

Doğmatik ve sosyolojik bakımdan hususî hukukta iltihakî akidler meselesi

Hâmide UZBARK

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Asistanı

I

MESELENİN VAZ'I

- § 1 — Sosyal hayat ve hukukî mefhumlar. § 2 —
İktisadî münasebetlerdeki giriftleşmenin neticeleri.
§ 3 — İltihakî akid nedir? § 4 — İltihakî mukave-
le ve kollektif mukavele.

§ 1 — *Sosyal hayat ve hukukî mefhumlar:*

Doktrinde pek münakaşalı olan ve içtihatlarda da müstakar bir manzara arzetmeyen iltihakî akidler meselesine girmeden evvel, hakikatte böyle bir meselenin ne suretle ve ne münasebetle zuhur etmiş olduğunu ve bunun «hukukilik» derecesini belirtmemiz gerektiğine kaniiz.

Acaba hakikaten mevcut hukukî mefhumlarla, daha doğrusu akid hakkındaki klâsik görüşümüzle izahı kabil olmayan, tamamen yepyeni hususiyetler arzeden bir hukukî durum karşısında mıyız, yoksa müşahede ettiğimiz yenilikler hukukî olmaktan ziyade, iktisadî mahiyet arzeden bir vakıanın önüne geçilmez neticeleri midir? Ve nihayet, iktisadî vakıalarla, hukukî kalıplar arasındaki münasebetler, mevzuumuzu teşkil eden akid tipleri sahasında yeni bir hukukî kategorinin ihdasını veya tanınmasını istilzam edecek kadar gergin midirler? Yoksa, mevcut hukuk anlayışımız ve hukukî kavramlarımızla bu yeni durumlar da pekâlâ izah ve idare edilebilirler mi?

Yeni bir akid tipinin doktrin tarafından kabulü, içtihadlar tarafından tanınması, neticede kanun koyucunun da harekete geçmesini intaç edecek, ve yeni hukukî durumların doğumuna şahid olu-

nacaktır. Doktrin, sade içtihadların neticeleriyle iktifa edecek değildir Sosyal hayatın yeni icaplarını lâıkiyle müşahede etmek, yeni hukukî kategorilerin bulunması lüzumunu sezme, bu yeni kavramları yaratmak ve adlandırmak evvelâ ona düşmektedir. Daha doğrusu sosyal vakıaların hukuk sahasındaki akislerini tesbit etmek her şeyden evvel doktrine düşer. Bu itibarla «iltihakî akidler» mes'elesinin ortaya çıkmasına âmil olan sosyal ve ekonomik olayların, hukukçular tarafından lâıkiyle tetkik edilip edilemediğini incelemek lâzımdır. Bundan başka bu yeni hukukî münasebetlerde rastlanan hususiyetleri de objektif bir gözle tesbit etmelidir. Hattâ hakikatta bu gibi tezahürlerin ciddi bir «hususiyet» hali arz edip etmediğini de araştırmalıdır. Aksi takdirde, başka hukukî kategorilerde de mevcut bulunan bir takım vasıfları «hususiyet» telâkki etmek ve beyhude yere yeni hukukî mefhumlar icadına kalkışmak hatasına düşülür. Bu itibarla tetkikimize --tâbir caizse-- *hukuk dışı* olaylardan başlayıp *hukuk içi* mefhumlara doğru giden centripète bir istikamet vermek arzusundayız.

§ 2 - İktisadî münasebetlerin giriftleşmesinin neticeleri:

«Modern cemiyetlerin ekonomisinde en fazla tebarüz eden iki hâdise; teşebbüslerin temerküzü ile, bunun neticesi olan beynelmilel münasebetlerin inkişafıdır. Böylece iktisadî münasebetlerin ve dolayısıyla bu münasebetleri tahakkuk ettirmeğe matûf olan mukavelelerin miktarı ve nüshaları pek çoğalmıştır. Zira bunların bir çoğu aynı ihtiyaca cevap olduğundan aynı bir tipe irca edilebilmişlerdir. Diğer taraftan, sanayi müteşebbisinin, tacirin her gün binlerce ferdle mukavele yapması gerekmekte ve fakat bu fertlerin her biriyle ayrıca münasebete girişebilmek imkânından mahrûm bulunmakta olduklarından, bunlar münferit fertlere teklif edecekleri mukaveleleri evvelden tanzim ve tabettirmekte karar kılmışlardı. Mukavele hükümlerini büyük miktarda iktisadî münasebetlere ve bu münasebetlerden doğacak anlaşmalara kifayet edebilecek şekilde evvelden tesbit etmek muhakkak ki: bir sadeleştirmedir. Söz ve yazının nakli hususlarına modern ilmin bahşettiği kolaylıklara rağmen, uzak mesafelerden yapılacak veya kitadan kitaya akdedilecek olan mukavelelerden her birinin ancak uzun ve ihzarî münakaşalar sonunda akdedilebilmesi son haddinde bir güçlük olurdu.

Mukavelenin bu suretle sadeleştirilmesi yalnız bir bakımdan zarurî değildir, modern hayatın gidişinde mütemediyen artan sürat-

lenişi müşahede etmek her bakımdan elzemdir. Herkes, yirmi dört saatlik hayatı içinde sayısız mukaveleler akdetmektedir; bir büyük şehirde vapura binmek, bir gazete almak, bir lokantaya girmek veya bir tiyatroya gitmek, bir o kadar mukavele yapmak demektir ki, bu mukaveleler pek süratle akdedilmişlerdir ve eğer modern tekniğin mütemmim yardımı olmasa idi bunların akdedilmelerine imkân yoktu... Böylece modern hayatın iş bölümü dolayısıyla icabettirdiği mukavelelerin çoğalması hali, bizzarûre, hem akidlerin adedi hem de âkitlerin uzak mesafelerde bulunması yüzünden tarafları mukavele tekniğinin bir tadiline sevketmektedir. Bu tadilin başlıca karakteristik vasfı mukavelenin daha evvelden tanzim ve tab'ıdır ki, neticede bu bu hal akdin gerek teşkiline gerek ifasına mütedair olsun, bütün mukavele tekniği üzerine tesir yapar (1). Aynı sosyal meseleyi inceleyen Alman hukukçusu *Hedemann* da durumu şöyle tasvir ediyor: «İktisat hukuku, gelişi güzel bir icat veya her hangi bir âlimin keyfi bir fikri olmayıp belki tarihî tekâmülün zarurî bir neticesidir. İnsanların birlikte yaşama şartlarının teknikleşme ve sanayileşme yüzünden tamamen değiştirilmesi, iktisat alanında çalışan insanın devasa fabrikalarda ve büyük şehirlerde tekâsüfû, insanın fikrî bünyesinin gazetelerin milyonluk orduları ve radyonun endişe uyandıran kuvveti ile tamamen değiştirilmesi... elhasıl iktisadî hayata şâmil olan müthiş bir dinamik... İşte tādât ettiğimiz bütün bu hususlarda artık, «medenî hukuk» hattâ 19 uncu asrın durgun «ticaret hukuku» cari olamaz. Bu suretle yeni bir hukuk tabakasını teşkil eden «iktisat hukukunun» meydana gelmesi zarurîdir. Onun ilk şekilleri 19 uncu asır başlangıcında meydana gelmiştir. Bu zamanda *umumî şartnameler* ortaya çıkmıştır ki, bunlar tediye günleri, feshi ihbar, ayıpların bildirilmesi gibi birçok hususların yalnız bir tek münferit mukavele için değil, belki düzinelerce, yüzlerce, binlerce mukavele için tesbiti demektir. Bu hal, ferdî mukavele tipinden ilk ve hemen hemen şuursuz bir vazgeçiş teşkil ediyordu. Yani iktisadî tekâmülün şiddetli cereyanı içinde, sadece bir sabitlik temin edebilecek bir şemaya, büyük çapta muamelelere ve birbirine benziyen usullere şuursuz bir baş vurma hali vardı...» (2)

Şu kadar ki: bu gün hemen bütün iktisadî münasebetler sahasında görülen bu giriftleşme hali, daha evvelki asırlarda muayyen

(1) E. Sallé — *L'Evolution technique du contrat*: 1930. sh: 18-19.

(2) Hedemann -*Europäisches Wirtschaftsrecht*. (Berlin 1943. s. 7).

bazı sahalarda başgöstermiş ve tıpkı bu günkü gibi akid yapma usullerinde klâsik ve mutât yollardan ayrılan bir başkalaşma hali görülmüştür.

Filhakika mukavele hükümlerinin baştan tesbiti, daha umumî tabiriyle «şartnameler» halindeki formüllerin kullanılması pek yeni bir şey değildir. Bu gibi umumî şartnamelerin son otuz yılın bir icadı olduğunu zannetmek hatalıdır. Zira umumî şartnameler tabiri altında, önceden ve müşahas bir mukavele ile ilgili olmaksızın tanzim edilen ve sonradan akdedilecek olan mukavelelere mümkün olduğu kadar değiştirilmeden dercedilecek olan kayıtları anlarsak Romalıların, ilk çağdaki «formulae» lerine kadar gidebiliriz... Daha sonra deniz sigortası başta olmak üzere sigorta şartnameleri ortaya çıkar... Bu gün en son moda diye sena edilen bu usullerden, deniz sigortası daha 18 inci asırda bile istifade etmekte idi... 1900 den sonra hemen bütün iktisat sahalarında umumî şartnamelere rastlanır... Yalnız bu tabir her zaman kullanılmaz» (3).

Görülüyor ki iktisadî münasebetlerin mudilleşmesi, nihayet bu münasebetleri düzenleme vasıtası olan bazı hukukî usullerin de istihalelere uğramasını icabettiriyor.

Ancak bu istihalelerin, hukukî mefhumların mahiyetini mi yoksa sadece tekniğini mi? değiştirdiği meselesi henüz hallolmuş görünmüyor.

Bu meseleyi aydınlatabilmek için bir taraftan daima mânâ ve şumulü malûm gibi telâkki ettiğimiz klâsik hukukî mefhumların yeniden gözden geçirilmesi, diğer taraftan da sosyal hayatta sıklık merkezini mütemadiyen değiştiren menfaatlar durumunun incelenmesi gerekmektedir.

§ 3 — «İltihakî akit» nedir?

«İltihakî akit (contrat d'adhésion) yahut *Dereux*'nün teklifi veçhile «iltihak suretiyle yapılan akit» (Contrat par adhésion) mefhumunu şimdilik hakkında her hangi bir kıymet hükmü vermeden, mevzuumuzu izahta kolaylık olsun diye kullanalım ve böyle bir akit kategorisinin hukuken tanınıp tanınmaması gerektiği hususunu da etüdümüzün sonuna bırakalım.

Filhakika bu tabir ilk defa *Saleilles* tarafından 1901 de yayınladığı (De la déclaration de volonté) adlı eserinde kullanılmıştır.

(3) Ulrich Michel -Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil (1932).

Tabirin, bu nevi akitlere akit mahiyetini tanımayan bir müellif tarafından icadedilmiş olması da hayli manidardır. Filhakika Saleilles şöyle demektedir:

«Şüphesiz ki çeşit çeşit mukaveleler mevcuttur. Ve biz hakikatta, hukukun istilzam ettiği muayyen bir mukavelevî tip vahdetinden uzakta bulunuyoruz. İçtimai münasebetlerin ortaya çıkarttığı ince farkların, tehalüflerin önünde, hukuk, ergeç eğilmek zorunda kalacaktır. Öyle sözde mukaveleler vardır ki, bunların yalnız adları mukaveledir ve hukukî bünyeleri yeniden inşa edilmeğe muhtaçtır. Bu gibi mukaveleler için şimdiye kadar mutât olan ferdî tefsir kaidelerinin her halde ehemmiyetli tadillere uğraması lâzımdır. Bu gibi mukavelelere daha münasibi bulununcaya kadar «iltihakî mukaveleler» denilebilir ki: bunlarda, tek taraflı bir irade gibi hareket eden, ve kendi kanununu yalnız bir ferde değil, belki gayri muayyen bir topluluğa dikte ettiren, ve henüz bu mukavelelerin kanununu kabul ederek bu tek taraflı iradenin yarattığı mükellefiyetleri yüklenmek isteyenlerin iltihakından evvel, bu iltihaktan mücerred olarak, kendisini tek taraflı olarak taahhüt altına sokan tek bir iradenin inhisarî tahakkümü mevcuttur. Bu, büyük sanayideki bütün iş mukavelelerinin, büyük demiryolu kumpanyaları ile aktedilen nakliye mukavelelerinin ve kollektif bir kanun kılığına giren ve zaten (Roma) lıların dediği gibi bir iradeler anlaşmasından ziyade *lex'e* yakınlaşan bütün mukavelelerin halidir.» (4)

«İltihakî akit» mefhumu, çok kappak ve belirsiz olduğundan hangi mukavelelerin bu gruba girdiğini, daha doğrusu, «iltihakî akid» tabiriyle ne gibi bir mukaveleler kategorisi yaratılmak istendiğini belirtmek için bu tabirle muhtelif müelliflerin kastettikleri müşahhas mukavele tiplerini gözden geçirmemiz lâzımdır. Zira bazıları, ezcümle *Dereux*, bununla ancak hususî hukuk şahasına giren ve hiç bir idarî renk aksettirmiyen mukaveleleri kasdettiğini söyler. Halbuki diğerleri bundan idarenin imtiyaz mukavelelerini de anlarlar. Esasen ilerde münakaşa edeceğimiz gibi, meselenin bir usûl ve teknik işi mi, yoksa kendine has hukukî evsafa sahip yeni bir hukukî kategorisinin yaratılması işi mi? olduğu henüz taayyün etmemiştir. Eğer bunu bir «akit yapma tarzı» olarak kabul edersek idarenin veya hususî şahsın bu usule başvurusu mühimsenmez, yok nevi şahsına münhasır bir mukavele tipi ise, hususî hukuk ile âmme huku-

(4) Saleilles: De la déclaration de volonté (1929) sh: 229 No: 89

kunun birleşme yerinde bulunan bu melez muamele tipinin evvelâ mukavele olup olmadığını tayin icabeder.

Josserand mukavelelerin klâsik tipini, yani tarafların pazarlığı ile takarrür ve inikat eden malûm mukavele tipini izah ettikten sonra iltihakî akitler hakkında şöyle diyor: (5)

«Son asırlarda diğer bir mukavele tipi daha ortaya çıktı ve aldı yürüdü. Bu tip mukavele, taraflar arasındaki her türlü münakaşa ve pazarlığı ortadan kaldırıyor. Taraflardan biri tarafından bir anlaşma projesi arzediliyor, yani bütün halka umumî bir icapta bulunuluyor. Buna muttâlî olanlardan her hangi birisinin bunu kabul etmesiyle mukavele akdolunuyor. Şu kadar ki: arzedilen bu projeyi mutlaka olduğu gibi kabul etmesi lâzımdır. Yani bunu ya alacak ya bırakacak, fakat değiştiremeyecektir. *Nakliye mukavelelerinin* büyük bir ekseriyeti bu gruba dahildir. Bir nakliye ücreti veya bilet bedeli münakaşa edilemez. *Sigorta mukaveleleri, maktu fiatla satış yapan bütün mağazalardan yapılan iştiralar* bu meyandadır.

Bu muhtelif teşebbüsler, *şimendüfer idareleri, sigorta kumpanyaları, büyük mağazalar, âmmeye kat'î basma kalıp klişeler* arz etmekle, ona karşı devamlı ve rücuu kabil olmıyan icaplarda bulunmuş olmak durumundadırlar.

Bu şartlar içinde, birbirleriyle gayrimüsavi ehemmiyette rollere sahip olan taraflar arasındaki durum kat'iyen müsavi değildir. Biri bir nizamname yapmakta, bir tarife çıkarmakta, diğeri ise ona katılmak, hükümlerini benimsemekle iktifa etmektedir. Yani ona «iltihak» ile. İşte «iltihakî akid» adı buradan gelmektedir.

§ 4 — İltihakî mukavele ve kollektif mukavele:

Josserand «iltihakî akitleri», mukavelelerin çeşitli tasniflerini yaparken pazarlık suretiyle vukubulan akitlere (*Contrats de gré à gré*) mukabil olarak gösteriyor ve «kollektif mukaveleleri» de mukavelelerin ferdî tipine mukabil olarak sayıyor. *Saleilles* ise iş mukavelelerini yani kollektif mukavelelerin en tipik şeklini de «iltihakî akitler» meyana sokuyor.

Planiol ve *Ripert* kollektif iş mukavelelerini ve sigorta mukavelelerini «radenin muhtariyetine alâkadarlar grubu tarafından vazeden tahditler»i tetkik ederken aynı gruba ithâl etmişlerdir. Yani bunları alâkadarların kendi aralarında anlaşarak âmmeye muayyen

(5) Louis Josserand: Cours de droit civil positif français II (1930 sh: 18 No: 32.)

nizamnameler, şartnameler arzetmelerini ve halktan her hangi bir kimsenin buna iltihakını beklemlerini icabettiren akitler olarak gösteriyorlar. (6)

Keza, mukavelelerin çeşitli tasniflerini yaparken, müstakil ve tabi mukaveleleri ayırt ediyorlar ve tabi mukaveleye misâl olarak ticari veya âdi bir şirkete girme mukavelesini, kollektif mukaveleleri, bir âmme hizmeti imtiyazı ile bundan faydalananlar arasındaki mukaveleleri zikrediyorlar. (7).

Elhasıl «iltihakî akitler» in şümülünü sarahatle tayin bir az müşkül oluyor. Acaba «iltihakî akit» mefhumu, «Kollektif mukavele» mefhumundan daha şümüllü ve onu da muhit olan bir mefhum müdür? Yoksa bunlar birbirlerinden kesin hudutlarla ayrılan ayrı ayrı mukavele tipleri midir?

Her hangi bir fabrikaya giren işçi, hizmet akdini yapar yapmaz fabrikanın atölye şartlarına iltihak etmiş demek değil midir? bununla mesai saati, yevmiye miktarı, izin müddeti ve saire gibi yüz binlerce amele için aynı olan, matbû şartlara iltihak etmiş demek değil midir? Yani, kollektif mukavele, iltihakî akit tipinin bir hususî nevî midir? yoksa, iş şartlarının, iş verenlerle işçi mümessilleri arasındaki uzlaşma neticesinde tayini bakımından bu, iltihakî olmaktan ziyade, karşılıklı pazarlığa dayanan bir akit midir? Sigorta veya şimendüfer idarelerinde, bir taraf, yanı müessese, şartlarını tesbit ederek diğer tarafa arzeder, kollektif mukavelelerdeki gibi iki taraflı bir tartışma yoktur.

