

AKİTLERİN GELİŞMESİ ETRAFINDA  
UMUMİ BİR GÖRÜŞYazan: *Ord. Prof. Esat ARSEBÜK*

I — Akıt lûgat bakımından düğümlemek mânâsına gelir. Hukukta bu terim menfaatleri yekdiğerine zıt iki veya daha ziyade kimselerin-ki bu kimselere taraflar diyoruz - aralarında anlaşmalarını temin eden hukukî muameleyi anlatmaktadır. Akdın hukukta yeri pek büyüktür. Çünkü yaradılışları itibariyle beraberce yaşamak zorunda kalan insanlar hiçbir vakit birbirlerinin yardımından müstağni kalamazlar. Bu sebepten ihtiyaçlarını karşılamak için aralarında uzlaşmaları lâzımdır. Böylece fertler arasındaki münasebetler ya yeni bir borç meydana getirir; yahut esasen mevcut olan bir borcu tadil eder veya bir borca nihayet verir. Umumiyetle fertler arasında bir borç münasebeti ihdas eden anlaşmalara akıt denilmektedir. Bir akdın meydana getirilebilmesi için tarafların yekdiğerine uygun surette karşılıklı olarak iradelerini açığa vurmaları lâzımgelir. İlk izhar olunan iradeye icab ve yapılan icaba uygun surette açığa vurulan iradeye de kabul derler. Şu halde herhangi bir akıt icab ve kabul ile meydana gelir. Bu esas, mecellenin 103 üncü maddesinde "akıt iki tarafın bir hususu iltizam ve teahhüt etmeleridir ki icab ve kabulün irtibatından ibarettir,, tarzında ifadesini bulmuştu. Borçlar Kanununun birinci maddesi de aynı prensibi tesbit eden bir hükümdür.

II — Akıtlar bir çok bakımlardan taksime tabi tutulabilirler. Bunlardan ilk hatıra geleni akıtları aldıkları isimlere göre sıralamaktır. Satış, kira, şirket, ariyet, vekâlet vesaire gibi. Fakat bu suretle yapılan taksim hiçbir vakit akıtların tamamını içine alamaz. Çünkü doğan her yeni ihtiyaç, yeni bir akde vücut verebilir. İşte bu mahzuru önlemek içindir ki Romalılar, zamanla kendilerine birer ad takılmış olan akıtların yanı başında adsız akıtlar bulunduğunu yani evvelce tesbit edilen akıtların kadrosuna giremeyen anlaşmaların yapılabileceğini kabul etmişlerdi. Modern hukuk akıtları ihtiva ettikleri unsurlardaki hususiyetler bakımından taksime tâbi tutar. Filhakika akdın konusu ya bir

mal, ya bir iş veyahut da bir hak olabilir. Vakıa bir mala taallûk eden akid dahi esas itibariyle bir hakka taallûk etmiş denilebilir. Çünkü bu mahiyetteki akidlerin konuları mülkiyet haklarıdır ve hak sayılma bakımından mülkiyet hakkı ile alacak hakkı arasında bir fark görülemez. Fakat meselâ alacak hakkı, bir akidle diğerine devrolunabildiği halde mülkiyet hakkının devri için teslim veya tescil şarttır (Medenî kanun madde: 633 ve 687)

Bu hal hakka taallûk eden akidlerle mala taallûk eden akidler arasında bir farka vkcüt verir. İşte aradaki hüküm farklarını gidermek için akidleri konuları bakımından üç gurup etrafında toplamak daha uygun görülmektedir. Gerek bir hizmete, gerek bir mala veya hakka taallûk etsin akidler ivazlı veya ivazsız olabilecekleri gibi ivazın mahiyetinde de değişiklikler olabilir. Böylece aşağıdaki ihtimallerle karşılaşırız.

A — Konusu bir mal olan akidler. Bunlar çok eski zamanlardanberi belli ve mahiyetleri belirli olan akitlerdir. Eğer akit bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının kes'in surette bir başkasına devrini tazammun ediyorsa akitte ivaz yani karşılık bir eda bulunup bulunmadığına bakarız. İvaz yoksa akit bağışlamadır; ivaz varsa bunun para veya bir mal olmasına göre akdin ismi değişir: Birincisine satış, ikincisine trampa deriz (BK., madde 182 ve 232). Eğer akitle bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı değil de sadece o malı kararlaştırılan bir müddet içinde kullanma hakkı devredilmekte ise bu akit kira veya âriyet olur. Evvelkisi ivazlı ikincisi ivazsızdır. Bir malın ivazlı olarak kullanılmasına kira, bir sermayenin ivazlı kullanılmasına karz derler (BK, madde 248, 299, 306 ve 307). Evvelkisinde kira bedeli, ikincisinde faiz akdin ivazını teşkil eder. Görülüyor ki burada her iki ivazda paradır. Fakat bir malın kullanılmasına karşılık başka bir malın kullanılması da taraflar arasında kararlaştırılabilir. Bu takdirde malların menfaatleri karşılıklı trampa edilmiş olur.

B — Konusu bir iş olan akidler. Bunlar da A gurupundaki tasnife tâbi olurlar. Filhakika iş akidlerinin ivazsız olmamaları da mümkündür. Fakat "İki el bir baş içindir,, yolundaki atasözü bu yoldaki bir akde nadir tesadüf edileceğini gösterir. Bununla beraber eski Romalılardan kalma bir geleneğe tabaan vekâlet akdi ivazsız bir iş akdi olarak kabul edilmektedir. Mukavele veya taamül olmadıkça vekil ücret alamaz (BK, Madde 386). İş akidleri müddet ve muhtevaları bakımlarından bir çok neviler arzeder ve değişik isimler alır: hizmet (BK, Madde 313 - 354) ve istisna (BK, Madde: 355-371), akidleri ,neşir mukavelesi (BK, Madde: 372-385), ticarî vekâlet (TK, Madde: 822-844), havale (BK, Madde:

457-462), vedia (BK, Madde: 463-487), nakliye mukaveleleri (BK, Madde: 431-448; TK, Madde: 887-931), komisyon (TK, Madde: 845-878), nakliye komisyonu (TK, Madde: 879-886), âdi şirket (BK, Madde: 520-541) ve daha birçok anlaşmalar, konusu iş olan akidlerdendir.

