

## 2067 YILININ HUKUKU

Prof. Ronald A. ANDERSON (\*)

Çeviren:  
Prof. Yusuf Z. BİNATLI

Kehanet veya başka bir deyimle geleceği tahmin etmek daima tehlikelidir. Zira böyle bir tahmin günümüzle gelecek arasında tam bir değerlendirme yapma bakımından direkt bir bağlantı kurmuş olacaktır. Fakat ekseriya gelecek zamana ulaşmadan geçmiş ve bugünü değerlendirmek imkânından yoksun bulunmaktayız. Yine çok kere gelecek zaman, geçmişteki olayların mantıkî bir sonucu da değildir. Buna rağmen kehanet yine de bugünü gözden geçirip değerlendirmede önemli bir usuldür ve hukuku değiştirmek suretiyle, arzu edilmeyen bir gelecekte kaçınmak imkânına malik olan cemiyetlerde hukukun geleceği bakımından kehanetin büyük önemi vardır. Bu kayıtları aklımızdan çıkarmaksızın yüz yıl sonra, bu günkü Medeni hukukun ve yargı sisteminin ne şekil alacağını düşünelim.

Mukavele hukukunun ve tarafların rızalarına dayanan hukuk alanlarının kökünden değişeceği ileri sürülmektedir. Hukuk esas itibariyle A ve B gibi farazî şahıslar arasında yapılan anlaşmanın sonucundan ziyade, anlaşmanın hakkaniyetli olması ve geçerliliğe ve aynı zamanda cemiyet üzerindeki etkisiyle ilgilenecektir.

---

(\*) Ronald A. Anderson Philadelphia, Drexel Teknoloji Enstitüsünün İşletme Hukuku ve İdare Hukuku profesörü olup, özellikle işletme hukuku alanındaki yayınlarıyla büyük ün sahibi olmuştur. Eserleri Amerika Birleşik Devletlerinin hemen hemen bütün üniversitelerinde okutulmaktadır.

Türkçeye çevirdiğimiz bu yazı, adı geçen profesör tarafından 1967 yılında OREGON Üniversitesinde yapılan Amerikan İşletme Hukuku Cemiyeti'nin yıllık toplantısında tebliğ edilmiştir. Aynı toplantıya katılarak dinlediğimiz ve çok ilgi çekici bulduğumuz bu tebliğin Türkçeye çevirme müsaadesi, sayın Profesör tarafından bize verilmiştir. Bu bakımdan kendisine teşekkür etmeyi bir borç biliyoruz.

Bu tebliğ aynı zamanda (American Business Journal) in 1967 kış sayısında yayınlanmıştır.

*Mukavele Hukuku : Hakkaniyet ve Hüsnü-niyet*

Evvêlâ taraflar arasındaki münasebet bakımından hukuk, mukavelenin esasında hakkaniyetli olmasile alâkalanacaktır. Bu mütalâa ise bir soruyu davet eder; zira hem *Adam Smith*'e ve hem de *Blackstone'a* göre hakkaniyetli olmak, esas itibarile sadece anlaşmanın reşid kimseler arasında serbestçe ve iradî olarak aktedilmiş olması demektir. İstikbal ise daha ziyade (A) nın (B) den normal olarak elde edeceğinden daha iyi şartlar elde etmek için daha üstün bir pazarlık imkânını veya mevcut şartları istismar edip etmemiş olduğunu araştıracaktır.

Bu sonuca varışın bir delili olmak üzere, Ticaret Kanununun (Uniform Commercial Code) 2 nci Maddesinde mevcut, bir tüccar için herhangi bir alıcı veya satıcıya nazaran konulmuş bulunan daha yüksek standartlara bakılmalıdır <sup>(1)</sup>.

Tüccarlar bakımından konulmuş olan hüsnü-niyet külfeti özellikle ilgi çekicidir; zira bunlar yönünden hüsnü-niyet, «fiilen dürüst olmak ve ticarete makul ve hakkaniyetli ticarî standartlara riayet» anlamına gelmektedir <sup>(2)</sup>.

- 
- (1) Hüsnüniyet hususunda Ticaret Kanununun (UCC) 2-103 (1) (b) Maddesine; garantiler hususunda 2-314; haklı olarak iade olunan mallar bakımından vazifeler hususunda 2-603; zıya' rizikosunun intikali hususunda da 2-509 (3) Maddelerine bakınız.
  - (2) Burada Ticaret Kanununa sadece önemli bir kanun olması bakımından değil, bir bakıma mukavele ve ticarî muâmelât hukukunun yeniden bir ifade tarzı olmak itibariyle genel olarak mukavele hukuku üzerinde yapacağı büyük tesir bakımından da ehemmiyet verilmektedir. Kanunun bu değerlendirilmesi aşağıdaki kararlarda görülmektedir: Birleşik Devletlere karşı Wegematic Corp. (C.A.2d) 360 F.2d 674 (1966); In re Yale Express System, Inc. (C.A.2d) 3 U.C.C.R.S.1007 (1966); Vitex Mfg. Corp. Ltd.e karşı Carbitex Corp. (C.A. 3d), 4 U.C.C.R.S. 182 (1967); Transatlantic Financing Corp.na karşı Birleşik Devletler (C.A. Dist. Col.), 363 F. 2d 312 (1966); Kanton'a karşı United States Plastics, Inc. (D.C. D.N.J.), 248 F. Supp. 353 (1965); Birleşik Devletler'e karşı P. and D. Coal Mining Co., Inc., (D.C. W.D.Ky.), 251 F. Supp. 1005 (1964); General Electric Company'nin temyiz talebi (B.D. İş İşleri Bakanlığı, Mukaveleler Temyiz Kurulu), 73 I.D. 95, 3 U.C.C.R.S. 510 (1966); Productions Unlimited, Inc. in temyiz talebi (Eski Muharipler İdaresi Mukaveleler Temyiz Kurulu) V,A,C,A,B, 541, 3 U.C.C.R.S. 620 (1966); Reeves Soundcraft Corp. in temyiz talebi (Silâhlı Kuvvetler Mukaveleleri Temyiz Kurulu), A.S.B.C.A. 9030, 9130 (1964); Federal Pacific Electric Co.nin temyiz ta-

Keza Federal Otomobil Satıcıları Muhakeme Usulü Kanunu (Federal Automobile Dealers' Day-in-Court Act) (4) ile, kuvvetli olan tarafa tahmil olunan hüsnü-niyet mükellefiyetine dikkat etmek gerekir ki bu kanunda «bir otomobil satıcısı (bir) otomobil imalâtçısı aleyhine ... (imalâtçı tarafından bu satıcıya verilmiş olan) imtiyazın şartlarından her hangi birisinin mezkûr otomobil imalâtçısı tarafından yerine getirilmesinde veya bu şartlara uyulmasında veya bu satıcı ile olan imtiyazın sona erdirilmesinde, feshinde veya yenilenmesinde hüsnü-niyetle hareket edilmemesinden ötürü ... uğradığı zararları tazmin ettirmek (için) ... dava açabilir: şu şartlar ki, buna benzer her hangi bir davada imalâtçı bu kabül her hangi bir hareketini savunma sırasında, satıcının hüsnü-niyetle hareket etmediğini iddia etmek imkânından mahrum edilmeyecektir.» hükmü mevcuttur. Kanunun 1 (e) maddesindeki hüsnü-niyetin tanımı de önemlidir; Kanunda hüsnü-niyet «her bir tarafın her hangi bir imtiyaz hususundaki vazifesi demektir» diye tanımlanmış ve madde şöyle devam etmektedir: «Ve her bir tarafın memurları, müstahdemleri veya vekilleri birbirlerine karşı hakkaniyet ve adalet dairesinde hareket ederek taraflardan her hangi birini diğer tarafın ikrahından, veya korkutma tehdidinden masun bulunmasını temin edecektir: Şu şartla ki Tavsiye, tekeffül, teşhir, ikna, ısrar veya delil gösterme hüsnü-niyetin yokluğuna delil teşkil etmeyecektir.» denilmektedir.

