

BORÇLAR VE TİCARET KANUNUNUN TANZİM İKİLİĞİ BAKIMINDAN TÛCCAR YARDIMCILARI

Asistan Dr. Baki M. Toksal

I — Zamanımız iktisadî hayatı ortaçağ ticaret usullerini ve tüccarı tipini çoktan terk etmiştir. Bugünkü ticarî hayat, muhtelif unsurların organizasyonunu ifade eden, işletme mefhumuna dayanır¹. Tüccar kurduğu müessesenin ancak bir rüknüdür. İşletmenin ikinci beşerî unsuru ise «emek» tir². İşletmedeki emek unsuru tüccar yardımcıları vasıtası ile tahakkuk ettirilir.

Tüccar yardımcılığı tâbirinin, biri geniş diğeri dar olmak üzere, iki mânası vardır: Tâbir dar mânası ile tüccara devamlı surette bağlı tâbi kimseleri ifade eder. Halbuki, geniş mânası tüccara bu şekilde bağlı olmıyan kimseleri de içine alır.

Tüccar yardımcılığı başka bir noktayı nazardan da tefriğe tâbi tutulabilir: Bunların bir kısmı tüccarı temsil salâhiyetini haiz değildir. Muhbirler, muhasebeciler, istihbarat ve reklâm memurları ve nihayet işçiler bu guruba dahildir. Diğer kısmı ise tüccar namına hukukî muameleler ifasına mezundurlar. Kanunlarımız bunlara satış memuru, ticarî mümessil vesair gibi isimler verir. Ticaret hukukunda tüccar ile her iki gurup müstahdem arasındaki iç münasebetin tanzimine mütedair hususî hükümler yoktur³. Yardımcı ile tüccar arasındaki münasebetler arada mevcut anlaşmalar ve ekserisi Borçlar Kanununda ve İş Kanunlarında derpiş olunan tipik iş görme akitleri ile tanzim olunur. Fakat tüccarı harice karşı temsil yetkisini haiz bulunan ikinci gurup yardımcılığın üçüncü şahıslara karşı dış hukukî durumları da vardır. Ticaret hukuku bu mevzuda BK. 32 ve müteakip maddelerini kâfi bulmıyarak, ticarî ihtiyaçlar için lüzumlu gördüğü hükümleri ayrı olarak vazetmiştir. Nitekim Borçlar Kanununun onyedinci babı ve Ticaret Kanununun 87 ve müteakip maddeleri bu gurup yardımcılığının dış hukukî durumlarına tahsis edilmiştir.

1) Ş. Memedali Bilgişin, Ticaret Hukuku, cilt I, 3. bası, 1950, sah. 36.

2) A. Ali Özeken, Umumî İşletme İktisadı, cilt I, 1951, sah. 79.

3) Vekâleti Ticariyeye müteallik T. K. 822 ve müteakip maddeler de mevzuu umumî bir surette tanzim etmekte ve yardımcılar için hususî hükümler vazetmemektedir.

Tüccar yardımcıları hakkında her iki kanunda da hususî hükümlerin mevcut olması, memleketimiz doktrinde, tatbik edilecek kanun hükümlerinin sırası bakımından, bir çok tereddütlere sebep olmaktadır. Yazımızda tüccar yardımcılığı mevzuu, münhasıran, mevzuatımızdaki bu ikilik zaviyesinden ele alınıp doktrindeki tereddütlerin ne dereceye kadar isabetli olduğu tetkik edilecektir. Ajanlar, tellâllar, komisyoncular gibi tâbi olmıyan yardımcılarının haricî ve dahilî hukukî durumları başlı başına tetkik konusu teşkil edecek kadar geniş olduğundan, biz yalnız dar mânası ile tüccar yardımcılığı üzerinde durmakla iktifa edeceğiz.

II — Malûmdur ki, bir bahsin Ticaret ve Borçlar Kanununda aynı zamanda tanzim edilmiş olması hâdisesi yalnız tüccar yardımcılığı mevzuuna münhasır değildir. Bu gibi hallerde doktrin ve tatbikatta hâkim olan fikir Ticaret Kanunundaki hükümlerin Borçlar Kanunundakilere tekaddüm ettiği merkezindedir⁴. Bu kaidenin tüccar yardımcılığı mevzuunda da cari olacağı şüphesizdir. Fakat meselemizde, Ticaret ve Borçlar Kanunundaki hükümlerin tatbik sırasını tespit ederken, nazarı itibara almıya mecbur olduğumuz başka bir hususiyet vardır: Filhakika, tüccar yardımcılığı, mahiyeten birbirinden farklı, muhtelif tiplere ayrılır. Belirttiğimiz kaidenin tatbiki için her iki kanunun da muayyen bir tip yardımcılığı aynı zamanda ele almış olması lâzımdır. Bir kanunda tanzim olunan yardımcı diğesinde de tanzim edilmemiş ise, Ticaret Kanunundaki hükümlerin birinci sırada tatbikini tazammun eden prensip ile ihticaca ne imkân ne de lüzum vardır. Başka bir ifade ile, Borçlar Kanununda sevkedilen ve mahiyeti bakımından ticarî olan hükümlerin Ticaret Kanunundakiler ile bertaraf edilebilmeleri, aynı tipin paralel olarak iki kanun tarafından da ele alınmış bulunması şartına bağlıdır. Hal bu olunca bahismevzu ettiğimiz tedvin ikiliğinde sarıh bir neticeye varmak için, evveleminde, kanunların temas ettiği yardımcı tiplerini, mahiyetleri itibarile, teker teker tespit ve tâyin etmek lâzımdır.