Planiol, kollektif mukaveleyi şöyle tarif eder: «müşterek menfaata sahip ve fakat müşterek mukavelevî bir topluluğa mensup bulunmayan pek müteaddit şahısları ilgilendiren mukaveleler... bu kollektif mukaveleler için hususî bir kaide vardır: «Ekseriyet kanunu yapar, muterizler ise iltihak etmedikleri bir akitle mülzem olurlar...» Böylece, şahısları arzuları hilâfına doğrudan doğruya ilzam etmek kudreti, topluluk tarafından imzalanan bütün mukavelelerde aynı derecede değildir. Bunların arasında öyleleri vardır ki; *iltihak edeceklerin önüne sadece bir tip —anlaşma modelini arz ile iktifa eder.* Yine öyleleri vardır ki: iltihak edenleri ancak topluluğa mensup kaldığı müddetçe bağlar... (8)

(6) Planiol et Ripert - No: 19

(7) Planiol et Ripert No: 44

(8) Planiol et Ripert: No: 26.

Bu tarife göre ise, bilâkis kollektif mukavele mefhumu daha geniş olup iltihakî mukavele mefhumu onun bir nevini teşkil ediyor gibidir.

Josserand kollektif mukaveleyi, ferdî mukaveleye mukabil olarak ve iltihakî akidden ayrı bir surette mütalaa ediyor, yalnız aradaki münasebet hakkında bir şey söylemiyor. Bu müellif «mukavelenin kollektif olabilmesi için, ferdî rızalardan mücerred olarak, bir topluluğu ilzam etmesi lâzımdır» diyor. Yani bu topluluğu teşkil eden fertlerden her birinin doğrudan doğruya veya bilvekalâ verecekleri rızalarından mücerred olarak. Ve ancak bu takdirdedir ki: âsî ferdî iradeleri ezen ve boğan bir kollektif iradenin vücudü görülebilir: «Hayır» demiş olan veya hiçbir şey dememiş olan bütün alâkahılar sanki «evet» demişlercesine muamele görecekler ve «Evet» demiş olanlarla aynı şartlar içerisinde bulunacaklar, elhasıl kendi arzuları lâhik olmadan veya arzularına rağmen ilzam edileceklerdir. «Kollektif mukavele» ye misal olarak ta aynı müellif şunları zikrediyor: «1 — Müflise alacaklıları tarafından bahşedilen konkordato kollektif mukavelenin bir misâlini teşkil eder. Bu mukavele, alâkadarların oybirliği haricinde akdedilmiştir. Bu mukavelenin akdi için alacaklılardan muayyen bir ekseriyetin tasvibi kâfdir. O suretle ki mühim bir azlık, kendi kati iradeleri hilâfına olarak kendilerini mülzem vaziyette bulurlar: Kollektif irade, ferdî mukavemetlere galebe çalar.

2 — Arazi sahiplerinin sendikal cemiyetleri: Belde menfaati hizmetleri için, alâkahıların oy birliği dışında teşekkül edebilirler. Burada da kanun, muayyen bir ekseriyet tarafından izhar edilmiş olan irade ile iktifa etmektedir.

3 — Kollektif iş mukaveleleri: Bu da, yevmiye miktarı, iş müddeti ve tevzi gibi iş şartlarını tayin maksadiyle patron ve işçi menfaatlarının mümesilleri arasında akdedilen bir anlaşmadır. Bu anlaşma, bir nizamnameyi korporatif bir kanunu ihtiva eder ki, münferit iş mukaveleleri bunu örnek ittihaz etmeğe mecburdurlar. Aksi halde, kollektif tipe uygun olmıyan usulsüz mukavelelerin butlanı tehlikesine marûz kalırlar. Binaenaleyh bu kollektif tip, yalnız esas şartnameyi (charte constitutive) imzalamış olanlar değil, hattâ yalnız kollektif mukavelenin imzası anında muayyen teşkilât ve topluluklara dahil bulunanlara da değil, belki bu mukaveleye sonradan iltihak edecek olan bütün grup âzalarıyla, bizzat mukaveleyi akdeden gruplara sonradan girecek olan azalara da şamil ve mecburidir. Bu,

bir nevi mukavelevî kanundur «ki, kendisine hiçbir suretle iltihak etmemiş olan iradeleri de bağlamaktadır». (9).

Görülüyor ki, Josserand'ın kollektif mukavelelerde üzerinde durduğu nokta taraflardan her birinden sadır olan iradenin doğuş tarzıdır. Yani bu irade, akit yapan bir topluluğun oy çoğunluğu suretinde tecelli etmektedir. Şu halde bu bakımdan kollektif mukavele- nin hususiyeti; aralarında mukavelevî bir birlik teşkil etmemiş olan (bir şirket veya cemiyet gibi) bir topluluğun ekseriyetin reyi ile bağlanması halidir.

Halbuki iltihakî akitlerin mümeyyiz vasfı (ki pek münakaşalıdır) umumiyetle böyle bir topluluk ve ekseriyet reyi meselesinden mücerred olarak, taraflardan birinin diğerine şartlar «imposé» etmesi keyfiyetidir.

Elhasıl, kollektif mukavele ile iltihakî mukavelenin birbiriyle tedahül ettiği hususlar, her iki mefhumunun kaypak ve belirsiz tarifleri yüzünden kâh şöyle kâh böyle olacaktır. Meselâ, «Alman hukukçusu *Ulrich Michel*, umumî şartnameleri ihtiva eden akitler hakkında «Normenverträge» tabirinin yavaş yavaş taammüm ettiğini kaydettikten sonra şöyle diyor: «Umumî şartnameler tabiri yalnız başına hiçbir şey ifade etmiyor. Bu hususta «Formular» tabiri daha yerindedir. Fakat sabit bir terminoloji henüz teessüs etmemiştir. Halbuki iş hukukunda ne «umumî şartnameler» tabiri, ne de formül mukavelesi» tabiri geçer; zaten mezkûr sahada bir muamele (geschäft) mevzubahis değildir. Bunun için bütün iş mukaveleleri bu etüdün mevzuu haricinde kalacaktır.» diyor. (10).

Burada «umumî şartname» tabiriyle ifade ettiğimiz mefhumu tayin lâzımdır.

Alman hukukunda bu tabir «muamele şartları» şeklinde ifade edilmektedir. Fransızlar ise «umumî şartlar» demekle iktifa ediyorlar. Filhakika «muamele şartları» mefhumu ile alelittak «umumî şartlar» mefhumu arasında belki bir ince fark vardır. Fakat tabir tehalüfü, bize, bu hususta fazla bir şey veremez. Zira kastedilen aşağı yukarı aynı şeydir. Nitekim diğer bir Alman müellifi aynı tabiri iş mukavelesi hakkında da kullanmaktadır. (11).

Yalnız muayyen bir sınıfa taalluku ve siyasî ehemmiyeti bakımından başlı başına bir mevzu teşkil eden «kollektif iş mukavele-

(9) Louis Josserand: İsmi geçen eser: No: 34.

(10) *Ulrich Michel* - İsmi geçen eser.

(11) Walter Merck - *Verausserlichung und Durchschnittlichkeit im Recht:* 1, 152. § 2. b.

leri» meselesini, şümulüne binaen mevzuumuzun dışında bıraktığımızı kaydedelim. Esasen «iltihakî akit» mefhumu hakkında varacağımız neticeyi elde ettikten sonra bu kollektif ve iltihakî akit farkı da ehemmiyetini kaybedecektir. Şu kadar ki: mevzuumuzun nazarı münakaşasına girmeden evvel umumiyetle iltihakî akit telâkki edilen müşahhas bazı mukavele tiplerini zikredelim:

Deniz ve kara nakliyat mukaveleleri.

Bankalarla müşterileri arasında yapılan mukaveleler (Banka muameleleri).

Sigorta mukaveleleri.

Ticarî satışlar. (Maktû fiatla satışlar, dış ticareti ilgilendiren «livraison» mukaveleleri).

Âmme hizmeti imtiyazları ile bundan faydalananlar arasındaki mukaveleler (Su, elektrik, havagazı abonmanları).

Tiyatro, sinema ve saire gibi âmme zevkine hitap eden müesseselerle bunlardan faydalananlar arasındaki mukaveleler.

Bu muhtelif tip mukavelelerdeki müşterek evsafın müşahadesi bazı nüvellifleri yeni bir hukukî kategori icadına temayül ettirmiştir. Şimdiye kadar zikrettiğimiz hususlar, umumiyetle iltihakî akit namı altında kastedilmek istenen mukavele tipleri ile bu mukavelé tipinin doğumuna âmil olan iktisadî olayların kuşbakışı bir müşahadesini teşkil etmektedir.

Artık meselenin doktrindeki münakaşa şekline geçebiliriz.

DOKTRİNDE İLTİHAKÎ AKİT MESELESİ

§ 5 — Doktrinde muhtelif cereyanlar. — § 6 — Modern nazariyenin tenkidi. — § 7 — Klâsik görüşün izah tarzı. — § 8 — Mukavele aleyhtarî görüş tarzı. — § 9 — İcapta bulunanın hâkim rolü. — § 10 — Yeni bir hukukî kategorinin doğuşu.

§ 5 — *Doktrinde muhtelif cereyanlar:*

Evvelce de zikrettiğimiz gibi, doktrinde ilk defa bu çeşit akitlere umumî bir isim veren, Fransız müellifi *Saleilles*'dir. Bu zat, bu gibi muamelelerin mukavele olmadığını, daha doğrusu bunların sözde mukaveleden ibaret olduğunu söyler. Ve mukavelelerin tefsiri hakkındaki izahlarına, bunları bertaraf ederek, devam eder. İltihakî akit meselesi böylece ortaya atıldıktan sonra doktrin buna karşı

derhal iki çeşit tepki gösterdi. Bir kısım müellifler, Fransız medenî kanunundaki mukavele mefhumunun pekâlâ bu nevi akitlere de şâmil olduğunu, bunun için yeni bir hukukî nevi, yani, ne mukavele ne de tek taraflı tasarruf olmıyan hususî bir hukukî tipin icadına lüzum olmadığını iddia ettiler. Diğerleri ise, —ki bunların çoğunu âmmeciler teşkil ediyordu— iltihakî akitlerin «akit» lik ile bir alâkası olmadığını, bunların bir tek iradenin, tek taraflı olarak kendi şartlarını karşı tarafa «imposé» etmesi demek olduğunu ve bunlara akitler hakkındaki hususî hukuk hükümlerinin tatbiki ile iktifa edilemeyeceğini söylediler. Diğer bir kısım müellifler, bilhassa bazı hususiyeciler; iltihakî akdin, «akit»liğini kabul etmekle beraber, bunun bazı hususiyetleri olan bir akit olduğunu ve bu hususiyetlerin içtihatça nazara alınmasının ihtiyaca kâfi geleceğini iddia ettiler. Ve nihayet son on, on beş senelik zamanda iltihakî akitler meselesinin haddi zatında hakikî bir mesele teşkil etmediği, bunun mukavele tekniğinin tekâmülü neticesi olan tabii bir hâdise olduğu ileri sürüldü. Bu çeşitli görüşlerden hangisinin daha isabetli olduğunu tâyin edebilmek için hepsinin dayandığı esaslı delilleri kısaca gözden geçirelim:

§ 6 «İltihakî akitler» hakkındaki modern nazariyenin tenkidi.

Klâsik veya mukavele taraftarı görüş tarzı «iltihakî akit» diye yeni bir hukukî kategorinin icadı lüzumuna kani değildir. Onun için evvelâ bu yeni nazariyeye hücum ile işe başlar ve sonra kendi zaviyesinden, «iltihakî akit» denen münasebetleri izah ederek bunları klâsik mukavele mefhumuna ircaa çalışır. Bu itibarla klâsik nazariyenin evvelâ yeni nazariyeyi nasıl tenkit ettiğini görelim:

a) Umuma yapılan bir icap meselesi:

Bu mefhumun ancak adında bir yenilik vardır. Yoksa Code Civil'in mukavele telâkkisi bu mefhumda da şâmilidir. Zira iltihakî akit denen münasebetlerde bütün hukukî neticeler ancak iki tarafın da iradesinin inzımanı neticesinde meydana gelmektedir. İltihakî akitlerin yepyeni bir şey olduğunu iddia eden yeni nazariyenin, her şeyden evvel, hiç değilse bu mefhumu tarif etmesi ve bunu diğerlerinden ayıran kıstası belirtmesi lâzımdır. Tabirin ilk mucidi olan «Saleilles»in muakkipleri bu mukavelelere hususî bir mahiyet bahşeden esaslı unsuru açıkça meydana çıkarmadan muhtelif iltihakî mukaveleler sınıfları vücude getirdiler. Bu mukavelelerin mümeyyiz hususiyeti, icabın iltihaka tekaddümü olmadığı gibi, iltihakın tarzı

da değildir. Zira birçok mukavelelerde taraflardan biri, diğerinin amir iradesine sade ve basit bir şekilde iltihak eder. O halde tamamen başka bir kıstas bulmak lâzımdır. Bazan, herkese ve muayyen bir zaman için arzedilen bu gibi mukavelelerin umumilik ve sabitlik vasfında ısrar edilir. Bazan bunların sabitlik ve yarı şeklilik sıfatlarına, mukavele maddelerinin bir kül halinde arzedilmesine işaret edilir. Bazan da mukavelenin arkasında gizlenen bir âmme hizmetine işaret edilir ve bir imtiyaz sahibinin durumu nazara alınarak âmme menfaatine hadim hususî bir hizmet olduğu iddia edilir. Esasen bu; sigorta, iş, nakliye, su, havagazı, elektrik tevzii mukavelelerine tatbik edilen, âmme hizmeti imtiyazı sahibinin aktettiği mukavelelerle sigortacılar birliği, donatanlar birliği, bir mahalde veya şehirdeki büyük nüfuza sahip sermayedarların durumunu aynı zamanda izah etmek iddiasında bulunan çok müphem bir fikirden ibaret olabilir ve fikir müphem. olduğu takdirde bunun hukukî neticeleri nasıl olur da son derecede karışık olmaz. Bu fikirlerde hukukî bir telâkkiden ziyade bir temayül, ifadesini bulmuş değil midir?» (12)

Umumiyetle yeni nazariye taraftarları Saleilles'in tarifi veçhile «kollektif bir kanun kılığına giren» bütün mukaveleleri iltihakî tasarruf olarak kabul ediyorlar. Bu, bu fikirdeki hukukçuların kullandıkları ve bir parça sarih olan yegâne formüldür. *Bunların fikrine göre, umuma karşı yapılan her hangi bir icapta kollektif bir kanun halini görmek gerekiyor, demektir.* Bir demiryolu idaresi yahut bir fabrika, nakil veya iş şartlarını ilân eder etmez, umuma karşı bir icapta bulunmuş oluyor. Ve bu icaba muhatap olan halktan herhangi birisi bunu kabul edebiliyor, yani bu mukavelenin hususiyeti icabın muayyen ve müşahhas bir veya birkaç ferde değil de, daha doğrusu muayyen bir şahsa değil de gayri muayyen bir kitleye, bütün âmmeye karşı yapılmış olmasıdır.

Fakat bu da, klâsik nazariyeye göre, mezkûr muameleleri mukavele olmaktan çıkarmaz. Filhakika herhangi bir elbise mağazasında, üzerinde maktû fiatı yazılı bir elbise, veya bir kitapçının vitrininde fiatı ilişik bulunan kitap; yine sokaktan geçirilen ve fiatı bağırarak ilân edilen bir sebze alındığı takdirde bir iltihakî akit mi yapılmış olmaktadır? Bütün bunlarda icaplar gayri muayyen bir topluluğa arzetmiştir. Alenidir, hattâ parazlık olmadığına göre bir bakıma mecburidir de. Bu takdirde «intuiturei» yapılmış olan bü-

(12) Ripert. La règle morale No. 55.

tün mukavelelere bu ismi vermek lâzımdır. Zira böyle mukavelelerde, icapta bulunan kimse, kabul edecek olan kimsenin şahsı ile hiç alâkadar değildir. Belki sadece kendi icabını kim kabul ederse onunla mukavele yapacağını ilân etmektedir.

b — «Şartların taaddüdü» meselesi: Yoksa iltihakî akit olabilmek için mutlaka şartların taaddüdü mü istenecektir? Yani sadece bir fiat arzı değil de birçok şartların birden «imposé» edilmesi mi aranacaktır? Şu halde asgari kaç şartın bulunması lâzım gelecektir? Esasen nasıl olur da, bir mukaveledeki şartların sayısının çoğalması veya azalması onun mahiyetini değiştirebilir?

«Falan miktardan fazla şartı ihtiva ederse artık mukavele değil, bu tek taraflı bir tasarruftur» denebilir mi? Elhasıl hukuka ihtihali istenilen mefhumun, yani mukaveleler hakkındaki hükümlerin haricinde kaldığı iddia edilen iltihakî muameleler mefhumunun tayin ve tasrihi bizzat bu mefhumun mucit ve müdafileri tarafından dahi yapılamamıştır. Şayet onların boşluklarını doldurmağa ve verdikleri bir iki esas tarifi tatbika kalkarsak iltihakî akit denmiyecek pek az akit kalır.

Esasen Code Civil'i tanzim edenlerin hususî hukuk muamelelerinin böyle muazzam bir yekûnunu gözden kaçırdıklarına hükmedilebilir mi? Bunların, âmmeğe yapılan icaplardan habersiz oldukları ve «intuitu rei» suretiyle yapılan mukaveleleri bilmedikleri nasıl iddia edilebilir?

Code Civil'i hazırlayanlar bazı mukavelelerde taraflardan birinin tamamen kudretli ve nüfuzlu olduğunu, cari lisana geçmiş eski bir tabirle «kanun yaptığını» bilmiyor değillerdi. Bir iradenin bu imtiyazlı nüfuzunu tehlikeli gördükleri zaman nisbî ehliyetsizlikler ihdas ederek sadece mukaveleyi menediyorlardı: Karı koca arasında satış ve hibe, vasinin küçüğün mallarını satın alması gibi. Bu memnuiyetler, akid serbestisi kaidelerinin istisnalarıdır. Sair hallerde bir mukavele aktetmek zarureti nazarı itibara alınmamıştır. Eğer irade şuurlu ve serbest bir halde ise, isteyerek tabî vaz'iyete girmiş olmasının ehemmiyeti cüz'îdir. Şüphesiz ki: imtiyaz sahipleri, nakliyeciler, sigortacılar, patronlar filen ve hukuken bir inhisara sahip olanlar değişmek bilmiyen iradelerini kat'î bir surette beyan etmektedirler. Fakat buna karşı yolcular, sigorta ettirenler, işçiler de evvelkilerin iradeleriyle müsavi bir kıymeti haiz olan kendi iradelerini izhar edeceklerdir. Mukavelenin doğuşu için kanun yalnız

iki rıza talep ediyor, yoksa iradelerin kuvvetini bir kuvvet ölçme âleti ile ölçüyor.» (13).

