

PAPER DETAILS

TITLE: HUSUSI HUKUKUN BEYNELMILEL TEVHIDI MESELESI

AUTHORS: Andreas SCHWARZ

PAGES: 549-564

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97127>

HUSUSÎ HUKUKUN BEYNELMÎLEL TEVHİDİ MESELESİ (*)

Dr. Andreas B. Schwarz

Roma Hukuku ve Medenî Hukuk Ordinaryüs Profesörü

I

Millî tezatlar etrafında kopan dünya savaşının kasırgaları ortasında istikbalin müş'irleri kuvvetle artan bir beynelmileleşme cereyanını belirtiyorlar. Yeni bir Milletler Cemiyeti şeklinde, devletlerin fevkinde siyasi bir teşkilâtın vücade getirilmesi, dünya iktisadiyatının ve dünya münakalâtının beynelmilel tanzimi bu müstakbel inkişafın belki de en çetin problemlerini teşkil ediyorlar. Amerikan toprağında daha dün akdedilmiş olan iki beynelmilel konferans, Birleşik Milletlerin siyasi teşkilâtı projesini ortaya koyan Dumbarton Oaks konferansı ve yeni kapanmış olan, Şikago'daki havacılık konferansı, bu müstakbel inkişafı müstesna bir vuzuhla cihana hatırlattılar. Bu gibi beynelmileleştirici temayüllerin, millî hususiyetlerin en kuvvetli tarzda tecelli ettiği, millî hayat cephelerini de ihataya çalıştığını, Basic English adını alan munzam dünya dilinin meydana getirilmesi hakkındaki dikkate şayan plân göstermektedir; İngiliz Başvekili Winston Churchill, geçen yıl Harvard Üniversitesinde kendisine fahri hukuk doktoru, pâyesi tevcih olunurken irat ettiği nutukta bu munzam dünya dilinin meydana getirilmesini, itihaz edilmiş bir hükûmet tedbiri olarak cihana ilân etmiştir. Bu ve buna benzer teşebbüslerin ortasında ileride hukukun tevhidî ve bilhassa, bugünkü konferansın mevzuunu teşkil eden hususî hukukun tevhidî meselesi şüphesiz yeni ve daha büyük aktüel bir ehemmiyet kazanacaktır (1a).

(*) Bu makale, 21/12/1944 günü İstanbulda Eminönü Halkevinde verilmiş olan bir konferansı ihtiva ediyor.

(1a) Metinde adı geçen nutuk, bu yakında Churchill'in harp nutuklarına ait IV ciltte intişar etmiştir (Londra 1944).

Muhtelif milletlerin ve millî grupların dillerinde müşahede edilen zengin çeşitlilik kadar, muhtelif hukuk nizamlarındaki zengin çeşitlilik bütün çağların sabit bir tarihi vakıasıdır. Her devlette hukukun yaratılması ve hukukun tatbiki için ayrı organlar bulunduğu cihetle, muhtelif devletlerde hukukun vücade getirilmesi ve hukukun inkişafı az veya çok fark gösterebilir ve hattâ göstermelidir. Bir hukuk prensipi istediği kadar cihanşümül ve mutlak bir muteberiyet iddiasında bulunsun; hiç bir hukuk prensipi yoktur ki, buna nazaran inhiraf eden prensiplerin mazide veya halde müspet hukukta mer'î bulunduğu ispat edilmesin. Hukuk adını verdiğimiz esasların çoğu zaten mahiyetleri bakımından mutlak bir muteberiyet iddiasında bulunmağa müsait değildir. Bunların çoğu mutlak adalet kıstasıyla —haddi zatında böyle bir kıstas mevcut ise— ölçülemez ve sırf mümkün mertebe maksada uygun ve tahammül edilir bir hayat nizamının tesisini istihdaf etmekle kalır; hiç şüphesiz bu hayat nizamı da birçok hallerde muhtelif şekillerde tanzim edilebilir. Bu sebeple devletlerin esas teşkilât kanunlarında, pek fazla dal budak salmış olan devlet idare hukuklarında, nelerin ne suretle cezalandırılacağı meselesi bakımından ceza hukuklarında, medenî hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku tatbikatı itibariyle usul nizamlarında ve —bundan sonraki izahatın inhisar edeceği— hususî hukuklarda ve burada da bilhassa, medenî hukuk adını alan en dar ve en eski sahada şaşırtıcı bir tenevvü vardır.

Muhtelif hukuk nizamlarının bütün sahalarında görülen bu şaşırtıcı tenevvü başka başka sebeplerden ileri gelmekte ve bu itibarla ifade ettiği derunî zaruret derecesi hudutsuz bir farklılık arz etmektedir. Bu farkların büyük kısmı, tarihi inkişaftaki ayrılıklara dayanmakta olup, burada gayrı akli tesadüfler mühim bir rol oynamaktadır; bundan başka coğrafi ve etnolojik hal ve şartların, dinî itikatların, siyasî cereyanların, iktisadî ahvalın, içtimai ihtiyaçların başkılığı da farkları izah etmekte olduğu gibi, teşriî faaliyette azımsanmaması gereken çeşitli şahsî âmillere de buna müessir olmaktadır; nihayet, ana fikir aynı olsa bile, teşriî veya ilmî (doktriner) ifade deki ayrılık dahi farklar yaratır. Esas teşkilât hukuku ve ceza hukuku sahalarındaki ayrılıkların çoğu ideolojik, siyasî ve ahlâkî tezatlarla irca edilebilirse de, hususî hukuktaki ayrılıklar için bu mülâhaza esas itibariyle ancak çok daha mahdud ölçüde varittir. İdeolojik, siyasî veya ahlâkî tezatlara rol oynaması, nisbeten en fazla aile hukukunda bahis mevzuudur. Burada ezcümle evlenmenin bir devlette dinî şekilde, diğerinde medenî evlenme tarzında tanzim

