

Y. m. 646

378(496.11):34(05)-94.3

Y. m.



H 8

MODERN MEDENİ HUKUKTAKİ İSTİHALELER [*]

16 ıncı asırdan 18 inci asıra kadar, muazzam bir fikir hareketi neticesinde, yeni bir beşer ve beşeriyet tablosu meydana geldi. Rönesans ve Reformasyon, humanizm ve aydınlanma devri, tabii hukukun hukuk felsefesi telâkkisi ve ekonomik nazariyeler insan hürriyeti için savaşıyorlardı. Bunlara nazaran insan, zincirbent olarak doğmaktadır, halbuki insan hürdür. Zira o şuurlu bir varlıktır; bu keyfiyet onu kendi benzerleriyle, beşer simasını taşıyan her şeyle ve bütün beşeriyetle bağlamakta ve aynı zamanda onu hür kılmaktadır. İnsan kendi mukadderatının zatî yapıcısı, kendi taliinin zatî halikidir. Kezalik aklın icaplarına göre hukuku meydana getiren, camia nizamını tayin eden ve devleti kuran yine insandır.

Artık kurunu vustai nizamın bütün takyidatı ve zabıta devleti ortadan kalkıyor. İnsan, o zamana kadar kendini bağlayan birlik zincirlerinden, yani aile ve karabet zincirlerinden, komşuluk, köy müşterek arazi, lonca, esnaf cemiyetleri, asalet ve paye, dinî birlikler ve dine sülûk zincirlerinden kurtuluyor. Onun fikrî varlığının hürriyeti müemmen olmalıdır; bu, düşünce hürriyetidir. Modern Teşkilâtı Esasîyeler vicdan (din), söz, matbuat, cemiyet kurma, toplanma hürriyetlerini teminat altına almışlardır. Kezalik insan mensup olduğu devletin hür bir vatandaşı olmalıdır ve dev-

[*] Züriç Üniversitesi Medenî Hukuk Profesörü August Egger tarafından 19/10/1937 tarihinde İstanbul Üniversitesi Konferans salonunda verilmiş olan konferanstır.

lete ve kanun vaz etme işine hiç olmazsa mümessilleri vasıtasıyla iştirak etmelidir. Bizzat devlet dahi, hâkim olan hürriyet idesine göre yeni bir şekilde kurulmalıdır. Zabıta devleti kalkmakta ve yerine hukuk devleti kaim olmaktadır. Kuvvetlerin tefrikindeki en derin mâna, ferdi devletin indî ve keyfî idaresine karşı korumaktır. Devletin bütün birliklerinde salâhiyetler birbirinden kat'î surette ayrılmalıdır : Hukuk yaratma işi tamamen vazı kanunda, bütün kazâ işi hâkimde temerküz etmeli ve idarî işler de idarî makamata ait olmalıdır. 18 inci asrın sonunda ve 19 uncu asrın başlangıcında meydana getirilen büyük müdevvenat işte bu ruhun mahsulleridir : Hukukun tevhit edilmesi, bütün hukukun kanunlarda tesbit olunması devlet tarafından kurulan hukuk mahkemeleri teşkilâtı, adli takibata müteallik hukukun yeni bir tarzı tanzime raptı, bütün bunlar, şahsın emniyet ve hürriyetini garanti etmektedir.

Bu yeni nizam bilhassa, **ekonominin devletten kurtulması** neticesini de getirdi. Esnaf ve lonca teşekküllerinin ve zabıta devletin tahdidatı, sanayideki konsesyon sistemi, çarşı nizamları, şahsi ve aynî tabiiyet münasebetleri, arazinin cizye vermek mecburiyeti ortadan kalktı. Ekonomik hayat için dahi hürriyet esası kondu. Ticaret ve sanayi hürriyeti teessüs etti. Fransız inkılâbı şu umdeyi ilân ediyordu : « Herkes istediği ticaret, meslek ve san'atı icrada serbesttir ». Bu, **mülkiyet hürriyeti** dir. Bunu 1791 tarihli arazi kanunu klâsik bir tarzda şöyle ifade ediyor : « Fransa arazisinin her tarafı, onun üzerinde ikamet eden şahıslar gibi, hürdür ». Mülkiyet **devlete karşı** hür oluyor : Devlet bunu ancak âmme menfaati mevzuubahs olduğu zaman ve âdil bir tazminat mukabilinde musadere edebilir. Mülkiyet **ticarete** de hür oluyor : Mülkiyet herkese geçebilir, devir ve ferağ edilemiyen mal, kendisinden kurtulunamıyan mükellefiyet olamaz. Bu, **ekonomik faaliyetlerde ve rekabette hürriyeti** ifade eder. Ve bu keyfiyet **mukavelât serbestisine** yeni ve çok zengin bir mevzu vermektedir. Alım - satım akdi, ister gayri menkullere, ister herhangi bir nev'e hattâ günlük yiyecek ve içeceğe ait menkullere müteallik bulunsun, âkitler tarafından serbestçe yapılır : Her türlü tarife usulü kalkıyor. Satış bedeli arz ve talebe göre taayyün eder. Bu suretle

kredi muameleleri de serbest oluyor. Faize müteallik tahdidat kalkıyor ve sermaye için verilecek faizi taraflar mukavele ile tayin ediyorlar. Kezalik usta ile kalfa ve çırakları arasındaki münasebetleri tanzim eden nizamlar da kalkıyor; bu münasebetlerin tanzimi dahi mukavelât serbestisine bırakılıyor.

Tecrit edilmiş ve serbestleştirilmiş ferdin hürriyeti hukuk devleti tarafından temin olunuyor. Bu, 19 uncu asrın esaslı siyasi ve hukukî bir düşüncesi, fikriyata hâkim olan ve hukuk nizamını kendi ruhiyle dolduran liberalizmin **merkez idesi** idi.

Bu sistem fevkalâde büyük bir muvaffakiyet kazandı ve yerleşti ; çünkü kudretlerin inkişafını vadetti ve bu vait yerine geldi. Ekonomi hayatı serbestçe inkişaf edebiliyordu ve inkişaf etti. Avrupada milletler bu sistem altında azamet, kudret ve servet iktisap ettiler. Bugünkü şehirler, yollar, kanalların inşası, demiryolu, posta ve otomobil vasıtasile nakliyat hayatının yeni kuruluşu bu sistem altında oldu. Sanayi işitilmedik bir tekâmüle mazhar oldu, teknik, bir çok harikalar meydana koydu. Arazi dahi başkalaştı. Ve daha kesif surette zer'iyat yapıldı. Gerek köylü ve gerek işçi için hayat standardı yükseldi. Memleket ekonomisi, millî servetin kaynağı oldu ve tesirini memleketlerin sınırları dışında da gösterdi ; memleket ekonomisi cihan ekonomisi haline inkilâp etti.

Bu muvaffakiyetler sadece maddî bakımdan olmadı. Maddî sahadaki bu muvaffakiyetler, muazzam ruhî değişiklikler olmaksızın mümkün olamazdı. Bizzat insan başkalaştı. Serbestleştirilmiş ve tecrit edilmiş ferd kendini **hayatla** karşı karşıya buldu. Ona namütenahî imkânlar açılıyordu; fakat aynı zamanda mahv-olmak tehlikesine de maruzdu. Böylece onda bütün enerjiler harekete geldi. Mücadeleyi kabul etmek, kendini göstermek, yer tutmak mecburiyetinde idi ; kendinin ve ailesinin saadeti buna bağlı buluyordu.

Böylece 19 uncu asır, uyuklayan bütün entelektüel ve iradî kudretleri uyandırdı, iradeyi faaliyete ve yaratmaya sevk etti ve o zamana kadar hiç görülmemiş bir çalışma tehacümü, bir çalışma arzusu meydana getirdi. Tam bir enerji ve tam bir ihtirasla çalışıldı. Mahsulât ve mamulâtın ve ticaretin kompilike olması, de-

vamlı, dürüst, esash ve dikkatli bir çalışmayı, binaenaleyh açık zihinli, çabuk anlayışlı ve ruhan çabuk harekete geçmeğe kabiliyetli bir işçinin mevcudiyetini icap ettiriyordu. Bu suretle ticaret, sanayi ve nakliyat, muhtaç oldukları zekî, enerjik ve doğru insanları yarattılar. Bütün dereceli mektepler bu insanları yetiştirmek için çalıştılar. Bu insanlar bütün hayatları müddetince ilim iştiyakı ve öğrenme enerjisi ile doludurlar ; fikirleri uyanıktır. Bunlar zamanlarının bilgisini hazmetmek ve hali hazır hayatında müessir olmak isterler. İşte ancak böyle umumî bir fikrî tekâmül sayesinde ki bilâhare **teknîğin** ve **ilmin** zamanımızda eriştikleri inkişaf imkân dahiline girmiştir. Zira bu tekâmül, sayısız fikir işçilerinin yorulmak bilmez, azimli ve gayeyi müdrük çalışmalarına dayanır.

Fakat ferdiyetçi sistem büyük bir inkisarı hayale sebep oldu. Sonsuz ümitler içinde ona, hukuk ve adaletin umumî bir nizamını tesis etmek, mâşerî bir ahenk kurmak hususunda efsanevî bir kudret izafe ediliyordu. Artık beşer faaliyetini müterakim, gayrı tabii ve keyfi tahditlerden kurtarmak lâzımdı; ondan sonra beşerdeki şuurlu varlık kendini gösterecekti. Kudretlerin serbest faaliyetlerinden sosyal bir müvazene vaziyeti meydana gelecek, hürriyet, müsavat ve ühuvvet esasları tahakkuk edecekti.

Fi'liyatta ve hakikatta ekonomik tekâmül **cemiyette çatlaklar açtı**. Yeni bir sınıf meydana gelmesi neticesini doğurdu; iş verenle işçi, müstahsil ile tacir, müstahsil ile müstehlik, şehirle köy, arazi ile sermaye arasındaki eski zıddiyetleri şiddetlendirdi ve yenilerini meydana çıkardı. Ekonomi hayatı ekonomik bir **mücadele** oldu. Mücadele telâkkisi liberal fikirlerin esasını teşkil etmektedir. Fakat bu mücadele orta çağ telâkkilerine bağlı kalarak ilk önce « mertce » oldu. Fi'liyatta bu mücadele, an'änenin getirdiği bütün kudretlerle ve yeni nizamın esasını teşkil eden küçük burjuva karakterile muhtelif taraflardan mahdut ve bağlı idi. Bu yeni nizam **insanlardan**, fertten ve ferd ile ferd arasındaki faaliyetlerden doğuyordu. Fakat daha sonarki inkişafalarda **bizzat insanlar** değiştiler : Bir çok eski tahditler ve hailer ortadan kalktı. İnsanlar daha enerjik fakat daha aldırışsız, daha uyanık, fakat daha pervasız oldular. Büyük bir değişiklikte **ekonomik tekâmül-**

lün sùjelerinde vukua geldi : Yani müessir olma imkânları nispeten mahdut kalmağa mahkûm bulunan fertler yerine ticaret şirketleri ve böylece korporatif teşebbüsler kaim oldu. Bunlar hükmî şahıslar sıfatile, haklardan istifade ve onları kullanma ehliyetleri bakımından fertlere son derece benzediler, fertlere rakip oldular ve bir çok sahalarda onlara tefevvuk ettiler. Bu korporatif teşebbüsler 19 uncu asrın sonunda kimsenin tasavvur edemediği bir genişlik ve bu suretle bir kudret kazanmak istidadını gösterdiler, büyük bir temerküz hareketi yaptılar, ittihatlar teşkil ettiler ve bütün cihanda çok kudretli trüstler halinde birleştiler. Bütün ekonomi hayatına birleşme düşüncesi nüfuz etti. Patronlar, işçiler, müstahsiller, müstehlikler, tacirler, zanaatkârlar, çiftçiler, menfaat mümessillikleri, mücadele birlikleri, meslek cemiyetleri, sendikalar ve bilhassa karteller halinde mütenevvi teşekküller içinde birleştiler.

Böylece iktisadî mücadele karakterini değiştirdi. **Ferd hürriyetini kaybetti.** Mukavelât ve cemiyet serbestisi kendi kendisinin başını yedi : Ferd yeni bağlarla bağlandı ve bu bağlar ekseriya onun karar verme ve muamele hürriyetini çok şiddetli surette ihlâl etti. Bunun için kuvvet vasıtaları ve bütün psikoloji ve ideolojileri dolayısıyla, **birliklerin** mücadelesi daha ihtiraslı, daha merhametsiz ve daha kayıtsız oldu.

18 ve 19 uncu asırlar arasında, eski dünyayı yerinden oynatan fikrî cereyan ferdî şahsiyet düşüncesi ile dolu idi. Ondan sonraki inkişaf — teşekküllere şahsiyet vermekle — bu düşüncenin mahiyetini bozdu. Mezkûr fikir cereyanı şahsî hürriyet uğrunda bütün bağları koparmıştı. O zamandanberi vaki ekonomik inkişaf bir çok kimselere şahsan serbest karar verme hususunda ancak gayet cüz'î bir saha bıraktı. Zikri geçen fikrî cereyan müsavat umdesini koymuştu, halbuki hukukî müsavatın yanında hemen çabucak filî müsavatsızlık belirdi. Bu cereyan kardeşlik umdesini ilân etmişti; fakat bu umde, herkesin herkese karşı mücadelesinde kayboldu gitti.

Bu değişiklik sadece iktisadî değildir. Bu, aynı zamanda ruhîdir de. **Ferd** çok geçmeden serbestlikten yoruluyor. Hürriyet fertten bir çok şeyler istemekle kalmıyor, büyük tehlikelere de

merbut bulunuyordu. İşte bu sebeple ferd yeniden **birleşme ve topluluk** arıyor. Hürriyetinden bir kısmını feda ediyor ve topluluğa dahil oluyor.

Bilhassa bütün bu tekâmüle dahi **büyük fikrî cereyanlar** refakat etmekte ve bunlar yeni nizamın esaslarına hücum eylemektedirler. **Tarihî mektep**, göklere çıkarılan **rasyonalizm ile mücadele ediyor** : Bu mektebe göre, hukukumuzu kendi görüşümüze tevfikân meydana getirebileceğimiz fikri doğru değildir. sözde çok kadir bulunan vazı kanun âcizdir ; zira nasıl ki lisan derunî bir lüzum ve ihtiyaçtan doğmakta ise, hukuk ta halk şuurunun derinliklerinden doğmaktadır. Bu mektep **tabii hukuk** ile de mücadele ediyor. İnsan aklı tarafından keşf ve idrak edilen, ebediyen hakikî ve doğru olan bir hukukun mevcudiyetine iman, ilk çağda ve bütün orta çağda canlı olarak mevcut kalmış ve bu imandır ki insanlara eski nizamı yıkıp yerine yenisini kurmak kuvvetini vermişti. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu bile giriş mahiyetinde olarak bu inanı şöyle ifade ediyor : « Bütün müsbet kanunların kaynağı olarak cihanşümül ve değişmez bir hukuk vardır : Bu, bütün insanları idare etmesi itibarile tabii akıldan başka birşey değildir » . Tarihî mektep bu telâkki tarzile bilhassa Almanya'da büyük bir muvaffakiyetle mücadele etti : Ona göre hukuklar ancak tarihî oluş seyri zarfında meydana gelirler ve durmadan tebeddül sayruretine tâbi bulunurlar. Bundan **pozitivizm** çıkmaktadır: Pozitivizme göre hukukçu mer'î kanunun hizmetkârıdır ; bunun ötesindeki fikirler sönmeğe mahkûmdur. Bu suretle artık bir hukuk ilmi değil, bir kanun ilmi meydana çıkıyor. Bundan sonra bütün envaile **sosyoloji** meydana geliyor. Sosyoloji, **cemiyet hayatının** ve **cemiyet hissiyatının**, tefekkürün, arzunun kanunlarını şuna irca ediyor: Kütle ve camia psikolojisi.

Materyalizm beşer ruhunu inkâr ettiği gibi, sosyoloji de şahsiyet fikirlerini inkâr ediyor. Ferd bizzat kendi şahsiyeti ile ve kendi mevcudiyeti ile hareket ettiğini zan ettiği yerlerde bile, tabiatın ve cemiyetin kanunlarını ve kendisine çocukluktan beri müessir olan an'ane ve muhitin kanunlarını takip etmektedir. Diğer taraftan daha geniş tabakalara nüfuz ve filiyata istinat ettikleri için daha kudretli olan diğer bir takım cereyanlarda kendini

gösteriyor : Bu, muhtelif istikametlerle **sozializmdir** : Bu istikametler, daha sonraki Marksizmin materyalist istikameti ve Latin memleketlerde umumiyet itibarile idealist istikamettir. Bu son istikamette sosyalizm Fransız inkılâbının hakikî timsali olduğunu iddia eder. Jaurès der ki : « Sosyalizm mantikî ve tam endividualizmdir ; bu inkılâpçı endividualizm gittikçe büyümektedir. » . Bu cereyan kendi **kritiği** vasıtasıyla, bizzat kendi sahasından daha geniş bir sahada tesirini göstermektedir. Zira ekonomik ve sosyal nizamın bu kritiğini sosyalizmi tamamen red eden muhitler meselâ bazı kilise muhitleri, sosyal ahlâkıyatçı ve sosyal ıslahatçılar da yapmaktadırlar ; bunların heyeti mecmuası kuvvetli bir nüfuz kazanmakta ve teşrî üzerinde müessir olabilmektedirler. - Daha nafiz ve binaenaleyh daha müessir bir kritik te **ziraat politikası** tarafından yapılmaktadır. Bu kritik beynelmilel sahada, çiftçileri, hayatî bir tehlike arzeden rakabet mücadelesine sevk edici serbest ticarete ve millî sahada ise miras hukukunun ve aynî hakların endividualist tarzı tanzimine teveccüh etmektedir.

Bu fikir hareketlerinin geniş akıntısına, takriben kırk sene-denberi **tenkidî bir hukuk ilmi** de karışmaktadır. Bu ilim her şeyden evvel **methodculuk** mahiyetinde olup tarifler ve hukukî formüllerden başka bir şey yapmayan, şekline uydurmakla vazifesini tamamlayabileceğini zan eden ve **kıymet hükmünden** mümkün mertebe kaçınan **pandektoloji** namile maruf ekzejetik mekteple mücadele eder ve yeni bir realite, yeni bir ciddiyet ve hayata yakınlık ister. Bu ilim, bizim hukuk nizamımıza temel teşkil eden ve böyle bir nizama temel teşkil etmesi icap eyliyen **kıymet hükmünü** ve büyük **ana fikirleri** hatırlar: Biz bu cereyanda **tabii hukukun hakikî bir rönesansını** müşahede ediyoruz. Artık bundan sonra müspet hukukun **tenkidi** ve onu **yeniden şekillendirme arzuları** yolunda bir adım atılmıştır. Bizzat hukukçular hususî hukuk sahasında dahi, endividualist nizamın yıkılıp yerine sosyal mahiyeti haiz bir nizamın konulması mânasında yeni bir hukuk istiyorlar : Zayıfların himayesi, çocukların korunması, evlilik harici doğan çocukların hukukî vaziyetlerinin ıslahı, vasayet hususlarının tamamlanması; işçilerin, kiracıların ve hasılat kiracılarının himayesi, yeni bir arazi hukuku ile çiftçilerin hayatlarının temini bu meyandan

dadır. Bu tenkidî hukuk ilmi Almanya'da, Fransada, İtalyada takriben 1890 danberi isteklerini ilân etmektedir. Hattâ şurada burada hususî hukuku tamamen ortadan kaldırmak isteyen sesler yükselmektedir. Bunlara göre hususî hukuk tamamen âmme hukuku içinde kaybolmalıdır.