Bu yeni nazariye hem yalnız Code Civil'e değil, umumî telâkkiye de muhaliftir. Zira halk, sigortayı, bir tren veya tiyatro bileti almayı daima mukavele olarak bilir.

Vakıa içtihat ta, umumî efkâr da yanılıyor, denebilir. Fakat bunu isbat etmek lâzımdır.

c) *Pratik netice*: Diğer taraftan bunun, yani yeni bir hukuki kategori ihdasının pratik neticesi ne olacaktır? Şu olacaktır ki, hukukun büyük bir kısmı tedvin dışında bırakılacak, mahkemeler tatbik edecek kanun bulamayacaklar, iş adamları muamelelerinin akibetinden emin olamayacaklardır.

§ 7 — İltihakî akidlerin klâsik görüşe göre izahı:

Modern nazariyeyi bu suretle tenkit eden klâsik nazariye bahis mevzuu akitleri şu şekilde izah eder:

a) *Doğuşu*: Böyle bir akit, her şeyden evvel iki veya daha ziyade kimsenin müşterek bir iradesini istilzam eder. Filhakika, iltihak vaki olmadan bu iradelere bir mevcudiyet izafe edilebilir mi? Buna ne yeni bir mektep, ne mantık, ne de Code Civil cevaz verir. Hak veya vecibe iki veya daha fazla kimseler arasındaki münaset betlerdir. Alelâde bir hususî şahsın, yalnız kendi iradesiyle böyle bir münasebeti doğurabileceğini kabul imkânsızdır. Eski bir vecize: «bir şahıs, bir diğèrinin iradesi bahis mevzuu olmadan, ne ona karşı ne de kendisine karşı bir mükellefiyet altına giremez» der.

Halbuki, herkes, bu iltihakî muamelelerden birinin doğumu için üçüncü bir şahsın iltihakının zarurî olduğunda müttefiktir. Bu gibi muamelelerin tek taraflı bir iradeden doğmadığı hususunda bu en iyi bir delil değil midir? Eğer böyle bir tek irade iltihakî muameleyi doğurabilseydi, bir başka iradenin inzımamına ne hacet vardı? Kendi kendine bu ilk ve tek irade bütün hukukî neticelere vücut verebilmeli idi.

«Esasen, iltihakî akidleri tek taraflı tasarruf telâkki eden hukuk görüşü umumiyetle reddedilmiştir. İltihakî mukaveleler pekâlâ hakikî mukavelelerdir. Kanun hiçbir yerde, mukavelevî anlaşmaya mutlaka serbest bir münakaşanın tekaddüm etmesini istememektedir. Kanunun bütün istediği şey iki tarafın da rızalarının vücudü-

dür. Anlaşma sahasının taraflardan biri tarafından hazırlanmış olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Biz artık Romadaki «stipulatio»nun lâf anlamaz hükümlerinde değiliz. Ne iktisadî müsavat, ne fiilî müsavat mukavelenin muteberlik şartlarından değildir. Muteberlik için hukukî müsavat kâfidir.» (14).

b) *Neticeleri*: İltihak eden, iltihakı kabulü nisbetinde, akit hükümlerini de kabule mecburdur ve bu pek tabii bir şeydir. Bu, mukavele teorisinin normal bir tatbikinden ibarettir. Eğer yeni nazariye, bazı pratik mahiyetteki neticelerden bahsediyorsa daha ileri gitmeli ve iltihak edenin, yüklenmeği kabul etmediği bazı külfetlerde de tâbi olduğunu ve muayyen hususlarda icapta bulunmanın iradesinin onu bu külfetlerle ilzam etmeğe kâfi geldiğini de isbat etmelidir. Fakat böyle bir iddia kabul edilebilir mi?

Doğrusunu söylemek lâzım gelirse, bu muhakemeyi son neticesine kadar isal etmeğe ve sadece mukavelenin mahiyetinin rıza fesadını tazammun ettiğini ilân etmeğe hiç kimse cesaret edemedi. Bu pek çok ve faydalı müteaddit mukaveleleri iptâl etmek olacaktı.» (15).

Üçüncü şahıslara, rızalarını almadan bir takım kaideler dikte ettirmek hakkına yalnız «âmme iktidarı» sahiptir. Bu yeni nazariye, müesseselerimizin bu ana prensibini tanımayarak nizam koyma hakkını alelâde hususî şahıslara da vermeğe müncer olmaktadır. Esasen *Hauriou* da bunu farketmiş ve «iltihakî tasarruflar, nizamname mahiyetindeki tasarruflara vaki iltihaklar demektir» demiştir. Fakat sigortacı, patron gibi hususî şahıslara nizam koyma kudreti verilmiş olan bir cemiyette nasıl yaşanabileceğini izah ise her halde klâsik nazariyeye düşmez.

c — *İçtihat*: *Mahkemeler ise zaten bu meseleyi kabul etmiş değillerdir. Hangi karar mecmuası açılırsa açılınsın hepsinde daima sigorta mukavelesi, iş mukavelesi, nakliye mukavelesi hakkında namütenahî karara rastlanır. Bu kararların hepsi âkit tarafların «müşterek niyetleri» üzerine müessesedir. Ve hâkimler, yeni nazariyeyi reddetmek değil, hattâ zikretmek tenezzülünü bile göstermiyorlar. Bu da, bu nazariyenin pek mübrem bir amelî ihtiyaca cevap olmadığını isbata kâfi değil midir?*

«Mukaveleyi şüpheli bir halde gösteren husus, tarafların müsavatsızlığı değil, bu müsavatsızlıktan doğabilecek olan *suiistimal*»

(14) Josserand: adı geçen eser, cilt II No. 32.

(15) Ripert: adı geçen eser No: 56.

dir. Bu itibarla iltihaki mukavelelere karşı topyekûn bir itimsizlik mevzuu bahis olmamalıdır. Bilâkis bu mukavelelerdeki umumîlik, sabitlik, salâbet gibi hususlar bu mukavelelerin temin ettiği faydaların en sağlam teminatını teşkil eder... Men'i gereken şey, bu iktisadî nüfuzun suiistimalidir... Yoksa bu meselenin hal suretini mukaveleyi tatbik ile mükellef olan hâkim tarafından mukavele maddelerinin geniş ve dar tefsirinde aramak beyhudedir. Bu yolda korkunç bir keyfilige düşmeden ilerlemek imkânsızdır.» (16).

Hasılı bu yeni nazariye hem faydasız hem de tehlikelidir. Faydasızdır, zira böyle bir yeniliğe ihtiyaç yoktur; tehlikelidir, zira hususî müesseselerin eline bir nizam koyma kudreti vermektedir. Sanki alelâde hususî şahıslar bu idarî veya hususî müesseselerin karşısında zaten kâfi derecede zaif değillermiş gibi. (17).

§ 8 — Yeni telâkki veya mukavele aleyhtarı görüş tarzı:

Bu telâkkinin esası, «iltihaki akit» denilen mukavelelerin hadizatında tek taraflı tasarruflardan ibaret olduğunu iddia ve isbattan ibarettir. Bunun için evvelâ iltihaki denilen mukavelelerin hakikatte niçin mukavele olmadıklarını isbat, ve klâsik nazariyeyi tenkitle işe başlar.

İltihak, rıza demek değildir. Ananevi mukavele mefhumu, müsavî şartlar altında bulunan ve birbiriyle serbestçe pazarlık etmeğe muktedir olan tarafların münakaşaları ve anlaşmaları neticesinde kararlaştırılan bir hukukî durumu ifade eder. Halbuki iltihaki akitlerde böyle bir şey yoktur, bir taraf şartlarını bildirir, diğer taraf bunu olduğu gibi kabule mecburdur. Vakıa hiç mukavele yapmamak ta hukuken elindedir. Fakat fiili ve iktisadî zaruretler onu bu mukaveleye zorlamaktadır. Bu takdirde samimî bir rızadan bahsetmek mânasızdır.

«19 uncu asrın sonunda ve yirminci asrın başlangıcında meydana çıkan umumî şartnameler usulü o zamanlar tamamen ihtiyarî bir şey gibi telâkki ediliyordu. Ve şöyle bir icadda bulunuluyordu: mukabil âkit, matbû formüllerde bulunan bütün kelimeleri kendi iradesi içine alarak onları tıpkı kendisi tarafından izhar edilmiş gibi kabul ile mukavelelerin mütemmim cüzü haline koyar. Bu hakikatte bir icattan ibaretti. Bundan başka, seneden seneye şu

(16) Ripert: adı geçen eser. No. 59.

(17) Dereux — De la nature juridique des contrats d'adhésion: Revue de Droit Civil 1910. Sh: 507-512.

tazyik de artmakta idi: Formülleri imzaya hazır olmayan bir kimse reddediliyordu. Yani hiçbir mukavele aktedememek durumuna düşürülüyordu. Kollektif iş mukaveleleri sahası ve kartel dünyası bize iktisadî hayatın birçok sahalarında mutlak akit serbestisinin kaybedilmiş olduğunu göstermektedir» (18).

Böylece iltihak, haddizatında tek taraflı bir tarassuf olan bu muameleyi, iki taraflı bir tasarruf haline sokamaz. «Bir demir yolu üzerinde şefin düdüğü ile harekete geçen bir treni tasavvur edin. Şimdi, lokomotifin hareketini buhar makinesi ile düdüğün «Collaboration»u neticesi mi addedeceğiz? Düdük ancak bir işaret vermiştir ve trenin hareketini meydana getiren, istikametini ve yolunu tayin eden ise, tek başına buhar makinesidir. Müşahede ettiğimiz akitlerde de iltihak, bir düdük sesinden başka bir şey değildir. Yani, muamelenin hangi andan itibaren yürürlüğe gireceğini gösteren bir düdük sesi». (*Dereux*'den nakil)

Klâsik mukavele mefhumu Romadan kalmadır ve birbirine zıd gayeler takip eden tarafların karşılaşp muayyen bir hususta anlaşmalarını ifade eder. Hukuku bu dar kalıplar içinde düşünmekten kurtarmalıdır.

Vakıa Planiol, esaslı bir surette sübjektivist ve ferdiyeci görüş-tarzına istinatla «hakikatte bütün vecibeler yalnız iki kaynaktan çıkar, kanun ve akit» demektedir. Ve bütün ferdiyeci hukukçular tek taraflı irade beyanının ancak devlete aidiyeti halinde hukuki neticeler doğurabileceğini kabul ederler ve bunu da hakimiyet hakkı dolayısıyla hoş görürler. Halbuki devlet ajanlarının tek taraflı iradeleriyle hukukî neticeler doğurabilmeleri, hâkimiyet hakkı dolayısıyla değil, «belki sadece bu tek taraflı tasarrufun, içinde cereyan ettiği içtimâî topluluğun objektif hukukuna, mevzu ve maksat bakımından uygunluğu» yüzündendir. Yirmi, yirmi beş senedenberi bu mesele üzerinde düşünülmüştür. Ve nihayet âmme hukuku sahasındaki bazı hukukî neticeler objektif hukuka uygun tek taraflı bir tasarruf neticesinde tahassül ettiğine göre aynı şeyin hususî hukuk sahasında da kabil olmasına hiçbir mâni olmadığı anlaşılmıştır. Böylece, hususî şahısların kendi aralarındaki münasebetlerinde de şimdiye kadar mukavelevî telâkki edilen ve hakikatte tek taraflı tasarruflardan ibaret olan ve binnetice kendilerine mukaveleler hakkındaki adî hukukun tatbik edilmemesi gereken birçok

(18) Hedemann: adı geçen eser s. 7.

tasarruflar olup olmadığı araştırılmağa başlanmıştır... Modern hususî hukuk sahasında bir takım tasarruf nevi vardır ki bunlara mukavele hükümleri tatbik edilemez. İltihakî akitler bunlara bir misaldir. İltihakî akid, hakikatte tek taraflı bir tasarruftur. Bununla bir şahıs daha evvelden mevcut objektif bir hukuka kendi ihtiyari ile tabi olur. «Mukavele» kelimesine ilâve edilân «iltihak» kelimesi, ortada hakikî bir mukavele mevcut olmadığının ve buna umumî mukavele nazariyesini tatbik etmekteki haksızlığın en güzel bir delilidir». (19).

Nasıl Fransada Cumhur Reisinin tasdikinden geçen kanun Meclisle Cumhur Reisinin iki taraflı iradeleriyle yapılmış bir sözleşme demek değilse, iltihakî tasarruf ta öylece iki taraflı bir mukavele demek değildir. Bu, münhasıran âmmeye karşı icapta bulunan kimse- nin eseridir.

Fransız Medenî Kanunu, taraflar arasında pek büyük bir musavatsızlığı istilzam eden mukavelevî şartları veya anlaşmaları menetmeğe çalışmıştır. Meselâ şeriklerden birine kârın hepsini veren... veya şirket sermayesine şeriklerden biri tarafından konmuş olan meblâğ ve senetleri şirketin zararlarına iştiraktan muâf tutan bütün şartları meneder. (Md. 1855). Buna benzer bir hüküm bizim Ticaref Kanunumuzda da vardır (m. 142).

Halbuki bu sözde mukavele olan iltihakî akitlerde durum ne kadar farklıdır! Bir tarafta alâde hususî şahıs, hattâ çok defa muhtaç ve cahil. Öte tarafta muazzam sermayelere sahip, binlerce müte-hassıs ve hukukçuyu emrinde çalıştıran kocaman bir müessese.

Netekim 1885 yılında Alman Medenî Kanununun ilk tasarısının müzakeresi dolayısıyla *Otto von Gierke* şöyle demişti:

«Alış veriş serbestisi ve alış veriş selâmetinden daha yüksek bazı prensipleri tanımayan bir borçlar hukuku; alış verişte tecrübesiz kim-seleri kurnaz ticaret adamına himayesiz olarak teslim eder.»

Keza, bu umumî şartnamelerin adetâ Devlet içinde Devlet ha-lini doğurmasını *Karl Adler* 1896 da şu tarzda tasvir etmiştir:

«Kanunlar, günümüzde olduğu gibi, borsanın hoşuna gitmediği zamanlar, derhal hukukçuların veya bankacıların konferansları baş-lar. Bu konferansların neticesi de kanunun tesirini tamamen veya kıs-men bertaraf eden yeni umumî şartnamelerin ve teâmüllerin zu-hurudur.» (20).

(19) *Duguit Droit constitutionnel*: I. (1921) Sh: 272.

(20) *Ulrich Michel*: adı geçen eser §1.

§ 9 — İcapta bulunanın hâkim rolü:

Musavat meselesinden sarfınazar edilse bile, hiç değilse zaif tarafın iradesinin şuurlu ve serbest olması lâzım gelmez mi?

Halbuki bir sigorta şartnamesini, bir tren, bir tiyatro tarifesini bu sigorta, nakliye ve tiyatro müesseselerinden faydalanan kimse-lerin içinde kaç kişi lâyikiyle bilir, daha doğrusu bilebilir?

Ne bilet alırken tren tarifesini ve nakliye şartlarını okumağa ne de işçi aranan bir yere koşarken atölye şartlarını tetkike vakit vardır. Okuyup anlamak meselesi de başka.

Vakıa buna hukuken hiçbir mani yoktur denecektir. İstiyen pekâlâ derinden derine bunları tetkik için zaman ayırabilir...

Fakat burada da maddî imkânsızlıklarla karşılaşılır. Hem iltihak eden için hem de müessese için.

Bir kere iltihak eden, ancak acil bir ihtiyaç anında iltihak eder. Zaten zamanı yoktur. Sonra tetkik etse ve beğenirse değiştirebilecek kudrette değildir. Aynı işi gören ve kendisince matlûp şartları arzeden diğer bir müessese ise, her zaman bulunmayabilir.

«Mukavele muhtevasını serbestçe tayin; birçok sahalarda bir rüyadan başka bir şey değildir. Ancak iktisadî kuvvet bakımından eşit olanlardır ki: âkit sıfatıyla karşılaştıkları zaman muhtevayı tayin serbestisine sahiptirler. Halbuki bu, büyük bir istisnadır». (21) Diğer taraftan, müessese, meselâ her işçiye başka şartlar, her sigorta ettirene yeni bir şartname tanzim edemez. Zira bu müesseselerin bizzat bünyesi buna imkân vermez. Aynı şartlar içinde işliyecek yüzbinlerce mukavele mekanizmasına ihtiyaç vardır! Böyle müesseseler bir kişinin ihtiyacı için kurulamaz. Aynı ihtiyacı duyan yüzbinlerce insanın ihtiyacını, aynı şekilde karşılamak üzere kurulur. Esasen bu olunca, herkese farklı icaplarda bulunmağa ve keyfe göre şartname tebdiline imkân kalmaz.

O halde iltihak sadece zaruridir. Ve zarurî olan bir şey de rıza değildir. Klâsik nazariye iltihakı rıza olarak telâkki etmekle tam bir fiksiyon yapmış oluyor. Aynı şeyi pratik ihtiyaçların tesiri altında kalan içtihat ta yapmıştır.

Meselâ «hile halleri dışında, yolcu tarafından biletin kabulü (ki üzerinde bir şart yazılıdır) bizzat şartın da kabulünü tazammum eder.» (22) Demiryolları nakliyatında işe resmen tasdik edilen ta-

(21) *Ulrich Michel*: adı geçen eser §. 1.

(22) Douai 17.3.1847. Sirey 1847.2.207.

rifeler kanun hükmündedir. Burada serbest münakaşa hukuken imkânsızdır.

Böylece, iltihaki akitte iltihak eden bakımından irade muhtariyetinden bahsedilemez. Bu iltihak, kat'iyen serbest bir irade, bir rıza değildir. Bu, içtimai ve iktisadi zaruretlerin tesiri altında kalınarak, icapta bulunanın tekliflerini ister istemez kabul demektir.