edilmiş veya hiç olmazsa caiz sayılmış bulunması farklı dinî ve ahlâkî akidelerin neticesi olarak kabul edilebilir; evlenmede böyle olduğu gibi, bir devlette birçok evlenme mânilerinin, bir diğerinde ise ancak birkaç evlenme mâniinin cari bulunması; birinde boşanmanın imkânsız, bir başkasında çok zor, bazılarında ise kolay olması; evlenme dışı çocukların çok farklı şartlar altında bir nafaka talebini veya daha ileri giden ailevî bir hukukî mevkîe sahip bulunmaları veya bulunmamaları ve daha birçok başka bakımlardan ayrılıklar dinî ve ahlâkî akidelerde mevcut farklarla izah edilebilir (1). Diğer taraftan, mütenevvi hukuk çevrelerine mensup olanları milyonlarca bağlarla birbirine daimî surette rapteden ve tezahürleri her tarafta geniş ölçüde aynı olan, muamelâttaki hukukî meselelerin en iptidai esasları bakımından dahi ve coğrafî ve iktisadî cihetten birbirine en sıkı surette merbut mıntakalarda bile çok defa birbirine taban tabana zıt prensiplerle tanzim edilmiş olmalarını haklı gösterecek derunî sebepler hemen hemen hiç mevcut olmasa gerektir. Bu vakıayı hukukçu olmıyan, hattâ çok defa hukukçu bile müdrîk değildir. Bununla beraber günlük hayatın hukukî hâdiselerinden alınacak basit misaller bunu kolayca canlandırabilir.

Hiç bir hukukî hâdisе, menkul bir mal üzerindeki mülkiyetin nakli kadar her günün hâdisesi değildir; Bu muamele dünyanın her tarafında her an sonsuz bir kesretle gerek toptancılıkta ve gerek perakendecilikte, gerek mahallî ve gerek beynelmîlel mal mübadelesinde vukubulmaktadır. İmdi bu hususta Türkiyede ve İsviçrede, keza meselâ Almanyada ve Yunanistanda Roma hukukunun prensibi caridir ve buna göre menkul bir şey üzerindeki mülkiyetin nakli için o şeyin teslimi lâzımdır. Diğer taraftan Fransız Medenî Kanunu ve onu örnek alan kanunların çoğu, mülkiyetin nakli için fârlı (devreden, ferağ eden) ile müktesip (iktisabeden) arasında irade uygunluğunun meydana gelmesini, yani aktin in'ikadını ve bilhassa mücerret alım-satımın —teslim yapılmaksızın da— vücut bulmasını kâfi gören, tabii hukuktaki rasyonalist prensibi tedvin etmişlerdir. İngiliz hukukunda da menkul malların alım-satımı hususunda bu

(1) Aile hukuku bakımından mevcut bu ayrılıklar hususunda boşanma ve evlilik dışı çocuklar hakkındaki iki konferansımı krş.; bu iki konferans yakında bu mecmuada «Muasır Aile Hukukunda Buhran» başlığı altında intişar edecektir. Boşanma için şuna da bak: Üniversite konferansları 1941/1942, s. 128 v. d., ve «İş» mecmuası 1942 (Bütün bu konferanslar Doçent Dr. Bülent Davran tarafından tercüme edilmiştir).

noktai nazar kabul edilmiştir. Böylece teslim prensibi ve akit prensibi karşı karşıya bulunmaktadır ve işin esasını bilmeyen herkes, bir at, bir kitap, bir makine üzerindeki mülkiyetin; İstanbula nazaran Londra'da, Berline nazaran Romada, Cenevreye nazaran Pariste farklı nakledilmesine son derece hayret edecektir (2).

Bu misal üzerinde biraz daha yürüyelim: Satılan şey (buna mebi de diyoruz) teslimden önce satıcının (bâyiin) kusuru olmaksızın telef olursa, meselâ satılan kitap tesadüf neticesi yanar veya hayvan ölürse, o takdirde Roma hukukunun şöhret kazanmış olan bir kaidesine (periculum emptoris est) uygun olarak Türkiyede ve İsviçrede, keza bütün Fransız hukuku çevresinde alıcı (müşteri); hiç bir şey almadığı halde, buna rağmen semeni (semen-i mebni: satılan şeyin bedeli) tamamen ödemek zorundadır: Hasar (veya riziko) kendisine aittir. Alman ve Avusturya hukukuna göre vaziyet farklıdır: Orada hasar satıcıya aittir, yani hiç bir şey almayan alıcı, semeni ödemek borcundan kurtulur (3).

Başka bir vaziyeti düşünelim: Satılan şey çalınmış bir şey ise —ya bizzat satıcı yahut herhangi başka bir kimse onu çalmış olabilir—, o takdirde alıcı, hüsnüniyetle hareket etmiş olsa bile, mülkiyeti iktisap etmez ve malı çalınan mâlik onu kendisinden geri isteyebilir. Fakat Türkiyede ve İsviçrede, keza Fransız hukukunda alıcıya, şayet o şeyi bu gibi emtea ile ticarî muameleler yapan bir tüccardan satın almışsa, ödemiş olduğu semen malını geri isteyen mâlik tarafından verilmelidir; halbuki Alman Medenî Kanununa nazaran malı çalınan mâlik, alıcıya semeni vermekle mükellef olmaksızın malın kendisine iadesini talep edebilir (4).

(2) Bu hususta «Medenî Hukuka Giriş» adlı kitabımdaki izahatı krş.; tercüme: Prof. Dr. Hıfzı Veldet, 1942, s. 104 v. d.; bir de «Roma Hukuku Dersleri I» (Tercüme: Doçent Dr. Türkân Rado), 1943, s. 23; 216 v. d.; Türkiye - İsviçre Medenî Hukuku ve Roma Hukuku, Cemil Bilsel'e Armağan'dan ayrı bası, 1939 (tercüme Dr. H. Veldet), s. 41, 48. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch des Zivil-und Handelsrechts'te (çıkaran W. Schlegelberger) R. Friedrich'in «Übereignung» adlı makalesi (Cilt VI, 1938, s. 607 v. d.) vaziyeti toplu olarak göstermektedir.