Bunlar özel kanunlar olmakla beraber «istisna» olarak bir tarafa bırakılmamalıdır. Zira bunlar hakikatte «(iş adamları arasındaki) bütün bu kabül taahhütlerde zımnî olarak bir hüsnü-niyet mükellefiyeti mevcut bulunduğu» yolundaki geniş görüşten ilham almaktadır (4).

---

lebi (B.D. İç İşleri Bakanlığı Mukaveleler Temyiz Kurulu), 71 I.D. 384, 2 U.C.C.R.S. 225 (1964). Keza Ciunci'ye karşı Wella Corp. kararına bakınız, 26 App. Div. 2d 109, 271 N.Y.S. 2d 317 (1966) haksız fiil dolayısıyla tazminat ididasından beraet şartı tefsir olunurken Ticaret Kanununun 2-202 Maddesi mutalâa beyan edilmeden tatbik edilmiştir.

1 Temmuz 1967 tarihi itibarile Kanun, Louisiana hariç, bütün Eyâletlerce kabul edilmiştir. Idaho, Mississippi ve South Carolina Eyâletlerinde 1968 de yürürlüğe girecektir. Aynı şekilde Kanun Virgin Islands ve District of Columbia için de kabul edilmiştir.

(3) 8 Ağustos 1956 tarihli Kanun, Bölüm 1038, Madde 2, Stat. 1125, 15 USC 1222.

(4) Griswold'a karşı Heat Incorporated, N.H., 229 A. 2d 138 (1967).

Bu Kanundaki vicdana aykırı olan <sup>(5)</sup> hüküm, «hakkaniyet» mefhumunu ayrıca te'yt etmektedir ve mukavelede aşırı nimetler elde eden satıcıyı bu menfaatlerden mahrum edecek tarzda tatbik edilmektedir. Buna bir örnek olmak üzere Williams davası <sup>(6)</sup> gösterilebilir ki; burada bir mobilya mağazası, yapılan her hangi bir satış üzerinden her hangi bir borç bakiyesi mevcut olduğu müddetçe müşterinin satın almış olduğu her hangi bir malın mâliki olamayacağı hükmünü ihtiva eden bir mukavele ile Williams'a mal satmıştır. Alıcının borç hesabı bakiyesinin 164.— Dolar olduğu zamanda mağaza kendisine 514.— Dolar değerinde bir stereo takımı satmıştır ve alıcının Devletten aldığı ayda 218.— Dolarlık yardımla hem kendisine ve hem de 7 çocuğuna baktığını bilmektedir. 1957 den 1962 ye kadar Williams 1,800.— Dolarlık eşya almış ve 1,400.— Dolarlık tediyede bulunmuştur. 1962 de alıcı tediyei durdurunca mağaza, alıcının 1957 denberi satın almış olduğu her şeyi geri almak istemiştir. Mahkeme, (Ticaret) Kanununun henüz yürürlüğe girmiş olmamasına rağmen (Mahkemenin mukavelenin hükümlerile bağlı bulunmadığına, fakat mukavele şartlarının «muamelenin cereyan ettiği zaman ve yerdeki ahlâka ve ticarî örfe nazaran vicdana aykırı görülecek kadar aşırı») bir tesir hasıl edip etmediğini inceleyebileceğine) karar vermiştir <sup>(7)</sup>.

---

(5) Ticaret Kanunu Mad. 2-302. Vicdana aykırı olma keyfiyeti, genel olarak kabul edilmiş ahlâkî ölçülere aykırı olma anlamına geldiği takdirde makul ticarî ölçülere riâyet etmemek veya bunun yakın bir çeşidi olarak telâkki olunabilir. Keza her iki tarafın ahlâka aykırı hareket etmesinin haddizâtında muteber olabilecek bir mukaveleyi hükümsüz kılabilceğine de dikkat etmek lâzımdır. McConnell'e karşı Commonwealth Pictures Corp., 7 N.Y. 2d 465, 2d 464, 199 N.Y.S. 2d 483.

(6) Williams'a karşı Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445 (C.A. Dist. Col. 1965).

(7) Mukavele hükmünün vicdana aykırı görüldüğü hususu, duruşmayı yapan mahkemenin kararı. Ja «mahkememizce tetkik olunan davada kullanılmış olan şekildeki istismar edici mukavelelerden âmmeyi korumak maksadile Kongrenin düzeltici kanunlar çıkarılmasını teemmül etmesi kanaatindeyiz» tarzında ifade olunmuştur.

Keza şu kararlara da bakınız, In re State of New York Misc. 2d 39, 275 N.Y.S. 2d 775 (1966) (Davalılar hileli bir şekilde malların başka yerlerde aynı fiata tedarik edilmesi imkânı bulunmadığını beyan etmişlerdir. Halbuki bu mallar başka yerlerde çok daha aşağı fiatlarla mevcut bulunmakta idi... Aşırı derecede yüksek olan bu fiatların «vicdana aykırı mukavele hükümleri» teşkil ettikleri âşikârdır); Frostifresh

Bununla beraber, Williams davasındaki mukavelenin alıcı yönünden hakkaniyete aykırı olduğuna derhal karar verebileceğimizi sanıyorum; fakat neden bu sonuca varıyoruz? Şimdi tamamen aksini farzederek, zavallı Williams'ın yerine büyük bir müteahhidin, mobilya mağazasına değil de, bir bankaya girdiğini düşünelim. Bu müteahhit bir kefalet anlaşmasıyla bankadan borç para alsaydı ve banka da bütün alacaklarını tamamen tahsil edinceye kadar müteahhidin bütün malları üzerinde bir teminat sahibi bulunsaydı bu kefalet anlaşmasının müteahhidini münakaşa edecek miydik? Eminim ki bu müteahhit siz veya ben olmadıkça bankanın emniyet altına alınmış bir muamele hasebile müteahhidin malları üzerinde kudretli bir el bulundurup istediği zaman bunlara sahip çıkabilmesinin bizce hiç bir ehemmiyeti yoktur. Buna rağmen tüccar-satıcı için bu hakkı neden kabul etmiyelim? Bana kalırsa hislerimizin altında yatan kanaat, müteahhidin kuvvetli olduğu ve üzerine aldığı mükellefiyeti bildiği hususudur. Şüphesiz ki bunlar bir tefrik yapmak için muteber esaslar değildir; zira her banka yahut da bankaların çoğunluğu müteahhitten aynı şekilde bir teminat isteyecektir ve hakikatte müteahhit başka birisinden daha iyi şartlarla bir mukavele elde edemeyecektir, yahut da bu müteahhidin kendi hukukî vaziyetini, alıcı Williams'ın mobilya mağazası ile alışveriş yaptığı beş yıllık süre içinde bildiğinden daha iyi bildiği de farz edilemez.