III — T. K. 87 ve müteakip maddelerinde, tüccar yardımcılığı hakkında birbirinden farklı üç terim kullanılır :

- 1) Tüccar memuru ve mümessili (87 - 96),
- 2) Seyyar ticaret memurları (97 - 99),
- 3) Satış memurları (100).

Borçlar Kanununda da keza üç yardımcı adı istimal olunmaktadır:

- 1) Ticarî mümessil (449 - 452),
- 2) Ticaret vekili (453).
- 3) Seyyar tüccar memurları (454)⁵. Görülüyor ki, kanunların

4) H. Arslanlı, Ticarî Bey, 3. bası, 1952, sah. 5.

kullandığı tâbirlerin hiç biri diğerine uymamaktadır. Bu durum memleketimiz tarihçesi ile ilgili sebeplerle izah edilebilir. Binaenaleyh, kullanılan terimlerin farklı olması, her iki kanundaki yardımcı tiplerinin birbirine tekabül etmediğine delâlet etmez. Benzerlik ve farklılık kanunların izafe ettiği adlarda değil, mahiyetlerinde aranmalıdır. Bu itibarla, Borçlar ve Ticaret Kanunlarında ele alınan tiplerin ilk nazarda birbirine benzeyenlerinin karakteristik unsurlarını karşılıklı olarak mukayese etmek sureti ile bir neticeye varmak lâzımdır.

1 — Ticaret Kanununun 97 - 99. maddeleri «seyyar ticaret memurları» nı tanzim eder. Bu tip yardımcının Ticaret Kanununa göre karakteristik hususiyeti ahar bir mahalde icraî faaliyet etmesidir. B. K. 454. maddesinde tanzim edilen «seyyar tüccar memurları» nın hususiyeti de, Ticaret Kanununda olduğu gibi, ayrı bir mahalde çalışmalarıdır. Bu hale göre her iki tâbirle aynı yardımcı tipinin kastedildiğini kabul etmek lâzımdır. Nitekim doktrin de bu neticede hemfikirdir⁵.

Ancak istidraten bir nokta üzerinde durmamız faydalı olur. Ticaret Kanunu seyyar memurun *tüccarın* bulunduğu yerden ahar bir mahalde faaliyette bulunmasından bahsederken, Borçlar Kanunu *müessesenin* merkezinin haricinde çalışmayı esas tutar. İlerde tekrar avdet edeceğimiz gibi, müessese mefhumu ile tüccar kavramı arasında fark vardır. Ancak şu kadarını arzedelim ki, bu farkın temas ettiğimiz yardımcının aslı karakterinin tespitinde hiç bir rolü yoktur. Aslolan, yardımcının esas işin icra edildiği yerden ayrı bir mahalde bulunmasıdır. Bu bakımdan kanunların birbirinden mahiyeten farklı terimler kullanmış olması teferruat hükmündedir ve neticeye müessir değildir.

2 — B. K. 449. maddesindeki «ticarî mümessil» ve T. K. 87. maddesindeki «tüccar memuru ve mümessili» terimleri ile aynı yardımcı tipinin derpiş olup olunmadığı da doktrinde münakaşa edilir. Sözügeçen maddelerde birbirinden farklı terimler ile ne kastedildiği müellifler arasında ihtilâflıdır. Muhterem hocam Bilgişin her iki tâbirle aynı tip yardımcının istihdaf edildiği kanaatindedir. Eserinin 325. sahifesinde «bu ayrı hükümleri telife çalışarak B. K. da bahismevzuu mümessillik ile T. K. sözügeçen memur ve mümessilliklerin ayrı institutionlar olduklarını tasavvur etmek ticarî realitelere uygun düşmiyeceği gibi her iki kanunun

5) Saydıklarımız dışında B. K. 449. maddesinin son fıkrasında bir yardımcıya daha temas edilir. Gayri ticarî olan bu yardımcı mevzuumuz dışında kaldığından, yapılan tadada ithal edilmemiştir.

6) Bilgişin, s. g. e., sah. 324; M. Resit Belgesay, Ticaret Hukuku, cilt I, sah. 105; Hirs, Ticaret Hukuku, 3. bası, 1948, sah. 138; Fikret Arık, Seyyar Tüccar Memurları Hakkında Yeni İsviere Kanunu, Adalet Dergisi, 1943, sayı 12, sah. 1029.

tarihî menşelerine de aykırı düşer» denilerek tevhidin sebebi izah olunur. Nihat Bartu da Ord. Prof. Bilgişin'in fikrine iştirak etmektedir⁷. Fakat, sayın müellif Borçlar Kanunundaki tarifin daha şümulü olduğuna dikkati çekerek bu şümulü «ticarî mümessilin yalnız tacirin yaptığı ticareti icra ile iktifa etmediği ve müesseseyi idare ve onun namına imza vaz'ına mezun bulunduğu» keyfiyeti ile izah eder⁸. Ord. Prof. Belgesay ise, mucip sebep vermeksizin, T. K. 87. maddesinde verilen tarife nazaran kastedilen yardımcı tipinin Borçlar Kanununda ticarî mümessil tipine intibak etmediği fikrindedir⁹.