C — Konusu bir hak olan akidler. Bu guruba mülkiyet hakkından mâda haklar girer. Yukarıki gruplarda tâkip olunan metod burada da aynen tatbik olunabilir. Mâ-melekî mahiyeti haiz herhangi bir hakkın ivazlı ve ivazsız olarak bir başkasına devir ve temlik kabil olduğu gibi (BK, Madde: 162 ve 169) diğer bir hak ile trampa edilmesi veya bir alacak hakkının tediye makamında kullanılması (BK, Madde: 170) veyahut mülkiyet hakkı da dahil olduğu halde mâmeleki bütün hakların teminat olarak gösterilmesi mümkündür. Görülüyor ki bu son ihtimalde hak sahibi, alacaklısına bu hakkını bir başkasına satarak alacağını elde etmek selâhiyetini tanımaktadır. Gayri menkul erhinde (MK, Madde: 765 ve müteakip), teslimi meşrut şekilde rehinde (MK, Madde: 853-867), alacak üzerinde yapılan rehinlerde (MK, Madde: 865-875), hep bu ihtimal tahakkuk eder. Şu halde muhtevaları birer hak olan bütün teminat akidleri ister şahsî ister aynî olsun bu guruba girdikleri gibi tesirleri ve şümuelleri bakımından ferdin baht ve talihine istinat eden akidler dahi bu gurupta yer alabilirler. Bk. bu alanda üç nevi akitten bahseder: kumar ve bahis (Madde: 504-506), kaydı hayat ile irad (Madde: 507-510), ve ölünceye kadar bakma vadi (Madde: 511-519) Hiç şüphe yok ki ticaret kanununun sigorta akidleri de bu arada zikredilmek lâzımgelir (Madde: 932 ve müteakip). Fakat sigortada talihe bağlı bir para mübadelesi bulunduğu da meydandadır.

Akidlerin diğer bir taksim şekli de medenî kanuna göre yapılan tasniftir. Bu bakımdan akidleri beş gurup etrafında toplamak mümkün olur.

1 — Aynî akidler. Bunlar aynî adını verdiğimiz hakları ihdas (rehin, irtifak tesisi gibi), tâdil ve bilhassa nakle yararlar. Vaktâ aynî bir hakkın nakli için menkullerde teslim ve gayri menkullerde tescil şarttır. Fakat mülkiyetin naklinde esaslı unsur, tarafların anlaşmaları olup zilliyetliğin nakli değildir. İşte bu sebepten dolaydır ki taraflar arasında anlaşma bulunmadıkça zilliyetliğin nakli veya tescil mülkiyetin naklini intac edemez.

2 — Şahsî akidler. Bunlar borç münasebetlerine vücut veren akidlerdir. Bunlar bir borcu ihdas (hibe vâdi), tadil (faizsiz bir borcun faize tâbi tutulması) veya itfa (ibra) ederler.

3 — Aile hukukuna taallûk eden akidler. Nişanlanma, evlenme, evlât edinme, karı koca mallarının idaresine dair yapılan mukaveleler bu kabildendir.

4 — Miras hukukuna dair yapılan akidler. Miras mukaveleleri (MK; Madde: 492), mirasçılıktan feragat mukavelesi (MK; Madde: 415) gibî.

5 — Hükmî bir şahsiyete vücut veren akidler. Cemiyet tesisi (MK; Madde: 45, Cemiyetler Kanunu Madde: 1), ticarî şirketlerin meydana getirilmesi (TK. Madde: 122) gibi.

Ve nihayet kanunun tesbit ettiği hususi akid tipleri gözönünde tutularak üçüncü bir taksimin yapılması da mümkündür. Filhakika kanunlar herhangi bir akidde cârî olan hükümleri genel bakımdan tesbit ettikten sonra (BK. Madde: 1-40; TK. Madde 642-662) hususi akidler kısmında en ehemmiyetli olan ve husus'yle en çok yapılmakta olan akidlere dair hususi hükümler koyarlar. Ancak modern hukuk bir akdin hüküm ifade etmesi için mutlaka kanunun gösterdiği şekillere uygun olarak mukavele yapılması lüzumunda ısrar etmez. Kanunun gösterdiği kalıplar ve biçimler dışında da akid yapılabilir. Esasen örf ve âdt bir çok akid tipli yaratmak suretiyle kanunun tamamlanmasına yardım eder. Meselâ *sif satış* örf ve âdetin yarattığı bir akiddir ki zamanla kanunlara geçmiştir. Daha ileriye gidilerek denilebilir ki tatbikatta kanunun gösterdiği kalıptaki akitler gittikçe azalmakta ve teamül hukukunun akitleri daha büyük bir yer işgal etmektedir. Bu mahiyetteki anlaşmalar için hususi hükümler kararlaştırılmadığı takdirde kanunun umumi hükümleri tatbik olunur. Bununla beraber kanunun gösterdiği tiplerden birine hukuki bakımdan benzerlik gösteren akidlere o akdin hükümleri tatbik edilmektedir. Bundan başka muhtevalarındaki hususiyet itibariyle ne kanuna ne de teamülün meydana getirdiği tiplere uymayan akidlerde yapılabilir. Görülüyor ki bu bakımdan akidler üç gurup etrafında toplanırlar.

- 1 — Tip akitler = Contrats types. Bunlar neveleri kanunlarda gösterilen veya örf ve âdetle tâyin edilen akit tipleridir.
- 2 — Karşan akitler = Contrats mixtes. Bunlar mevcut akit tiplerinden bir kaçına birden benzeyen akitlerdir, pânsiyon mukavelelerinde olduğu gibi.
- 3 — Nevîleri cinslerine münhasır olan akitler = Contrats suis geris. Haklarında hususi hükümler bulunmadığı cihetle umumî prensiplere tâbi tutulan bütün akitler bu mahiyeti haizdirer.