«İltihaki mukaveleler yapmak suretiyle, kanundan doğan hukuk, ferdlerin yarattığı hukuk tarafından bertaraf edilmiştir; ve böylece akit serbestisi akit esareti halini almıştır. Zira unutulmamalıdır ki, tarafların hukuku yaratması gizlice olur. Ve bir âkidi, diğerinin şartlarını kabule icbar eden zaruret ve cebir çok defa bu hususu üçüncü şahıslara ifşa etmemek mecburiyetine kadar gider. Bundan başka bazı nevi akitlerde görülen tahkim şartı neticesinde ihtilâf hallerinde bile umumî efkâr keyfiyetten habersiz kalabilir. Çok mühim ve çok uzun zamandanberi inkişaf ettirilmiş olan umumî şartnameler vardır ki, hukuk edebiyatı onlardan haberdar bile değildir ...» (23)

Diğer taraftan iltihaki akitler hakkındaki mukavele taraftarı görüşü tıpkı içtimai mukavele nazariyesi kadar gerçeğe aykırı ve değerden düşmüş vaziyettedir. İltihak, iltihaki tasarrufların muteberliği için ancak bir şarttır. Fakat onu tek taraflı olmaktan kurtarmaz. Arzedilen şartlar, arzedenin iradesinin mahsulüdür. Ve mahkemeler de bu şartları tefsir ederken arzedenin iradesine ve hakkaniyete göre hakeret etmelidirler... Esasen tek taraflı bir iradeye iki taraflı bir netice tevhit etmek müsaadesini veren pratik ihtiyaçlar ve içtimai faide mefhumudur. İltihaki akdin hususiyeti şartların taaddüdünde değil mahiyetindedir.

§ 10 — Yeni bir hukuki kategorinin doğuşu:

«İltihaki akit, iktisadın inkişafı ile, mukavele gibi eski bir kalıbın kifayetsizliği neticesinde doğmuştur ve bu artık mukavele olmaktan çıkmıştır». Hauriou: iltihaki akitlerin, mukaveleden müesseseye doğru giden bir intikalın mahsulü olduğunu söyler. Mukavelelenin, tarafları, başkalarıyla müşterek umumî ve statülü bir duruma sokması hali, iltihaki akitlerde görülür. Bu gibi durumların nizami karakteri kanuni statülü durum ile sırf mukavelevî durum arasında mütevassıt bir hal teşkil eder. Mukavelevî vaziyet ile, mü-

(23) Max Pappenheim Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, (Zürich. 1915) Sh. 4.

essese vaziyeti arasındaki bu tipik mukaveleler hakkında filhakika Hauriou şöyle demektedir. (24) «Hakikatte müessesevi mahiyette olan durumlar hakkında mukavele usulünün kullanılması, zarf ile mazruf arasında bir uygunsuzluk doğurur. Mukavele mündericatinin mahiyeti ile mukavele şekli birbirine yakışmaz. Bütün bu çeşit mukavelelerin mütebariz vasfı Mommsen'in dediği gibi Lex'in tezahürüdür. Yani taraflardan birinin dikte ettirdiği şartların diğeri tarafından ancak olduğu gibi kabulü halidir. Diğer tarafa bu şartlara iltihaktan başka bir şey düşmemektedir. Aksi takdirde mukaveleden vazgeçmesi lâzımgelir. Halbuki bu, mukavele dilinde münakaşa hakkı dediğimiz şeyin ortadan kalkması demektir. Atölye nizamnameleri, kamusal münakasaların şartnameleri, kollektif iş mukaveleleri bu mahiyettedir. Bunlar hakiki mukavele değildir. Çünkü mukavelenin şartı, tarafların eşitliği ve mukavele hükümlerinin serbestçe kararlaştırılması esasıdır. Eğer bu eşitlik durumu tadil edilmiş ise, ortada, her halde iki tarafın iradesinin de zebun kaldığı haricî şartlar veya hiç değilse taraflardan birinin itaat mecburiyetinde kaldığı bir tazyik var demektir: bu takdirde içtimai müesseseler ve onların icbarları ile karşılaşmaktadır. Binaenaleyh: bir mukavelede Lex, yani nizamî bir karakter görülünce, işin içinde bir müessese bulunduğuna hükmetmelidir. Bazı hallerde müessese tamamen teşekkül etmiştir: Kamusal idareler tarafından aktedilen ve nizamname ve şartnamelere dayanan mukavelelerde olduğu gibi, yani münakasalar ve telefon abonmaları gibi. Bazı hallerde ise müessese henüz teşekkül halindedir: Atölye nizamnameleri ve kollektif iş mukaveleleri gittikçe büyüyen ve ergeç bir âmme menfaati müessesesi halini almağa namzet olan fabrika müessesesine istinat ederler. Mukavelevî ve kollektif nizamnamelerin irca edilebildiği iltihak mukavelesi, fiilî bir iltihakın taklidinden ibarettir. Birçok hallerde mukavelevî ittisal ancak zahirî bir surette akdedilmiştir. Kendini «iltihak»a intibak ettirmeğe çalışan «mukavele» dir. Eğer içtimai müesseseler, ayrı ayrı hukukî suretler gibi açıkça teşhis edilebilmiş olsalardı, bu benzetmenin faydası iyice farke dilemezdi. Fakat yavaş yavaş içtimai müessese de hukukî müessese gibi kuvvet kazanmaktadır. Ve mukavele modern hukukta geçirdiği mutlak bir hükümranlık devresinden sonra nüfuzunun gittikçe azaldığını görecektir. Netekim uzun müddetler için akdedil-

(24) Hauriou: Principes de Droit Public (2 ème -éd.) sh: 199.

diği veya topluluğu ilgilendirdiği bütün hallerde, mukavele, müessesenin içine gömülmekte, müessesleşmektedir.»

«İltihakî akit tasarrufu, teşekkül halinde bulunan korporatif bir müessesedir». (25)

III

TELİFÇİ GÖRÜŞ TARZLARI

§ 11 — Şartlar arasındaki hiyerarşi meselesi. —

§ 12 — Telifçi görüşün ameli neticeleri.

§ 11 — Şartlar arasında hiyerarşi meselesi:

Arzettiğimiz bu iki muhtelif görüş tarzı arasında telifçi bir rol oynamak isteyenler olmuştur. Ezcümle *Dereux* 1910 da iltihakî akitler hakkında ortaya attığı bir tezde böyle bir durum almıştır: (26).

Dereux her iki zıd nazariyenin birbirleri hakkındaki tenkitle-rini doğru bulur. Ve kendisi bir sentez yapmağa kalkar. Esas itibarıyla mukavele taraftardır. Şu kadar ki, klâsik nazariyenin «iltihak = rıza» şeklindeki fiksiyonunu reddeder. Ona göre bu gibi akitlerin şartlarından bir kısmında hakikaten bir rızalar karşılaş-ması vardır, fakat bir kısmında yalnız bir tarafın «imposé» ettiği ve diğer tarafın da çok defa farketmeden kabul ettiği şartların tek taraflı beyanı vardır. Böylece *Dereux* şöyle bir ayırma yapar:

a — Esaslı şartlar:

b — Ferî şartlar:.

Şimdi biz bu şartlar hakkında müellifin neler düşündüğünü gö-relim.

a — Esaslı şartlar:

Bunlar sözle veya el yazısıyla olur. Fakat kat'iyen matbû ola-mıyacağı yolunda bir iddia bahis mevzuu değildir. Bu şartlarda ge-rek iltihak eden gerek icapta bulunan taraf sarahatle ve durumu bilerek mutabık kalmışlardır. Meselâ bir nakliye mukavelesinde gönderilecek eşyanın miktarı ve gönderme bedeli bu esaslı şartlar arasındadır. Yahut bir sigorta mukavelesinde sigorta priminin mik-tarı ve sigorta menfaatının tutarı böyledir. Yahut riskin nev'i şartı

(25) *Hauriou* — Principes de Droit public sh. 207.

(26) *Dereux*: adı geçen eser.

gibi. Bu gibi şartlarda tarafların gerçek iradeleri şuurlu olarak birleşmiştir. Tam bir akit vardır ve ancak bu şartlar esaslı hukukî neticeler tevhit edebilirler.

Filhakika bazı müellifler bu esaslı ve teferruat tefrikinin izafî olduğunu söylerler. Nitekim *Hauriou Dereux*'nün fikrine karşı böyle bir itirazda bulunmuştur. (27)

«Mukaveleyi tanzim eden kimsenin hangi şartları esaslı, hangi şartları ferî telâkki ettiği hiç bilinir mi? Hâdiseyi, kudret sahibi bir müessese ile muamele yapan zayıf ve kimsesiz bir ferdin gözüyle görmelidir. Bu ferd için esaslı şartlar, haddizatında hususî ve kısmî olan şartlar olacaktır. Yani kendi hususî durumuna müessir olan şartlar. Eğer bir sigorta poliçesi bahis mevzuu ise bu, risklerin ölçülmesi ve prim meblâğına mütedair elyazılı şartlardır. Eğer telefon aboneliği ise abone bedelinin miktarını gösteren şartları esaslı sanır. Halbuki abonenin zaviyesinden talî derecede olan şartlar abone veya sigorta poliçelerinde matbû olarak bulunan bütün umumî şartlardır. Bunlar onun gözündeki kadar talî derecededir ki, onları okumak zahmetine bile katlanmaz. Halbuki hiç şüphesiz bunlar sigorta kumpanyaları için veya telefon idaresi için en ehemmiyetli şartları teşkil ederler ve iş objektif bir surette tetkik edilirse bunların hakikaten muamele için en mühim şartlar olduğu görülür. Buna karşı: ne çıkar? Abonenin aklına göre talî sayılır sayılmaz bunlar da talî olurlar denebilir. Fakat hadiselerin, hakikatlerin gerçek kıymetleri niçin böyle tersine çevriliyor ve niçin böyle bir mânâsızlığa düşülüyor? Çünkü mukavelevî muta bunu gerektiriyor da ondan!» ... «Bu hesaba göre bir Nafia hizmeti mukavelesinde şartname ve umumî hükümler talî derecede ve kabili ihmâl bir unsur olacak, ve geriye ancak müfredat ile fiyatlar hakkındaki tafsilât kalacaktır. Nazariyenin mahkûmiyeti için sade bu yeter.»

Hauriou'nun esaslı şartlar hakkındaki tenkidi müellif tarafından haklı olarak cevaplandırılmış ve her hangi teşebbüste olursa olsun her iki tarafın da *müştereken mühim telâkki ettiği* şartların bulunacağı neticesine varılmıştır. Hattâ müellif bizzat sigortacılarla istişare ettiğini ve hepsinin de kendisine poliçelerde sigorta ettirenin dikkati çekilen şartların, yani elyazısıyla yazılı şartların yegâne mühim şartlar olduğunu, buna mukabil matbû şartlar yüzünden imkân nisbetinde az dava açtıklarını ve bunları yalnız suiniyet sahibi sigortalılara karşı ileri sürmeğe gayret ettiklerini söyledikle-

(27) *Hauriou. Note de Sirey 1908.*

rini bildiriyor. Meselâ iş mukavelelerinde, yevmiye ve çalışma müddeti işçi için de, patron için de en mühim şartlardır. Buna mukabil atölye nizamnamesinin hükümleri tali derecededir.

Şu halde müellifin fikrine göre bu esas şartlarda tam klâsik mukavele şartları mahiyeti ve tarafların gerçek ve filî rıza iştirakları vardır.

b — *Ferî şartlar*: Bunlar, taraflardan birinin tanzim ettiği ve karşı tarafın pek te mahiyetine vakıf olmadığı şartlardır. Şu halde bunları, esaslı şartlarla birlikte ve bir kül halinde kabul ederken, ne düşünmüştür? Niçin kabul etmiştir? Müellifin görüşüne göre iltihak eden kimse bu şartları sırf kendisine esaslı diye arzedilen ana hükümlerden doğan mükellefiyetleri tasrih veya ikmale matûf gibi telâkki ederek kabul etmiştir. Yoksa bunları dolambaçlı bir surette mukavelenin özünü ağır bir şekilde tadil edecek veya mahiyetini tamamen değiştirecek kuvvette telâkki etmemiştir.

Şu halde iltihakî bir akidde ferî hükümler, iltihak edene karşı ancak şu takdirde hukukî neticeler doğurabilir: Eğer bu hükümlerin gayesi, esaslı hükümlerin tasrih ve ikmâli ise. Yoksa bu hükümlerin neticesi, mukavelenin özünü dalavereli bir surette istihale ettiriyorsa, iltihak edene karşı hükümsüz kalırlar. Zira bunlar, iltihak eden taraftan ancak zimnî bir takyit ile kabul edilmişlerdir.

Âmmeye ferî gibi gösterilen bir hükmün, akdedilen muameleyi büyük bir nisbette hayalî bir hale getirmesine müsaade etmek: Bu, hem mukavelenin hakikî ve zimnî bir şartını hem de hüsnüniyet prensibine riayet borcunu ihlâl etmek olacaktır. Esasen herhangi bir mukavelenin hükümleri arasında her hangi bir tenakuz gören hâkimin serbest tefsir hakkı vardır. İşte *Dereux* de buna istinatla şöyle demektedir: Ferî hükümler, esas hükümlerin ruhuna göre tefsir edilmelidirler.

Sonra bu nazariyenin iki pratik neticesi olduğunu da söylemektedir:

§ 12 — *Telifci görüşün pratik neticeleri*:

a — Şayet mukavelenin esaslı hükümlerinin ihsas ettireceklerine mugayir olarak ferî hükümler iltihak edene dürüst ve becerikli bir adamın ifa edemeyeceği tarzda bir takım külfetler yüklüyorsa bu külfetler tenkise tabi tutulmalıdır. Aksi takdirde iltihak eden hakikî bir tuzâğa düşmüş olur.

Meselâ prensip olarak on sene için muteber olan bir sigorta poliçesini ele alalım. Bunda şöyle bir şart olsun, «Sigorta ettiren, ilk

mukavelelerin hitamından 6 ay evvel mukaveleyi yenilemeyeceğini haber vermelidir. Aksi takdirde mukavele bir on senelik müddet daha uzatılmış addolunur». Böyle bir hükmün neticesi, kendisini ancak ilk on senelik müddet için bağlı zanneden sigortalının hemen hemen mukadder bir surette bir on sene için daha bağlanmasıdır. Filhakika sigorta ettiren kimse; ilk mukaveleyi yaptığı zaman böyle bir şartın farkına varmış olsa bile on sene geçince tabiatile unuttur ve «bitmesine altı ay kaldı, aman derhal ihbar edeyim» diye hesaplayamaz. Son taksiti verirken bir de bakar ki bu şart yüzünden kendisi akdi feshetmek niyetinde olduğu halde ister istemez on sene daha bağlı durumda kalmıştır. Fakat buna mukabil böyle altı ay şartını koymayıp ta sadece: «eski mukavelelerin hitamından evvel tecdit edilmiyeceğini bildirmek mükellefiyeti vardır», dense idi çok daha hafif olurdu. Bordeaux Sulh Mahkemesinin 14.6.1904 tarihli bir kararında ezcümle şöyle denmektedir:

«Küçük puntolarla basılmış ve çok defa sigorta ettiren tarafından farkına varılmamış olan böyle bir hüküm ne kadar aşırı ve şayanı teessüf olursa olsun, poliçeyi imzalayanlar tarafından bilinmiş ve kabul edilmiş gibi telâkki edilmelidir. Sigorta poliçelerine verilmiş olan bu temdit vasıtasının ne kadar ciddiyetle tetkiki gerekirse gereksin, mahkeme, poliçenin ilk kararlaştırılan müddet kadar bir müddet için tecdit edilmiş olduğunu kabule mecburdur.»

Hâkim, dalavereli şartlara cevaz vermemelidir. Zira böyle bir şart zahiren matbu bir sürü şartlar yığınının içine karıştırılmış alelâde ve teferruat kabilinden bir hükümdür. Halbuki hakikatte yepyeni bir mukavelelerin ve uzunca bir müddet süren çeşitli vecibelerin âmili daha doğrusu sebebidir.

b — Diğer amelî netice de, şartnamelerdeki cezaî şartların kontrolüdür. Bu şartlar hakikaten münhasıran akiddeki mükellefiyetlerin icra edilmemesine mâni olmak ve bundan doğacak zararları karşılamak için konmuş olmalıdır. Fakat bir cezaî şart, müfrit sertliği yüzünden başka bir maksadı istihdaf ediyor gibi görünürse ve bilhassa mukavelelerin simasını dalavereli bir surette tebdile matuf gibi görünürse mahkeme bu şartın şiddetini azaltabilmeli ve bunu hüsnüniyetin cevaz verdiği hadde indirebilmelidir. (Meselâ bir işçiye taahhüt edilen gündeliği adamakıllı kısmak, yahut bir sigortalının normal mes'uliyetini hemen hemen tamamen ortadan kaldırmak gibi.).

Müellifin fikrince fabrikaya tahta pabuçları ile girdiği için, ni-zamname gereğince bir işçiyi 10 franklık para cezasına mahkûm eden

ve temyizce tasdik edilen karar pek serttir. Bu paranın 1866 daki değeri düşünülünce hak vermemek mümkün olmaz. (Cass. Civ - 14.2.1866. Sirey: 1866.I.194).

Müellifin fikrinde iltihakî akitler hakiki mukavelelerdir. Ve tarafların müşterek iradeleri mahsulüdür. Ve bizzat bu sebepten âkidlerin irade beyanları bakımından muhtelif hükümler arasındaki hiyerarşiye dikkat etmek lâzımdır. Esaslı hükümlerin ruhuna hürmet göstermek bütün tefsire hâkim olmalıdır. Ve içtihat, bunu lâyikeyle kale almadığı içindir ki çok defa iltihakî akitlere hakkaniyete uymayan neticeler tevliht ettirmiş ve âmmenin itirazlarını mucip olmuş, neticede yeni nazariyelerin zuhuruna sebebiyet vermiştir.

Mamafih müellif, içtihadın bazı kararlarda kendi nazariyesini farkına varmadan kabul ettiği fikrindedir.

Müellif bu metodu ile iltihakî akidler meselesinin «sui generis» bir şey telâkki edilmeden halledilebileceğini iddia ediyor ve kanunlarla konacak memnuiyetlerin bir semere vermiyeceğini söylüyor ki, bu meseleye ilerde temas edeceğiz. İltihakî akidler meselesi hakkında lehde ve aleyhde söylenmiş olan çeşitli fikirlere bu kısa temasımızı bitirmeden evvel, bunu, mukavele tekniğinin tabii bir tekâmülü ile izah eden ve haddizatında böyle bir mesele bahis mevzuu olmadığını iddia eden SALLE'nin fikirlerini de kaydedelim.