Bir taraftan, yukarıda zikredilen ekonomik ve sosyal tekâmül, diğer taraftan şimdi hülâsa edilen fikrî cereyanlar çoktanberi **devletin vazifesine** müteallik telâkkilerde bir değişiklik meydana getirdiler: Devlet yalnız iyi kanunlar yapmağa ve hukukî gidişin muntazam olmasına itina ve vatandaşların hürriyetini garanti eden bir hukuk devleti değil, aynı zamanda **bir selâmet ve refah devleti** olmuştur. İsviçre federal Teşkilâtı Esasiye Kanunu Federasyonun gayesi olarak, vatan istiklâlinin müdafaası, sükûnet ve nizamın temini, vatandaşların hürriyet ve haklarının himayesi keyfiyetlerinden başka bir de **vatandaşların müşterek selâmet ve refahını** temin keyfiyetini zikretmektedir ki bu vazife harpten evvel gittikçe ehemmiyet hesp etti. Bu hususta gümrük politikası ve ziraat tedrisatı vasıtasıyla ziraatin teşvikini, fabrikalardaki mesai ve sosyal mesuliyet hakkındaki sosyal kanunları, sanayiî hukukî himayesini ve sanayi tedrisatını hatırlatalım.

Böylece hukukun ilerideki inkişaf ve tekâmülü için filî esaslar ve bütün fikrî unsurlar hazırды ve bu tekâmülün yirminci asır zarfında seyrini takip edeceği şüphesizdi. Fakat **cihan harbi** geldi çattı ve **tekâmül** yerine **inkılâp** kaim oldu.

Tarihi yapan milletlerdir. Onlar tehlikelere ve ölümlere maruz kalırlar. En büyük ruhî teessürlerle muztarip olurlar ; kendi zâtî mevcudiyetlerini, kendilrinin tarihlerini tahattur ederler ; içlerini **nasyonalizm** ruhiyle doldururlar. Nasyonalizm siyasi faaliyetin kanunlarını tayin eder ve **iktisadî hayata** dahi hâkim olur. **Memleket iktisadiyatı** bir sistem değişikliğine uğrar. Daha harpte bile devlet, ekonomiyi kendi haline bırakamadı. Çok geçmeden millî bir harp ekonomisi, bir nevi harp sosyalizmi kurdu. Harpten sonra bu ortadan kalktı. Fakat arası çok geçmeden devlet yeniden ekonomiye karışmak mecburiyetinde kaldı. Millî devlet, **millî bir ekonomi siyaseti** takip etmek kendi iktisadiyatını harice karşı korumak, kendi kapılarını kapamak, ihtiyaçlarını bizzat kendi va-

sıta ve kuvvetleriyle karşılaşmak mecburiyetinde kaldı. Fakat harice karşı alınan tedbirler dahilinde daha radikal olmayı icap ettiriyordu: Sanayiî ve zirai istihsalâtın himayesi, işsizlikle mücadele, memleket iktisadiyatında birbirile ihtilâf halinde olan grupların uzlaştırılması gibi. İşte böylece **müdahaleci sistem** meydana geldi. Ticaret artık serbest değildir. Gerçi hususî mülkiyet ve müstakil şahsî teşebbüs esasına dayanan hususî ticaret ortadan kalkmamıştır. Fakat devlet tarafından **dirije** edilmektedir. Hususî ticaret devlet tarafından himaye edilmekte ve emniyet altına alınmakta, fakat onun tarafından sevk ve idare edilmekte, onun tarafından tanzim olunmakta ve kuvvetli rüsuma tâbi kılınmaktadır.

Devlette ve ekonomideki değişikliklerin böylece hesabını verdikten sonra, **hususî hukuka** teveccüh edebiliriz. Acaba hususî hukuk zamanın fırtınasına tamamen mukavemet edebildi mi? Ferd, camia tarafından yutulmamış mıdır? Ferd ve onun hukuku için bir saha kalmış mıdır?

Hukuk ilminde ferdi inkâr eden fikirler yok değildir. Onlara göre ana katagori **cemiyet** tir. Cemiyet herşey, ferd hiç bir şeydir. Ferdî şahsiyet yoktur. Hususî hukuk ve âmme hukuku farkı ortadan kalkmıştır. Artık **hususî hukuk mevcut değildir**. Her şey âmme hukukuna girmektedir. Artık sübjektif haklar dahi yoktur. Sadece « hukukî vaziyetler », yani ferdin içinde vazifesini ifa ile mükellef olduğu cemiyet dahilinde muayyen vaziyeti vardır.

Fakat **millî hukuk** nizamlarına bir göz attığımız zaman birbirine zıt hükümlerle karşılaşabiliriz: Muhtelif memleketlerin mevzuatı, kendilerine **dokunulmamış bir hususî hukuk** mahiyetini arzediyor. Böylece Medenî hukukun Âmme hukukuna veya devletlerin siyasi kuruluşuna bağlılığının nisbî olduğu hâdisesi karşısında bulunuyoruz. Justinien'in meydana getirdiği mevzuatın ekseri kısmı 16 ıncı asır Almanyası tarafından iktibas edildi ki, orada o sıradaki siyasi ve iktisadî münasebetler tamamen başka idi. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu bütün devlet değişikliklerine rağmen mevcudiyetini muhafaza etti. Faşist İtalya yeni bir Medenî Kanun ve Ticaret Kanunu projesi yaptı. Fakat iş şimdilik projeler halinde kalmıştır ve bu projeler dahi muhteva itibarile inkılâpçı eserler değildir. Bir Fransız - İtalyan muhtelit komis-

yonu da 1927 de bir Borçlar kanunu projesi yaptı ve esaslı müzakerelerden sonra bu projenin nihai şeklini 1935 te neşretti. Türkiye dahi, yaptığı muazzam inkılâp neticesinde İsviçre Medeni Kanununu, küçük değişikliklerle iktibas etti.

Fakat bütün bunlara rağmen, hususî hukukta hiç bir şeyin değişmediğini zan etmek hatalıdır. Buna imkân yoktu, çünkü **ferdin camia içindeki yeri değişmişti**. Yüz sene evvel ferd camia zincirlerinden kurtarılmış ve kendisine hürriyeti temin edilmişti. Bu sebepten dolayı sübjektif haklar **mutlak** bir mahiyeti haizdi. Haklara lüzumlu hudutları koyan - yalnız - vazı kanun idi. Fakat o bu hakları bizatihi tahdidatsız ve tam olarak tanıdı. « Qui jure suo utitur neminem laedit » (kendi sübjektif hakkını kullanan kişi haksızlık yapmış olmaz) . Kanun çerçevesi dahilinde ferdin **nihayetsiz hürriyet** ve iradesi hâkimdi. Bu keyfiyet **malik** için böyle idi. Bir şeyin maliki, Alman Medeni Kanununun 903 üncü maddesinde beyan edildiği üzere, **kanunu** veya gayrın hakkını ihlâl etmediği müddetçe mülkü üzerinde **istediğini** yapabilir.

Son elli yıl zarfında bu ferd ve cemiyet meselesi üzerinde **derin bir tahavvül** vukua geldi. Bu keyfiyet bilhassa burjuvalar, sosyalistler, katolikler gibi muhtelif istikametlerden şahsan ileri sürüldü : (Duguit, Josserand, Saleille, Renard v. s.) .

Bunlar diyorlardı ki : Bütün hukuk, **camia hukukudur**. Bütün sübjektif haklar objektif hukuk tarafından verilmiştir. Bu sebeple sübjektif hak, **camianın selâmeti tahdidatı** ile mukayyettir. Her hak ancak umumî menfaatin arzettiği hudutlar dairesinde mevcuttur ve ancak bu dairede kullanılabilir. Bu, **sübjektif hakların nisbîliği** nazariyesidir. Hiç bir sübjektif hak mutlak değildir. Ve ancak umumî menfaatin arzettiği hudutlar içinde mevcuttur. Fakat bu hudutlar yalnız devletin menfaatleri değildir ; içtimaî ve mâşerî hayatın ana icapları da buraya girer. Şu halde bu tahdidat içine başkalarının himayeye lâayık menfaatleri de girmektedir.

Kanunun ferde tanıdığı haklar, böylece köklü bir değişiklik geçirdi. Bunlar artık mutlak değil, **nibîleştirilmiştir**. Bunlar artık hudutsuz değil, hudutludur. Bunlar artık **mücerret** olarak ferde verilmiş değil, « **sosyalize** » edilmiştir ve sosyal bir iş görmek-

te, mâna ve gayelerini, muhteva ve kuvvetlerini bu cihetten almaktadırlar.

Bu bir nazariye ifadesi veya ahlâkî bir umde değildir. Kezalik mahkeme içtihatları için verilen bir direktif de değildir. Fevkalâde mühim olan cihet, bizzat vazı kanunun bu esasların rehberliğini kabul etmiş olmasıdır. Bunu vazı kanun bir taraftan âmme hukuku kaideleri vasıtasıyla yapmaktadır. Bu husustaki kıstas 19 uncu asırdakine nazaran tamamen başkadır, yani vazı kanun **âmme hukuku** kaidelerile hususî hukuka kayıtsızca müdahale etmektedir. Diğer taraftan da koyduğu **hususî hukuk kaidelerile**, bu rehberliği kabul emtiş bulunmaktadır.

Böylece **hususî mülkiyet** başka bir mahiyet iktisap etmektedir. Mülkiyette başlangıçtan itibaren büyük bir fark gözetilmekte menkuller (esham ve tahvilât) ile gayri menkuller tamamen ayrı bir tarzı tanzime tâbi tutulmakta ve gayri menkuller arasında da, köy arazisi, şehirlerdeki gayrimenkuller, sanayi tesisatı, meskenler vesaire yalnız âmme hukukunda değil, medenî hukukta da, yani borçlar hukukunda, aynı haklarda ve miras hukukunda da ayrı ayrı muameleye tâbi kılınmaktadır. **Âmme hukuku** (yangın, inşa, sıhhat, emniyet zabıtası gibi) yalnız zabıta mahiyetindeki tahdidatla kalmayıp, ekonomi politikası dolayısıyla, malikin hürriyetine geniş surette müdahale etmekte ve bu müdahaleyi, sadece madenler ve su kuvvetleri gibi hususî bir mahiyeti haiz mülklerde değil, umumî surette (gerek ziraî gerek sınaî olsun) bütün gayri menkul mallarda, malikin aleyhine olarak, yapmaktadır. Âmme menfaati mülâhazasile istimlâk dahi çok genişletilmiştir. Bütün bunlara tekabül etmek üzere medenî hukuk malikin hürriyetini tahdit etmektedir. Eski ziraî komşuluk hakkı, modern ve bilhassa sınaî komşuluk hakkı ile mühim surette tevsi edilmiş bizzat vazı kanun bu geniş tahdidatı o kadar umumî ve o kadar esaslı bir şekilde koymuştur ki, hakkın sui istimalini mevzuubahs edebilmek için bir yer kalmadığında şüphe edilebilir. Aynı suretle kaynak hakkı da meydana getirilmiştir. 19 uncu asırda hâkim olan telâkki, malikin kendi gayri menkulü üzerinde su kaynağı bulmak üzere istediği gibi hafriyat yapacağı merkezinde idi. Bu günkü hukuk bu müsaadeyi ancak, mevcut diğer komşu kaynaklar göze-

tilmek şariyle vermektedir ki bu, karakteristiktir : Şu halde hürriyet ancak, âmmenin ve diğer ferdlerin menfaatleriyle kabili telif olduğu nisbette mevcuttur.

Diğer bütün hususî haklar için de aynı müşahedeyi yapmak mümkündür : Karı - kocanın hakları, ana baba ve çocukların hakları gibi. Modern hukuk, Fransız Medenî kanununun babaya tanıdığı mutlak velâyet hakkından uzaklaşmıştır. Modern hukuk bütün müdahale haklarını devlete vermekten çekinmiyor ve bunu, Alman Medenî kanununun kabul ettiği gibi yalnız ana babanın ağır kusuru halinde değil, çocuğun selâmeti icap ettiği halde dahi yapıyor. Ana babanın haiz olduğu haklar onlara artık gayri mukayyet bir hürriyet vermiyor. Bu haklar onlara mükellefiyetlerini yerine getirmek için verilmiştir ve bu sebeple mükellefiyetlerle birlikte mevcuttur. Böylece haklar dahi nîbileştirilmiştir.

Tabii hürriyet, yani şahsî faaliyet hürriyeti de umumî hukuk nizamının hudutları dahilinde kalmak mecburiyetindedir. Bu tabiidir, ve her zaman böyle olmuştur. Fakat bu hudutların sahası bugün, elli sene evvelkine nazaran daha dar ve duvarları daha yüksektir. Bu keyfiyet bilhassa iki istikamette kendini gösterir : Evveâl şahsın çoğalan mesuliyetinde. Eskidenberi gelen hukuka göre fert başkalarına esas itibariyle aykırı ve kusurlu olarak yaptığı zararlardan mes'uldür. Fakat şimdi ondan talep edilen itina şiddetlendirilmiştir. Hâkimin bir sanayiciye, bir patrona, bir hekime, bir avukata tatbik ettiği ihmal ve teseyyüp kıstası çok daha sıkı olmuştur: o kadar sıkı olmuştur ki, çiftçiler ve sanayi erbabı, hakikatte bir kazadan başka bir şey olmıyan umulmadık hâdiseler için dahi kusurlu ad edildiklerinden ve hâkimin kendilerini kazadan dahi mesul tuttuğundan şikâyet edecek hale gelmişlerdir. Modern mevzuat bir çok hallerde kusur mevcut olmadığı halde dahi mesuliyetin mevcudiyetini, bilhassa ölüm ve cismanî zararda sebep mesuliyetini kabul etmektedir. Meselâ demir yolu ve posta işletmesinden, elektrik tesisatından, hava nakliyatından, otomobil nakliyatından doğan zararlarda olduğu gibi. Borçlar kanununun 58 inci maddesinde bina vesair inşa eseri hakkında konulan kaza mesuliyeti mahkeme içtihatları tarafından mühim surette genişletilmiştir.

Diğer taraftan tabii hürriyet, bilhassa **ekonomik şahsiyet mühim surette tahdit edilmiştir**. Müdahalecilik, sanayicinin, tacirin, çiftçinin iktisadi hürriyetine pervasızca el atmaktadır. Müdahalecilik ekseriya hayvan bakımını, sütçülüğü, ham madde istihsalini, mahsulâtın teslim ve alım satımını en ince teferruatına kadar tanzim etmektedir. Hususile **fiatların tanzimini** deruhte etmiştir ki, bu keyfiyet onu daima daha geniş müdahalelere mecbur kılmaktadır. Hususi hukukta sınaî ve ticarî faaliyet bilhassa **haksız rakabet hudutlariyle** tahdit edilmiştir. Yazılmış ve yazılmamış namütenahi kaidelerden mürekkep olan ve sanayi ve ticaret erbabına meşru rekabet yolunu göstermeğe veya onu hatalı yoldan alıkoymağa mahsus bütün bir sistem bu fikre istinat etmektedir.

Böylece borçlar hukukuna gelmiş bulunuyoruz. Filhakika bu hukuk dahi gözden geçirilmeli ve bir tâdilâta uğramalıdır. Fakat bu keyfiyetten ikinci konferansımızda bahsedilecektir [*].

Bugün, konferansımı bitirmeden önce bizim için diğer büyük bir sual varit oluyor : **Bizim büyük kanunlarımız** hukuk telâkkisinin bu tahavvülü karşısında nasıl bir vaziyette bulunuyorlar ? Yahut, daha doğrusu, bugün bizler ve **harp sonu nesli** bu kanunlar muvacehesinde nasıl bir vaziyet almalıyız ? 1804 tarihli Fransız Medenî kanunu tamamen eskimiş değil midir ? 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu ne haldedir ? Bu endişenak sual İsviçre hukuku için dahi varittir. İsviçre hukuku da **harpten evvelki zamanın** çocuğudur. İsviçre Borçlar Kanunu ilk defa 1881 de kabul edilmiştir ki o sırada henüz liberal fikirler bütün kuvvete hüküm sürmekte idiler. Bu kanun 1911 de tâdil edilerek Medenî kanuna uydurulmuş ise de kökü yine geçen asırdadır. Bu mülâhaza 1 kanunu sani 1912 denberi mer'iyette bulunan 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu hakkındada böyledir. Bu kanunun hazırlanması için ilk çalışmalar 1900 tarihinden öncedir ve bu hususta çalışan insanlar, fikrî teçhizatlarını geçen asırdan almışlardır. Acaba bu kanunlar harbin ve harp sonu devrinin fırtınalarına göğüs gerebilmişler midir ?

Bütün bu kanunlar buhran devirlerinde arka arkaya yığılan

[*] 2inci konferans 17 inci sahifededir.

âmme hukuku kaideleriyle müdahaleye uğramışlar ve daraltılmışlardır. Bu müdahale ve tahditler hassaten borçlar hukukuna taallük etmektedir. Bundan maada **Fransız Medenî Kanunu**, bilhassa Üçüncü Cumhuriyet tarafından, asrımızın başlangıcındanberi çıkarılan bir çok hususî kanunlarla delik deşik olmuştur. O zamandanberi baştan aşağı bir tâdilât lüzumundan dahi bahs olunmaktadır. Fakat bu tâdilât, daha çok zaman kendisine intizar ettirecektir. Bu büyük eser ana hatlarında henüz sarsılmamış olarak ayakta durmaktadır. Bunun kaidelerini zamanın icabatına göre tekâmül ettirmiş olmak şerefi Fransız mahkeme içtihatlarına aittir. **Hukukun nisbîleştirilmesi** hususunda bilhassa Fransız mahkemeleri ön safta yürümektedirler. Kanunda bu hususa müteallik bir şey yoktur. Fakat kanun lüzumlu olan yumuşaklık ve elastikiyeti haizdir ve hâkime lâzım olan hareket serbestisini bırakmaktadır. Ve bu kanun böylece bu güne kadar yaşamağa muktedir bir halde kalmıştır.

Alman Medenî Kanunu tamamen ayrıdır. Son yıllarda evlilik hukuku ve miras hukuku kısımlarında mühim tadilâta uğramıştır. Diğer kısımlar yani (boşanma ,evlenme harici doğan çocuklar, borç münasebetlerinin lâyıki veçhile yerine getirilmemesi) hakkında projeler mevcuttur. Fakat iş daha ileri gitmiştir : Kanunun tamamına hücum edilmiş ve bunu tamamen ortadan kaldırarak onun yerine hususî kanunlar ikame etmek niyeti ilân olunmuştur. Bunu Alman Adliye Nezareti Müsteşarı Dr. Schlegelberger, 1937 de (B G B [*] ye veda) ünvanlı bir konferansında bildirmiştir. Yapılan tenkit çok esastır. Bu tenkit, meselâ evlenme hukukunun çocuk yetiştirmeği göz önünde tutmaması veya miras hukukunun zirai ihtiyaçları karşılamaması gibi yalnız muayyen bazı kısımlara inhisar etmeyip, borçlar hukukunun ve umumî kısmın da sakat olduğunu ilân etmektedir. Şunu kayd etmek lâzım gelir ki bu esastı ve umumî kritik Alman devletinde 1933 te yapılmış olan büyük değişiklikten sonra değil, daha Medenî Kanunun kabulündenberi yapılagelmektedir.

