

## ALMAN MEDENÎ HUKUKUNDA REFORM HAREKETLERİ VE BUNDA HÂKİM OLAN TEMAYÜLLER (\*)

Otto Riese

Lausanne Hukuk Fakültesi Profesörlerinden

1. Almanyada Nasyonal Sosyalizmin iktidar mevkiine gelmesi alelâde bir hükûmet değişmesinden tamamile farklı bir mahiyeti haizdir. Bu, tesirleri bütün sahalarda hissedilen, hakikî bir inkılâp olmuştur. Alman Medenî Hukukunun dahi bundan müteessir olması gayet tabiidir. Filhakika, birkaç senedenberi, Almanyada medenî hukuk sahasında tam bir reform hareketine başlanmış bulunmaktadır. Bu hareket harbe rağmen, biraz yavaşlamış olmakla beraber, faal bir şekilde devam etmektedir, fakat henüz bitmiş olmaktan uzaktır. Bu büyük teşriî eser hakkında bir fikir edinebilmek için, yeni rejim esnasında neşredilen ve yapılması düşünülen işin ilk safhalarını teşkil eden, birkaç yeni kanunu tetkik etmek kâfi değildir. Ayrıca «de lege ferenda» yapılan teklifleri gözden geçirmek, inkılâbın hâkim temayüllerini meydana çıkarmak ve ilham aldığı yeni ruhu tanımak lâzımdır. Şüphesiz bu tetkiklerin neticeleri, burada, ancak kaydı ihtiyatla arzedilebilir. Bununla beraber bu neticeler tahmin edilebileceğinden daha az meşkûkturlar; zira daha şimdiden Alman Hukuk Akademisi (Akademie für Deutsches Recht) ve komisyonları tarafından hazırlanan kanun projelerine, muhtıralara (Denkschriften), ve raporlara (Arbeitsberichte) istinat edilebileceği gibi, bu işte çalışan muhtelif kimselerin tadil tekliflerine, hukuk mecmualarında neşredilen makalelere ve nihayet III üncü Rayhın başında bulunan şahısların beyanatına istinat edilerek, müstakbel hukukun esaslı prensipleri şimdiden anlaşılabilir (1).

(\*) Bu makale, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 61 (1942), Heft 2, s. 247, de intişar etmiştir.

(1) Alman Hukuk Akademisinin (Akademie für Deutsches Recht: AKİDR) hâli hazır mesaisinin hülâsası Emge'de, Aus der Arbeit der

1. Bu yeni hukuk Alman Medeni Kanununun yerine geçirilecektir. Alman Medeni Kanununun (BGB), Alman Hukuk Tarihinde, bütün memlekette kabili tatbik yazılı tek bir kanunun teessüsü hususunda geçmiş asırların kuvvetli arzu ve temayülünü, ilk olarak tahakkuk ettirmiş olduğunu hatırlamak, bunun değiştirilmesinin ifade ettiği mâna ve ehemmiyeti izaha kâfidir.

Filhakika ne XIII ve XIV üncü asırların örf ve âdet külliyyatı (Rechtsbücher-Coutumiers), Eike von Repkow'un Sachsenspiegel'i gibi, ve ne de, haklı olarak, hukukun birleştirilmesi isteği ile izah edilen, Roma Hukukunun iktibas hareketi medeni hukuk sahasında mevzuat birliğini temin edememiştir. Örf ve âdet külliyyatı ise meriyette olan âdet ve hukuk kaidelerinin hususî olarak toplanmasından başka birşey değildiler, ve hiç bir zaman kanun kuvvetini haiz olmadılar. Müşterek Hukuk (Gemeines Recht) yani usus modernus pandectarum ile mezcedilen Roma Hukuku ise ancak Alman memleketleri veya serbest şehirler hukuku tarafından vazedilmiş kaideler bulunmadığı takdirde tâli olarak tatbik ediliyor ve bu sebeple hukuk birliğini temin edemiyordu. Daha sonraları mukaddes Roma - Cermen İmparatorluğunun yıkılması ve müstakil Alman

AKfDR im Jahre 1941, ZADR. 1941 s. 357 ve Hedemann'da, Das Volksgesetzbuch der Deutschen, München - Berlin 1941, bulunmaktadır.

Reform üzerindeki başlıca neşriyatın bibliyografisi M. Boehmer tarafından verilmiştir, Das Schriftum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, Deutsche (Dt.) Rechtswissenschaft (Rechtswiss.) 1939 s. 77. Bunlara bilhassa aşağıdaki neşriyatı ilâve edebiliriz:

Denkschriften der Akademie - Ausschüsse: Lange, Die Regelung der Erbenhaftung (1939); Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft (1940); Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts (1940).

Mütenevvi neşriyat: Blomeyer, Eigentümerpfandrecht und Grundpfandbestellungsrecht des Eigentümers, Dt. Rechtswiss. 1941, 110 ve 218; Boehmer, Die Idee des Deutschen Volksgesetzbuchs, Jahrb. der AKfDR. 1939/40, 32; id. (aynı müellifin), Zur Neuordnung der Privatrechtlichen Formen des Familienunterhalts, ZAKfDR. 1941, 46; Brandt, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, Dt. Rechtswiss. 1940, 76; id., Eigentümserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940; id., Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung? Dt. Rechtswiss. 1941, 67; Dulceit, Das bürgerliche Recht der Ostmark und die deutsche Rechtserneuerung, Dt. Rechtswiss. 1939, 352; Elisse, Die Entmündigungsgründe nach deutschen Recht, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), s. 219; Frank, Neue deutsches Recht, München, 1934; id., Heroisches und geordnetes Recht, Berlin, 1938; Freisler-Hedemann, Deutsches Gemeinrecht

devletlerinin teşekkülü, Almanyanın siyasi bakımdan parçalanmasına tekabül eden, mevzuat tehalüfünü tevlit etti. Böylece XIX uncu asırda Büyük Frederik'in teşebbüsü ile hazırlanan Prusya Devletleri Umumî Kanunu (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten), Avusturyada Avusturya imparatorluğu medenî kanunu (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie; Avusturya Monarşisine dahil Alman memleketlerinde müşterek olarak meriyeti haiz medenî kanun); Rhénanie'de Napolyon kanunu; Bade'da Bade medenî kanunu (Badisches Landrecht); Saksonyada Saksonya medenî kanunu, ve ilh... bulunmaktadır. Daha 1700 e doğru Leibniz ve 1814 de Heidelberg profesörlerinden Thibaut tarafından talep olunan iddialara, ve 1848/49 da Frankfurt Millet Meclisinde toplanan «vatanperverler» in gayretlerine rağmen, ancak Alman Rayhının, bugünkü tabirile, ikinci Rayhın, teessüsünden sonra medenî hukuk vahdeti tahakkuk edebilmiştir. 1873 de Rayha medenî mevzuatın vaz'ı hakkında salâhiyet tanındı.

Yeni kanun için hazırlıklara tam bir Alman derinlik ve esaslığı ile (Gründlichkeit) başlandı: Napolyan kanunu dört senede ha-

---

im Werden, Berlin, 1940; Freisler, Von der Arbeit am Volksgesetzbuch, ZADR, 1941, 10; Gürtner, Vortrag vor der AKfDR., Dt. Justiz 1943, 369; Güssefeld, Zur Gestaltung eines neuen Grundpfandbestellungsrechts, ZADR, 1941, 370; Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Tübingen, 1937; id., Der allgemeine Teil des Privatrechts, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), s. I; Heldrich, Die Form des Vertrages, Arch. ziv. Prax. 27 (1941), s. 89; Kreller, Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), s. 97; Lange, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des volksgenössischen Rechtslebens? Dt. Rechtswiss. 1939, 222; id., Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), s. 28; Larenz, Neubau des Privatrechts, Arch. ziv. Prax. 25 (1939), s. 91; Krause, Wirtschaftsrecht und Volksgesetzbuch, Dt. Rechtswiss. 1941, 204; id., Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, Arch. ziv. Prax. 25 (1939), s. 312; Manigk, Neubau des Privatrechts, Leipzig, 1938; Nicolai, Rasse und Recht, Berlin, 1933; Pietsch; Volksnähe des Rechts, Dt. Rechtswiss. 1941, 137; Schlegelberger, Abschied vom BGB., Berlin, 1937; id., Die Entwicklung des deutschen Rechts im dritten Reich, Berlin, 1938; C. Schmidt, Staat, Bewegung, Volk; 1933; Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, Arch. ziv. Prax. 27 (1941), s. 130; Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeitenwende, 1933.

Ayrıca, yeni kanunlara müteallik bibliyografi için, müteakip notlara bakınız.

zırlanmış olduğu halde, Alman medenî hukukunun birleştirilmesi gibi muazzam bir işi tamamlamak ancak yirmi iki senede kabil oldu. Bu eserin meydana gelmesi hususundaki çalışmalara memleketin en mümtaz hukukçuları, bilhassa Windscheid, Planck, iştirak ettiler. Bunlara, birinci projenin tenkidile çok büyük tesir icra eden, Gierke'yi de ilâve edebiliriz. Bu ihzari çalışmalar bütün memleket hukukçularının teşriki mesai ve tenkitleriyle zenginleşmiştir. Niha yet, 1896 da, yeni kanun, az isabetli olan Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ismi altında, neşredildi; ve 1 ikincikânun 1900 de yürürlüğe girdi.

2. BGB nin ehemmiyetinin yalnız, tarihte ilk olarak, Alman medenî hukuk birliğini tahakkuk ettirmiş olmasında, bulunduğunu zannetmek hatalı olur. Filhakika, bu kanun, bazı eksikliklere rağmen, takdir edilmemesi mümkün olmıyan dikkate şayan, teşriî bir eserdir. Yabancı kanunlardan birçoğuna modellik etmiştir. Bunun yeni bir misali olarak, Alman BGB sini yakından takip eden, yeni Yunan medenî kanununu zikredebiliriz.

BGB nin kıymetini meydana çıkararak bir delil de bu kanunun gerek imparatorluk devrinde ve gerek Weimar cumhuriyeti devrinde hiç bir tadile uğramamış olmasıdır. Ve bu otuz üç senelik devrenin bir faaliyetsizlik ve durgunluk devri olmadığı da muhakkaktır. Bunun için, BGB nin neşredilmiş olduğu, asrımızın refah ve sükûnet dolu ilk günlerindenberi, herşeyin ne kadar değişmiş olduğunu, hatırlamak kâfidir: Tekniğin baş döndürücü ilerlemesi ve bunu, takiben memleketin sanayileşmesi, içtimai ve iktisadi bünyedeki bütün değişiklikler ve nihayet birinci dünya harbi, 1918 ihtilâli, siyasi sistemin bozulması, harp sonrasının hazin sefaletile enflasyon ve bunun doğurduğu umumî fakirlik. Bütün bu hâdiselerin çok derin akisleri olmuş, ve bu suretle medenî hukuk sahasında dahi birçok yeni meseleler ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, hukukçular, BGB nin tadiline lüzum ve mecburiyet hasıl olmadan, bunları aşağı yukarı BGB ye göre, hallediyorlardı. Bu senelerde her neviden kanunlar yapan teşriî kuvvet, hususî hukukun bu büyük fermanına, dokunmuyordu.

