyetle ve ifrata gitmeden tatbik ettiği metod Almanlara has hukukî bir metoddur. Hukukun bu tarzda bir muameleye tâbi tutulması, münferit hâdiselerden onların umumî prensiplerine doğru ilerlemek ve bunları bir sistem haline getirmek temayülünü her zaman ve mekânda gösteren, Almanlara has ilmi zihniyete tamamen mütetabıktır. Şüphesiz umumî nazariyeler Alman hukuk ilminin en orijinal eseridir ve bununla yakın ve uzak devletlerin hukuk ilmi üzerinde mühim tesirler icra olunmuştur. Alman medenî hukukunun umumî kısmına ait fikirler dünyanın her tarafında hukukî tefekkürün müşterek mülkü olmuştur (1). Ezcümle Raymond Saleilles'in, Alman hukuk ilminin, bilhassa umumî kısmının neticelerini — rızanın beyanı nazariyesi, hükmî şahıslar, borçların umumî prensipleri ve saire — Fransızlara tanıtması Fransız hukuk ilmi için fevkalâde müsmir olmuştur (2). Marcel Planiol'un veya Colin ve Capitant'ın Fransız medenî hukukuna ait ders kitapları ve bilhassa Henry Capitant'ın «Introduction à l'étude du Droit Civil, Notions générales» adlı eseri Alman medenî hukukuna ait umumî nazariyelerin Fransız doktrinine tesirini açıkça gösterir (3). Bu tesir daha kuvvetli olarak son yirmi otuz sene içinde yeni İtalyan medenî hukuk ilminde görülmektedir. İngiltere ve Amerika'da bile bu tesirler 19.

(1) Bu tesirleri «Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande» (Alman Medenî hukuk ilminin yabancı memleketlerde tesirleri) adlı yazımda tetkik ettim: Friburg'un Lenel armağanı (Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel), 1935, sah. 425 ve müt.

(2) Burada R. Saleilles'in tanınmış eserleri mevzubahstır: Théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire allemand (3. me édition 1914); De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (1901); Introduction à l'étude du droit civil allemand (1904); De la possession des meubles, études de droit allemand et de droit français (1907); De la personnalité juridique (1910). Saleilles'in tesiri hususunda büyük Fransız hukukçularının faydalı anma yazısına bak.: L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles (Paris 1914).

(3) Bak, Julien Bonnecase, Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie I, sah. 381 ve müt.; Science du Droit et Romantisme (1928), sah. 593 ve müt.; La Pensée juridique française (1933), sah. 424 ve müt. Fakat kanaatimce bu müellif Alman hukuk ilminin bu tesirine lâzım gelen ehemmiyeti atfetmiyor.

asrın sonuna doğru ve 20. asırda müşahede edilebilir (1). Fakat bu umumî nazariyeler hiç bir yerde Alman medenî hukukundaki pratik ehemmiyeti iktisap edememişlerdir ve Andreas von Tuhr'un eseri de burada şüphesiz kemal mertebesini teşkil eder. Bunun için Rusya'dan gelen bu Alman profesörüne tipik Alman, hattâ en ziyade Alman olan hukuk ilminin yaratıcı mümessili nazariyle bakmalıdır. —

Üçüncü cildin 1918 de intişarile, şeklen ve muhteva itibarile zenginlikte zamanının medenî hukuk ilminde eşine tesadüf etmeğe pek de imkân bulunmıyan büyük eser tamamlanmıştı. Tuhr hayatının en yüksek mertebesine varmıştı ki, pek müstakar görünen bu mevcudiyeti dahi devrin kasırgaları sarstı. O, eski Rus yurdunun inkırazını, yakın akrabasının geçirdiği felâketleri gördü, servetinin mühim kısmını kaybetti. Tuhr Strassburg üniversitesinin rektörü oldu. O devrin haleti ruhiyesi düşünülecek olursa, aslen Rus olan ve Rus vatandaşlığını muhafaza etmiş bulunan bir profesörün 1918 senesinde Strassburg'un İmparator Giyom üniversitesinde rektör olabilmesinin, Tuhr'un haiz bulunduğu mevki itibarile ne kadar calibi dikkat olduğu anlaşılır. Alman ordusu garp cephesinde son büyük taarruzuna başladığı sırada üniversitenin tesisinin yıldönümü olan 1 mayıs 1918 de «Medenî kanunun temelleri ve itmamı» hakkında rektörlük nutkunu söylerken, harbin zaferle nihayetleneceği kavi ümidini izhar ediyordu. «Harp nihayete eriyor görünüyor. Bu dünya âfetinden muzafferane ve salimen sıyrılacak olan Almanya sulh mesaisine dönmeğe hazırlanıyor. Fakat Alman devletinin ve kültürünün bekası tehlikeye girmiş bulunuyordu; bunu biliyor ve unutamıyoruz». Tuhr o zaman böyle söylüyor ve çok kimse de vaziyeti el'ân böyle görüyordu. Bir kaç ay sonra Fransız askerleri Strassburg'a girdi; hemen değilse de, bir kaç hafta sonra Tuhr da şehri terketmek mecburiyetinde kaldı. Ölümünden az sonra yakın akrabasının Tuhr hakkında neşretikleri ufak bir hatıra defterinde, hayatına ait biyografik kısımda, deniyordu ki: «ailesile birlikte 1918 senesi noelinden biraz evvel Ren'i geçti; kendisi için hayat eserinin çöktüğü tarih olan bu günün mânevi ızdırabını bir daha unutamadı.» Strassburg uzun sene-

(1) Bu hususta şu yazılarıma bak. : «John Austin and the German Jurisprudence of his Time» (John Austin ve zamanının Alman hukuk ilmi), İngiliz «Politica» mecmuası I (1934), sah. 178 ve müt. ve «Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel» (1935), sah. 451 ve müt.

ler en verimli ilmi faaliyetinin merkezi idi. Orada, Schwarzwald'ın Baden-Baden şehrindeki köşkünün yakınında, o devrin Alman profesörlerine has, yaratma aşkile dolu gamsız, ahenkli bir hayat sürüyordu. İsviçre borçlar hukukuna ait eserinin ilk sahifesinde, derin yeisini gösteren şu sözler vardır: «Son rektörü, Alman Strassburg Üniversitesinin hatırasına bu kitabı ithaf eder.» İmparatorluk yıkıldıktan sonra, Alman mukadderatının en müşkül devrinde Tuhr do-laştı durdu. Kısa bir müddet Saale nehri üzerinde kâin Halle üniver-sitesinde, sonra da işgal altında bulunan Kolonya'da, yeni kurulmuş olan üniversitede, gayrı müsait harici hayat şartları altında profe-sörlük etti. Dünyayı altüst eden müthiş kasırga hâlâ dinmek bil-mezken, beklemediği bir sırada kendisini çağıran Zürih ona sulh ve sükûn vadeden bir liman görünüyordu.