(3) Roma Hukuku Dersleri I (1943), s. 23 teki izahatımı krş.; Türkiye - İsviçre Hukuku ve Roma Hukuku s. 41 v. d. Bir de Rechtsvergleichendes Handwörterbuch'da (IV, 1933, s. 741 v. d.) «Kaufvertrag» adlı mukayeseli etüdü (Berliner Institut für ausländ. u. intern. Privatrecht tarafından yazılmıştır) krş.

(4) Dip notu 2 de zikredilen, R. Friedrich'in «Übereignung» adlı ma-

Günlük hayata ait diğer bir misali ele alalım: A, B'ye icapta bulunur, meselâ ona bir şeyi satın almasını veya bir yeri kira ile tutmasını mektupla teklif ederse, o takdirde Fransız ve İngiliz hukukuna göre, muhatap icabı kabul etmediği müddetçe bu icaptan dönebilir, yani aktin mevzuu olan şey üzerinde başka bir şahısla bir akit inşa edebilir. Türk ve İsviçre hukukuna, keza Alman ve Avusturya hukukuna göre icapta bulunan kimse bu icabıyla bağlanır, yani icabının muhatap tarafından kabul edilip edilmediğini anlamak için bir müddet beklemekle mükelleftir.

Fakat icabın kabul ve böylece aktin in'ikat ettiği neyi ifade eder? Bu da gene çeşitli şekillerde halledilmiş bir meseledir. Türk ve İsviçre hukukuna, keza Alman hukukuna göre akit, kabul hakkındaki beyan icapçıya (mucibe) vâsıl olduğu anda (vusul nazariyesi) in'ikat etmiştir. İngiliz hukukuna nazaran ise, kabul hakkındaki beyanın irsalıyla beraber akit mün'akittir ve bu itibarla kabul hakkındaki beyanın ziyâ rizikosu icapçıya aittir. Fransada bu iki noktâ nazar —irsal nazariyesi ve ahz veya vusul nazariyesi (théorie d'émission ve théorie de réception) — bu güne kadar hep ihtilâf halinde bulunmuşlardır (5).

Bu gibi esaslı ayrılıklar için bütün muamelât hukuku sahasından ve muhtelif akit münasebetlerinden yüzlerce ve binlerce benzer misaller getirilebilir. Hayatın bu gibi, hergünkü menfaat ihtilâflarına ait hal suretlerinde görülen farkların, hiç bir ideolojik veya millî başkalıkla haklı gösterilemeyeceği meydandadır. Diğer taraftan bunlar bilhassa beynelmîlel hukukî muamelâtta her zaman zorluklar ve karışıklıklar yaratmaktadırlar. Bu itibarla, hukuku dar veya geniş ölçüde tevhit idesinin, hattâ bir dünya hukuku (Weltrecht, droit mondial) yaratmak tasavvurunun gerek hukuk felsefesinde ve gerek amelî hukuk siyasetinde bundan çok zaman önce bile ortaya çıkmış olmasına hiç te hayret etmemelidir (6).

kalesini krş.; K. Stillschweig, Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französ., österr. und schweizerischem Recht (Berlin 1929).

(5) Krş. Borçlar Hukuku Dersleri I (tercüme Dr. H. Veldet), 1942, s. 59 v. d.; E. Rabel, Das Recht des Warenkaufs I (1936), s. 69 v. d.

(6) Dünya hukuku meselesi için krş. R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (1922) § 138; G. Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), s. 191 v. d.; E. Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechts (1888, Yenibası 1918) ve Internationales Privatrecht I s. 9; P. Klein, Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts, E. Zitelmann'a Armağan'da (1913).

II.

Hususî hukukun beynelmilel tevhidî istikbale ait hayalî bir tasavvurdan ibaret olmayıp 19. asrın sonlarında ve 20. asırda müteaddit sahalarda devletler hukukuna ait malûm konvansyonlarla tatbik mevkiine konulmuştur. Mamafih bu gibi konvansyonlar daha ziyade, beynelmilel tanzime şiddetle ihtiyaç gösteren, devletler arası menfaat sahalarına ait olmak üzere aktedilmiştir. Bu cümleden olarak, demiryolları münakalesine ait muhtelif beynelmilel Bern Anlaşmaları, beynelmilel hava münakalâtında nakliyatın sureti icrası hakkındaki kaidelerin tevhidine mütedair 1929 tarihli Varşova Anlaşması, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Himayesine mütedair mâruf Bern Anlaşması, Sinaî Mülkiyetin Himayesine mütedair Paris Anlaşması, Evlenme ve boşanma, Hacir ve Vesayet bakımından muhtelif Hukuk Nizamlarında tahaddüs eden ihtilâf meselelerinin tanzimine mütedair Lahey anlaşması hatırlanmalıdır; buna benzer başka anlaşmalar da vardır. Âkit devletlerin bu gibi konvansiyonları tasdik etmeleri neticesinde yalnız hususî hukuk sahaları değil, fakat diğerleri meyanında hususî hukuka ait münferit sahalarda da geniş ölçüde tevhit edilmişlerdir (7).

Hususî hukukun çok daha ileri derecede tevhidine doğru teşkilâtî bir teşebbüse ilk dünya harbinden sonra Milletler Cemiyetinin himayesi altında girişilmiştir. 1926-da merkezi Romada bulunmak üzere, Hususî Hukukun Tevhidine matuf Beynelmilel Enstitü (Institut international pour l'Unification du Droit Privé) kurulmuştur. Faşist İtalyan hükûmeti bu enstitüye, Via Nazionale'de kâin ve güzel bahçe tesisleriyle meşhur Villa Aldobrandini'yi çalışma yeri olarak tahsis etmiştir. Statü'nün ikinci maddesi gereğince:

«Enstitünün iştigal mevzuu, devletler veya devlet grupları arasında hususî hukuku âhenkleştirmek ve tensik etmek çarelerini aramak, yeknasak bir hususî hukuk mevzuatının muhtelif devletler tarafından kabulünü tedricen hazırlamaktır» (8).