Filhakika BGB ye tâbi bazı maddelerin ve bu arada apartımanlara müteallik kira hukukunun bir kısmının, ve keza geniş olarak iş hukukunun, hususî kanunlarla yeniden tanzim edildikleri görülmektedir. Fakat, Weimar cumhuriyetinin sukutuna kadar, BGB umumiyetle, mühim bir tadile uğramamıştır.

3. Bununla beraber Alman medeni hukuku, bu otuz üç sene içinde, devamlı olarak, tekâmül etmiştir: Bu tekâmülü doktrin ve mahkeme içtihatları temin etmişlerdir. Bunlar, âlimane tefsirleriyle ve bazan da kıyas yolu ile, hukuku tekemmül ettirmişler, ve kanunun boşluklarını doldurmuşlardır. Bu hukukî inkişafa misal olarak; Staub ve Zitelmann tarafından tesis edilen akdın müsbet ihlâli nazariyesi (positive Vertragsverletzung); Prof. Oertmann'ın, clausula rebus sic stantibus prensibine istinat eden, ve Alman imparatorluk mahkemesinin (Reichsgericht) de büyük bir ihtiyatla takip ettiği Geschäftsgrundlagentheorie (akdın temelî nazariyesi); borçlunun zilyetliğini kaybetmeksizin, menkul rehni hakkına müşabih, aynı bir teminatın tesisini mümkün kılan, mülkiyetin inançlı olarak devri sistemi; keza, alacakların, buna benzer bir usulle, inançlı olarak temliki; ve nihayet culpa in contrahendo (akdın in'ikadı sırasındaki kusur), ve Verwirkung von Ansprüchen (talep haklarının sakit olması) doktrinini, ve ilh... gösterebiliriz.

Şu birkaç mülâhaza, doktrin ve mahkeme içtihatlarının zuhur eden bütün meseleleri, BGB nin hükümlerini derinleştirerek, onları tefsir ederek ve düzelterek, kanunun tadilini zaruri kılmadan, aşağı yukarı hallettiğini, bize göstermektedir. Bununla 1933 e kadar BGB nin tam ve mükemmel olarak tanınmış olduğu neticesine varılmamalıdır. Bilâkis tadil teklifleri hiç bir zaman eksik olmamıştır. Fakat yapılan tenkitler, hakikat halde, teferrüata müteallik olup, BGB nin tamamının tadili bahis mevzuu olmuyordu.

II. Nasyonal Sosyalizmin iktidar mevkiine gelmesile vaziyet tamamen değişti. İlk olarak tam bir tadili istenen ceza hukuku ile alâkadar olundu. Fakat arkasından hemen BGB dahi ele alındı. Onunla, herhalde çok iftihar edilmekle beraber, şu mahzurları bilhassa ileri sürülüyor.

1 — Teknik ıstılahlarla dolu ve alelâde bir kimsenin anlayamayacağı kuru ve gayri vazih lisanı ve son derece mücerret ifadesi (2). Filhakika bu teknik eksikliklerin BGB nin halk tarafından anlaşılmasına mani olduğu iddia olunmakta ve onun yerine halka yakın bir hukuk «volksnahes Recht» ikame edilmek istenmektedir.

2 — Gayri mütecanis cevheri bugün hissedilmekte olan Roma hukukunun çok fazla tesiri altında kalmış olması. Bu itirazın, daha

(2) Misal olarak bakınız, BGB, mad. 137, 881 fık. 4, 2013; diğer misaller için Pietson, Volksnahe des Rechts, Dt. Rechtswis. 1941, s. 137.

ciddi bir düşünüş tarzına, hemen yerini bırakmak mecburiyetinde kaldığına işaret etmeğe, herhalde lüzum vardır.

3 — Yapılan en esaslı itiraz, onun ruhuna karşı, bilhassa izlerini taşıdığı endividüalizm ve liberalizme karşı yapılmış olanıdır.

BGB nin hazırlanmış olduğu, zengin, rahat ve sükûnetli bir devir olan XIX uncu asrın sonunda insanlığın terakkisine inanılıyor, ve muhafazakârlarla liberaller kuvvetli bir nüfuza sahip bulunuyorlardı: içtimai nizamda bir değişikliğe muhalif olan muhafazakârlar, ve umumî saadeti ferdin hürriyetine tam bir riayet ve başkasının haklarını ihlâl etmemek tek şartile mukayyet hareket serbestisinde bulan liberalism hâkim bir vaziyette idiler.

Halbuki Nasyonal Sosyalizm bu geçmiş günlerin ideallerini açık olarak reddetmekte, ve tamamile farklı prensiplerden hareket etmektedir: Onun için ferd bir hiçtir, topluluk her şeydir (Der Einzelne ist nichts, das Volk ist alles). Bu prensipten, topluluğun menfaatinin her egoist ferdi menfaata takaddüm etmesini istiyen yeni bir esas umde çıkmaktadır (Gemeinnutz geht vor Eigennutz). Binaenaleyh bu yeni telâkkiye göre hukuk artık ferdi mücerret olarak nazarı itibara alamaz; bahis mevzuu olan, onu Devletin tecavüzlerine karşı muhafaza etmek değil, fakat ona topluluk içinde kendisine düşen mevki temin etmektir. Zamanımızın müellifleri, gerek maddiyetçi telâkkinin ve gerek Marksismın meydana çıkardığı ve neşrettiği şekilde sınıf mücadelesinin itibarını kaybettiğini ve bunun yerine bütün vatandaşların birleşmesinin (Volksgemeinschaft) kaim olduğunu söylemektedirler. Bunlara göre bahis mevzuu olan tam bir vahdetin tahakkuk etmesi, ve vazife, şeref, ve milli birlik gibi ideallerin, yeni bir hukuk tarafından teminat altına alınmasıdır. Müteveffa Gürtner'in tabirile, çok ince bir anlayış bıçağı altında hukukun ruh ve cevherini öldürmüş olmakla ittiham edilen eski hukukcuların bir eseri olan BGB nin, ve onun çok mücerret ve ince tertip ve tanzim tarzının aksine olarak, yeni hukuk hayata uygun (Lebensnah) ve dinamik olmalıdır.

BGB nin islâhı hakkında yeni neşriyatta mevcut bütün bu tezleri BGB ye karşı girişilen hareket ve hâkim olan yeni cereyanlar üzerinde bir fikir vermek için toplamış bulunuyoruz.

III. Bu son seneler zarfında bazı sahalarda reform daha şimdiden tahakkuk etmiş bulunmaktadır. Bu kısmi kanunkoyma işine girişilmesinin sebebi bazı hususlarda isticâl zaruretinin hasıl olması.

aynı zamanda yeni kazanılan ülkelerde ve eski topraklarda (Altreich) hukuk birliğini tesis etmek zaruretidir. Bu kanunların hiç olmazsa en mühimlerinin burada bir listesini yapmak ve isimlerinden anlaşılmadığı takdirde kısaca muhtevalarını zikretmek faydasız olmayacaktır. Resmen neşredilmeleri bakımından kronolojik sırayı takip edeceğiz:

1) 29 Eylül 1933 tarihli çiftlik (köy) arazisinin irsen intikaline müteallik kanun (Reichserbhofgesetz). (bak. s. 709).

2) 3 Temmuz 1934 tarihli Av kanunu (Reichsjagdgesetz) (3).

3) Alman kanının ve Alman şerefının himayesine müteallik 15 Eylül 1935 tarihli kanun (Nürenberger Blutschutzgesetz) (4).

Bu kanun Alman kanından veya kan akrabasından olan vatandaşların Yahudilerle evlenmelerini men ediyor; 1935 tarihli bir emirname bunun teferruatını ve keza kısmen Yahudi kanı taşıyan kimselerin evlenmelerini tanzim ediyor.

4) Bazı hastalıklara yakalanmış olan kimselerin evlenmesini meneden ve evlenmenin in'ikadından önce resmî sıhhat vesikasının gösterilmesi hükmünü vazeden 18 birinciteşrin 1935 tarihli Alman milletinin irsi sağlığını koruma kanunu (Ehegesundheitsgesetz) (5).

5) Medeni hâl fiillerine müteallik 3 ikinciteşrin 1937 kanunu (Personenstandsgesetz). 4 ikinciteşrin 1939 tarihli bir emirname (Personenstandsverordnung der Wehrmacht, RGBL. 1939. I 2163) askerlerin orduda iken evlenmelerini tanzim ediyor; asker evlenme beyanını ordunun adli zabiti önünde ve nişanlısı olan kız da kendi beyanını evlenme memuru önünde yapabilir. Böylelikle nişanlıların, aynı zamanda, karşılıklı olarak mevcut olmamaları halinde dahi, evlenmenin akdi mümkün olmaktadır.

6) Gayrı milli hareketlerinden dolayı Alman tâbiyetinden çıkarılmış olan şahısların kanunen mirastan iskatları ve bir Yahudi ile evlenen fûruğun mahfuz hisse hakkından mahrumiyetini tanzim eden, topluluğun menfaatine aykırı hareketten dolayı mirasa müteallik tahdidler hakkındaki 5 ikinciteşrin 1937 tarihli kanun.

7) Aile hukukunun bazı hükümlerini değiştiren ve düzelten 12 nisan 1938 tarihli kanun. Bu kanun bir çocuğun seleflerinin tayini hakkındaki dâvanın taraflarını ve şahitlerini biyolojik bir muaye-

(3) Mitzschke-Schäfer Şerhi, ikinci tabı, Berlin 1939.

(4) Stuckart-Globke, Şerhi, Berlin, 1936.

(5) Stuckart-Globke Şerhi, Berlin, 1936.

neye (erb-und rasselkundliche Untersuchung) tâbi olmaya mecbur kılmakta ve evlât edinmeden rücuu tanzim etmektedir.

8) Evlenme ve boşanmaya müteallik 6 temmuz 1938 tarihli kanun: (Grossdeutsches Ehegesetz.) (bak. s. 701).

9) Vasiyetname ve miras mukavelelerine müteallik 31 temmuz 1938 tarihli kanun. (bak. s. 706).