III — Akdin meydana gelmesi için iki irade beyanının karşılıklı olarak akdin konusu etrafında birleşmesi lâzımgelir. Akdin en esaslı unsuru iradenin muteber bir tarzda izhar edilmesidir. Çünkü akid ferdin iradesinden değil, belki bu iradenin kanunun aradığı şekilde açığa vurulmasından doğar. Bugünkü hukuktaki "irade beyanı nazariyesi,, işte bu düşüncelerin meydana getirdiği bir müessesedir. Dış âleme aksettirilmeyen herhangi bir kasit hukukta nazara alınmaz. Çünkü ruhî bir hâdise olan irade ferdin ancak dış âleme akseden hareket tarzlarından istidlâl olunur. İradenin bulunduğu delâlet eden bu hareket tarzları BK. nun 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasına göre iki kısma ayrılırlar: "iradenin izharı sarîh olabileceği gibi zımnî dahi olabilir.,, Bu klâsik bir taksimdir. Gerek müşterek hukukta ve gerek mecellede bu görüş yer almıştı. Fakat hususi hukuk münasebetlerinin fertlerin iradelerine uygun bir şekilde inkişaflarını temin etmek için sarîh veya zımnî iradelerin tahlili hukuk nizamında âdeta keramete yaklaşan bir incelikle işelenmiş bulunmaktadır. Bu sebepten modern hukuk, iradenin açıklanması konusunu daha doğru ve herhalde çok daha teknik bir taksime tâbi tutar.

1 — İrade. Ruhî bir hâdiseden diğerini haberdar etmek için yapılan fiil ve hareket dolayısıyla açığa vurulabilir. İrade izharının en çok kullanılan şekli beyan olmasına göre bu mahiyetteki tezahürlere umumiyetle irade beyanı denilmektedir. BK. nun 1 inci maddesinin ilk fıkrasında da aynı terim kullanılmıştır. Bir beyanda bulunmak için kullanılan vasıta çok dafa söz veya yazıdır. Fakat mukavele ile veya örf ve âdetle el kaldırmak, ayağa kalkmak, baş sallamak gibi diğer hareketlerin de irade izharı mahiyetinde kullanılmasına imkân vardır. İrade beyanlarında iki unsurun birbirinden ayrılması lâzımgelir. Birincisi beyanın muhtevasıdır. Bundan maksat kullanılan vasıtaların karşı tarafa anlattığı mânâyaya göre beyanda bulunan kimselerin arzusu olarak tezahür eden şeydir. Buna "belirli bir neticeyi istihdaf eden irade = volonté du résultat,, denilir. İkincisi "beyan iradesi = volonté de déclarer,, dir. Bununla fert, akdi meydana getirmek için iradesini diğer şahıslara bildirmek kararını almış olur. İrade beyanının bu iki esaslı unsuru bilhassa yazı ile olan irade açıklanmalarında göze çarpar. Filhakika beyanda bulunacak kimse, maksadının neden ibaret olduğunu bir kere yazar. Bu yazılı kâğıdın imzalanarak karşı tarafa teslimi veya gönderilmesi iradenin beyan edildiğine delil teşkil eder. Fakat beyan sahibi maksadını tesbit ederken kullandığı tâbirlerde yanılmış olabilir. Bu surette beyan doğru sayılmaz. Çünkü maksadını anlatmak için kullandığı vasıta, kendi arzusuna uymamaktadır. Demek ki böyle bir beyan, sahibini ilzam etmez (BK. Madde: 23) fa-

kat kanunun gösterdiği müddet içinde itiraz edilmemekle beyan muteber bir hale gelebilir. (BK. Madde: 31).

2 — Belirli bir neticeyi istihdaf eden irade, diğerlerine ihbara matuf olmayan bir hareket tarzından da istidlâl olunabilir. Bu yolda açığa vurulmuş olan bir iradeye hiç şüphesiz beyan denilmez. Böyle bir hareket olsa olsa iradenin bulunduğu bir emare teşkil eder. Hukuk dilinde bu gibi hareketlere bitirici vakıalar = faits concluants = denilmektedir. Meselâ tecrübe ve muayene şartıyla yapılan bir satışa (BK. Madde: 219) müşterinin satın aldığı malı kullanması veya bir başkasına satması, malın tecrübe ve muayene edilerek beğenildiğine bir delil teşkil eder. Yine böylece selâhiyetsiz temsilde, temsil olunan kimsenin kendi namına yapılan muameleye icazet vermesi (BK. Madde: 38) veya iradesindeki fesat dolayısıyla ilzam edilemeyecek olan tarafın borç hükümlerini yerine getirmesi hep bitirici vakıa mahiyetinde sayılan hareket tarzlarıdır. Yapılan bir beyanda "beyan iardesi,, bulunmak lâzım geldiği halde "bitirici vakıa,, da buna lüzum yoktur. Halin icaplarına ve hayattan alınan tecrübelerle göre bu gibi hareketlerde iradenin bulunduğu neticesine varırız. Bitirici vakıa mahiyetini haiz bir harekette bulunan kimsenin bu hareketi ile hukukî bir netice meydana getirdiğine vakıf olması lâzımgelmez. Hattâ hareketini gizlemek kasdında bulunması da mümkündür. Meselâ mirascı terekeye ait bir malı gizlerse mirası kabul etmiş sayılır (MK. Madde: 550, F. 2.) kanunun bu hükmünü bilmemesi, hareketinin neticesini değiştirmez. Fakat bir kimsenin hareketine yanlış bir tefsir neticesi olarak "bitirici vakıa,, mahiyeti verilmiş olursa o kimse hakikî durumu meydana koyarak hareketinden çıkarılan yanlış neticeleri reddedebilir. Çünkü bir başkasıyla anlaşmak isteyen her şahıs, karşı tarafın iradesini açıkça bildirmesini isteyebilir. Böyle yapmayıp da iradeyi tazammun eden hareketlere istinat eder yani başkalarının hareketlerini bir dereceye kadar tecessüse tâbi tutarsa vakıaları yanlış tefsir etmekten doğan zararlara tabiatıyla katlanmak zorunda kalır.