IV.

Andreas von Tuhr'un 1920 yaz sömesterinde Roma hukuku ve modern medenî hukuk profesörü olarak celbedildiği Zürih üniver-sitesi de — henüz yüz yaşına bile varmadığı halde — bilhassa bu sahalarda parlak bir ananeye mâlikti (1). 1833 senesinde bu üni-versiteyi kuranlardan biri Friedrich Ludwig Keller'di, Savigny'nin en mümtaz talebesinden olan Keller tarihî mektebin kemal ça-ğında başta gelen Romanist'lerdendi. Kendisinin Roma hukuk muhakemeleri usulü hakkındaki eserleri uzun seneler mümtaz il-mî mevkilerini nizasız muhafaza ettiler. Takriben 1830 danberi Roma hukuk ilmini Zürih'te ve böylece bilvasıta İsviçre'de tanıtan ve gözetilmesini temin eden Keller'di; bu cihet İsviçre'de hukukun ve ilmin inkişafı bakımından çok ehemmiyetli idi (2). Savigny he-nüz hayatta iken, Berlin kürsüsünde onun ikinci halefi olmak üzere Keller bilâhara Almanya'ya gidince, Zürih'te kendisini muhtelif güzide âlimler istihlâf ettiler. 19. asrın ikinci nısfı başlarken, ilim

(1) Bu hususta ve bundan sonraki izahatta tafsilât için şu yazıma bak. : «Das römische Recht an der Universität Zürih im ersten Jahrhun-dert ihres Bestehens» (Zürih üniversitesinde kuruluşundanberi geçen ilk yüz senede Roma hukuku), Zürih 1938. Keza bak. : *E. Gagliardi*, «Die Universität Zürih 1833 - 1933» (1833 - 1933 e kadar Zürih üniversitesi), Zürih 1938.

(2) Bunun için şu yazıma bak. : «Türkiye - İsviçre Medeni Hukuku ve Roma hukuku», Cemil Bilsel'e armağan (İstanbul 1939) 385 ve müt.

sahasında asrın en muazzam şahsiyetlerinden biri, Roma tarihinin, Roma âmme hukukunun, Roma ceza hukukunun müellifi olan büyük müverrih Theodor Mommsen kısa bir müddet için Zürih'te Roma hukuku profesörlüğü yaptı. Onu mümtaz Pandektçiler takip etti: Pandekt hukuku, Prusya hususî hukukî ve sonra Alman medenî hukuku üzerinde çok istimâl olunan el kitapları yazmış bulunan Heinrich Dernburg; Pandekt hukukunun umumî nazariyeleri hakkındaki mükemmel bir eserin sahibi Ferdinand Regelsberger (yukarıda ismi geçti, sah. 85); bundan başka Avusturyalı Adolf Exner, ondan sonra Eduard Hölder. Bilhassa Regelsberger ve Hölder Tuhr'un fikri selefleri addolunabilir, zirâ bunların mesaisinde dahi umumî nazariyeler siklet merkezini teşkil ediyordu. Ancak seleflerinin çoğu Zürih kürsüsüne genç müptedi olarak geldiği halde, ilk defa Tuhr ileri yaşta —elli beşini geçmiş bulunuyordu— ve şerefli ilmî bir maziye mâlik, kemale vâsıl olmuş bir âlim olarak o kürsüye çıktı. Fakülteye girerken, İsviçre'de geçirdiği saadetli gençlik yıllarını andı ve, hayatının son senelerini burada huzur içinde geçirmek ümidini izhar etti.

Görünüşe nazaran, Alman medenî hukukuna ait eserinin tamamlanmasından sonra gene Romanistik ile yakından meşgul olmak niyetile Zürih'e gelmiş bulunuyordu. Fakat, üstat mevkiine geçmiş bulunan, modern hukukun dogmatikçisini gayrı ihtiyarî olarak memleketin müspet hukuku cezbetti. Son senelerin sarsıntılarında ve inkisarı hayallerinden sonra yorgun bir Tuhr Zürih'e geldi. İsviçre hususî hukukunda, kendisini yeniden canlandıran, teşvik eden, yeni çalışma hedefleri temin eden fikri sahayı buldu. Hayatının hemen hiç bir devresi, Zürih'te geçirdiği pek kısa seneler gibi teksifi bir mesai ve mütemadî buluşlarla dolu değildir.

Fakat anlaşılın İsviçre Medenî Kanununun hukuku Tuhr için, Zürih'e geldiği zaman, fazla ünsiyet peyda ettiği bir saha değildi. Herhalde evvelki devrelere ait yazıları, İsviçre kodifikasyonile yakından alâkadar olduğunu hiç bir suretle belli etmiyor. Her ne kadar eski borçlar hukukunu Bâl devresinde tanıdı ve sevdiyse de, şimdi muaddel şeklile bu kanuna dahi, Alman medenî hukukunun derinliklerinde yirmi sene müdetle araştırmalar yapmış bir âlim gözile bakıyordu. İntikal kendisine pek de kolay gelmemiştir; netekim bu tipik bir hâdisedir. Zirâ orası mahiyeten başka bir âlemdir.