IV

MUKAVELE TEKNİĞİ İLE İZAH

§ 13 — Sallé'nin klâsik ve modern nazariyeleri tenkidi § 14 — İltihakî akidler nazariyesinin sukut sebepleri — § 15 — İltihakî akidlerin mümeyyiz vasıflarının tahlil ve reddi — § 16 Dar mânada hususî hukuk mukaveleleri ile imtiyaz mukaveleleri arasındaki fark,

§ 13 Sallé'nin klâsik ve modern nazariyeleri tenkidi;

«İltihakî akidler meselesi yoktur, belki mukavele tekniğinin tekâmülü meselesi vardır» diyen Sallé, mukavelenin teknik tekâmülüne tahsis ettiği kitabında iltihakî akidler meselesini, bu teknik tekâmül ile diğer bazı arızî vasıfların birbirine karıştırılması yüzünden doğmuş bir yanlış anlaşılma neticesi gibi gösteriyor.

Bu müellif, kendi ileri fikirlerini serdetmeden önce gerek klâsik görüş tarzını, gerek âmmeçilerin görüşlerini, hattâ gerek telifçi ve gayretkeş hususiyecilerin tezlerini adamakıllı tenkit ediyor ve

«İltihakî mukavele» den ne kastedildiğini araştırarak, neticenin boş bir tabirden ibaret kaldığını söylüyor.

Filhakika Sallé şöyle demektedir. (29). «İltihakî akdin sahası nedir?

Yeni nazariye taraftarlarına göre nâfiz bir iktisadî ve içtimâî kudrete sahip hakikî veya hükmi bir şahsın eseri olup; âmmeye arz edilmiş bir nizamname, bir statü mevzubahis olan her yerde iltihakî akit vardır. Bu noktai nazara iştirak edilirse, mukavelenin tek taraflı olarak tabî tekniğinin hemen her istimali halinde; mukaveleyi kendi tabîi kadrosundan çıkartmağa kâfi gelecek ve hâdiselerin gerçekliğine daha uygun olan yeni nazariyelerin izahlarını zarurî kılacak kadar büyük bir iktisadî muvazenesizliğin mevcut olduğuna hükmetmek lâzımgelcektir.

Bu görüşün doğruluğuna gelince; her halde bunun muhakeme edileceği saha filiyat sahası değil, belki müsbet hukuk sahasıdır. Bu hususta yapılacak bir tetkik, hukuka nakilleri gereken bazı hâdiselerin hakikî mahiyetlerinin tam bir şekilde bilinmesini istilzam ettiğinden, her şeyden evvel muayyen bir tekniğin istimali keyfiyeti ile —âmmeci müellifleri bu kadar mutlak neticeler istihracına sevkeden— bu iktisadî muvazenesizliğin zuhuru hâdisesi arasındaki irtibat ve münasebetleri tâyin etmek bilhassa zaruridir.

Halbuki iktisadî muvazenesizlik, mukavele mefhumunu büsbütün ortadan kaldırmak için kâfi gelmez, âmmécilerin yaptığı şey, *Demogue*'un dediği gibi, «İltihakî mukaveleyi, zaten iyice eğilmiş olduğu tarafa, yani hususî kanun tarafına büsbütün düşürmek» olur (30).

İltihakî akitte tek taraflı bir muamele hali görmek, iltihak edeni tamamen kurban etmek, önüne geçilmesi lâzımgelen bir muvazenesizliği büsbütün takviye etmek demektir (31).

Sonra müellif bu iktisadî muvazenesizlik kıstasını da belirsiz bulur ve bunun miktarının tesbiti imkânsız olduğunu ima eder.

Hususiyecilerin bulmağa çalıştıkları kıstasları da tenkit eder. Filhakika bunlar nelerdir? *Dollat*'ya göre münakaşasızca kabul edilen her icap halinde iltihakî akit vardır. Fiatla birlikte emtea teşhiri, gaz abonesi, iş mukavelesi ve sigorta gibi.

Fortier, üç mümeyyiz vasıf zikreder: 1 — Mukavelenin bir tarafça tanzimi.

(29) Sallé — *L'évolution technique du contrat*: sah. 39.

(30) *Demogue* — *Traité*: Cilt: II: sh. 337.

- 2 — Dikkati çekmiyen bir sürü müteferri hükümlerin bulunuşu.
 3 — Mukaveleyi hazırlıyanın hâkim durumu. (Fili veya hukuki inhisar).

Pichon mümeyyiz vasıfları 4 e çıkarır, şöyle ki:

- 1 — İcabın kollektif oluşu.
 2 — Anlaşmanın bir tarafın eseri oluşu.
 3 — İcapta bulunanın hâkim durumu.
 4 — Mukavele hükümlerinin karmaşık bir tarzda tanzimi.

Louis Lucas, mes'eleyi dogmatik bir tarzda inceler ve iltihakı, mukavelenin teşekkülünde «illet» e düşen rolün; «irade» ye düşen rol lehine azalması suretile vasıflandırır. *Saint - Rémy* bunu, âkitlerden birinin kendi iktisadî ve içtimai kudreti ile diğerrinin iradesi üzerindeki tazyiki şeklinde tavsif eder (32).

§ 14 — *Sallé*'ye göre iltihakî akitler nazariyesinin sukut sebepleri:

İltihakî akitler nazariyesi pek çok müellifleri yormuş, fakat doğduğundanberi ölmeğe yüz tutmuştur. Bunun bir çok sebepleri vardır. Evvelâ Fransızlar, hâkime, ancak hakkaniyet esaslarına göre hükmedecek bir iktisadî hakem rolünü tanımaktan hiç hoşlanmazlar. Sonra, hâkime verilecek bu geniş tefsir ve takdir selâhiyetini realitede tahakkuk ettirmek imkânsızdır. Nitekim Alman Medeni Kanununun 138 inci maddesi pratikte bu tatbiksizlik durumuna düşmüştür.

Diğerr taraftan bir türlü bu kaypak mefhum tarif edilememiştir ve bu yolda sarfedilen bütün gayretler boşa gitmiştir. Bu vaziyet karşısında ancak şu neticelere varmak mümkündür: Ya, mukavele- nin modern tekâmülü, onu klâsik akit nazariyesinden harice çıkartmış değildir, yahut ta bu hususta nazariyeler kuran müelliflerin görüş noktaları hatalı bir müşahedeye sebep olmuştur, yahut ta üçüncü bir ihtimal olarak, mukavele tekâmülünün neticesi olan ehemmiyetli tadiller, «iltihakî mukavele» namı altında toplanan birkaç mukavele grupunu bir hayli aşmakta ve bütün bir modern mukavele kategorisini içine almaktadır.

Bundan maada, iltihakî denen mukavelelerin tarafların iktisadî ve sosyal müsavatsızlıkları ile izah ve tarif edilemeyişlerinin sebebi, bu müsavatsızlığın ârizî bir vakıa olması ve ne bir teknik'e ne de bir müesseseye raptedilememesi yüzündendir.

Şu halde yapılacak şey şudur:

(31) *Hauriou: Les principes du Droit Public, sh. 42.*

(32) *Louis Lucas - Volonté et cause, sh. 252.*

Evvelâ iltihakî akdi tarif için ileri sürülmüş olan mümeyyiz vasıfları birer birer ele almak ve bunların istikrar derecelerini ölçmek, ve eğer neticede bu vasıfların ancak ârızî şeylerden ibaret olduğu anlaşılırsa bu kadar kaypak ve tesbiti imkânsız bir hâdise üzerine kurulmuş olan bütün hukukî kategoriye reddetmektir.

§ 15 — İltihakî akdin mümeyyiz vasıflarının tahlil ve reddi:

Şimdiye kadar muhtelif müellifler, iltihakî akdin hususiyeti olarak 6 mümeyyiz vasfı tesbit etmişlerdir:

1 — İcap bir topluluğa karşı yapılır.

2 — Anlaşma münhasıran taraflardan birinin eseridir.

3 — Mukavele hükümlerinin tanzimi karmaşıktır.

4 — İcapta bulunanın durumu galip ve hâkimdir.

5 — İcap münakaşa edilemez.

6 — Mukavele âmme menfaatini karşılıyan bir hususî hizmeti ifade eder.

Şimdi bu vasıflardan her birinin hususilik derecesi üzerinde duralım:

1 — İcabin bir topluluğa karşı yapılması pek taammün etmiş bir usuldür. Ve hiç te taraflar arasında iktisadî bir müvazenesizliği gerektirmez. Bir pazar yerinde köylünün üzerinde fiat etiketi ile buğday satması da umuma karşı yapılmış bir icap teşkil eder. Gazetede fiat ilânı ile yapılan teklifler veya maktu fiatları yazılı her nevi eşyanın vitrine vaz'ı bu nevi icaplardandır. Zaten pazarlık bu gün hemen her yerde ortadan kalkmıştır... Bütün bu mukavelelere iltihakî akit gibi kötü bir isim takmak güç olur.

Eğef bazen arz ve talep kanunu lâyikiyle cereyan edemiyorsa bunu taraflardan birine veya diğerine atfetmekte mâna yoktur. Zira bu; ne birinin ne de ötekının eseridir. Fakat her ikisinin de bilmediği bir takım mütavassıtların işidir ki, sırasıyla kâh birini, kâh diğerini müteessir etmektedir. Burada, kollektif icabin inkişafında mukavele tekniğinin bir tekâmülü vardır, yoksa bu herhangi bir müvazene inkıtai ile izah edilemez (33).

2 — Anlaşmanın taraflardan biri tarafından yazılması (tanzimi):

Bu hal diğer klâsik mukavelelerde de çok görülür. Meselâ ödünç para veren kimse borç verme şartlarını kendisi tâyin eder, yahut bir gayrimenkul sahibi kiralama şartlarını kendisi teklif eder, borçlu

(33) Sallé: Adı geçen eser, sh. 50

veya kiracı ancak bedeli veya alacak miktarını münakaşa eder ki, bunlardan hiç biri iltihakî akit değildir.

3 — Mukavele hükümlerinin tanzimindeki karmaşıklık da ayrıncı bir vasıf değildir.

4 — İcapta bulunanın hâkim ve galip durumu:

Bunu fiilî inhisarla izah ediyorlar. *Hukukî* inhisar, devletin bir âmme hizmetini muayyen bir hususî müesseseye vermesi ve ona mütemadiyen müdahale ederek işleyişini hususî hukuk rejiminin dışına çıkarmasıdır.

Fiilî inhisar halinin devamı ise ancak her nevi rekabetin imhası ve tröst veya kartel gibi tek bir teşekkül uğruna çalışılması ile mümkündür. Böyle bir hâdise ise zaten ceza kanunu ile menedilmiştir. (Fransız Ceza Kanunu M. 419). Mesai saati ve gündelik meseleleri gibi fiilî inhisarlardan doğan durumlarda da vaziyet aşağı yukarı budur. Esasen bu gibi meseleler, hukukî değil, belki tamamiyle siyasî meselelerdir. Zira yapılacak şey milletlerin iktisadî ve içtimai hayatlarındaki arızalara karşı koymaktır. Yoksa millî müesseselerin tabii tekâmülünü hukuk sahasına nakletmek değil (34).

Görülüyor ki, muayyen bir içtimai veya iktisadî hâkimiyetin müşahedesi, hukukun ilk prensiplerinin ıslahı neticesine varmak için kâfi değildir. Fakat mukavelelerin teknik tekâmülü; âkitlerin serbestisi üzerine kuvvetle tesire müsait olan mukavelevî münasebetlerin tadili için bir sebep ve bir kaynak olarak telâkki edilebilseydi vaziyet başka olurdu. Halbuki müellifler işi bu zaviyeden görmemişlerdir. Bu mevzuda bu tekâmül meselesi ancak çağdaş müspet hukukun tetkiki vasıtasıyla halledilebilir.

5 — İcabın münakaşa edilememesi meselesi:

Bu mesele, taraflardan birinin hâkim ve nâfiz durumda olmasından mücerrettir. Zira «mukaveleyi karşılıklı olarak evvelden tanzim» usulünde de aynı hal vardır. İki tarafın mümessilleri tarafından karşılıklı olarak tanzim ve tabedilen mukavele şartları sonradan aynı tip mukaveleyi imzalayacak olanlar bakımından münakaşa edilmez durumdadır, fakat hiç te tek taraflı değildir.

6 — Mukavelelerin âmme menfaâtini karşılayan bir hususî hizmeti ihtiva etmesine gelince, bu hususta *Hauriou*'nun ileri sürdüğü fikirler son derece karmaşık olayların sosyolojik, hattâ metafizik bir izahını teşkil ederler. Bu itibarla bu nazariyenin şumulü son derece

(34) Sallé: Adı geçen eser; sh. 53.

geniştir ve bu da bir tarife varmak hususunda onu bir hayli elverişsiz kılar... Biz burada âmme hukuku ve hususî hukuk gibi pek farklı iki hukuk şubesinin müşterek hudutlarına temas etmekteyiz ki: bu sahadaki belirsizlik pek müteaddit sui tefehümlere sebep olmaktadır.

*Hülâsa: gerek *Hauriou* ve gerek *Demogue*'un fikirlerinde ifrat vardır. Umumî ihtiyaçları karşılamağa matuf her teşebbüsün, sonunda âmme müessesesi halini alacağı mutlaka kestirilemez. Hattâ son asrın devlet imtiyazı şeklinde işletilen müesseseleri yerine sadece devletin maddî yardımlarda bulunduğu hususî müesseseler kaim olmuştur. Zira hususî müessesenin, idari müesseseye ne kadar faik olduğu kabul edilmiştir. Esasen böyle bir temayülü tesbit etmiş olmak tarif bakımından hiç bir şeye yaramaz. Zaten hukukî bir müessesenin tarifi, hususî bir iktisadî vasfın noksanlığı halinde, son derece iyi tâyin edilmiş ve müstakar olan bir takım unsurların iştirakini istilzam eder. Halbuki iltihakî mukavelenin yegâne mümeyyiz vasfı, taraflardan birinin diğerine karşı olan faikiyetidir. Halbuki böyle bir tarif iktisat alanında kifayet etse bile, hukukî sahada mutlak bir surette kifayetsizdir. Zira kemmî belirsizliği ve her şeyden evvel sadece iktisadî bir vasfı ifade etmesi onu hukuk sahası için kifayetsiz kılmaktadır.

Tariflerdeki mutlak istikrar fıkdanı böylece tezahür etmiş bulunuyor. Ve iltihakî mukavelenin tamamen gelip geçici bir mefhum olduğu görülüyor. Bu meselenin Fransız doktrininde ortaya çıkmasına sebep, vakıaların fena bir bir müşahedesi ve gelip geçici iktisadî olaylarla hiç bir veçhile herhangi bir iktisadî eşitsizliği tazammun etmiyen mukavele tekniğindeki devamlı tekâmülün birbirine karıştırılmasıdır...

Bu iltihakî akit tabiri şu bakımdan da tehlikelidir ki, bir hukukî müesseseyi akla getirdiği halde, haddizatında ancak fena tarif edilmiş, belirsiz, geçici ve ârizî bir takım iktisadî fenomenlerin bütününe ifade etmektedir. Ve bundan başka, tarifinin istinat ettirildiği bu gibi müvazenesizliklerin sırf bazı modern tekniklerin bilhassa mukavele metninin tek taraflı olarak evvelden tab'î tekniğinin istimalinden çıktığı zehabını verebilir. İşte bu sebeplerden dolayı, bu tabiri hukuk lûgatından kaldırmak çok daha iyi olacaktır (35).

Modern müsbet hukukumuzun, mukavele tekniğinin devamlı

(35) Sallé: Adı geçen eser, sh. 59.

bir tekâmülü dolayısıyla islâhı istenebilir. Fakat iltihakî akitlerin zuhuru iddiasıyla böyle bir ıslah talep edilemez.

Zira bu gün en küçük endüstri adamı ,en mütevazı tacir bile, ağır rekabet kanunlarına tâbi olduğu halde bu mütekâmil mukavele tekniğini kullanmaktadır.

§ 16 — *Âmme kudretinin müdahale ettiği mukavelelerle dar mânada hususî hukuk mukaveleleri arasındaki fark:*

Bu tefrik elzemdir. Sırf hususî hukuk bakımından, bir sigortacı veya bir patronun sigorta poliçesi veya atölye nizamnamesini kendi keyfine göre tanzim edebileceğine inanmak hatalıdır; hakikaten keyfi olan şartlar, derhal vasıtalı veya vasıtasız olsun kollektif tepkilere sebebiyet vereceklerdir... İşçi sendikaları ve saire gibi...

Bununla beraber Devletin müdahalesi zaruridir. Zira mukavelevî olmaktan çıkan ve siyasi olmağa yaklaşan meseleler vardır. Muayyen bir ehemmiyette içtimai bir menfaat bahis mevzuu olduğu zaman devlet müdahalesi haklıdır. Mamafih bunun ancak istisnai olması ve bir nüfuz suiistimali de teşkil etmemesi lâzımdır... Yani hiç de kendi salâhiyetine dahil olmıyan mevzulara kifayetsiz sebepler dolayısıyla müdahaleye kalkışmamalıdır. Eşasen bu suretle hareket ederken, devlet, hiç bir zaman hukukî mânada, kanun vazı sıfatıyla değil, belki sadece siyasi iktidar sıfatıyla hareket etmektedir. Ve bu hareketi ile hiç bir zaman *hukuk yaratıyor* değildir. Bununla zarurî bir müdafaa yapmakta ve burada tetkik edilemeyecek olan bir takım hal ve şartlara uygun tedbirler almaktadır.

Fakat mukavelenin mevzuu bir âmme hizmetinden istifade ise, istifade edecek olan kimsenin iradesi kaideten ve ağır bir surette bağlanmıştır. Zira burada teşebbüs, âmme hizmeti halini alır almaz, inhisar hali bir kaidedir. Bu inhisar bir kanun metninden çıkmaz, fakat şartnameye ithal edilmiş olan bir hükümden çıkar ki bununla devlet veya bir âmme hükmî şahsı imtiyaz verdiği kimseyi rekabetten koruyacağını vadeder.

Mamafih meseleyi daha derinden incelersek, yalnız hizmetten istifade eden ferdin değil, hizmeti üzerine alan müessesenin de tam bir irade serbestisine malik olmadığını görürüz. O da şartname hükümleriyle, tarifelerle bağlıdır. Ve bunların kısmı âzamı devlet tarafından kendisine «imposé» edilmiştir. Hattâ fiatlar bile tarafların rızasıyla tesbit edilmiş değil, devlet tarafından vazedilmiştir.