---

Corp.a karşı Reynoso, 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S. 2d 757 (1966) («... Cihazın bu mukaveledeki fiyatla ve şartlarla satışı vicdana çok aykırıdır... Mahkeme ...buradaki alış verişin 'çok aleyhe' olduğu kanaatine varmıştır ve mahkemenin vicdanı bu mukavelenin yazılı olduğu şekilde infaz edilmesine müsaade etmemektedir...») İstinaf talebi üzerine karar bozulmuş ve zarar bakımından yeniden duruşma yapılması emredilmiş, fakat istinaf mahkemesi şöyle demiştir: «... mevcut deliller mukavelenin vicdana aykırı olduğu neticesine varılmasının yerinde olduğunu açıkça göstermektedir...» Frostifresh Corp.a karşı Reynoso, App. Div. 2d U.C.C.R.S. 300 (1967); Central Budget Corp.a karşı Sanchez (New York Hukuk Mahkemesi), 4 U.C.C.R.S. 69 (1967). («Aşırı derecede yüksek fiyatlar Ticaret K.m. 2-302 dairesinde vicdana aykırı mukavele hükümleri teşkil edebilir...») American Home Improvement, Inc.e karşı MacIver, 105 N.H. 435, 201 A. 2d 886 (1964) (Davalıların giriştikleri muamelelere nazaran çok az bir şey elde ettiklerine veya hiç bir şey elde etmediklerine ve değerleri çok daha düşük olan emtea ve hizmetler için 1,609 Dolar ödemekte bulunmalarına göre mukavele, vicdana aykırı olan bu hükümleri sebebiyle tatbik olunmamak gerekir...»).

Dikkat edilmeli ki bir mukavelenin «hakkaniyete uygunluğu» nu incelemeğe başladığımız anda, an'anaevî hukuk anlayışının zıddına olarak, elde edilen ıvazı (karşılığı) da inceleme durumuna geçeriz, zira esas itibarile Williams mukavelesinin vicdana aykırı olduğu neticesine varırken dayandığımız nokta Williams'ın ödediği paranın karşılığında kâfi bir ıvaz elde edememiş olmasıdır.

Eğer mahkemelerin ıvazları inceleme durumuna geçmeleri vakiasından endişe ediyorsak, ıvaz mefhumunun belki de ortadan kalkacağını aklımızdan çıkarmıyalım. İvazın asıl maksadının, hakiki olarak aktedilmiş anlaşmaları suretâ aktedilmiş veya huku ki bir mükellefiyet yüklenmek niyeti olmaksızın aktedilmiş olanlardan ayırmak <sup>(8)</sup> olduğunu ve kanunun, ciddi bir anlaşmanın mesnedi yerine, «ıvazı» araştırırken sadece kabul veya red şeklinde kolay bir esas takip eder hale geldiği de iddia edilmektedir. Daha bizler hayatta iken ıvazın ehemmiyeti gittikçe azalmıştır. Evvelâ, ticarî muamelelerdeki kayıtlar içinde klâsik manâda bir ıvazın bulunmadığı bir anlaşma bulmak çok zordur. Sonra, ıvazın miyarı gayet sert ve ticarî ihtiyaçlara cevap vermez görünmektedir. İmalât ve ihtiyaçlara ait mukavelelerin muteber olmadıkları zira taraflara sadece hayalî bir mükellefiyet yükledikleri yolundaki iddialara rağmen, mevcudiyetlerini muhafaza ettiklerine dikkat etmelidir; ticaret hayatının bu tip mukavelelerin elâstikiyetine olan ihtiyacı sebebiyle mahkemeler bunları muteber saymışlardır. Bu mukavele şekli o kadar iyi tanınmaktadır ki Ticaret Kanunu bunun muteber olduğunu kabul etmekte ve sadece bunun hakkaniyetsiz veya istismarcı uygulamasını önlemek için tedbirler almaktadır <sup>(9)</sup>. Kanun, ıvaz mecburiyeti için konulmuş olan istisnaların sahasını genişleterek, tüccarların yapacağı kat'i teklifler <sup>(10)</sup>, emtia satışı için yapılan bir anlaşmanın ta'dili <sup>(11)</sup>, ve bir ticarî mukavelenin ihlâline ait talep hakkından yazılı olarak ibra' <sup>(12)</sup> hususlarında sözügeçen mecburiyeti ilga etmiştir.

(8) Baehr'e karşı Penn-O-Tex Oil Corporation, 258 Minn. 533, 104 N.W. 2d 661 (1960).

(9) Ticaret K. Mad. 2-306.

(10) Ticaret K. Mad. 2-205.

(11) Ticaret K. Mad. 2-205, 2-209 (1).

(12) Ticaret K. Mad. 1-107. Ticarî evrak bakımından Ticaret K. Mad. 3-408 e de bakınız.

Aynı şekilde «hakkaniyet» mefhumuna doğru olan temayülde önemli bir ilerleme de taahhüdü gerektiren mukavelelerde, mahiyeti itibarile taahhüdün altına giren tarafın kendisi için hakkaniyete veya vicdana uygun bir ıvaz bulunmadığını ispat imkânından mahrum kılan doktrinindeki genişleyen tatbikattır <sup>(13)</sup>.

Muamelelerde daha çok hakkaniyet elde etmek için girişilen bu kampanyanın tatbikatından olmak üzere bir çok hâdiselerde, taraflar arasındaki yazılı mukavele hiç nazara alınmamaktadır. Zımnî bir manaya gelebilecek bazı hükümlerin kasten mukavele- nin dışında bırakıldığı mütalâasını haklı gösterecek durumlarda dahi, böyle hükümlerin zımnî olarak mukavelede mevcudiyeti kabul edilmektedir <sup>(14)</sup>. Tarafları bir vecibenin ifasından beri kılan «*imkânsızlık*» lûgatte yazılı anlamı vermemekte, bunun yerine, sadece «çok aşırı ve mantıksız bir bedel karşılığında ifa olunabileceği için uygulanmasında fayda bulunmıyan» manasına gelmektedir <sup>(15)</sup>.

En önemlisi de hâlen gelişmekte olan, (*irâdi*) kelimesinin yeniden yapılan tarifidir. An'anevî mukavele hukukunun anladığı-

---

(13) «Taahhüdü ile kendini bağlama müessesesinin gelişmesi 'Bütün ticarî muamelelerde dürüstlük ve doğru beyan aklâkî şuurunu arttırarak tedbirler bulma hususunda mahkemelerce yapılan bir teşebbüs' tür.» Hoffman'a karşı Red Owl Stores, Inc., 26 Wis. 2d 683, 133 N. W. 2d 267 (1965). Keza Dunnan and Jeffrey, Inc.e karşı Gross Telecasting, Inc. kararına da bakınız, Mich., 151 N.W. 2d 194 (1967).

(14) Perkins'e karşı Standard Oil Co., 235 Ore. 7, 383 P. 2d 107 (1963). Mukavelelerin inkisamı mefhumu da zımnî mutabakat doktrininin değişik bir şekli olarak mütalâa edilebilir; yani mukavelenin diğer bir kısmının bağlayıcı mahiyette bulunmadığına bakılmaksızın, mukavelenin muayyen kısmını her iki taraf da yerine getirmemiş olsalar dahi, başka bir kısmının tatbikini zımnen istemektedirler. Arrow Gas Comapny'ye karşı Lewis, 71 N. Mex. 232, 377 P. 2d 655 (1963).

(15) Transatlantic Financing Corp.a karşı Birleşik Devletler, 363 F. 2d 312 (C.A. Dist. Col. 1966).