İsviçre Medenî Kanununda vaziyet bambaşkadır. Bu kanu-

[*] B G B. Alman Medenî Kanunu demektir.

nun neşrindenberi 30 yıl geçti. Fakat bu 30 yıl 60 yıl sayılabilir. Bu kanunun da tâdili hakkında arzular mevcuttur. Ve bu pek tabîîdir. Fakat bu arzuların ekserisi, Medenî Kanununun ihtiva ettiği hukukun daha ileri götürülmesi merkezindedir : Meselâ vahdet halinde işletilen zirai malların tayin edilecek kıymet mukabilinde bu işi en iyi işletecek olan mirasçıya bırakılmasının (597) mecburî olması, veya evlenme harici doğan çocukların hukukî vaziyetinin muayyen istikametlerde daha iyi bir hale getirilmesi gibi. İsviçre Medenî kanunu bütün fırtınalara mukavemet etmiştir ve Alman Medenî Kanunu gibi toptan red ve tenkid edilmek, İsviçre de Medenî Kanun için mevzuubahs bile değildir. Binaenaleyh bugün dahi, İsviçre Medenî Kanununun sağlam bir hayatiyete malik bulunduğunu söyleyebiliriz.

Bunun iki sebebi vardır : Birisi İsviçre Medenî Kanununun **teknîği** dir ki bu, onu Alman Medenî Kanunundan esaslı surette ayırmaktadır. İsviçre Medenî Kanunu, bugün Almanyada şiddetli surette öne sürülen kaziyeleri mümkün mertebe yerine getirmektedir. Bu kanunun tekniğini takdir etmemek elden gelmez. Vazii kanunun ihtiyat ve basireti, esaslara inhisar ve teferrüattan içtinap edişi, lisanın sadeliği, bütün bunlar hâkime yalnız lüzumu olan hareket serbestisini vermekle kalmayıp onu **bitaraf** olarak tefekküre icbar etmekte, ona arzedilen anlaşmazlığın unsurlarını tahlil etmek ve bu anlaşmazlığın istinat ettiği menfaatler ihtilâfını **maddî bakımdan** âdil bir karara raptetmek gibi, hâkimane bir imtiyaz bahşetmektedir.

Diğer sebep daha derindir. Dr. Schlegelberger Alman Medenî Kanununu şöyle tenkit ediyor: Bu kanunda mamelek hukuku aile hukukundan evvel yer almıştır; şahsa bağlı haklar malûm değildir; şahsî şeref kanunda hiç bir suretle ifade ve zikredilmemektedir; haksız fiillere müteallik hukuk boşluklarla doludur, ve şahsî varlıklar himaye edilmiş değildir. Başkaları bu tenkidlerden maada şunu da zikretmektedirler : Alman Medenî Kanunu gayri kabili tahammül bir fertçiliğe sadıktır ki bunda, bütün sübjektik haklar, hatta borçlar hukukundakiler bile - eski nazariyeye tevfikan - mutlaklaştırılmıştır. (Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht).

Bütün bu itham ve tenkidler İsviçre Medenî Kanunu için varit değildir. Bu kanun şahsa bağlı hakları tanımakta ve şahsî varlıkları himaye etmektedir. Fakat aynı zamanda ferdi, aile camiası içine koymaktadır. Mamelek hukuku, şahsın ve ailenin haklarına hadim kılınmıştır. Bu kanun ferdi, millet camiası içine dahi koymaktadır. Bu sebeple hukukun nisbiliğini, ikinci maddesinde sarih olarak ifade etmiştir. Hakları mutlaklaştırmak ona tamamen yabancı kalmıştır. İsviçre Medenî Kanununun bu ana karakteri, İsviçrenin siyasî ve millî mevcudiyeti ve demokrasisi ile anlaşılabilir. Bu demokrasi çiftçi kardeşlik ve şehir camiasından doğmuştur ve bunlar da yeniden kardeşlik camiaları halinde elele vermişlerdir. Bu, İsviçre Konfederasyonu şeklinde, bugün dahi bir kardeşlik camiası teşkil etmektedir. Her kardeşlik camiası, **bağlılık şuuruna** dayanır. Bizler aynı mukadderata bağlı yurttaşlarız. Bu sebeple birbirimizi gözetmek ve birbirimize sadakatle mükellefiz. İsviçre Medenî Kanunu müellifinin en sıcak cehd ve arzusu, eserini bu ruhla doldurmaktı. İsviçre Medenî Kanunu hür bir milletin, bir demokrasinin Medenî nizamı, hür ve müsavi kişilerin nizamıdır. Bu itibarla bu kanun Türk halkının en derin hissiyatına uymaktadır. Zira bu halk ta hürriyet ve istiklâl ideali ve her vatandaşa hürmet ve riayet ideali ile doludur. Bu sebeple Medenî Kanunun Türk milletinin dahi saadetine hizmet edeceğine kani olabiliriz.

II

MODERN MEDENÎ HUKUKTA
FERDÎ MUHTARİYET [*]

Birinci konferansımızda ekonominin ve sosyal nazariyelerin 1800 tarihinden zamanımıza kadar olan **değişikliğini** gözden geçirdik ve bu değişikliğin **Medenî Hukuk telâkkilerinde** nasıl bir **tebeddül** meydana getirdiğini göstermeğe çalıştık. Bugün bunun Borçlar Hukuku ve bilhassa akit hukuku üzerindeki **hususî tesirini** izah edeceğiz.

Çok taammüm etmiş olan bir telâkkiye göre, **Borçlar hukukunun** karakteristiği, onun **hareketsizliğinde ve değişmezliğinde**dir. Bu telâkkide yüksek bir övünç vardır ; zira böylece Borçlar hukuku tabîi hukuka yanaşmakta ve gitgide bir «lex et senpiterna et immortabilis» telâkki edilmektedir ; bundan başka bir de bu hukukun bugünün ekseriya gergin ve dinamik olan insanını yumuşattığı ve teskin edebildiği de tesbit olunmaktadır. Gerçi Borçlar hukukunun **milletleri ve zamanları aşıcı** bir mahiyet arzeden oldukça kesretli kaideler ihtiva ettiği bir hakikattir. Bilhassa Romalılar, hukukî dehalarile o kadar doğru bazı kaideler koymuşlardır ki bunlar bugün **cihanşümul** bir mer'iyet kazanmışlardır.

Fakat Borçlar hukuku, aile ve mülkiyet gibi bütün hususî münasebetleri bir tarafa bırakarak doğrudan doğruya insan ile

[*] Profesör August Egger tarafından 21 - 10 - 1937 tarihinde İstanbul Üniveresitesi Hukuk Fakültesinde verilmiş olan konferansdır.

insan arasındaki hukukî rabitaları tanzim eder. Bu hukuk iptidâî rabitası, ben - sen, ene ve gayr münasebetini tanzim eder. Bu ana münasebetin, bir milletin veya bir devrin iktisadî münasebetlerinin maruz bulunduğu tesirlere, ferdi içine alan cemiyetin fikrî ve ahlâkî kuvvetlerine, bu cemiyetin ruhî ana durumuna, fikrî akışlarına, ana hissiyatına, ve Schopenhaur'le birlikte denebilir ki, bu sosyetenin filiyatta çok mütenevvi hararet dereceleri arzeden suhnetine tâbi bulunduğu göz önünden uzak tutulamaz. Bu itibarla her hukuk ve böylece Borçlar hukuku da içtimaî bir mahiyeti haizdir ve binaenaleyh muhakkak surette tekâmüle ve tahavvüle tâbidir.

Burada nazarlarımızı evvelâ 1800 tarihi etrafındaki büyük dönüm noktasına atalım ve bunu yine en iyi bir şekilde Fransa misalini alarak izah edelim : Bu dönüm noktası yani inkılâp orada hususî bir vuzuh ve makuliyet ile cereyan etti. O zamanki yeni nizamı doğuran ana telâkkiler şunlardı : Beşer şahsının haysiyet ve vekarı, **şahsî hürriyet** ; bu sonuncusu hususî hukukta irade muhtariyeti yani hukukî münasebetleri bizzat yaratma hürriyeti olarak kendini gösterir ; ve nihayet işbu yaratma hürriyetinin bir âleti olarak ta muakvele gelir. **Şahsiyet fikri** : daha Roma hukuku bilhassa «actio injuriarum» ile şahsiyetin himayesi esasını koydu. Tabii hukuk 16 ncı asırdan 18 nci asra kadar, hattâ 19 ncu asrın ortalarına kadar bu fikri şiddetle tuttu ve şahsa ait varlıkları geniş mikyasta tanıdı : şahsa bağlı bu varlıklar, beden ve hayat, cismanî ve ruhî tamamîyet, vicdan, tefekkür, ekonomik faaliyet hürriyetleri, şeref ve namus, isim ve sairedir. **Muhtariyet fikri şudur** : İnsan, mevcudiyeti iktizası olarak hürdür ; o, diğer mevcudiyetlere nazaran kendi aklı ile temayüz eder ; akıl ona iyi ve fenayı haklı ve haksız tefrik, makul olanı idrak ve bu idrake göre hareket etmek (Türk Medenî kanununun 13 üncü maddesiyle mukayese ediniz) için şayanı hayret bir kudret verir. — Nihayet **mukavele fikri** : Mukavele fikri işbu hukukî düşüncenin ana simasıdır. Bütün hukuk nihayetünnihaye mukaveleye, içtimaî mukaveleye istinat eder : Millî ve milletler arası hukuk, Âmme hukuku ve bizzat Ceza hukuku, kezalik Medenî hukuk ve bunun içinde evlenme hukuku ve Borçlar hukuku hep buna dayanır.

Hususî hukuk mukavelesinin tamamen hususi mahiyette bir ehemmiyeti vardır. Ekonomi devletten tecrit edilmiş ve istiklâl kazanmış olduğu için, memleketin bütün iktisadî hayatı tamamen **mukavele vasıtasıyla** cereyan eder. İstihsal, malların tedavülü ve malların mübadelesi vasıtasıyla ekonomik ihtiyaçların tatmini mukaveleye istinat eder. Bu sebeple **cemiyet nizamı**, sulh ve selâmet hürriyet dahi mukaveleye dayanır. O devirde allahlar bile tahtlarından iskat edildiği halde hususi mülkiyetin kudsiyetinden, mukavelenin kudsiyetinden ve verilmiş sözün sarsılmazlığından bahs olunuyordu.

Bu telâkki 1804 tarihli Fransa Medenî kanununda sarîh surette ifade olundu. Bu kanundaki mukavele hukukunda **iki ana fikir hâkimdir** : **Mukavele serbestisi** ve **mukaveleye sadakat**.

Mukavele serbestisi : Bütün hukuklar beşer hürriyetinin tahakkukuna hizmet ederler. Hukuk hürriyetin ilmidir (Baudant). Nihayet **hukukî muamele nazariyesi** şahsî hürriyetin bir nazariyesidir. Geniş mânada mukavele hürriyetinin içine bir kimsenin bir akdi bizzat intihap edeceği bir şahısla yapmak veya yapmamak hürriyeti girer. Bundan başka **şekil hürriyeti** girer : Mukavelede esas **irade** olup bu iradenin sadece hukukan vazıh bir ifade almış olması lâzımdır (ki bu doğma, bilâhare büyük mükellefiyetlerde, mükellefiyet altına girenden yazılı kabul ve tasdik talep edilmek suretile tatbikatta zayıflamıştır) ; bundan sonra **irade hürriyeti** gelir. **Rıza fesattan arî** bir iradeye istinat etmelidir. Kanun rızanın fesadı hakkındaki kaideleriyle şahsî hürriyeti himaye etmektedir. Fakat rızanın fesadını dermeyan edebilmek, hukukî kat'iyetin nef'ine olarak, **sadece muayyen kanunî hudutlar daire-sinde** mümkün olabilir : **Hatâ** akdin mevzuunu teşkil eyliyen şeyin bizzat özüne taallûk etmelidir ; **hiyle** dermeyanı pozitif bir desisenin mevcudiyetine vabestedir ; **ikrah** makul bir insanı dahi karar verme serbestisinden mahrum bırakmağa objektif olarak müstait bulunmalıdır.

Fakat mukavele serbestisinde bilhassa hukukî muameleyi **muhteva itibarile** meydana getirmek hürriyeti dahildir. Bu, **dar mânada mukavele serbestisidir**. Taraflar ne arzu ettikleri hususunda uzlaşırlar. Bu, basit olduğu kadar muazzam bir prensiptir.

O zamanın göklere çıkan bütün nikbinliği bunda kuvvetli bir ifade bulmaktadır. Buna göre âkitler kendi menfaatlerini en iyi bir şekilde kendileri takdir ederler, ve o menfaatleri korumayı bilirler ; onları akitte bir sureti tesviyeye raptederler. Böylece yalnız şekli mahiyette anlaşma, riza, akit meydana gelmiş olmakla kalmaz, alâkadarlar arasında menfaatlerin hakikî bir ahengi teessüs etmiş olur. Rousseau şöyle demişti : « Hiç kimse bizzat kendisine karşı haksız olamaz » . Böylece 19 uncu asırdaki hukukçular dahi şöyle mülâhaza ediyorlardı : Akden konuşan haklı konuşur (yani akitle tesbit edilen şey haklı demektir) .

Bu sebepten dolayı vazı kanun mukavele serbestisine tahditler koymakta **fevkalâde ihtiyatlıdır**. Gayet nadir olarak **hususî kaideler** koyar ; meselâ faiz haddinin tayinine ve gayri menkul alım satımı hakkındaki zararlara müteallik kaideler gibi. Bununla beraber Fransız Medenî Kanunu, mukaddemesinde büyük bir prensip koymaktadır: «Hususî mukaveleler **umumî intizamla** ve ahlâk ve âdab ile ilgili kanunlara aykırı olmazlar» . (Madde 6, 1113) . Fakat böyle bir prensipin şümulü müspet hukuk nizamının umumî karakterine ve zamanın ruhuna göre taayyün eder. O zamanın umumî intizamı, yalnız **siyasî** bir tahdit idi. Mukaveleler **devlet nizamını** (ve bununla birlikte aile nizamını) bozmalıdırlar. Buna mukabil ekonomi tamamen akdî bir tarzı tanzime bırakılmıştı. — Burada umumî intizam tahdidine tesadüf olunmuyordu. Romalılardan iktibas edilmiş olan ahlâk ve âdab telâkkisine gelince, bu, yabancı ve ahlâkın hukuka müdahalesi şeklinde telâkki olunmakta, itimatsızlıkla karşılanmakta ve ancak büyük bir ihtiyatla tatbik edilmekte idi.

Mukavele serbestisine, **mukaveleye sadakat** mefhumu iltihak eder. Hürriyet içinde yapılmış olan mukavele ve sakatlıktan âri bir irade ile kabul edilmiş olan borç yerine getirilmelidir. Mukaveleyi tahtına oturtan bizzat kanundur : «Kanuna uygun olarak yapılmış olan mukaveleler onları yapmış olanlar için **kanun hükümündedir**. Fransız Medenî Kanunu, madde 1134». Mukavelelere riayet olunmalıdır ; Pacta sunt servanda. Mükellefiyet sebebi bizzat mükellefin iradesindedir (sen bunu arzu ettin, binaenaleyh bu böyle kalmalıdır) . Bu keyfiyet âkitlerin itimadını ve

aktin umumî ve esaslı mahiyeti itibariyle genel bir şekilde, hukukî emniyet ve kat'iyeti icap ettirir. Mukavele serbestisi mukaveleye sıkı surette riayeti, aktin yapılmasındaki hürriyet, hukukî rabitanın insafsızlık ve şiddetini meşru kılar. Bu şiddet iki bakımdandır: Birisi esas hukuk bakımından: borçlu artık mükellefiyetlerinden dönemez. Borcun nihayete ermesi sebepleri mahduttur; Fransız Medenî Kanununda «imkânsızlık» zikrî bile edilmemiştir. Sadece tamamen iradî olarak, infisahî şart tezekkür olunmuştur. Bu iradeciliğe, 18 inci asırda dahi maruf olan clausula rebus sic stantibus (yani hal ve vaziyetin değişmiş olması şartı) da uyabilirdi : Kod sivil bunu tanımamıştır. — Bu şiddet aynı zamanda şekli hukuk bakımından, icra bakımından mevcuttur. Eski hukuk borç için hepsi kabul ediyordu; Fransız inkilâbı bunu ortadan kaldırmıştı. Fakat Fransız Medenî kanunu ve Ticaret kanunu yeniden koydu ; bu, ancak 1867 yılında tamamen bertaraf edildi. — İflâs eden tacir hürriyeti tahdit eden cezalara ve şeref ve haysiyeti muhil ağır vaziyetlere maruz kalır. Bir Fransız hukukçusunun dediğine göre, iflâs o kadar şerefsizce bir iş telâkki ediliyordu ki bazıları iflâs ilân etmekten ise intihar etmeği tercih ediyorlardı. Bu şiddet ilk defa Üçüncü Cumhuriyette tahdit edildi. — Borçlunun bütün varı yoğu musadere ediliyordu. Fakat sonra, haczi kabil olmayan şeyler tanındı; fakat bu, en dar hudutlar içinde bırakıldı : Yatak elbise, 300 frank kıymetine kadar çalışma âletleri, çiftçi için bir inek, iki keçi, üç koyun. Kanunun bu şiddetini ancak son 40 sene zarfında çıkarılan kanunlar tahfif etti. Bu ana fikirlerden, 19 uncu asırdaki Almanyada Roma-Alman müşterek hukuku ilminin meydana getirdiği mukavele nazariyesi ve nihayet Alman Medenî Kanunu müteessir oldu. Mukavele hukuku Almanyada orijinal bir cereyan aldı. Bunun başlangıcında Savigny'nin yüksek şahsiyeti vardır. O, tarihî mektebin müessisidir. O, Montesquieu'nün 18 inci asırda yaptığı gibi, hukuku, hayat rabitaları yığını içinde telâkki etmekte, onu devletle, halk ile, ahlâk ile, bütün kültürle olan canlı rabitası içinde müşahede eylemektedir. Fakat hukukî muamele ana telâkkisinde Savigny tabii hukuk nazariyesini takip eylemektedir : Kendisince dahi hukuk, hürriyetin nizamıdır ve yine onun telâkkisine göre hukukî muamelede tam suretle faaliyete geçen, şahsiyettir. Fakat Alman müşterek hukuku mektebi çok geçmeden

diğer bir yola gidiyor ki bu yol gayri tarihî ve gayri felsefidir. Bu mektep pozitivisme, müfrit bir hukukî ihtisasçılığa kaçıyor ; kendini yanlış olarak, hukukî mücerredciliğe (Abstraktionismus) ve bu suretle de müfrit ferdiyetçiliğe sokuyor. Bunun nasıl vukua geldiğini izah kolay değildir. Alman müşterek hukuku mektebinde her şeyden evvel devlet mefhumu eksikti. Gerçi münferit Alman Devletleri ve bunların başında kudretli Prusya vardı. Fakat 1871 tarihine kadar Alman İmparatorluğu mevcut değildi. Alman müşterek hukuku, karşısında mukabil devlet kutbu olmaksızın kendi kendine bir fert hukuku meydana getiriyor. Böyle bir Medenî hukuk enfüsiliğe düşmeğe mahkûmdur. Bu hukuk yalnız devletten tecerrüt etmekle kalmıyor. Yaşayışını tahlil ve tecritten alıyor. Hukuku bütün kültürel ve ekonomik rabitalardan ayırıyor, hukuku ahlâktan tecrit ediyor, müspet hukuku bütün hukuk tenkidinden ve hukuk siyasetinden, hususî hukuku bütün âmme hukukundan ayırıyor. Bilhassa fena bir hataya düşerek, hakkın süjesi sıfatile ferdi, şahsiyet fikirlerinden ayırıyor. Artık ferdiyeti muhtelif şekil ve tezahürleri içinde, ve şahsiyeti beşer zekâsının hâmilî olarak görmiyor. Şahsiyete bağlı hiç bir hak tanımıyor. Ve halâ hakkın süjesi mefhumıyla iş görüyor. **Sübjektif haklar** bütün sertliği ve bütün mutlaklığı ile hakkın süjesine bağlı bulunuyor. Hukukî muamelede, hakkın süjesinin hâkim irade kudretini faaliyete geçiriyor. Bu nazariye müfrit ve şekilperest bir en-dividüalizme sapıyor.

