

BATI AVRUPA MEMLEKETLERİ HUKUKUNDA AKİT  
MEFHUMUNUN XX. ASIRDAKİ TEKÂMÜLÜ (\*)

Konferansı veren :  
Prof. Francesko MESSINEO

Kısaltarak çeviren :  
Doç. Dr. Halûk TANDOĞAN

XIX. asrın başında Fransız Medenî Kanununda ifadesini bulan ve başka bir çok memleketlerin, bilhassa lâtin memleketlerinin mevzuatına örnek teşkil eden akit telâkkisi, siyasî ve iktisadî sahadaki liberalist cereyanlara uygun olarak, içtimaî hayatı ferdiyetçi zaviyeden mütalâa eden görüşün izlerini taşımakta idi.

Fakat siyasî ve iktisadî şartlarda geçen asrın son yıllarından beri husule gelen tahavvüller neticesinde, akitler sahasında da ferdiyetçi ruhun yerini içtimailik ruhu aldı. Bu değişikliğin ârazını göstermek için kendi memleketimin akitler hukukunun tekâmülünü misal olarak alacağım; zira hem bu hukukun esaslarına daha yakından vakıfım, hem de 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanunu ile konulan kaideler bahis mevzuu değişikliğin en yeni ve en mühim tezahürünü teşkil etmektedirler.

Bununla beraber, bu hareket aşağı yukarı bütün batı Avrupada aynı şekilde görülmektedir; zira bunu tâyin eden tarihten ve sosyal âmiller birbirinin aynı veya benzer mahiyettedir; bilhassa arka arkaya iki dünya harbinin zuhur etmesi hareketi sür'atlendirmiştir. Bu devrede durmadan yeni siyasî ve iktisadî kuvvetler ortaya çıkmış ve bunlar akitler hukukunun tekâmülü üzerinde de tesirlerini göstermiştir.

Bir kelime ile akit artık sadece fertlerin irade serbestisinin bir âleti olmaktan çıkmış, onun aynı zamanda umumî menfaate uygun bir mahiyet taşıması gerekmeğe başlamıştır.

(\*) Prof. Francesko Messineo tarafından 16.11.1960 da Ankara Hukuk Fakültesinde verilmiş olan konferansın kısaltılmış tercümesidir.

Bazı hukukçular akdin bu yeni karakterini belirtmek için «tan-  
zım edilen» (réglé) veya «güdümlü» (dirigé) yahut «mecburi»  
(forcé) akitten bahsetmişler ve bu suretle Devletin müdahale te-  
mayülüne işaret etmek istemişlerdir.

Diğer bazı müellifler, akdin parçalanması (éclatement), ayrışma  
uğraması (désintégration) gibi tâbirler kullanmışlardır. Bunu yapar-  
ken umumî iş mukavelesinde olduğu gibi tarafların iradesinin ikinci  
plâna itildiği, veya âdi kira veya ziraî hasılat kirasında müşahede  
edildiği gibi akdin hükümlerinin tarafların arzu veya önceden derpiş  
ettikleri zamanın ötesine taşıdığı veyahut da iş hukukunda rastlan-  
dığı gibi fiilî münasebetlerin akde muadil sayıldığı halleri gö-  
zönünde tutmuşlardır.

Bu gibi âraz ve benzerleri karşısında bir kısım hukukçular  
akit mefhumunun yerini, zaman ve mekân içinde istikrarlılığı ile  
kendini gösteren «müessese» (l'institution) mefhumunun ve plân-  
lamannın alacağını düşünmektedirler.

Bundan başka, akitler sahasında tarafların iradesine konulan  
tahditlerin az çok daima ve bilhassa Fransız ihtilâline tekaddüm  
eden devrede mevcut bulunmuş olduğu hatırlanarak zamanımızda-  
ki tahditlerin ehemmiyeti tebarüz ettirilmekte ve bunların bir sınıf  
hukukunun ortaya çıkmasının neticesi olduğu söylenilmektedir.