Keza, Restifo'ya karşı McDonald davasında, Pa. 230 A. 2d 199 (1967), mesuliyetten kurtulma şartı hakkında verilmiş olan «tefsir»e dikkat ediniz. Baş Yargıç Bell, muhalefet şerhinde şöyle demiştir: «Bu hâdisedeki Mesuliyetten Beraet Genel Şartı, gayet âşikâr, gayet şumullü ve tam olarak kucaklayıcıdır. ... Buna rağmen ekseriyet mülâyim bir tarzda bunun açık anlamını ihmal etmekte ve hakkaniyete uygun olduğuna inandıkları şeyi elde etmek için işbu Mesuliyetten Beraet Genel Şartını zecrî bir şekilde yeniden yazmaktadırlar ... Mesuliyetten Beraet Genel Şartı, yazılanların en sarihi ve en etraflısıdır ve fiilen her tarafta

na göre; bir şahıs başka yere gidebilecek durumdayken gitmeyip de mukaveleyi imzalamışsa bu mukavele *irâdî* bir mukaveledir. Bugün ise bir endüstri kolunun bahis konusu şartlara dayanarak muamele yapmakta olması veya sözkonusu olan şahsın pazarlığa oturmadaki zayıf durumu dolayısıyla, daha iyi şartlar elde edilmesi imkânı olmayınca «başka yere gitme»nin manasız kalabileceğini görüyoruz. Bu vaziyet «iltihakî akitler» (contracts of adhesion) olarak adlandırılan sigorta mukavelelerinin mutlak tefsirinde görülebilir <sup>(16)</sup>. Bu vaziyet keza garantiden feragat hallerinde görülebilir ki mahkeme bunun tesiri altında kalmaktadır; çünkü alıcı başka bir yerden mal satın almak istese dahi aynı garantiden feragat şartı karşısına çıkmaktadır <sup>(17)</sup>. Aynı şekilde, Kanunun tüc-

---

kullanılan bir vesika haline gelmiştir. İşte bu Mesuliyetten Beraet Genel Şartı Mahkememizin Ekseriyetinin kaprisi yüzünden nisbeten veya fiilen manasız hale gelmiştir. Bugün kanunların, mukavelelerin ve her şekil ve çeşit yazılı anlaşmaların, hatta Pennsylvania Eyâleti Anayasasının ve Birleşik Devletler Anayasasının en sarîh hükümlerinin, mahkememizin kararına göre, sarahatle beyan ettikleri manaya gelmediklerini, yahut Mahkemelerin daha evvel tefsir ettikleri şeyleri söylemediklerini veya o manaya gelmediklerini, ve fakat muayyen bir davadaki vakıaların tesiri altında ve hakkaniyetin veya adaletin nef'ine olarak başka şey söylemeleri gerektiği halde bunu söylemediklerini ve Mahkememizin Ekseriyetinin samimî olarak inanmış buldukları manaya geldiklerini söylemeğe mecbur kalmak esef verici bir şeydir. Ekseriyet bu neticeyi elde etmek için son zamanlarda doğrudan doğruya ve çok yerinde olan bu mahkemenin beş kararının sarahaten zıddına karar vermiş bulunmaktadır ... ki insan durup soruyor : Ekseriyetin bu Mutalâasına göre hüküm ifade edecek bir mesuliyetten beraet genel şartı bulmağa imkân kalıyor mu?».

- (16) Sigorta poliçesinin sigorta şirketi tarafından hazırlanmış olması hascibile kelimelerin anlamındaki her hangi bir tereddüdün mutlak şekilde onun aleyhine tefsir edilmesi gerektiği muhakeme tarzından hareketle bu neticeye varılabileceğini göstermektedir. 1 Cource Cuclopedia of Insurance Law (Couch Sigorta Hukuku Ansiklopedisi) Mad. 15 : 73 ve müt. Buna rağmen bazı hâdiselerde mahkemeler mekanik diyebileceğimiz bu tefsir kaidesinden gitgide ayrılmakta ve sigortalının daha iyi şartlar elde etmek hususunda serbest olmadığı ve bundan dolayı mukavelelerin sigortalıya bunun içinde makul surette bulunması gereken her türlü avantajdan istifadesini sağlayacak şekilde tefsir olunması gerektiği düşüncesinden hareket etmektedirler.
- İltihakî akitlerin mahiyeti için Chandler'e karşı Acro Mayflower Transit Co. davasına bakınız (C.A. 4th), 374 F. 2d 129 (1967).
- (17) Henningsen'a karşı Bloomfield Motors, Inc. davasına bakınız, 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69, 75 ALR 2d 1 (1960).



carları özel bir muameleye tâbi tutması hali <sup>(18)</sup>, ve istihdam olunanlara toplu sözleşme için müzakerede bulunmak hakkını tanıyan mevzuat <sup>(19)</sup>, tarafları bir birine karşı pazarlık yaparken daha iyi duruma getirmek suretile mukavelenin esasında «hakkaniyeti» temin için konulmuş olarak kabul edilebilir <sup>(20)</sup>.

Mukavelenin hakkaniyeti ile ilgilenmesinin bir neticesi olarak kanun, mukavelede yazılı olandan ziyade, tarafların bu mukavele hükümlerini yerine getirebilecek imkâna sahip buldukları kanaatinde olmalarile tatmin edilmiş bulunacaktır. Bu görüş, Kanunun «taraflarca yazılmış olanlar sair suretle bir mukaveleyi tesis etmese dahi, tarafların bir mukavelenin mevcudiyetini kabul eden davranışları bir satış mukavelesinin tesisi için kâfidir...» <sup>(21)</sup> hükmünde müşahede edilebilir.

### *Mukavele Hukuku :Tatbik Kabiliyeti*

Bir mukavelenin imzalanmasında tarafların mevcut olan niyetlerinden farklı olarak, taraflar arasında fiilen tatbik olunacak bir düzen yolu bulmak için bir mukavelenin kelimelerinin ihmal edilmesi, bir çok sigorta ve mukavele hâdiselerinde görülür ki bunlarda fazla çalışmaya ait yazılı yükümlülükler ve yazılı emirleri gerektiren hükümlerden feragat edilmiş olarak telâkki olunmaktadır. Çünkü hakikatte bunlar taraflarca nazara alınmamış-

(18) Yukarıda not 1 e bakınız.

(19) Meselâ Taft-Hartley Kanunu Mad. 7 ye bakınız.

(20) Satış mukavelesinin «vicdana aykırı olmama» miyarına uyması gerekmele beraber toplu sözleşmeye dayanarak yapılan iş akdinin her hangi bir miyara uygun olmasını gerektiren bir mecburiyet mevcut değildir. N.L.R.B.ye karşı Sigorta Acentaları Milletlerarası Birliği, 361 U.S. 477 (1960).

Hakkaniyet meselelerinin hepsi kuvvetli tarafın zayıf tarafı istisnar etmesine mani olmakla ilgili değildir. Meselâ, Pankas'a karşı Bell davasına bakınız, 413 Pa. 494, 198 A. 2d 312 (1964), burada henüz reşid olmamış bir kimse rekabet memnuiyeti hususundaki bir taahhdü ile bağlı addolunmuştur.

(21) Ticaret K. Mad. 2-207( 3). Keza, Ticaret K. Mad. 2-305 teki «açık fiat» fıkrasına bakınız. Aynı şekilde, Kanun taraflar arasında «hakikî» mukaveleyi tatbik etmek için bunlara ait formüllerlerdeki çatışan tabirleri uzlaştırmak imkânlarını aramaktadır. Doughby Industries, Inc.in istinaf müracaatı, 17 App. Div. 2d 216, 233 N.Y.S. 2d 488 (1962).

tır (22). Sert kanunî haklar ve vazifeler yerine, ahenkli iş münasebetlerine verilen ehemmiyet, Kanunda eksikliklerin giderilmesi (23) ve ifanın teminat altına alınmasını talep hakkına ait (24) hükümlerde görülebilir. Keza burada istihsal ve ihtiyaç mukavelelerinin muteberiyeti de (25) zikredilebilir. Aynı şekilde, Kanundan ayrı olarak, Mandel'e karşı Liebman (26) gibi davalara da dikkat edilmelidir ki burada «sadece ajanın kanaat ve takdirinin gerekli telâkki ettiği» nisbette müşterisinin «faaliyetlerine ve işlerine vakitini ve dikkatini tahsis etmek» mecburiyetinde olan bir müellif ve eğlence direktörünün ajanı ve idarecisi hakkında bir mukavele bağlayıcı addedilmiştir; belirli bir hizmet ifa edilmesi hakkında bir mükellefiyet mevcut olmadığı yolundaki iddiaya karşı mahkeme bu elâstikiyetin işin mahiyeti icabı lüzumlu olduğu ve bu hükmün konulmasına sebebin müşterinin aldatılmasından ziyade müşterinin makul olmıyan taleplerile ajanın istismarına karşı korunması olduğu kanaatini izhar etmiştir.