(7) R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé* (Paris 1927) s. 49 v. d. Bu adı geçen konvansiyonlar ve diğerleri hususunda krş. *Oppenheim, International Law*.

(8) Bütün statü *Demogue*'da, a. g. e., s. 195 v.d. ve *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* adlı mecmuada (çıkaran Rabbel) I (1927) s. 498 v.d. Aynı mecmuayı krş. II (1928) s. 477 v.d.

Enstitünün çalışmaları bazı ameli neticelere varmıştır. Çoktan beri hazırlanmış olan, polige hukukunun ve çek hukukunun tevhidî hakkındaki 1930 tarihli Cenevre Anlaşmasının vücade gelmesinde enstitünün hissesi vardır (9). Fakat enstitü çalışmalarının en yeni ve hususiyet ifade eden mahsulü yeknasak, tevhit edilmiş bir alım-satım kanunu projesidir; tenkit edilecek tarafları olmakla beraber, bu proje böyle bir çalışmada karşılaşılabilecek fevkalâde müşkülâtı göstermeğe çok müsaittir (10). Siyasi hâdiseler neticesinde, Milletler Cemiyetine bağlı olan enstitünün mesaisi gitgide durakladı. Bununla beraber ileride enstitünün yeniden kurulması hiç şüphesiz gene aktüel bir ehemmiyet kazanacak ve o takdirde yeniden şu mesele ortaya çıkacaktır: Medenî hukukun tevhidî ne dereceye kadar mümkün ve şayanı temennidir ve devletlerin yeknasak bir medenî kanuna sahip bulupmaları gayesi istihdaf edilebilir mi ve edilmeli midir?

Böyle bir plânın ortaya konması üzerine ekseriyetin ilk göstereceği aksülâmel herhalde taaccüptür. Ezcümle Türkiye, kabulü Türk inkılâbının büyük müktesebatından olan yeni Medenî Kanunundan vaz mı geçecektir? İsviçre, halk hayatının derinlerinden doğan hukukî inkişafın, tedricen olgunlaşmış kıymetli semeresi olan Medenî Kanununu; Fransa, aşağı yukarı bir buçuk asırdanberi köklerini salmış olan ve millî dehasının azametli mahsulünü teşkil eden Code civil'i; Almanya, uzun ve şerefli bir ilmi tekâmüle dayanan Medenî Kanununu beynelmîlel bir Medenî Kanun lehinde feda mı edeceklerdir? Türkiyede de şöhret sahibi olan, Bâ'li muteber hukuk âlimi **Karl Wieland**, en son yazılarından birinde şöyle demiştir: «Yarının yeknasak, tevhid edilmiş dünya hukuku bir utopya kalır, bir rüyadır; hem de güzel bile değildir. Tarihi Mektebin, hukuk halk şuurunun bir tezahürüdür yolundaki doktrini daima hakikat kala.

(9) Bu hususta krş. *A. Giannini*, *Il movimento internazionale per l'unificazione del diritto commerciale* (Milano 1931), bilh. s. 65 v. d.; *E. Balogh*, *Kritische Bemerkungen zu den Genfer Übereinkommen zur Vereinheitlichung des Wechselrechts*, *Actorum Academiae universalis jurisprudentiae comparativae* II kısım IV (1935) s. 316 v. d.

(10) Bu hususta krş. *E. Rabel*, *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, *Zeitschrift f. ausl. u. intern. Priv. R.* IX (1935) s. 1 v. d. ve *A draft of an international Law of Sales*, *University of Chicago Law Review* V (1938) s. 543 v. d.; *H. C. Gutteridge*, *An international Code of the Law of Sales*, *The British Year Book of International Law* XIV (1933) s. 75 v. d.

caktır. Hukukun hayatî kuvveti, neşvünüması ve manevî zenginliği millî tehalüfe müstenittir. (11).

Hiç şüphe yok ki, bu gibi endişeler hâdisenin mahiyet ve bünyesi bakımından haklıdır. Bunu hiç kimse, şu anda size hitap eden kadar hissedemez; muhatabınız, Roma hukukiyle peyda ettiği ünsiyet ve ondan aldığı ilhamla, hukukun hakikî mânasında tarihi olan inkişafında meknuz bulunan kuvvet ve kudreti müdriktir. Fakat dünyadaki inkişafın arzettiği istikamet ve hukuku tevhidin bahşedebileceği, itiraz kabul etmez faydalar karşısında bu gibi muhalefet ve itirazlar aleyhinde iki noktayı belirtmek gerekir.

Bir kere hatırlanmalıdır ki, Berri Avrupa'da ekseri ülkelerde 19. ve 20. asırda vukubulmuş olan, hukukun **devlet içinde** tevhidî, hukukun **devletler arası** tevhidî hususunda mühim bir mukaddemedir. Avrupanın binbeşyüz yıllık hususî hukuk tarihi büyük bir dalgalanma veya temevvüç hareketi içinde önce artan bir inkısam, bir parçalanma ve sonra tedricî birleşme, yeknasaklaşma şeklinde cereyan etmiştir. Fransada, İtalyada, İspanyada, Almanya'da, İsviçrede; her tarafta millî hukuk vahdetinin gerçekleştirilmesinden önce hususî hukukta müşahade edilen inkısam veya parçalanma, yeknasak hususî hukuka sahip bugünkü devletlerin hususî hukukları arasındaki inkısam veya ayrılıktan pek te geri kalmıyordu. Bu mahalliyeti (Particularisme'i) yenmek gayesi, 19. asırdaki büyük kodifikasyon hareketlerinin belki de en mühim muharrik kuvveti di. Ekseriya, mahallî hukuka fazla bağlı olan partikülarist kuvvetler ancak çetin bir mücadeleden sonra mağlûp edilebiliyordu. Meselâ Almanya'da, Bismarck'ın 1871 de imparatorluğu kurmasından sonra da, Rayh'in teşriî salâhiyetini ticaret hukuku ve borçlar hukukunun fevkinde bütün medenî hukuka teşmil etmek teklifi Rayh parlamentosu tarafından mükerreren reddedildikten sonradır ki, Rayh Esas Teşkilât Kanununu bu yolda değiştirmek ve böylece Alman İmparatorluğu için bir Medenî Kanunun (Bürgerliches Gesetzbuch) vücade getirilmesi hususunda zemini hazırlamak mümkün olmuştur. İsviçrede **Eugen Huber**'in, yeknasak Medenî Kanununu kantonların muhalefetine rağmen kabul ettirmek için kanun vazı olarak yüksek ehliyetini ibraz etmesi kâfi gelmemiş, bütün diplomatik maharetini kullanması da gerekmiştir. Bu kantonal mahalliyet temayülünün ne ka-