19. asırdan 20. asra intikalde hususî hukuk sahasında birbirin-

den tamamen farklı iki kanun meydana gelmiştir: Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunu. Her ikisi memleket sınırları dışında, uzak kültürler ve milletler için müessir numune teşkil ettiler. Bu iki kanuna birbirinden çok farklı tipler nazarıle bakılmalıdır. Alman Medeni Kanunu, hayat münasebetlerinin, mümkün mertebe boşluk bırakmaksızın, tam olarak tanzimini istihdaf eden kodifikasyon düşüncesinin en muvaffak tahakkukunu ifade eder. Bu gayeye ulaşmak için, en ufak teferruatı dahi düşünölmüş ve — kılı kırk yarar-casına — hesaplanmış mücerret prensipler vaz ve âzamî itina ve katiyetle kalıba dökölmüş ıstılahlar ve mefhumlar istimâl olundu; bugüne kadar hiç bir kanun bu katiyet ve vüzuha (précision) yaklaşmamıştı. İsviçre kodifikasyonunda başka bir mefkûre takip ediliyordu: burada evvelki kodifikasyon prensibi bilerek terk ediliyordu; bünyesi nispet kabul etmiyecek kadar elâstiki olan bu kanun hukuk ihtisas lisanile yazılmış değildir ve ilmi tecritlerden içtinap eder, zirâ mütehasısların yanında bir dereceye kadar halkın da onu anlaması arzu ediliyor. Bu itibarla kanun çok kerre direktifler vermekle iktifa eder; bunlar bütün ihtimalleri ihata etmek ve katî olmak iddiasında olmayıp, vazifenin büyük kısmını münferit hallerde hâkimin adilâne takdirine bırakırlar (1). İsviçre ve Alman Medeni Kanunları bundan sonra bir yandan sevi-lip taktir olunmakta, diğeri cihetten bütün dünyada tesir icra etmekte rekabet halinde idiler. Hattâ Alman hukukçuları muhitinde bile, Alman Medeni Kanununa kıyasen İsviçre Medeni Kanununun daha yüksek bir mefkûre addeden âlimler — meselâ Kohler, Rümelin, Unger ve daha başkaları — vardı. Almanya'da bilhassa son senelerde «Üçüncü Reich» in hukuk sahasında gösterdiği inki-

(1) İsviçre kodifikasyonunun mümeyyiz vasıfları ve diğeri kanunlarla mukayesesi için en iyi yazı olarak bak.: *August Egger*, «Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches» (İsviçre medeni kanununa göre hak ve ahlâk), Zürih 1939; bu yazı - önsözde ifade edildiği veçhile -, müellifin 1937 sonbaharında İstanbulda ve Ankarada vermiş olduğu konferanslar genişletilmek suretile meydana gelmiştir. Konferansların, Dr. *Hıfzı Veldet* tarafından yapılan tercümelere intişar etmiştir: «Sosyal Medeni Hukuk veya Bugünkü Medeni Hukukta Cemiyet ve Ferd», Adliye Ceridesi 29 (1938), sah. 1618 ve müt. Almanca yazının önsözünde müellif şunu da zikrediyor: «İsviçre Medeni Hukukunun Türkiyede bu kadar çabuk yer edinebilmesi, Türk milletinin yüksek zekâsının ve hukukî istidadının celi bir ifadesidir.»

şafıa adetâ medenî kanuna harp ilân edildi ve, daha ziyade İsviçre kodifikasyonuna has istikametlere girildi (1).

Fakat ecnebi devletlerde dahi «Alman Medenî Kanunu (BGB) veya İsviçre Medenî Kanunu (ZGB)» 20 asrın hususi hukuka ait bütün kodifikasyon mesaisinde büyük parolayı teşkil ediyordu. Şar-ki Asya'da Japon Kanunu, daha yeni olarak da Çin Kanunu, bunun gibi Macaristan ve Yunanistan projeleri Alman Kanununu numune-i imtisal ittihaz ve ona geniş mikyasta istinat ettiler. Yeni Türkiye ise cesur bir kararla ve vaziyeti iyi taktir ederek, hususi hukuk sahasındaki büyük inkılâpta İsviçre kodifikasyonuna dayandı (2).

Zürih'e geldiğinde Andreas von Tuhr'da Alman medenî hukukunun ruhu hâkimdi. Çok defa pek sunî ve kısmen amelî faydadan mahrum olan bu kanunun inkâr olunmaz zâaflarını ve hatalarını Tuhr hissetmiş olsa da, Alman Kanununun ilmî seciyesi, ondaki ifadenin katiyet ve vüzuhu, mefhumların keskinliği kendisinin hukuk zihniyetine daha ziyade uygundu. Alman Kanununun meriyet sahasından çıkıp İsviçre'ye gelen herkes gibi Tuhr da İsviçre kanunlarını Alman Kanununun keskin bilenmiş mefhumları ve katî, vâzih hukuk lisanı kıstasiyle tetkik ederken hoşnutsuzluk hissediyor, pek serbest ve başka türlü olan İsviçre havasında âdeta bocalıyordu. Alman Medenî Kanununa göre kolayca ve emin surette halledilebilen, fakat İsviçre kanununda halline rastlıyamadığı sayısız meseleleri Tuhr'un hukukçu arkadaşlarına mütemadiyen sorduğu anlatılıyor.

Böylece bidayette İsviçre hukukunun karşısında tam mânâsile tenkitçi bir vaziyet almıştı. 1920 den sonra ekseriya İsviçre hukukçuları mecmuasında intişar eden, hibe (3), bey ve

(1) Tercihan bak: Franz Schlegelberger, Alman adliye nezaretinde müsteşar, «Abschied vom BGB» (Medenî Kanuna veda); müellif bu ad altında Heidelberg Üniversitesinde 1937 de bir konferans verdi. Keza bak.: J. W. Hedemann «Bürgerliches Recht im Dritten Reich Bu hususta bak.: Dr. M. Ferid Ayiter, Yeni Alman Medenî Hukuku; Adliye Ceridesi 28 (1937), sah. 1171 ve müt.

(2) Bu hususta «Kanun ve İctihat, hukukî hayatta mahkeme icthatlarının rolü» adlı konferansında verdiğim izahata bakınız; Hukuk İlmini Yayma Kurumu (Konferanslar serisi: 13, 1936), sah. 11 ve müt.

(3) «Bemerkungen zur Schenkungslehre des Schweizerischen Obligationenrechts» (İsviçre Borçlar Kanununun hibe nazariyesi hakkında mülâhazalar), Schweizerische Juristen - Zeitung 18 (1922), sah. 201 ve müt.