10) Gaıplık ve gaıbliğin ilânına müteallik 4 temmuz 1939 tarihli kanun (Verschollenheitsgesetz). (bak. s. 703).

11) Hasılat icarına müteallik 30 temmuz 1940 tarihli emirname (Reichspachtschutzordnung) (6).

12) Gemiler üzerindeki haklara müteallik 15 ikinciteşrin 1940 tarihli kanun (7).

Bu kanun gemi sicilli hakkında umumî itimat prensibini tesis, gemiler üzerinde mülkiyetin iktisabını tanzim ve nehir ve denize müteallik ipotek müessesesini, gayri menkul hukukunu model alarak, fakat boş dereceler hakkında İsviçre hukukunun sistemini (İsv. Med. K. mad. 815 - Türk Med. K. mad. 787) iktibas ederek ihdas ediyor.

13) Gayrı mütehavvil kıymetli bütün işaretlerin yerine Reichsmark'ı ikame eden gayrı mütehavvil kıymetler üzerindeki ipotekler hakkındaki 16 ikinciteşrin 1940 tarihli kanun kuvvetini haiz kararname (8) (Ordonnance-loi).

14) Müddeiumuminin hususî hukuk dâvalarına iştirakine müteallik 15 temmuz 1941 tarihli kanun. (Bak. s. 708).

Bu kanunların büyük bir kısmı emirnamelerle tamamlanmıştır. Yerimizin azlığından dolayı bunları burada zikredemeyeceğiz.

IV. Bununla beraber bu birkaç kanun reformun ancak ilk safhasını ve bir kısmını tahakkuk ettirmektedir.

Medenî hukukun külli olarak değiştirilmesi eserine başlanması işareti. Adliye müsteşarı B. Schlegelberger tarafından, Thibaut'un 1814 de müşterek yeni bir Alman medenî hukukunun ihdasını şiddetle istediği, Heidelberg Üniversitesinde 1935 de, «Abschied vom BGB» (BGB ye veda) isimli nutkunda verilmiştir. B. Schlegelberger, aynı zamanda, BGB nin yeni bir medenî hukuk tarafından değiştirilmesini Führerin tasvîp ettiğini bildirmiştir.

(6) Hopp Şerhi, Berlin, 1940.

(7) Krieger, Deutsche Justiz, 1940, s. 97 ve 209.

(8) Bakınız: Vogels, Deutsche Justiz, 1940, s. 1309.



1. Şimdi bu işlerin yapılmasında takip edilen metodu görelim.

Salâhiyet hususunda, III üncü Rayhta ekseriya müşahede edilen, bir taraftan «milletin meş'alkeş» leri olan Parti ve teşkilâtının, diğer taraftan o işle hususî olarak alâkadar olan idarî makamların aynı meselelerle meşgul oldukları, çift salâhiyet mevcuttur.

Medenî hukukun islâhı hususunda salâhiyettar olan Rayh Adliye Vekillîğidir. Fakat diğer taraftan vekil Frank tarafından riyaset edilen Alman Hukuk Akademisi (Akademie für Deutsches Recht) dahi bu iş üzerinde çalışmaktadır. Bu akademinin içinde hukuk profesörlerinden, iktisat mütehassıslarından ve sanayi mensuplarından, hâkim ve avukatlardan, nihayet vekâlet ve Parti mümessillerinden mürekkep komisyonlar teşkil edilmiştir. Adliye Vekâleti gibi, bu komisyonlar da, Reformun hazırlanmasına çalışmaktadırlar. Bu çift salâhiyet dolayısıyla hem Partinin dinamisinden, hem de vekâlete mensup eski memurların tecrübe ve salâhiyetlerinden, istifade etmek hususunda bir fayda ve menfaat mevcuttur.

Bugün Almanyada, gerek kanun projeleri üzerinde uzun parlamento müzakereleri, ve gerek çok ileri giden umumî münakaşalar bulunmaması dolayısıyla, bu teşriki mesai çok faydalı oluyor. Filhakkâ 1933 denberi kanunkoyma işleri fevkalâde basitleştirilmiştir. Yeni sistem şudur: salâhiyetli vekil, vekâleti tarafından hazırlanan projeyi takdim eder, ve Rayh kabinesi bu hususta karar verir. Yavaş yavaş yazılı projenin diğer vekâletlerden geçirilmesi usulüne tevessül olunmaktadır. Eğer muayyen bir müddet zarfında bu vekâletler bir itirazda bulunmazlarsa proje kabul edilmiş addolunuyor. Bu takdirde salâhiyetli vekil onu Devlet Reisine arzeder, ve eğer Devlet Reisi bunu imza ederse, neşredilip yürürlüğe girer. Bu sistemin büyük bir faydası bulunduğu açık olarak görülmektedir: bu suretle hiç bir engelle karşılaşmadan muazzam genişlik ve kudrette teşrii eserler meydana getirmek mümkündür; fakat diğer taraftan hazırlık işlerinin kusursuz olarak yapılması icabeder. Bu mesuliyet tamamile idrak olduğundan, büyük bir enerjile çalışılmakta, fakat aynı zamanda âkılane bir ihtiyat gösterilmektedir. Bundan dolayıdır ki mevzuumuzu teşkil eden bu büyük eser henüz bitirilmiş olmaktan uzaktır. Bunun az bir zamanda derhal yapılamıyacağı ve yavaş yavaş tamamlanması lâzımgeldiği nazarı itibara alınmıştır. Şüphesiz BGB yi yazanların yaptıkları gibi bu iş için yirmi iki sene sarfetmek de bahis mevzuu değildir. Şimdilik söylenebilecek yegâne

şey çalışmaların harbe rağmen, faal bir şekilde devam etmekte olduğudur.

İlk olarak çıkan bir ihtilâf şudur: birbirinden müstakil muhtelif kanunlar mı tanzim etmeli, yoksa yeni hukuk tek kanun sistemini mi kabul etmelidir? Neticede ikinci telâkinin kat'i olarak g alebe çaldığı görülüyor ve yeni kanunun taşıyacağı isim şimdiden bildiriliyor. Buna «Volksgesetzbuch der Deutschen (VGB.)» isminin verilmesi kabul edilmektedir. Çok umumî olan bu tabirin kanunun mahiyet ve şumulünü tam olarak ifade etmediği açık olarak görülmektedir; fakat böyle olmakla beraber bunun halk tarafından, kendisi için hiç bir zaman tatbiki mümkün olmayan Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) dan daha iyi anlaşılacağı ümit edilmektedir.

Alman Hukuk Akademisi BGB nin ihtiva ettiği 5 kitab yerine yeni kanunun sekiz kitaptan mürekkep olmasını teklif ediyor. Kanunun başında esaslı prensipleri ihtiva eden bir cetvel bulunacaktır. Bu umumî prensiplerin metni, kaldırılması istenen, BGB nin umumî kısmından tamamen başka mahiyette olacaktır. Bu hukuki akideden (credo) sonra hakiki şahıslara müteallik hükümleri ihtiva edecek olan, ve «Volksgenosse» isminin verilmesi düşünülen birinci kitap gelmektedir. II inci kitap aileyi (Die Familie); III üncü kitap mirası (Das Erbe); IV üncü kitap borçları (Die Vertrags-und Haftungsordnung); V inci kitap aynı hakları (Das Hab und Gut); VI ıncı kitap hükmi şahısları ve şirketleri (Die Vereinigungen), hâlâ oldukça ihtilâflı olan, hukuki farazilik esasına göre tanzim edecektir. Yedinci bir kitap, yeni bir mefhum olan ve şimdiye kadar hususi hukuka meçhul formüllerle ifade edilen teşebbüs hukukuna (9) (Das Unternehmen) tahsis edilecek; nihayet sekizinci kitap iş hukukunu alâkadar eden bazı umumî kaideleri ihtiva edecektir. Bununla beraber iş hukukunun en büyük kısmı yeni kanunun dışında kaldığı gibi, ticaret hukukunun kıymetli evrak ve ticari şirketler kısmile çiftçilere mahsus hukuk dahi bunun dışında kalmaktadır.

Yeni kanun, zarurî olan hukukî katiyet ve sarahat terkedilmeksizin, her vatandaşın anlayabileceği bir üslûpla yazılmağa gayret ediliyor. Şimdiye kadar yazılmış olan ve elimizde bulunan bazı maddeler ve resmen ilân edilmiş bulunan kanunlar, bu sahada, ha-

(9) Prof. Oppikofer'in şu alâka verici yazısına bakınız: Ueber den Einfluss der Unternehmensordnung auf den Fortbestand von Schuldverhältnissen, Leipziger Rechtswiss. Studien, 1937.

kiki bir terakki eseridirler. Esasen Eugène Huber, İsviçre Medeni kanunu ile, saf ve berrak bir lisanla kanun yazmanın mümkün olduğunu, bize isbat etmiş bulunmaktadır.

2. Reform hakkında teknik bakımından yaptığımız şu birkaç mülahazadan sonra, müstakbel hukukun heyeti mecmuası hakkında bir fikir edinmeğe çalışalım.

İlk olarak, bugün reforma hâkim olan umumî temayüllerden bahsedelim. Bunları, BGB ye karşı yapılan, yukarıda zikrettiğimiz, tenkitlerden çıkarabiliriz. Burada bilhassa bahis mevzuu olan çok mücerret hukukî tertip ve tanzim tarzının yerine halka yakın bir hukuk (Volksnahes Recht) yaratmaktır. Şeref, bütün diğer servetlere üstün addedildiğinden, baş mevkiî işgal edecektir. Bundan maada, bu hukuk, sübjektif hakları saymaktan ziyade, vazifeleri tanzim edecektir. Ferdî şahsiyete riayet edecek, fakat onu, herhalde Sovyet Kollektivizmi derecesinde ileriye gitmeksizin, topluluğun menfaatlerine tâbi kılacaktır. Bu, Alman milletinin, medeniyetini, şerefini ve ırkını koruyacak olan tamamile milli bir hukuk olacaktır. Binaenaleyh yabancı kanunlar kopya edilmeyecek, fakat orijinal bir nizam yaratılmaya çalışılacaktır. Bundan maada yeni hukuk bütün Alman arazisi dahilinde tatbik edilecek; eski Alman hükümetlerinin hususi hukuklarının son izlerini ortadan kaldırarak ve yerine tek ve mütecanis bir Rayh hukuku (Reichsrecht) ikame ederek merkeziyet ve birleşmeyi daha ziyade tekemmül ettirecektir.