Kanaatımızca, her iki kanun değişik tâbirler ile birbirinden farklı yardımcı tiplerini kasteder. T. K. 87. maddesi, tüccar memuru münasebetinin tarafları olarak *tüccar* ile yardımcıyı kabul eder. Halbuki, Borçlar Kanunu bu mevzuda tüccarı değil, *ticarî işletme sahibi* ile yardımcıyı esas alır. Nitekim B. K. 449. maddesine nazaran, mümessil «...bir ticarethane veya fabrika veya ticarî bir şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını istimal etmek üzere...» tâyin olunur.

Acaba, iç münasebette Ticaret Kanununun yardımcının karşısına koyduğu «tüccar» mefhumu ile, Borçlar Kanununda derpiş olunan «ticarî işletme sahibi» arasında, yardımcının zatî durumuna müessir, bir fark var mıdır? Varsa, bu fark ayrı bir yardımcı tipinin ihdasına yetecek mahiyette midir?

Birinci sorunun cevabı kanunun, 449. maddede kullandığı, «ticarî müessese» tâbiri ile kastedtiği mânanın tâyinine bağlıdır. Müessese tâbiri, dilimizde kullanılan mânası ile, iktisadî bir mefhum değildir. Memleketimizde çok geniş bir saha içindeki institutionlar aynı tâbir ile ifade olunur. Fakat, iktisadî mânada müesseseden bahsedildiği hallerde, bununla bir işletme kastedilir¹⁰. Yazımızda işletme kavramı ile meşgul olmamıza imkân yoktur. Ancak şunu işaret edelim ki, işletme mefhumu son seneler içinde derin telâkki değişikliğine maruz kalmıştır. Bugün «ihtiyaçların tatmini maksadı ile faaliyette bulunan her iktisadî cüz'ütama» işletme denir¹¹. Eski tarihli eserlerde ise, işletme için, daha mevsuf unsurlar

7) N. Bartu, Ticarî Vekiller, Mümessiller, İst. Baro Mec. 1943, sah. 810.

8) s. g. e., sah. 811. Eğer bir tab'ı hatası yoksa, bir tacirin sahibi bulunduğu müessesenin idaresi ile meşgul olamayacağı gibi bir netice çıkan bu mütalâanın kabulüne imkân yoktur.

9) Belgesay, s. g. e., sah. 99.

10) İsmet Alkan, Tesebbüs, İşletme, Müessese. İşletme Mecmuası, 1945, sayı 16, sah. 82.

11) A. Isaac, İşletme İktisadı, cilt I, 1940, tt: O. Tuna, sah. 3.

arayan tarifler verilmektedir. Nitekim maruf Alman iktisatçısı Niklisch'e göre işletme : «Makineler, âletler ve materyel ile mücehhez bir kimsenin çalışma mahallinde faaliyette bulunmasıdır»¹². Keza İsmet Alkan da mezkûr mefhumu «İhtiyaçların giderilmesini temin edecek faaliyetler ile iştigal edilen *mahal*» şeklinde tarif eder¹³. İşletme tâbirinin teknik olmıyan umumî mânası da eski tariflere uyar : «İşletme deyince hatırınuza daha ziyade teknik bir cihaz gelir. İşletme kelimesinin muhayyelemizde resmettiği hayal tüten bacaları ile dönen çarkları ile fabrikalar vesairelerdir. Fakat işletme iktisadındaki işletme kavramı çok daha geniştir»¹⁴.

Muayyen bir mahalde yerleşip teşahhus etmiş olmak vasfı, son naklettiğimiz tariflerin hepsinde mevcuttur. İşletme mefhumunun yeni teknik şekilde aranmıyan *mahal* unsuru, kavramın bugünkü genel mânasında aslî unsur mesabesindedir.

Mehaz kanun ve ondan bize intikal eden 449. madde ticarî müessese tâbirini, ancak, muayyen bir mahalle bağılılığı arayan, genel mânasında kullanmış olabilir. Zira, malûmdur ki, Borçlar Kanunumuzun hususiyetlerinden biri de, mümkün olduğu kadar, teknik istilâhlardan kaçınmış olmasıdır. İstisnaen tesadüf edilebilen teknik tâbirler ise halk dilinden alınmış ve umumîyetle halkın kastedtiği mânalarda kullanılmıştır¹⁵. Bu bakımdan işletme tâbirine halk dilindeki genel mânasını izafe etmek kanunun sistemine daha uygundur. Saniyen, Borçlar Kanununun Ticarî Mümessile müteallik hükümlerinin bütününün tetkikinden çıkan netice de işletme tâbirinin umumî mânasında anlaşılacak lâzım geldiğini teyit eder. Meselâ mümessilin salâhiyetinin tahdit edilememesi, aşağıda da temas edeceğimiz gibi, ancak genel mânasında işletme mefhumunda mevcut hususiyetlerle izah edilebilir. Kaldı ki, mehaz memleket doktrini de mevzuu-bahs maddedeki işletme tâbirinden, onun, yukarda unsurlarını belirttiğimiz, genel mânasını anlamaktadır. Filhakika, Schneider et Fick adı geçen maddedeki mefhumun 6. Mai. 1890 tarihli Sicilli Ticaret Nizamnamesinde tadat edildiğini zikretmektedir¹⁶. Halen mülga olan bu nizamname hükümleri tetkik edilirse görülür ki, tadat edilen müesseselerin hepsinde müşterek olan vasıf : «devamlı bir büro halinde çalışmak» tır¹⁷. Demek ki, mehaz memleket doktrini de işletmede mahal unsuruna ehemmiyet vermektedir.

