

KİTAP TAHLİLİ

Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Law, Cases - Text - Materials*, 2 inci bası (Foundation Press, 1959) XLIV, 635 S.

René David ve Henry P. de Vries, *The French Legal System : An Introduction to Civil Law Systems* (New York : Oceana Publications for Parker School of Foreign and Comparative Law, 1958) 152 S.

Mukayeseli hukukun üniversitelerimizdeki başlıca gayesi hukuk eğitimi bakımındandır. Bu ders ile, daha ziyade nazarı esaslara dayanılarak (1) çeşitli hukuk sistemleri arasındaki farkların izahı suretiyle meselelerin diğer hukuk sistemlerindeki hal yolları öğrencilere anlatılarak görüşleri genişletilmeğe çalışılır (2). Hukuk Fakültelerimizdeki Roma Hukuku (3) ve Hukuk Tarihi derslerinin varlığı da kısmen bu şekilde izah edilebilir. Yani mukayeseli hukuk dersi, Roma Hukuku ve Hukuk Tarihi gibi, daha ziyade yardımcı bir ders olarak ve esas hukuk derslerinin anlaşılmasına kolaylaştırmak gayesi ile okutulmaktadır (4). Halbuki mukayeseli hukukun başka gayelere de hizmet etmesi mümkündür (5). Amerika Birleşik Devletlerinde bu gayeler daha üstün bir şekilde kendilerini hissettirmektedirler.

2. ci Cihan harbinden sonra Amerika'nın milletlerarası münasebetlerde ön plâna geçmesi neticesi gerek hükûmetin, gerekse husu-

-
- (1) Bülent Davran, *Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri*, C. I, Nazarı Esaslar (İstanbul 1956).
 - (2) Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul 1943) kitabında müesseselerin izahını mukayeseli olarak yapmıştır.
 - (3) Paul Koschaker *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları : Önsöz*, s. V, (Çev. K. Ayiter) Ankara 1950.
 - (4) Davran, 102, 103, s. 43, 44.
 - (5) Bak. H. C. Gutteridge, *Comparative Law*, s. 1 vd., 23 vd. (Cambridge 1946).

sî sermayedarların dış yatırımlar yoluna gitmeleri ve pek çok Amerikan vatandaşının yabancı memleketleri ziyaretleri ile birlikte Amerika'da mukayeseli hukuk tedrisatına olan ilgi arttı. Amerikan hukuk fakültelerinin gayeleri esas itibariyle tatbikatçı yetiştirmek olduğundan mukayeseli hukuk Amerikan hukuk sisteminin daha kolay anlaşılmasını temin edecek akademik mahiyette bir ders olarak değil, fakat yabancı hukuk ile temasa geçen Amerikan vatandaşlarının ihtilâflarında tatbikatçı olarak yardım edebilecek şahısların yetiştirilmesi gayesine yöneltildi. Bunun neticesinde de mukayeseli hukuk meseleleri faydacı bir görüşle ele alınmağa başlandı.

Mukayeseli hukuk, hukukun beynelmilel tevhide bakımından önemi haiz olduğu gibi, millî hukukun geliştirilmesi bakımından da ehemmiyetli bir rol oynar. Fakat mukayeseli hukuk eğitiminin gayeleri bunlardan ibaret de değildir. Bilhassa Türkiye gibi hukukunu yabancı memleketlerden almış olan hukuk sistemlerinde kaynak memleketin hukuk tatbikatını bilmek ve ondan istifade etmek kaçınılmaz bir zarurettir de.

Profesör Schlesinger'in kitabı bu gayelerin hemen hepsi birden nazara alınarak hazırlanmağa çalışılmıştır (1. bası önsözü, S. XVI ve 2. bası önsözü S. XI). Hatta mukayeseli hukuk ile ilgisi dolayısıyla, Amerikan mahkemelerinde tatbik edilen yabancı hukukun ispatı (S. 88 - 111) ve ispat yükü meselesi (S. 111 - 128) de ele alınmıştır. Bu husus, kitap hakkında yapılabilecek başlıca tenkit olabilir: Bu çeşitli gayelere, 497 sayfalık bir tek kitapta mükemmel bir şekilde ulaşmak mümkün değildir.