1896 yılında **Alman Medenî Kanunu** kabul edildi. Zaman değişmişti. Alman İmparatorluğu tesis olunmuştu. Bu imparatorluk kısa süren bir liberal hava getirdikten sonra çok geçmeden « sosyal - muhafazakâr » bir kuruluş haline intikal etti. Serbest ticaret yerine himaye gümrükleri politikasını koydu. Sosyal siyaset hakkında mevzuat kabul etmeğe başladı ve esham ve tahvilât hukukiyle ve haksız rekabete müteallik mevzuat ile serbest ekonomi hayatındaki sui istimallere karşı mücadeleye girişti. Fakat Alman Medenî Kanunu bu yoldan yürümemişti ; bu kanun muvaffak bir eser değildi. Çok geç dünyaya gelmişti. 1800 tarihi etrafındaki kodifikasyonları yani Fransız ve Avusturya Medenî kanunlarını yaratan ve 1861 tarihli Alman umumî Ticaret kanunu ü-

zerinde dahi müessir olan fikrî yükseliş ve ibdai kuvvet sönmüştü. **Tarihçilik** burada vakın nasıl olduğunu beyan etmekle itminan buldu, zatî hayatiyetini ve bizzat hukuk yaratma iradesini gömdü; **mantıkçılık** dahi aynı mânada tesirini gösterdi. Zira, hukuka tarifler ve kıyaslarla hâkim olunabileceği zan ediliyordu; halbuki hukuk her şeyden evvel kıymet hükümlerine ve irade kararlarına istinat eden bir varlık, bir yaratık, bir vakiydir. Fakat yukarıda zikredilen kısır fikrî mülâhazalar o sırada Alman hukuk ilmine hâkimdi. Alman Medenî kanununun beş cildlik esbabı mucibesi bu mülâhaza tarzının söz götürmez bir vesikasını teşkil etmektedir. Bu eser doğma tarihine ve hukuk mukayesesine ait bilginin muazzam bir malzemesini göz önüne yığmakta, fakat bizzat problemler karşısında daima âciz ve kısır kalmaktadır. **Alman Medenî Kanunu hem çok geç, hem çok erken dünyaya gelmiştir.** Tam bu kanunun yapıldığı ve nihayete erdiği senelerde hukuk ilmine yeni bir ruh nüfuz etmişti. Kanun ve hukuk, kanun ve hâkim, kanun tekniği ve tefsir hakkındaki nazariyeler ruhları kuvvetle harekete getirdiği sırada Alman Medenî kanunu henüz mer'iyet mevkîine girmiş bulunuyordu. Bilhassa halk ve halk camiası, devlet ve onun vazifeleri, kanunda ve hukukta tezekkür edilecek sosyal zaruretlere hakkındaki yeni nazariyeler henüz hukuk ilmine nüfuz bile etmemiş, ilk projeyi kaleme alanların kulağına bile gelmemişti; bilâhare Otto Gierke gibi bir şahsiyet daha millî ve daha sosyal bir kanun meydana getirilmesi hususunda amansız bir mücadeleye girişti. Bunu müteakıp yeni hukuka «sosyal yağ damlası» diye anılan bir damla damlatılmıştı. Kezalik meşhur umumî zabıtalara, hüsnüniyete ve ahlâk ve âdaba atıflar kabul edilmiş ve zengin mahkeme içtihatları bunlara, gittikçe mütezayit bir şekilde, «yüksek nizamın» kaidei külliyesi olarak istinat etmişti. Fakat kanun **halâ Alman müşterek hukuku mektebinin ruhiyle doludur.** Bunun bütün sitili diyalektik, entellektüalistik, şekilperest tarifçi olup, böylece kanun **müfrit bir ferdiyetçiliğe** veya daha doğrusu enfüsiliğe düşmektedir. Bu kanun insanı şahsiyet olarak değil, her şeyden evvel hakkın süjesi olarak tanımaktadır. Şahsiyete bağlı haklar esaslı bir tarzı tanzime rapt edilmemiş tazminat hukuku esas itibarile sadece **mallara** verilen zararın tazminini derpiş

etmiştir. Sübjektif haklar lüzumundan fazla sivriltilmiş ve tebarüz ettirilmiştir. 226 ıncı maddenin koyduğu tazip memnuiyeti ve 138 inci maddenin II inci fıkrasının koyduğu ihtikâr memnuiyeti tamamen kifayetsizdir. Kanun faize had koymamakta objektif gabni (laesio enormis'i) tanımamaktadır. Alacaklı ve borçlu münasebeti, Roma hukukunun actio sistemi ve dava zaviyesinden bakılarak, bir mücadele münasebeti şeklinde göz önüne alınmıştır. Kanuna göre, alacaklı ve borçlu birbirine yabancı hattâ düşman olarak karşı karşıya bulunmaktadır. Her iki tarafın hukukî vaziyeti çok sert ve çok mutlak olarak tasvir edilmiştir. Tazmin mükellefiyeti kanuna tevfikân tam tazmine müncer olmaktadır (ki bu keyfiyet İsviçre - Türkiye Borçlar kanununun 43 üncü maddesinin aksidir) . Kusur ve ihmal (276 ıncı maddede tamamen objektif olarak) kanun kaidelerine objektif bir aykırılık mahiyetinde telâkki edilmekte ve böylece hakikî mânasını kaybetmektedir. Bir borçtan kurtulma sebebi teşkil eden « imkânsızlık » çok sert ve dar olarak kabul edilmiştir. İki taraflı akitlerdeki müte-kabil taahhüt sadece şeklen tezekkür edilmiş, ödem [*] ve karşı - ödem maddî münasebeti göz önünde tutulmamıştır. — Kanun hayata yabancı fikri mücerretlere sapmıştır ; tahliller ve tecritler yapmakta ve bu suretle yeniden enfüsîlikte karar kılmaktadır. Hukukî vakıaları onların derunî rabitalarından ayırmakta ve böylece onların realiteye uygun tetkikinde hataya düşmektedir. Mücerret hukukî muamelede, mükellefiyeti hukukî sebepten ayırıp, onu maddî olarak müstakilleştirmektedir. (Halbuki burada sadece ispata müteallik bir tedbir mevzuu bahs olabilir) . Salâhiyeti, salâhiyet verenle mümessil arasındaki esas münasebetten ayırmakta bu ayırıyla mümessilin inşaî kudretini yükseltmektedir. Tasarrufî muameleyi, temlikî, hukukî sebepten tefrik etmekte ve bu yüzden, bilâhare hukukî sebep (meselâ beyi akti) muteber olmasa bile temlik tam surette hüküm ifade etmektedir ki, bu, açıktan açığa adaletsiz ve hayata yabancı bir tarzı tanzimdir.

Bu tenkitler esas itibarile daha o zaman yapılmıştı. Bugün bil-hassa şiddetle çınlamaktadır. Aleme ve halka yabancı olan bu hukukun bir çok zararlara sebep olduğunda ve halkın hukuk şuurunu

[*] Ödem = prestation, Leistung.

ağır surette yaraladığında şüphe yoktur. Geriye bakarak Borçlar hukukunun 19 uncu asır zarfındaki tekâmülüne göz atarsak bu hukukun nasıl hayata yabancı ve nasıl sert kaldığını **ferdiyetçiliğin** nasıl **enfüsiliğe** intikal ettiğini görürüz.

İşbu 19 uncu asır Borçlar hukukunun —Fransadaki ve Alman-yadaki şeklinde — esasları itibarile **Büyük harbe** kadar devam ettiğini zikr etmek kâfidir. Bu hukuk heyeti umumiyesi bakımından ekonominin ihtiyaçlarını karşıladı ve ekonomik düşünce gittikçe mütezayit bir şekilde hissiyata hâkim oldu. Zira borçlar hukuku mukavele serbestisi ve mukaveleye sadakat prensipleri üzerine bina edilmişti ve öyle kaldı ve bu suretle bu hukuk 19 uncu asır iktisadî hayatının pratik, kullanışlı ve elverişli bir âleti oldu. Ekonominin kendisinden beklediği her şeyi bu hukuk temin ediyordu : Yani akdin yapılması serbestisi ve tarzı tanzimindeki emniyet ve kat'iyet. Akdin yapılması serbestisi, akitlerin; alım-satım (meselâ borsa muamelesi) veya hizmet akitlerinin muhtelif nevileri gibi zengin tenevvüü neticesini, meselâ hususi sigortanın geniş sahasına, elektrik cereyanı verilmesine, şirket halindeki birliklere, komisyon ve ajanlık teşekküllerine müteallik akitler gibi birçok yeni akitlerin teşekkül etmesi neticesini doğurdu. Mimari mukavelesi veya bankada kasa tutmak için yapılan mukaveleler gibi muhtelit akitler gittikçe çoğalmağa, birkaç on yıllık rabitalarla devamlı akitler dahi ekonomik hayatta gittikçe ehemmiyet kesp etmeğe başladı. Tarzı tanzimdeki emniyet ve kat'iyet gittikçe önem kazandı ve akde sadakat daha geniş bir mâna aldı : Borçlu bütün mükellefiyetlerini, kanunun ve akdin istediği vasıf, mikdar, zaman ve mahalde bütün kat'iyet ve tamamıyetile yerine getirmeğe mecburdur. Zira alacaklının menfaati ve — bizzat alacaklı dahi akdî mükellefiyetler dahilinde bulunduğu için — müte-nevvi ekonomi hayatı içinde inkişaf eden umumî ekonomik müte-kabil rabıta bunu istilzam etmektedir.

İktisadî inkişaf, hukuku yeni zaruretlerle karşılaştırdığı zaman dahi hukukî muamele serbestisinin sihirli kudretleri âciz kalmadı. İktisadî tekâmül kömeli istihsale ve kömeli satışa ve böylece birçok akitlerin köme halinde yapılması neticesine götürdü. Bu inkişaf, büyük teşebbüslerin ve menfaatdarların,

iktisadî sayruretin her kademesinde yerleşmesi neticesini doğurdu. Bu tekâmül hukukî muameleye müteallik işlerin kalıplaşması ve tipleşmesi zaruretine dayandı. Ticarî âdetler yeni bir ehemmiyet kesp etti. Ekonominin mütemadiyen yeni meydana gelen şubelerinde tek firmalar ve birleşik firmalar umumî iş şartları koydular : **Umumî mukaveleler** meydana geldi. Ferdî hususiyetler bertaraf edildi. Mukavele işbu iş şartları ahkâmına uygun olarak yapılmalı veya ondan vazgeçilmelidir, ya alınmalı veya bırakılmalıdır. Banka ve borsa muameleleri sigorta ve münakalât işleri, elektrik cereyanı teslimatı, otomobil ticareti, musiki âletleri vasıtasıyla ticaret, bilhassa mülkiyeti muhafaza kaydıyla ticaret ve diğer bir çok işler bu gibi umumî iş şartları esasına tevfikân cereyan etmektedirler. Bunlardan maada **kaidevî mukaveleler** ve bilhassa büyük ekonomik birlikler arasında umumî mukaveleler meydana geldi : bu birlikler alâkadarların münferiden yapacakları mukaveleler için kaideler koydular. Patron - işçi birlikleri arasındaki ücret ve tarife mukaveleleri bunun en tanınmış misalidir. Fakat bu gibi kaidevî akitler, hukukî muamelelere müteallik işlerin diğer büyük sahalarında da hâkim olmağa başladılar : meselâ mesken icarı, elektrik cereyanı teslimatı, erzak fiyatları gibi. Kartel hukukunda muhtelif istihsal kademelerine ait birlikler birbirleriyle bu gibi kaidevî akitler yapmaktadırlar. Bütün bunlar bu sahada kanunun haricinde vukua gelen büyük bir inkişaftır. Bu inkişaf hukukî muameleye müteallik işlere diğer bir fizyonomi vermektedir. Bu inkişaf mukavele serbestisi esasına dayanarak vukua gelmekte, fakat aynı zamanda bu serbestiyi öldürmektedir. Büyük bir teşebbüs, kendisi tarafından konulmuş şartların kabulünü ister ve karşı taraf, bu teşebbüse muhtaç bulunduğu müddetçe, bu şartları kabulden kaçınmaz. Büyük birlikler tarafından, münferit akitlerin muhtevası tesbit olunmak üzere yapılan kaidevî mukavele, karşı tarafı daha kuvvetle tazyik eder. Şu noktayı tesbit etmek lâzım gelir ki, bu inkişaf dahi **an'anevî borçlar hukukunun mer'iyeti zamanında vukua gelebilmiştir. Bu hukuk ona yolu serbest bırakmıştır.**

Fakat o arada bazı şeyler değişti : Bunlar devletin vaziyeti, onun vazifeleri hakkındaki telâkki, onun kültür ve ekonomi po-

litikasıdır. Bizzat ekonomi de başka bir şekil aldı ve yeniden teşekkül eden bir hukuk telâkkisi kanun ve hukukun karşısına yeni zaruretler koydu. Fakat bilâhare Cihan harbi geldi, ve bir çok politik, moral, ekonomik ve sosyal buhranlar ve inkilâplar doğurdu ki bunlardan birinci konferansımızda bahsettik. Nihayet kıymetlerin düşmesi hâdisesi vukua geldi. Harp bir milletler harbi idi; bu, milliyetçiliği kuvvetle inkişaf ettirdi ve siyasi sahayı aşan yeni bir **demokratlık** uyandırdı. Kezalik bu harp bir devletler harbi idi ve yeni bir **devletçilik** doğurdu. Bu tahavvüller bizi bugünkü ekonomik sisteme isal ettiler : Artık iktisadiyat serbest ve kendi haline terk edilmiş değildir ; o kontrollu, dirije ve sosyalize olmuştur.

Bu değişiklikler aynı zamanda yeni **hukukî telâkkiler** meydana getirmiştir. Bunlar hayata daha yakın, **daha realist**, aynı zamanda daha kuvvetli olarak **ideye** bağlanmışlardır. **Hukuk** ve **ahlâk** artık birbirinden tamamen ayrı ve müstakil iki hayat nizamı değildir. Bunları ayırıcı değil birleştirici mahiyet, şuurda yer etmektedir. Bunlar birbirine muhtaçtırlar. Gerçi özlerindeki fark dolayısıyla ayrı ayrı yürümek mecburiyetindedirler. Fakat bunlar nizam müeyyideleri olarak müttehiden harekete geçmelidirler. Gördükleri işlerin ve gayelerinin farklı olması dolayısıyla bunlar arasında hiç ihtilâf çıkmamasına imkân yoktur, fakat bu ihtilâflar mümkün mertebe içten bertaraf edilmelidir. — **Hukuk ve devlet** münasebeti daha sıkı olmuştur. Zira hukuk artık yalnız hürriyetin nizamı ve devlet de yalnız hukukun koruyucusu değildir ; devlet, herkese kendi yerinde, kendi ailesinde, kendi mesleğinde kendi varlığını garanti eden bir adalet nizamı olarak, hukuku yeniden işa etmelidir. — Buna göre bilhassa **hususî hukukun âmme hukuku ile olan münasebeti yeni bir şekil almaktadır**. Her türlü devlet nizamında âmme hukukuna en yüksek mevki verilmelidir. Fakat ekonomik endividüalizm devrinde bu çok nadirdir : Endividüalizm zati bir nizamlamadan sarfı nazar ediyordu ; ekonomik nizam bir hususî hukuk nizamı olmalı idi. Fakat bilâhare yeni devletçilik ve onunla birlikte yeni bir âmme hukukçuluğu meydana geldi; bu sonuncusu âmme hukukunun zati müdahale ve kanuniyetini tebarüz ettirdi ve memur münasebetlerinin, istimlâ-

kin, âmme rûsumunun, imtiyazların devlet ve memurin mesuliyetinin ve diğer bir çok hususatın anlaşılışında âmmecilik tarzı telâkkisini yerleştirdi. Ve böylece gittikçe zenginleşen bir âmme hukuku inkişaf eyledi. Bu hukuk, dolayısıyla veya **doğrudan doğruya hususî hukuka müdahale etti.**

Bu suretle nihayet hususî hukukta dahi yeni bir mukavele hukuku yol aldı. Daha harpten evvel bu yeni tekâmül kendini göstermiş ve hattâ bu tekâmül kısmen Alman Medenî kanuniyle ve daha çok kuvvetli olarak İsviçre Borçlar kanuniyle olmuştu. Bu sonuncusu 1881 tarihinde kabul edildi ve daha o zaman, Alman müşterek hukuku muvacehesinde hâkim bir vaziyet aldı. O hukukun metodlarını ve enfüsiliğini iktibas etmedi. Gerçi ondan kaideler aldı ; fakat bunlar Fransız ve Avusturya hukukundan alınan ve memleketin hukukî hayatına uygunluk arzeden kaidelerdir. Biz aynı istiklâli, Borçlar kanununun, Medenî kanunun kabulüyle zarurî bir hale gelen tādili esnasında, o arada neşredilmiş olan Alman Medenî kanununa karşı dahi muhafaza eyledik. Bugün Alman Medenî kanununa yapılan tenkitler İsviçre Borçlar kanununa ancak küçük bir kısmı itibariyle dokunmaktadır.

İsviçre Borçlar kanunu esas durumu itibarile de enfüsî değil sosyal bir karakteri haizdir. Nitekim bu kanun — Alman Medenî kanununun aksine olarak — geniş bir haksız fiil vakıası (Borçlar Kanunu, made 41) ve borçların lâyıkı veçhile ifa edilmemesine müteallik olarak geniş bir umumî kaide kabul etmektedir : (Borçlar Kanunu, madde 96) . Kezalik şahsa bağlı varlıklarında da ferdi himaye etmektedir : (Borçlar Kanunu, madde 49, 98 III) . Bundan maada, mukavele serbestisine lüzumlu tahditleri mutlaka koymak azmindedir. Bu kanun Alman Medenî Kanunu gibi yalnız ahlâk ve âdaba aykırı olan akitleri değil, aynı zamanda umumî intizamı veya şahsa bağlı hakları ihlâl eden akitleri de men etmektedir (Borçlar Kanunu, madde 19). Buna mukabil Alman hukukundan sübjektif mahiyette ihtikâr memnuiyetini iktibas etmiştir (Borçlar Kanunu, madde 21) ve, Eugen Huber'in arzu ettiği gibi objektif mânasında, gabni (laesio'yu) kabul etmemiştir. Bundan maada rızanın fesadı hükümlerini genişletmiş (bilhassa 24 üncü maddenin 4 üncü bendine bakınız) , buna mukabil 25

inci maddenin I nci fıkrası bu fesadın hüsnüniyete aykırı olarak dermeyanına cevaz vermemiştir. Bilhassa karşı - taraf akdi, hata edenin kasetmiş olduğu tarzda ifaya âmade olduğunu beyan ettiği takdirde hata eden taraf bu akidle bağlı kalmak mecburiyetindedir. Alman vazı kanunu, hakkaniyete uygun olan bu kaideyi kasden kabul etmemiştir. İsviçre vazı kanununun bunu almış olması kendisinin bütün haline uygun bulunmaktadır. — İsviçre Borçlar Kanunu icar akdinde de mesken kiracıları lehindeki himayeci kaidelerile yeni bir ruh belirtmiştir; bu ruh bilhassa kanunun hizmet akdine müteallik kaidelerinde dahi kendini gösterir. Bu kaideler sosyal bir hukuktur. Bu hukukta farklar gözetilmiştir ; her iki âkidin hususî vaziyeti ve bilhassa çalışma hürriyetinin (384 üncü ve müteakıp maddeler) ve çalışma kudretinin (bilhassa 332 inci made) himayesi göz önünde tutulmuştur. Kezalik bütün hususî himaye hükümleri **âmir hüküm** olarak ilân edilmiştir. Bu hususta 1804 tarihli Fransız Medenî kanununun iş icarı hakkındaki zayıf üç maddesi (madde 1779 - 1781) ve 1881 tarihli İsviçre Borçlar kanununun 12 maddesi bugünkü Borçlar kanununun tarzı tanzimile (Türk Borçlar kanunu madde 313-354) mukayese edilirse daha harpten evvel vukua gelen derin telâkki tahavvülü bütün vuzuhiyle nazarımızda tebarüz eder. Bu tahavvül, vazı kanunun evvelce esas itibarile serbest uzlaşmaya terk edilmiş olan münferit bazı akitleri bilhassa kabullenmesinde, müdevven bir tarzı tanzime rapt etmesinde ve bilâhare bu tarzı tanzimin yerine de âmir ahkâm koymasında dahi kendini gösterir. Bu suretle (1908 tarihli kanunla) İsviçre vazı kanunu, ve bundan maada Alman, Avusturya, Fransız vazı kanunları hususî sigorta mukavelesini tanzim etmişlerdir.