12) Wirtschaftliche Betriebslehre, sah. 36.

13) s. g. m., sah. 83.

14) A. A. Özeken, s. g. e., sah. 7.

15) P. Tuor, Le code civil Suisse, ft. H. Descheneaux, Zurich, sah. 13.

16) Schneider et Fick, Commentaire, Neuchatel, 1915 ft : Max. Porret, cilt I, sah. 813.

17) Schneider et Fick, s. g. e., cilt II, sah. 487.

Netice itibariyle, Borçlar Kanununun 449. maddesi müşahhas olarak muayyen bir mahalde yerleşip azçok teşkilâta sahip bulunan işletmeyi esas tutar. Halbuki, Ticaret Kanununun iç münasebette taraf olarak tespit ettiği «tüccar» çok daha geniş bir kavramdır. Ticaret Kanununun alâkalı maddeleri, tüccar sıfatının iktisabı için, B. K. 449. maddesi mânasında, muayyen bir mahalde yerleşip teşkilâtlanmış bulunmayı şart olarak aramamıştır. Kanun mahal unsuruna, ancak 10. maddesinde, istisnaen yer verir. Bir tacirin birden ziyade işletmeye sahip olması mümkündür¹⁸. Buna mukabil hukukumuzda, B. K. 449. maddesinin anladığı mânada, hiçbir işletmeye sahip bulunmayan kimseler de tüccar sıfatını iktisap edebilir.

Borçlar Kanununun 449. maddesinde kullandığı müessese ve işletme mefhumunun mânasını bu suretle tespit ettikten sonra, esas suale geçebiliriz: Kanunun, her hangi bir iş sahibini değil de, muayyen ve müşahhas bir yerde yerleşmiş olan işletme sahibini esas almış olmasının yardımcının zatî durumuna tesiri nedir? Bu soru aynı kanunun 450. maddesindeki hükmü ile kolaylıkla halledilebilir. Filhakika sözügeçen maddeye nazaran mümessil «... müessesenin gayesine dahil olan bilûmum tasarrufları» icraya mezundur. Demek oluyor ki, Borçlar Kanunu, 449. maddedeki mümessil mefhumu ile, iktisadî cüz'ütam vafında ve teşkilâtlı bir müessesenin idaresi ile vazifeli yardımcığı ifade maksadını gütmektedir. Nitekim İsviçre doktrini de, ticarî mümessili bu mânada telâkki eder¹⁹. Meselâ, bir banka şubesinin başındaki müdür, gördüğü vazifenin ve haiz olduğu sıfatın mahiyeti itibarı ile, Borçlar Kanununun anladığı mânada Ticarî Mümessildir. Buna mukabil T. K. 87. maddesindeki yardımcı, muayyen bir işletmenin işleri ile tavzif edilmiş olmak unsuru aranmaksızın, her hangi bir tüccarın temsili işi ile muvazzaf kimsedir. Meselâ bir tellâln muhtelif borsalarda faaliyette bulunan temsil salâhiyetini haiz yardımcısı, müşahhas bir işletmenin başında bulunmadığı cihetle, T. K. 87. maddesi mânasında tüccar memurudur.

İkinci soruya gelince; Dahilî münasebette mevcut olan bu fark, dış münasebet bakımından, ayrı bir yardımcı tipinin kabulü için kâfi sebep midir? Bu sual de müspet şekilde cevaplandırılabilir. Borçlar Kanunundaki ticarî mümessil belli bir mahalde²⁰ teşahhus ve taazzuv etmiş işletmenin idaresi ile vazifeli kimsedir. Ticarî mümessilin harice karşı müşahhas, gözle görülebilen ve objektif kıstaslarla takdiri mümkün bir durumu mevcuttur. Tâbir caiz ise, o muayyen bir *mizansen* içindedir. Üçüncü

18) Dr. Obst, Das Buch des Kaufmanns. Stuttgart, 1924, sah. 53.

19) H. Becker, Obligationenrecht. II. Ab. Bern, 1934, sah. 707 mü. 1.

20) Şunu bilhassa tebarüz ettirelim ki, bu mahallin sabit olması şart değildir.

şahıslar ticari mümessilin içinde bulunduğu bu vaziyete istinad ederek onun mümessesenin bütün işlerini ifaya mezun olduğunu kabul edebilirler. Nitekim Federal Mahkeme de müessese sahibinin, bu mizansen içindeki faaliyete rıza göstermesini mümessilin işletme namına harekete salâhiyetli olduğunun tasvibi mânasına almıştır ²¹. Bu mülâhazalara Ticaret Kanunu da yabancı sayılamaz. Zira T. K. 100. maddesi de satış memurlarının salâhiyetinin vüsat ve şumulünü memurun içinde bulunduğu mizansen ile tâyin etmektedir. Ancak, yardımcının içinde bulunduğu bu fiilî şartların bir hususiyeti daha vardır. O da, mizansenin harici görünüşünden salâhiyetin mevcudiyetinin anlaşılabilmesine mukabil bu salâhiyete konulmuş tahditlerin, kaideten, belli olmamasıdır. İşte, ticarî mümessilin salâhiyetini tahdit etmenin mümkün olmaması arzettiğimiz bu son hususiyetin neticesidir.