Esasen, hizmetten faydalanan ile müessese arasındaki mukaveleden başka olan yani bizzat hizmeti yapan müessesenin devletle

yaptığı mukavele, idarî mukaveleler grupuna girer ve bunun hususî hukuka müteallik bir etütte tetkiki gerekmez.

Zaten bunlarda idarî müdahaleler dolayısıyla mukavele mekânizması normal şekilde cereyan etmez.

Hülâsa; hususî hukukta izahı müşkül bir şey olan bu sözde iltihakî akitler âmme hukuku sahasında hiç değilse kısmen mukavelevî sahadan çıkmışlardır.

İşte *Sallé*'nin fikrine göre hukukta bir «iltihakî akitler» meselesi yoktur. Belki mukavele tekniğinin bir tekâmülü meselesi vardır. Üzerinde durulacak olan da budur. Modern mukavele kollektif karakterdedir. İcabın önceden hazırlanmış matbu şartlar halinde yapılması tamamen mukavelevî bir formalizmdir ve daima kanunî şeklin haricinde kalır.

Bu mukavele tekniğinin iktisadî kudrete sahip ve fiilen nüfuzlu bir durumda olan âkitler tarafından suiistimalini önlemek ise devlete düşer. *Sallé*, iltihakî akit meselesini külliyyen reddettikten sonra mukavele tekniğinden ve mukavele tekniği bakımından devletin takip etmesi gereken mukâvele siyasetinden bahseder. Ve devletin tafsilâtlı kanun maddeleriyle mukavele metinlerine fazla karışmasını doğru bulmaz. Görülüyor ki, orijinal buluşlarına rağmen, bu da, ferdiyetçi ve klâsik görüşün daha modern bir kılığa sokulmuş bir tekrardan ibarettir.

V

TATBİKAT

§ 17 — Doktrin münakaşalarının ameli bakımdan ehemmiyeti. — § 18 — Mukavele ta'afatı görüşüne göre kazaî tefsir. — § 19 — Mukavele aleyhtarı görüşüne göre kazaî tefsir. — § 20 — Alman içtihatlarında tefsir. — § 21 — Kanun ve Nizamlar vaz'ı ile hal meselesi. — § 22 — Devletin müdahale tarzları. — § 23 — Müdahalenin gayesi. — § 24 — Müdahalenin yol ve tarzları

§ 17— *Doktrin münakaşalarının ameli bakımdan önemi:*

İltihakî akit tâbirile kastedilen mefhumun tam bir tarifi yapılamadığı, bununla daha ziyade mukavele tekniğindeki bir tekâmül temayülünün kasedilmekte olduğu hakkındaki fikirler filhakika doğrudur. Zaten *Sallé*'de, *Ripert*'in müteaddit defalar tekrarladığı gibi, takbih edilen şeyin bu yeni mukavele tipleri değil, bunların

suiistimali olduğuda karar kılıyor. Ve iktisadi nüfuzun suiistimalini önlemek te devlete düşer diyor. Doktrindeki çeşitli münakaşaların sonu, tarif zaafından mücerret olarak, kollektif bir mahiyet arzeden icaplarla yapılan ve aynı menfaate sahip büyük adette ferdlerin ihtiyaçlarını karşılamaya matuf olan bu gibi mukavelelerin sosyal tehlikelerini önleyebilmek meselesidir. Daha doğrusu bu çeşit mukavelelerin (ne çeşit olduğu henüz kati bir tarif ile tebellür ettirilmemiş olmakla beraber) iktisadi kudrete sahip müessese veya şahısların elinde bir suiistimal aleti olmamaları için filiyatta ne yapılmalıdır? İşte halledilmesi gereken asıl mesele budur. Tarif henüz tebellür etmemiş olabilir. Fakat bilfiil müşahede edilen karmaşık bir durum vardır. Ve bizzat bu durumun karmaşıklığı yüzündendir ki vazih bir tarife varılamamaktadır. Bununla beraber, *devâsâ* bir kapitalist veya bir hükmi şahıs ile iktisadi bakımdan vasıtasız veya hiç değilse bu kapitalist veya hükmi şahsın iştigal mevzuunun cahili olan münferit bir ferdin akit yapmalarında herhalde dikkati çeken bir hususiyet olsa gerektir. «Devletin herhangi bir iktisadi nüfuzun suiistimalini önlemesi lâzımdır», demekle bir şey halledilmiş olmaz. Suiistimal mefhumu gibi kaypak bir mefhum çok defa hiç bir şey ifade etmiyebilir. Diğer taraftan, suiistimal mefhumu, ancak mukabil bir mefhum, bir zıd mefhumdur; ve bunu tâyin için evvelâ hüsnü istimalin ne olduğunu tâyin lâzımdır. İster iltihakî akitler densin, ister modern ve mütekâmil bir tekniğe sahip olan kollektif mukaveleler densin, ortada klâsik ve münferit mukavele tipinden ayrı yeni bir tip muamele mevcuttur. Ve bu tipte gerek ekonomik müvazenesizlik, gerek tarafların mevzua vukufuları bakımından olan nisbetsizlik aşıkârdır. Şimdi bu tip muamelelere karşı klâsik mukavele gibi davranmak ve yeni bir meselenin vücudunu reddetmek bizzat hukuk fikrine mugayirdir. Yapılan doktrin münakaşaları ise, filiyatta ne yolda hareket edilmesi lâzımgeldiğini tâyinden uzaktır. Bununla beraber teklif edilen iki yol vardır:

1 — Bu tip mukavelelerin hâkimler tarafından hususî bir tefsir usulüne tâbi tutulması ve mevzuat üzerinde değişiklik yapılması.

2 — Vazı kanunun müdahalesiyle bu nevi mukavelelerde bazı şartların men'i ve bazılarının ise mecburî tutulması ve hâkime tehlikeli bir tefsir salâhiyetinin verilmemesi.

§ 18 — *Mukavelevî görüş tarzına göre kazâi tefsir:*

Klâsik nazariyeye taraftar görünen *Josserand*, iltihakî akitlerin

mukavelelik sıfatını kabul etmekle beraber, karşılıklı münakaşa yoluyla yapılan akitlere mukabil böyle iltihak suretiyle yapılan diğer bir akit kategorisi tanınmanın faydadan hali olmadığına işaret eder ve bunu bilhassa tefsir meselesinde tebarüz ettirir: «İltihakî mukavelelerin hükümleri diğer mukaveleler kadar açıklıkla seçilemezler. Zira çok defa bu hükümler teşebbüsün müşterisi, yolcu, sigorta ettiren, işçi, memur gibi mukabil âkitlerin bilfiil vâkıf olmadıkları ve itimatla gözlerini kapıyarak kabul ettikleri basmakalıp bir nizamname çerçevesi içinde boğulmuş vaziyettedirler. Bu şartlar içinde şu veya bu ihtilâflı hükmün taraflarca hakikaten kabul mü edildiğini, yoksa bu hükmün bir sürü tafsîlâtla dolu nizamnameye ithali keyfiyetinin taraflardan birine karşı bir tuzak mı teşkil ettiğini araştırmak hâkime düşecektir. Bu son ihtimalde bizim fikrimiz şudur: Mahkeme böyle bir hükmü re'sen bertaraf etmek salâhiyetine sahip olmalıdır. Bilhassa bu hüküm, muamelenin bizzat nescini teşkil eden esaslı hükümlerle hemâhenk değilse ve bu esaslı hükümler alâkalılarca malûm olmuş ve kabul edilmiş ise.» (36).

Evvelce nazariyesini naklettiğimiz Dereux'nin tefsir hakkındaki fikirleri de bu merkezde idi. O, esaslı şartlar ve fer'î şartlar tefrikini teklif ederek sonuncuların birincilere göre tefsiri gerektiğini iddia ediyordu. Böylelikle fer'î şartlar arasına ithal edilen ve sırf icapta bulunanın menfaatlarını korumak ve iltihak edenin durumunu son derece ağırlaştırmak için konmuş olan bazı şartları, esaslı hükümlerin ruhuyla tezat teşkil ettiğinden, onları keenlemyekün bir hale getireceğinden bahis ile tatbik etmemek imkânını hâkime tanıyordu.

Dereux, iltihakî mukavelelerin tefsiri hususunda hâkime böyle geniş bir salâhiyet tanınmasını tavsiye etmekle, iltihakî akitler meselesinin kanun yoluyla tanzimine aleyhtar görünmektedir. Filhalka şöyle demektedir: «Böylece iltihak mukavelelerinin müteaddit şartlarını menetmek suretiyle akit serbestisini daima bir az daha darlaştıran ve gittikçe teaddüt eden kanunlardan da sakınılmış olur. Vakîâ bu da bir hal suretidir, amma fikrimizce kusurlu bir yoldur. Böyle kanunlar vaz'ı suretiyle menedilen şartların kısmı âzamı hadizatında hiç te şayanı takbih şartlar olmayabilir. Şayanı takbih olan, onların hukukî bir muameleye kapalı sokulmuş olmasıdır. Diğer taraftan, kanun vaz'ı tarafından konan bu müteaddit memnuiyetler sistemi; neticede bizzarure kendi gayesini kay-

beder. Falan şartı menediyorsunuz, öyle mi? pekâlâ... Fakat sigortacı veya patron için yeni kanunun derpiş etmediği ve fakat kendisine menedilmiş olan şartın temin edeceği istifadelere muadil faydalar temin eden yeni bir şartı icadetmek pek mi güçtür? İltihakî akitlerde, icapta bulunanın, iltihak edene kurabileceği bütün tuzakları teker teker menetmeğe hiç bir zaman muvaffak olunamayacaktır... Böyle pratik meseleleri yasak kanunları ile halle kalkmak, üzerine yaban arıları üşüşmüş bir bal peteğini kurtarmak için ateş etmeğe benzer: Kurşunla pek az arı öldürülür, fakat petek büsbütün berbat edilir. Böylece iltihak suretiyle yapılan mukaveleler meselesinin hakikî hal sureti, fikrimizce, onları hakikî mukaveleler olarak telâkki etmek, fakat hâkimi, bu nevi mukavele hükümlerinden her birinin neticelerini, titiz bir surette her iki tarafın da gerçek iradelerine tâbi kılmağa mecbur etmektir.» (37).

Görülüyor ki, mukavele taraftarı olan görüş tarzı, daima, mukavele hükümlerinde tarafların müşterek rızalarını araştırmağa mütemayildir. İltihak edenin, sarahatle bilmiş olması halinde kabulüne imkân olmayan şartları hâkim eliyle bertaraf etmeğe taraftardır.

§ 19 — *Mukavele aleyhtarı görüş tarzına göre kazâi tefsir:*

Buna mukabil, mukavele aleyhtarı görüş tarzı iltihakî akitlerin daima icapta bulunanın iradesine göre tefsiri gerektiği, adetâ kanun gibi tefsir edilmesi icabettiği kanaatindedir.

Yalnız *Saleilles*'in mütalâası şayanı dikkattir. *Saleilles* şöyle diyor: «İltihakî mukavelelerde tefsir, tam mânasiyle bir kanun tefsiri gibi olacaktır. Ve bu tefsirde falan veya filan fabrikanın umumî teahhüt şartlarına iştirak eden işçinin veya biletini almakla kumpanya tarafından tesbit edilmiş olan şartlara ve kanuna iltihak etmiş olan yolcunun bu mukavele ile ne kaşdetmiş veya ne istemiş olduğundan ziyade; umumî şartnamelerin hitap ettikleri topluluğun menfaatinin icapları nazara alınmalıdır. Tefsir mevzuu olan şey, artık her iki âkidin müşterek iradesini temsil edebilecek olan mütevassıt bir iradenin araştırılması değildir. Zira bu nevi usuller, ancak her iki iradenin müsavi rollere sahip olduğu hallerde mevzubahistir: İltihakî akitlerde tefsir, hâkim vaziyette olan tek iradenin, yani teahhüdü tek başına yaratan iradenin tefsiri olacaktır.

Meselâ hâmiline muharrer senetler ihraç eden ve daha senetlerin ihracı ânında, yani «souscription» yoluyla senetlerin her türlü

(37) *Dereux*: Adı geçen eser, sh. 535.

kabulünden evvel kendini kendi iradesiyle teahhüt altına sokmuş olan bir kumpanyanın iradesi gibi tek bir iradenin tefsiri...

Bu tefsir, neticede, mukavelevî bir kanun yaratmış olan iradenin, yani hususî iltihaklara arz edilen ve hem hüsnüniyetin hem de bahse mevzu olan iktisadî münasebetlerin icabına göre tatbiki gereken mükavelevî bir kanun yaratmış olan iradenin tefsiri olacaktır. Daha doğrusu bu iktisadî münasebetlerin; bir kumpanyanın veya bir âmme makamının umumî nizamnamelerle ferdin iktisadî veya içtimâî hayat şartlarına her dokunuşunda kendini gösteren bir takım beşeriyet kanunları ile olan kombinezonları içindeki icaplarına göre tatbiki gereken bir mukavelevî kanunun kurucusu olan iradenin tefsiri:» (38).

§ 20 — *Alman mahkemelerinin içtihatlarına göre iltihakî akit şartnamelerinin tefsiri:*

Bunda esas, tarafların neyi kararlaştırmış oldukları ve kararlaştırılan şey ile ne kastedildiğidir. Yalnız burada sübjektif ölçüler işe karışmayacak ve umumî şartnamelerden mutlaka falan veya filân mukabil âkidin değil, alış verişte bulunan herhangi bir iş adamının anlayabileceği mâna araştırılacaktır.

Böylece objektif bir düstur esas olmakta ve «daima icapta bulunanın aleyhine tefsir lâzımdır» gibi bir prensip kabul edilmemekle beraber, filiyatta hemen daima bu tefsir icapta bulunan aleyhine vâki olmaktadır. Zira «umumî şartnameleri kaleme alan kimse, fikir ve niyetlerini daha bariz bir şekilde ifade imkânını haizdi. Görülüyor ki zikri geçen ufak dolambaçlı yoldan tatbikatta mahkemeler umumî şartnameleri daima tanzim eden aleyhine tefsir çaresini bulmuşlardır. Doğrusunu söylemek lâzım gelirse bu tefsir kaidelerini, örf ve âdet hukukundan doğan ve mutata hale gelen bir kaide olarak telâkki etmeliyiz. İlmî içtihatların da ekserisi bu yoldadır.» (39).

Elhasıl, umumî şartnameler, onları tanzim etmemiş olan bir kimse tarafından halin icabına göre nasıl anlaşılabilirlerse o şekilde tefsir edilmelidir. (40).

Diğer taraftan, bu mufassal ve daha ziyade teknik izahatı ihtiva eden umumî şartnamelerin taraflar arasında tatbiki meselesi vardır, falan veya filân maddenin şu veya bu suretle tefsiri meselesi neti-

(38) *Saleilles*: Adı geçen eser, sh. 230 No. 90

(39) *Ulrich Michel*: Adı geçen eser, § 23, 24.

(40) *Ulrich Michel* § : 28.

cede bunun taraflar arasında mer'î olup olmadığı meselesini tâyine varır.

Rıza ve iltihak arasındaki mukayeseyi yaparken, klâsik görüşün bu hususta bir müsavat fiksiyonu icadettiğini görmüştük. İltihak = Rıza gibi! Şimdi iltihakî akit şartnamelerinin iltihak eden taraftan hangi hallerde malûm ve kabul edilmiş telâkki edildiğini görelim:

Alman şerhleri *ilân* edilen her şartnamenin iltihak edenler hakkında mer'î olduğunu kabul ediyorlar. Yani muayyen bir âkide gönderilmiş olmağa dahi ihtiyaç yoktur. «Umumî bir müessese umumî şartnamelerini *ilân* ederse, müessese ile münasebete giren herkes, bir prospectüs almadığı veyahut alıp ta okumadığı takdirde bile onlara tâbi olmak hususunda rızasını arzemiş farzedilir.» (41).

Fakat diğer bir şerhte bu halin ancak büyük mikyasta cereyan eden muamelelere müteallik şartnameler hakkında varit olduğu ve Alman içtihatlarına göre de büyük nakliyat müesseseleri, umumî mağazalar, cer teşebbüsleri, elektrik müesseseleri, sigorta ve bankaların böyle büyük mikyasta muamele yapan müesseseler olarak kabul edildiği zikrediliyor. Bunların dışında, umumî şartnamelerin sadece mevcudiyetleri, hattâ *ilân*larının, bunların mukavele aksamından bulunduğu hususunda bir delil teşkil etmiyeceği söyleniyor. Fakat umumî Alman deniz sigortası şartnameleri gibi ilgili menfaatler zümreleri tarafından iki taraflı olarak tesbit edilen veya muayyen bir kartel tarafından tanzim edilen şartnamelerin, ilgili menfaat zümrelerine mensup olanlar veya kartel üyeleri hakkında muteber olduğu bildiriliyor. Bunların dışında, umumî şartnamelerin, iltihak eden tarafa mukavele akdinden evvel bildirilmiş veya iltihak eden taraf daha evvel müessese ile bu gibi münasebetlerde bulunmuş olduğu takdirde muteber olacağı kaydediliyor (42).

Mamafih, büyük mikyasta cereyan eden muamelelere müteallik şartnamelere herkesin tâbi olmakla mükellef bulunduğu kaydedildikten sonra netice ayımdır ve mukavelevî klâsik görüşün (iltihak = rıza) musavatının, bilmediği şartlara rıza göstermek gibi tam bir teslimiyeti ifade ettiğini bir kere daha hatırlatmaktadır. *Pappenheim*'in dediği gibi «vakiâ herkese ait olan kendisine verilmiş gibidir, halbuki hakikatte bir taraf öbür tarafa teslim edilmiştir.» (43).

«Bu büyük çapta muameleler yapan müesseselerin şartnameleri hakkındaki *ilân* ile mer'iyet meselesi, Alman içtihatları tarafından,

(41) *Staub's: Kommentar.* (1921) § 346. HGB.

(42) *Ritter's: Kommentar.* (1932) § 346 HGB.

(43) *Pappenheim: Adı geçen eser,* sh. 13.

kitlevî muameleler akteden diğerk müesseselere de teşmil edilmiştir. Fakat zikri geçen tarzda ilân edilmiş olan umumî şartnameler mutata olan muhtevadan farklı, gayri mutata şartları ihtiva ederlerse bu şartlar muteber olmaz.