Bu davalardan ve kanunlardan anlaşılan şudur ki; burada miyar an'anevî mukavele hukuku denebilecek şeye bağlı kalmak yerine tarafları veya endüstriyi tatmin eden ve tatbik kabiliyeti olan bir tanzim şeklidir.

### *Mukavele Hukuku : Sosyal Neticeler*

Hukukun gelecekteki inkişafında ehemmiyet kazanacak diğer bir nokta olarak; öyle görünüyor ki cemiyet, bir mukavelenin o cemiyet üzerindeki tesiri ile geniş ölçüde ilgilenecektir. Tarih bo-

(22) Meselâ, Hi-Calley Constructors, Inc. e karşı Heyse, Colo., 428 P. 2d 354 (1967). Colo., 428 P. 2d 354 (1967).

Tarafların ilk yaptıkları mukaveleyi şifahî olarak ta'dil etmiş oldukları nazariyesinden hareketle bu neticeye varılabileceği doğru ise de, ilk mukavelenin sadece ihmali vâkiasından farklı olarak ilk mukaveleyi ta'dil etmek hususunda fiilî bir niyet olmadığı vâkiası da ortada durmaktadır. Bir mukavelenin «maksad»a istinad ettiği ve yalnız bu şekilde ta'dil edildiği formülünün tamamîyetini muhafaza için, an'anevî mukavele hukuku hareket tarzile ifade olunan bu itiraz etmede veya ihmal etmede bir «maksad» görmektedir. Fakat bu tarafların fiilî maksadlarının sadece işin yapılmasını temin olduğu vâkiasını örtmemelidir.

(23) Ticaret K. Mad. 2-508.

(24) Ticaret K. Mad. 2-609.

(25) Ticaret K. Mad. 2-306.

(26) 303 N.Y. 88, 100 N.E. 2d 149 (1951).

yunca, cemiyet sadece mukavelelerin kanuna uygunluğu ile alâkalanmış ve kanuna uygunluk da yalnız eskiden beri bilinen suçları akla getirmiştir. Artık cemiyet, mukavelenin sosyal neticeleri ile alâkalanacaktır. Yani, mukavele hukuku veya rızaya veyahut anlaşmaya dayanan diğer münasebetler, iki taraflı hususî hukuk sahasından, çok-taraflı ve cemiyeti ilgilendiren mülâhazalar sahasına kaymaktadır. Bu görtüş Baş Yargıç Hughes tarafından, Home Building and Loan Assn.'a karşı Blaisdell davasında <sup>(27)</sup> şöyle ifade olunmuştur: «Âşikâr ki... Kamunun ihtiyaçları ve ferdî hakları ile kamunun refahı arasında makul bir uzlaştırma zemini bulmanın zarureti gittikçe daha fazla takdir edilmektedir.. Eski günlerde, sadece ferdlerin veya sınıfların menfaatlerinin bulunduğu ve devletin menfaatlerinin ise uzakta olduğu telâkki edilen yerlerde olunmuştur; «Âşikâr ki... Kamunun ihtiyaçları ve ferdî hakla-konusu olduğu görülmüştür; ve artık mesele karşı karşıya olan bir mukavelenin iki tarafı değil, herkesin iyi olmasına esas teşkil eden ekonomik bünyenin korunması için makul tedbirlerin alınmasıdır...»

Yine Yüksek Mahkemenin, (hususî mukaveleler, yaşama tarzımızın o kadar müşterek bir parçası haline gelmektedirler ki cemiyet bunları tanzim zarureti hissedince bunlar «dokunulmazlık» larını kaybederler) tarzındaki içtihadile, hiç kimsenin kendi başına bir *ada* olmadığı mefhumunun benimsendiğini görüyoruz. Daha açık olarak mahkeme şöyle demiştir: «Çok kaygın olan Kamu menfaati çok yönleri olan hususî anlaşmalar şebekesile girift bir hale gelirse, devletin 'halkın hayati menfaatlerini emniyet altına alma' yetkisi... böyle bir anlaşmayı içtimai muhtevastan tecrid eder...» <sup>(28)</sup>.

20 inci asır ekonomisinde özel konuların kamuyu ilgilendirmekte olduğu görüşü meslekî teşekküllerin üyelik tüzüklerinde <sup>(29)</sup> ve işçi sendikalarında <sup>(30)</sup> görülmektedir ve bunun nazariyatı şudur ki bunların 20 inci asrın ekonomik taazzuvunda işgal ettikleri

(27) 290 U.S. 398 (1934).

(28) East New York Savings Bank'a karşı Hahn, 326 U.S. 230 (1945).

(29) Falcone'ye karşı Middlesex County Medical Society, 34 N.J. 582, 170 A. 2d 791 (1961).

(30) Misal olarak 1947 tarihli Ulusal İşçi İdare Münasebetleri Federal Kanununa ve Bildirme ve Açıklama Federal Kanununa (1959 tarihli) bakınız.

mevki bunları kendi başlarına bırakılmaları gereken kardeşlik veya sosyal teşekküller kategorisinden çıkarmakta ve tamamen zıddına olarak, bunlara tanzim edilmelerini gerektiren bir mahiyet vermektedir. Aynı mefhum ticarî teşekküller ve cemiyetler tarafından tesis edilmiş olan usullerin hakkaniyete uygun bulunması mecburiyetinde de görülebilir <sup>(31)</sup>.

Mukavelenin sosyo-ekonomik esaslarının ehemmiyeti hâlen Yüksek Mahkemenin asgarî işçi ücretleri hakkındaki kanuna ilişkin olarak verdiği bazı kararlarında görülmüş bulunmaktadır ki bahis konusu kararlarda bu kanunlar, mukaveleyi akteden iki yetişkin tarafın haklarına gereksiz bir müdahale olmak yönünden anayasaya aykırı bulunmuş <sup>(32)</sup> sonra da içtihad değişmiş ve normalin altındaki işçi ücretlerinin ferdin, cemiyetin ve milletin refahına yapacağı tesirler bakımından bu kanunlar tekrar muteber sayılmıştır <sup>(33)</sup>.

Bu tarz görüşün diğer bir neticesi sosyo-ekonomik neticeleri hasebile, cemiyetin müdahale ederek mukavelenin ifasını kontrol edebilmesidir. Meselâ, cemiyetin «ihtiyaçları» hasebile, Yüksek Mahkemenin ipotekler hakkındaki moratorium kanunlarını, yani, ipotek akidlerinin tenfizini geciktiren veya ta'lik eden kanunları muteber sayması <sup>(34)</sup> böyledir; bu netice bilhassa önemlidir zira bu mukaveleler aktedildiklerinde kanuna aykırı bulunmadıkları gibi moratoryum kanunlarile de kanuna aykırı oldukları ilân edilmemiştir ve bu netice Birleşik Devletler Anayasasının «Hiç bir Eyâlet ...mukavelelerin vecibelerini tehlikeye düşüren... her hangi bir... kanunu kabul etmeyecektir» <sup>(35)</sup> sarîh âmir hükmüne rağmen muteber addedilmiştir. Bir mukavelenin cemiyet üzerindeki tesirleri bakımından değerlendirilmesi keyfiyeti Clayton Kanununun 7 nci Maddesinin ta'dili gibi federal mevzuatta görülebilir ki bununla büyük şirketlerin birbirile birleşmesi «kanuna aykırısı» olmaları bakımından değil cemiyet için arzettikleri ekono-

---

(31) Silver'e karşı New York Stock Exchange (Borsası), 373 U.S. 341 (1963); Marine Lines Inc.e karşı Federal Matime Com. (C.A. Dist. Col. 1967).