Ticaret Kanununun derpiş ettiği yardımcı tipinde ise, yukarda arz ettiğimiz, şartlar yoktur. Zira, evvelâ, bir mahalde teşahhus etme unsuru aranmaksızın, doğrudan doğruya tüccar ile memur arasındaki rabıtaya ehemmiyet verilmiştir. Hal bu olunca tüccar memuru, ticarî mümessil gibi, muayyen bir mizansen içinde değildir. Yardımcı ile muameleye girişen üçüncü şahısların onun salâhiyetini tahkik etmesi lâzımdır. Salâhiyetin mevcudiyeti hakkında yapılması gereken bu tahkikat üçüncü şahıslara vüs'at hakkında da bir fikir verir. Bu tarzda bir tahkike tevesül olunmamış ise, Borçlar Kanununun umumî temsil teorisi icabı, salâhiyetin gerek ademi mevcudiyeti gerek mahdut şumulde olmasının neticelerine, temsil edilenin değil, üçüncü şahısların katlanması lâzımdır.

Ticaret Kanunundaki tüccar memuru ile Borçlar Kanunundaki mümessilin birleştirilip bir tip telâkki edilmesinin memleketimiz tatbikatına da aykırı düşeceği unutulmamalıdır. Zira bu halde, hâkim olan telâkkiye nazaran, Ticaret Kanunundaki hükümler Borçlar Kanunundakilere tekaddüm edecektir. Halbuki, memleketimizde, bilhassa gazino, otel ve fırın işletmelerinde, Borçlar Kanunundaki hususiyetleri tamamen haiz ticarî mümessil tipinde yardımcıları kullanılır. Bu yardımcıları tatbikatta «kabzımal» adı verilir.

Vardığımız neticeyi kısaca tekrar edelim : Borçlar Kanununun 449. maddesinde derpiş ettiği «ticarî mümessil» muayyen bir yerde faaliyette bulunan müşahhas bir işletmenin idaresi ile vazifeli kimsedir. Buna mukabil T. K. 87. maddesi, teşkilât ve mahal unsuru aranmaksızın, bir tüccara işlerinde yardımcı olan kimseleri istihdaf eder. Her iki kategori birbirinden, hükümleri kadar, mahiyetleri bakımından da farklıdır.

21) J. T. 1949, I. sah. 378.

3 — Ticaret Kanununun 100. maddesinde temas edilen satış memuru ile B. K. 453. maddesinde tanzim olunan ticarî vekilin münasebeti de doktrinimizde ihtilâflıdır. Prof. Bilgişin'e nazaran «Borçlar Kanununun 453. maddesinde adı geçen diğer ticaret vekilleri karşılığı olarak T. K. da başka bir tüccar memuru sınıfı ayrılmamıştır. T. K. 100. maddesindeki satış memurları B. K. 453. maddesindeki ticaret vekilleri mahiyetinde olmayıp sadece ticarethane içinde satış işleri ile meşgul olan memurlardır»²². Prof. Hırş de Bilgişin'in kanaatını paylaşarak, ticarî vekilleri satış memurlarından tefrik eder²³. Prof. Belgesay ise aksi kanaati iltizam eder görünmektedir²⁴.

Kanaatimizce her iki terim ile aynı tip yardımcı derpiş olunmaktadır. Borçlar Kanununda muayyen bir mahalde yerleşmiş işletmenin mutat işleri ile vazifeli yardımcılara «ticarî vekil» denilir. Ticaret Kanunu da belli mahalde kurulu ticarethanenin satış işleri ile vazifeli yardımcılara «satış memuru» adını verir. Yegâne fark, Borçlar Kanununda salâhiyetin çok daha şümüllü olmasına mukabil Ticaret Kanununda bu salâhiyetin sırf satışa hasredilmiş bulunmasıdır. Fakat bu fark, hakikatte, zahiridir. Zira Borçlar Kanunu da bir işletmenin ancak muayyen muameleleri için, meselâ sırf satışla uğraşmak üzere, ticarî vekil tâyin olunmasını kabul etmektedir. İşte bir ticarethanenin yalnız satış işleri için tâyin olunan ticarî vekil, Ticaret Kanununda satış memuru adı altında mütalâa edilmektedir. Nitekim, mehaz memleket doktrini de bu neticeyi müeyyettir. Filhakika, orada 453. maddeye tekabül eden İ. B. K. 462. maddesine misal olarak satış memurları, tezgâhtarlar ve şefgarsonlar gösterilir²⁵.

Netice olarak Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda değişik tâbirler ile tanzim edilen yardımcı tiplerini şu şekilde sıralayabiliriz :

- 1) Tüccar memuru, T. K. 87 - 96. md.
- 2) Ticarî mümessil, B. K. 449 - 452. md.
- 3) Ticarî vekil, B. K. 453. md. ve bunun hususî bir kısmını teşkil eden satış memurları, T. K. 100. md.
- 4) Seyyar memurlar, B. K. 454 ve T. K. 97 - 99. md.

IV — Her iki kanunda da ele alınan yardımcılara tatbik edilecek hükümlerin tetkikine geçmeden evvel, istidrat kabilinden, bir noktaya temas etmek faydalı olur. İsviçre Kanunundan bize intikal eden «ticarî mümessil» ile «ticarî vekil» müesseseleri arasındaki mahiyet farkı mehaz

22) Bilgişin, s. g. e., sah. 324.

23) Hırş, s. g. e., sah. 138.

24) Belgesay, s. g. e., sah. 104.