Harpten evvelki bu inkişaf, esas münasebetlerde çok ehemmiyetli olmasına rağmen, ağır ağır ve sükûnetle vukua gelmişti. Halbuki harpte, **hususî mukavele hukuku** üzerinde hakikî bir fırtına koptu ve bu, bilâhare harp sonu buhranlarında tekerrür etti.

İlk müdahaleler mahkeme içtihatları hukuku tarafından yapıldı. Bu hukuk borçtan kurtarıcı olan imkânsızlık mefhumunu genişletti. ve — muhtelif hukukî esbabı mucibelerle — *clausula rebus sic stantibus*, yani hal ve vaziyetin değişmiş olması şartını

ithal etti. Buna göre hâkim mukaveleleri sadece gayrı muteber veya ex nunc olarak sâkıt ilân edebilmekle kalmamalıdır. — Zira bu suretle satıcı ile alıcı, iş sahibi ile müteahhit arasında, piyasa münasebetlerinin tamamen değişmiş olmasından dolayı çıkan ihtilâflar hal edilmiş olmaz. Şu halde hâkim tazminatı ve müteakabil ödemi yeni baştan tayin edebilmelidir : Böylece **tashih edilmiş mukavele** tezahürü karşısında bulunuyoruz. Hâkim bu gibi muztar zamanlarda akitleri, onların iktisadî esaslarına irca eder. Eşya kıt ise müteahhit bütün alıcılarını mütenasiben göz önünde tutmalıdır. Nihayet Alman İmparatorluk mahkemesinin bir kararında konulan içtihat, Alman parasının kıymeti düştüğü sırada, Mark=Mark cümlesile ifade olunan **kanun hükmüne** karşı gelmiş ve kıymeti düşmüş markın eski marka müsavi olamayacağını kabul etmiştir.

Fakat binnetice mukavele hukukuna müdahale eden bilhassa vazı kanun olmuştur. Bu müdahaleler muhtelif devletlerde her münasebetin mahiyetine göre muhtelif hususiyetler gösteriyor. Bunlar ne kadar muhtelif bir şümül arzetseler de, kendi nevelerine nazaran, Şarkta ve Garpta, Şimalde ve Cenupta Almanya ve İtalyada, Fransada ve İsviçrede şayanı hayret bir benzerlik arz ediyorlar. Müdahaleler, ithalât kontenjanı veya memnuniyeti, mahsulâtın kıymetten düşmemesi hakkındaki hükümler (Fransada şarap hakkında İsviçrede meyve ve süt hakkında) , işsizlikle mücadele, klering münasebetleri hakkında konulan kaideler vasıtasıyla endirekt bir şekilde yapılıyor, yahut ta **doğrudan doğruya** akit hukukuna, akitlerin yapılışına, muhtevasına ve yerine getirilmesine temas ediyor. Devlet fiyatların tesbitine müdahale ediyor. Azami ve asgari hadler koyuyor ve bunlarla bazan müstahsili, bazan müstehliki, bazan müteahhidi, bazan onun karşısındaki tarafı himaye etmek istiyor. Yahut ta fiyatları bizzat tayin ediyor ve böylece eski narh sistemine avdet ediyor. Ve şayanı dikkat olan cihet, bunu yalnız gıda maddeleri piyasasına inhisar ettirmekle kalmıyor, yapılmış akitlere ve bilhassa adi icar ve hasılat icarı akitlerine de müdahale ediyor: Böyle akitler, akit mefhumunun hilâfına olarak bir taraflı taleple temdit edilebilmelidir ; rivazlar tezyit değil, bir taraflı taleple mühim surette tenzil edil-

melidir. İcar bedellerinin bu suretle kanunen tenzili neticesinde ev sahiplerinin ipotek faizlerini ve bunu müteakip de bankaların borç faizlerini tenzil etmesi mecburiyeti hâsıl olmuştur. Bütün bunlardan maada devlet, birlikleri de hizmetine alıyor. Bu gibi birliklerin meydana getirilmesi, lüzumu halinde mecburî kalınıyor, mecburî karteller teşkil olunuyor. Bu keyfiyet İsviçrede bilhassa saatçılık ve dantelâcılık sanatlarında, otelcilikte ve sütçülükte yapılmaktadır ; bunları, istihsalâtın, ve çarşıya arz edilecek miktarın kanunî kontenjanı takip ediyor. Devlet, birliklerin fiyat ve fiyatı tayin eden âmiller üzerine yaptıkları akitleri, bilhassa kaidevi akitleri değiştirmek, kaldırmak veyahut ta bunları umumî bir şekilde mer'î kılmak hakkını kendisine alıyor (ki İsviçrede bu salâhiyet, bilhassa para kıymetinin düşürülmesi münasebetile, Federal Konseye tanınmıştır) .

Gerçi bu, **bir buhran hukuku**, ızdırar hukukudur. Bizzat alâ-kadarlar bunun biran evvel kalkmasını dilemektedirler. Bu, mümkün olduğu kadar çabuk bir şekilde kaybolmalıdır. Fakat memleketlerdeki buhranların bir kısmının sebepleri devamlıdır. Bu husustaki her kaide muayyen bazı muhitleri himaye ve müdafaa eyliyor ve bilâhare bu muhitler o kaidenin devamını talep ediyorlar. Böyle bir sistem kendiliğinden, devamlılık unsurlarını doğuruyor. Eski bir müşahededir : ancak muvakkat denilen şeyler devam eder !

Her ne olursa olsun : buhran hukuku tamamen kaybolmayacaktır. Bu hukuk öyle bir istikamette hareket ediyor ki bu istikamet tekâmülü nasıl olsa parçalıyacaktı. Daha bugünden, **akit hukukundaki derin bir tahavvülü** tesbit edebiliriz. Ananevî akit hukuku mukavele serbestisi ve mukaveleye sadakat prensiplerine dayanmaktadır : 19 uncu asır endividüalist hukukunun ve Alman Medenî Kanununun bu prensipleri nasıl telâkki ve tatbik ettiğini gördük. **Bu prensipler bakidirler**. Fakat her ikisi de **tahdidata tâbi olmak** mecburiyetindedirler. Bunlar artık eski şiddet ve mutlakiyetlerle mer'î değillerdir. Bunlar da **nisbileştirilmiştir**. 20 inci asrın hukuku, 19 uncu asır hukukunun nazarı itibara almadığı mülâhazaları gözönünde tutmakta, hukuki katiyetin yanında **hakikî nisbet ve maddî adalet**, mukavele serbestisi

yanında **sosyal bağlılık**, mukaveleye sadakatin yanında **zayıfların himayesi** yer almaktadır.

1 — Mukavele serbestisi. Bizzat akdin yapılması ve akdi bağlılığın mükellefiyet doğuran sebepleri hakkındaki telâkkide bir tahavvül vukua geldi. Eskiden bu keyfiyet, beyanı yapanların iradesinde temerküz ederdi : daha sonraki maddî bir nazariye bunu tamamen dış görünüşte, yani beyanda aradı. Bu gün bunu, beyanın, karşı tarafta, yani beyana muhatap olanda uyandırdığı itimatta görüyoruz ki sosyalliğe teveccüh burada tebarüz etmektedir. Bir irade beyanının mevcut olup olmadığı ve onun muhtevasının ne olduğu dürüst bir karşı âkidin noktai nazarına göre taayyün eder. Beyanı yapan tarafa bu malûm olmalı yani o kendini diğer tarafın yerine koymalıdır. Artık iradeye değil söze hattâ sözün inikâsına, iradeye değil, beyanı yapanın iradesi olarak tezahür eden şeye, hukukî farz ve itibara; beyanı yapanın iradesine değil, onun diğer tarafta uyandırdığı itimada itibar olunmaktadır. Benim yaptığım beyan karşı tarafın mikyasına göre muhteva ve hüküm iktisap etmektedir. Bu sebeple sükût dahi akdin kabulünü tazammun edebilir (madde 6). Böylece bir akdin inikadı, hattâ irade olmaksızın dahi tahakkuk edebilir. İrade fesadına istinat etmek bütün hallere karşı bir çare teşkil edemez. Hata eden, akdi diğer tarafın anladığı tarzda meriyette bırakmağa mecbur olduğu takdirde (madde 25 II) ve bundan maada, hâkim tarafından tashih edilmiş akit te ve nihayet mecburen dikte edilmiş mukavelede her iki tarafın da iradesi mevcut değildir. Modern hukuk mütenevvi suretlerle **akit yapma mecburiyetini** kabul etmektedir.

Akdi her hangi hususî bir şekle tevfikan yapmak lüzumu âkitler için bir himaye teşkil edebilir : şekil, serbestinin ikiz kardeşidir. Modern hukuk yeniden geniş sahada şekle müteallik hükümler koymaktadır; bilhassa İsviçre Medenî Kanununda ve Borçlar Kanununda keyfiyet böyledir. **Formalism**in bir rönesansını yaşamaktayız. Bunun sebebi kısmen **sicil tutma** bilhassa ta-po sicili tutma **ihtiyaçlarından** münbaistir. Fakat bu sebep aynı zamanda sosyal hukukun karakterinde mündemiçtir. En yeni hu-

kuk tamamen muayyen muamele ve işlerde hususî bir yazılı beyan mecburiyeti koyduğu için, umumî iş şartlarını dahi iyi karşılamaktadır. İsviçre Bankalar Kanununa göre, kıymetli evrakın bir bankaya terhininde, bankanın bu evrakı başkalarına terhin edebilmesine muvafakat olunması için ayrıca bir tahrirî beyana ihtiyaç vardır; bankaya depo edilen hisse senedatı ile rey hakkının intikali keyfiyeti için de vaziyet böyledir. Kefaletlerde, tekeffül olunan meblâğ gösterilmiş olmalıdır.

Fakat her şeyden evvel **maddî mukavele serbestisine** eskisine nazaran daha dar hudutlar çizilmiştir. Bugün bir çok akitlerin nasıl daha mufassal bir tarzı tanzime tâbi kılındığını ve vâzı kanunun bu kaidelerden bir çoğuna ne suretle âmir bir karakter izafe ettiğini zikrettik. Bundan maada mukavele serbestisine tecavüz eden bir sürü âmme hukuku kaidesi vardır. Bu sebeple umumî zabıtalarda tahdidatı bilhassa umumî intizama aykırı olan akitlerin hükümsüz olacağı kaidesi yeni ve daha zengin bir muhteva iktisap etmektedir.

2 — **M u k a v e l e y e s a d a k a t**. Akitte taraflar birbirinin karşısında mücerret hasım vaziyetinde değildirler. Daha akdin inikadı için müzakereler başlamasile taraflar arasında karşılıklı nazikâne bir münasebet teessüs eder ve bu münasebet, müzakerelerin karşılıklı gözetme ve muayyen bir samimiyet çevresi içinde cereyanını icap ettirir. Akdin yapılması esnasındaki kusur (culpa in contrahendo) hakkındaki kaideler buna istinat eder. Akdin inikat etmesile taraflar tamamen bir birlik münasebetine girmiş olurlar. Her akit birlik ifade eder (Ripert). Artık o zamandan itibaren alacaklı ve borçlu haklarını istimal ve mükellefiyetlerini ifa ederken hüsnüniyete tevfiği hareket etmek mecburiyetindedir. Bu büyük prensipten bir çok münferit hukuk kaideleri elde edilebilir ve nihayet akdin hükümlerine ait bütün bir nazariye iştikak ettirilebilir. Alacaklının hakkı ve borçlunun mükellefiyeti buna göre münferit inşa ve tanzime, tahdidata, tadilâta, gevşemelere ve tamamlamalara maruz kalmaktadır. Bu suretle modern hukukta **maddeten akte sadakat** dahi sertliğini kaybetti, başka bir mâna aldı. Bu keyfiyet harpte ekonomik münâ-

sebetlerin derin değişikliklere uğramasile ve bilhassa eşya fiyatlarında önceden tasavvur edilemiyen tebeddülât vâki olmasile ve bundan maada bilhassa bir çok memleketlerde para kıymetinin düşmesile bâriz bir mahiyet aldı. Evvelce yapılmış olan devamlı akitlerin mevzuu böylece tamamen başkalaştı. Maddî mütekabiliyet yıkıldı. Mâna mânasızlığa inkılâp etti. Diğer taraf, eskiden tayin edilen karşılığa mukabil, daha başka, daha yüksek kıymetli bir şey ödemek mecburuyeti karşısında kaldı. Akde sadakat keyfiyetine kuvvetle istinat etmek, istismarcı bir tesir husule getirecekti. Bu keyfiyet farz ve itibarda ısrar ve tamamen formel mukavele sadakatına bir darbe demektir: akdin ifadesinden çok adaletsiz bir netice doğabilirdi. Âkidin, mukavelenin ifadesine böylece şiddetle bağlı kalması bâriz vaziyetlerde hüsnüniyete tamamen aykırı olurdu. Akde sadakat sade şekli değil bir de maddî olur ki bu, akdin gayesinden ve tarafların akdî bağlılığından istihraç olunur. Önceden görülemiyecek derecede derin olarak değişmiş hal ve vaziyetler gözönünde bulundurulmalıdır. Evvelce de zikredildiği gibi « hal ve vaziyetlerdeki değişiklik » (*clausula rebus sic stantibus*) şartına yeniden kapıları açan, mahkeme içtihatlarıdır. İsviçre hakimi dahi harp zamanındaki içtihatlarile bu yola gitti; bilâhare bu yolu mümkün mertebe çabuk bir şekilde yeniden bırakmış ise de buhran devri onu tekrar bu yola sevketti. Bu şartta kıymetli ve lüzumlu bir hukuk fikri mündemiçtir. Buhran zamanında, akitler için bu şartı bizzat vâzı kanun koymuştur; en son kanunlar, meselâ 1933 tarihli Polonya Borçlar Kanunu bunu prensip olarak ve umumî bir şekilde tanımaktadır (madde 269).

Bu suretle devrin zarureti içinde akde sadakat esası yumuşatılmıştır. Bununla paralel olarak akde formel sadakat veya icra sadakatı dahi tahaffüf etmiştir. Bundan sonra vâzı kanun icradaki şiddeti tahfif ve borçlunun ve bilhassa köylünün lehine olarak himaye hükümleri vaz etmek mecburiyetinde kalmıştır. Gerçi bu tahfiflerin bazıları tamamen buhran hukukudur. Fakat bu sahada dahi devamlı hukuk meydana gelmektedir. Nitekim biz umumî icra hukukumuzda ıztırarî bir tehir ilâve ettik; buna göre muztar vaziyete düşen borçlu icranın 6 ay ve onu takiben 4 ay

tehirini talep edebilir. Kezalik muhtar vaziyette bulunan sanayi işletmelerinin muayyen nevileri için ve zürrain lehine olarak ziraat için ıslah tedbirleri kabul edilmiştir ki, bunlar alacaklının haklarını bilmeceburiye daraltmaktadırlar. Borçlunun bu suretle himayesi yalnız münferit şahıslar için tanınmış değildir. Modern hukuk, bariz bir şekilde, aksiyonerlerin, bizzat alacaklıların, bilhassa şirket memurin ve müstahdimininin ve âmmenin menfaati icabı olarak anonim şirket halindeki teşebbüsleri tutmak ve bunları iflâstan kurtarmak temayülünü gütmektedir. Bu yüksek menfaat, münferit alacaklıların, bilhassa borç münasebetinden, hâmile muharrer borç senedatından doğan sübjektif haklarına takaddüm etmelidir.

Yeni mukavele hukuku, evvelce zikredilen iş şartları, formüllü mukaveleler ve kaidevî mukaveleler tarzındaki en son tekâmül neticesinde bilhassa karakteristik bir şekil iktisap etti. Bunların ehemmiyeti gittikçe büyüdü. Bunlar, bir çok sahalarda sadece tanzimî mahiyette olan ahkâmı tamamen ortadan kaldırmak istidadını gösterdiler. Bunda hukukî hayat için ihmal edilemeyecek bir tehlike mevcuttur. Mahkeme içtihatları bunları evvelâ ihtiyatla karşıladı. Ve böylece iş şartlarına tebeyyet keyfiyetini kabulde teenni gösterdi. İsviçre mahkeme içtihatları bu hususta tebliğin ve malûmat hâsil etmenin kâfi gelmediğini, bu umumî şartların kabulü ve bunların mukavelenin unsurlarını teşkil etmesi ve bunun ispat edilmesi lâzım geldiğini tebarüz ettirdi ve muayyen bazı şartlar, bilhassa davayı rüyet için tesbit edilen mahkemeye müteallik olan şartlar hakkında hususî ve sıkı lüzumlar koydu. Eski bir hukuk darbı meseli olan: «beyanlar, beyanı yapanın aleyhine olarak tefsir olunur» kaidesi bu münasebetle tamamen yeni bir mâna iktisap etmektedir. Bu gibi umumî iş şartlarını koyan kimse keyfiyeti gayet sarîh ve kat'î surette ifade etmelidir, tereddütlü hallerde keyfiyet onun aleyhine olarak tefsir olunur. Nihayet evvelce «imza, imza edeni mutlaka bağlar» denilirdi. Bugün bir sürü maddelerden ibaret olan böyle mukavele nümuneleri ekseriya kâfi derecede okunmaksızın imza edilmektedir. — Bu halde, imza edenin itinalı müzakerelerden sonra aktin muayyen bir muhtevaya malik olduğunu haklı olarak farz ve kabul etmesi

caiz olan yerlerde, hukuk onun, hiç olmazsa hataya istinat edebilmesine müsaade etmelidir.