İşte reforma hâkim olan ve yeni neşriyattan çıkarılabilecek olan fikirler kısaca bunlardır. İleri sürülen müşahhas rejimin tam olarak tasavvur edilebilmesi için bu fikirlerden büyük bir kısmının müphem görünebileceklerini itiraf ederim. Münferit bazı hukuk kaidelerini zamanın icaplarına uydurabilmek için basit bir tadilden ziyade bir reform, hattâ bir hukuk inkılâbının bahis mevzuu olduğunu nazarı itibara alarak, bu umumî prensipler üzerinde düşünmek herhalde kâfi gelir.

Filhakıka bütün reformu ilham eden yepyeni bir ruhtur. Bence en mühim ve kat'î nokta ferdin hukukî vaziyetinde ve toplulukla olan münasebetlerindeki cezri değişiklikten ibarettir: Yeni mevzuat topluluğun mutlak tefevvukunu tesis etmektedir.

Bu temayülün ehemmiyeti küçümsenemez. Esasen bu, muhtelif müellifleri, âmme hukuku ile hususî hukuk arasında yapılmakta olan eski tefrikin kaldırılması lâzım geldiği, iddiasını ileri sürmeye sevketmiştir. Bunun hâlâ, hiç olmazsa şimdilik, muhafaza edilmesi,

sadece pratik sebepler dolayısıyla, ve meselâ salâhiyetlerin tedahülünü önlemeyi kolaylaştırmak içindir. Fakat hakikatta bütün yeni hukukun böylece âmme hukuku hâline gelmesine muhalefet etmek güç olacaktır.

V. Yeni hukukun muhtelif fasıllarının muşahhas teşekkülü üzerinde, bu umumî temayüllerin tesirini belirten, bazı misaller verelim. İlk olarak BGB tarafından kabul edilmiş olan bütün prensiplerin hâlen hakikî bir tetkik ve tenkide tâbi tutulduklarına işaret edelim. Bununla beraber müellifler tarafından yapılan her teklifin kabul edilmesini beklememek lâzımdır. Hattâ Alman Hukuk Akademisi tarafından hazırlanan teklifler dahi, mukadderatı sonradan alınacak kararlara bağlı, bir öntasar (avant-projet) mahiyetindedir. Bunları şimdi sistematik olarak mütalâa ederek BGB tarafından tesis edilmiş olan bahis sırasını takip edeceğiz.

1. BGB nin umumî hükümler kısmı: Bunun kaldırılmak istendiğini evvelce tespit etmiştik. Bu kısmı teşkil eden hükümlerin, kanda esaslı olarak tatbik sahası buldukları, yerlere dağıtılması teklif edilmektedir. Böylece hukuki muameleler üzerindeki umumî hükümler, akdın in'ikadı, esaslı hatanın hükmü ve ilh... borçlar hukukunda yer alacaklardır; menkullere taallük eden hükümler aynı haklarda; şahsiyet üzerindeki haklar birinci kitabda, ve ilh... yer alacaklardır. Bununla beraber şöhret sahibi birkaç müellifin (10) yeni olarak umumî hükümler kısmının muhafazası lehinde fikirlerini beyan ettiklerini ve meselenin henüz kat'i olarak halledilmiş olduğunu ilâve edelim.

2. Borçlar hukukunda mukavelât serbestisi prensibi mazidekinden tamamen farklı bir manada anlaşılıyor. Bu prensip, mukavelelerin umumî menfaat hizmetinde makul bir müdahalenin tahakkukuna tahsis edildikleri derecede mevcudiyeti haiz olmaları fikrine tâbi kılınarak, kabul ediliyor. Tarafların serbestisi, akit yapmak ve muhtevasını (borçlanılan edimi) tayin etmek serbestisi ancak bu prensibe riayet edilmesine bağlıdır. Esasen mukavelat serbestisinin bugün dahi, geniş ölçüde, mevcut olmadığı iddia ediliyor (11). Devlet tarafından düzenlenen (diriye) iktisadî rejimlerde

(10) Bu hususta bakınız, Heck, Der allgemeine Teil des Privatrechts, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), 15; Manigk, Neubau des Privatrechts, 1938; muhalif rey hakkında: Larenz, Arch. ziv. Prax. 25 (1939), s. 29.

(11) Bakınız, Larenz, Vertrag und Unrecht, I s. 33 ve müt.

cebren kabul ettirilen mukavelelere (les contrats dictés) sık sık rastlanır. Böylece, meselâ, çiftçiler buğdayı bir Devlet teşekkülüne ve resmî makamlar tarafından tespit edilen fiyata satmağa mecburdurlar. Sonra talimat ile tayin edilmiş mukaveleler (normierte Verträge - les contrats réglementés) vardır ki bunları taraflar yapıp yapmamakta serbesttir, fakat muhtevası kanun tarafından emredici bir şekilde tanzim edilmiştir. Meselâ ekmekçi ekmek satmak mecburiyetinde değildir, fakat bu işi yapmak isterse ancak tayin edilen fiyatı istemek mecburiyetindedir. Nihayet taraflardan birinin tek taraflı olarak muhtevasını tespit ettiği akitler vardır (Typenverträge - les contrats d'adhésion) vardır. Meselâ bankalar ve sigorta şirketleri, sınaî ve ticarî müesseseler, hattâ nakliyecilik ve garajcılık teşebbüsleri dahi, karşı tarafın inkiyad etmek mecburiyetinde olduğu, umumî şartlar (allgemeine Geschäftsbedingungen) vazederler. Bu umumî şartların mecburiliği dolayısıyla müşahede edilen suiistimallerin önüne geçmek için ya mahkemelere bir tadil hakkı tanınması veya bir iktisadî Devlet teşekkülünün mukaddem tasvibinin alınması mecburiyetinin vaz'ı teklif olunuyor. Fakat bu, teferrüata müteallik, bir noktadan başka bir şey değildir. Asıl mühim olan, bunun mülhem olduğu, yeni ruhtur. Borçlar hukuku sahasında tarafların muhtariyeti prensibinin uzun zamandanberi fiilen terk edilmiş olduğu ve hakikat halde, Leipzigli Prof. Huber'in (12) tâbirile, ferdî hürriyet cephesi arkasında gizlenen içtimai ve iktisadî toplulukların, kudreti, bazı inhisar sahiplerinin kuvveti, tröst ve kartellerin iktidarının hâkim olduğu tespit ediliyor. Halbuki yeni hukuk için asrımızın iktisadî bünyesinde hasıl olan değişikliklerle çoktanberi değerini kaybetmiş olan liberalismin bu sözde hürriyetini yeniden tesis etmek bahis mevzuu olamaz; bunun tamamile aksine olarak hakikî bir hürriyet temin eden bir hukuk rejimi yaratmak lâzımdır ve bu hürriyetin ancak tesanüt hissine bağlı bir toplulukta mümkün olacağına inanılıyor. Her vatandaşın âzası bulunduğu birliğe tâbi olması sistemi, daha şimdiden, ferde ait sübjektif haklar sisteminin yerine geçmiştir. Bu umumî tesanüt fikrini izah için şu umdeden istifade ediliyor: «ferdi topluluğa karşı koyan hürriyet yerine topluluk içinde hürriyeti ikame ediyoruz» (Wir ersetzen die Freiheit von der Gemeinschaft durch die Freiheit in der Gemeinschaft).

(12) Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, Schriften der AKfDR. Nr. 7, s. 57.

Bundan maada kuvvetlerin ayrılığı prensibi de artık kabul olunmuyor, ve bu da hususî hukukla âmme hukuku arasında eskiden-beri yapılmakta olan eski tefrikin kaldırılmasına yakından temas ediyor. Bilâkis, icraî kuvvete, akdî münasebetler üzerinde, doğrudan doğruya, tesir icra ettiriliyor. Bu suretle, sert kaidelerden müteşekkil, statik hukuk yerini, icraî kuvvetin tarafların iradesine kuvvetle tesir icra ve münasebetlerini topluluğun menfaatlerine göre tanzim edebileceği, dinamik bir hukuka bırakacaktır.

Üzerinde ısrar edilen diğer bir fikir: borç münasebeti taraflar arasında karşılıklı vecibelerin menbaı olan bir sadakat bağı (Trepflicht) yaratır; taraflar bir vahdet teşkil ederler ve binaenaleyh yalnız kendi egoist menfaatlerinin tahakkukuna çalışmaktan ziyade, mukavelelerinin müşterek gayesinin tahakkukuna çalışmalıdırlar.

Diğer fikirler meyanında aşağıdaki bazı noktaları da zikredelim:

Önceden tahmin ve keşfedilemiyen, beklenmedik sebepler dolayısıyla vaziyette büyük bir değişiklik olması hâlinde, borçluya mukaveleyi fesih hakkı veren, ve fakat alacaklının kendi edimini tam olarak arttırmaması bu feshe mâni olmak hakkının mahfuz kalmasına müteallik bir hükmün, kanuna idhali hakkında bir teklif yapılmış bulunmaktadır. Eğer taraflar bu hususta anlaşamazlarsa, hâkim, serbest olarak karar verecektir. *ex aequo ac bono* (13). Böylelikle BGB nin içtihatlarına dayanan kaideleri, *Geschäftsgrundlage* nazariyesi ve *clausula rebus sic stantibus* prensibinin sarîh bir hükümle kanuna alınması kabul edilmiş oluyor.

Temyiz kudretini haiz olmıyan ve bu hâli belli olmıyan bir akıl hastasıyla yapılan mukavelenin sıhhatine müteallik, müşkülâtı davet eden, diğer bir meseleye de, bir hâl tarzı bulmak için çalışılıyor. Bu hâli istihdaf eden muvakkat bir hüküm neşredilmiştir (14).

Son olarak akitten ve haksız fiilden doğan mesuliyet hakkında, ihmâl için daha objektif bir mefhum, müstahdemlerin kusuru için daha geniş bir mesuliyet, mesul şahsın olduğu kadar mağdurun veya onun hak sahiplerinin mali vaziyetlerinin, hakkaniyet ve adalete göre, nazarı itibara alınmasını teviz eden bir sistemin (*Haftung aus Billigkeit - Hakkaniyet mesuliyeti*) kabûlü teklif olunuyor. Yeni bir fasıl bütün objektif mesuliyet hallerini (*Gefährdungshaftung*) tehlike mesuliyeti) toplamış olacaktır.

3. Şimdi aynı haklara geçelim. Burada yeni hukuk mülkiyetin

(13) Hedemann, *Das Volksgesetzbuch der Deutschen*, 1941, s. 43.

