

HENRI CAPITANT KONGRESİ VE USUL HUKUKUNU İLGİLENDİREN BAZI MESELELER ÜZERİNDE ETÜT

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

1953 yılı Eylül ayının 10 - 13 üncü günlerinde, İtalyanın Pavia Üniversitesinde, Paris Hukuk Fakültesi Profesörü Henri Capitant'ın ölümünden sonra hatıralarını taziz, ortaya attığı esasları işlemek için kurulan Henri Capitant Cemiyeti azâları bir kongre halinde toplandı. Bu kongreye dört arkadaş iştirak ettik .Bu fırsatla İsviçre, İtalya ve Fransa-da Usul Hukuku mevzuunda bazı incelemeler yaptık. Bu incelemelerden ve kongre umumî celselerinden ve kongre azâlarile hususî temaslardan edindiğim intibaları şahsî kanaatlerimle birleştirerek okuyucularıma arz ediyorum.

I

Kongre

Kongrenin açılış söylevinde tebarüz ettirildiğine göre, Henri Capitant cemiyetinin esas gayesi, teorik bakımdan enteresan derin ilmî münakaşalardan ziyade, mütevazi olarak, aynı esaslardan mülhem hukuk mevzuatı kabul eden muhtelif devletler hukukçuları arasında fikir müdavelesi ile ihtiyaçlara, adalete en uygun hal tarzları araştırmaktır.

Rey ve kanaatleri hukuk kaidelerinin gelişmesinde rol oynayan muhtelif milletlere mensup profesör, hâkim, parlamento azâları, avukatlar, zaman zaman kongre halinde toplanarak, aralarında umumî ve hususî temaslarla ilmî münakaşalar yapmaları pratik bakımdan hukuk kaidelerinin gelişmesinde ne derece faydalı olduğunu söylemeye lüzum yoktur.

1953 yılında Pavia'da toplanan Henri Capitant kongresinde başlıca üç mesele üzerinde fikirler teati olundu:

a) 25 yıl önce hazırlanmış olan Fransız - İtalyan Borçlar Kanunu projesi, 1942 yılında Fransada Ticaret Kanunu muhafaza edildiği halde, İtalyada ilga edilmesi yüzünden, kıymetini kayıp edip etmediği;

- b) Para kıymetinin düşmesinin uzun vadeli akitlere tesiri;
 - c) Para kıymetinde tahavvüllerin idarî akitlere tesiri.
- Makalemizde yalnız ilk mevzu üzerinde incelemeler yapıyoruz.

II

Dünya kanunlar birliği

Fransa ve İtalya için müşterek Borçlar Kanunu projesi, bu iki memleket hukuk bilginleri tarafından 25 yıl kadar önce hazırlanmıştı.

İtalya ve Fransa için aynı Borçlar Kanunu, iki memleket arasında iş münasebetinde bulunan tüccarların kanunlar arasında farklı hükümler bulunması yüzünden mağdur olmamaları, netice olarak da her iki memleket karşılıklı ticarî münasebetlerinin daha fazla inkişafını temin gayesini istihdaf ediyordu.

Belçika gurubu adına, Gand ve Brüksel Üniversiteleri Profesörü Limpens, Nr. F. Van Damme iştirakile kongreye verdiği raporda, milletlerin hukuk nizamları esaslı değişmeler geçirdiği, milletlerarası, hattâ milletler üstü organlar teşkil edildiği şu zamanda hususî hukuk sabit kalamıyacağı için muhtelif kanunların birleştirilmesini düşünme zamanı geldiğini tebarüz ettirdi.

Bu raporda deniyor ki: geriye bakınca nazarlar, tabii olarak, Fransız - İtalyan Borçlar projesine takılır, Dünya Devletleri bu projeyi örnek tutarak, aynı hükümleri ihtiva edecek kanunlar yapmaları mümkündür. Vaktile, nasıl Roma hukuku Avrupa milletlerinin hukukuna esas olmuş ise, bu proje de pek alâ milletlerarası müşterek hukuk kaynağı olabilir.