Azami fiat tesbitini zarurî kılan, malların, hususiyle istihlâk  
mallarının istihsalindeki kifayetsizlik ve mesken buhranı; Devlet  
teşebbüslerinin ortaya çıkmasıyla bazı faaliyet sahalarının hususî  
teşebbüslere menedilmesi; bazı akitlerin müddetinin kanunen tâ-  
yin edilmesi; ziraat işçilerinin işledikleri toprak dışına atılmayacak-  
ları hususunda emin olmak arzusu, sınaî işlerde akdî münasebetle-  
rin ve patronun feshi ihbar hakkının tanzimi, asgarî ücretlerin tes-  
biti; gaz, elektrik, su tevzii, nakliye, telefon, radyo, televizyon gibi  
âmmе hizmeti gören teşebbüslerin hizmetlerinden herkesi istifade  
ettirmesi zarureti; işsizlik tehlikesini önlemek endişesi; millî parayı  
değerini düşürecek spekülâtif manevralara karşı korunma ihtiyacı;  
akdî mes'uliyetten kurtulma şartlarını tahdit zarureti; tefecilerin  
menfaatlerine set çekme düşüncesi - gerçekte, bu eski zamanlarda  
da bahis mevzuu olmaktadır; akdin muhtevasını tek taraflı olarak  
tesbit etmek isteyen iktisaden kuvvetli âkide karşı zayıf olan tara-  
fın himayesinin gerekmesi, edalar arasındaki fahiş nisbetsizliğin

giderilmesi lüzumu; bütün bunlar sosyal ve iktisadî vakıalar sahasından akitler hukuku sahasına intikal ederek kanun vazını, hâkimi ve hatta tarafları tazyik etmekte gecikmediler.

\* Gerçekte, iktisadî serbestî ve siyasî liberalizm prensiplerinin sukutu ve Devletin hususî iktisat sahasına ve umumiyetle hukukî teşkilâtlanmaya olan müdahalesinin artması karşısında bulunmaktayız.

Daha önce bahsettiğimiz temayüller, murakabe edilen iktisat (économie contrôlée), veya programlı yahut plânlı iktisat (économie de programme ou économie planifiée) yahut da teşkilâtlanmış iktisat (économie organisée) adı altında Devletin ekonomik politikayı sevk ve idare etmesi şeklinde ifade olunabilir. Teşkilâtlanmış iktisadın sùjeleri bir akdın tarafları olabilir.

Akit mefhumunun çehresini değiştiren âmiller yalnız iktisadî mahiyette değildir. Bazan objektif hüsnüniyetin ve âkitlerden birinin diğerine karşı gösterdiği itimadın himayesi gibi, geniş mânada ahlâki mahiyette saikler de, akde müdahale ve himayeye şayan olmayan akdî menfaatlerin reddedilmesi hususunda rol oynarlar. Bu hususta, akitlerde hakkaniyet icaplarının yerine getirilmesi, kanuna karşı hilenin önlenmesi, muvazaa karşısında hüsnüniyetli üçüncü şahısların haklarının korunması, hatanın esaslı olması için karşı âkitçe farkına varılmasının lâzım gelmesi gibi haller de misal olarak zikredilebilir. Bazan da hukuk tekniğinin icaplarını yerine getirmek bahis mevzuu olur; akdın feshedilebilmesi için onun ifa edilmeyen kısmının ehemmiyetli olması lüzumu; âkitlerden birinin mamelekî vaziyeti sarsılınca karşı âkide kendi edasını talik etmek salâhiyetinin tanınması; akdın tarafların iradesiyle tesbit edilmiş muhtevasının hâkim tarafından tamamlanması gibi.

••

Bütün bu bahsettiklerimde, âkit tarafların iradesinin, hukuk nizamının yüksek iradesine tabi kılınmasının gittikçe barizleşmesini izah edebilecek kâfi derecede unsur bulunmaktadır.

Şimdi yeni içtimaî - hukuk dışı - görünüşlerin hukukî karşılıklarını göstermek lâzımdır.