ıcar (1), kefalet (2), ve sair meselelere (3) müteallik borçlar hukuku dersleri münasebetile meydana gelmiş olması muhtemel mütenevvi şayanı dikkat yazılar bunu beli ediyor. Bu makalelerde, Borçlar Kanununun tâdili sırasında yapılan hatalar tenkit ediliyor; Tuhr burada İsviçre kanununun ifade tarzında hukuken tatmin etmiyen noktaları tebarüz ettiriyor. Mamafih esas fikirlerinde az zaman sonra bir tahavül vukua gelmiş olacak ki, Tuhr makalelerinden birinde «kanunun esasları vermekle iktifa ederek, kanunun itmamını bu maksada hizmet etmek üzere yetiştirilmiş olan bir hukukçular zümresine bırakması daha münasıptır» (4) diyor. Münferit meseleler üzerindeki tenkidî meşguliyeti sırasında, Alman Medenî hukuku sahasında başarmış olduğu işi İsviçre için de yapmağa teşebbüs ederek İsviçre Borçlar Kanununun umumî kısmını sistematik tarzda hazırlamak düşüncesi kendisinde pek çabuk olgunlaştı. Şayanı hayret derecede çabuk tamamlanan eser ilim muhitinde olduğu kadar İsviçre'nin adliyecileri arasında da intişarının akabinde büyük itibar kazandı. Andreas von Tuhr'un Türkiye'de de ehemmiyet kazanmasında âmil olan eser budur; kitabın tamamına ait türkçe tercüme intişar ettiği vakit eserin ehemmiyeti ağılebi ihtimal daha da artacaktır (5). Kanaatimce bu eser Türkiye ve İsviçre noktai nazarından tamamen aynı tarzda muhakeme ve mütalâa olunamaz.

İsviçre hukukçusu Tuhr'un eseri hakkında hükmünü verirken, tabiatile şu esas meseleyi düşünür: Roma hukuk ilmi zemininde

(1) «Streifzüge im revidierten Obligationenrecht» (Muaddel Borçlar Kanununda cevelân), aynı mecmuada 18 (1922), sah. 365 ve müt., 383 ve müt.

(2) Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht» (Kefalet hukukuna mütedair mülâhazalar), aynı mecmuada 19 (1923), sah. 225 ve müt., 245 ve müt.; «Zum Regress des Bürgen» (Kefilin rücuu hakkında), Zeitschrift für Schweizerisches Recht, yeni tertip 42 (1923), sah. 1 ve müt.

(3) «Zur Haftung für fremdes Verschulden nach Obl. R. Art 101» (B. Kanununun 101 inci maddesine göre aharın kusurundan mesuliyet, Schweizerische Juristen - Zeitung 17 (1921), sah. 225 ve müt.; «Rückgriff des Versicherers» (Sigorta edenin rücuu), aynı mecmuada 18 (1922), sah 233 ve müt.; «Herabsetzungsklage, Ausgleichung unter Miterben» (Tenkis davası, mirasçılar arasında iade), aynı mecmuada 22 (1925), sah 23 ve müt.

(4) Schweizerische Juristen-Zeitung 18 (1922), sah. 365.

(5) Eserin tercümesi, İstanbul Üniversitesi Medenî Hukuk Doçenti Dr. Hıfzı Veldet tarafından hazırlanmaktadır.

yetişmiş olan Alman Medenî Kanunu üstadı, umumî kısmın nazariyecisi İsviçre hukukunun hususiyetine hakkını tanımış mıdır? Veya: bunu ne dereceye kadar nazarı itibara almıştır? Zirâ Tuhr'un şahsında tecessüm eden hukuk âlimi tipi İsviçre hukukçusundan ve İsviçre hukukçuları ananesinden farklıdır. Eugen Huber'in vücude getirdiği kanun, asırlarca devam eden ve millî seciyesi bâriz olan bir hukuk inkişafının muhassalasıdır. Bu inkişafta Roma hukukunun tesiri nispeten ehemmiyetsizdir (1). İsviçre hukukunun ruhu gerek Romanism'le gerekse, Almanya'da muktebes Roma hukukunun ilminde ve Medenî Kanunda tezahür eden sistematik, mücerret ve nazarî tefekkür tarzile mücadele etti. Bu cihet, İsviçre'de pek az sistematik eserin intişar etmiş olmasını da izah eder; Almanya'da bu neviden sayısız eserler çıktı ve Fransa'da da böylere, hem pek mükemmel tarzda, yazıldı. Alman romanist hukukçularının Andreas von Tuhr gibi salâhiyettar bir mümessilinin İsviçre hukukile meşgul olmasını memnuniyetle karşılarken Eugen Huber'in biraz şüphe izhar etmesi ve Tuhr'un ilk tenkidî mülâhazatını hiç de olduğu gibi kabul ve tasvip etmemesi, tespit edilmeğe değer calibi dikkat bir vakiadır. Şahsında İsviçre hukuk cevheri tecessüm eden ve kanununun hükümlerini İsviçre tarihinin derinliklerinden çıkararak Huber, Tuhr'un hukuk ilmini kendisi ve kanunu için behemahal yabancı hissedecekti. Tuhr'un İsviçre Borçlar Kanununa ait eserinin intişarını görmek Huber'e nasip olmadı. Kitabın kazandığı şöhrete ve icra ettiği kuvvetli tesire rağmen, eserin yüksek ilmi evsafını kayıtsız ve şartsız kabul etmekle beraber, onda İsviçre seciyesine nazaran Alman seciyesini faik addeden İsviçre müellifleri el'ân vardır (2). Mamafih kitabın İsviçre mahkeme içtihadatına olan tesirinin gitgide artması gösteriyor ki, esas itibarile eserin millî hukuka aykırı telâkki edilmesi mevzubahz değildir.

Andreas von Tuhr'un kendi ilmi tahsilinin dayandığı temellere ve şahsî hususiyetine rağmen İsviçre hukukunun orijinalitesini bihakkın müdrük bulunduğu esasen inkâr olunamaz. Eserini yazarken, «İsviçre kanununun istiklâline hâlel getirmekten içtinap

(1) Şu yazıma bak: «Türkiye - İsviçre Medenî Hukuku ve Roma Hukuku», Cemil Bilsel'e armağan, 1939, sah. 382 ve mut.