Bu gün zaten milletlerarasında nakliyatta, poliçelerde, kanunlar ihtilâfında birleşme teşebbüsleri vardır. Biz ilâve edelim ki, fikir ve sanat eser sahiplerinin haklarını korumak için beynelmilel bir muahede akdedilmiş, her Devlet, kanunî mevzuatı daha az müsait olsa bile, âkit memleketlerin birinde eser yaratanlara anlaşma hükümlerinden faydalanma salâhiyeti vermiştir.

Şüphe yok, devletlerin adliyeleri birbirinden müstakil olup, hepsi için müşterek bir üst mahkeme bulunmadıkça, zamanla aynı kanun, başka başka anlaşılarak tatbik olunacak, neticede aynı kanunu kabul etmiş olan Devletlerin hukuk mevzuatı birbirinden farklı olacaktır. Şu var ki, muhtelif milletlere mensup profesör, münekkit, avukat ve hâkimlerin zaman zaman iştirak edecekleri hukuk kongrelerinde müşterek incelemeler sayesinde yüksek mahkemeler esası aynı olan kanunlar için aynı

tefsir tarzını kabul edeceklerdir. Hakikî hukuk birliği birdenbire değil, yavaş yavaş otoriter bilginlerin uzun münakaşa ve düşünmeden sonra edinecekleri kanaatleri yaymaları sayesinde olabilir.

Bu gün Dünya hukuk birliği hayal midir? Adı geçen rapor sahiplerinin incelenmesini istedikleri mesele budur. Bu raportörlere göre, halen birbirinden uzak fakat, ideolojileri aynı olan memleketlerin Borçlar Kanunlarında tamamı tamamına aynı olmasa bile, birbirine benzeyen çok hükümler bulunmaktadır.

Fransız - İtalyan Borçlar Tasarısı, hazırlanmasına iştirak edenlerin ilmî otoriteleri sayesinde her iki memleket mahfellerinde iyi kabul gördü; birçok memleketlerde aynı hal şekilleri bulunmasında âmil oldu.

1939 harbi Fransız - İtalyan tasarısının iki memleket kanun vazilerince ele alınmasına fırsat vermedi. Bu harp bittikten sonra projenin ele alınması temennileri izhar olundu. Fakat, 1942 yılında İtalyada Ticaret K. ilga edilmişti. Fransada ise bu kanunun ilgası düşünülüyordu. Bu şerait dahilinde ele alınması temenni olunan müşterek Borçlar Kanunu projesi kıymetini kayp edip etmediği mesele idi.

Kongrede bu mevzu üzerinde münakaşalar genişletilerek, bütün dünya, veya hiç olmazsa, Avrupa devletleri için müşterek kanunlar kabulü mümkün olup olmadığı meselesine geçildi.

İleri sürülen fikirlere göre, İngiliz hukukçularının da iştiraki temin olunacak beynelmilel bir toplantıda fikir müdaveleleri ve müzakerelerle iş münasebetini tanzim eden kanunları birleştirmek mümkündür.

Ancak, bu gün Avrupada Medenî hukuk rasyonel esaslardan ziyade, tatbik edileceği memlekette hüküm süren sosyal mülâhazalara ve ahlâkî telâkkilere, dinî akidelere dayandığı, daha doğrusu bu hukuk branşı açık söylemek için, her memlekette mütehavvil bir derecede, Kilise hukukunun tesiri altında olduğu için bu sahada birlik temini kolay değildir. Avrupada halkın, çoğu müteassıptır, Demokrasi esasları icabı, ekseriyetin efkârına uygun hükümler koymak ıstırarında olan kanuncuyu Kilise hukukundan ayırmak zordur. Her memleket kanuncuları ancak muhitlerinin fazla mırıldanmadan kabul edebileceği nispette bazen az, bazen çok cesaretle bu hukuktan ayrılabilmiştir. Meselâ, İtalya, İspanya hâlâ boşanmayı kabul edemiyor. Her memleket Kiliseye göre ebedî olan evlenme bağının boşanma ile çözülebilmesi için sebepleri bazen daraltıyor, bazen genişletiyor, bazen evlenme dışı cinsî münasebet ahlâka aykırı olmadığı esastan yürüyor, bazen de, bilâkis bu münasebeti az veya çok ahlâka aykırı telâkki ederek, ona göre hükümler sevk ediyor. Bu sebeplerden ötürü, aile, hattâ miras hukukunda bütün dünya hukuk sistemlerinde esaslı farklar bulunmakta olduğundan, hukuk birliğini

temin çok zordur. Kültürü ve gelenekleri birbirine çok yakın olan İtalya, Fransa, İsviçre, Belçika aile hukukunda bile bu imkân temin olunamamıştır.