IV — İrade beyanları, bu hususta kullanılan vasıtalar bakımından da birtakım guruplara ayrılabilir:

1 — Doğrudan doğruya yapılan beyanlar. Sözle veya mektupla karşı tarafa yapılan irade beyanları bu gurupa girer. Bu yolda bir beyana muhatap olan kimse kendine erişen irade beyanının doğruluğunu kabule mecburdur.

2 — Dolayısıyla yapılan beyanlar. Burada irade sahibi tarafından ihdas edilen birtakım vakıalar muhataba erişir ve muhatap bu vakılardan

iradenin bulunduğunu az çok bir kesinlikle çıkarabilir. Biriyle haber göndermek, telgraf çekmek, gazetelere ilân vermek veya mektubu kendi namına bir diğerine imza ettirmek gibi. Bütün bu hallerde bir tarafın irade beyanı diğer tarafa muhbir, tercüman, telgraf, ilân gibi bir vasıta ile erişmektedir. Bununla beraber bir tarafın iradesiyle karşı tarafa erişen her şey - yanlış iddiası ileri sürülmedikçe - irade sahibi tarafından yapılan beyan hükmündendir. Nakildeki yanlışlığın bir tesadüften veya vasıtanın ihmali veya hilesinden ileri gelip gelmediğini aramağa lüzum yoktur. Çünkü vasıtayı intihap etmiş olan tarafın kusurundan karşı taraf mesul tutulamaz.

3 — İrade beyanına sabit bir mahiyet ya verilmiş veya verilmemiştir. Mektup ve telgraf evvelkisine, sözle veya telefonla yapılan beyanlar ikincisine misaldir. (BK. Madde: 4 F: 2 TK. Madde: 665 şf.). Yazı ile tesbit edilen bir beyanın muhtevasını her zaman öğrenmek mümkün olur. Halbuki sözle yapılan irade beyanından ancak yapıldığı zaman haber alınabilir. Yazı ile yapılan beyanlar, hazırlar arasında yazıldıkları ve gâipler arasında diğer tarafa vâsil oldukları anda hükümlerini meydana getirirler. Ancak yazılı bir irade beyanının imza edilmiş olması da lâzımdır. İmzanın atılmış olması üst taraftaki yazının imza sahibine âit irade beyanı olduğuna delil teşkil eder. Bir akide vücut veren yazılı irade beyanı ile evvelce yapılan bir akidi ispata yarayan herhangi bir yazıyı birbirinden ayırmak lâzımdır. Çünkü akdi meydana getiren irade beyanı inşaî olup muteber veya bâtil olabilir. Halbuki bir hâdiseyi teyid eden yazının mahiyeti ihbaridir. Bu itibarla doğru veya yalan olması mümkündür.

4 — İrade beyanları ya sarîh veya zımni olur. İş âleminde hiçbir tereddüde meydan vermeyecek tâbirlerin kullanılması suretiyle sarahat temin edilebilir. BK. nun 158 2 f, 189, f 2; f 211 sf, 361, 450 sf, 453 f, 2 472 sf, 486, f, 2 maddelerinde olduğu gibi. Zımni beyanlarla bitirici vakıaların irade tezahürü bakımından muhtevalarını tâyin kaideten hâkime aittir. Fakat kanun bazı hallerde bir feridin hareket tarzına muhtevası muayyen bir irade mahiyetini izafe eder. Kanunun kabul ettiği karinelere bu hale tesadüf edilir.

V — Fransızcadaki (contrat) tabirini biz "akid=bağıt,, ve (convention) tâbirini de "mukavele=sözleşme veya anlaşma,, şeklinde ifade ederiz. Aralarında şu fark var: her akid bir mukaveledir. Fakat her mukavele bir akid sayılmaz. Akid olabilmek için borç ihdas edecek şekilde bir irade beyanının bulunması lâzımgelir.

Akidlere hâkim olan ana prensip ilk defa Fransız medenî kanununun 1134 üncü maddesinde en olgun ifadesini bulmuştur. Bu maddeye göre "kanunen muteber şekilde yapılan akidler, bunları yapanlar hakkında kanun yerini tutar.,, Eski Hukuk usûlü mahkemesi kanununun 64 üncü maddesi meşrutiyetin ilânından sonra tadil olunmuş ve bu prensip oraya da ilâve edilmişti (ikinci tertip düstur; cilt: 6, sahife: 653). Vakti bu, usûl kanununda yer alacak bir hüküm değildi. Fakat mecelle, tarafların iradesine bu derece şümüllü bir kıymet vermediği cihetle hükmün mecelleye konulması, bir çok maddelerin değiştirilmesi ile mümkün olabilecekti. Bundan dolayı mecellede yazılı fesat sebeplerinden hiç olmazsa bir kısmının bu suretle ortadan kaldırılması yoluna gidilmişti. Şimdi bir sual hatıra gelebilir: "düyûn emsaliyle kaza olunur.,, kaidesi mecellenin bir çok maddelerine hâkim olan bir prensiptir [1]. Bir ecnebi parasının semen ittihaz olunmasını kabul eden ve böylece tarafların iradesini memleket parasını koruma kaygusunun üstünde tutan bir hükümden Fransız medenî kanununun 1134 üncü maddesi istidlâl edilemez mi? Bu sual görünüşe göre yerindedir. Fakat bu kaidenin asıl mânasına nüfuz edilirse bu yoldaki bir istidlâlin doğru sayılmıyacağını kabul zorunda kalırız. "Düyûn emsaliyle kaza olunur.,, demek "borçlar ancak takas yoluyla ödenebilir.,, demektir. Çünkü mecelleye göre para gibi misli borçların hakikaten edaları tasavvur olunamaz. Eda olabilmek için alınan para veya diğer misli herhangi bir şeyin aynen geri verilmesi lâzımgelir. Halbuki ödünç, istihlâk için alınmış bir şeydir. İstihlâk edilen bir şeyin ise aynen iadesi imkânsızdır. Meselâ âriyet aynen geri verilir. Karz misliyle ödenir. Çünkü para borcu, borçlunun zimmetinde sabit olan bir vasıftır. Eğer borçlu, borcunu öderse onun da alacaklı zimmetinde sabit olan bir hakkı meyadana gelir ve böylece her iki alacak takas yoluyla itfa edilir. İşte bu sebebe binaendir ki bir kimse nikel para istikraz eder ve karşılığını altın olarak ödeyeceğinden derse bu şart mecelleye göre bâtil olur. Demek ki islâm hukuku bakımından borçlanılan şeyi aynen vermek eda, mislen vartmek kazadır. Görülüyor ki zâhirî benzerliğine rağmen "düyûn emsaliyle kaza olunur.,, kaidesi Fransız medenî kanununun 1134 üncü maddesine tam bir istisna teşk eder [2].