Eski İtalyan MK. nun 1098 - 1130 ve 1209 - 1217 inci maddelerinin, yeni MK. un bunlara tekabül eden 1321 - 1369 uncu madde-

leriyle basit bir mukayesesi neticesinde dahi, ilk bakışta, yeni kanunun ihtiva ettiği müesseselerin daha çeşitli ve tanzim tarzının daha ihtimamlı ve vazıh olması bir tarafa, istisnaî müesseselerin normal müesseseler haline tahavvül ettiği görülür.

Yeni Kanun bundan başka tamamen yeni bazı prensipler getirmiştir :

a) Ezcümle akdin önceden taraflardan birinin yalnız başına tesbit ettiği *umumî şartlar* dairesinde teşekkülüne cevaz verilmiştir; umumî şartların önceden tesbiti yalnız seri halindeki, aynı mahiyette çok sayıdaki mübadele muamelelerinin (opérations de masse) yeknesak olarak tanzimini gerektiren hallere münhasır kalmamaktadır. Bununla beraber akdin umumî şartlar dairesinde teşekkülü, bu gibi iltihakî akitlerde taraflardan birinin elindeki inhisarı suiistimal etme temayülünde bulunduğu, âkitler arasında iktisadî bakımdan eşitlik olmadığı gözönünde tutularak, iktisaden zayıf olan âkidin (yani müstehlikin ve umumî hizmetlerden faydalananın) iktisaden kuvvetli olan âkide karşı himayesi için gerekli tedbirler alınmak suretiyle kabul edilmiştir.

b) Yeni İtalyan Medenî Kanununda ve onu tamamlayan kanunlarda rastlanan diğer bir yenilik, âmme hizmeti ifa eden ve bir inhisara sahip olan teşebbüslere yüklenen *akit yapma mecburiyetidir*; bu gibi teşebbüsler hizmetlerinden herkesi faydalandırmağa ve istihsal ettikleri malları herkese satmağa mecburdurlar; istedikleriyle akit yapıp istemedikleriyle yapmamakta serbest değildirler. Akit yapma mecburiyeti, bu mecburiyetin kendisine yüklendiği âkidin elinde bulundurduğu inhisar dolayısıyla, onun yaptığı hizmeti veya istihsal ettiği malları başkasından tedarik etme imkânının bulunmayışı dolayısıyla kabul edilmektedir. Bununla beraber, İtalyan MK. md. 2597 ye rağmen, müteşebbis, akit yapmağı reddettiği takdirde, hâkimin vereceği inşaî bir hükmün onun rızasının yerine kaim olması esasını tanınmamıştır. Diğer taraftan, akit yapma mecburiyeti olan hallerde, inhisara sahip olan âkide umumiyetle akdin umumî şartlarını önceden tesbit etmek hakkı tanınmaktadır.

Akit yapma mecburiyetine bağlı olan bir husus da şudur : İcra idarî bir imtiyaz veya müsaadeye tabi hizmetler için idarî makamlar imtiyaz veya müsaadeyi verirlerken, bunu bazı şartlara tâbi kılmaktadırlar; binnetice bu şartlar, hizmeti ifa eden teşebbüsün bundan faydalananlarla yaptığı akitlerin muhtevasına in'ikâs etmektedir.

c) Diğer taraftan bazı edalar hakkında da sadece muayyen kimselerle akit yapmak mecburiyeti konulmakta; bu muayyen kimseler dışında kalanlarla akit yapmak menedilmektedir. Ezcümle bazı temsillere küçüklerin alınmasının, bazı maddelerin (meselâ uyuşturucu maddelerin) herkese satılmasının menedilmesi gibi.

d) Şümulü çok geniş olan yeni bir kaide de, kanunî bazı şartların ve Devletin tesbit ettiği azamî fiatların, tarafların akitte tâyin ettikleri şartların yerine kaim olacağını kabul edilmesidir; bu suretle; tarafların rızasına bakılmaksızın, kanunî şartlar akdî şartların, resmî makamlarca tesbit edilen fiat taraflarca kararlaştırılan yerini almaktadır.