Bilâkis, iş adamları menfaat düşüncesile hareket ettikleri, maddî menfaat hırsı insanları şu veya bu moral akidelerin tesirinden kurtardığı için, iş münasebetini tanzim eden Borçlar hukukunda tek kanun yapılmasına bir mâni yoktur.

Kanun vazıları aile hukuku münasebetlerini de, şu veya bu akide veya sabit fikrin esiri olmadan tanzime muvaffak olabilirlerse, kanunlar birliği temini, hem de ilgililerin meşru menfaatleri daha iyi korunmak suretile aileler arası sükûn ve huzuru sağlayabilirler, fertleri ailevî bakımdan tahammül edilmez durumdan bir derece kurtarabilirler .

Tarihte, kanuncuların efkârı umumiyeye lâkayıt kalarak, biraz olsun, mantığı aile hukukuna sokturdukları vâkidir. Zamanında, çok mütaassıp olan Fransada, Napoleon Bonapart Kilise hukukunun tesirinden bir derece kurtularak, insanın zincirlenemeyeceği hakkında 18. ci asır filozoflarının tesirile boşanmayı kabul ettirmişti. Sonradan taht'a oturan mütaassıp bir kral boşanmayı kaldırdı, fakat, kısa bir müddet sonra âmme efkârının tazyiki altında yeniden boşanma kabul olundu.

Türkiyede Atatürk asırlardanberi dinî akideler icabı olduğu sanılan bazı aile hukuku hükümlerini değiştiren Medenî Kanun projesini Meclise verdiği zaman kimse itiraz etmedi. Halk bu kanunu pek çabuk benimsedi. Bu kanun 28 yıldanberi yürüyor.

Zamanla, Türkiyede bu kanundan için için şikâyetler olduğu inkâr edilemez. Fakat, aynı şikâyet sebepleri, aynı kuvvetle İsviçre için de varittir. Şikâyetler kanunun bütünü için değil, her iki kanun için müşterek pek mahdut bazı hükümlerdendir.

Meselâ, boşanma için hâkimin kararı lâzımdır. Fakat, taraflar ne İsviçrede, ne de Türkiyede boşanmayı haklı gösteren kanunî, veya takdirî bir sebebi açık söyleyebilseler de her halde daima apaçık isbat edecek durumda değildirler. Çocuklarının anası olan karısının başkasile cinsî münasebetlerini, ahlâksızca hareketlerini, veya ondan yediği dayacağı mahkemede ileri sürmek cesaretini gösteren kaç haysiyet sahibi köca bulunabilir. Ayrılmak istediği eşinin atiyen dürüst hayat yaşamasına mani olabilecek sebepleri ortaya atmadan çekinen, bundan vicdan ıstırapı hisseden eş te bulunabilir. Şu halde eşler işi kitaba uydurarak asılsız, kanuna uygun bahaneler bulmak ve bunu ispat için yalan şahitler tedarik etmek, bazen de, evvelki anlaşmaya müstenit meselâ, zina cürmümeşutları tanzim ettirmek zorunda kalıyor.

Keza, bu gün hemen her memlekette, Türkiyede olduğu kadar İsviçrede de çok evli erkeklerin bir veya daha ziyade metresleri bulunmaktadı. Evlilerin evlenme dışı münasebetlerinden doğan çocuklarını tanıyamamaları, Türkiye için olduğu kadar İsviçre için de kritik mevzudur. Masum olan çocukların baba himayesinden mahrum olmaları şüphesiz her memlekette aynı sosyal problemler ortaya atar.