(32) Adkins'e karşı Children's Hospital (çocuk hastanesi), 261 U.S. 525 (1923).

(33) West Coast Hotel Co, ye karşı Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

(34) Home Building and Loan Assn.'e karşı Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

(35) Madde I, Bend 10, Fıkra 1.

mik tehlike bakımından men edilmiştir <sup>(36)</sup>. Bu şekildeki eski ölçülerin yeniden değerlendirilmesi modern hukuku daha «âdil» hale getirme yolundaki genel hareketin bir kısmıdır. Bu gayeye kim-  
senin bir itirazı olmamakla beraber her mahkeme bildiği gibi karar vermek hususunda kendisini serbest telâkki edince bir çok zorluk çıkacağı da âşikârdır <sup>(37)</sup>.

Yukarıda misâllerle belirtilen eğilimlerden çıkan açık sonuç şudur ki 2067 yılında mukaveleleri ve tarafların anlaşmasına da-

---

(36) Bu Kanun «Federal Trade Commission (Federal Ticaret Komisyonu)un yargı yetkisine giren hiç bir şirket aynı şekilde ticaretle iştigal eden diğer bir şirketin aktifinin tamamını veya bir kısmını, eğer böyle bir iktisabın tesiri memleketin her hangi bir bölümünde her hangi bir ticaret nev'inde rekabeti esaslı şekilde azaltmak veya bir tekel yaratma temayülü şelkinde görülecekse, iktisap etmeyecektir» hükmünü ihtiva etmektedir. 15 USC Sec. 18 Birleşik Devletler'e karşı Continental Can Co. kararına bakınız, 378 U.S. 441 (1964).

(37) Bu usulü tenkid eden mutalâalar da mevcuttur. Meselâ, Smith'e karşı Allwright davasında, 321 U.S. 649 (1944) Yargıç Roberts'in muhalefet şerhine bakınız: «Benim endişemin sebebi şudur ki aşağı yukarı dokuz yıl kadar önce ilân edilmiş olan kararın tamamen aksine olan bu ânî karar bu idarî mahkemenin kararlarını sadece bir gün ve muayyen bir tren için muteber olan sınırlı bir tren bileti derecesine indirmek eğilimini göstermektedir. Son zamanlarda çıkan kararlara bakarak bugün ilân edilen bir içtihadın, hâdise hakkında yeni bilgiler edindikleri kanaatinde bulunan yargıçlar tarafından, kısa bir müddet sonra reddedilip tamamen aksine bir karar verilmeyeceği hususunda hiç bir itimad beslemiyorum.»

Green'e karşı Birleşik Devletler, 365 U.S. 165 (1958) davasında bu fikre iştirak eden Yargıç Frankfurter şu müşahedede bulunmaktadır: «Muhakkak ki bu mahkeme için, uzun zaman süregelmış fakat aynı zamanda uzun zamandanberi münakaşa konusu olmuş ve sadece istikrarsız bir şekilde tatbik edilmiş bulunan bir hukuk kaidesini bir karar vesilesile, hatta çok nâdir bir vesile ile... tasbih etmek hiç bir zaman geç kalınmış bir şey değildir. Fakat 150 yıldanberi mahkemede bulunmuş olan herkesin yamıldığını ve hukukun eti ve kemiği diye kabul edilmiş şeylerin de sökülüp atılmasını istemek ise başka bir şeydir... Yargıç Brandeis'in bizim Yasama Organının üçüncü bir kolunu teşkil etmediğimiz hususundaki ihtarı hiç bir zaman gözden uzak tutulmamalıdır...» Restifo'ya karşı Mc Donald, Pa., 230 A. 2d 199 (1967) davasında Baş Yargıç Bell muhalefet şerhinde şöyle demektedir: «Hukukun temelini teşkil eden stare decisis (mahkeme kararlarının emsâl teşkil etmesi) prensibinin ortadan kalkmasını görmekten muazzam bir endişe duymaktayım. Son altı yılda Pennsylvania Yüksek Mahkemesi hukukun muhtelif kırk sahasında o zamana kadar müesses bulunan içtihatları

yanan diğer sahaları tanzim eden hukuk, mukavelenin şekli unsurlarile alâkalanmayıp, mahkemenin görüşüne göre, her iki taraf için hakkaniyete uygun ve cemiyetin ihtiyaçlarile âhenkdar olan ve tatbik kabiliyeti bulunan bir tanzim şeklini araştıracaktır.

### *Haksız Fiil Hukuku*

Haksız fiil hukukunun geleceği ne olabilir? Kanaatime göre, bugünkü kusura dayanan mesuliyet prensibimiz, tamamen değilse bile, geniş miyasta kusursuz mesuliyet prensibi ile yer değiştirecek ve bugünkü mahkeme tarafından uygulanan haksız fiil hukukumuzun yerini işçilerin tazminat almalarına benziyen bir idari sistem alacaktır. Bu sistemin unsurlarını daha şimdiden vahşi hayvan sahiplerine <sup>(38)</sup>, infilâk yaptırmak suretile titreşim zararı ika eden müteahhide <sup>(39)</sup>, yerdeki kişilere ve mallara zarar meydana getiren uçaklara <sup>(40)</sup> ve bozuk mamulleri zarar ika eden satıcıya <sup>(41)</sup> yükletilmiş bulunan kusursuz mesuliyet hallerinde görmek

---

değiştirmiştir. Bugün ise haftadan haftaya, yahut Mahkeme celcesinden Mahkeme celcesine, Yüksek Mahkeme toplandıkça, ertesi gün kanunun ne şekil alacağını veya bir kimsenin haklarının, imtiyazlarının, sorumluluklarının ve mükellefiyetlerinin neden ibaret olacağını kimse bilmemektedir. Bizimki gibi hukuk ve nizama dayanan ve anayasaya müstenit cumhuriyet hükûmeti şeklinde Emniyet ve İstikrar en esaslı unsurlardır...»

Brown'a karşı Allen, 344 U.S. 443 (1953) davasında bu fikre iştirak eden Yargıç Jackson şöyle demektedir: «Doğru veya yanlış olarak, tatbikatçılar arasında bu Mahkemenin artık gayrı-şahsî kanunlara hürmet etmediği, fakat bu kabil hâdiselerde Yargıçların çoğunluğu tarafından zaman zaman paylaşılan şahsî intiba'ların rehber ittihaz edildiği kanaatı yaygın bir şekil almıştır. Bundan maksat ne olursa olsun, yargıçların bir çoğunda da artık emsâlin ve kaynakların hükmü kalmadığı, kelimelerin de artık meslekteki kimselere şimdiki kadar ifade ettiği manalara gelmediği, hukukun da tespit edilmiş prensipleri tanımamakta olduğu intibamı yaratmıştır...»

(38) Smith'e karşı Jalbert, Mass., 221 N.E. 2d 744 (1966).

(39) Clement Brothers Co.ve karşı Everett, Ky., 414 S.W. 2d 576 (1967).

(40) Alder's Quality Bakery, Inc.e karşı Gaseteria, Inc., 32 N.J. 55, 159 A. 2d 97 (1960).

(41) Greenman'a karşı Yuba Power Products, Inc., 59 Cal. 2d 57, 377 P. 2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (1963). Satıcının mutlak mesuliyetinin meslek olarak otomobil kiraya verenlerin sahasına da teşmil edilmiş olduğuna dikkat ediniz. Cintrone'ye karşı Hertz Truck Leasing and Rental Service, 45 N.J. 434, 212 A. 2d 769 (1965).

mümkündür. Burada hâkim fikir, müteşebbisin kanuna aykırı olmamakla beraber masûm kimselere zarar ika eden faaliyetlerinin bu zararı tazmin etmesi gerektiği merkezindedir.