(11) *K. Wieland, Rechtsquellen und Weltrecht, Recueil d'études sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény* III 471 v. dd.

dar kuvvetli olduğu, içinde bulunduğumuz dünya harbinden az önce İsviçre ceza hukukunun tevhidî sırasında müşahade edilebilmiştir: onyıllardanberi büyük bir ihtimamla hazırlanmakta olan Federal Ceza Kanununun reddedilmesine ramak kalmıştı (12). Demek oluyor ki, hukukun devlet içinde tevhidî ekseriya mücadele ve zahmete katlanmayı icap ettirmiş ve bu mücadele ve zorlukların, hukukun beynelmilel tevhidinde zuhuru beklenilmek gereken mücadele ve zorluklara nazaran pek te geride kalmaması muhtemeldir. Bununla beraber amelî ihtiyaç eninde sonunda tarihî sebeplere dayanan partikülarizm'e üstün gelmiştir.

Hukukun beynelmilel tevhidî hususundaki endişe ve tereddüt- lere karşı dermeyan edilebilecek diğer cihet, böyle bir tevhidin —bilhassa hukukları tevhit edilmiş olan devletlerde— bilûmum te- ferruattaki şaşırtıcı tenevvüe rağmen devamlı bir **hukukî yaklaşma** veya takarrüp (Rechtsannäherung) sayesinde geniş ölçüde hazırlan- mış görüldüğü vakıasıdır. Yeni çağda yüz yıllar boyunca hususî hu- kukların birbirine yaklaşmasını ve bu yolda aralarında derin bir bünyevi tecanüs doğmasını muhtelif tarihî âmiller temin etmiştir.

Bu âmillerden biri ve en mühimi, Cermen menşeden olan, her tarafta inkısama uğramış millî hukuklar âlemine Ortaçağın sonla- rında hulûl eden **Roma hukukudur**. Bu hulûl neticesinde hiç bir ta- rafta devlet içinde hukukî vahdete erişilmedi, çünkü Roma hukuku- nun iktibasına ona hiç bir yerde inhisar halinde mer'iyet temin etme- miştir; bilâkis her tarafta Roma hukukuyla yerli millî hukuklar ara- sında çeşitli ve müdil karışmalar meydana gelmiştir. Fakat Roma hukukunun iktibasına muhtelif milletlerin hukukî hayatına kuvvetli, müşterek, bağlayıcı bir unsur kattı. Bu iktibas müşterek bir zihni- yet, hukukî esaslardan ve hukukî mefhumlardan mürekkep müşte- rek bir hazine yarattı, her tarafta hukukî tefekkürü romanize etti, ve her şeyden önce Garb'ın hukuk ilmine geniş ölçülü bir vahdet veya yeknasaklık bahşetti; muhtelif memleketlerin üniversitelerin- de hukukçular hemen münhasıran bu yeknasak ilim çerçevesinde yetiştiriliyorlardı (13).

Avrupa milletleri arasında hukukî yaklaşıma ehemmiyetli de- recede hizmet etmiş olan diğer bir beynelmilel unsur tenevvür ça-

(12) Medeni Hukuka Giriş» teki muhtasar izahatımı krş. (1942) s. 11 v.d.; A. Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I (1930) s. 11/11, 14 v.d.

(13) Krş. «Roma Hukuku Dersleri I» adlı kitabım, 1943, s. 11 v.d.

ğının **Tabii Hukuk Nazariyesidir**. Grotius ve Hobbes'in Alman ve Fransız mütefekkirleri tarafından sistematize ve dolayısıyla popülarize edilen hukuk nazariyesi beynelmilel bir meriyet kazandı, Tenevvür çağının yeni hukuk kaidelerini yaydı, yeni nazari doktrinler tanıttı ve her tarafta hukuk malzemesinin sistematize edilmesine hizmet etti (14).

Tenevvür Çağındaki tabii hukukun ideler âleminden bilhassa kodifikasyon (tedvin, taknin) hareketi doğmuştur. 19. asrın yeni hususî hukuk kanunnameleri Roma hukuku ve Tabii hukuk doktrinlerinde müşterek köklere sahip bulundukları cihetle çok mütecanis bir seciye arz ediyorlardı. Bu cümleden olarak bilhassa Fransa geçen asrın başlangıcında vücade getirdiği Code civil ile, dünya ölçüsünde heybetli bir rol ifasına namzet bulunan nümuneyi yarattı. Ve işte bu noktada beynelmilel hukukî yaklaşmanın belki de en mühim âmili sayılmak gereken hareket başladı: **Yabancı kanunların iktibas ve taklidi**. Netekim Fransız Code civil'i, kısmen hiç değiştirilmeden, kısmen ise büyük veya küçük değişikliklerle Avrupada bir sıra Devlet tarafından, bütün Cenubi ve Vasatî Amerikada ve keza Şimalî Afrikada iktibas olundu. 19. asrın daha sonraki kanunnameleri içinde bilhassa Alman Medenî Kanunu birkaç Avrupa devletinde, bilhassa Macaristanda ve Yunanistanda, fakat en ziyade Uzak Şarkta buna benzer bir tesir icra etmiştir (15).