(14) Hedemann, *op. cit.* s. 49.

yepyeni bir telâkkisinden hareket edecektir. Hususî mülkiyetin, mâlikin hususî menfaati için değil, fakat topluluğun istifadesi için, tanınması ve muhafaza olunması kabul ediliyor. Mâlikin haklarını tahdid edecek olan topluluğun menfaatleridir. Kanun mâlikin haklarını saymaktan ziyade ona düşen vecibeleri tayin edecektir. Her ne kadar mümtaz Fransız hukukçusu B. Georges Ripert 1936 da neşrettiği «Le régime démocratique et le droit civil moderne» isimli kitabında demokrasinin vazife fikrini reddettiğini ve onun yerine hak ve hukuk mefhumunu ikame ettiğini yazmakta ise de (s. 131), Alman medenî hukuk reformu 1933 denberi tamamilen aksi bir prensipten hareket etmektedir: en yüksek kanun hemen hemen darbimesel hâline gelmiş olan ve pek çok zikredilen şu sözlerle ifade edilmiştir: umumî menfaat ferdin egoist menfaatine tekaddüm eder (Gemeinnutz geht vor Eigennutz). Bu prensip zannedilebileceği kadar yeni değildir. Filhakika, bu daha, II inci asrın sonlarına doğru meşhur Roma hukukçusu Paulus tarafından Sententiae (16) (karar)larında şu tâbirlerle ifade edilmiştir: *contemplatio publicae utilitatis privatorum commodis praefertur*. Fakat aradaki esaslî fark bu temayülün hâlen Almanyada bütün mevzuatın esasını teşkil etmesinde ve bunun fiilen hiç şaşmadan tahakkuk ettirilmesindedir.

Diğer bir nokta: Menkuller ve gayrimenkuller için artık bundan sonra müşterek hükümler bulunmayacaktır. BGB dünyayı bir ticaret emteası seviyesine indirmiş olmakla ittiham ediliyor (17). Binaenaleyh bilhassa gayrimenkul mülkiyetile menkul mülkiyeti mefhumları arasında çok sarîh bir tefrik yapılacaktır. Gayrimenkullere gelince, bunların statüsü topluluğun menfaatlerine daha sıkı bir şekilde bağlanacaktır. Hattâ, Derebeylik hukukuna dönülmesi mevzuubahs olmamakla beraber, Devletin bir nevi mümtaz araziye sahip olması dahi, teklif olunmuştur. 1937 denberi iki hektarı geçen gayrimenkullerin iktisabı idarî makamların önceden müsaadesine tâbi kılınmıştır. Bu müsaade arzu edilmeyen her şahsa reddolunabilir. Bu hususta son olarak irsen intikal eden çiftliklere müteallik (Erbhof) bütün zirai mülkiyetin BGB den çıkarıldığına ve Reichserbhofgesetz tarafından tanzim edilmiş olan hususî bir usule tâbi kılındığına işaret edelim (bak. s. 709).

(15) Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, Arbeitsbericht der AKfDR, Nr. 14.

(16) Sententiae II, 19, 2.

(17) Schlegelberger, Abschied vom BGB, s. 14-15.

Diğer birçok teklifler arasında mücerret muamele nazariyesinin yerine sebepli (illi) muamele nazariyesini ikame etmeğe mütevec-  
cih teklife memnuniyetle işaret edeceğim. BGB ye göre mevzuu bir  
aynı hak olan tasarrufi muameleler mücerret muamele addedilirler.  
Meselâ mülkiyetin nakli için eğer bir menkul mevzuubahis ise sa-  
dece tarafların anlaşması ve teslim, bir gayrimenkul mevzuubahis  
ise anlaşma ve tapuya tescil lâzımdır. Bu anlaşma, devredenden ik-  
tisab edene mülkiyetin intikali hususunda, tarafların rızalarına bağ-  
lıdır, ve sadece bundan ibarettir. Neticesinde mülkiyetin intikal et-  
tiği sebep (alım-satım, bağışlama vesaire) bunun bir unsurunu teş-  
kil etmez ve binaenaleyh intikal hâdîsesi sebebin sahîh olmasından  
müstakildir. İllî nazariye ise bilâkis tasarrufi muamele ile tarafla-  
rın sebep üzerinde anlaşıklarını farzeder. Herhangi bir surette se-  
bep muteber değilse veya mevcut değilse muamele arzu edilen ne-  
ticeyi doğurmaz.

BGB bilhassa nazariyatın tesirile mücerret nazariyeyi kabul et-  
miştir. Sebebin yalnız mancipatio ve in iure cessio da değil fakat ay-  
nı zamanda klasik Roma hukukunun teslim müessesesinde de tek-  
rar bulunacağı zannediliyordu. (Bugün bu mesele teslim için hemen  
hemen umumiyetle kabul edilmemektedir); bundan maada Sa-  
vigny ve Windscheid gibi büyük hukukçuların bunu bu şekilde tedris  
etmeleri ve Jhéring, Zitelmann ve von Tuhr gibi mümtaz hukukçu-  
ların BGB muharrirlerinin mücerret nazariye lehindeki kararlarını  
tasvip etmeleri de bunda âmil olmuştu. Bugün bu nazariye mefhum  
hukukçuluğunun (\*\*\*) (Begriffsjurisprudenz) köhne metotlarının ti-  
pik bir misali olmakla, akli selimle gayrikabili taksim addedilen  
münasebetlere sırf doğmatik sebeplerle sun'î bir ayrılık sokmakla,  
ve nihayet üçüncü şahıslar müktesibin hüsnüniyetine müteallik hü-  
kümlele kâfi derecede himaye edilmiş olduğundan hiç bir lüzumu  
olmamakla itham ve tenkit ediliyor.

B. Heck çok şayanı dikkat bir raporda (18) yeni Alman medenî

(\*\*) Terc. edenin notu: Kullandığım «mefhum hukukçuluğu» tâbiri  
«Begriffsjurisprudenz» in lügat bakımından tam karşılığıdır. Bu hususta  
«şekilci hukukçuluk» veya «formalist hukukçuluk» tâbirlerinin kullanıla-  
bileceği ve bu cereyanı daha iyi ifade edeceği kanaatindeyim.

(18) Ph. Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Tübingen  
1937. Keza, Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden-  
und Fahrnisrecht, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), s. 28.



hukuku için illi nazariyenin (19) kabulünü teklif etmektedir. Bununla beraber yeni bazı tereddütler hasıl olmuş ve bu hususta kat'i bir karar alınmamıştır. B. Heck'in teklifi kabul edilirse bununla herhalde en büyük ehemmiyette bir prensip değişikliğinin yapılmış olacağı muhakkaktır. Esasen yeni hukuk bu sahada Prof. Heck'in sarîh olarak atıf yaptığı İsviçre hukukunu takib etmiş olacaktır. Filhakika İsviçre hukuku illi nazariyeyi kabul etmektedir. Gayrimenkullere müteallik aynı haklar için İsviçre medeni kanunu mad. 974 (Türk M. K. mad. 932) bunu açık olarak ifade etmiştir. Menkullere müteallik aynı haklarda ise İ. Med. K. mad. 714 ve 922 (Türk M. K. mad. 687 ve 890) meseleyi sarîh olarak halletmemiştir, fakat Federal Mahkemenin, mücerret teslim nazariyesini bırakarak, hâlen, menkul mülkiyetinin intikali için dahi, haklı bir sebep aradığı malûmdur (20).

Yukarıda zikrettiğimiz menkul mülkiyetinin inancah olarak devri hakkında yapılan değişiklik üzerinde de biraz duralım. Bu nakil hükmen teslim yolu ile (constitut possessoire) yapılabilir, BGB nin 1205. maddesi yalnız, bir menkulün teslimi meşrut şekilde rehin olarak verilmesi halinde, bu imkânı kabul etmemektedir. Akademi komisyonu bu usulün men'ini ve onun yerine zilyetliği borçluya bırakan akdi bir sistemin ikamesini teklif ediyor. Buna mukabil bu rehin, üçüncü şahısların borçluya yeni bir kredi açmadan evvel vaziyeti hakkında malûmat edinebilmeleri için, resmî bir sicile kay-

(19) M.Brandt (Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 120, Leipzig 1940) ve M. Krause (Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, Arch. ziv. Prax, 25 (1939), s. 312 ve müt., bilhassa s. 320 ve 324) daha ileriye gitmekte ve mülkiyetin nakli hususunda tarafların anlaşması unsurunun dahi kaldırılmasını teklif etmektedirler. Bakınız Brandt, Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung?, Deutsche Rechtswissenschaft, 1941, s. 67: «Bugüne kadar kabul edilmekte olan uyuşma (Einigung) şekli, şayet sırf devredenin, «mülkiyeti naklediyorum» ve müktesibin «mülkiyeti kabul ediyorum» yolundaki beyanlarını havi bulunuyorsa, muhteva itibarile mücerrettir; şayet uyuşma haklı bir hukuki sebep mevcut olmadığı halde muteber sayılıyorsa, o takdirde fonksiyon bakımından mücerrettir. Bu fonksiyon bakımından mücerretlik şimdi kaldırılmak isteniyor, fakat bu suretle aynı zamanda muhteva itibarile mücerret bir uyuşma da imkânsız hâle geliyor ki bu cihet şimdiye kadar kimsenin gözüne ilişmemiş bulunuyor».

(20) Federal mahkeme kararları 34 II 812; 55 II 302; Haab, Kommentar, not 12 ve 13 ad art. 656; Wieland (Bovay tercümesi), Les droits réels dans le Code Civil Suisse, I s. 423 ve müt.

dedilecektir. Bu suretle bir menkul ipotek müessesesi ihdas edilmiş olacaktır. Aynı usul mülkiyeti muhafaza mukavelesi için de derpiş olunuyor, fakat, fazla olarak, tatbik sahasının tahdidi düşünülüyor.

4. Aile hukukuna müteallik reformun büyük bir kısmı tahakkuk etmiş bulunmaktadır. Filhakika evlilik ve boşanma hukuku 1938 tarihli Alman Evlilik Kanunu (grossdeutsches Ehegesetz) ile tanzim edilmiştir. Salâhiyetli makamların beyanatına göre bu kanunun bundan sonra değişmesi katıyen mevzuubâhs değildir. Keza evlenme ehliyeti, bilhassa 1935 tarihli Alman milletinin irsi sağlığını koruma kanununda (Ehegesundheitsgesetz) tanzim olunan mecburî sıhhî muayene hükmü ve ırkın himayesi maksadile yürürlüğe girmiş olan kanuni hükümler, Nürenberg kanunları (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre - 1935) için de aynı vaziyet mevcuttur.

1938 tarihli Evlenme ve Boşanma kanunu (21) yeni kanunlar içinde belki en ziyade inkılâpçı olanıdır. Bunun sebebi; allenin soy ve ırkın muhafazasını ve bilhassa çoğalmasını bizzat ve hususî has-salarile temin etmek mükellefiyeti tevdi edilen, milli birliğin ilk ve esaslı hücreyi telâkki edilmesidir. Binaenaleyh yalnız bu vazifeyi ifaya ehil olan birleşmeler himaye edilmeğe ve idame ettirilmeğe lâyıktır. Bundan maada bu kanun eski topraklar (Altreich) ve yeni ilhak edilmiş memleketler, bilhassa Avusturya, için, bu sahada hukuk birliğini temin etmektedir.