Bu kaidenin menşeiini, akdin muhtevasına teamülden doğan şartları da dahil eden Fransız Medenî Kanununda bulmak kabildir. Burada işaret edilmesi lâzım gelen cihet şudur ki, akit, tarafların önceden derpiş ettiklerini aşacak surette tadile uğramakta veya tamamlanmaktadır.

e) Yeni kanunda serbest rekabeti kolaylaştırıcı ve inhisara karşı cephe alan bazı takyidler de bulunmaktadır. Ezcümle hizmet akitlerine bağlı rekabet memnuiyeti şartları zaman, mekân ve işin mahiyeti bakımından tahdit edilmedikçe muteber değildirler. Gerek bu şartların, gerek bir ticarî işletmenin devrine bağlı rekabet memnuiyeti şartlarının müddeti beş seneden fazla olduğu takdirde bu müddet kanun hükmü icabı kendiliğinden beş seneye iner.

Bununla beraber yeni Kanunda inhisarî vaziyetleri himaye eden hükümler de yok değildir.

f) 1942 tarihli Medenî Kanun hususî akit tipleri, bilhassa âdi kira, ortakçılık, nakliye ve iş mukaveleleri sahasında da bir takım yenilikler getirmiştir. Bu yenilikler umumiyetle zayıf olan âkidin himayesi şeklinde tezahür etmekte ve zayıf olan âkit de umumiyetle borçlu olduğu cihetle, favor debitoris esası, yani borçlunun lehine hareket etme esası yeniden canlanmaktadır (\*).

---

(\*) Mütercimnin notu: Prof. Messineo'nun iktisaden zayıf tarafın umumiyetle borçlu olduğu fikrine iştirak etmek biraz müşküldür; zira iktisaden zayıf tarafın himayesi umumiyetle karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bahis mevzuu olmaktadır; bu gibi akitlerde ise her iki taraf da hem alacaklı hem de borçludur.

Yeni Medenî Kanun ve Deniz Ticaret Kanunu, bundan başka eski Kanun zamanında isimsiz akit vasfını taşıyan bir çok mukaveleleri tanzim etmek suretiyle, evvelce teamüle ve tarafların iradesine bağlı olan kaideler yerine kanunî kaideler koymuşlar, yeni iktisadî ihtiyaçlara uygun yeni hukukî vasıtalar yaratmışlardır.

Diğer taraftan, eski Medenî Kanun ve Ticaret Kanunundaki bazı hususî kaideler umumleştirilmiş ve bütün akitlere teşmil edilmiştir.

Bazı akit tipleri, ezcümle kara, deniz ve havada nakliye mukaveleleri tanzim edilirken bu husustaki milletlerarası anlaşmalar gözönünde tutulmuştur.

Müşahede olunan diğer bir vakıa da akitler sahasında milletler üstü yeknesak kaideler vazetmek temayülüdür. Bu temayüle bir misal olmak üzere Roma'da Hususî Hukukun Tevhidi Enstitüsü'nün hazırladığı Menkul Satışı hakkındaki Kanun Tasarısı zikredilebilir. Akitler hukukunun hiç olmazsa Küçük Avrupa çevresinde birleştirilmesi arzuya şayan olmakla beraber, bu mesele mevzuumuzun dışında kalmaktadır.