#### VI — Fransız medenî kanununun yayınlanmaması sırasında "bir akde

<sup>1</sup> Fazla tafsilât için: Esat Arsebük Borçlar Hukuku İkinci Basım Cilt: 1 Sahife: 83.

<sup>2</sup> İşte gerek itikat ve gerek muamele alanında islâm hukuku aynı prensipleri tatbik ettiğinden dolaydır ki vaktinde kılınan namaz ve tutulan oruç eda sayılır. Zamanı geçirildikten sonra kılınan namaza kaza derler.



ilzamî kuvveti veren tarafların iradesidir,, fikri o derece hâkim idi ki buna itiraz hiç kimsenin aklından geçmiyordu. Çünkü Fransız ihtilâli bu gayeye varmak için yapılmıştı. Fakat diğer taraftan yalnız ferdî iradenin hukukî bir ittisale meydan veremeyeceği hukukun 25 asırdanberi sadakatla müdafaa ettiği bir perensipti. Bilhassa Roma Hukuku bu prensipten hiçbir zaman ayrılmamış ve akde ilzam kudretini veren fert iradesi olmadığı üzerinde ısrarla durmuştu. Vakıa hıristiyanlık, akidden medenî mahiyeti kaldırmak ve ona dinî bir mahiyet vermek suretiyle Roma Hukuku üzerinde bir tesir yapmıştı. Filhakika incil ve diğer mukaddes şeyler üzerine yemin etmek işte bu ihtiyaçtan doğmuştu. Çünkü hıristiyanlığa göre yalan bir günahı. Verdiği sözü fiil ve hareketleriyle teyid etmeyen kimse bu günahı işlemiş demektir. Hıristiyanlık âleminde kendilerine "Mukaddes = saint,, vasfı izafe edilen pek çok kiimseler, bütün muamelelerin doğruluğa dayanmasını hıristiyanlık emri icabından sayarlar. (Yalan) tâbirinin tarifini bulmağa uğraşan Saint Augustin diyor ki: (yalan, karşısındakini aldatmak maksadiyle yapılan hakikate aykırı bir beyandır. Şu halde yerine getirmeği azmetmediği bir şeyi vâ'd eden kimse yalancıdır. Böyle bir kimsenin hareketi imanla telif edilemez. Çünkü iman (fides) sadece Allaha inanmak değil aynı zamanda yapılan vâade de sadık kalmaktır. Demek ki yapılan vâdin yerine getirilmesi d'nin iktisasındadır). Kilise hukuku etrafında yazılan eserler bu hususta geniş tafsilât verirler. Akidler etrafında umumî bir görüş ihtiva eden bu şartlarda daha fazla izahata imkân yoktur. Ancak Roma Hukuku üzerinde hıristiyanlığın ne gibi tesirler icra ettiğini göstermek için şu üç noktayı tebarüz ettirmeliyim:

1 — Kilise hukuku Roma hukukunun aksine olarak şekle muhaliftir. Roma'da şekle riayet edilmeksizin yapılan bir akid "pacte-nu,, taraflarlardan birine dâva sedâhiyeti vermez: halbuki kilise hukuku bu selâhiyeti tanımaktadır.

2 — Fert kendi iradesiyle borç altına girebilir.

3 — Hâkim fertlerin vicdanlarına nüfuza çalışmalıdır. Çünkü yapılan vâdin infaz edilmemesi yerine göre bazan doğru bir hareket [3,],

<sup>3</sup> Devrinin en yüksek hukukçularından biri olan Papa IV üncü Innocent taahhütlerde (cause finale) in aranması fikrini ileri sürdü. «Eğer iki kimse karşılıklı taahhüde girişmiş olurlar ve bu taahhütlerini yemin ile feyid eylemiş bulunurlarsa yemininde durmayan kimseve karşı diğer tarafın da yemininde durması lâzım gelmez». Çünkü böyle bir kimseyi yalancılık ile itham etmeğe din bakımından da imkân yoktur Bundan pek az zaman sonra Piskopos Hoistiensis bu fikri bir hukuk kaidesi şeklinde ifade edebildi: «Non servanti fiden fides non est servanda» ve nihayet 1298 tarihinde (sexte) ismi verilen kilise hukuku mecmuasında kaide, resmi bir mahiyet aldı: «sözünde durmayan kimse, karşı tarafın sözünde durmasını talep edemez» ticaret kanunumuzun 661 ve borçlar kanununun 81 inci maddelerine bakınız.

bazan da günah olabilir. Demek ki günah olan yerlerde vâdi infaz ettirmek, günah sayılmıyacak hallerde infaza gitmemek hâkime ait bir selâhiyettir.

Bir taahhüdün yerine getirilmemesi yüzünden çıkan ihtilâfı Piskopos halleder. Çünkü Piskopos ister dinî, ister medenî alana taallûk etsin vicdanî meselelerin tabii hâkimidir. Dine sadık olanların kusurlarını bu sıfatla inceler. Çünkü dinî hâkim olması hasabiyle günahın işlenip işlenmediğini tetkik vazifesidir. Bu huhsustaki kanaati ya kusurlunun itirafıyla-ki buna confession derler- veya diğer bir hıristiyanın ve bilhassa alacaklının ihbarıyla hâsıl olabilir. Böylece Piskopos taahhüdünü yerine getirmeyen kimseye sadakadan afaroza kadar giden dinî cezalar tâyin eder.