Evlenme hukukuna gelince; kanun bilhassa, eskiden Avusturya-da mer'î olan, dini evlenmenin yerine mecburî medenî evlenmeyi ikame etmiştir. Bundan maada kanun evlenmede sadece basit bir hususî hukuk mukavelesi mahiyeti görmemekte, onu topluluğun istifadesine hâdim, onun tarafından müeyyidelenen ve bundan dolayı topluluk hukukuna ait olan bir birlik addetmektedir (22). Bu yeni telâkki vazı kanunu, BGB de tanzim edildiği gibi nisbi butlan hal-lerinde evlenmeyi bir fesih davasile (Anfechtungsklage) bozabilmek hakkını tanımamağa ve hükmün makabline şamil olan tesirini devam ettirmemeğe sevk etmiştir. Bu sistemin yerine bir butlan davasına (Aufhebungsklage) tekabül eden ve hükümleri boşanma hükümler-

(21) Massfelder Şerhi, İkinci tabı, Berlin 1939; v. Scanzoni, Şerhi, İkinci tabı; Berlin, 1939; Volkmar-Antoni-Ficker-Rexroth—Anz Şerhi, München — Berlin 1939.

(22) Bu fikir, itirazdan vareste kalmış değildir; bakınız, Lange, Fragen des Eheschliessungsrechts, Arch. ziv. Prax. 25 (1939), s. 134.

rine teşbih edilen makabline şamil olmıyan (ex nunc) bir iptal sistemi ikame edilmiştir. Bu yeni sistem İsviçre Medeni Kanunu mad. 132 (Türk M. K. mad. 124) deki hükme yakın bir benzerlik arzemektedir.

Boşanma bahsinde kanun gerek Avusturya hukuku ve gerek Alman hukuku için, esaslı kaideler bakımından, mühim değişiklikler yapıyor. Kanun kilise hukuku ve onun evlenmenin bozulamaması prensibini ilga ediyor, Avusturya hukuku tarafından tesis edilmiş olan ve karı kocanın itiraflarına dayanan tefriki kaldırıyor, ve Avusturyada büyük müşkülâtı davet etmiş olan «Müsaadeye müstenit evlenmeler» i (\*\*\*) tanzim ediyor. Bundan maada kanun BGB tarafından kabul edilmiş olan boşanmanın ancak taraflardan birine isnat edilebilecek ağır bir kusurun mevcudiyeti halinde (akıl hastalığı için yapılmış olan istisna mahfuz kalmak üzere) kabul edileceği prensibini terk ediyor. Yeni kanuna göre bilâkis kat'i ehemmiyeti haiz olan, karı kocanın hususî menfaatleri değil, topluluğun menfaatleridir. Bundan evliliğin topluluk için hiç bir değeri olmadığı tespit edilebildiği takdirde, bilhassa, tamiri gayri kabil bir şekilde bozulmuş olan bir evlenme, taraflardan birini topluluk noktai nazarından daha faydalı bir evlenme akdetmekten menediyorsa, bu halde boşanma hakkı tanınıyor. Diğer taraftan evliliğin idamesi topluluğun menfaati iktizasından olursa boşanma reddedilmektedir. Bu telâkkinin kilise hukukundan olduğu kadar liberal hukuktan da ne kadar çok uzaklaşmış olduğu açık olarak görülmektedir.

Bu yeni telâkkiyi tahakkuk ettirebilmek için kanun, büyük bir

(\*\*\*) Terc. edenin notu: Almanya ilhak edilmezden önceki Avusturya Hukukunda katoliklerin evlenmeleri, boşanmayı hiç bir suretle teviz etmiyen ve ancak ayrılık imkânı bahşeden, Kilise Hukuku hükümlerine tâbi idi. Ayrılıkla evlilik münasebeti fillen ortadan kalkmaktadır, fakat evlilik bağının çözümlmesine imkân yoktur. Haklarında ayrılık kararı verilen katoliklerin sonraları başkalarile evlenebilmelerine müsaade edilmiştir. İşte bu şekilde yapılan evlenmelere «Dispens-Ehe-mariages sur dispense» denmektedir. Hukukumuz için yeni olan bu mefhum hakkında «müsaadeye müstenit evlenmeler» tabirini kullanıyorum.

Birinci evlenme boşanmanın imkânsızlığı dolayısıyla nihayete ermediğinden ikinci evlenme ile hasıl olan vaziyet hukuk nazariyatında münakaşayı mucip olmaktadır. Bir kısım müelliflere göre ikinci evlenme muteberdir, birincisi bununla infisah etmektedir; diğer bazılarına göre ikinci evlenme butlanla malûldür, zira burada çift evlilik hâli vardır; nihayet son bir kısım müelliflere göre de her iki evlenme hüküm ifade eder ve burada muteber bir çift evlilik mevcuttur.

kısmı BGB de bulunmayan boşanma sebepleri ihtiva ediyor. Taraf-lardan birine isnadı kabil bir kusuru tazammun eden boşanma se-bepleri, bundan böyle, zina, çocuk yapmayı veya gebe kalmayı red-detmek, ve diğer kusurlu hareketlerle evlilik içinde sebebiyet ve-rilen geçimsizliktir. Kusura mütevakkıf olmıyan sebepler için ise, kanun, akıl hastalığı, ruhi teşevvüslere, isteri gibi, isnat edilebilecek hareket tarzı, sâri veya nefret verici hastalıklar, erkeğin veya ka-dının kısırlığı, ve nihayet karı kocanın tamiri gayrı kabil olan ay-rılıklarıdır. Bu en son sebebe istinat ederek boşanmayı talep eden taraf, daha şimdiden meşhur olan 55 inci maddede derpiş edilen şartlara göre, ayrılıktan kendisi mes'ul olsa dahi, boşanmaya hak kazanmaktadır. Bu madde muayyen bir nisbet dahilinde kusursuz olan eşin menfaatlerini nazarı itibara almaktadır, fakat mülhem ol-duğu prensibe göre, kusurlu eşi hareket tarzı dolayısıyla cezalandır-mak sebeble, onu bağlamak mevzuubahs olamaz; düzeltilmesi gay-rı kabil bir şekilde bozulmuş olan bir evlilik, bilhassa eşlerden bi-rinin tekrar evlenerek bu ikinci birleşmeden çocukları olmak imkân-ı varsa, idame ettirilmemelidir. Birçok hususlarda dikkate şayan olan bütün bu yeni sistemin, burada, maalesef tafsilâtına giremiye-ceğiz. Yalnız ne karşılıklı rızaya müstenit boşanmaya ve ne de, ya-pılmış olan bir teklifte dermeyan olunduğu gibi, müddeiumumînin talebile ve hattâ eşlerin rızası hilâfına boşanmaya müsaade edile-cek derecede ileriye gidilmiştir.

Kanun keza boşanmanın bazı neticelerine dair alâka verici ve orijinal kaideler vazetmektedir, fakat bunları burada nakil ve izah etmek çok uzun olacaktır.

BGB nin umumî hükümler kısmında yer alan hakiki şahıslar hukuku çok muhtemel olarak yeni kanunun 1 inci kitabında tanzim olunacaktır. Burada da reform muayyen bir ölçüde yapılmış bulun-maktadır. Böylece gaiplere ve onların mefruz ölümlerinin ilânına müteallik hükümler, 1939 tarihli bir kanunda (23), daha şimdiden, yeni bir tanzim tarzı bulmuşlardır.

Bu kanun BGB de tanzim edilen ve 1938 evlilik kanunu (24) ile

(23) Hesse-Kramer Şerhi, Berlin 1939.

(24) Ölümün ilânının evlenme üzerinde, bu kanunlara göre, haiz ol-duğu hükme işaret edelim: bu ilân ancak bir karine kıymetinde olduğun-dan, evlenmeyi ortadan kaldırmaz. (Ölümü ilân edilen kimse, eşi tekrar evlenmeden dönerse, ölüm karinesi düşer ve mevcut evlenme devam eder.) Fakat gaibin eşi karineden istifade edebilir ve binaenaleyh yeniden ev-

tadil edilen gaiplik dolayısıyla ölümün ilânına müteallik hükümleri değiştirmemiştir. Bununla beraber yeni kanun ölümün ilânına karar verilebilmesi şartlarını yeniden tanzim etmekte, ve usule müteallik hükümler ilâve etmektedir. Bugün hazin bir hakikat olan harb esnasında bir muharibin gaipliği hâlleri (Kriegsverschollenheit) için sulhün akdedildiği veya harbin fillen nihayet bulduğu günden itibaren bir senelik bir müddet tayin edilmiştir. Bu kaide uzun müddetli bir harp mevzuubahs olduğu takdirde ölüm hâlinin ilânını pek çok uzatmaktadır, fakat harp esnasında araştırma imkânları mahdud olduğundan bunun mahzurlarını olduğu gibi kabul etmek icap ediyordu. Kaybolmuş muhariplerin ve harp esirlerinin taharrisinde milletlerarası Kızılhaçın yapmakta olduğu kıymetli hizmetler bu eksiklikleri tamamile telâfi edemezdi. Diğer taraftan harpten dönen muhariplerin ölüm halinin ihdas ettiği gayri müsait ve hemen hemen zillet verici vaziyete düşmelerine meydan vermemek icap ediyordu. Yine bu sebepten dolayıdır ki kanun, ayrıca, hava ve deniz seyahatleri esnasında kaybolma hallerinde tayin edilmiş olan daha kısa müddetlerin tatbikinden muharipleri istisna etmiştir; bununla deniz ve hava ordularına mensup askerlerin kara ordusundaki arkadaşlarından daha evvel bir ölüm halinin ilânına mevzu teşkil etmelerine mâni olunmak istenmiştir. Bir muharip ölümüne büyük bir ihtimal dahilinde bakılacak bir hal ve vaziyette kaybolmuşsa, bir tayyarecinin makinesile beraber alevler içinde düşman hatlarına düşmesi gibi, müddet kaybolma ânından itibaren cereyan eder.