İtalyan Medenî Kanununun akitler bahsi, faşist rejimi altında doğmuş olmakla beraber, şimdiki demokrasi rejimine aykırı bir mahiyet taşıdığı söylenemez. Halen tanzim edici kuvvetlerini kaybetmiş olan korporatif esaslara vaki atıflar kanundan atılmış olduğu cihetle bu kanunun faşist kaynaklardan çıktığını beyan etmek, aşırı olur; kanunun müdahalelerden masun kalması faşist rejimi taraftarlarının değil, fakat kanunu kaleme alanların liyakatından ileri gelmiştir. Akitler bahsinde sosyal vasıf taşıyan bazı kaide ve davranışlara rastlanmakla beraber, bunların benzerleri tamamen demokratik esaslardan mülhem olan memleketlerde, meselâ Fransa'da da bulunmaktadır. Yeni İtalyan Medenî Kanununun antidemokratik olmadığına bir delili de, bu kanunun hiç bir hükmünün yeni Cumhuriyet Anayasasına aykırı olduğunun Anayasa Mahkemesi huzurunda şimdiye kadar ileri sürülmemiş olmasıdır.



Şimdiye kadar yapmağa çalıştığım tahlillerden, muasır İtalyan hukukunda akitlerin umumî görünüşü hakkında bir netice çıkarılmak istenilirse bilhassa üç husus üzerinde durulmalıdır :

Bunlardan birincisi akit serbestisi prensibinin sukutu, ikincisi âkitler arasında eşitlik prensibinin zayıflatılması, üçüncüsü fiilî akit mefhumunun tanınmasıdır. Bu üç husus 1865 tarihli eski İtalyan MK. mer'iyette iken ortaya çıkan problemleri tamamen tadil etmektedir.

Evvelâ akit serbestisi prensibi, gerek akdin muhtevasını tâyin etmek, gerek karşı âkidi seçmek, gerek akit yapıp yapmamakta serbest olmak bakımlarından pek çok tahdide uğramıştır. Öyle ki bugün artık akit serbestisinin kaide mi yoksa istisna mı olduğu hususunda tereddüt edilebilir.

Diğer taraftan, âkitlerden iktisaden zayıf olanı iktisaden kuvvetli olana karşı korumak için konulan hükümler, tarafların hukukken eşit muameleye tabi olması prensibini zayıflatmıştır.

Akit serbestisinin tahditleri hakkındaki izahların artık «tan-zim edilmiş akit» (contrat réglé) tabirinin kullanılmasının haklı olduğunu göstermektedir; bu tâbirle, hususi hukuka müteallik kanunların getirdikleri yenilikler ve âmme hukukunun âkitlerin iradesi üzerindeki in'ikâsları hulâsa edilmektedir.

Âmme hukukunun hususî hukuku istilâsı modern Devlete düşen görevlerin genişlemesinin neticesidir; buna muvazi olarak hususî mülkiyet hakkına konulan âmme hukuku takyidleri de artmaktadır; binaenaleyh bu, akdin çehresinin değişmesi vakıasını aşan bir meseledir.

Hukuk tekniği bakımından akit mefhumunun gerçek bir buhranı karşısında bulunmaktadır; bu buhran, Devletin kısmen durdurmağa kısmen teşvik etmeğe çalıştığı iktisadî kuvvetlerin tazyiki altında gerek akitlere ait prensiplerde, gerek bunların tatbikatında kendini göstermektedir.

Modern akit her ne kadar hukukî bakımdan bir dikta sayılmazsa da ve akit yapma mecburiyeti hallerini müstehlikler kütlesinin menfaatlerini korumak mülâhazasıyla izah mümkün ise de, umumî şartların önceden tesbiti akit mefhumunu gittikçe hareket serbestisinin vasıtası olmaktan çıkarmaktadır.

Gerçekte akit denilen bu hukukî mefhum iki kutup arasında, an'anevî irade kutbu ve iradeden tecerrüt ederek âkitleri ve hatta ekseriya içlerinden birini muayyen hükümlere tabi kılmak kutbu

arasında sallanmaktadır. An'anevî akit mefhumu artık ayakta duramamakla beraber, cemiyet adına ferdi sıkıştırıcı ve ezen umumî menfaatin himayesi kıstasına başvurulmadıkça tatminkâr bir izah tarzı bulmak müşküldür. Yalnız bu bakımdan gözden kaçırılması yerinde olan husus, umumî menfaatin kat'i olarak gerektirdiği hallerde istenilmeyen akde hüküm izafe edilmemesidir.