Kusursuz mesuliyete doğru olan tekâmülde çok mühim bir safha işçilere karşı tazminattan doğan mesuliyettir. New York Eyâleti Üst Derece Mahkemesinin 1912 yılında işçiye tazminat verme hükmünün hiç kusuru olmayan istihdam edenin mâmelekin-den alınıp cismanî zarara uğrıyan müstahdeme verildiği eshabı mucibesile işçilere verilen tazminatın anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği hatırlanırsa bu gün evrensel olarak kabul edilmiş olan bu tazminat şekli daha da önem kazanır <sup>(42)</sup>.

Kanaatimce, yukarıdaki durumlarda davalının sebebiyet verdiği haksız fiil zararlarını tazmin ettirme fikrinden, davalının davacıya eski durumuna getirmesi için tediye icbar etme fikrine doğru bir kayma mevcuttur.

İşçilere verilen tazminat misâline dönersek, bir işçinin fabrikada istihdamı esnasında bundan ileri gelen bir tehlike sebeble cismanî zarara uğramış olmasından dolayı tazminat almağa hakkı vardır, zira onun bir sürü ta'likleri bulunan ve neticesi kat'î olmayan bir davayı beklemesi hem kendisi hem de cemiyet bakımından zararlıdır; çünkü kendisinin satın alma kabiliyeti bulunan faydalı ve çalışan bir üye olarak cemiyete iade edilmesi cemiyeti daha fazla alâkadar etmektedir. Bunun için bir işçi, işverenin işyerinde işverenin kamyonu yüzünden cismanî bir zarara maruz kalırsa cemiyet «Kusurlu kim» diye sormaz, sadece ika olunan cismanî zararın nisbetine göre tediye yapılmasını temin eder. Zarara uğrayanın ihtiyaçları diğer kimsenin kusuru mefhumunun yerini alır <sup>(43)</sup>. Farzedelim bizim işçi kendisini istihdam edenin işyerinde onun kamyonu tarafından değil de çalıştığı yerden ayrıldıktan iki dakika sonra başka bir işverenin kamyonunun çarpmasına maruz kalmış olsun. İşçinin ihtiyaçlarının, kendi işverenin işyerinde onun kamyonu çarptığı zamanki kadar muazzam

---

(42) Ives'a karşı South Buffalo R. Co., 201 N.Y. 271, 94 N.E. 431 (1912).

(43) Şüphe yok ki cismanî zarar gören müstahdem kendisinin ihtiyacı olan bütün miktarı tazminat olarak alamamakta, ancak bunu rizikonun mukaveleye giren şumulü nispetinde alabilmektedir, fakat tazminat keyfiyeti işverenin kusuru bulunmasından ziyade istihdam olunanın cismanî zarar görmüş olması vâkiasına istinat etmektedir.

olduğu iddiasına nasıl cevap vereceğiz? Hakkın alınmasındaki gecikmeler aynı şekilde zararlı olacaktır. Ve işçi eski haline iade edilmediği sürece cemiyet aynı şekilde zarar görecektir. Bu sorulara doyurucu cevaplar bulmaktaki zorluk otomobile ait mesuliyet hâdiselerinin, yalnız cismanî zarar gören istihdam edilenler değil bilcümle şahıslar bakımından, kusura dayanan mesuliyet sahasından mutlak mesuliyet sahasına intikal ettirilmesini gerektirecektir. Bu değişikliğin lehine olarak ileri sürülebilecek diğer bir düşünce de bir dizi halinde meydana gelen çarpışmalarda zararın taksim edilmesindeki zorluklardır <sup>(44)</sup>.

Böyle bir değişikliği teşvik edecek diğer bir unsur: otomobilden doğan mesuliyet davaları Amerikan adliyesinde o kadar kabarık bir yekûne varmaktadır ki bunların sebep olduğu gecikme sade otomobil kazalarına ait davaların taraflarını değil diğer davaların taraflarını da mahkemeye çıkmak imkânından fiilen mahrum etmektedir. Yani, hukuk davalarının ikame sıralarına göre görüldükleri yargı çevrelerinde akdin ihlâlinden doğan bir dava, kendisinden önceki otomobil çarpışma davalarının çokluğundan ötürü, yıllarca hâkimin huzuruna gelemiyebilmektedir. Eğer bugün mahkemelerimizin aşırı derecede yüklü olmasından ve hak almanın gecikmesinden endişe ediyorsak, bundan yüz sene sonra o günün çoğalmış nüfusu, artmış araba adedi ve daha emniyetli arabalara ve daha iyi karayollarına rağmen artmakta olan kaza nisbetleri karşısında adliyenin halinin ne olacağını düşünelim.

Öyle sanıyorum ki bundan yüz sene sonra otomobil kazalarından doğan mesuliyet sahası tamamen mahkemelerden silinecek, her araba süren kimse bir devlet fonuna ufak bir miktarla iştirak edecek ve her hangi bir otomobil kazasında cismanî zarar gören her hangi bir kimse, taraflardan her hangi birinin hüviyetine veya kusuruna bakılmaksızın, vakıaları ispat suretile ve cismanî zararı ile mütenasip olmak üzere bu fondan tazminatını alacaktır <sup>(45)</sup>.

---

(44) Maddux'a karşı Donaldson, 362 Mich. 425, 108 N.W. 2d 33 (1961).

(45) Bir çok batı eyâletlerinde toprak mülkiyetinin tescili hâdisesinde zara uğramış olan tarafa Torrens Kanununun sistemi dairesinde tazminat verilmesi böyle bir fondan istifade edildiği gibi sigortasız motorlu vasıta sürücüleri hakkındaki bir çok kanunlarda da buna dair hüküm vardır.



## Kazaî Sistem

Yukarıda yazılı değişiklikler hukukumuzda meydana geldiği takdirde acaba hâkimlerin ve jürilerin durumu ne olacaktır. Kanaatimce mahkemelerimizin yerini, idarî makamlara ve hakem kurullarına benzetilebilecek ihtisaslaşmış kurullar alacaktır. Bunlar zamanla ihzar yetkisini veya buna muadil bir yetkiyi, kendi kararlarını infaz etmek yetkisini haiz olacaklar ve verdikleri kararların ya hiç temyiz kabiliyeti olmayacak yahut da en çok, daha üstün bir idarî makamın gayet mahdut bir temyizine tâbi tutulacaklardır. Süregelmekte olan kazaî reform o kadar yavaş cereyan etmektedir ki bunun devam etmekte olduğunu unutarak hep böyle kalacağını sanıyoruz. Genel olarak düşünürsek, hâkimlik Kralın mümessili olarak (\*) vücut bulmuştur. *Jüri* ise esas itibarile ordeal (şiddetli imtihan) muhakeme usulü, döğüşme yolile muakeme usulü, şehadet yolile beraet usullerinin tekâmülü ile meydana gelmiştir. Jüri müessesesi hakkındaki değerlendirmemize *Concord* da (\*\*\*) patlayıp bütün dünyada duyulan silâh sesi yankılarının tesir etmesi çok muhtemeldir. İnsan hakları ile müstemlekedeki kral hâkimlerinin zulmü arasında tampon vazifesi görmüş olan jüri müessesesine karşı halâ vatanperverane bir sevgi beslemektedir. Belki de farkına varmadan, «*kendi eşitleri tarafından muhakeme olunma*» sözü içimizde demokratik bir heyecan uyandırmaktadır; fakat büyük şehirler belki de bunun istisnasını teşkil eder. Çünkü oralarda ortalama bir jüri üyesinin tahsili orta okuldan ya pek az fazla yahut da bir az aşağıdır. Cemiyetimizin idaresi meselesi hâkim ve jüri için gittikçe karışık bir hal almaktadır. Dikkat etmeli ki bu noktada verilen tavizler idarî makamların gittikçe genişleyen üstünlüklerinin temelini teşkil etmektedir (46).