(2) Buna şimdi August Egger de kısaca işaret ediyor: «Über die Rechts-ethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches» (İsviçre Medenî Kanununa göre hak ve ahlâk), 1939, sah. 78.

ve hususiyetine tam riayet» gayesile hareket ettiğini Tuhr kitabın önsözünde söylüyor. Bunda ne dereceye kadar muvaffak olduğu meselesi düşünülürken, kanaatımca iki noktai nazar tefrik olunmalıdır.

Biri nazari temellere taallük eder. Tuhr'un İsviçre borçlar hukukunu, Alman Pandekt hukuku ilminde ve yeni medeni hukukta meydana gelmiş olan sistematik metodla, mefhumlarla ve meseleleri vaz tarzıyla tetkik ettiğinde şüphe yoktur. Talep, Alman medeni hukukunun anladığı mânâda defi, hukukî muamele, tasarruf, inşai hak ve inşai muamele ve benzerleri gibi bir çok mefhumları Tuhr pek çok kullandı ve bunların İsviçre hukuk nazariyatında yerleşmesinde âmil oldu. Ancak unutulmamalıdır ki, borçlar hukuku İsviçre'de olduğu kadar başka yerlerde de hususî hukukun, milli orijinalitenin muhafaza olunabileceği kısmıdır. Hem borçlar hukukuna ait 1883 tarihli eski kanun büyük kısmı itibarile, 19. asrın Pandekt ilminde meydana gelen borçlar hukukunun iktibasına dayanıyor ve Alman Medeni Kanununda dahi borçlar hukukunun temelini teşkil etmiş olan Drest projesini geniş miyasta nazari itibara alıyordu. Her ne kadar gerek eski, gerekse muaddel İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu arasında kanun tekniği itibarile ehemmiyetli fark mevcutsa da, ikisi de aynı kökten çıkmıştır ve bu cihetten muhteva hususunda mühim kısımlarda aynıyet mevcuttur (1). Kitabının önsözünde Tuhr'un kanun hakkında söylediklerini tamamen tasvip ediyorum: «Kanunun ekseri hukuk fikirleri, Alman Medeni Kanununda inkişafı muvakkaten tamamlanan ve İsviçre hukuk ilmi üzerinde birinci derecede âmil olan, muktebes Roma hukukuna ait ilimden alınmıştır. Bu tarihi irtibat Borçlar Kanununun tefsirinde hükmünü icra etmektedir» (2). Alman ilminde vücade gelmiş olan nazariyeyi temel ittihaz etmek, sistematik tetebbuat için yeğâne çareyi teşkil ediyordu. O zamana kadar İsviçre'de ön safta duran, kanunun hükümlerine dayanan şerh verme metoduna nazaran sistematik tetkik usulünün, hukukun tetebbu ve idrakinde çok daha yüksek bir ilim mertebesi olduğu hususunda hiç bir tarafta tereddüt edilmemektedir. Bu noktai nazar kabul edilince — buna

(1) «İsviçre - Türkiye Medeni Hukuku ve Roma Hukuku» adlı yazımdaki izahata bak., Cemil Bilsel'e armağan (1939), sah. 388 ve müt.

(2) August Egger anlaşılın tamamile bu kanaatte değildir; gösterilen yere bak.

herhangi bir kimse tarafından itiraz edildiğini hatırlamıyorum —, şimdiye kadar Almanya'da en yüksek mertebeye ulaştırılmış olan hukuk sistematüğinden daha elverişli bir zemin tasavvur olunamaz. Bu metodu tatbik ederken Tuhr itidalle hareket etmeği bilmiştir. Haklı olarak önsözde şu iddiayı dermeyan ediyordu: «Herkes tarafından anlaşılabilir tarzda yazmağa, fuzulî bilgiçlikten (érudition) sakınmağa ve mefhumları yontarken hukukun ameli tatbikatı için zarurî olan ölçüyü aşmamağa çalıştım.» Hakikaten de, Tuhr Alman ilmini, bilhassa kendi nazariyelerini istimalde dar bir çerçeve kabul etti. Tuhr umumî mefhumları ve nazariyeleri başka suretle kullandı, onları, Alman hukuku sahasında yaptığı gibi, bütünün temeli olarak almadı. Borçlar hukuku sahasında kalmakla iktifa eden Tuhr, Medenî Kanunun 7. maddesini (Türk MK M 5) kanunî mesnet ittihaz ederek umumî kısmını bütün İsviçre medenî hukukuna teşmil ve ona göre inşa etmek temayülüne kendini kaptırmadı.

Eserin tenkit ve tahlilinde diğer noktai nazar, İsviçre hukukuna ait ihtilâflı meseleleri Alman medenî hukuku yardımıyla halletmek temayülüne mütealliktir. Kanun meriyete girdikten sonra ilk zamanlar böyle bir temayül herhalde mevcuttu, ona hukuk edebiyatında ve zaman zaman tatbikatta rastlanıyordu. Pek çok boşlukları bulunan İsviçre kanunlarının bu hususî bünyeleri böyle bir temayülü tevlit ediyordu; kanunlarda hal suretleri görülmeyen meseleleri daha mufassal olan Alman kanununda takip ederek orada bulunan hal tarzını doğru olarak kabul etmek akla yakındı — şüphesiz bu usul tasvip olunamaz.

Filhakika kanunda açık kalan meselelerde Tuhr'un vardığı neticelerin de Alman Medenî kanununa kısmen tetabuk ettiğini görüyoruz. İşte bilhassa bu noktada Tuhr'un mesuliyet hissi, gösterdiği dikkat ve takayyüt takdir olunmalıdır. Bu hususta çok kerre bazı İsviçre'li müelliflerden daha müteyakkiz hareket ettiğini bile iddiaya cüret ederim. Hâkim bulunan İsviçre nazariyesine zıt olarak, Alman medenî hukukundan inhiraf eden neticelere vardığı pek çok noktalar vardır. Bu cihetten ezcümle aktin ifa edilmemiş olması defî, (1) borcun nakli, (2) BK-unun 31. maddesi mucibince

(1) Allg. Teil des Schweiz. OblR (İsviçre BK-ununun Umumi Kısmı) II § 46 III.