Hakiki şahıslara taallük eden diğer bir nokta şudur: 18 yaşını

lenmek hakkını haizdir. Yeni evlenmenin akdile ilk evlenme kendiliğinden infisah eder, meğer ki yeni evlilerden biri veya diğeri bu esnada gaip olan ve ölümü ilân edilen eşin yaşamakta olduğunu bilmiş olalar. Esasen Evlilik Kanunu (Ehegesetz), evlenmenin akdi esnasında gaip olan eşin henüz yaşamakta olduğunu bilmiyerek, tekrar evlenen eşe (ve yalnız ona, BGB, madde 1350 deki hükmün aksine olarak, evlendiği yeni eşe değil) ikinci evlenmenin iptalini istemek hakkını veriyor. Neticede tekrar evlenen kimse birinci ve ikinci eşi arasında bir seçim hakkına malik bulunmaktadır. Birincisini seçerse ikinci evlenmenin iptalini istiyecektir. Bu iptal, BGB mad. 1350 nin aksine olarak, Evlilik Kanununun 44 üncü maddesine göre, makabline şâmil değildir. Binaenaleyh böyle bir vaziyette birinci evlenme, kendiliğinden yeniden teessüs etmez, fakat Evlilik Kanununun 44 üncü maddesine göre iptali istiyen, kimse, her ne kadar evlenmemiş ise de, tekrar meydana çıkan kocası hayatta olduğu müddetçe ancak onunla evlenebilir.

geçmiş olan küçüklere emeklerinin ücreti üzerinde, muayyen hudutlar dahilinde, serbestçe tasarruf etmek hakkının verilmesi teklif olunuyor.

Muhtemel olarak tadile tâbi kılınacak bahisler arasında, uzun zamandanberi ve haklı olarak değiştirilmesi istenen, gayri sahih nesebi zikretmek lâzımdır. Gayri sahih nesebli çocuğun vaziyetinin düzeltilmesi, ve onun kabahatsiz bulunduğu, zillet verici bir lekedden kurtarılması teklif olunuyor. Sırası gelmişken işaret edelim ki, irsi vasıflar ve ırkın ayırıcı alâmetleri üzerine müstenit yeni muayene usulleri daha şimdiden tatbik edilmekte ve hiç bir kimse bir babalık davası esnasında buna tâbi kılınmayı reddedememektedir.

Sahih nesebe gelince; bundan sonra babaya, daha doğrusu ananın kocasına çocuğun nesebini reddedip etmemeğe karar vermek hakkı bırakılmamaktadır. Daha 12 nisan 1938 tarihli kanun mucibince bir çocuğun hakiki aslının tayini, âmme menfaati iktizasından ise, müddeiumumî resen dava açabilmektedir.

Hısımlar arasındaki nafaka mükellefiyetine gelince; bugünkü hissiyata daha uygun olan İsviçre hukukunun (İsv. M. K. mad. 328 - Türk M. K. mad. 315) takip edilmesi muhtemeldir; BGB erkek ve kız kardeşler arasında hiç bir yardım vecibesi tanımamaktadır.

Karı koca mallarının idaresi usulünün mühim surette sadeleştirileceği anlaşılıyor. BGB bu hususta iki yüz madde ihtiva etmekte, çok fazla karışık en az beş usul tanımakta, ve ayrıca, kanundaki usullerden birinin umumî çevresine dahil olmak şartıyla, karı kocaya kendilerine mahsus bir usul ittihaz etmek hakkını vermektedir. Bu fazla serbestinin idame ettirilmemesi muhtemeldir. Daha ziyade, sâylerle hayatlarını kazanan orta sınıf nazarı itibara alınarak, kanunî bir usulün tesisine çalışılıyor.

Nihayet Alman Hukuk Akademisinin tekliflerine göre, evli kadının hukukî vaziyeti düzeltilmektedir; kadın icabında ev idaresi ve anneliğe müteallik vazifeleri müsaade ettiği nisbette, geçim masraflarına iştirak için, kocanın işi dışında dahi istifadeli bir işte çalışabilecektir. Buna benzer bir hükme boşanmış kadının vaziyetinde tesadüf ediyoruz. 1938 tarihli boşanmaya müteallik kanuna göre boşanmış, fakat kabahatli olduğuna hükmedilmemiş olan kadının ücret mukabilinde çalışmağa mecbur olup olmadığına, hâl ve vaziyet nazarı itibara alınarak karar verilecektir. Herhalde Nasyonal - Sosyalist telâkki daha ziyade bunu kabule temayül etmektedir. Bu nevî bir çalışmanın muvafık olup olmadığı meselesi, eskisine naza-

ran, daha az meşgul olunmaktadır; daha ziyade her sâyin çalışana şeref verdiği, ve kadın olsun, erkek olsun, muktedir olan herkesin, çalışmak mecburiyetinde olduğuna işaret edilmektedir. Umumiyetle boşanmış genç bir kadının, faydalı hiç bir şey yapmadan, boşandığı kocasının hesabına, rahat olarak, yaşaması kabul edilmemektedir. Fakat kadının yaşı, sıhhi vaziyeti, iktidarı, ve bilhassa meşgul olacağı çocukların bulunup bulunmaması nazarı itibara alınmaktadır.

5. Yeni hukukun teessüsünde hâkim olan yeni temayüller ve bunlardan doğan hükümler hakkındaki bu muhtasar tetkiki bitirmek için son olarak miras hukukuna geçelim:

Oldukça münakaşa edilen bir mesele tasarruf serbestisidir (Testierfreiheit). BGB ferdi ölümünden sonrasına müteallik iradesine riayet etmekte ve müteveffaya bütün malları üzerinde, ahlâk ve âdaba aykırı olmamak kayıt ve şartile, tam bir serbesti tanımaktadır. Müverris, eşi, çocukları veya ana ve babaları hayatta olsalar bile, bütün servetini akrabasından olmıyan birisine bırakabilir. Bununla beraber bu şahıslar, bazı şartlar altında, kanunî hisselerinin yarısına müsavi, kanunî bir hakka, mahfuz hisseye (Pflichtteil) maliktirler.

BGB nin miras bırakana tanıdığı bu hemen hemen gayri mahdud serbesti bu kanuna hâkim olan liberal ruha tamamen tevafuk etmektedir. Bu serbestiyi Roma hukukunda da buluyoruz; eski Cermen hukuku ise bilâkis aile ve hısımlık (Sippe) fikrinden hareket ederek bu serbestiyi tanımamakta, ve «solus deus heredem facere potest, non homo — yalnız Allah mirasçıyı tayin edebilir, fert değil», «Das Erbe geht durch das Blut — Miras kanla geçer» prensibine istinat etmektedir. Binaenaleyh ölüme bağlı tasarruf serbestisinin kaldırılmasının ekseriya istenmiş olmasında hayreti mucip bir şey yoktur. Bu temayüllerin galebe çalmış olmaması dikkate şayanıdır. Bilâkis gerek Alman Hukuk Akademisi, gerek kanunkoyucu bu yolu takip etmemişler, ve ölüme bağlı tasarruf serbestisi lehinde açık olarak fikirlerini beyan etmişlerdir. Bu mesele kat'i olarak vasiyetname ve miras mukavelelerine müteallik 1938 tarihli kanunda (25) halledilmiştir. Bu kanun vasiyet serbestisini tanımakta, fakat mukaddemesinde vazifelerini müdrik olan müverrisin, mallarını ter-

(25) Vogels Şerhi, Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, 2. Aufl., Berlin-München, 1939.

cihen ailesine ve akrabalarına bırakarak, miras hukukunun gayesine riayet edeceğini tasrih etmektedir. Böylelikle topluluğun menfaatleri himaye edilmiş olmakta ve esasen bu prensiplere ağır bir riayetsizlik kanununun 48 inci maddesine göre ölüme bağlı tasarrufların butlanını mucip olmaktadır. Bundan maada zirai çiftlikler üzerinde serbest tasarruf salâhiyetinin kabul edilmediği ve bunların ölüm yolu ile intikallerinin «Reichserbhofgesetz — Çiftliklerin irsen intikali kanunu» ile hususi bir usule tâbi kılınmış olduğuna işaret edelim.

Ölüme bağlı tasarruflarda şekle müteallik şartların, geniş miktarda hafifletilerek, vasiyet hürriyetinin daha 1938 kanunu ile tanzim edilmiş olmasına mukabil, miras hukukuna bağlı diğer meseleler hakkında aynı şekilde bir neticeye varılamamıştır. İnzari çalışmalar birçok meseleler arasında bilhassa kanuni mirasçılarının tayinine taallük etmektedir. BGB en uzak hısımlara dahi miras hakkı tanımaktadır. Bu usulün devam ettirilmeyeceği muhakkaktır, ve istikbalde en son mirasçılar, İsviçre hukukunda olduğu gibi, büyük babalar ve büyük analar ile onların furuğu olacaktır. Kanuni mirasçılarının bulunmaması halinde miras Devlete intikal edecektir.

Ayrıca topluluğa karşı vazifelerini yapmamakla tavsif edilen bekârlar aleyhine hususi bir usul teklif olunmuştur. Alman Hukuk Akademisi, bugüne kadar, bu teklifin aleyhinde olarak fikrini izhar etmiş ve muktezasınca hareketi hazineye bırakmayı kabul etmiştir.

Gayri sahih nesebli çocuğa gelince; BGB ye göre onun babasından hiç bir miras hakkı yoktur. BGB, burada, çocukla sulbünden dünyaya geldiği erkek arasındaki hısımlığı bilmemezlikten gelerek teessüfe şayan bir faraziyeden hareket etmiştir. Yeni hukuk ise gayri sahih nesebli çocukları her ne kadar sahih nesebli çocuklarla müsavî tutmamakta ise de, onların kan hısımlığını nazarı itibara almaktadır. Bu rejimin şekil ve teferruatı henüz tesbit edilmiş değildir.

Hâlâ münakaşa edilen son bir nokta da müteveffanın borçlarından dolayı mirasçılarının mesuliyeti (26) meselesidir. BGB de bu hususta çok karışık bir sistem mevcuttur. Akademi komisyonunda bu mevzuda iki proje hazırlanmıştır: biri BGB deki usulü yakından takip etmekte, diğeri ise mahdud mesuliyet prensibinden hareket etmekte ve en büyük ehemmiyeti defter tutma talebine tanımaktadır.

(26) Bakınız, 3 Denkschriften des Erbrechtausschusses der AKfDR: Süber, Haftung für Nachlassschulden nach geltendem und künftigem Recht (Schriften der AKfDR.), Berlin 1937.



VI. Reform çalışmalarına hâkim olan temayüllerin tesirleri hakkında bir fikir edinebilmek için BGB nin muhtelif kısımlarını kısa olarak gözden geçirdik. Şimdiye kadar zikrettiğimiz «de lege ferenda» tekliflerine bakarak daha ziyade metodik mahiyette ve esasen uzun zamandanberi tenkit edilmekte olan teferruata ait bazı kaidelerin yenileştirilmesini istihfaf eden haricî bir tadilin bahis mevzuu olduğu neticesine varılmak istenebilir. Fakat hiç bir şey bunun kadar yanlış olamaz: unutmıyalım ki bütün reform yeni bir ruhun, ilk anlarda zannedilebileceğinden çok daha inkılâpçı olarak kendini gösteren bir ruhun, tezahürü olarak devam etmektedir.