Bu inkişafın bir neticesi olmak üzere, halen Berri Avrupa devletlerinde, İskandinavya devletleri hariç, Cenubi ve Vasatî Amerika, Şimalî Afrika ve Uzak Şark devletlerinde, münferit noktalarda namütenahi tenevvü arzededen, fakat buna rağmen şekil ve muhteva itibariyle derin bir bünyevi karabet ifade eden hususî hukuklar mer'idir. Bizler bugün daha ziyade ayıran farkları görüyor ve hissediyoruz. Halbuki yarının hukuk tarihi âlimi galip bir ihtimale göre evvelâ müşterek unsurları idrak ve 19. ve 20. asırda dünyada vü-

(14) Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel (Leipzig 1934) adlı Armağan eserindeki izahatımı (s. 427 v. dd.) ve oradaki literatür atıflarını krş.

(15) «Yabancı bir Hukukun alınması ve benimsenmesi» adlı İstanbul açış dersimi krş. (Siyasal Bilgiler Mecmuası V, 1935, sayı 56) keza Üniversite açış dersleri 1935; bu yazı Fransızca olarak da intişar etmiştir: «La réception et l'assimilation des droits étrangers», Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert (1938) II s. 581 v.dd.

cude gelmiş olan bu çeşitli hususî hukuk kanunnamelerini tek bir hukuk tipinin mütehavvil tezahürleri addedecektir.

İmdi, hukukî yaklaşımdan hukukun tevhidine intikal, bu müte-
rakki hukukî yaklaşmanın neticeye uygun bir temadisi farzedilebi-
lir. Zira, Savigny ile mektebinin geçen asrın başlangıcında tedris
ettikleri şekilde, «halk ruhunun» (Volksgeist), millî dehanın mahsu-
lû olan hukuka, tarihen muayyen hukuka iman —ister esefle, ister
memnuniyetle karşılansın— 19. ve 20. asırdaki hukukî inkişaf neti-
cesinde hiç şüphesiz zail olmuştur. Beşeriyetin daha evvelki hiç bir
çağı, tarihî hukuk karşısında buna benzer âdeta insafsız bir hareket
hattı takip etmemiştir. Cihanın kültür devletlerinde yüzyıllar bo-
yunca yetişmiş ve millî tarihin mahsulleri olan hukuklar hurda de-
mir gibi kenara atılmış ve yerlerine, çoğu yabancı ülkelerden alınan
yeni kanun nizamları ikame edilmişlerdir. O halde böyle bir inkişafa
hararetle taraftar olanların şöyle demeleri akla yakın geliyor: Hâlâ
artakalmış olan bütün bu tarihî enkazı atın ve yerine milletlerin
müşterek medenî kanununu koyun!

Bu zikredilen unsur ve âmilleri hukukun dar veya geniş ölçüde
tevhidine müsait görünüyorsa da, öbür yanda bu gayenin ger-
çekleşmesini zorlaştıran büyük müşkülâta da işaret etmek lâzımdır.
Filhakika muhtelif devletlerin hususî hukuklarında görülen ve yu-
karıda ızah olunan yaklaşıma dünyanın şayanı hayret derecede bü-
yük bir mıntakasına şâmilidir. Fakat çok mühim ve büyük bir mın-
taka da bu inkişafın dışında kalmaktadır. Bilhassa **İngiltere** bunun
dışında kalıyor. İngiliz hukuku esasında farklıdır. Bu fark bilhassa
şurada tecelli etmektedir: İngiliz hukuku esas itibariyle Roma huku-
kunun tesirinden masun kalmış olduğundan, onda ayrı bir zihniyet,
bambaşka bir mefhumlar âlemi ve tamamiyle farklı prensipler mev-
cuttur. Sonra İngiliz hukuku tedvin edilmemiştir; onun kaynağını
her şeyden önce, asırlar zarfında yığılıp birikmiş olan sayısız mah-
keme kararları teşkil ederler. Binaenaleyh İngiliz hukuku, berri Ba-
tî Avrupasında vücade gelmiş ve oradan dünyanın geniş bölgelerini
fethetmiş olan müdevven hususî hukuk tipinden muhteva, şekil ve
metot itibariyle tamamen farklıdır. Diğer taraftan İngiliz hukuku,
nun hâkim bulunduğu dünya bölgeleri daha az vâsi değildir: Bu hu-
kuk İngiliz dominyon ve müstemlekelerinin büyük bir kısmında ve
Birleşik Amerika Devletlerinde caridir. Böylece bugünkü kültür âle-
minin hususî hukuku iki büyük çevreye ayrılmaktadır: Müdevven,
kod fiye edilmiş hukuk çevresi ve Anglo-Amerikan hukuk çevre-

si (16). Hususî hukukun bu iki dünyasını bir mahrece irca etmek zordur. İngiltere, diğer hukuk tipi lehinde imtiyazlar tanıyamıyacak kadar yüzyıllar boyunca gelişmiş olan hukukiyle kaynaşmıştır. Buna mukabil Roma hukukunun tesiri ve kodifikasyon sebebiyle bambaşka bir hukukî geleneğe sahip bulunan ülkelere İngiliz hukukunu nakletmek hemen hemen imkânsızdır. Burada bir yaklaşmayı temin etmenin ne kadar zor olduğunu ezcümle şu nokta belirtmektedir: İngiltere, mahiyeti icabı kuvvetli bir tecanüs arzeden, polişa ve çek hukuku gibi bir hukuk sahasında bile, 1930 tarihli Cenevre Anlaşmasını tasdikten imtina etmiştir (17).

Fakat Anglo-Amerikan hukuk dünyasından sarfı nazar edilse bile, aşılması zor sair uçurumlar başgöstermektedir. Âşikâr bir zorluk bilhassa Rusya bakımından mevcuttur. Vakıa Sovyet-Rusya mevcudiyetinin daha ilk yıllarında hayret edilecek derecede sür'at ve azimle bir hususî hukuk kanunnamesi meydana getirmiş ve bunda haricî tertip hususunda Berri Avrupa kodifikasyon tipini, bilhassa Alman Medenî Kanununun sistematiğini nümune ittihaz etmiştir. Fakat iktisadî bünye temelinde farklı kaldığı müddetçe, hukukun tevhidî en ziyade mamelek hukuku ve muamelât hukuku sahalarında zoriuklar tevhit edecektir (18).