VII – Kilisenin tesiriyle husule gelen bu cereyana muadil bir durum, tamamen lâyük esaslar üzerine kurulmuş olan Roma hukukunda tabiiyle yoktur. Fakat buna rağmen hıristiyanlığın medenî alanda birtakım tezahürlerine şahit oluruz. Filhakika Roma İmparatorlarının hıristiyanlığı kabul etmeleri üzerine IV ünsü asrın son yıllarından itibaren hıristiyanlar medenî ihtilâfları Piskoposların hâkemliğine tevdi başladılar. Piskopos dindarlar nazarında itimada lâyük en doğru bir adamdı. Hâkemlik için lüzumlu olan mümtaz mevkie sahip bulunuyordu. Kendisine tevdi olunan işlerde hakemliği icabı olarak Piskopos medenî ihtilâfları usûlü muhakemenin teknik şekillerine riayet etmeksizin tetkik ve hükme rabtediyordu. Fakat verdiği hükmün icra kabiliyeti çok zayıftı. Hakemin kararına boyun eğmeyenler hakkında ancak dinî bir ceza tertip edilebilirdi.

Şimdi karşımıza bir sual çıkar: hiçbir şekle riayet etmeksizin açıklanan bir iradenin akdî bir ittisale vücut verebilmesi etrafında madem ki bu kadar eski bir cereyan mevcut idi; o halde neden bu cereyan inkişaf edemedi? Ve Fransız medenî kanununun yayınlanmasına kadar şekilden âri bir anlaşmanın (Pacte-nu) akde vücut vereceği niçin kabul olunmadı? Bu soruyu cevaplandırabilmek için XII inci asırda vukua gelen bir hâdiseye işaret etmek lâzımgelir: hukuk ilmini bir çok bakımlardan zenginleştirmiş ve fakat tetkik etmekte olduğumuz noktayı-ki akidlerde iradenin rolüdür- yâni akidlerin tekâmülünü geciktirmiş olan bu hâdis şudur: Roma Hukukunun rönesansı.

Filhakika XII inci asırda İtalya'da büyük Üniversiteler açıldı. Bunların ve bilhassa Bologne Üniversitesinin yaptıkları araştırmalar neti-

cesinde Jüstinien külliyyatı keşfolundu. Üzerinde binlerce yıl çalışılmış zengin bir hukuk kaynağının elde edilmesi hukukçuları son derece sevindirdi. Artık bütün çalışmalar bu kıymetli hazine üzerinde toplanıyordu. Bir çok şerhler yazıldı [4]. Bu çalışmalar borçlar hukukunun birdenbire gelişmesini temin etmiştir. Fakat akidlerin doğumunda iradelerin tesirini hükümsüz bırakmak suretiyle akdin inkişafına engel olan da işte yapılan bu keşiftir. Çünkü Roma'nın usûle dair olan hükümleri, kilise hukukunun ileri sürdüğü esasların tatbikine imkân vermiyordu. Piskopos huzurunda dâva açabilmek için alacaklının bir hakkı bulunması lâzımgelirdi. Halbuki Roma Hukuku bu hakkı ancak muayyen şekilde yapılan akidlerde tanımaktadır [5]. Sadece tarafların rızasına dayanan akidlerde dâva hakkı yoktu. Hukukçular arasında bir çok anlaşmazlıkların doğumuna sebep olan bu mesele, kesin olarak halledilemedi. Beaumanoir, Dumoulin, [6] Loisel, Jean Domat, Pothier gibi hukukçuların fikirlerine rağmen Roma hukukunun koyduğu esaslardan tamamen kurtulmağa imkân bulunmadı. Bu fikirlerle yalnız irade hâkimiyeti nazariyesinin tohumları atılmış oluyordu. Ferdin iradesine büyük bir ehemmiyet veren ve tabii hukuk nazariyesinin mümessilleri sayılan üç büyük şahsiyet de dolayisiyle aynı fikri müdafaa etmekte idiler. [7] İşte ileri sürülen bu yeni fikirler Fransız medenî kanununda yer almış ve 1134 üncü madde bu suretle kaleme alınmıştır.

VIII — Fransız medenî kanununun yürürlüğe girmesinden sonra akidler nazariyesi iki önemli cereyanın tesiri altında kalmıştır. Her iki cereyan dahi kaynaklarını fikrimce eski devirlerden alır. Ancak bu cereyanlar zamanla sistemleştirilmiş ve sınırları belirli iki teori ortaya atılmıştır: birincisi irade hâkimiyeti nazariyesi; ikincisi sosyal nazariye.

İlk nazariye -ki bazan ferdiyetçi cereyan = Courant individualiste tâbiriyle ifade edilir- XIX uncu asrın sonlarına kadar ilim sahasında hâkim olur. Bundan sonra sosyal nazariyenin tesirlerine şahit oluruz. Şu noktaya işaret etmeliyim ki Fransız hâkimleri ferdiyetçi cereyan en kuvvetli olduğu devirlerde bile sosyal düşüncelerden tecerrüt etmemişler ve yarattıkları içtihatlarla (équité= nasafet) esasına yer vermişlerdir. Ancak XXinci asırdan itibaren sosyal nazariyenin hâkim olma-

<sup>4</sup> Bu eserleri vazanlara glossateur derler.

<sup>5</sup> Contrats litteris, contrats verbis, contrats re, contrats innommés.

<sup>6</sup> On lie les boeuf par les cornes et les hommes par la parole = insanlar sözleriyle öküzler boynuzlarıyla bağlanır.