Fakat aynı içtihatlar elektrik tenvirat mukaveleleri hakkında başka bir prensip kabul etmiştir: Bir elektrik müessesesinden elektrik cereyanı alan kimse, bununla elektrik müessesesinin tarife ve şartnamelerine zımnen tâbi olmuş addedilir. Yani burada ilân keyfiyeti ve şartnamelerin muhteva itibariyle mutata şartları muhtevi olup olmadığı meselesi hiç bir rol oynamaz. Bu hususiyetin sebebi, elektrik müesseselerinin tarife ve şartnamelerinin umumiyetle devlet makamlarınca tasdik edilmiş olması keyfiyetidir.» (44).

§ 21 *İltihakî akitler meselesinin kanunlar vaz'ı suretiyle halli:*

Görülüyor ki, bu gibi şartnameler üzerindeki bir âmme kontrolü, derhal bunların ferdler tarafından kayıtsız şartsız kabulünü istilzam ediyor. Âdeta kanun gibi. Böylece doktrin münakaşalarının pratik hayattaki neticelerini araştırırken, kanun vazının müdahalesini hoş görmiyen klâsik görüş tarzından asıl müdahalenin hâkime değil, vaznı kanuna terettüp ettiğini iddia eden mukabil görüş tarzına intikal etmiş oluyoruz.

Dereux'nin, yasak kanunlariyle bu gibi akitlere yapılan müdahalenin mânasız ve tesirsiz olduğu yolundaki fikirlerine mukabil, bir çok hukukçular bu nevi akitlerde asıl vaznı kanunun harekete geçmesi gerektiği fikrindedirler.

Ezcümle *Capitant*, iltihakî akitlerde mukavele mahiyetini görmekle beraber, bu nevi mukaveleler meselesini tanzim işinin daha ziyade kanuna terettüp ettiğini söyler. Âkitlerden daha kuvvetli olan tarafın kendisine arslan payını ayırmaması için, kanun, bu işte diğerk mukavelelere nazaran daha ciddi davranmalıdır. Kanun vaznı burada; kendisinin âmir kaideler vazedebilme salâhiyetini kullanarak tehlikeli gördüğü şartların istimalini menetmeli ve mütekaabilen ihlâlî memnu olan muayyen hükümlerin konmasını emretmelidir. Bir kelime ile, muvazeneyi yeniden tesis için müdahale etmelidir. Fakat bu müdahale umumî yoldan olacak ve tarafların hürriyetinin tahdidi suretiyle yapılacaktır. (45).

Ripert de aynı fikirdedir. «Bu meselenin hal suretini, mukavele-

(44) *Ulrich Michel*: Adı geçen eser § 14.

(45) *Colin et Capitant*: cilt II (1931) s. 258.

yi tatbik ile mükellef olan hâkimin mukavele maddelerini dar veya geniş tefsirinde aramak beyhudedir. Korkunç bir keyfilik tehlikesine düşülmeden bu yolda daha fazla ileri gidilemez. İktisadî iktidarın suiistimallerini önlemek, siyasi kudreti temsil eden kanun vazına düşer. Esasen vazı kanun bundan halî kalmamıştır. Meselâ iş nizamnameleri insan emeğinin mukavele serbestisine terkedilemeyeceği fikrinden doğmuştur...

13 - Temmuz - 1930 tarihli sigorta kanunu sigortacıların kendi teşkilâtlarının verdiği faikiyeti suiistimal etmemeleri için, vazı kanun tarafından âmme nizamına müteallik bir kanun olarak gösterilmiştir. Başka sahalarda idarî nizamlamalar kâfidir. Daha başka sahalarda beynelmilel anlaşmalara vâsıl olmak daha iyidir. Meselâ hava, deniz nakliyatındaki gibi. Bunlar müdahalenin muhtelif şekilleri olmakla beraber sebebi aynı kalmaktadır.» (46).

Elhâsıl Alman hukukçusu *Ulrich Michel*'in teşbihi veçhile: ferdin devleti, suiniyet sahibi komşunun fenalıklarına karşı her imdada çağırışında devletin müdahaleleri gittikçe ağırlaşacaktır. (47).

Yine aynı müellif «fikrimizce umumî şartnameler, ticarî âdet için değil, belki kanun için bir ilk merhale teşkil ederler, kanunlar incelendiği zaman, bütün hükümlerin nihaî hedeflerinin, daima daha zayıf tarafı himaye olduğu görülür.» diyor. (48).

Aynı meseleye temas eden *Max Pappenheim* de vaziyeti daha sarahtle teşrih etmektedir: «Hukuk nizamı, belli başlı akit tiplerine mütedair hükümler vazederken bilhassa şuna dikkat etmelidir: Hakikatte tek taraflı olan bir muameleye, karşılıklı bir anlaşma halini vermiş olan iktisaden kuvvetli taraf, hukuk nizamının vazedeceği hükümleri hükümsüz bir hale sokmasın... Elhasıl, eğer hukuk nizamı, kendi mevcudiyetini inkâr etmek istemiyorsa, behemehal bu meseleyi münasip bir surette halletmelidir.» (49).

§ 22 — Devletin müdahale tarzları:

Şimdiye kadar zayıf tarafı himaye için kanun vazı her devirde muhtelif tedbirler almış ve muhtelif yollardan gitmiştir. Fakat bu zaaf mefhumunun anlaşılış tarzı her zaman aynı kalmamıştır. Liberal ve ferdiyetçi cereyanlar ferde sırf fert olmak sıfatıyla o kadar kıymet vermişlerdir ki, onun zaafını ancak şuurlu ve serbest bir ira-

(46) *Ripert*. La règle moral, s. 109.

(47) *Ulrich Michel*: § 42.

(48) *Ulrich Michels* § 42.

(49) *Max Pappenheim*: Sh: 13.

deye sahip olamamak hallerine hasretmişlerdir. Ferd, klâsik ferdiyetçi görüşe göre; hukuken tam bir ehliyete sahip bulunduğu ve hile veya müzayaka hallerinde bulunmadığı zamanlar iradesine tamamen sahiptir. Daha doğrusu zayıf değildir, dolayısıyla de himayeye muhtaç değildir. İhtiyarına ve şuuruna sahip bir ferdi bazı harici sebeplerle himayeye kalkışmak kırıaldan ziyade kiralietçilik etmektir. Ferd hangi dış şartlar içinde olursa olsun, kendi menfaatini herkesten iyi düşünür ve ona göre serbest hayat mücadelesine atılır. Becerikli ise kazanır, değilse kaybeder ilâh...

Fakat sosyolojik zaruretlerin yakından tetkiki, ferdin zaaf halini çok daha geniş sahalara teşmil etmiştir. Fert fakir olduğu zaman da zayıftır. Muayyen bir mesleki bilgiden mahrum olduğu zaman da zayıftır, hattâ hukuken kendini müdafaa yollarına ve imkânlarına hasmından daha az sahip olduğu zaman da zayıftır. Şu halde koruma tedbirlerini teşmil etmek gerekir. Yani iktisadî nüfuzla sahip âkitler karşısında kalan ferdi korumak icabeder. Kanun vazı, iktisadî nüfuzun suiistimallerine mâni olmakla mükelleftir.

Diğer taraftan iktisadî kudretin suiistimali demek; iktisadî kudrete sahip hak sùjelerinin kendilerine ait bazı «haklar» ı suiistimalleri demektir; halbuki bu «hak» mefhumunun da izafiligi ve müktesep hakların daima doğmakta olan haklar tarafından ortadan kaldırıldığı düşünülürse evvelâ halli gereken problemin mukavele serbestisindeki istihale olduğu görülür.

İktisadî ve sosyal münasebetlerin inkişafı yeni hak katagorileri yaratmaktadır. Fiilî durumların vazı kanun tarafından derhal müşahede ve tesbiti ve neticede ona uygun hukukî kalıplar icadı her zaman ancak temennide kalan bir mesele olmuştur. Hattâ bazılarınca şayanı temenni dahi görülmemiş vazı kanunun ağır hareket etmesi, ihtiyatı daha müreccah addedilmiştir. Bu itibarla bazı kanunun, yaşayan hukukun neticelerini ancak geç ve güç bir surette kabul etmesi ve hâdiselerin sür'atinden daima geride kalması, sebebi mevzuumuzun dışında kalan bir vakiâdır. Fakat geç te olsa kanun vazı nihayet harekete geçecektir. Şu halde aranan nokta zaman meselesidir. Bu gün fiilî hukukî durumların yahut doğmakta olan yeni bir takım hakların tâbir caizse müsbet bir kisveye bürünmeleri zamanı gelmiş midir? Klâsik mukavele görüşünden inhiraf ile yeni bir hukukî katagori tanımak veya yaratmak zarureti var mıdır? Daha doğrusu bu hukukî katagori vazı kanunun tanımamasına rağmen fiilen doğmuş mudur?

Kanun vazının müdahaleleri daima istisnâî hamleler şeklinde mi kalacak, yoksa doğmakta olan yeni bir hukukun ilk tedvinlerini mi teşkil edecektir?

Bu hususları tâyin edebilmek için evvelâ meselenin pratik ve siyasî safhasını inceleyelim. Yani hukukî mefhumların münakaşasıyla değil, cemiyetteki çıplak menfaat mücadelelerini tesviye ile meşgul olan siyaset makamlarının hâlen ne gibi pratik çarelere başvurduklarını görelim ve bunun hukukî mâna ve neticelerini sonradan münakaşa edelim.

Filhakika kanunların daima zayıfları himaye gayesiyle vazedildiği fikri çok defa bir hakikatten ziyade bir temenniye ifade eder. Vazı kanun vakiâ değişmekte olan içtimâî münasebetlere ayak uydurmak, kanunları mümkün olduğu kadar gerçek ihtiyaçlara intibak ettirmek zorundadır. Fakat bütün bu fikirler nazari ve sathî görüşlerin ifadesidir. Vazı kanunu; ferdlerin hasbî bir hâmisi, bir vasisi olarak telâkki etmek safiyane bir nazariyecilik olur. Hukukî konvansiyonları ve fiksionları bir tarafa bırakarak gerçekliğe nüfuz etmemiz icap ederse, her şeyden evvel kanunların nasıl bir mekanizma takip ederek kanun halini aldıklarını incelememiz gerekir. Bu, devletin siyasî teşkilâtına ve akidesine göre değişen bir hal olmakla beraber, biz, şimdilik bir anayasa hukuku veya âmme hukuku meselesiyle uğraşacak değiliz. Daha doğrusu herhangi bir hukuk sahasına girmeden, fiili hayatın gerçekliği içinde dolaşacağız. Filhakika, sol prensiplerin sadık müdafii olan kollektivist bir devletin mevzuumuzu teşkil eden mukavele tiplerindeki durumunu bahsimizezin dışında bırakacağız ve bu tarzı, müdahaleciliğin en müfrit kutbu olarak işaretle iktifa edeceğiz. Bunun haricindeki devletler demokratik usullerle idare olan devletlerdir ki: bunlar da vazı kanun işini gören seçilmiş meclisler, her şeyden evvel; hattâ halkın hayrını düşünmek endişesinden mücerred olarak; mevcudiyet ve mevkilerini idame kaygusundadırlar. Bir kelime ile ikinci intihabı da kazanmak sevdasındadırlar. Bunun için de yapacakları şey seçmen ekseriyetini memnun edici tarzda hareket etmektir. Bu seçmen çoğunluğu muhtelif dalavereli yollarla da elde edilebilirse de, bu yollar daima bir istisna olarak kalır ve elde etmenin en kestirme yolu, onun dileklerini yerine getirmektir. Hattâ bu dileklerin hakikaten kendisi için hayırlı veya hayırsız olacağını hesaba katmadan.

Böylece, demokrasilerde en mütebariz hâdise adedin, sayının hükümranlığıdır.

Ripert'in çok haklı olarak işaret ettiği gibi, tetkik mevzuumuz olan akitlerde iktisadî nüfuza sahip olan patron ve müteşebbislerin karşısında münferit ve cahil fertler değil, belki sayı üstünlüğüne yani siyasi nüfuza sahip olan kitleler vardır.

Hakikatte karşı karşıya olan âkitler; koskoca bir müessese ile tek ve kimsesiz bir fert değil, belki tek bir müessese ile binlerce, yüzbinlerce yolcu, sigorta ettiren veya işçi gibi sayısız mukabil âkit grubudur. Mukavelevî münasebette zayıf durumda olan bu kitle, siyasi münasebette kahir bir ekseriyeti ifade eder. Ve ferd olarak kendisinden kuvvetli olan müesseseye karşı, grup olarak mücadele eder. Böylece iltihakî akitlerde icapta bulunan ve şartları dilediği gibi tanzim eden müesseseye karşı siyasi yollarla mukavemet eder: Yani Parlamentoya tesir yoluyla.

Ripert'in «Le regime démocratique et le droit civil moderne» adlı eserinde temas ettiği gibi «mukavelevî münasebette zayıf durumda olan bu kitle, derhal seçmenlik hakkından istifade ederek parlamentoya tesir edecek ve arzusuna muvafık kanunlar çıkartacaktır. İşte devletin kanun yoluyla müdahalesi, hakikatte mukavelevî durumdaki zaafını telâfi etmek istiyen seçmen kitlelerinin münferit ve iktisaden kuvvetli müesseselere siyasi yolla karşı koymalarıdır.»

Görülüyor ki, vazii kanun ister istemez yeni hukukî durumları parça parça da olsa, tanımağa mecbur oluyor. *Ripert*'in bu teşrihi, zayıfları himaye kasdiyle vazii kanunun alicenap bir hami gibi ihtiyarî olarak bir takım kaideler vaz'ını değil, yaşayan hukukun kendisini zorla vazii kanuna «imposé» edişini belirtmesi bakımından enteresandır. Günün âcil ihtiyaçlarını karşılamak zorunda kalan vazii kanun muhtelif saiklerin tesiri altında muhtelif kaideler vazetmektedir. Bu çeşitli kanunların vaz'ında sabit bir hedef ve belirli bir istikamet görmek hukukçuya düşer. Hattâ vazii kanun çok defa günü kurtarmak için bazı tedbirler alır, fakat bu istisnai ve kısmî tedbirlerle ananevî hukukî prensiplerin mücadele seyrini tahmin de yine hukukçuya düşer. Kanun vazının hususî kanunlarla yaptığı müdahalelerin, umumî prensipleri ne derece sarsacağı ve neticede hangisinin bakî kalacağı meselesini halletmek te yine hukukçunun işidir.

Bu itibarla evvelâ vazii kanunun bu müdahale ile hangi gayeyi takip ettiğini veya etmesi gerektiğini, sonra da buna hangi vasıtalarla ulaşmak istediğini görelim.

§ 23 — *Müdahalenin gayesi:*

İktisaden kuvvetli olan müteşebbisin kendi durumunu suis-timal ederek mukabil âkidi istismar etmemesi, daha doğrusu ancak hizmetinin mukabili olan bir ücreti alması ve diğer münasebetlerde de tam bir nimet ve külfet denkliğinin muhafazası.

Fakat bu umumî gaye, maatteessüf ölçüye elverişli bir mefhum değildir. Ve müteşebbisin yüklendiği külfetlerle mukabilinde kazandığı menfaatin birbirine eşit olup olmadığını tayin pek güç, hattâ imkânsızdır.

Diğer taraftan hiçbir ticarî teşebbüs sırf bir nimet ve külfet müsavatı için işlemez. Bunu ancak devletin işlettiği bir âmme hizmetinden bekliyebiliriz. Her ticarî teşebbüs daimâ bu nimet ve külfet terazisini kendi tarafına meylettirmek gayesiyle çalışır ve meyil ettirebildiği müddetçe yaşar. Böylece bu müdahalenin gayesi müteşebbis lehine olan bu meyilin nisbetini tahditten ibaret kahr. Daha doğrusu ve açığı, gaye eğer mutlaka teşebbüsü devletleştirmek değilse, hem mukabil âkitlerin yani halkın istismar edilmemesini hem de teşebbüsün yaşamasını temin etmek olacaktır. Yani yaşaması için kendisince matlûp ve devletçe makbul olan kârdan mâhrûm kalmasını temin.

Görülüyor ki mesele hakikaten devletin siyasî akidesine göre pek mutehavvil sureti haller kabul eder.

§ 24 — *Müdahalenin yolları ve tarzları: a — İmtiyaz mukaveleleri:*

Burada iltihakî akitler meyanında zikredilmekle beraber haddizatında bir âmme hukuku mukavelesine tabi müteferri bir mukavele olan «imtiyazdan istifade» mukavelelerinden bahsetmek lâzımdır. Zira devletin en ağır müdahalesi imtiyaz yoludur.

Filhakika devlet, hususî bir müteşebbis ile bir âmme hizmetinin görülmesi için bir mukavele akteder. Bu ilk mukavele (ki imtiyaz mukavelesi adını taşır) mevzuumuzun dışında kalan bir idarî mukaveledir. Ve devlet ile müteşebbis arasındaki bir anlaşmayı takip ve tesbit eder. Yani bundaki durum iltihakî akit durumu değil, belki idarî bir akit durumudur.

Fakat bu idarî akîdde, imtiyaz sahibinin, ücretini, hizmetten istifade edecek olan kimselerle yapacağı mukavelelerle temin edeceği mukarrerdir. Böylece imtiyaz sahibi ile hizmetten faydalananlar arasındaki mukavelevî durum, bir iltihakî mukavele manzarası arzeder. Şu kadar ki, münferit âkidin tabi olduğu şartların kısmı

azamı zaten imtiyaz sahibine devlet tarafından «imposé» edilmiş; hiç değilse devletle müzakere neticesinde tesbit edilmiş olduğundan, ferdin hakkı daha şartların tesbiti sırasında korunmuş demektir, veya hiç değilse korunmuş olması lâzımdır. Bizzat âmme kudretinin kararlaştırdığı şartlara tabi olmakta, hiç değilse nazari olarak bir tehlike yoktur. İşte bu bakımdan bu tip mukavelelerde gaye meselesinin en keskin yollarla halledildiğini kabul edebiliriz. Zira âmme kudretinin ferd hakkında yapacağı bütün himaye böyle bir imtiyaz mukavelesi şartnamesinin tesbiti ile tamamen yapılmış farzedilir.

Elektrik, su, havagazı abonmanlarının durumu budur. Kara ve deniz münakalâtının imtiyazlı şirketler tarafından yapıldığı devirlerde nakil mukavelelerinin de durumu bu idi ve birçok garp memleketlerinde halen aynı vaziyet caridir.