III.

Şu halde en büyük güçlükler, müstakbel dünyada —bugünkü vaziyete nazaran— rehber rolünü oynamağa en fazla namzet görünen devletler bakımından bahis mevzuu olmaktadır. Mamafih, yukarıda adı geçen müsait hal ve şartlara rağmen, güçlükler başka cihetlerden de azımsanmamalıdır. Hukukun tevhidî, ancak muhtelif devletlere mensup hukukçuların müşterek çalışmalarıyla gerçekleştirilebilir; halbuki her tarafta hukukçular —hattâ bizzat milletler.

(16) İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuku adlı konferansını krş. (Hukuk İlmîni Yayma Kurumu, Konferanslar serisi: 22, Ankara 1937, tercüme Dr. H. Veldet), keza Almanca etüdümü: *Das englische Recht und seine Quellen* (Zivilgesetze der Gegenwart II: England s. 1 v.dd., Mannheim 1931).

(17) Bu hususta krş. E. Rabel, *Zeitschrift f. ausl. u. intern. Priv. R.* III (1929) 403 v.d.; A. Giannini a. g. e.

(18) Krş. H. Freund, *Das Zivilrecht in der Sowjetunion I* (Zivilgesetze der Gegenwart VI, Mannheim 1927).

den ziyade— kendi hukuklarına, alışık bulundukları prensiplere ve doktrinlere bağlıdır. Muhtelif hukuklar ve hukukçular arasındaki tezatlar telif ve anlaşmalar temin etmenin ne kadar zor olduğunu, bugüne kadar girilmiş olan bütün münferit teşebbüsler göstermiştir. Hedefe yaklaşabilmek için mukayeseli hukuk çalışmaları daha fazla ilerletilmeli ve daha büyük itina ile yapılmalıdır. Münferit devletler dahilindeki hukukî tevhit ameliyesi de —ezcümle İs. vîçrede Eugen Huber'in yaptığı mukaddem çalışmalarda da böyle idi— mahallî hukukların mukayesesıyla hazırlanmıştı. Halihazırda parlak bir inkişafa mazhar olan beynelmilel hususî hukuk mukayesesinin esas vazifelerinden biri, tevzin ve tevhide yol açmaktır (19).

Münferit bakımlardan hedef ve yollar hususunda birkaç direktifi tespit etmek istiyorum.

Bir kere, bugünkü kültür âleminde hususî hukukların esasen bilfiil müsterek olan unsurlarının ihtimamla tavzihi hareket mebdetini teşkil etmek gerektir. Bu iş henüz hiç bir suretle başarılmış değildir. Romalılar *ius civile*'yi *ius gentium*'dan ayırıyorlardı: *Ius civile* Romalılara has hukuku (*ius proprium civium Romanorum*), *ius gentium* ise, bütün insanlar ve milletler hakkında müsavî tarzda cari bulunan hukuku ifade ediyordu (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit et apud omnes populos peraeque custoditur*) (20). Bugünkü dünyada da bu mânada hususî hukuk bakımından bir *ius gentium* vardır. Şümulünü ihata etmek şimdilik zordur. Meselâ Medenî Kanunumuzun ikinci maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüsnüniyet kaidesi, bu neviden bir *ius gentium*'a ait bir prensip sayılabilir; halbuki aynı maddenin hakkın sulistimâline taallük eden ikinci fıkrası hükmü hiç şüphesiz böyle bir hukuk prensibi değildir (21). Hususî hukukun *ius gentium*'u, mukayeseli hukuk tetkikatının ortaya çıkarması gereken, medenî milletlerin hususî hukuk.

(19) Bu hususta bilhassa krş. E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé* I (1903). Bu bapta ilmi teşkilât hususunda bak. Demogue a.g.e., s. 30 v.d. ve H. C. Gutteridge, *The technique of the unification of private law*, *The British Year Book of international law* XX (1939) s. 37 v. dd.

(20) Romalıların *ius gentium* mefhumu hususunda krş. Roma Hukuku Dersleri I adlı kitabım (1943) s. 128 v.dd.

(21) Krş. E. Riezler, *Rechtsmissbrauch und Schikane*, *Rechtsvergl. Handwörterbuch* VI (1939) s. 1 v.d.; C. K. Allen, *Legal morality and ius abutendi*, *Law Quarterly Review* XL s. 164, keza *Legal Duties and other essays in jurisprudence* (1931) s. 95 v. dd.

larındaki müşterek unsurlar, her türlü hukuku tevhit amellyesinin hareket mebdetini ve sabit nüvesini teşkil etmelidir.

Bunun dışında hukukun tevhidî, bugüne kadar olduğu gibi, bundan sonra da **malzeme bakımından mahdûd olmalı**, yâni muayyen sahalara inhisar etmelidir. Bu cümleden olarak birinci derecede borçlar hukukunun geniş sahaları —ticaret hukuku dahil olmak üzere— bahis mevzuudur. Esasen hukukun tevhidî ötedenberi en evvel bu sahada gerçekleşmiştir, çünkü bu bapta ihtiyâç en mübrem derecede bu sahada duyulmaktadır. Romalıların *ius gentium*'u bilhas. sa bu sahaya taallûk ediyordu. Almanyada ve İsviçrede bu sahaların tevhidî umumî olarak medenî hukukun tevhidine takaddüm etmiştir. Hukukun beynelmilel tevhidini de en evvel akit hukukunun ve münferit akit tiplerinin, bilhassa alım-satımın ve istisna aktinin umumî esasları hususunda tasavvur edebiliyorum (22). Buna mukabil icar ve hasılât icarî, toprağa müteallik bütün hukukî münasebetler gibi mahiyeti icabı kuvvetli ölçüde millî ve mahallîdir. Hizmet akti hususunda iktisadî ve içtimâî şartların zengin çeşitliliğine rağmen, iş hukukunun muayyen bazı prensiplerini beynelmilel olarak tevhit etmek pekâlâ kabili tasavvurdur. Eşya hukuku veya aynı haklar sahasında menkuller hukukunun büyük kısımlarını tevhit etmek mümkün görülebilirse de, gayrimenkuller hukuku böyle bir tevhide en az elverişli görünüyor. Bu mülâhaza aile hukuku ve miras hukuku için de varittir, yalnız unutulmamalıdır ki, katolik kilisesi asırlardanberi dünyanın bütün katolikleri hakkında cari ruhanî bir evlilik hukukuna sahiptir.