25) Schneider et Fleck, s. g. e., cilt I, sah. 826; Rossel, manuel du droit fédéral des obligations, 1920, sah. 536.

memleket doktrinde de kat'i ve sarîh olarak tebarüz ettirilememiştir. İmzanın şekli, salâhiyetin daha geniş olması, sicilli ticarete kayıt mecburiyeti gibi, bazı noktalar müelliflerce mahiyet farkı olarak gösterilmektedir. Nitekim Nihat Bartu da adı geçen makalesinde kıstas olarak aynı esasları belirtir²⁶. Fakat bu farklar hakikatte sebep değil neticedir. Yani herhangi bir hâdisede ancak yardımcının hakikî durumu tâyin edildikten sonra tatbik edebileceğimiz hükümlerdir. Yardımcıyı tavsif ederken herhalde başkaca hususiyetlere istinat etmemiz gerekir.

Fikrimizce iki yardımcı tipini birbirinden mahiyeten ayıran, tarafların iradesinden mücerret ve objektif, bir hususiyet mevcut değildir. Tefrik ameliyesinde yegâne esas işveren ile yardımcının iradelerinin tefsiridir. Ancak münhasıran iç münasebete istinad etmek tatbikat için tehlikeli neticeler doğurabilir. Bu tehlikeyi önlemek maksadı ile sübjektif münasebetin objektif kıstaslarla takdiri cihetine gidilmelidir. Yani iç duruma uymasa bile, üçüncü şahıslar bakımından görünüşe ehemmiyet verilmelidir. Fakat, yukarda da arzettiğimiz gibi, yardımcının müessese içindeki mizansen durumunun bir hususiyeti de, temsil salâhiyetine vazedilmiş tahditleri, kaideten belirtememesidir. Bunun için, ekseriyetle, hâdiselerin objektif görünüşünden tatminkâr ve kat'î bir neticeye varılamaz. İşte bu gibi hallerde üçüncü şahısların menfaatini müessese sahibinin kine tercih etmek lâzımdır. Zira aslolan, yardımcının durumunun tereddüde mahal verecek şekilde idamesinden mütevellit neticelere iş sahibinin katlanmasıdır.

V — Görülüyor ki, bazı yardımcı tipleri hakkında her iki kanunda da hükümler mevcuttur. Farklı kaynaklardan gelen bu hükümler arasında, tenakuz var mıdır? Bu soru ancak seyyar memurlar ve ticarî vekiller için mevzuubahs olabilir. Zira diğer iki tip yardımcının herbiri münhasıran tek kanunun tanzim konusudurlar.

1 — B. K. 453. maddesi ticarî vekilleri tanzim etmektedir. T. K. 100. maddesi de, bu tip yardımcının bir nev'ini teşkil eden, satış memurları hakkında hükümler sevkeder. Borçlar Kanunu mezkûr maddesinde «Bu salâhiyet müessesenin mutat olan muamelelerinin cümlesine şâmildir.» demek suretiyle ticarî vekilin salâhiyetini müessesenin mutat faaliyeti ile tâyin ve tahdit etmektedir. Halbuki, Ticaret Kanununa göre satış memurları ancak satışa ve satılan malın bedelini tahsile salâhiyetlidir. Öte yandan, Borçlar Kanununa göre ticarî vekillerin salâhiyeti mahal bakımından mahdut değilken, Ticaret Kanunu satış memurlarının ancak ticarethane içinde yetkilerini kullanabileceklerini âmirdir. İşaret ettiğimiz

26) N. Bartu. s. g. m., sah. 814.

bu hükümler arasında tenakuz var mıdır? İlk nazarda farklı gözüken bu hükümlerin telifi imkânsız değildir. Ticaret Kanununun, derpiş ettiği hususî bir hal için, Borçlar Kanunundaki umumî kaideye muhalif hükümler sevketmesi tenakuz sayılamaz; ancak bir istisnanın mevcudiyetinden bahsedilebilir. Kaldı ki, metinler arasındaki zahiri tezat, hakikatte, bir tercüme hatasından neş'et etmektedir. Filhakika B. K. 453/II. md. hükmünün lâfzî tefsirinden, birinci fıkradaki hükme istinaden, ancak muayyen muameleler için tâyin olunmuş vekillerin de müessesenin mutat olan her türlü işlerini icraya mezun oldukları neticesi çıkarılabilir. Halbuki, bu hüküm mehzada «... tous les actes que comportent habituellement cette entreprise ou ces operations» şeklindedir. Yani, vekil müessesenin veya hasren tâyin edildiği muamelelerin mutat sahası içinde salâhiyet sahibidir. Kanunumuzda yalnız «müessese» den bahsedilmiş olması hatalı tefsire müsait bir durum yaratmaktadır. Evvelce de arzettiğimiz veçhile, satış memuru bir müesseseye, satış işleri gibi, muayyen bir faaliyet için tâyin olunmuş ticarî vekildir. Onun salâhiyeti, Borçlar Kanunundaki hükmün hakikî mânasına göre, bu satış faaliyetinin mutat olan hududu için mevcuttur. Ticaret Kanunu da aynı hükmü tekrar etmektedir.

Ticaret Kanununun satış memurlarının salâhiyetini ticarethane mahalli ile tahdit etmiş olması da Borçlar Kanununun hükümlerine uygundur. Filhakika, mutad olan müessesenin satış işlerinin ticarethane içinde olagelmesidir. Ticarî vekilin salâhiyeti tâyin edildiği faaliyetin mutat hududu içinde mevcut olduğuna nazaran, satış için tâyin olunan vekillerin bu salâhiyetlerini ancak mağazanın içinde kullanabilmeleri normaldir. Görülüyor ki, mahallen tahdit keyfiyeti de Borçlar Kanununun «mutat muamelât» hükmünden istihraç edilebilir.