Fakat bu umumî iş şartları mukavelesi ve formüllü mukaveleler aynı zamanda lüzumlu bir iş görmektedirler. Bunlar hukukî kat'iyet ve alâkadarlara hukukî bir müsavat temin, rekabeti tahfif eylemekte ve sosyal sulh ve selâmete hizmet edebilmektedirler. Bu sebeple modern hukukta vâzı kanun bunları benimsemektedir. Nitekim İsviçrenin 1911 tarihli muaddel Borçlar Kanunu 324 üncü maddesinde **kaidevî iş mukavelelerini** bilhassa tanımıştır. (Bu hüküm Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır). Mesleki birlikler veya menfaati âmmeye hadim teşekküller böyle mukaveleleri önceden hazırlayabilirler. Ve salâhiyettar makam, tarafların **tahriren** bunlara muhalif uzlaşmalar yapmamaları halinde, bu neviden bütün mukaveleler için lüzum ifade etmek üzere, bunları tasdik edebilirler. Meselâ Zürih'de hizmetçiler için böyle kaidevî bir mukavele mevcuttur; ev sahibi ile hizmetçi arasında buna muhalif tahriri uzlaşmalar hemen yok gibidir. Ve binaenaleyh « bu mukavele kanun yerini tutmaktadır » demek doğru olur. Aynı şey, patronlarla işçiler arasında yapılan umumî hizmet veya ücret mukaveleleri için dahi çok geniş miyasta olarak böyledir (Türk Borçlar Kanunu madde 316 - 317) : Bu mukavelelerin koyduğu kaideler alâkadarlar için, yani (bizzat birlikler için değil) birliklerin âzası için bağlılık ifade eder. Bu aza artık ancak işbu kaideler dahilinde mukaveleler yapabilirler; buna aykırı uzlaşmalar hükümsüzdür ve böyle uzlaşmaların yerine kanunen işbu umumî mukaveleler ikame olunur. Burada daha geniş bir inkişaf kendini göstermektedir. Daha İsviçre Borçlar Kanununu 1908, 1909 tarihlerinde yeniden gözden geçirilirken şu nokta tetkik edilmişti : Acaba bu gibi kaidevî hizmet mukavelelerini, onları yapan birliklerin azasından başka, hiç olmazsa aynı iş ve meslek erbabı için - bu mukaveleleri yapan teşekküllerin ehemmiyet ve büyüklüklerine göte ve muayyen bazı şartlar dairesinde - umumî olarak mecburî ve lâzım ilân etmek mümkün müdür ? Bu mecburiyet, Almanyada hizmet akitleri için 1919 tarihinde, kezalik Fransanın en yeni sosyal mevzuatında kabul edilmiştir. Fakat birlikler arasında yapılan bu gibi kaidevî mukaveleler, evvelce de zikredildiği gibi hizmet akti sahasını aşmıştır

ve hali hazır İsviçre buhran hukukunda alâkadar makamları mıza bu gibi **umumî bir mecburiyet ve lüzum ilân etmek** hususunda salâhiyet verilmiştir; aktin salâhiyetli makamlar tarafından tetkik edilmeksizin ve lüzumu halinde şartları değiştirilmeksizin mecburî ilân edilmediği meydandadır : Bu umumîlik muhakkak ki sade buhran hukukundan mütevellittir. Fakat buhran geçse de ana esas kalacaktır. Yakınlarda İsviçre Federal Konseyi Federal Meclise, ticaret ve sanayi serbestisini yeniden tanzim edici bir teşkilâtı esasiye maddesine ait bir proje vermiştir. Bu projeye göre : Konfederasyon, ticaret ve sanayi hürriyetile bağlı olmaksızın, umumî menfaatleri gözetmek şartile, meslekî birliklerin ve onlara müşabih ekonomik teşekküllerin birbirile yaptıkları anlaşmaları, meslekî yetişme, mesaî şartları sahalarında (ki bunun içinde sosyal ferî şartlar dahildir) ve haksız rekabete karşı mücadele sahasında umumen mecburî ve lâzım ilân etmek salâhiyetini haiz olacaktır. Bu gibi mukavelelerin, ekalliyette kalanların haklı menfaatlerini münasip bir şekilde göz önünde tutması cemiyet hürriyetini ihlâl etmemesi ve müstakil ve bitaraf ehli vukuf tarafından görülüp tesdik edilmesi şart kılınmaktadır.

Hukuk edebiyatında, mukavele hukukunun geçirdiği buhrana, mukavele serbestisinin tahdidatına ve mukaveleye sadakatin gevşemiş olduğuna mütedair olarak yükselen şikâyet sesleri duyuyoruz. Gerçi bu yeni nizamın da fena tarafları olduğu doğrudur. Böyle tarafı olmıyan hiç bir sosyal nizam yoktur. Ve bu hususta burada kısa bir hüküm vermek bizim vazifemiz haricindedir. Bizim vazifemiz : Vukua gelmiş bir inkişafı izah ve onların illetlerini iraedden ibaretti. Her şeyin ve her hükmün önünde anlayış ve idrak gelir. Karşımızda, **hususî hukukun en son inkişaflarındaki umumî temayüllerle mukavele hukukunun temayülleri arasında tam bir mutabakat**, ve bundan maada onlarla en son iktisadî tezahürler arasında bir paralel meydana geliyor. Ferdî iktisadiyat baki kalıyor, fakat umumî selâmet mülâhazalarile bu, devletin ekonomi politikasile sevk ve idare ve kontrol ediliyor; hususî haklar ve bilhassa mukavele hukuku dahi aynı tabloyu arzediyor : Bunlar mahfuz kalıyor, fakat sosyal bir istikamete teveccüh ediyorlar, tahdit olunuyorlar, bağlanıyorlar, kontrol ediliyorlar. Zira bugün âmme menfaatleri böyle istiyor.

III.

SOSYAL MEDENİ HUKUK VEYA BUGÜNKÜ
MEDENİ HUKUKTA CEMİYET VE FERT [*]

Istanbulda vermekte şeref yap olduğum iki konferansta en son hususî hukuk tekâmülünün istikamet ve temayüllerini izaha çalıştım. Bu istikametlerin hususiyet ve ehemmiyetlerini en iyi bir şekilde ölçmek için bilhassa 1789 Fransız inkılâbı ile kendini gösteren 19 uncu asır hususî hukukunu mukayese unsuru olarak almak lâzımdır. O sırada, eski kurunuvüstaî Polis Devletinin devlet, iktisat ve hukuk hakkındaki nizamı devrilmiş, yırtılmış, parçalanmış ve onun yerine ferdiyetçi diyebileceğimiz yeni bir nizam kaim olmuştu. Bu nizam eski camia ve düsturların zincirlerinden kurtarılmış bir fert ve bir hukuk devleti telâkkisinden doğmuştu. Hukuk devleti, hukuku meydana getiren, hukukî itinaı temin eden, hukukî kat'iyet ve şahsî hürriyeti koruyan bir devlettir. Bu hürriyet bir taraftan fikrî - siyasî ve ruhî - ve diğer taraftan iktisadî idi; zira iktisat dahi hür olmalı, bütün devlet vesayetinden ve müdahalesinden kurtarılmış ve hür ekonomik unsurlara bırakılmış bulunmalıydı. İşbu ekonomi nizamının hukukî techizatı, serbest gayri menkul mü'kiyetten, serbest rekabetten, ve serbest mukaveleden, yani akitlerin yapılması ve muhtevasının taraflarca tayini hususlarındaki geniş serbestiden ibaretti. Bu yeni nizam yeni bir tip insan yarattı; zira ferdin entelektüel ve iradî kudretlerini kuvvetli surette inkişaf ettirdi. Ve modern ilim ve tekniği yarattı, millî ekonominin ve bunun ötesinde cihan ticaretinin ve cihan ekonomisinin çok kuvvetli inkişafının temelini kurdu; beşerî çalışma gücünün verimi ölçüsüz surette yükseldi. Bu nizam artık azamet kesbet-

[*] Profesör August Egger tarafından 23/10/1937 tarihinde Ankara Halkevinde verilmiş olan konferanstır.

miş olan milletlerdeki çok fazla nüfus tezayüdü karşısında, ihtiyaçları karşılamak işini tahakkuk ettirebildi ve malî bir refah yarattı.

Fakat bütün bunlarla beraber, ekonomide esaslı bir tebeddül, ve aynı zamanda bizzat halkta derin bir strüktür değişikliği vukua geldi. Ekonomi süjeleri gittikçe çoğalan bir şekilde, korporatif teşekküller, ticaret şirketleri ve bilhassa gittikçe daha geniş bir mikyasta anonim şirketler haline geldiler. Ferdî teşebbüs önemli bir genişlikte, yerini kollektif teşebbüse bırakmak zorunda kaldı. Bundan başka teşebbüs sahipleri birlikler ve karteller lehinde toplandılar ki bunlar tecrit edilmiş fert ve hür hareket eden ekonomik ferdi şahsiyet telâkkisine yeniden en büyük sekteyi vurdular. Ekonomi **ferdilikten çıkarılmış, grup ekonomisi olmuştu**. Ve bunun üzerinde de iktisadî tabaka ve sınıflar teşekkül etti. Millet artık bir camia teşkil etmemektedir, parçalanmıştır; büyük teşekküller tarafından sevk ve idare edilen ve bu sebeple daha merhametsizce cereyan eden mücadelelere dalmıştır. Daha genel savaşın patlamasından çok zaman evvel, devletler, büyük fikrî cereyanların tazyiki altında, vaktile kendi kendilerine vermiş oldukları sıfatı bıraktılar, yani Hukuk Devleti sıfatıyla sadece hukukun emniyetle iş görmesi hususuna itina eylemekle kalmadılar. Bilhassa gümrük, ziraat, sanayi ve işçi himayesi sahalarında **yeni bir ekonomi politikası** gütmeğe ve yeni bir kültür politikası takibine başladılar.

Genel savaş ve savaş sonu devrindeki münasebetler bu tekâmülü şiddetle hızlandırdı ve yeni duruma götürdü. Eski imparatorluklar çöktü yeni devletler doğdu ve bunların içinde büyük inkılâplar meydana geldi. Bunların ekserisi harp esnasında şiddetlenen milliyetçilik neticesinde oldu. Milliyetçilik, mecburî olarak yeni bir millî ekonomi politikası neticesini doğurdu. Hâdiselerin tazyik ve cebri altında **devlet müdahalesi** şeklindeki ekonomi sistemi meydana geldi: Devlet millî ekonomiyi, diğer millî ekonomilerle olan mücadelesinde himaye etmeli, tutmalı ve teşvik etmelidir. Fakat bu gayeye hizmet üzere ekonomik dış politikada alınan tedbirler, meselâ himaye gümrükleri, ithalât kontenjanı veya yasağı, derhal içerde de istihsalâta ve pazara ve bil-

hassa fiyatlara bir çok müdahaleleri icap ettirdi. Gerçi milli ekonomi hususî ekonomiye dayanmakta, yine eskisi gibi hususî teşebbüslere istinat etmektedir. Fakat bu ekonomi devlet tarafından muhafaza, himaye ve teşvik edilmekte, tutulmakta ve böylece mecburi olarak tanzim ve kontrol edilmektedir. Serbest ekonomi yerinden atılmakta, onun yerine **diriye, kontrollu, sosyalleştirilmiş** bir ekonomi kaim olmaktadır.

Ekonomideki bu değişiklik aynı zamanda hukukta dahi bir tahavvül ifade eder. Radikal doktrinlerin aksine olarak, hususî ekonomi baki kaldığı gibi, hususî hukuk dahi baki kalıyor. Hususî mülkiyet, ferdî teşebbüs, rekabet, mukavele tarikle malların mübadelesi eskisi gibi yerinde duruyor. Fakat hususî hukuk nizamını tamamen başkalaşmış, sayısız teferrüatında ve ana telâkkilerinde başka olmuştur. İstanbuldaki ilk konferansımızda ferdin hukukî vaziyetinin nasıl değiştiğini izaha çalıştık: **ferdin şimdiye kadarki hürriyeti tahdit edilmiş ve ona daha çetin mükellefiyetler yükletilmiştir.** Artık fert, eski hukuk telâkkisinde olduğu gibi, sübjektif haklardan mutlak şekilde istifade edememektedir: daha ziyade, onun hakları nisbileştirilmiştir. Türk Medenî Kanununun 2 inci maddesindeki hakkın suiistimali memnuiyeti bu fikri çok esaslı olarak ifade etmektedir. Sübjektif haklar ferde sadece bu hudut dahilinde verilmiştir. Bu hakların sosyal bir vazifesi vardır ve onların şumulünü bu vazife tayin eder. Kezalik bu hakların istimali umumî menfaate dahi aykırı olmamalıdır. İstanbuldaki ikinci konferansımızda bu yeni ve bağlı hukukun, hukukî muamele sahasında nasıl tesir icra ettiğini izah ettik. Mukavele serbestisi ağır sektelelere uğramıştır. Bu keyfiyet bilhassa buhran devrinde olmuş, muhtelif ölçülerde olmakla beraber esasları itibariyle aynı tarzı arz etmekte bulunmuş, gerek Almanyada gerek İtalyada ve gerek Fransa ve İsviçrede kendini göstermiştir. Aynı zamanda mukavelenin şiddeti dahi, muhtar halde bulunan borçlu lehinde icra hukukunun kabul ettiği istisnai tedbirlerle yalnız bu sahada değil, maddî hukuk sahasında da müteessir olmuştur.

Vukua gelmiş olan tekâmüle attığımız bu nazar bizi **hususî hukuk nizamının ana meseleleri** ile karşı karşıya koyuyor. Meydana gelmiş olan köklü değişiklikler o kadar büyüktür ki aynı

zamanda bu nizamın dayandığı ana direkler çıplak kalmıştır. Bugünkü müşahedelerimiz bu noktaya hasredilecektir. Bu müşahedeler filozofik bir teemmül mahiyetinde olmayup bir tavsif ve müsbet hukuka ait bir izah olacak, daha fazla bir iddiada bulunmaksızın, olmuşu gösterecek ve bugünkü hususî hukuk onu teşkil eden **iki temel unsura** dayanılarak tahlil olunacaktır.

Bu değişiklik ferdin camiaya olan yeni bir münasebetini tebarüz ettiriyor. Bugünkü konferansın mevzuunu bu münasebet teşkil edecektir. 1800 tarihlerinde mevzuu bahsolan şey, ferdin ananevi camialar zincirinden kurtulması idi. Şimdi bunun aksine olarak ferdin bugün temel olan camiaya, millet camiasına yeniden ilhaki mevzuu bahstir. Bu itibarla bir taraftan hususî hukukun bugün aldığı şekle göre Devlet ve milletin ehemmiyetinden diğer taraftan da ferdin bugünkü hususî hukuk nizamında haiz olduğu mevkiden bahsedeceğiz.

1 — C e m i y e t : Millet camiası ile hususî hukuk arasındaki münasebet. Hususî hukuk fertle meşgul olur; bu hukuk, millet camiasından uzak ve Devletten - nisbî bir şekilde - müstakil olarak ferdî münasebetleri tanzim eder. Fakat biz hukukta millet ve Devlete en ön sırayı vermek mecburiyetindeyiz. Zira her hukuk ondan çıkmaktadır; bu, mahiyetine nazaran, camia için ve camia tarafından yaratılmış bir sosyal hukuk, bir sosyal düzendir. Cemiyet, hukukta kendi tablosunu yapar, kendi kıymetlerini ilân eder. Bunlar, bu camia kıymetleri bundan sonra hukuk düzenini tayin ederler. Hukukun meydana gelmesi için, ve bilhassa bunun için, her şeyden önce şu kaide cari olmalıdır : âmme menfaati hususî menfaate tekaddüm eder. Bu yeni bir görüş değildir ve keyfiyet hemen hemen daima böyle olmuştur. Daha ilk çağlarda bile : «âmme menfaati en ulvî kanundur» denilmekte idi. Cicero diyor ki : Bütün kanunlar âmme selâmetine matuf olmalıdır. Orta çağ dünyası dahi bu fikirlerle doludur. **Thomas d'Aquin**'in hukuk felsefesinde âmme selâmeti merkez mefhumu teşkil etmektedir : Mumaileyh «şayet bir kaide nihaî gayesi olan âmme selâmetine hizmet etmezse onun pratik akıl karşısında yeri yoktur» demiştir. Ulvî saadet telâkkisine uyarak Fransız

inkılâbı dahi, insan ve vatandaş hakları beyannamesinde şu umdeyi ilân etmektedir : Cemiyetin gayesi **umumî saadettir**. Bu umumî saadetin içine politik ve sosyal menfaatler, devlet ve milletin selâmeti girmektedir. Binaenaleyh ekonomi nizamı ve bununla birlikte hususî hukuk nizamı da bu zaviyeden taayyün eder. Her millî ekonomiye halkın ekonomik mallara olan ihtiyacını en iyi bir şekilde karşılamak vazifesi teveccüh etmektedir. Her millî ekonomi kollektif, sosyal bir vazifeyi ifa etmek mecburiyetindedir ; hatta bu ekonomi tamamen endividüalist karakteri haiz olsa bile keyfiyet yine böyledir. Liberal ekonomi çarşı için istihsale ve ferdin kazanç arzusuna dayanmaktadır. Fakat bu ekonomiden istihsal kuvvetlerinin yüksek inkişafı ve sosyal ihtiyaçların en iyi bir şekilde tatmini umulduğu içindir ki, ona taç giydirilmişti. Bu ferdî ekonomi nizamı dahi sosyal bir nizamdı ve âmme menfaatleri icabatına göre dikte edilmişti. Tarihen âdil olmak için şu noktayı kaydetmek lâzım gelir ki, ekonominin bu suretle tanzimi kendi zamanına göre gayet doğru düşünölmüştü. Bu, o zaman için, lüzumlu ve doğru bir ekonomi politikası ve bu suretle meydana getirilen ferdî hukuk nizamı da o zaman için en doğru hukuktu. Zira daha önce ekonomi düşkün bir halde idi ; orta çağ ve polis devleti hukuku onu kötürüm bırakıyordu. Lonca işleri bozuktu, ziraat verimsizdi. Hürriyet nizamı, kuvvetleri zincirden kurtardı, ekonomik bir yükselme getirdi.

Şu halde ekonomi bizatihî gaye değildir ve onun görölecek daha yüksek bir vazifesi vardır. Bu sebeple vazifesini mucibi memnuniyet bir şekilde yerine getirip getirmediği, yeni müna-sebetlerin yeni bir ekonomi nizamına ihtiyacı olup olmadığı hususlarında, ekonomi daima tetkike tabidir. Harp sonu devrinin büyük köklü değişikliklerinde ve inkılâplarında her milletin gözü önünde şu sual tebellür etmişti : Acaba milletin ekonomisi de baştan başa yeni bir tarzı tanzime ihtiyaç gösteriyor mu ? Devletlerin kısmı azamında cevap şu şekilde oldu : **Âmme menfaati, hususî ekonominin, fert ekonomisinin muhafazasını istilzam etmektedir**. Camia menfaati, hususî menfaatin eskisi gibi mahfuz kalmasına müsaade eder, hatta bunu ister. İktisadî faaliyet-

te bulunanlar, zati menfaatlerini korumakla, umumî menfaate dahi hizmet etmiş olurlar. Jheing'in dediği gibi, fert ve camia menfaatleri arasında, birbirine giriş, intibak vardır. Bu sebeple ve yalnız bu sebeple bugünkü inkılâp sonu devleti dahi hususî ekonomiyi takip etmektedir. Fakat bu hususî ekonomi evvelce de zikrettiğimiz gibi başka bir vaziyet almak mecburiyetindedir. O eskisi gibi serbest değildir artık bağlanmış, devlet tarafından tanzim, kontrol ve dirije edilmektedir.

Böylece hususî hukukun tam vaziyeti aydınlanmış. Devlet hususî ekonomiyi kabul etmektedir. Binaenaleyh hususî hukuku ve bilhassa mallara ait hususî hukuku da kabul etmek mecburiyetindedir. Fakat devlet nasıl ki hususî ekonomiye el koymuşsa hususî hukuka da el koyabilir. Devlet için bunlardan gerek birinde gerek diğesinde esas olan cihet âmme menfaatidir.