<sup>7</sup> Holanda'da Grotius (1583-1645), Almanya'da Baron de pufendorff (1632-1694), Fransa'da Domat (1625-1696) tabii hukuk nazariyesinin başlıca mümessili idiler.

sına ve kanun koyucusu bu cereyanın tesiri altında kanunlarda değişiklikler yapmağa başlamasına rağmen Fransız mahkemeleri irade hâkimiyeti nazariyesini hiçbir zaman ihmal etmemiş ve böylece her iki nazariye arasındaki muvazeneyi zamanımıza kadar idame ettirmeğe muvaffak olmuştur. İşte Fransız kazaî içtihadı, bütün dünyaca takdir edilen büyük başarısını bu muvazeneyle borçludur. Filhakika XIX uncu asrın başlangıcında Fransız Hukukçuları (code civil) i maziden tamamen alâkasını kesmiş yeni bir müessese olarak ele alınması lâzımgeldiğini ileri sürdükleri halde, Fransız hâkimleri tatbikatla kökleşen esaslı hukuk kültürlerine dayanarak, yeni kanunda eski hukukun bir tekâmülünü görmek istemişlerdir. Meselâ, taraflar arasında yapılan bir mukavele nin kanun hüküm ve kuvvetinde olduğuna dair olan 1134 üncü madde, ilim alanında mukavelelere tam bir kanun karakterini verdiği halde Fransız hâkimleri maddedeki "kanunen muteber şekilde, kaydına dayanarak akidlerin yorumlanmasında kanunların tefsirine ait esasları tatbikden daima çekinmişlerdir. Çünkü Fransız hâkimleri bir mukavelede kanun hüküm ve kuvvetini görmüyorlardı. Mukavele taraflara göre "kanun yerini tutabilen,, bir vakıa idi. Demek ki kanun değildi. İşte bu görüşün neticesi olarak ki 1808 tarihinde verdiği bir prensip kararında Fransız yargıtay genel kurulu "mukavelelerin yanlış bir tefsire tâbi tutulduğu,, iddiasının yüksek mahkemece tetkikine imkân olmadığını tesbit etmiştir. Çünkü «vakıa = fiat = olgu» ların tesbit ve takdiri ilk mahkemelere aittir. Görülüyor ki Fransız yargıtayı mukavelelere bir vakıa mahiyetini izafe etmiş ve kanunların tefsirinde son sözü kendisine hasrettiği halde mukaveleleri bu zümrenin dışında bırakmıştır. Fakat diğer taraftan mukavelelerin yorumlanmasında ilk mahkemelerin hudutsuz takdir selâhiyetlerini de yargıtay tanımıyordu. Eğer bir mukavelelerin sarahatı ilk mahkemelerce nazara alınmayarak ihlâl edilmiş olursa o zaman (yanlış bir tefsir) bahis mevzuu olamaz, belki mukavele hükümlerinin tatbikinden imtina edilmiş demektir. Bu surette yanlışlığın islâhı yüksek mahkemeye aittir. (irade hâkimiyeti prensibi, Sirey 1873. I P. 332)

Fransız yargıtayı, (Code civil) in 1134üncü maddesindeki sarahate rağmen mukavelelerin bir kanun değil; belki bir vakıa olduğunu teyid eden bir delîli de beyyine hakkındaki umumî esaslardan çıkarır. Eğer mukaveleleri hakiki bir kanun saymak lâzımgelirse "hâkimler kanunlarını bilirler,, kaldesi gereğince bir mukaveledeki bütün hükümlerin hâkim tarafından resen nazara alınması icabedecektir. Çünkü bir kanun maddesinin hâdiseye tatbiki için, taraflardan birinin talebde bulunması

na lüzum yoktur. Halbu ki mukavelelerde bu esas cari olmaz; hâkim tarafların istekleriyle bağlıdır. İddiaların delili olmak üzere ileri sürülen vakıaların dışındaki bir vakıayı yani mukavelenin dâvâ mevzuuna girmeyen bir hükmünü hâkim kendiliğinden nazara alamaz. Demek ki bir mukavelenin taraflara ne gibi haklar temin ettiği'nin delilini getirmek hâkime düşmez. Bu izahat bize (kanun) ile (mukavele) arasında Fransız yargıtayının meydana getirdiği farkı tebarüz ettirir ki o da şudur: taraflar iradeleriyle bir kanuna vücut veremezler.

IX — İlmî ve kazaî içtihatlar arasında çok esaslı bir ihtilâf konusu teşkil eden hükümlerden biri de (code civil) in 6 ıncı maddesidir. İrade hâkimiyetinin teyidi için konulan bu hüküm [8] şudur: "âmmе intizamını ve âdâbı ilgilendiren kanunlara hususi anlaşmalarla muhalefet edilemez [9]. Kanunun bu maddesi ilmî ve kazaî içtihatlar alanında yekdiğerinin tamamen zıddı iki tefsire tâbi tutulmuştur:

a) Hukukçulara göre 6 ıncı madde tahdidi bir şekilde yorumlanmalıdır. Kanunun âmmе intizamını ve umumî âdabı ilgilendiren açık ve emredici hükümlerine muhalefet edilemez. Bunun dışındakilere muhalefet caizdir. Demek ki tarafların irade serbestileri ancak kanunda yer alan âmir hükümlerle sınırlandırılmıştır. Maddenin sarahatından çıkan mânâ budur. Kaldı ki kanuna hâkim olan ruh, ferdin serbest oluşudur. İradenin sınırlandırılması istisnaidir. Şu halde bir istisna karşısındayız istisnalar ise ancak mevrîdlerine maksur olur. Demek ki yazılı olmayan hallerde âmmе intizamı ve umumî âdab düşüncesi bir mukavelenin hükümsüzlüğünü intaç edemez.

b) Fransız hâkimlerine göre ise maddenin ifade ettiği mânâ şundan ibaretti: "Kanunda yazılı olsun olmasın, âmmе intizamını ve umumî âdabı ilgilendiren hukuk prensiplerine hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez. Demek ki âmmе intizamı hudutları kesin olarak çizilmiş bir kavram sayılmaz. Bu, her devlete göre değişebilir. Bir devlette dahi siyasî rejim değişikliği'nin mefhum üzerinde tesirleri olabilir. Hattâ aynı siyasî rejimde bile âmmе intizamı her zaman aynı kavramı ifade edemez [10].