2 — T. K. 97 - 99. maddeleri seyyar tüccar memurları hakkındadır. B. K. 454. maddesi de aynı mevzuu tanzim eder. Bu muhtelif hükümlerin bir kısmı meselenin birbirinden müstakil noktalarını ele almaktadır. Meselâ T. K. 97. maddesinin ilk cümlesi yardımcının tarifini verir ve 98. maddesi seyyar memurların kullanacakları izmanın şeklini tâyin eder. Borçlar Kanununda aynı noktalara temas eden her hangi bir hüküm mevcut değildir. Bunun için bu kabil hükümlerde tatbik sırasının tâyini ihtilâf konusu teşkil etmez. Halbuki, diğer bazı hallerde vaziyet böyle değildir. Her iki kanundaki hükümler de yardımcının aynı hukukî veçhesine temas ederler. İşte ancak bunlar için tatbik sırası meselesinin ele alınması lâzımdır.

B. K. 454.md. ilk fıkrası ile T. K. 99 md. ilk cümlesi, değişik ifade tarzlarına rağmen, aynı hükmü tekrar ederler. Ancak B. K. 454. maddesinin ikinci fıkrasına tevfikân bu maddede sayılan salâhiyetlerin üçüncü şahıs-

lara karşı tahdidine cevaz yoktur. Buna mukabil T. K. 97. maddesi tüccara, memura vereceği salâhiyeti istediği gibi tâyin etmek imkânını tanımış gözükmektedir. Nitekim maddeye nazaran seyyar ticaret memurlarının «... daireyi mezuniyetleri dahilinde yapmış oldukları muamelâttan mütevellit borçlardan âmirleri mesuldür». Bu iki hüküm arasında tenakuz var mıdır? Zahirî görünüşlerine rağmen, işaret edilen hükümlerin mütenakız sayılamıyacağı fikrindeyiz.

a) Evvelâ, Ticaret Kanunundaki «daireyi mezuniyet» tâbirinin coğrafî mânada kullanıldığı, yani memurun ancak kendisine tahsis edilen muayyen bir mahalde tüccar namına muamelelere girişebileceği düşünülebilir. Mezkûr hükmün, yardımcının salâhiyetini tanzim eden, 99. maddede değil de 97. md. de sevk edilmiş olması bu fikre kuvvet verir. Yalnız, maddenin mehazdaki şekli bakımından bu tefsir kaabili müdafaa değildir. Zira Manasse'e göre T.K. 97. maddenin mehazı, halen mülga, İtalyan T. K. nun 377. maddesidir. Bizim metindeki «daireyi mezuniyet» tâbirinin mehazdaki şekli «limiti dell' incarico» dur. Bu tâbir ise münhasıran salâhiyet tahdidine taallûk eder ve coğrafî mânada kullanılmıya müsait değildir. Fakat mehaz metnin bu durumunun bizi ne derece alâkadar edilebileceği de kaabili münakaşadır. Zira, bir tefsir normu olarak, mânanın ancak türkçe metinden istihraç olunabileceği de iddia edilebilir²⁷.

«Daireyi mezuniyet» tâbirini coğrafî mânada tefsir edersek iki kanun hükmü arasında tenakuz mevzuubahs olmayacaktır. Zira, Borçlar Kanunu ancak satılan mal bedelinin tahsili salâhiyetinin bertaraf edilemeyeceğinden bahseder. Her iki hükmün tanzim ettiği vakıalar birbirinden ayrı olduğundan, tenakuz mevcudiyetini araştırmaya mahal yoktur.

b) «Daireyi mezuniyet» tâbirinin, yukarda işaret ettiğimiz gibi, tamamen hukukî mânada kullanılmış olduğu da kabul edilebilir. Fakat bu halde de her iki hüküm arasında tenakuzdan bahsedilemez. Zira, Kanunvazı bir kanunda umumî prensibi vazettikten sonra, bu kaideye, hususî haller için, istisnalar sevk edebilir. Hâdisemizde de kanun, salâhiyetin vüs'at ve şumulü bakımından kaideten işverenin iradesini esas tutmuş, fakat satılan mal bedelinin tahsilinde bu umumî prensibe bir istisna vazetmiştir. Semen tahsili hususî bir hal olduğu için Borçlar Kanununun hükmü umumî kaideye tekaddüm eder. Fakat bunun dışındaki hallerde umumî kaide ile ihticac olunur, meselâ verilen salâhiyet mal bedelinin azamî veya asgarî haddini tahdit etmişse, bu tahdit üçüncü şahıslar için de muteberdir.

27) H. Arslanlı, İsviçre M. K. ve B. K. veya İsviçre hukukunun bulduğu bir tefsir normu, Türk hukukuna müessir olabilir mi? XV. yıl Armağanı, 1944, sah. 329.

c) Nihayet bir hâdise hakkında iki hükmün aynı zamanda tatbik kabiliyetini haiz olamayacağı da düşünülebilir. Zira, Ticaret Kanunumuzun sistemine göre seyyar memurların salâhiyetlerinin harice tezahür etmesi asıldır. Kanunun 97. maddesi «Bir tacirin mektup, ilân, sirküler ve buna mümasil diğer vesaik ile ticaretine müteallik muamelâtı icra için mezuniyet vererek ahar mahalle gönderdiği müstahdemini» ni seyyar ticaret memuru tesmiye eder. Nitekim yabancı memleketlerde de bu tip yardımcılarının yanlarında hususî belgeler taşımaları mecburî tutulmaktadır²⁸. İsviçrede 1942 senesinde sadır olan bir kanunda yardımcı ile tüccar arasındaki anlaşmanın yazılı olması kabul edilmiş ve bu mukavelede verilen salâhiyetin de tasrihi şart koşulmuştur. Demek ki, en yeni mevzuat da, Ticaret Kanunumuzda olduğu gibi, seyyar memurlara verilen salâhiyetin harice aksettirilmesi sistemini kabul etmiştir.