Mamafih yazar, bu tenkidi önleyecek formülü de bulmuştur. Mukayeseli hukukta gaye çeşitli olabilmesine rağmen tatbik edilecek metod tektir. O da, öğrenciye yabancı hukuk malzemesini kullanmasını öğretmek, kendi sistemi dışındaki bir hukuk sisteminin müesseseleri hakkında bilgi sahibi kılmak ve onu diğer hukuk sistemlerindeki hukukçuların formasyonları ile aşına kılmaktır. Bunun için hangi Devlet'in hukuku esas alınmalıdır? Hangi mevzular işlenmelidir? Ve ne çeşit bir izah tarzı takip edilmelidir?

Schlesinger bu suallerden birincisini Fransız, Alman ve İsviçre hukuklarını, diğer hukukların çekirdeğini teşkil etmeleri dolayısıyla

esas almak ve yer yer bu hukuk sistemlerini takip eden sistemlere atıflar yapmak suretiyle cevaplandırmıştır (6).

Mukayeseli hukuk ile ilgili bir kitabın uzunluğunu makûl hudutlar dahilinde tutabilmek için ele alınacak mevzular da tahdit edilmek gerekir. Bu maksatla yazar «civil law» kaynaklarına, tekniğine ve sistemine önem vermiş, *civil law* hukukçu düşünce tarzının teşekkülünde tesiri olan faktörleri belirtmiştir. Bundan dolayıdır ki mevzu olarak, örnek mahiyette, hukuk yargılama usulleri, vekâlet akdi ve anonim şirketler incelenmiştir.

Kitap, memleketimizdeki yazış usulünden farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. İsminden de anlaşılacağı üzere kitapta kararlar, metinler ve diğer malzemeler yer almaktadır. Örnek olay metodunun Amerika'da Langdell'denberi tatbik edildiği ve son zamanlarda yerini kısmen başka metodlara bırakmakta olduğu bir hakikattir. Kitap, bu bakımdan, tamamen örnek olay metodu ile hazırlanmamıştır. Yazarın 2. basıya yazdığı önsözünde belirttiği gibi kitabın 1. basısı hakkında kitap tahlili yazan *civil law* hukukçuları örnek olay metoduna bilhassa muhalefet etmişlerdir. Buna rağmen diyor yazar, Atlantığın iki tarafında mukayeseli hukuk öğretenler konkrete olayların mevcudiyeti halinde öğrencilerin mevzu ile ilgilerinin ve dersin canlılığının arttığını müşahede etmişlerdir (S. XII). Bundan dolayı da kitabın yeni baskısında da örnek olaylara yer verilmiştir. Kitapta Alman, İsviçre, Fransız ve diğer memleketlerin (Brezilya, S. 456) mahkeme kararları vardır. Seçilmiş olan kararlar gayet enteresandır ve *civil law*'a yabancı olan birisi için gerek şekil ve gerekse muhteva bakımından tam bir fikir verecek mahiyettedirler (Mes. hakkın suistimali hakkında İsv. Fed. Mah. kar., BGE 57 II 528 (S. 387); anonim şirketlerde azınlığın himayesi ile ilgili Zürich Kanton Tic. Mah. Kar., 44, SJZ 175 (1948), s. 447 vs.).

Kararlarla ilgili pek çok mesele ve sual de hemen herbir kararın arkasından ortaya konmakta ve pek çok hallerde cevapları da kısa, fakat zengin atıflarla birlikte verilmektedir. Bazı hallerde gerçek kararlar yerine verilen farazî misallerle bahisler daha canlı bir hale getirilmiştir (S. 338, 343, 463).

(6) S. 190 vd. 2. basının önsözü, S. XVII. İslâm Hukuku ve Rus hukuk sistemi doğrudan doğruya bahis mevzuu edilmemiştir. Türk hukukuna da yer yer atıflar vardır. Bak. s. 193, 311

Kararlar umumiyetle, gayet özlü bir şekilde verilen sistematik malûmatı tatkip etmekte ve öğrenci bu suretle prensiplerin mahkemelerde nasıl tatbik edildiğini de görmek imkânını elde etmektedir. Meselâ *civil law* sisteminde medenî hukuk-ticaret hukuku ayrılması hakkında sayfa 184-186 ve 283-286'daki izahat, kanunların kazaî tefsirinde emsal kararlarının rolü (S. 287-289), örf ve âdet hukuku hakkındaki izahat (S. 306-308), hakkın suistimalinde Gutteridge'den nakledilen metin (S. 372-376) ve onu takip eden izahat (S. 376-377) gayet kıymetlidir. Yine meselâ anonim şirketler hakkında sayfa 418-424'de verilen mukayeseli özet en önemli meseleleri 6 sayfa içerisine sığdırmasını bilmiştir.