Miras hukukunda genç eşin intifa hakkını tercih edebilmesi, bir kapitalin rasyonel ve tam randımanla işletilememesine, mirasçılar arası zamanla bir hayli anlaşmazlıklar çıkmasına sebep olmaktadır. Evlâtları olan müteveffanın mirasından baba ve anası hisse alamıyarak, bazen torundan nafaka isteme ıstırarında kalması da hislere dokunmaktadır. Nihayet varislerin müteveffanın borcundan müteselsil mesuliyetleri zaruretile kabul olunan miras mallarda iştirak halinde tasarruf ta hayli hoşnutsuzluklara sebep olmaktadır.

Kongreye iştirak etmiş İsviçreli bir arkadaşıla Türkiyede kritiklere uğrayan medenî hukuk meseleleri üzerinde görüştüm. O bana hak vermek ıstırarında kaldı. Kanun vazılarının artık dinî mülâhazaları bırakıp, fiili vaziyetleri, sosyal icapları nazara alarak aile vaziyetini tanzim etmeleri zarureti meydandadır.

Kısaca, aile ve miras hukukunda bazı sabit fikirler kanunlar arası birlik temin edememektedir. İtiraf edelim ki muhitten gelen tesire mukavemet edecek Bonapart ve Atatürk gibi liderler çok değildir.

Pratik bakımdan, hukuk birliği devletler arası resmî mahiyette, az çok aldıkları talimat ile hareket eden politik adamlardan teşekkül edecek konferanslarda değil, müstakil, ilmî otoriteleri müsellemlerden müteşekkil kongrelerde, politik tesirlere kapılmadan teati edilecek mülâhazalar sonunda elde edilecek doneler esas tutularak temin olunabilir. Her devlet, otoriter bilginlerin serbest kongrelerde tarafsız mütalâalarla açıklanan lojik prensipleri, hemen olmasa bile, zamanla ve diğerlerine tâbi olmadan bir kanun ile kabul etmesi ihtimali çoktur. Böylece, kanunlar birliği bir hayal olmaktan çıkar, sağlam temele dayanır.

Meselâ, İtalyada, tek taraflı olarak Fransız kanunu ile alâkalı olmadan, Fransız - İtalyan bilginlerinin 25 yıl önce hazırladıkları Borçlar Kanunu projesinden mülhem hükümler kanun ile kabul olunmuştur. O proje zaten, İsviçre ve Alman kanunlarından ilham alınarak tanzim olunmuştu. Ezcümle, haksız mal iktisabı, hakkın suiistimali yasağı, ahlâka aykırı bir maksatla verilen şeyin geri alınamaması, mukavelede tarafların edimleri arası müsavatsızlığın bazı şartlarla fesih sebebi olması meselelerinde hükümler bakımından birliğe doğru gidilmiştir.

III

Medenî hukuktan ayrı ticaret hukuku meselesi

İtalyada da hemen bütün Avrupa memleketlerinde olduğu gibi, ticarî işlerde, veya tüccarlar arasında tatbik olunacak Medenî Kanundan ayrı bir Ticaret Kanunu mevcut idi. 1942 yılında İtalyada bu kanun kaldırılarak Medenî Kanun çevresine alındı. Kongrede bu ilga, Fransa ve İtalya için artık müşterek Borçlar Kanunu kabulüne mani olup olmadığı meselesine intikal edilmesi fırsatı ile, umumî olan Borçlar Kanunundan ayrı bir Ticaret Kanunu, daha da ileri gidilerek, özel prensipleri bulunacak bir ticaret hukuku sistemi muhafaza edilmesinin fayda ve mahzurları üzerinde münakaşalar yapıldı.

Kongrede çok hatipler ticarî işlere veya tüccarlara mahsus, medenî hukukun kabul ettiğinden farklı esasları izah eden rasyonel bir sebep bulunmadığı, aynı memleket hukuk sisteminde, prensipler bakımından ikilik bulunması faidesiz, sosyal bakımdan mahzurlu olduğu tezini ileri sürerek münakaşa ettiler.

Bir kongre azâsına göre, ticarî münasebetlerde hususî tanzim zarureti icap ettiren ticarî fikir ve zihniyet hâkimdir. Adî muameleler sık sık tekrarlanmadığı halde, tüccarlar sık sık her gün aynı mahiyette muameleler yaparlar. Muamelelerin sık tekrarı hususî âdetlerin, ticarî zihniyet ve telâkkilerin doğmasına sebep olur. Bu zihniyet ve âdetler hususî kaideler kabulünü ihtiyaç haline getirir.