(\*) Çevirenin notu: «Ordeal» Muhakeme usulünde, sanığa öldürücü zehir yedirilir veya içirilir veyahut buna benzer çok tehlikeli durumlara sokulur. Bu uygulamalar sonunda sanık ölürse, kendisine isnat olunan suçlu işlediği kabul olunur. Şayet kurtulursa Tanrı onu suçlu görmemiş demektir. Bu muhakeme usulünde sanığın suçlu olup olmadığının tayini Tanrı'ya bırakılmış olur.

(\*\*) Çevirenin notu: «Concord», Massachusetts eyaletinde bir şehrin adıdır. Yazar, 19 Nisan 1775 tarihinde başlıyan Amerika devriminin ilk adımının bu şehirden atılmış olduğuna işaret etmektedir.

(46) Adli kazanın şeklen temyizen tetkik hakkının bulunmasına rağmen idarî mercilerden verilen kararların tatbikat bakımından üstünlükleri hakkında Ronald A. Anderson'un *Government and Business* (Hükümet ve İş

**Usulî muamelelere** ait değişiklikler dikkatle ve ihtiyatla yapılırken, Yüksek Mahkemenin yapılan bir ihbarı *büyük jüri* (\*) iddianamesi yerine koyan bir eyâlet kanununu muteber saydığı sırada vermiş olduğu kararı da hatırlamak lâzımdır: «...Adaletin bütün kaynaklarından ilhâm almak genel hukukun belli başlı karakteristiği olmakla beraber, bu kaynakların tamamen kuruduğunu farz edemeyiz. Aksine, durumumuzun ve sistemimizin yeni ve değişik tecrübelerinin bunu yoğurarak yeni ve aynı şekilde faydalı hale getireceğini ummamız gerekir. ... Bunun sonucu şudur ki ... müeyyidesini *zaman*'da veya *örf*'te bulan, yahut yasama organının takdiri dairesinde yeniden tanzim edilmiş bulunan her hangi bir kanunî usul (müessese) ... hürriyet ve adalet prensiplerini ... gözetiyor ve muhafaza ediyorsa ... hukukun gerekli bir usulü (mües-

---

Hayatı) adlı kitabının 34 ilâ 36 ncü bölümlerine bakınız (3 ncü bası, 1966, Cincinnati, South-Western Publishing Co.)

Yetiştirilmiş idareci tarafından verilen kararın kazaî üstünlüğü hakkında Arrowsmith'e karşı İç Gelirler Umum Müdürlüğü davasında, 344 U.S. 6 (1952), Yargıç Jackson'un muhalefet şerhine bakınız, Yargıç Frankfurth'e buna şu şekilde iştirak etmektedir: «(Dobson davasında kanunen içtihadın değiştirilmiş olmasına rağmen) ben yine Vergi Mahkemesinin daha ehliyetli olduğuna ve sistematik vergi hukukunun bütünü bakımından da görünmeyen tuzaklarla dolu olan bir alanda bizim zaman zaman tam yetki ile davranmamızdan daha faydalı bulunduğuna kaniim. Öyle sanıyorum ki vergi mahkemesinin verdiği hükme kendi verdiğim hükümden daha fazla itimad ediyorum.» Keza, Federal Trade Commission Ticaret Komisyonu'na karşı Motion Picture Advertising Service Company, 344 U.S. 392 (1953) kararına bakınız, burada mahkemenin çoğunluğu idar merciden verilen karar hakkında aynı şekilde yüksek bir saygı göstermiştir.

(\*) Çevirenin not'u: Amerika Birleşik Devletleri Eyâlet mahkemelerinde iki çeşit jüri vardır: Büyük Jüri ve Küçük Jüri.

Büyük jüri, suçlu sanılan bir kimsenin kendisini mahkeme huzurunda savunmaya mecbur olup olmadığına karar vermek üzere toplanır. Eğer Büyük jüri üyelerinin çoğunluğu, sanık hakkında toplanan delilleri, bu sanığı mahkemeye sevk için yeterli görürse bir İddianame (Indictment) ile onu mahkemeye sevkeder. Mahkeme genellikle, 12 üyeden kurulu Küçük jüri huzurunda duruşmayı yapar. Küçük jürinin görevi, toplanan delillerden edinilen kanaate göre sanık hakkında (suçludur) veya (suçlu değildir) demekten ibarettir.

Makalede belirtilen husustan anlaşılacağı üzere; Yüksek Mahkeme, bir eyâlet (California) kanununda mevcut olup, bir sanık hakkında yapılan suç ihbarını büyük jürinin iddianamesi gibi kabul eden ve dolayısıyla büyük jürinin «Indictment»ini lüzumlu görmiyen hükmü muteber saymıştır.

sesesi) olarak telâkki edilmelidir» (47). Hakkaniyet ve muâmelâtın neticelerinin genel refah üzerindeki tesirler mefhumlarile hukuk gittikçe daha fazla alâkalanmaya başladıkça idari mahkemelerin de inceledikleri konular bakımından tam bir şekilde mücehhez olmaları gerektiği ve işi bir amatör gibi ele alamıyacakları da âşikârdır. Bu vesile ile Ticaret Kanununun tam 33 yerinde ticarî örf ve ticarî bakımdan makul olan hareket tarzına göre karar verilmesini sarahaten emretmiş olduğuna dikkat etmelidir (48); keza bir çok yerlerde de tahliller için «makul» ve «ihmalî bulunmayan» tabirlerini kullanmak suretile aynı şeyi tekrarlamış bulunmaktadır. Şüphe yok ki bu hükümleri ticarî bakımdan makul bir şekilde tefsir edebilmek için ticarî âdetler hususunda yetiştirilmiş bir kadroya ihtiyaç vardır.

Bundan yüz yıl sonraki hukukçuların ve hukuk hocalarının hali acaba ne olacaktır... Öngörülen yeni nizam bunları ortadan kaldırmıyacak, aksine, onlardan ticarî konularda yetişmiş olma ve içtimâî ahlâk ve an'anevi olarak hukuk kaideleri dediğimiz mevzularda da bilgili olmayı istemek suretile daha büyük vazifeler isteyecektir. Hayat denklemindeki değerler değişecek, fakat meçhulü bulma problemi aynı kalacaktır. Gelecekteki yıllarda münasebetleri daha karışık bir hal almış olan cemiyet, vâkıaları tahlil ve tespit etmek ve anlayışlı kararlar vermek hususunda iktidarlı ve iyi yetişmiş hukukçulara daha fazla ihtiyaç hissedecektir.

---

(47) Hurtado'ya karşı California, 110 U.S. 516 (1884).

(48) Ticaret K. Mad. 2-105 (6), 2-202 (a), 2-302 (2), 2-308 (c), 2-311 (1), 2-314 (2), 2-314 (3), 2-316 (3) (c), 2-320 (2) (e), 2-321 (1), 2-323 (3), 2-402 (2), 2-508 (2), 2-510 (3), 2-609 (1), 2-609 (2), 2-610 (a), 2-614 (1), 2-704 (2), 2-706 (1), 2-706 (2), 2-709 (1) (a), 2-710, 2-712 (2), 2-723 (2), 5-406, 5-109 (1), 7-210 (1), 7-308 (1), 9-318 (2), 9-504 (1), 9-504 (2), 9-507 (2).