<sup>8</sup> O derecede ki maddenin müzakeresi sırasında söz alanlardan biri maddenin lüzumsuzluğunu bile ileri sürdü. Çünkü diyordu; bu, tarafların serbestisini teyid eden normal bir hükümdür. Fakat buna rağmen madde ibka edildi. Çünkü irade serbestisi ne kadar teyid edilirse kanuna hâkim olan ruh o kadar tebarüz ettirilmiş olacaktı.

<sup>9</sup> On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

<sup>10</sup> Nasıl ki XIX uncu asırda kol kuvvetinin bir yardımcısı olarak ortaya çıkan makine, zamanla insanları kendi hükümü ve kudreti altına alacak bir gelişme göstermiştir; bunun gibi

Hukukçularla Fransız hâkimlerin görüşleri arasındaki zıddiyet gözden kaçmayacak kadar açıktır. Şimdi maddenin tatbikatına geçelim. (code civil) in neşrini müteakip XIX uncu asrın ilk otuz yılında âdaba ve âmme intizamına muhalif bulunmasından dolayı mukavelelerin hüküm ifade etmeyeceğine dair Fransız yargıtayının verdiği kararlar pek azdır. Ancak 1830 tarihinden sonradır ki âmme intizamı kavramının daha geniş bir alanda tatbik edildiğine şahit oluruz. İspanya'da (liberal) ler ile (legitimiste) ler arasında çıkan dahilî harp için Fransa'da yapılan s'lâh satışı mukavelelerini Fransız yargıtayı, komşu bir devletin emniyetini ihlâl etmesi sebebiyle bâtıl addetmiştir. Daha sonra müstahsillerin veya sınaî bir teşebbüste çalışan işçilerin kurdukları cemiyetler dahi 6 ıncı madde dolayısıyla âmme intizamını ihlâl edici mahiyette görülmüştür. İrade hâkimiyeti nazariyesinin doktrin alanında en parlak devrine vardığı 1880 tarihinden sonra âmme intizamı nazariyesinin mahkemelerde daha fazla inkişaf ettirildiğini görüyoruz. O tarihe kadar kabul edilmeyen mukavleler yeni telâkkiler karşısında kabul edilmeğe ve kabul edilmiş onlar da hükümsüz sayılmağa başlandı. Meselâ evlilik bağının kudsiyetine bir tecavüz sayılmakta olan evlenme dellallığı mukavelesinde artık böyle bir mahiyet görülmediği cihetle mahkemelerin bu husustaki kararlarında eski sertlik ve kesinlik yoktu; çünkü verilen dellâllık ücreti geri alınamıyordu. Yine bunun gibi ilânın bir nevi olan (contrats de claqué = alkış mukaveleleri) de haklı görülmeğe başlandı. İşbu mukavele hükmünce birtakım ilân müesseseleri kendi adamlarını tiyatronun büyüklüğüne ve temsilin ehemmiyetine göre miktarı değişen bir gurupla birlikte tiyatrodaki hazır bulunduracak ve temsil sırasında söylenen hisiyatı tahrik edici mahiyetteki sözleri alkışlamak suretiyle artistlerin muvafakiyetini temine çalışacaktır. Eskiden bu mukaveleler, seyircilerin serbest takdir haklarına bir tecavüz sayılıyor ve butlanına hükmolunuyordu. Halbuki bugün bu gibi akidlerin butlanı iddia edilemez bir hale gelmiştir.

Hattâ Fransız mahkemeleri daha ileri giderek bu sahada kanunun hiçbir tarafında yeri olmayan bir takdir hakkını hâkimlere tanıtmıştır.

---

âmme intizamı fikri de hukukî muamelelerin her sahasına dev adımlarıyla nüfuz eden ve irade hâkimiyetini kökünden baltalayan bir esas haline almıştır. Bunun sebebinin âmme intizamı fikrinin gittikçe içtimaî nizam fikrine yaklaşmasında ve nihayet her iki fikrin aynı kavram ifadesi haline gelmesinde bulabiliriz. Çünkü mübadeleyi istihdaf eden akidlerde ıvazlar arasındaki adâletsizliğe meydan vermemek hukukun belli başlı gayelerinden biri olmuştur. Artık bundan sonra «akdi olan her şey haklıdır» cümlesi bir hakikatın ifadesi olmak meziyetini kaydeder. Çünkü haklı olan şey ancak bir akdin mevzuu olabilecektir.

Meselâ sağ kalan eşinin evlenmemesi şartıyla yapılan ölüme bağlı bir tasarruf daima bâtil değildir. Hâkim her hâdisedeki hususiyetleri göz önünde tutarak kararını ona göre verecektir. Her şeyden evvel vasiyetin yapılmasında hâkim olan maksat aranmalıdır. Eğer sırf kıskançlık hissinin tatmini ise o zaman âmme intizamına aykırı bir muamele karşısındayız; vasiyet muteber, fakat şart bâtıldır. Böyle değil de meselâ sağ kalan eşin himayesi ve bunun neticesi olarak yetişecek çocuklarının istikbalini temin ise şart lüzum ifade eder. Demek ki Fransız mahkemelerinin elinde âmme intizamı telâkkisi bir taraftan genişlemiş diğer taraftan ise çok (souple = seyyal) bir mahiyet almıştır. Çünkü aynı şart yerine göre bazan bâtil, bazan muteber sayılıyor.

İşte akid mefhumundaki gelişmenin muhtasar ve canlı bir tarihçesi.

**Sıtmasını saklıyan, sıtmasını tedavi ettirmiyen ve verilen ilâçları tamamını yemeyip ziyan edenler kendine ve vatana zararlıdırlar. Çünkü hükümetimiz yurttan yapılmıyan bu ilâçları ne güçlüklerle tedarik ediyor ve ne pahasına elde ediyor bilerseniz.**