Pariste, Hukuk Fakültesi sıralarında bulunduğumuz zaman vaktin tanınmış âlim profesörün şu sözlerini hatırlamıştım: İnsan hayatında bir kere doğar, evlenir, halbuki tüccar her gün aynı şeyleri alır, satar. Sık tekrarlanan muameleler hukukçunun nazara alması gereken âdetler yaratır.

Ticaret Kanunu lehine ileri sürülen bu mucip sebep varit değildir. Gerçekten, hayatında birkaç defa evlenenler az olsa bile, sık sık kabareleri dolaşan ve aynı metodla genç kızları kandırarak evlenme dışı münasebette bulunan gençler az değildir. Buna mukabil, günde, hattâ haftada bir veya birkaç muamele yapan toptancı tüccarlar vardır. Nihayet tüccarın ticaret şirketi yapması, ticaret ünvanı satın alması, iflâsı gibi bazı işler de, çok kere, ticarî hayatta bir kere olur. Tüccar sınıfının ayrı hususî âdet ve zihniyeti hususî bir ticaret hukukunu izah edecekse, ticarete yeni başladıkları için henüz bu zihniyette olmıyanları, tüccar ile münasebette bulunan âdi şahısları bu hukuka tâbi tutmak ne âdil, ne de rasyonel olur.

Kongre azâlarının büyük çokluğu, ayrı bir Ticaret Kanununa aleyhtar olarak tezlerini hararetle müdafaa ve ticaretle meşgul olanların zamanla bir ticarî zihniyeti olması, haklarında istisnâî hükümler kabûlünü haklı gösteremiyeceğini izah ettiler.

Ticaretin her sahasında, nevine, muhite, zamana göre zihniyetler çok değişiktir. Meselâ, bazı muhit ve zamanda rekabeti hiç hoş görmiyen bir zihniyet doğarak, ilgililer arasında mal fiatları, kaliteleri, satış şartları sarîh veya zımnî anlaşmalarla tanzim olunarak, hilâfına hareket edenler hakkında azçok şiddetli reaksiyon yapılır. Diğer muhitlerde aynı vaziyet ve şartlarda rekabet serbestisinin tahdidi bilâkis hoş görülemez. Bazı yerde tüccarın tutunabilmesi için vergi kaçakçılığını hoş gören zihniyetler de vardır. Halbuki, memleketin zihniyet farkları olan şehir veya muhitleri için ayrı bir Ticaret Kanunu yapılması, zihniyet değişikçe kanunun değiştirilmesi sistemi müdafaa edilmemektedir. Bir sınıf halkta zihniyet farkı, ayrı hükümleri haklı gösterirse, muayyen bir vaziyette olan adî şahısların da hususî zihniyeti, hususî hükümlere tâbi tutulmak icap eder ki bunu kimse aklından geçirmemektedir.

Medenî Kanundan ayrı bir Ticaret Kanunu kabul eden devletler mevzuatında, zaten iyi veya kötü bir ticarî zihniyet düşüncesine istinat eden zıt hükümler kalmadığı da ileri sürülmüştür. Bu Devletlerde Ticaret Kanunu, mevzuu ticarî olan, mümasili Medenî Kanunda bulunmayan mahdut münasebetleri tanzim etmektedir.

Ticaret hukukunun mevzuu, ezcümle tüccarın ticaret siciline kayıt olunma, defter tutma mecburiyetine, ticarî defterlerin ispat kuvvetine, ticarî işlerde delil serbestisine, poliçeye, ticarî şirketlere, sigorta ve iflâsa müteallik hükümlerden ibaret kalmaktadır. Fakat, bu hükümleri ticarî olmıyan maksatla, veya tüccardan başkaları tarafından yapılan muamelelerde de aynen tatbik etmemek için sebep yoktur.