Hususî hukukun bütün karakteri bu umumî menfaatlere göre taayyün etmiş oluyor. Kanun vâzının ferdiyetçi hususî hukuk nizamını tayin ettiği sırada dahi keyfiyet böyle idi. O zamanki kanaat, umumî menfaatin en iyi bir şekilde fertçi nizamla muhafaza edilebileceği merkezinde idi. Devlet her türlü müdahaleden istinkâf ediyordu, zira umumî menfaat bunu âmirdi. Şayet bugünkü medenî hukuk nizamı başka bir yol tutmuşsa bunun sebebi de, bu yolda yürümeyi âmme menfaatinin icap ettirmesindedir. Bu yüksek menfaat, dış görünüşü itibarile tamamen hususî menfaat mevzuu bahs olan yerlerde dahi esastır. Bu hususta sadece gayri menkul mülkiyet ve gayri menkul rehin hakkını hatırlatmak kâfidir. İsviçre Medenî kanununda gayri menkulleri tanzim eden hukukun gayesi, gayri menkul tedavülüne en büyük kat'iyet ve emniyeti vermek ve böylece gayri menkule dayanan krediyi inkişaf ettirmektir. Bu gayeye varmak için büyük ve masraflı olan tapu sicilli cihazı kurulmuş ve bu cihaza kat'î bir müessiriyet verilmek için de o, umumî itimada mazhariyet kudretile techiz edilmiştir. Bütün bunlar devletin, gayri menkul maliki olan fert menfaatine yapabileceği ve yapmak istediği şeylerin hududunu aşmaktadır. İşbu gayri menkul hukuku tamamen büyük âmme menfaatleri tarafından dikte edilmiştir : Bu hukuk arazinin kıymetini yükseltmeli, gayri men-

kule dayanan krediyi teşvik ve himaye etmeli, imar faaliyetine hayat vermeli, ziraî faaliyeti teksif etmeli, şehirde ev inşaatını canlandırmalı, sınaî ve ticarî faaliyeti hareketlendirmelidir. Bu sebeptendir ki bu gayelerin önüne geçici veya âmme menfaatlerini diğer suretle ihlâl edici yeni mahzurlu vaziyetler kendini gösterdiği takdirde devlet — hususî mahiyeti haiz olması itibarile kendi mukadderatına terkedebileceği — gayri menkul hususî mülkiyete yardımı derhal üzerine almaktadır. Devlet mülklerin fenalaşmasına, çiftçi arazisi üzerinde, fiyatları gayri tabii surette ve âmmeyi ızrar edecek tarzda yükseltici bir spekülâsyon yapılmasına mâni olmaktadır. Bilhassa çiftçiye ait arazinin gayri iktisadî olarak parçalanmasına ve borca boğulmasına, bir taraftan ayrı bir çiftçi miras hukuku (Türk Medenî Kanunu madde 597), diğer taraftan — alacaklıların haklarına derin yaralar açabilen — geniş mikyasta borçtan kurtarma tedbirleri vasıtasile, karşı koymaktadır. Bütün bunlar devletin takip ettiği ekonomi, ziraat ve sanayi politikasile olur. Âmme icapları, hususî hukukun umumî kılıflanmasını emretmektedir.

Borçlar hukukundan da bir misal ilâve etmiş olmak için zikredelim ki kusur prensipinin, « mes'uliyet mükellefiyeti » ni kabul eden mevzuat vasıtasile geriye atılmasında dahi umumî menfaat mülâhazası esas olmuştu : Demiryolu ve posta, hava, otomobil işletmeleri, inşaat müesseseleri, sınaî işletmeler, bilhassa elektrik tesisatı gibi yeni işletmeler kusur mes'uliyeti değil, daima kaza mes'uliyeti esasına tâbi tutulmuşlardır. Böylece kazaya uğrayan kimse ve onun ailesi kuvvetle himaye edilmiştir. Bu keyfiyet bizzat bu suretle zarar görenler için ve fakat aynı zamanda umumî menfaat icabı olarak kabul edilmiştir. Bu gibi işletmelerden doğan kazalar kömeli bir tezahürdür ve bunların kurbanları her sene bir ordu teşkil etmektedir. Bu gibi tehlikelerden doğan netice ve zararlara, o tehlikenin kurbanı olanların veya resmî mahiyeti haiz içtimaî muavenetin değil, bizzat bu tehlikeyi meydana getirenlerin tahammül etmesinde âmmenin menfaati vardır. Kezalik âmme, işbu işletmelerin bu gibi kazaları en az bir hadde indirecek surette tanzim edilmesinde menfaattardır. Burada âmme menfaatinin ne kuvvetli bir rehber olduğunu,

daha sonraki inkişâflarda mes'uliyet mükellefiyeti yerine, âmme hukukuna giren sosyal sigortanın kaim olması gösterir, yeterki hal ve vaziyete nazaran mes'uliyet mükellefiyeti yerine böyle bir sigorta ikame etmek mümkün olsun.

Fakat âmme menfaatleri hususî hukuk nizamının sadece bütün kılığını tayin etmekle kalmaz, bu hukukun mer'iyet şumulünü de tayin eder. Hususî hukuka hudutlar koyar. Nitekim hak sahipliği, hak sùjeliği keyfiyeti için vaziyet böyledir. Hangi birliklerin âmme hukuku cemiyeti olduğunu bittabi âmme hukuku tayin ve bunların iç kuruluşunu o hukuk tanzim eder. Türk Medenî Kanununun 52 inci maddesi « âmme hukuku müesseseleri hukuku âmme kanunlarına tâbidir » demektedir. Hakkın mevzuu için dahi keyfiyet böyledir (madde 641) . Sahipsiz ve umuma ait eşya hususî bir âmme hukuku rejimine tâbidir. Gözlerimizin önüne, âmme hukukuna tâbi olan geniş saha açılmaktadır : Göller ve nehirler, yollar ve kanallar, su kuvvetleri ve madenler, avcılık ve balıkçılık, ve kezalik âmmeye mahsus binalar, işletmeler, inşaat, müesseseler. Borçlar hukuku için de keyfiyet böyledir. İşçi - patron münasebeti sade hizmet aktile bitmiş olmaz. Bu münasebet geniş mikyasta sosyal âmme hukukile tanzim edilmiştir. Nihayet âmme hukukuna ait memur ve müstahdem münasebeti mevcut olan yerlerde borçlar hukuku geri çekilmek mecburiyetindedir.

Âmme menfaatleri yalnız hususî hukuk nizamının genel karakterini tayin etmek ve bu nizama hudutlar koymakla kalmamıştır; âmme hukuku umumî selâmet mülâhazaları ile dahi hususî hukuka müdahale ederek, hususî haklardan her birinin şumulünü tahdit etmekte, hatta bu hakların varlığını veya yokluğunu tayin eylemektedir. Gerçi bu keyfiyet, esas teşkilâta istinaden ve hukukî eşkâli dairesinde cereyan eder. Fakat bunun böyle olması, hususî hakların umumî selâmet mülâhazaları ile tahdit veya tamamen ilga edilebilmesi prensipini darlaştırmaz. İsviçre Medenî Kanunu bu esası umumî bir şekilde ifade etmiştir (Madde 702 ; bu madde Türk Medenî Kanununa alınmamıştır) . Bu maddeye göre federasyon, kantonlar ve komünler gayri menkul mülkiyetine, umumun selâmeti namına tahdidler

koyabilirler. Bu esas yeni değildir. Her hukuk nizamında ifadeye raptedilmiş veya edilmemiş bir şekilde kendini gösterir. Fakat en yeni hukukta karakteristik olan cihet, bu müdahalelerin gittikçe çoğalmasında, gittikçe çeşitli, geniş ve kat'i olmasındadır.

Fransız inkılâbında ve ondan sonra dahi devlet kudretle müdahale ederdi. Bu müdahale o zaman da âmme menfaati mülâhazasile yapılırdı. Fakat bu, eski feodal mükellefiyetleri — kısmen tazminatsız olarak — ortadan kaldırmak veya ekonomiyi bağliyan zincirleri kırmak için yapılırdı. Bu müdahale serbest mülkiyet sistemini korumak için yapılırdı. Artık malik mülkünü işletmek ve tedavül ettirmekte hürdü — hür toprak üzerinde hür bir insan var olmuştu; insan bu vaziyeti âmme hukuku sayesinde, ve devlet umumî menfaat dolayısıyla bu hürriyet nizamını kurmuş olduğu için, iktisap etmişti. 19 uncu asır doktrini mutlak ve hudutsuz mülkiyet nazariyesini meydana çıkardı; bu mülkiyet mekân itibarile hudutsuzdur : — kürenin merkezine kadar — derinliğini, ve havanın bütün yüksekliğini şamildir ; bu mülkiyet muhteva itibarile dahi hudutsuzdur: Malikin onu dilediği veçhile kullanmasına ve tasarrufuna tâbidir. Filhakika 1804 tarihli Fransız Medenî kanununun 544 üncü maddesine göre « malik mülkünden en mutlak bir şekilde istifade ve onun üzerinde aynı suretle tasarruf etmek hakkını haizdir » ; keza Alman Medenî kanununun 903 üncü maddesine göre de : Bir şeyin maliki o şeyde dilediğini yapabilir (Avusturya Medenî Kanunu, keyfine göre tâbirini kullanmıştır) . Fakat bu kanunlar aynı zamanda bir kayıt dahi koymaktadırlar : « Meğer ki o şey kanun ve nizamnamelerle men edilmiş bir tarzda kullanılmamış ola » ; « meğer ki kanuna ve üçüncü şahısların haklarına aykırı olmıya » . İsviçre Medenî Kanunu da böyle başlamaktadır (Madde 641. Türk Medenî Kanunu 618) : « Bir şeye malik olan kimse o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir ». Fakat İsviçre Medenî kanununun Almanca metni daha umumî ve geniş olarak : « hukuk nizamı dairesinde » demektedir. Bu hukuk nizamı bilhassa bütün âmme hukukudur. Mülkiyet dahi mekân itibarile derinliğe ve yüksekliğe doğru mütenasip bir şekilde tahdit edilmiştir (Türk Medenî Kanunu 644) . Ve nihayet İsviçre Medenî

Kanunu 702 inci madesile âmme hukukunun lehine olarak demin zikrettiğimiz umumî kaydı koymuştur.

Böylece malikin haiz olduğu hâkimiyetin şümulü âmme hukukunun esas durumuna tâbidir. Medenî hukuktaki mülkiyet tariflerinin aynen bakî kalmış olmasına rağmen mülkiyetin son 100 sene zarfındaki muhtevası tamamen başka bir hal almıştır. Nasıl ki o zaman tamamen serbest olan ekonomi bugün mütelevvi bakımlardan kontrol ve dirije edilmekte ise, gayrı menkul mülkiyette de keyfiyet böyle olmaktadır. O sırada ferdiyetçi hava içinde Medenî hukuk sahasına müdahalede tamamen çekingen davranılmakta, her müdahale fena karşılanmakta idi. Halbuki bugün vaziyet tamamen başkadır. Âmmeye tâbiyet göze batacak derecede barizdir. Hak telâkkisi kuvvetli surette âmme menfaatine tâbi tutulmuştur ; Devlet hususî ekonomi karşısında başka bir vaziyet almıştır. Bu suretle bir gayrı menkul malikin kendi mülkü üzerindeki her faaliyeti, âmme menfaatleri üzerine tesir zavyesinden tetkik olunmakta, ve âmme menfaatine dokunan vaziyetler mevcut ise buna âmme hukuku, mülkiyet hakkına **tahditler koymak** suretile mukabele etmektedir. İnşaat, yangın, sıhhat zabıtası ve umumî şehir inşaatı nev'inden gerekli müdahaleler, şehirlerdeki gayrı menkul mülkiyete, kezalik bugünkü buhran hukuku tarafından çiftçi arazisinin işletilmesine, sütçülüğe, hayvan ıslahına, bağcılığa ve saireye yapılan **müdahaleler** hep bundan neşet etmektedir.

Nihayet **umumî selâmet** mülâhazaları dolayısıyla mülkiyet **tamamen dahi musadere** edilebilir. 19 uncu asır hukukuna göre, bu musadere, bir çok devletlerin teşkilâtı esasiyelerinde sureti mâhsuada tanınan hususî mülkiyetin bu inkârı, ancak kanunî usullere tevfikân ve münasip bir tazminat mukabilinde olabilir ; bu prensip bakîdir. Fransız Medenî kanununun 545 inci maddesine göre : « **âmme menfaati muvacehesinde** » , Avusturya Medenî kanununun 365 inci maddesine göre : « **umumî selâmet icabettiği takdirde** » , Alman Vaymar Teşkilâtı Esasiye kanununun 153 üücü maddesine göre : « **âmmenin selâmeti için** » , 1930 tarihli İsviçre İstimlâk kanununa göre : « **âmme menfaati mülâhazasile** » hususî mülkiyet geri çekilmek ve yerini terk etmek mec-

huriyetindedir. Fakat bu âmme menfaatleri gittikçe genişlemektedir. Orman işletmesinin ihtiyaçları, ziraat arazisinin ıslahı, (T. Medenî kanunu, mad. 678) , şehir arazi ve arsalarının rasyonel inşası, elektrik tesisatı ve tel şebekesi ile cereyan tevzii, menba sularına ihtimam, tabii âbidelerin ve tabii güzelliklerin muhafazasına itina, bütün bunlar, işbu genişlemenin birer misalidir. Bu âmme menfaatlerinin süjeleri hususî teşebbüsler dahi olabilir. İstimlâk, gayrı menkulün musaderesi yolile değil, irtifak hakları tahmili yolile de yapılabilir. Gayrı menkul maliki istimplâk neticesinde bir kâr temin etmemelidir. Mülkten kendine kalan kısım bu istimplâk neticesinde bir kıymet fazlası iktisap etmişse bu, mahsup olunmalıdır. Mülkleri istimplâke tâbi olmıyan, fakat istimplâk neticesinde kıymet kazananlar, değer fazlasını tediye mecbur tutulmaktadır. Bu istimplâk fikri, iskân kanunlarına istinaden, büyük arazi sahiplerine ait emlâkin parçalanıp küçük çiftçi arazisi haline konulması suretile, bütün harp sonu devletlerine çok geniş bir mikyasta nüfuz etmektedir.

Bütün bu kaideler birlikte ele alınır ve gayrı menkul malikin, kendine kalan hakları sui istimal edemeyeceği (Medenî Kanun, madde 2) düşünülürse, bunların hepsinden doğrudan doğruya yeni bir mülkiyet mefhumu meydana çıkar. **Bugünkü mülkiyet, artık dünkü endividüalist mülkiyet değildir. Bu, sosyalist de değildir. Bu mülkiyet, sosyal bir mülkiyet, sosyal bakımdan bağlanmış bir mülkiyettir.** Malik artık kendi malikânesi üzerinde mücerrret bir fert olmayıp, millet camiasına tâbidir, o camiaya karşı mükelleftir.

2. — **Fert.** 16 - 19 uncu asır garp Avrupasının fikrî tekâmülünde, şahsiyet fikirleri, en büyük ehemmiyeti haiz oluyor. Bir asır süren mücadele, devlet hayatında ve hususî hayatta şahsî hürriyet uğrunda yapılıyor. Fikir tarihinin geniş yolu 19 uncu asır **ferdiyetçiliğine** münce oluyor. Ne büyük değişiklik! 20 inci asır bilhassa bundan yüz çeviriyor. Bu asır, anti endividüalist yani ferdiyetçiliğe düşmandır. Bu keyfiyet, bilhassa zamanımızın farikası, fikir tarihinin dönüm noktası, moral ana durum ve aynı zamanda en yeni hukuk tekâmülünün karakteristiğidir.

İnsan ve insan şahsiyeti fikri kaybolmayacak surette durmaktadır ; bu fikir gerek bizzat kendi durumu itibarile ve gerek cemiyet bakımından kaybolmayacaktır. Fakat sosyal hukukun işbu izahında yalnız cemiyetten bahsolunmayacaktır. **Fert cemiyete muhtaçtır.** O, bir (Zoon politikon) içtimaî bir mahlûktur, cemiyet içinde yaşar, cismanî ve fikrî bütün varlığında ona muhtaçtır. Cemiyet onu himaye ve muhafaza eder ; o, kendi iş görme kudretini cemiyet içinde faaliyete geçirir; ona şahsiyetinin tam inkişafını cemiyet mümkün kılar. **Fakat cemiyet dahi ferde muhtçtır.** Cemiyet, ferdi uzuvlara dayanır. Yaşayışını, kendi içine giren fertlerin temayül ve sempatilerinden, moral ve entelektüel kudretlerinden alır. Cemiyetin zati kudreti ona kendi azasından aşılır. Burada çok sıkı bir karşılıklı münasebet mevcuttur : Cemiyetin iyilik ve selâmeti fertler üzerinde, fertlerin iyilik ve selâmeti ise cemiyet üzerinde müessir olur.

Bu karşılıklı münasebet hukuk nizamında ifade ve teyidini bulmalıdır. J h e r i n g şu çok güzel ifadeyi yaratmıştır : «Hukuk, fert ve cemiyetin tahakkuk ettirilmiş eşliğidir » . Buna göre ferd camiaya eklenmiş ve camia tarafından ona vazife yüklenmiştir. Bu ,onun elinden istiklâlini, zati hâkimiyetini almakta, onun endividüel hayatı yeni bir gaye, yeni br mâna iktisap etmektedir. (J h e r i n g, Zweck im Recht II, 123) . Buna mukabil, camia kendi uzuvları karşısında kayıtsız ve âtil kalamaz ; bu uzuvlar onun için mühimdir ; camia onlara yardım etmeği üzerine almaktadır.

Bu telâkki 19 uncu asır endividüalizminden bir yüz çeviriş ifade eder. 18 inci asır polis devletine karşı o zamana göre lüzumlu bir mücadeleden doğmuş bulunan bir endividüalizm, ferdi tecrit etmiş ve onu camia hayatının rabita ve münasebetlerinden ayırmış, hukukî muamele nazariyesinde ferdin iradesine henüz kıymet takdir etmeksizin bu iradeyi ve ferdin, malik, rakip, alacaklı, koca, baba sıfatile haiz olduğu sübjektif kahları mutlaklaştırmıştı. İşin nasıl bu telâkkiye müncer olduğu kolayca takip ve izah olunabilir. Fakat bu telâkki, iç ve dış, ekonomik ve moral donneleri parçaladı, vazgeçilmesi mümkün olmıyan rabita ve münasebetleri inkâr ve cemiyeti rahatsız etti ve böylece bozucu bir tesir yaptı.

Bizzat bu nizam da manasız addedilerek ortadan kaldırılıncaya kadar, hayat kanununun hudutlarını daha uzaklara sevk etti. Ferdiyetçi nizam, kavîyi daha kuvvetli, zayıfı daha âciz yapan ve « egoismin doymak bilmezliğini, ve yırtıcı iştihasını » muzaffer kılan bir sistem haline geldi. Endividüalizmin tesiri bir sübjektivizm, sübjektif bir keyiflilik ve zati arzuya kayıtsızca bir tebaiyet neticesine müncer oldu.

Bu sistem ortadan kalkmak mecburiyetinde idi ve buna mecbur kaldı. Endividüalizme yüz çevirme, kollektivizm demek değildir. Şahsî sahanın ve böylece hususî hukuk sahasının muhafazası bizzat cemiyetin menfaatleri icabındandır. « Hususî hukuk, tarihte yer tutmuş olan şu hakikate kök salmaktadır : Millet, kudretini sadece mâdûnundan değil, bilhassa yüksek mikyasta, kendi uzuvlarının müstakil icraat kudretini haiz şahsiyet iktisap etmesinden alır. Binaenaleyh hukuk nizamının işi, yalnız cebir koymak değil, aynı zamanda hürriyet yaratmaktır » (Sohm) . Endividüalizmden ayrılış daha ziyade, sosyal **bir personalizmin** teşekkül etmesi ile vukua gelmektedir. Bu, bir taraftan ferdin tanınması ve himaye edilmesi, diğer taraftan da onun camiaya rapt edilmesi demektir.