Malûmdur ki, bir salâhiyetin haricileşmiş olmasının ameli neticesi, salâhiyetin şümülünün tanıtma vasıtasındaki sarahata tâbi olmasıdır (B. K. 34. md.). Yetkiyi üçüncü şahıslara beyan eden vasıtadan zahir olmıyan bir tahdit hüsnüniyet sahibi kimselere karşı dermeyeran edilemez.

Ticaret Kanunumuzda salâhiyetin haricileşmesi esas olduğuna nazaran şu iki netice tespit edilebilir :

1) Ticaret Kanununun 97. maddesindeki «daireyi mezuniyet» ancak belgeden veya sirküler vesaireden belli olan hudutlarla tâyin kılınabilir.

2) Kanunun sistemi salâhiyetin harice ishârı olduğuna nazaran üçüncü şahısların salâhiyeti natık vesaiki tetkik etmeleri lâzımdır; bu tetkik lüzumu üçüncü şahıslardan beklenen asgarî ihtimamdır. Meselâ sirkülerde satılan mal bedelinin memurca tahsil edilemeyeceği yazılı değil ise, bu halde Ticaret Kanunu hükümleri muvacehesinde salâhiyetin mahdut olduğu iddia edilemez. Fakat bu tahdit mektup, sirküler veya vesair vasıtalarda gösterilmiş ise, üçüncü şahısların tahditten haberdar olmadıklarını dermeyeran etmeleri mümkün değildir. Zira kendinden beklenen ihtimamı göstermiyen kimseler hüsnüniyet iddiasında bulunamazlar. Halbuki, hüsnüniyet sahibi olmak B. K. 454/II. hükmü için aslî şarttır.

Görülüyor ki, ele aldığımız iki muhtelif hükmün aynı hâdisede ve aynı zamanda tatbik edilebilmelerine hukuken imkân yoktur. Zira Ticaret Kanununa göre ancak harice aksetmiş salâhiyet tahditleri işveren tüccar lehine hüküm ifade eder. Buna mukabil, Ticaret Kanununun aradığı şekilde haricileşmiş bir salâhiyet tahdidine rağmen B. K. 454/II. md. de aranan hüsnüniyet unsurunun tekevvün etmesine imkân yoktur.

28) Bilginin. s. g. e., sah. 335.

VI — Her hangi bir bahsin tek kanun tarafından baştan sona kadar ele alınarak tanzim edilmiş bulunması tercihe şayandır. Fakat izahına çalıştığımız gibi, doktrinde hâkim olan fikir hilâfına, tüccar yardımcılarının iki muhtelif kanunda tanzim edilmiş olması kaçınılmaz güçlükler yaratmış değildir. Bilâkis ticarî mümessil - tüccar memuru ikiliği tatbikat için çok müsait ve âdil bir sistemdir. Çünkü Borçlar Kanununun üçüncü şahısların himayesine matuf sert ve istisnaî hükümleri, ancak, 449. maddedeki «mizansen» hususiyeti ile izah edilebilir. Bu hususiyetin mevcut olmadığı haller için T. K. 87. maddesindeki tüccar memuru hükümlerinin tatbiki daha munsiftir.

Yeni Ticaret Kanunu tasarısı, doktrindeki münakaşalardan mülhem olarak, bu mevzudaki şekli ikiliği kaldırmaktadır. Prensip itibarı ile bu hareketin tasvip edilmemesi mümkün değildir. Ancak, tasarı meseleyi münhasıran Borçlar Kanununa terketmekle, tatminkâr ve isabetli bir yol tutmuş sayılamaz. Evvelâ, bahsin sistematik yerinin Ticaret Kanunu olacağı şüphesizdir. Saniyen, Borçlar Kanunu hükümleri itmam olunmadan işi tamamen bu kanun hükümlerine terketmek hiç bir zaman tecviz edilemez. Zira Borçlar Kanununun kifayetsizliği mehzaz memlekette de anlaşılabilir olarak tashih ve itmamına teşebbüs edilmiştir. Nitekim yukarda da temas ettiğimiz gibi, 1942 senesinde, taallûk ettiği mevzua nazaran mufassal hükümlerle, seyyar tüccar memurları tekrar düzenlenmiştir.

Kısaca arzedelim ki, tasarının kanundan tüccar yardımcılarını çıkarılması ve meseleyi, bugün mehzazında dahi tatminkâr olmadığı kabul edilen, Borçlar Kanununa bırakılması, hem sistem hem de muhteva bakımından, isabetsizdir. Gerçi Hemard'ın işaret ettiği akıbetten kurtulamaya imkân yoktur: Tatbik edilen kanun daima «dün» ü temsil edecektir. Fakat hiç olmazsa yapıldığı günü ifade etmesini beklemek hakkımızdır.

Baki M. Toksal