Ticarî olmasa bile, aynı önem ve şeraitte olan her ekonomik faaliyette bulunanların, bir sicille kaydı mecburiyeti, defter tutma mükellefiyeti kabul edilemez mi? Ticarî olmıyan bir ekonomik faaliyeti mevzu edinen şirketlerin hepsi aynı hükme tâbi tutulamaz mı? Ne için 100000 liralık bir ticarî muamele şahitle ispat olunabiliyor da, 51 liralık adî muamele senet olmadığı için ispat olunamıyor? Ne için çok kimselere borçlu olan adî şahıs iflâs ettirilmesin?

Kongrede sadece temas edilen bu noktaları yazımızda incelemek isteriz.

Ticarî âlemin hususiyeti ile izah olunan noktalar üzerinde mütalâa yürütmeden, kongrede tüccarlara mahsus bir ticaret hukuku sistemi müdafaa edilmediğini tebarüz ettirmek gerekir.

Tüccar hukuku bir sınıf halk lehine veya aleyhine hüküm kabulü demek olup memlekette müsavata ihlâl eder. Sosyete içinde yaşayan halk guruplara ayrılarak, her gurup lehine menfaatlerini koruyacak hükümler konması, diğer gurup fertler aleyhine olur, sosyal muvazeneyi bozar. Fert yalnız başına zaiftir. O gurup halinde birleşince gurubun önemine göre büyük bir kuvvet kazanır. Binaenaleyh, guruplanan fertlere karşı guruplanmayan fertleri korumak gerektir. (Bak, Medenî Kanununun başlangıç faslı üzerinde etüt kitabımız).

Kongrede söylenenler tüccara mahsus değil, kim olursa olsun ticarî mahiyette iş yapanlara mahsus hükümler konması ne derece doğru olacağı meselesine taallûk ediyordu.

Ticaret hukukunu müdafaa edenler, ticarî işlerde tarafların irade muhtariyeti olmaması, ticarî münasebetlerin mecburî bazı esaslara göre tespit edilmesi, meselâ, mübadele edilecek eşya için azamî, veya asgarî fiat tayin olunması zaruretini ileri sürdüler. Böylece, halkın aldatılması önlenerek ticarî namus ve haysiyet sağlanacak, âmme menfaati korunacaktır. Halbuki, hususî fertler arası tesadüfen yapılacak muameleler kendilerinden başkalarını ilgilendirmediğinden iradeleri hâkim kılınmaması için sebep tasavvur edilemez.

Bu mülâhaza Türk ticaret hukukunda varit değildir. Çünkü, bu kanun ticarî münasebetlerde irade muhtariyetini esas tutmuş, tarafların mukavele ile Medenî Kanun hükümlerini bertaraf edebileceklerini kabul etmiştir.

Son yıllarda, hemen her tarafta tecrübeler göstermiştir ki, ticarî münasebetlerin mecburî kaidelerle tanzimi dürüst olmıyan tüccarların iş yapmasına mâni olamamış, bilâkis, kanuna riayetkâr, kuruntulu dürüst tüccarların rekabet sahasında tutunamamasına, fiatların yükselmesine, satılan eşyanın kalitesi düşmesine sebep olmuştur.

Ticarî, daha doğrusu iş namusu adî şahıslar için de tatbiki kabil hükümlerle korunmalıdır. Bozuk mal satan tüccar cezalandırıldığı gibi, istihsal ettiği ziraî mahsulü satarken hile yoluna baş vuran küçük bir çiftçi de cezalandırılmalıdır. Ticarî işlerde fâiz serbesliği, alacaklı, borçlunun aldığı parayı tehlikeli işlere yatırarak büyük kazançlar temin edeceği, ödünç veren de, bu tehlike yüzünden onun aciz vaziyetine maruz kalma tehlikesini göze aldığı için kabul olunmuştur. Borçlu kazancından bir miktarını alacaklısına vermesi âdildir. Adi işlerde ise borçlu borç aldığı parayı işletmediği için alacaklının yüksek faiz alması onun muztar vaziyetinden faydalanması demek olup, insanî yardım hislerine aykırı olduğu için kabul olunmamıştır. Fakat, meselâ, kıymetli bir arsa-

sına ev yaptırarak, ödiyeceği faizin bir kaç misli kira alabilecek bir kimsenin vereceği faiz miktarını tahdit te makul olamaz.