Medenî hukuk evvelâ ferdi, hukukî hayata iştirak için lüzumlu olan ehliyetlerle ve esas itibarile herkese müsavatan tanınmış olan, medenî haklardan istifade ehliyeti ile teşhiz etmektedir. Âmme hukuku haklarda müsavatı koymuştur. İsviçre federal Teşkilâtı Esasiye kanunu 4 üncü maddesinde, asalet ve doğuma, aile ve şahsa bakmaksızın, hukukî müsavatı teminat altına almaktadır. Âmme hukukunda böyle olduğu gibi, medenî hukuk dahi daha 19 uncu asırda gittikçe artan bir şekilde, hususî hukuk müsavatını koymuştur. Fert medenî haklardan istifade ehliyetini, dine ve asla bakılmaksızın, tam şumulile haiz olmalıdır. Ağır bir tekâmül neticesinde haklara tam ve müsavi surette ehliyet, evlilik harici doğan çocuklar için dahi kabul olundu. İsviçre Medenî kanunun koyduğu kaide, İsviçre — ve bittabi Türk — hukukunda, ferdin medenî hukuk bakımından hürriyet kazanmasını daha ileriye götürdü. Zira haklardan müsavi surette istifade ve onları böylece kullanma ehliyetlerini esas itibarile kadın,

evli kadın dahi haiz oldu. Bu keyfiyet 19 uncu asır fikrî sey-
rinin bir ilerleyişi, endividüalizmin daha sonra elde edilmiş bir
kazancıdır. Fakat buna esas olan mâna hemen değişiyor : Yeni
hukukî vaziyet kadına yalnız onun hatırı için tanınmış değil, aynı
derecede, âmme selâmeti dolayısıyla tanınmıştır. **Bu, sosyal esasa
dayanan bir endividüalizmdir:** Kadına hukukî müsavat, onun ken-
di sahasında kudretlerini inkişaf ettirebilmesi ve kendine dü-
şen vazifelerini ifa edebilmesi için tanınmıştır. Böylece meselâ
anaya dahi velâyet hakkı verilmiştir. Bu, yüksek bir haktır ;
fakat aynı zamanda ağır bir mükellefiyettir ki, bunun ifası çocuğa
ve binnetice cemiyete hizmettir. Binaenaleyh bizatihi bu hak ona,
hem kadının kendisi için, hem de, aynı derecede, bu mükellefi-
yetin yerine getirilmiş olması için tanınmıştır.

Sosyal hukuk ferdi içine alıyor, ve fakat onun himayesini
dahi gözetiyor : Bu hukuk, evvelâ insanı kendi cismanî varlı-
ğında himaye ediyor. Bu keyfiyet bugün hususî bir vüruh ve kuv-
vetle âmme hukuku vasıtasile ve umumî ve şahsın fevkinde bir
menfaat mülâhasasile meselâ sosyal sağlık, erzak hakkında ko-
nulan geniş mevzuat, sosyal mevzuat, işçinin himayesi ve sosyal
sigorta sahalarında yapılıyor. Medenî hukukta cismanî iyiliğe iti-
na keyfiyetini, evlilik dahili ve evlilik harici doğan çocuklara ait
hukukta, (Medenî Kanun mad. 273, 311 - 312) vesâyet hakkında
(madde 356), kezalik hizmet akti hukukunda görmekteyiz ; bu
sonuncuya göre iş sahibi, lüzumlu olan himaye tedbirlerini almak
mecburiyetindedir (Borçlar kanunu mad. 332) ; bunlardan ma-
ada aynı keyfiyeti icar hukukunda da görüyoruz : Mecur müste-
cirin sıhhatini ihlâl edici kusurlar arzediyorsa, müstecir, her za-
man dermeyan edilebilen ve feragat caiz olmıyan bir fesih hak-
kını haizdir.

Sağlam nesil yetiştirme düşüncesi karı koca hukukuna da
nüfuz ediyor. İsviçre Medenî kanunu, akıl hastalarının evlenme
memnuiyetinde (madde 89) daha sıkı davranıyor. Bu husustaki
en son Alman mevzuatı daha radikaldir.

Fakat bütün bunlar haricinde medenî hukuk ferdi bütün en-
dividüalitesinde, bütün şahsiyetinde (madde 24) , böylece telâkki
ve tahassüs hayatında, faaliyet hürriyetinde, şeref ve şöhretinde,

isimde, firmada, arma ve diğer remzî varlıklarında, hususî, meslekî sınaî hayatının sırlarında himaye ediyor. Mahkeme içtihatları bu himayeyi bilhassa ekonomik şahsiyet lehine olarak dahi meydana getirmiştir ; zira ferdin varlıkları ihlâl edilmekle, ekonomik faaliyete de sed konmuş ve bu da ihlâl edilmiş olur. Bu sebeple modern hukuk, maddî olmıyan malların, eser, güzel sanat ve ilmin, ihtira ve alâmeti farikanın himayesini bilhasa kabul etmiştir : Bu keyfiyet te âmmeye ve şahsa ait hakların birbirine girişi, intibakî olup, bu intibak yaratıcı şahsiyetin ve onun eserlerinin böylece himayesini istilzam etmektedir.

Fakat sosyal hukuk ferdi, her şeyden önce hürriyetinde himaye ediyor. O bu hürriyeti âli menfaatler mülâhazasile tahdit eder. Fakat bilhassa ve her şeyden önce bu hürriyeti — yukarda söylediğimiz gibi umumî selâmet namına — tanımak ve himaye etmek mecburiyetindedir. Sosyal hukuk bu hürriyeti bizzat mukavele serbestisine karşı korumalıdır. **Sübjektivizm, hürriyeti sui-istimal ediyor** ; kavî zayıfı istismar etmek ve onu haraca bağlamak için bu hürriyetten istifade etmektedir. Şekli hürriyet maddî hürriyetsizliği, istiklâlsizliği ve tâbiliği doğuruyor. Bu keyfiyet mukavele serbestisinin ruh ve mânasına aykırıdır ; bu keyfiyet bilhassa ferdin serbest faaliyetini isteyen âmme menfaatlerine aykırıdır. Buna mâni olmak fikri evvelâ mahkeme içtihatları hukukunda yer tuttu. İlk önce işçinin, hizmet aktinin hitamından sonraki zaman için kabul ettiği rekabetten içtinap yani rekabet memnuiyetleri, hukuk nizamına uygun olup olmadığı hususunda, hâhim tarafından tetkik ve ifrata kaçanlar iptal olundu. O zamandanberi kanunlar bu rekabet memnuiyetini hususî bir tanzim tarzına rapt ve rekabetten içtinap mükellefiyetini ancak mahiyet, zaman ve mekân itibarile mütenasip bir hadde inhisar ettiren kayıtları sarahaten kabul eylemişlerdir. (Borçlar Kanunu madde 384 ve müteakip). Kezalik diğer bazı münferit hükümler de aşırı mükellefiyetlere karşı himaye gayesini gütmektedirler; bu keyfiyet hizmet, icar, şirket akitleri ve saire gibi devamlı münasebetlerin vaktinden evvel feshi için muhik ve mühim sebepler mefhumunun kabul edilmesinde mündemiçtir. Bundan maada Medenî Kanun, şahsî menfaatleri haleldar edici mukaveleler hakkında da esaslı bir memnuiyet koymaktadır (madde 23) .

Böylece bugünkü sosyal hukuk, mülkiyeti ve mukavele serbestisini tanıdığı gibi, şahsiyeti de tanıyor ve himayesini ona da teşmil ediyor. Fakat aynı zamanda bu şahsiyeti camiaya rapt ediyor.

Fert iki sosyal ve mütekebil münasebet karşısındadır : Bir taraftan bizatihi cemiyet ile ve diğer taraftan sair fertlerle olan münasebet .

Evvelâ bizatihi cemiyeti ele alalım : fert ona bağlıdır; milletdaş ve hakdaş sıfatı ile onun uzvu, onun malıdır. Bu mânada fert hukukan da cemiyete ilhak edilmiş, eklenmiştir. Mülkiyet gibi, şahıs ta sosyal bağlarla bağlıdır. Bu bağlılık âmme hukukuna göre, vatandaşların âmme mükellefiyetlerinde, sübjektif âmme haklarının bahşedildiği çerçeve dairesinde ifadesini buluyor. Fakat bu bağlılık hususî hukuktan dahi neş'et ediyor. Vesayet hukuku, ferde, kendi mallarile kayıtsızca oynayamayacağını öğretiyor. Fert — israf ve sui idare, ayyaşlık, fena hayat sürme gibi — muhtelif sebeplerle kendisini ve ailesini zaruret ve muzayakaya düşür edebilir. Ve hattâ — Medenî kanununun âmme mülâhazası ile ilâve ettiği gibi — yakınlerinin emniyetini tehlikeye koyabilir. Bu vaziyette vasayet makamları müdahale ve fertten hususî hukuktaki hürriyetini nez eder. Fert kendi sahasında, koca, eş, baba, akraba, aile uzvu (nafaka mükellefiyeti hakkında Medenî Kanun mad. 315) sıfatı ile kendine düşen mükellefiyetleri ifa etmek mecburiyetindedir ; şurası karakteristiktir ki, Medenî Kanun, bu mükellefiyetlerin ihlâli halinde, bir çok hususatta resmî makamların (vasayet makamlarının, içtimaî muavenet makamlarının) müdahalesini derpiş etmekte ve böylece ferdin bu gibi hususatta âmmeye karşı mükellefiyeti mevzuu bahs olduğunu doğrudan doğruya ifade eylemektedir.

Bilhassa mukavele serbestisi dahi, âmme menfaatlerle kabili telif olduğu nisbette tanınıyor. Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi bu serbestinin ancak umumî intizam dairesinde mevcut olduğunu sarîh surette ifade ediyor. Zengin içtihatlarile mahkemeler, umumî intizama aykırı olan mukaveleleri iptal etmektedirler; bu mukaveleler içine yalnız (meselâ vergi kaçakçılığına mütedair olmak suretile) devleti zararlandırıcı, yahut devletin icrayı kazasının

ve hukukî itinasının önüne geçici yahut ta (meselâ haksız fiilleri teşvik etmek veya ortadan kaybetmek gibi) bizatihi hukuk nizamını ihlâl edici uzlaşmalar değil, halkı aldattıkları ve ticaretteki itimadı öldürdükleri için, cemiyet, aile ve ekonomi nizamımızı tahrip edici uzlaşmalar da girer ; meselâ bir mukavelenin içinde, verilecek rüşvetin tesbiti gibi. Kezalik bu sebeple kartel mukaveleleri, bilhassa inhisarcı bir vaziyet alarak umumun istismarı gayesini istihdaf ettikleri takdirde, umumî intizama aykırıdır. 1923 ve 1930 Alman Kartel kanunu muvakkatlerinde tekrar tekrar umumî ekonomi ve umumî selâmet göz önünde tutulmuştur. Bu hudutlar Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin koyduğu umumî kaidede mündemiçtir ve hukukun daha sosyal tarzı telâkkisi tamamen endividüalist olan telâkkiye üstün olan yerlerde, gayri mektup hukuktan da neş'et etmektedir ; bunlar sosyal bir hukukun mahiyetinde mündemiçtri.

Fakat sosyal hukuk **diğer bir rabıta** daha yaratıyor. Fert-cemiyet esas münasebetine bir ikincisini ilâve ediyor : Bu, **fert ile diğer fertler arasındaki münasebet**, yani hakdaşın hakdaşa, insanın insana olan münasebetidir. Bu münasebet hukukî ahlâk bakımından, hususî hukukun ana problemini teşkil etmektedir. Hususî hukuk, hususî mülkiyeti, faaliyetlerin tabii hürriyetini, mukavele serbestisini kabul eder. Fakat bu hakları kabul ederken ancak umumî intizam dairesinde, ve ayrıca da, **başkalarını gözetme hudutları** dairesinde hareket eyler. Fransız inkılâbı şu umdeyi ilân etti : « Hürriyet, insanın **başkalarına zarar vermeyici her şeyi** yapmak salâhiyetidir » . Bunun moral hududu şu vecizede mündemiçtir : « **Kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma** » . Kant dahi sosyal ahlâkı buna istinat ettirmek istemiştir : « **Umum için mer'i bir kanun haline konmasını isteyebileceğin umdeye göre hareket et** » . Bütün bunlar karşılıklı bağıklık prensipi, solidarizm prensipidir. Fert başkalarının himayeye lâyık menfaatlerine hürmet etmelidir. Bunda onun hakkının hududu ve fakat aynı zamanda bu hakkın kudreti mündemiçtir ; zira bu esas aynı suretle onu dahi himaye etmektedir. Şurası muhakkaktır ki, bütün devirler ve bütün milletler bu prensipi her hangi bir şekilde kabul etmişlerdir. Bu prensip olmaksızın hiç bir hususî hak, hiç bir mülkiyet hakkı, hiç bir borçlar hukuku olamaz.

Daima müfrit endividüalizm vasfını arzeden ve endividüalist olmak mecburiyetinde bulunmuş olan Roma hukuku bile bu noktayı geniş mikyasta nazarı itibara almıştır; bu hukuk dahi bir komşuluk hakkı bir meşru müdafaa hakkı meydana koymuştur. Bilhassa Roma borçlar hukukunun azameti, ferdin fertle olan münasebetinde hüsnü niyet lüzum ve icaplarına tam bir yer vermiş olmasındadır. « actio injuriarum ve exemptio doli generalis » pretor hukukunun, dürüstlük ve adalete müstenit bir borçlar hukuku meydana gelmesinde âmîl olan emir ve hükümlerindedir. Bugünkü borçlar hukukunun, bizim tamamen teknik mahiyette müşahede etmeğe mütemayil olduğumuz bir çok kaideleri, Roma hukukunun işbu **hukukî ahlâk** esasından çıkmıştır; meselâ takas, hapis hakkı (exemptio non adimpleti contractus) yani ödememezlik def'i, davanın tazminata da teşmili, alacaklının temerrüdü keyfiyetinin tanzimi vesair bir çok hususlar, bugün dahi ona istinat etmektedirler.

Bugünkü sosyal hususî hukuk işbu hukukî ahlâk umdesine yeniden kucağını açmıştır Hali hazırdaki mütekabil bağıklık daha büyük bir hale gelmiştir. İnsanlar, ruhi bakımdan, birbirine daha sıkı surette yakın oturmaktadırlar. Birbirine daha ziyade muhtaç birbirini daha ziyade gözetmek mecburiyetindedirler. Bunu modern demokrasi dahi böyle istiyor. Şahsî hürriyet tanınmış ve bu hürriyet, akden tayin edilmiş aşırı mükellefiyetlere karşı, bizzat o hürriyeti bahşeden tarafından himaye olunmuştur. Fakat âmme menfaati veya başkalarının gözetilmesi istilzam ettiği takdirde bu hürriyet, tahdit ediliyor. « Başkası » mefhumu ahlâkta olduğu gibi, hukukta da daha yakın bir rüyet sahası dahiline giriyor. Bu keyfiyet sosyalliğe teveccühtür. Endividüalizm daha sosyal, daha altrüist, yani başkalarını düşünücü oluyor. Bu keyfiyet bir ferağat mânasında değildir ve bunu talep etmek teasesan kanunun vazifesinden hariçtir; bu, icraatının sosyal rabita ve münasebetlerini müdrik olmağa ve bu icraatın dokunduğu şeyleri lâyıki surette gözetmeğe ferdin mecbur olması mânasındadır.

Böylece fert sosyal münasebetlere daha geniş surette rapt edilmiş, daha geniş ölçüde bağlanmıştır. Caddelerden gelip geçme işi ve bunun fertlere tahmil ettiği lüzum ve icaplar gözlerimi-

zin önünde sembolik bir misal olarak tebarüz etmektedir. Bir polis raporundan iktibas ederek söylüyorum ki, otomobil kazaları ancak gayet nadir hallerde teknik sebeplerden yani makinenin veya caddenin bozukluğu sebeplerinden ileri gelmektedir. Sebeplerin kısmı azamî alâkadarlarda, yani otomobili kullananda, diğerlerinde, diğer bir otomobili kullananda, veya, yaya gidendedir. Rapor diyor ki : «Kazalara, **gidiş gelişte kayitsiz, hafif meşrep veya dikkatsiz** hareket edenler sebep olmaktadırlar. Bu sebeple mürur ve ubur emniyetinin yükseltilmesi insanın bu hususta terbiye edilmesi ile kabildir. Gelip geçme emniyeti, karakterin teşekkülüne, herkesin diğerlerini gözetmesine istinat eder». Bir polis müdürünün bu hakikaten kiyasetli sözleri sadece ahlâkî sözlerden ibaret değildir. Bunların içinde bilhassa **hukukî bir esas ve umde** mevcuttur ki bu esas, otomobil kazaları hakkında hüküm verilirken mahkemelerimiz tarafından her gün ve kuvvetle tatbik olunuyor. Fakat bu, sadece yol üzerinde gelip geçmenin tanzimine müteaalik bir kaide değildir; bunun tamamen umumî bir ehemmiyeti vardır. Aşağıdaki hususlar işbu birbirini gözetme prensipine istinat etmektedirler: Medenî Kanunda geniş şekilde konulmuş olan komşuluk hukuku; bu hukuk, mâlike kendi mülkünü kullanırken (bilhassa duman ve kurum, gürültü patırtı, sarsıntı yapma, aydınlığa mâni olma, suyu kesme sûretile) etrafındakilerini aşırı surette müteessir etmemek ve bundan maada, komşusuna geçit ve su vermek, elektrik ve su tesisatının kendi toprağından geçirilmesine müsaade etmek meburiyetini yükletmektedir. Kezalik rekabet hürriyetinin tahdidi de bu prensipe dayanmaktadır. Rekabeti yapan sadece hasım değil, iş arkadaşıdır ve bu sıfatla diğerinin hakkına dürüst bir şekilde hürmetkâr olmalıdır (Borçlar Kanunu Madde 48).

Bilhassa modern mukavele hukuku gittikçe mütezayit bir şekilde borçla doluyor. Bu keyfiyet Borçlar Kanununun ikinci kısmında, yani hizmet akitlerinin ve bütün iş akitlerinin, icar aktinin, kefaletin, hususî sigorta mukavelesinin tarzı tanziminde ve kezalik aynı suretle, umumî hükümlerdeki tarzı tanzimde görülmektedir ki, bundan İstanbuldaki konferansında bahsolunmuştur. Bugün irade beyanlarının tefsiri bile bu hava dairesinde, yani

beyana muhatap olanın beyandan çıkarmakta haklı olduğu mâ-nada cereyan etmektedir. Bir hilenin hangi takdirde sükûtle mey-dana geleceği hakkındaki nazik sualin cevabı, tazminat huku-kundaki farkların ince ince gözetilmesi, (Borçlar Kanunu Mad-de 43 ve müteakıp, Madde 44 fıkra 2) yani zararın ağır ku-surdan doğmaması halinde tazminatla mükellef olan kimsenin ödeme kudretinin gözetilmesi, Clausula rebus sic stantibus yani ahval ve şeraitin değişmiş olmasının nazarı itibara alınması gibi bir kaç misal, işbu esaslı ruh, rabıta ve münasebeti izah eder. Böylece konferansımızın sonuna geldik.

Sayın Bayanlar, Baylar ! 19 uncu asrın hukuku ferdiyetçi idi. 20 inci asrın hukuku sosyal temayüllüdür. Bu, bilhassa harp sonu devrinin icabıdır. Fakat 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu zaten bu sosyal ruhla dolu idi. Bunun böyle olması tari-hî ve siyasî sebeplerden, İsviçre halkının tarihinden ve hususiye-tinden neşet ediyor. Fakat Türkiyedeki kısa ikametim esnasında şu büyük keşfi yaptım : İsviçre ve Türkiye milletleri karakter-lerinde birbirine benzeyen esaslara maliktirler. Bu sebeple İsviçre Medenî Kanununun Türk milleti karşısında dahi vazifesini görece-ğine, yani memleketin iktisadî hayatının ilerlemesinde ve Türk milletinin haiz olduğu zengin kudretlerin inkişafında âmil olaca-ğına inanım vardır.

Prof. Dr. AUGUST EGGER

*Zürich Üniversitesi Medenî Hukuk
Profesörü*

Çeviren

Dr. Hıfzı Veldet

*İstanbul Üniversitesi Medenî Hukuk
Doçenti*