(2) Aynı yerde II § 99, bilhassa dip notu 31.

rızadaki fesatlardan dolayı fesih (1) gibi müesseselere ait nazari-lerine işaret olunabilir. Diğer taraftan İsviçre hukukunda gördüğü boşlukları — meselâ lâtife beyanına müstenit muamele, borçlar hukukundan mütevellit hapis hakkı, mücerret borç aktinin hükümü — Alman Medenî Kanununa göre doldurduğu zaman, vardığı neticeyi daima büyük bir ihtimamla İsviçre hukukunun sair müs-pet hükümlerini kıyasen tatbik veya Medenî Kanunun 1. madde-sindeki umumî hükme istinat suretile, hukuk siyasetine ait ve her zaman mutedil mülâhazalardan istihraca çalışır. Bir çok noktalarda başka telâkkilerin tercih edileceği tabiidir. Ezcümle menkullerin teslimini illi bir muamele mi, yoksa mücerret bir muamele mi addetmek lâzımgelceği hakkındaki ihtilâflı meselede Tuhr'un, mücerret muamelelere karşı Pandektçilerde mevcut muhabbet ve meyle uyarak Alman Medenî Kanunile hemahenk olarak teslimi illetten tecrit etmesini (2) sair bir çok müellifler gibi doğru bulmuyorum. Netekim bu noktai nazarı İsviçre federal mahkemesi de nihaî olarak terketmiş bulunuyor (3); Almanya'da da gitgide bu telâkkiye galebe çalınıyor (4).

Fakat Tuhr'un eseri bu cihetten İsviçre noktai nazarına göre ba-zan tenkit mevzuu olsa da, Türkiye noktai nazarından bu tenkidî mülâhazalar kanaatimce hiç varit sayılamaz. Türkiye, İsviçre ko-difikasyonunu kabul etmiş olmakla beraber, bittabi İsviçre hukuk tarihini ve İsviçre tefekkür tarzını devralmış değildir. Türkiye ka-bul ettiği bu kanunu Türk ruhuna göre tatbik ve tefsir edecektir. İsviçre ananesi, İsviçre hukuk ilmi, İsviçre mahkeme içtihatları Türkiye'de tabiatile büyük alâka uyandırır, çok kerre nazarı iti-bara da alınır, fakat bunların elbette burada ilzam edici bir kuv-vetleri yoktur. Sayısız meseleleri halletmeyen, İsviçreden alınma bu kanunun bu kadar boşlukları bulunması karşısında, vâzih ve katî mefhumları havi tam ilmi bir sistematikten daha iyi ve emin bir rehber tasavvur olunamaz. Bu bakımdan Tuhr'unki gibi bir eser Türk hukuk ilmine, Türk hukukçularının yetiştirilmesine ve

(1) Aynı yerde I § 39, bilhassa dip notu 56.

(2) Bak. : *Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht* (İsviçre Hukukuna göre Mülkiyetin nakli), *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 62 (1921), sah. 40 ve müt.

(3) İsviçre Federal Mahkemesi kararları 55, II, sah. 306 ve müt.

(4) Son zamanlara ait olmak üzere bak. : *Philipp Heck, «Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft»* (Mücerret aynı hukuki muamele), Alman Hu-kuk Akademisi neşriyatı 1937.

hattâ Türk mahkemelerine en kıymetli hizmetlerde bulunabilir. Bahusus ki bu eser hukuk pedagojisi cihetinden de çok kıymetlidir ve borçlar hukukunun muğlâk ana nazariyelerine ait kitapların içinde en iyi ve vâzih olanları arasında yer almaktadır. Bu sebeple kitap, bilhassa Fransızca tercümesi intişar ettiğiindenberi, İsviçre haricinde de gittikçe daha ziyade ehemmiyet ve itibar kazanmaktadır. Eser, Alman muhiti dışında da Alman medenî hukuk ilminin neticelerini tanıtmaya müsaittir.

Tuhr'un İsviçre Borçlar kanunu hakkındaki eseri edebî faaliyetinin ve hayatının sonunu ifade eder. Eserinin son formlarını kendi elile tashih ettiği sıralarda hastalığı kendisini ölüme sürük-lüyordu. Hayatının sona erdiğini hissetmiş olacak ki, kitabı tamam-lamak için büyük bir azimle çalışıyordu. 21 sonteşrin 1925 de son formların basılmasına müsaade eden Tuhr, 16 ilkkânun 1925 de, henüz 62 yaşını ikmal etmeden, Zürih'te vefat etti ve evvelce Üniver-sitesinde çalıştığı Bâl şehrinde ebedî istirahatate kavuştu.

V.

Andreas von Tuhr'un hayatında ve eserinde her şeyden önce dikkat nazarını celbeden, fikirleri bir tek büyük saha — hususî hu-kukun umumî nazariyeleri — üzerinde temerküz ettirmekte beli-ren azim ve iradedir. Üstadı meydana getiren tahdit disiplinine kendini tâbi kılmakta Tuhr mahsus derecede muvaffak oluyordu. O, birbirinden ayrı ve uzak sahalarda deneme yapmak ve kabili-yetini göstermek meylinin cazibesine mukavemet etti.

Borçlar hukukunun umumî kısmının ve umumî nazariyelerinin sistematikçisi olmak itibarile Tuhr'un mesnedini Almanya'nın muk-tebes Roma hukukuna ait romanist hukuk ilminde aramak lâzım-dır. Zirâ muasır medenî hukukun, birinci derecede Pandekt huku-kunun ve ona ait nazariyatın tesiri altında kalmış görünen kı-sımları bunlardır. Mesnetleri Roma hukuku ve Pandekt-ler olan âlimlerin ilmi hevesleri icabı tercihan umumî kısım la meş-gul oldukları, Alman Medenî Kanununun meriyete girdiğindenberi Alman medenî hukuk ilminde çok defalar müşahade edilebilir. 19. asırdan 20. asra intikal sırasında bu istidat ve temayül en kıymetli Alman medeniyecilerinden olan Ferdinand Regelsberger, Eduard Hölder, Ernst Zitelmann, Konrad Helwig, Ludwig Enneccerus,

Rudolf Stammler, Heinrich Siber ve daha bazılarında görülmektedir. Diğer taraftan aynı haklar, aile hukuku, kısmen de miras hukuku kuku Roma hukukuna değil, Alman hukukuna dayanıyordu. Bu itibarla Cermanist medeniyetçileri bilhassa bu sahalarda cezbediyordu; onlar nâdiren umumî nazariyeler ve borçlar hukukile de yakından alâkadar oluyorlardı. Bu söylenen bilhassa Tuhr için varittir; aynı haklar, aile hukuku ve miras hukuku sahalarda kendisinin şümüllü yazıları hemen hiç intişar etmemiştir.