Nihayet, yenilmesi gereken büyük güçlükler muvacehesinde hukukun tevhidî çok defalar **mevzîî neticelerle**, yani bazı memleketlere münhasır neticelerle iktifa etmelidir. Hiç şüphe yok ki, hukukları arasında esasen benzerlikler bulunan devletler için tevhidî taakkuk ettirmek çok daha kolaydır: Meselâ Code civil'e dayanan lâtin hukuk çevresi memleketleri veyahut bu çevre dahilinde sırf muayyen memleketler grupları (ezcümle Cenubî Amerika) için böyledir. İlk dünya harbinden sonra Fransa ve İtalya böyle bir mülâhaza ya atfen müşterek bir borçlar hukuku projesini hazırladılar, fakat

(22) Krş. Fr. Cosentini, Code international des obligations en 3115 articles (Institut Americain de droit et de legislation comparée), Paris 1937; A. Giannini, Il movimento internazionale per l'unificazione del diritto commerciale (Milano 1931).

buna meriyete girmek nâsîp olmadı (23). Bu tarzda mevzî bir hukukî tevhit, alım-satım ve münferit diğer mevzuatı bakımından Skandinavya devletleri arasında —İsviçre, Norveç ve Danimarka— vukubulmuştur (24). Balkan devletleri için de hukukun mevzî olarak tevhidî plânları düşünülmüştür.

Medenî hukukun tevhidine matuf bütün teşebbüslerde Türkiye de ve İsviçrede mer'î bulunan Medenî Kanuna kanaatimce müstesna bir rol isabet etmelidir. Müterakki muhtevası, kavranması kolay, ilmi olmaktan ziyade popüler ifade tarzı sebebiyle bu kanun her türlü tevhit temayüllerine örnek ve temel vazifesini ifaya, mahsus derecede müsait görünüyor.

Sonda şu noktaya da dikkati çekmek gerekir ki, hukukun tevhidine matuf bütün teşebbüslerde sırf kanunların tevhidî bahis mevzuudur. Kanunî vahdetin henüz hukukî vahdet demek olmadığı aslâ unutulmamalıdır. Zira kanun daima bir iskeletten ibarettir ve bundan ancak mahkeme içtihatlarıyla canlı hukuk doğar. Kanunların aynı olması halinde dahi bundan ne kadar büyük farkların hâsıl olabileceği, bir çok misallerden, ezcümle Code civil'in âdeta lâfzen bile aynı tarzda mer'î bulunduğu memleketlerden anlaşılmaktadır. Beynelmilel bir kanunnameye ve hattâ bir dünya kanunnamesine ilâveten en yüksek beynelmilel bir mahkeme kurulsa bile, bu hal hukukun vahdetini ancak mahdud ölçüde temin edebilir. Milletler arasındaki hakikî hukuk vahdetini ancak dünya devleti (Weltstaat) yaratabilir.

Burada sözlerime nihayet vermekliğim gerekiyor. Belki de bu kısa izahat sayesinde hususî hukukun beynelmilel tevhidî dâvasının hedefleri hakkında olduğu kadar, zorlukları itibarıyla da bir fikir edinebildiniz. Meydan muharebeleri ve bombardımanlar nihayet bulduğu zaman bu tevhidin de bazı terakkiler kaydedeceği muhakkak gibidir. Bu hamlelerin bizi nereye kadar götüreceğini, istikbalin ne dereceye kadar dünya kanunnameleri veya bir dünya kanunnamesi yaratabileceğini kimse sezemez. Milletlerin müşterek bir medenî kanuniyle bazı şeyler kazanılmış, fakat hiç şüphesiz bazı

(23) Projet de code des obligations et des contrats (Roma 1928), bu hususta krş. Demogue, a. g. e., s. 107 v.d. ve «Borçlar Hukuku Dersleri I» adlı kitabım (1942) s. 13.

(24) Krş. Schlegelberger — v. Seth — Wrede — Dix, Das Zivilrecht der nordischen Länder II (1933) s. 1 v. dd.; Tore Alman, Das skandinavische Kaufrecht, deutsche Ausgabe von F. K. Neubecker, 3 cilt, Heidelberg 1922.

şeyler de kaybedilmiş olurdu. Bazı şeyler kaybedilmiş olurdu, diyorum, çünkü kültürün başka sahalarında olduğu kadar hukukta tenevvü ve hususiyetin ifade ettiği cazibe ve kuvvet —bugüne kadar olduğundan daha geniş ölçüde— zail olacaktır. Buna mukabil ne kazanılmış olurdu? Herhalde büyük ameli faydalar temin edilirdi, çünkü hukukta çokluk, hukukta karışıklık kaynağıdır ve bunun muamelâta sebebiyet vereceği zararlar Devlet dahilindeki muamelâta nazaran beynelmilel muamelâta daha az ehemmiyetli değildir. Fakat burdan çok daha mühim olan, manevî bir kazançtır. Netekim bütün bu teşebbüsler karşısında coşkunluk ve heyecan duyabilmenin esas âmili budur: Müşterek bir hukuk hemen hemen müşterek bir dil derecesinde milletleri kaynaştıran bir bağıdır. Milletlere kültürle bağlılıklarını hatırlatan bu manevî kıymete, sarsılan ve parçalanan; kan içinde boğulan beşeriyet şiddetle muhtaçtır.

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

Türkçeye çeviren

Doçent Dr. Bülent Davran