Kitapta ilgi ile üzerinde durulması gereken bir yenilik de hukuk yargılama usulleri bahsindedir. Pek orijinal bir şekilde yazar bu bahsi dialog halinde, bir kişinin sorulan soruları cevaplandırması yolu ile renklendirerek izah etmiştir (S. 201 vd.).

Kitap, mukayeseli hukuk metodunun çeşitli yönlerden ele alınıp izah edilmesi ile başlamaktadır (S. 1-30).

31-43 üncü sayfalarda yabancı hukukun ispatı meselesi incelenmiştir. Bu bahiste yabancı hukukun bir «vakıa» olduğu görüşünden hareketle bunun neticelerinden bulunan *civil law* ile *common law* arasında bazı temel farklar izaha çalışılmıştır. Yabancı hukukun ispatı için *civil law* mütehassıs veya bilirkişilerine müracaat edildiği zaman Amerikan hukukçusu bazı gerçekleri unutmamalıdır: Her iki sistemde hukuk eğitimi ve teşkilâtı farklar arz etmektedir (S. 66-88).

Sayfa 152-393 *common law* ile *civil law* kaynak ve metodlarını mukayese etmektedir. Sayfa 168-198'de Avrupa'da kodifikasyondan önceki durum izah edilmiş, millî kodifikasyonlar ile *civil law*'daki tarihî ve modern unsurlar gösterilmiştir (S. 190-198 *civil law* ile *common law*'ın tesir sahalarını hülâsa etmiştir).

Sayfa 199-252 *civil law* memleketlerinde usul hukukunu ele almaktadır. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bu kısımda yazar bir dialog şeklinde avukatlık ve noterliği (S. 203-206), avukatlık ücretini (S. 206-209), mahkemelerin görev ve yetkilerini ve davanın açılmasını (S. 209-217), delilleri (S. 218-227), mahkeme kararını (S. 227-229), temyiz yolunu (S. 229-234) izah etmektedir.

Sayfa 235 - 248 ticaret mahkemeleri, ceza mahkemeleri, idarî mahkemeler ve tahkime aittir.

Sayfa 253 - 344 maddî hukuk meselelerine ayrılmıştır. Bu bahiste başlıca yabancı kanunların tanzim ettikleri müesseseler gösterilmektedir (S. 253 - 286. Meselâ Fransız ve Alman Medenî Kanunlarının fihristleri verilmiştir). Sayfa 287 - 322'de kanunların kazaî tefsiri işlenmiştir. Bunun için sayfa 287 - 317'de mahkeme kararlarının *civil law* ile *common law* bağlayıcı kudretleri, örf ve âdet hukuku (S. 306 - 308) izah edilmiştir. Tefsirde hâkime önderlik edecek vasıtalar ise başka bir yerde, sayfa 275 - 277 yer almaktadır. Sayfa 322 - 391 başlıca kanunlardaki siyasi, sosyal ve ahlakî unsurları ele almaktadır. Meselâ İsviçre Borçlar Kanununda mukavele serbestliği prensibi vardır (S. 326). Muamelelerde emniyet bakımından hüsnüniyet (S. 395) ve hakkın suistimali prensipleri (S. 372 vd.) İsviçre ve Almanya mahkeme kararlarından alınan örnekler ile ve kısa mukayeseler yapılarak izah edilmiştir.

Kitabın son kısmı örnek olarak seçilen vekâlet akdi, anonim şirketler ve kanunlar ihtilâfı meselelerine tahsis edilmiştir (S. 392 - 497).

Eserin bir eki de vardır (S. 499 - 600). Bu ek mukayeseli hukuk sahasında ingilizce olarak yazılmış başlıca eserleri ihtiva etmektedir (7).