Pandekt ilminde yetiştiği için Tuhr bâriz surette dogmatik hukukçu tipidir: o müspet hukukun nazariyesile alâkadar olur. İlim sahasındaki bir çok selefleri ve kendi devrinde yaşamış olan meslektaşları gibi Tuhr da her türlü felsefe karşısında kendisini yabancı hisseder. 19. asrın, çok yüksek bir mertebede bulunan Alman romanist hukuk ilmi Savigny'denberi felsefeden kendini tamamen çekmişti. Kendisinden evvelki tabii hukuk nazariyesi ve aynı devrin Hegel mektebile tezat teşkil ettiğini ifade etmek için Savigny'nin mektebi kendine «tarihi» adını vermişti (1). Bu gayri felsefi seciyeyi Alman hukuk ilmi 20. asrın başlangıcına kadar muhafaza etti; ondan sonra hukuk felsefesile gene — ve gitgide fazla — alâkadar olunuyor. Hukukun mahiyeti ve hukuk ilminin vazifeleri hakkında Tuhr'un çok vâzih ana fikirlere sahip bulunduğunu kabul etmek lâzımgelir; bununla beraber kendisi bu istikamet üzerinde duran meselelerden ekseriya kaçınmıştır. Taamül hilâfına olarak, umumî hukuk nazariyesi (allgemeine Rechtslehre) adını alan kısma ait meselelerin hemen hepsini Tuhr'un umumî kısım hakkındaki büyük eserine ithal etmemiş olması bu cihetten câlibi dikkattir. Afakî hukuk nazariyesine, kaynaklarına ve tefsirine medenî hukuk el kitaplarının umumî kısmında yer vermek âdet olmuştu; hukuk felsefesine ait bu başlangıç bazan pek fazla kabarıyordu. Ennecerus'un ders kitabındaki «umumî kısma» atfolunacak bir nazar bunu gösterir. Tuhr'un bâriz dogmatik hukukçu seciyesi bu sahanın hemen hemen külliyyen eserin harcında kalmasını müeddi oldu. Ahlâk ve ruhiyatın esas meselelerine temas eden sair problem sahaları da — ezcümle kusura, ahlâka muğayir akte, hukukî muamelelerin tefsirine, hatta hukukî muamelede iradeye ve onun beyanına

(1) Bak. : *Bekker*, «Überden Streit der historischen und filosofischen Rechtsschule» (Tarihi mektep ve felsefi mektep davası hakkında), Akademische Rede (Üniversite nutku), Heidelberg 1886.

ait nazariyeler — Tuhr tarafından dogmatik - ameli ve sitematik - mantiki meselelere nazaran pek kısa tetkik ediliyor.

19. asrın son rub'unda romanist dogmatikçilerin bir çoğu gibi, Tuhr da tarihi tetebbuu umumî çerçeve dahilinde arka plâna atıyor. Aslında tamamilen «tarihi» olan, 19. asrın romanist hukuk ilmi bilâhara zamanla bu tarihi seciyesini geri iterek bütün azmini Pandekt hukukunun sistemini inkişaf ettirmek gayesinde topladı. Asrın ilk nısfında Savigny ve Puchta gibi büyük Romanist'lerde tarihi ve sitematik tetebbu tamamen tevazun halinde iken, daha sonraları Unger, Brinz, Regelsberger'de ve bilhassa Windscheid'da, sonraları tarihi tetebbu siliniyor ve sitematik tetebbu ön safa çıkıyor (1). Tuhr bu istikametın mümessilidir: ilk kitaplarında tarihî mülâhazalara da arasına yer verdiyse de, hukukî fikirlerin ve hukuk müesseselerinin inkişaf ve tekâmülündeki münasebetlerin tahrisi onu sonraları cezbetmemeğe başlıyor.

Böylece Tuhr, 19. asrın sonunda, Almanya'da inkişaf etmiş olan sitematik hukuk dogmatigi nevini şahsında tam mânâsile ve en olgun surette tecessüm ettiriyordu. Kendisi bu cereyanı Almanya'nın ve İsviçre'nin yeni medenî hukuk kodifikasyonlarına ait ilme büyük bir muvaffakiyetle tatbik etti. Hususî hukuk ilmini 20. asrda umumî harpten evvel ve bilhassa sonra canlandıran ve zenginleş-tiren yeni cereyanlar onda kuvvetli bir tesir icra etmiş değıldir. İktisadî hayatta ahval ve şeraitin ve yeniden tanzimin daha ziyade nazarı itibara alınması bu yeni cereyanlardan birinin hususiyetini teşkil eder. Fakat hayatın ve iktisadiyatın şeniyetini tetebbu etmek Tuhr'a — 19. asrın Alman medenî hukuk ilmindeki telâkkilere uygun olarak — hukukî teemmül sahasının dışında kalıyor görünüyordu. Bu sebeple Tuhr hukukî mülâhazatını ender olarak iktisadî noktai nazarlara bağlar. Diğer taraftan, eski dogmatik tarafından pek fazla ihmal edilmiş olan mukayeseli hukukun kuvvetlenmesi medenî hukuk ilmine ehemmiyetli yeni hamleler bahşediyordu. Fakat bu da Tuhr'u yakından alâkadar edemedi. Vakıa kendisi dört hukuk sistemine — muktebes Roma hukukuna, Bad'daki tahsil zamanından Fransız hukukuna, yeni Alman hukukuna ve İsviçre hu-

(1) Bu istihaleyi şu yazılarında tahlil ettim: «Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande» (Alman Medeniyeçlerinin başka memleketlerde tesirleri), Freiburg'un Lenel'e armağanı, sah. 42 ve müt.; «Das römische Recht an der Universität Zürich im ersten Jahrhundert ihres Bestehens» (Zürih Üniversitesinin ilk yüz yılında Roma hukuku), sah. 26 ve müt.

kukuna — bihakkin vakıftı; fakat bununla beraber, başka hukuk nizamlarını da metod dairesinde nazarı itibara alarak hukuk problemlerini tetkik etmek temayülü yazılarında nâdiren tebarüz eder. Hem hukuk dogmatığının muasır meseleleri kendisini eskileri kadar cezbetmiyor. İsviçre hukukunun, eski muktebes Roma hukuk ilminde bilinmiyen, şahsiyet hakları, hakkın sui istimâli, çok ihtilâflı olan unsurda hata (Grundlagenirrtum) gibi fevkalâde ehemmiyeti haiz meselelerle kendisi o derece alâkadar olmuyor; netekim harpten sonraki devrede aktüel olan, ifanın imkânsız bir hal alması ve clausula rebus sic stantibus meselelerinde de esaslı tebbuda bulunmuyor.