Memleketimizde «tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazlarını onarmak ve bozmak» Anayasanın 26 ncı maddesi gereğince Meclisin başlıca vazifeleri meyanında gösterildiğinden vazii kanun bu çeşit mukavelelerin şartnameleri üzerinde en kat'î bir kontrole sahip bulunmaktadır.

II — Hususî müteşebbis tarafından tanzim edilen muhtelif şartnameleri veya tarifeleri âmme makamlarının tasvibine arz etmek: Bu hal imtiyaz mukavelelerinden sonra devletin en yakın müdahalesini teşkil eder. Umumî şartlar ancak böyle bir müsaadeden geçmek suretiyle muteber olur. Mürakabe kanununun 16 ncı maddesine göre sigorta şartnameleri Ticaret Bakanlığının tasdikine arz olunurlar. Tasdik edilmeyen şartlar tarafların rızası birleşse dahi hükümsüz kalırlar. (49a)

Keza Belediyeler Kanununun 15/3 üncü bendine göre lokanta, sinama, tiyatro ve danzing gibi yerler hakkında bunların açılmalarına ve tarifelerine göre ruhsatname vermek, *ücret tarifelerini tetkik ve tasdik etmek* belediyelerin vazifesi dahilindedir.

Kara ve deniz nakliyatı meselesi, ve banka muameleleri bizde ekseriyetle devletleştirilmiş bir vaziyette olduğu için bunlar hakkında hususî müteşebbise karşı takınılan durum mevzuubahis olamaz. Daha doğrusu müdahalenin son haddi zaten yapılmıştır.

III — İltihakî akitlerin muhtelif neveleri ve hükümleri hakkında hususî kanunlar vaz'etmek: Bu kanunlar muayyen iltihakî akitlerde bazı şartları meneder, bazılarının konmasını da mecburi

kılar. Yani vazî kanun, mukavele muhtevasını genişletir veya daraltır. Meselâ kara nakliyat mukaveleleri hakkında Ticaret Kanunumuzun 904 üncü maddesi, nakliyeciyi mes'uliyetten beri tutan hükümlerin nakliye mukavelesine vaz'ını meneder.

Borçlar Kanununun 480 inci maddesinde otelcinin; borçlunun eşyasına iras edilecek zarardan mesul olmayacağı veya mesuliyeti kanunda nevi tayin olunmayan bir şarta talik ettiğini yapıştırdığı ilânlarda bildirmesi halinde dahi mesuliyetten kurtulamayacağı yazılıdır.

Keza Borçlar Kanununun 99 uncu maddesine göre, Hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüd eden mesuliyette, borçlunun hafif kusurdan dahi iptidaen beraatını tazammum eden şartları hâkim batıl addedebileceğinden, Deniz yolları işletmesi tarafından tanzim edilen konişmentolardaki mesuliyetsizliğe mütedair şartların hukukî muteberiyeti çok şüpheli görünmektedir.

İstihdam edenlerin fiillerinden tevellüd eden mesuliyet hakkındaki 100 üncü madde de nazarı itibara alınacak olursa, konişmentolara dercedilen ademi mesuliyet şartlarının, ancak, tayfa, kaptan, mühendis, memur gibi muavin şahıslara kabili isnad olan hafif kusurdan doğan mesuliyet hakkında muteber addedilip, diğer hallerde hükümsüz telâkki edilmesi icab eder (50).

Sigorta sahasında akid serbestisi çok tahdid edilmiş olduğundan Ticaret Kanununun esasen âmir mahiyette bulunan 933 ve müteakip maddelerine aykırı olan poliçe şartları hükümsüzdür (51).

VI

NETİCE

Muhtelif memleketlerin mevzuatında bu misaller çoğaltılabilir. Vazî kanun bir taraftan iltihak edenlerin durumunu, bir taraftan da icapta bulunan âkidin durumunu nazara almakta ve kâh birine kâh diğerine şartlar yüklemekte, *Josserand*'ın tabiriyle bu tip mukaveleleri «diriger» etmektedir. Bu «dirigisme des pouvoirs publics» yahut «La publicisation du contrat» keyfiyeti dikkatimizi daha geniş ve daha umumî bir mevzua tevcih etmektedir: âmme hukuku ile hususî hukukun hudutları meselesine. Fikrimizce bu esaslı mesele-

(50) — E. Hırş — Ticaret Hukuku Dersleri (2 inci tabı, sh: 604, 658,818)

(51) — E. Hırş — Sigortalarda akid serbestisi (1943, sh: 12).

nin kabul edeceği çeşitli hal tarzlarına göre, iltihakî akit meselelerindeki neticeler de değişecektir. Şu kadar ki, muhtelif cem'iyetlerde hâkim olan siyasi kanaatlara ve teşkilâta göre derece itibarıyla birbirinden farklı olmakla beraber âmme hukukunun hususî hukuka doğru kayması bu gün için bir vakıadır. Kayma tabirini kasden kullanmaktayız; Zira bu, hem bir müdahaleyi hem bir meyli ifade etmektedir. Filhakika âmme hukukunun hususî hukuk münasebetlerine müdahale halleri, bu hukuk sisteminin hususî hukuk metotlarını istimalini de icabettirmektedir. Elhasıl bu çeşit müdahalede *ruh*, âmme hukukunun; *şekil*, hususî hukukun tesiri altında kalır.

Tetkik mevzuumuzu teşkil eden akit tiplerinin mahiyeti hakkındaki münakaşa, her safhasında daha geniş meselelerin münakaşasına tâbi kalmaktadır.

Filhakika iltihakî akitler meselesinin halli şu noktaların aydınlatılmasına mütevakıf bulunuyor:

1 — Mukavele serbestisinin hudutları.

2 — Nizam vaz'etme selâhiyetinin hudutları.

Bunlardan birincisi hususî hukuk sahasına âmme hukuku tarafından yapılan tahditlerin tayinini ifade eder:

Mukavele akdi serbestisi, mukavelenin muhtevasını tayin serbestisi, mukabil âkidi intihap serbestisi, mukavele müddetini tayin serbestisi.

Kanun taraflardan birini *mukavele yapmağa* icbar edebilir. (Demiryolu nakliyatında müessese, nakil talebini kabule mecburdur...) Kanun *mukavelenin muhtevasını* hâkim bir surette tayin edebilir, muayyen şartları mecburî, muayyen şartları memnû kılar, keza *ancak muayyen bir âkitle* mukavele yapabileceğini emredebilir. (İmtiyaz ve inhisar hali). *Mukavele müddetini* bir tarafın ihtiyarına bakmaksızın temdit edebilir. Görülüyor ki: bu dört hususta da mukavele serbestisi tamamen tahdide marûz kalabilir. Bu tahdit hangi mülâhazalarla yapılacaktır? Âmme menfaati, içtimaî menfaat mülâhazasıyla. Demek ki: âmme hukuku sahasının mihrakını teşkil eden bir mefhum, hususî hukukun mihrakını teşkil eden «mukavele» mefhumuna, bu mefhumun mahiyetini tebdil edecek kadar müdahale edebilmektedir!

Diğer taraftan, hususî şahısların nizam vaz'etme, nizamî tasarrufta bulunma selâhiyetini ne dereceye kadar tanımak mümkündür? Bunlar, âdetâ kanun vazeder gibi nizamnameler, şartnameier vaz'etmektedirler. Bunların muteberliği ancak âmme menfaatinin

icaplarına uygunluklarına mütevakıftır. Bunu da âmme namına kontrol edecek olan, devlettir. O halde devletin bu kontrolüne hangi prensipler hâkim olacaktır?

Devletin şu veya bu şartı âmme menfaatına mugayir telâkki edebilmesi için, daima hususî menfaat ile âmme menfaati arasındaki muvazeneyi düşünmesi lâzımdır. Netice devletin hususî menfaata ne dereceye kadar hürmet edeceği ve âmme menfaatına ne dereceye kadar tapacağı meselesine müncer olur ki: bu da devletin iç bünyesine göre mütehavvil hal suretleri kabul eder. *Bu esaslı suallere cevap vermeden iltihakî akitler meselesini halletmek imkânsızdır. Daha doğrusu bu meseleyi, hakikatta, ferdâyetçi bir hukuk sisteminden, içtimaî bir hukuk sistemine doğru temâyül eden modern cemiyetlerin geçirdikleri intikâl safhalarına has bir olay olarak kabul etmek ve daha önce bu intikali incelemek lâzımdır.*

Ancak bundan sonradır ki: doğmakta olan yeni hukukî durumların hüviyetleri tanınabilir. *Morin*'in güzel bir teşbihi veçhile ne yazık ki: hukukun tekevvünü gün ışığında olmuyor: «çok garip bir içtimaî kanun, hukuk hayatının açık havada değil, belki saklı bir şekilde ve neticede kötü bir istimâl yüzünden büsbütün tahrip edeceği eski mefhumların himayesi altında inkişaf etmesini istiyor. Eski mefhumlar, haşerenin bir gün delip çıkacağı kabuklar gibidir». (52)

Filhakika hukukun birer mütearife olarak kullandığı temel mefhumlar, bu gün, kırılmak üzere olan bir yumurta kabuğunu hatırlatılmaktadırlar. Ve bir çoklarında çatlamalar şimdiden baş göstermiştir: «hususî şahıs» mefhumu, «hususî menfaat» mefhumu, «iradenin muhtariyeti» mefhumu, «kusura dayanan mes'uliyet» mefhumu ve en nihayet «akit serbestisi» mefhumu...

Sosyal vakıaların müşahedesinde bütün hukukçular aynı derecede dikkatlidirler. Ne yazık ki: bu vakıaları kıymetlendirmekte ve manâlarını tesbitte ayrılık vardır. Klâsik müellifler, yeni doğan bir çocuga ad bulamıyan yahut orijinal adlardan hoşlanmıyan müteassıp babalar gibi mütemadiyen eski mefhumları kullanmağa, hattâ bu mefhumları klâsik tariflerinden uzaklaşacak kadar çekip uzatmağa mutemayil görünüyorlar. (53) Modern görüşlere sahip

(52) *Morins* Archive de Philosophie du Droit 1940 s. 8.

(53) — «Bazı hukukî ve siyasî müesseselere, bunların doğuşlarına âmil olan ihtiyaçlar ve tutunmalarını temin eden âdetlerle beraber hikmeti vücudleri de ortadan kalktığı halde hâlâ bir takım haklar tanımak, Cemiyete beyhude bir yük yüklemek olur: mütemadiyen cemiyetin tabii hareketlerine engel

olanlarda ise, tehlikeli bir isticâl seziliyor. Bilhassa muayyen bir temayülün istikametini tayin etmenin, onun derecesini tayin etmek demek olmadığı unutuluyor. Bu derece, zaman ve mekân şartlarına göre fazlasiyle tebeddül ettiğinden umumî ve kesin bir kanaate varmak müşkülleşmektedir. Kanun vazının muhtelif müdahalelerinin içinden hangilerinin yaşama kabiliyetini haiz olduğu, hangilerinin müfrit ve muvakkat olduğunu tayinde prejüjesiz hareket edebilen hukukçular azdır.

Görülüyor ki: elimizdeki mevzu, ne sadece bir hukuk tekniğinin tekâmülü meselesidir, ne de klâsik mefhumların kifayetsizliği ve yeni mefhumlar icadı gibi sırf şekli ve mantıkî bir zaruret işidir. Ortada sosyal bir bünye değişmesi vardır. Her şeyden evvel bu sosyal bünyedeki istihaleyi ve menfaatler müvazenesinin mütemadiyen değişmekte olan siklet merkezini takip etmek lâzımdır. Hukukun klâsik mefhumlarının kifayetsizliğini değil, belki bizzat sübjektif hak mefhumunun muhtevastındaki tebeddülü nazara almak lâzımdır. Umumî hizmetlerden (bunlar ister Devlet, ister hususî şahıs eliyle işletilsin) faydalananlarla, bu hizmeti işletenler arasındaki münasebet (ki iltihakî akitlerin kısmı azamı bunlardır) gitgide yepyeni hukukî durumların doğumunu intaç etmektedir. Ve bu yeni doğan hakların tanınması ise bir hususî hukuk meselesi olmaktan uzaktır.

İçtihatlar objektif hukukun müsaadesi ve elâstikiyeti nisbetinde yeni tahavvüllere, hukukî münasebetlerin yeni durumlarına ayak uydurabilirler. Fakat meselenin cezrî ve nihai hal sureti içtihatlarla, kazaî tefsirle yapılamaz. Ortada daha ziyade bir objektif hukuk meselesi vardır. Hattâ yeni bir Ana haklar kategorisinin doğumu meselesi vardır. Yoksa ne hususî ve muvakkat kanunlar vaz'ile, ne de akitlerin tefsiri hususundaki mâhirâne metotlarla bu köklü mesele lâyikiyle hallolacağına benzememektedir. Vazii kanundan beklenen de, bu zarureti görmesi ve yeni bir hukukî inkilâbın arifesinde bulunduğunu hissetmesidir.

olan, ve çok defa kendini kurtarabilmesi için şiddetli gayretler sarfetmesine sebep olan bir yük.» Ahrens.

Not: Etüdümüzü bitirirken pek çeşitli münakaşalara yol açan bu problem *Gurvich'in* «içtimaî haklar beyannamesi» projesindeki hal suretini not halinde yazımıza ilâveyi faydalı buluyoruz:

Ferdin müstahsil sıfatıyla, müstehlik ve müstefid sıfatıyla haiz olacağı hakları maddeler halinde tesbit eden müellif (Le déclaration des droits sociaux.

1946. Paris. S. 98 vd) beyannamesinin III üncü kısmında şunları zikretmektedir.

Müstehtlik — müstefitlerin içtimaî hakları:

Madde: 33 — Her insan doğumundan ölümüne kadar hakları himaye edilmiş olan bir müstehtlik olarak telâkki edilir. Sanayiî muayyen bir kolunda veya bir âmme hizmetinin işleminde, müşteri olmak sıfatıyla, hususî menfaatlara sahip bulunan her müstehtlik, ister ferd ister grup olsun, hakları himaye edilen bir müstefid telâkki edilir.

Madde: 34 — Her müstehtlik, varlığını insana lâyük şartlar altında idame etmek hususunda içtimaî bir hakka sahiptir ki, bu hak, asgarî yaşama imkânlarını temin edecek ve zarurî ihtiyaçların tatmininden mahrum bırakmayacak derecede bir yardımı garanti eder.

Madde: 35 — Her müstehtlikin ferd veya grup olmak sıfatıyla millî servetin teviine iştirâk hususunda bir içtimaî hakkı vardır. Bu hak, bütün zarurî mahsullerin ve meskenin fiatlarını makul bir hadde tespit suretiyle temin edilir.

Müstehtlik, doğrudan doğruya seçtiği mümessilleri vasıtasıyla veya kendi teşekkülleri ile mahsul ve meskenlerin fiatlarını tesbite ve murakabeye iştirâk hakkına sahiptir.

Madde: 36 — Her müstehtlikin; sefalet, hastalık, sakatlık ve ihtiyarlığa karşı kendisini her türlü endişeden kurtaracak ve bir sigorta sistemi vasıtasıyla temin edilecek asgarî bir emniyete malikiyet hususunda içtimaî bir hakkı vardır. Ferd veya grup olsun, her müstehtlikin, sigorta sandıklarının idare ve kontrolüne serbestçe seçilmiş mümessilleri vasıtasıyla iştirâk hakkı vardır.

Madde: 37 — Her müstefid (müştefi)in serbestçe seçtiği mümessilleri vasıtasıyla, müstahsil ile müsavi şartlar altında; hizmetlerin, teşebbüslerin ve sanayiî işleminin ve mahallî, millî veya milletlerarası bütün ekonominin idaresine iştirâk hakkı vardır.

Madde: 38 — Müstefilerin; hizmetlerin, teşebbüslerin, ve sınaî müesseselerin idaresine iştirâk hususundaki hakları, mezkûr müesseselerin işleminin doğrudan doğruya ilgili olan ferd ve gruplardan müteşekkil müstefid birlikleri tarafından ve mümessillerini İdare Heyetine göndermek suretiyle istimal edilir. Bundan mâdâ bu birliklerin meslekî sendikalarla kollektif mukaveleler aktetmek hakları vardır.

Madde: 39 — Müstehtlik ve müstefidlerin; mahallî ve beynelmilel ekonominin idaresine iştirâk hususundaki hakları, müstefid birlikleri ve istihlâk kooperatifleri (veya bunların federasyonları) vasıtasıyla ve mahallî, İktisadî Şûraya ve Milletlerarası İktisadî Şûraya, müstahsillerle müsavi şartlar altında karşılaşılabilecek mümessiller göndermek suretiyle istimal edilir.

Madde: 40 — Her müstehtlik ve müstefidin istihlâk kooperatiflerine ve müstefid birliklerine (veya bunların federasyonlarına) girmek veyahut yeni kooperatif, birlik veya federasyonları kurmak hakkı vardır. Bunlardan serbestçe çıkabilmek hususundaki hürriyetleri de teminat altına alınmıştır.

Madde: 41 — Her müstefid birliğinin ve her istihlâk kooperatifinin ve bunların federasyonlarının kendi azaları namına hareket etmek, üçüncü şa-

hısları da ilzam eden kollektif mukaveleler akdetmek ve mümessilleri vasıtasıyla gerek İdare Heyetine (müstefidler), gerek İktisadî Şûraya (müstehtlikler ve müstefidler) iştirâk etmek hakları vardır. Aynı dalda veya mahalde rakip müstefid veya müstehtlik teşekküllerinin vücudü bunların mümessillerinin nisbeti gerek âzâ adetlerine (müstehtlikler), gerek hem âzâlarının sayısı hem de siparişlerinin önemi (müstefidler) gibi çift bir kıstasa göre tayin edilir.

Madde: 42 — Müstehtlik ve müstefidlerin temsili, rakip teşekküller arasında zarurî bir anlaşmayı tazammum edip te, bu anlaşmaya varılamadığı hallerde ilgili birliklerin münasip adette mümessileri tarafından 41 inci maddede işaret edilen prensipler dairesinde «Muhtelit Komisyonlar» teşkil edilecektir. Bu muhtelit komisyonlar, bahis mevzuu olan dal veya mahallin bütün müstefid ve müstehtlikleri namına, meselâ müstahsillarla kollektif iş mukaveleleri akdetmek gibi hususlarda, rey vermek ve harekete geçmek hakkına sahip olacaklardır.»