Bu yeni ruhun daha şimdiden bugünkü hukuk üzerinde tesir icra ettiğine işaret etmemiz lâzımdır. Filhakika içtihatlar BGB yi, metni müsaade ettiği derecede, bu yeni ruha göre tefsir etmekle mükelleftirler, ve Alman mahkemelerinin yeni kararları tetkik edilirse, bu kolayca müşahede edilebilir.

VII. BGB nin çevresinin dışında olmakla beraber, iki yeni kanundan daha bahsetmek muvafık olur: bunlar, hususî hukuk dâvalarına müddeiumuminin iştirakine ait 1941 tarihli kanunla, çiftliklerin ölüm yolu ile intikaline müteallik 1933 tarihli kanundur.

1. 1941 tarihli kanuna göre (27) müddeiumumi her hususî hukuk davasına müdahale edebilir; ayrıca Rayh baş müddeiumumisi (Oberreichsanwalt) kat'i olarak hükme bağlanmış olan her hususî hukuk dâvasının, hükmün kaziyei muhkeme teşkil ettiği günden itibaren bir sene içinde, yeniden gözden geçirilmesini isteyebilir.

Müddeiumumî bir hususî hukuk dâvasına müdahale edip etmemek hususunda serbest olarak karar verir. Müdahaleye karar verirse celselerde hazır bulunabilir, talep ve iddia serdedebilir, bazı hâdise ve vasıtaları delil olarak ileri sürebilir, ve bilhassa kendi noktai nazarını arzedeabilir; ve bütün bunları tarafların muhalefetine rağmen yapabilir. Şüphesiz hâkim müddeiumuminin bütün bu muamelelerini nazarı itibara almak mecburiyetindedir. Bu suretle her dâvada topluluğun menfaatlerini müdafaa etmek imkânı elde edilmektedir. Müddeiumumî âmirleri tarafından kendisine verilen talimatı yerine getirmek mecburiyetinde olan bir Devlet memuru ol-

(27) Bakınız; Freisler, Dt. Justiz, 1941, s. 1043; Jonas, eod. s. 871; Staud, eod. s. 785; Volkmar, ZAKfDR. 1941, 238. Keza bakınız, Guy Hoffet, L'intervention du ministère public dans la procédure civile en droit suisse et en droit français; Thèse jur. Zürich 1931.

duğuna göre bu suretle hükümet her hukuk dâvasına müdahale edebilmektedir. Burada hukuk muhakemeleri usulüne taallük eden mühim bir yenilik yapılmıştır. Hukuk muhakemeleri usulünde müzakere prensibine (Verhandlungsmaxime) göre taraflar dâvanın yegâne hâkimidirler; mahkeme ancak taraflarca dermeyan edilen vakıalara göre karar verir, ve bunların hakikiliğini resen araştırmak hususunda ne bir hakkı, ne de bir vazifesi vardır. Yeni kanun, Freisler'in ifadesile, adaletin bu eski gaflet perdesini (gözbağını) düşürmekte ve yolu dinamik bir kazaya açmaktadır.

1941 kanunundaki ikinci yenilik de daha az ehemmiyetli değildir. Yukarıda söylediğimiz gibi kanun başmüddeiumumîye hükmün kazıyei muhkeme teşkil ettiği günden itibaren bir sene içinde her hususî hukuk dâvasının yeniden gözden geçirilmesini istemek salâhiyetini vermektedir. Başmüddeiumumî, hükmün istinat ettiği esaslar hakkında ciddi şüpheleri varsa ve ayrıca hükmün topluluk için haiz olduğu ehemmiyet bakımından, temyiz etmek için haklı sebepler mevcut olduğunu zannediyorsa, böyle bir talepte bulunabilir. Müdahaleye mahal olup olmadığı hakkında başmüddeiumumî bizzat serbest olarak karar verir.

Başmüddeiumumî talebini, Alman İmparatorluk mahkemesinin (Reichsgericht) umumî heyetinin yerine kaim olmak üzere, hususî hukuk işleri için ihdas edilen, Alman İmparatorluk Mahkemesinin Büyük Senasına tevcih edecektir. Sena toplanır, ve hafi olarak ve taraflar hazır bulunmadıkları halde müzakere eder. Eğer neticede sena başmüddeiumumînin talebini kabul ederse hükmü nakzeder ve dâvayı hükmü vermiş olan mahkemeye veya aynı derecede diğer bir mahkemeye veyahut İmparatorluk mahkemesinin (Reichsgericht) senalarından birine gönderir. Büyük sena aynı zamanda mesele hakkındaki hukukî kanaatını da izhar edebilir, ve bu takdirde dâvanın gönderildiği mahkeme bu kanaata uymağa mecburdur. Yeni dâva hukuk muhakemeleri usulü kanununda derpiş olunan umumî kaidelere göre cereyan eder, ve taraflar davadaki mevkilerini yeniden alırlar.

Bu değişiklik kazıyei muhkeme prensibinin terkinî tazammun etmektedir. Bu prensipten vazgeçilmesinin sebebi topluluğun menfaatlerinin tefevvukunu temin etmektir. Hukuk muhakemeleri usulünün hemen hemen mukaddes olan eski prensiplerinde kabul edilen bu iki yeni değişikliğe kısaca işaret etmemizin sebebi budur.

2. Çiftlik (köy) arazisinin ölüm yolu ile intikaline ait 1933 ta-

rihli kanuna (Reichserbhofgesetz) (28, 29) gelince; bu ehemmiyeti ve yeni hükümlerinin orijinalligi sebeble, burada yapılması bahis mevzuu olamayacak, derinleştirilmiş, bir tetkik ve tettebue mevzu teşkil edecek bir kıymeti haizdir. Bu kanun köylünün himavesini temin etmekte, ve ona, topluluk içinde haiz olduğu nüfuz ve ehemmiyeti dolayısıyla, imtiyazlı bir mevki tanımaktadır. Hâkim olan telâkkiye göre; bütün milletin besleyicisi odur, millete en iyi ve en fazla evlât yetiştiren gene odur; o, millet kanının canlı bir menbaıdır (der Blutquell der Nation).

Kanun köylüyü bütün borçlanmalara ve miras yolu ile arazisini, parçalanmasına karşı himaye etmektedir. Kanunun başlangıç kısmında ifadesini bulan prensipleri zikretmekle iktifa edeceğiz. Bunun metni şudur:

«Rayh hükümeti Alman milletinin kan menbaı olan köylülerin vaziyetini, mirasa müteallik eski Cermen âdetlerini yeniden canlandırarak, himaye ve muhafaza etmek gayesindedir. Çiftlik (köy) arazisi, borçlanmaya ve miras yolu ile parçalanmaya karşı, hür köylülerin elinde daimî kalacak şekilde, kendilerine has bir miras olarak (Sippe), himaye edilecektir.

Küçük ve orta, yaşama kabiliyetini hâiz büyük bir miktarda çiftlik mülkiyetinin, mümkün olduğu kadar müsavi derecede, bütün memlekete dağılmış olarak mevcut olmasının, milletin sıhhatı ve Devletin selâmeti bakımından, en iyi bir teminat teşkil etmesi dolayısıyla, çiftçi topraklarının sağlam bir şekilde tevziine çalışılacaktır.

Bu maksatlarla Rayh hükümeti aşağıdaki prensipleri taşıyan bu kanunu neşretmektedir:

Bir aileyi besliyecek kadar büyük olan ve diğer taraftan 125 hektarı geçmiyen zirai ve ormanlık toprakların mülkiyeti, köylü (çiftçi) olmıya muktedir ve lâıyk olan bir kimseye aitse, irsen intikal eden bir çiftlik (köy) arazisi (Erbhof) teşkil eder.

(28) Vogels Şerhi, 4. tabı, Berlin 1937, ve tam bir bibliyografiler 1940 ilâvesi; Doelle, Lehrbuch des Reichserbhofrechts, Berlin 1935.

(29) Bu makalenin yazılması henüz bitmişti ki Federal Mahkeme Grefyesi B. E. Thilo'nun lütufkâr delâletile neşredilmiş fransızca iki eserden haberdar olduk: R. Harmening, La législation relative aux domaines paysans héréditaires, ve O. Klässel, Le droit agricole de l'Allemagne, parues dans le Bulletin international de Droit Agricole (Rome), IIe année (1941), p. I et 203.

İrsen intikal eden bir çiftlik arazisinin maliki köylü (çiftçi) ismini taşır.

Yalnız Alman kanından veya kan akrabasından olan, (stammesgleichen Blutes) ve namuslu oldukları tasdik edilen Alman vatandaşları köylü olabilirler.

İrsen intikal eden çiftlikler, parçalanmadan, birinci kanunî mirasçıya (Anerben) geçer.

Diğer mirasçıların hakları ölmüş olan köylünün geriye kalan mallarına münhasırdır. Baş mirasçı sıfatını haiz olmıyan füruğ bir sanat ve meslek tahsili ve çiftliğin varidatına tekabül eden bir hissenin tahsisi hakkını haizdirler; bunlar eğer kendi kusurları olmadan zarurete düşecek olurlarsa irsen intikal eden çiftliğe sığınabilirler.

Birinci kanunî mirasçının çiftliğin tam olarak kendisine intikaline müteallik hakkı ölüme bağli bir tasarrufla ne bertaraf ne de tahdid edilebilir.

İrsen intikal eden çiftlikler esas itibarile devir ve ferağ edilemezler ve borç için karşılık olarak gösterilemezler.

İşte BGB nin gayri menkul hukukuna ve miras hukukuna ait hüküm'lerinin tatbikine nihayet veren bu kanunun takip ettiği gayeler bunlardan ibarettir.

Bu mütevazi tetkikimizle, ilk olarak bu meseleleri yakından takib etmemiş olan İsviçreli hukukçulara, Alman Medeni Hukukundaki reformu kısa olarak beyan ve izah etmekten başka bir şey yapmıyoruz. Kendimizi her nevi öğülmeden olduğu kadar her nevi tenkitten de kat'i olarak muaf tutuyoruz. Takib ettiğimiz yegâne gaye, Ren nehrinin ötesindeki bu muasır teşri eserinin inkişafı hakkında tamamiyle objektif bir fikir vermektir. Bu yazının, bu meselelerle alâkadâr olanlara, tetkiklerinde rehberlik edebileceğini ümit ediyoruz.

Terc. eden: Medeni Hukuk Asistanı

Zahit İmre

Otto Riese