Bütün bunlara göre Tuhr kendi devrindeki meslektaşları muhitinde modern değil de, daha ziyade muhafazakâr bir hukukçu tipi addolunmalıdır. Bu itibarla Tuhr, asrın başındanberi devam etmiş ve gittikçe şiddetlenmiş olan metod savaşında daha ziyade muhafazakârlar cephesinde yer almaktadır. Yükselen yeni cereyanlar esas itibarile, kanaatlerince şekilci ve zararlı olduğu için kendisile mücadele ettikleri «mefhum içtihadını» (Begriffsjurisprudenz) hasım biliyorlardı. Bunlar kendilerine ufak ayrılıklarla menfaatler içtihadı (Interessenjurisprudenz), gai içtihad (teleologische Jurisprudenz), serbest hukuk nazariyesi (Freirechtslehre) ve saire gibi adlar veriyorlardı. Evvelce de işaret olunduğu veçhile (sah. 89 ve müt.) Tuhr, eski metodun şekilci mazarratına meydan vermiyor, bilhassa hâkimin menfaatleri telif etmesinin kıymetini takdir ediyordu. Buna rağmen Tuhr daha ziyade, mefhumlara kıymet veren evvelki hukukî cereyana mensuptur — her ne kadar bu cereyanın esas telâkkileri kendisinde salim ve mutedil bir kalıba döküldüyse de. Yalnız boşluklar bulunduğu zaman değil, ve fakat müspet hükmün tatmin etmeyen bir netice tevlit ettiği hallerde dahi hâkime kanun karşısında en geniş bir serbesti tanımak isteyen serbest hukuk nazariyesini (Freirechtslehre) Tuhr tamamen reddediyordu. Bu cereyanın hâkimin keyfi hareket etmesine müncer olacağından ve böylece kendisi için — gene 19. asrın ana telâkkilerine mutabık olarak — hukuk nizamının ve bütün hukuk nazariyatının yüce gayesi olan hukukî emniyetin sarsılacağından endişe ediyordu.

Andreas von Tuhr'u klâsik mümessili addettiğimiz hukuk ilmi cereyanının membaı olan noktaya bu suretle varmış oluyoruz. 19. asırda hususî hukukun inkişafı tamamile hukukî emniyeti temin gayesine teveccüh ediyor. Büyük kodifikasyonlar bu membandan doğdular: Onlar, hayat münasebetlerinin mümkün mertebe

şâmil ve emin bir nizamını tahakkuk ettirmek vazifesine hizmet edeceklerdi. Almanya'da inkişafının en yüksek noktasına ulaştırılmış olan sistematik hukuk ilmi aynı hedefe vüsul için çalışıyordu. Hatıra gelen bilûmum hukuk meselelerine makul hal suretleri bulmağı mümkün kılmak hukuk sisteminin vazifesi addolunuyordu. Muhtelif neviden hukuk meselelerini yeknasak noktai nazarlara göre halle hizmet edecek olan, bütün hukuk nizamına şâmil, umumî esas mefhumları ve istikamet gösteren ana prensipler vücade getirilmekle bu hedefe vüsul kolaylaştırılacaktı. Ömrü müddetince ilmi mesaisinin mühim kısmını hasrettiği meselelerin kıymet ve ehemmiyetini Tuhr bu amelî fonksyonda görürdü. En yeni cereyanlar bir çok noktalarda başka türlü düşünüyor, kısmen başka hukuk mefkûreleri takip ediyor. Hukuk emniyeti ile adalet arasındaki ebedî çekişmede bugün, adaletin daha büyük kıymeti olduğuna işaretle, eski vaziyetin aksine olarak hukuk emniyeti mefkûresile mücadele ediliyor.

Yeni Türkiye kabul ettiği kanunla hususî hukukunun şeklini değiştirdi; bu kanun, bilerek bırakılan boşlukları ve elâstiki bünyesile hâkimin taktirine ve 1. maddesinde esas itibarile kabul edilen, hâkimin hukuk yaratabilmesine geniş bir saha ayırmıştır. Bu neviden bir kanun hukuk emniyetinden ziyade adalet mefkûresine hizmet eder. Böyle olunca da, tatbikata bahşedilen büyük serbesti içinde sağlam bir temel temin ve vâzih istikametler tayin eden bir hukuk ilmine ihtiyaç vardır. Bunun için, keskin hukuk mefhumlarına istinat eden, umumî esas nazariyeleri muhtevi sistematik bir hukuk ilmi elzemdir; işte bunu da en mükemmel tarzda Tuhr'un eserlerinde tahakkuk etmiş görüyoruz. Bu sebeple Tuhr'un eserleri Türk hukuk ilmine ve hukuk tatbikatına en kıymetli hizmetlerde bulunabilir, zengin bilgi ve teşvik temin edebilir. Zirâ — burada Tuhr'un bir sözile yazıma nihayet veriyorum — «keyfi harekete ve gemsiz hukuk yaratışına kapılmak istenilmezse, çok boşlukları olan bir kanun üzerinde çalışan nazariyat ve tatbikat ilmin meydana getirdiği ve inkişaf ettirdiği umumî prensiplere rücu etmek mecburiyetinde kalır.» (1)

Tercüme eden :

Dr. Bülend Davran

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

(1) Zeitschrift für Schweizerisches Recht (İsviçre Hukuku mecmuası) 66, sah. 349.