David ve de Vries tarafından yazılan *The French Legal System* yabancı hususî hukuk ve âmme hukuku kaidelerini hülâsa etmek, yahut herhangi bir yabancı memleket hukukunun tamamının veya bir kısmının plânını vermek gayesi ile değil, Amerikalı hukukçunun dünyanın diğer kısımlarındaki hukukçuların düşüncüsü ile temasını temin etmek gayesi ile hazırlanmıştır (S. 5). Bunun için kitabın **Amerikalı** (Henry P. de Vries) ve Fransız (René David) yazarları hukuk sistemlerindeki an'ane, bünye ve karar verme metod ve tekniğini mukayeseli hukuk bakımından esas teşkil ettiği görüşünden hareket etmişler ve pek çok memleket hukukunun temeli olan Fransız

(7) Bu hususta ayrıca bak. Charles Szladits, A Bibliography on Foreign and Comparative Law, Books and Articles in English, 1955 New York ve aynı müellif, List of Recent Books and Articles in English on Foreign and Comparative Law, 7 The American J. of Comparative Law 435 - 491 (1958).

hukuk sistemini örnek alarak müesseseleri mukayeseli olarak izah etmişlerdir. Bu suretle Schlesinger'in eserinin aksine olarak, *David ve de Vries* bir tek memleketin hukukunu, yani Fransız hukukunu, ve bu hukuktaki çeşitli müesseseleri ele almışlardır. Gerçekten bu kitapta sadece vekâlet akdi ile anonim şirketler değil, fakat medenî hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, anayasa hukuku, idare hukuku, vergi hukuku (malî hukuk), iş hukuku ve usul hukuku da tetkik mevzuları arasına sokulmuştur. Kitap, örnek olaylara, başka yazarlardan nakledilen metinlere ve öğrenci tarafından cevaplandırılması istenen sorulara da yer vermemiştir. Doğrudan doğruya Fransız hukukunun, Amerikan hukukundan ayrıldığı noktaların belirtilmesi maksadı ile mukayeseli bir izahı yapılmıştır. Esas itibariyle Amerikalılar için yazılmış olmasına rağmen kitapta yapılan mukayeselerden çıkarılan neticeler o kadar özlüdür ki, bir Türk okuyucusu dahi 137 sayfa içinde bütün Fransız hukuku hakkında bir fikir sahibi olmak imkânını elde edebilir. Gerçekten eser Fransa'da kodifikasyonun tarihçesi ile başlamakta (S. 9-16), bunu takiben Fransız adalet teşkilâtının, bu arada avukatlığın, diğer hukuk mesleklerinin, hukuk fakültelerinin ve hukuk profesörlüğünün Amerika'daki durum ile mukayeselerini yapmaktadır. (S. 17-28). Sayfa 29-41 de siyasî ve kazaî teşkilât özetlenmiştir.

İkinci kısım Fransız hukukunun bünyesine tahsis edilmiştir. Burada, bir çok bakımlardan tatbiki önemi olan hususî hukuk âmme hukuku ayrımı yapıp, her iki gruptaki bölümler, - meselâ medenî hukuk, ticaret, idare hukuku gibi - kısaca izah edilmiştir (S. 43-77).

Yazarlar Fransız hukukundaki kanun hakimiyeti prensibi ile Amerikan hukukundaki mahkeme kararlarının rolünü de mukayese etmektedirler (S. 81 vd.). «Kanun Hâkimiyeti» denmesine rağmen hâkim Fransa'da da tamamen eli kolu bağlı bir şahıs değildir. Kendisine çerçevenin dışına çıkabilme imkânları tanınmıştır. O, kanunları tefsir edebilir (S. 87-99). Örf ve âdet hukuku da hâkime kanun dışında başvurulacak bir kaynak olarak tanınmıştır (S. 105-112) (Örf ve âdet hukukunun hususî hukuk ile âmme hukukundaki birbirlerinden farklı rolleri belirtilmiştir). Fransa'da da hâkim mahkeme kararlarından istifade eder. Bu bakımdan da Fransız ve Amerikan hukukları mukayese edilmiştir (S. 113-121). Doktrinin Fransız hukukundaki önemi s. 122-126'da izah edilmiştir. Nihayet kanun hükümlerinin sertliğini gidermek için kabul edilmiş mef-

humlar olarak hakkaniyet (S. 129-131), hile (S. 131-132) haksız zenginleşme (S. 132), hakkın suiistimali (S. 132-134), âmme intizamı ve ahlâka aykırılık (S. 134-136) hakkında da kısaca bilgi verilmiştir.

Kitabın her bahsinin sonunda mevzu ile ilgili fransızca ve ingilizce olarak yazılmış kitap ve makalelerin de listesi bulunduğu gibi, en sona da bir fransızca eserler bibliyografyası eklenmiştir (8).

Dr. T. ANSAY

(8) Ayrıca bak. Szladits, Guide to Foreign Legal Materials, French, German, Swiss. S. 45-112 (New York 1959).