Kısaca, ticarî değil, kâr getirebilecek herhangi bir ekonomik teşebbüs için bazı hükümler kabul edilebilir.

Bir muamelede tatbik olunacak hükümleri, âkitlerden birinin muamele ile istihdaf ettiği maksat ve gayeye tâbi tutmak mânasız ve mahzurludur.

Adî şahısların ticaret siciline kayıt, defter tutma mükellefiyetini kabul doğru olup olmadığı, poliçe sigorta maddelerinde hususî hükümler bulunması ne derece rasyonel olduğu meselelerini münakaşadan kaçınıyorum. Bu noktaların münakaşasını ticaret hukukunda ihtisasile tanınmış arkadaşlara bırakarak, ayrı bir ticaret mahkemesi kurulması, ticarî işlerde hususî bir delil sistemi kabulü, ticarî defter münderecatına ispat bakımından farklı bir kuvvet atfı doğru olup olmadığı, iflâsın tüccarlara hasrı ne derece mantıkî olduğu meselelerini inceliyeceğim.

IV

Ticaret mahkemesi

Ticarî işlere, veya tüccarla mahsus bir ticaret mahkemesi kurulmasını izah zordur. Bu mahkemeler son yüz yılda Avrupada, ve Osmanlı hükûmetinde adalete, hukukun umumî prensiplerine uygunluktan ziyade, tüccarların menfaatlarını koruyan hükümler verilebilmesi için teşkil edilmiştir.

Halen Fransada ticaret mahkemesi azâları bazı şeraitle tüccarlar tarafından, tüccarlar arasından seçilir. Ticaret hâkimlerinin hukukçu olmaları şart değildir.

Türkiyede ise, halen ticarî işlere mahsus mahkemeler tüccarı korumak maksadiyle ve kanun ile değil, mütahassis hâkimler temini maksadiyle Adalet Bakanının kararile mevcut bulunmaktadır. Adalet Bakanı izahı zor bir sebeple bu mahkemeleri aynı mahiyette, fakat adî sayılan işleri görmeye veya oldukça ağır hapis cezalarına hüküm etmeğe görevli hukuk ve ceza mahkemelerinden farklı olarak, toplu hâkimlerden teşkil etmektedir. Gene Adalet Bakanının kararile bu mahkemeler kaldırılabilir. Ticaret mahkemesi olmıyan yerlerde ticarî işlere de, bahis mevzuu maddî veya manevî menfaat miktarı ne olursa olsun, hukuk hâkimi tek olarak karar verir.

Mütehassis hâkim sisteminin mahzurlarını **Hukuk usulü şerhinin teoriler** kısmında ve Adalet Bakanlığına sunduğum medenî usul hukuku

tasarısında ve **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu nun Rasyonel Tefsiri - Bir Proje** kitabında anlatmıştım, mevzua dönmüyorum.

Kongreye iştirak eden uzun yıllar ticaret hâkimliği yapmış bir üye korporasyon zihniyetinin kötü neticeleri, meslekî menfaatlerin himayesindeki tehlikeler üzerinde durdu. Ticaret mahkemeleri eski devirdeki korporasyon zihniyetinin mahsulüdür. Tüccara mahsus bir hukuk olmayacaksa, tabii olarak bu mahkemeler tarihe karışacaktır.

V

Ticarî işlerde delil serbestliği

Türk Hukuk Usul Kanunu kıymet ve miktarı 50 lirayı tecavüz eden bilcümle hukukî muamelelerin senetle ispatı mecburiyetini koyduktan sonra, 288, kaide için istisnalar kabul etmiş, bu arada, ticarî işlerde Ticaret Kanunu ile kabul edilen delil serbestisini mahfuz tutmuştur m. 291. inandıran her vasıtayı delil olarak kabul için sebep nedir?

Ticarî işlerin ispatında, adî muamelelerden müstesna olarak, hâkimi inandıran her vasıtayı delil kabul etmek için başlıca iki sebep ileri sürülmektedir:

A. Ticarî işler sık tekrarlandığı için, senede bağlanmaları maddeten imkânsız olmasa bile, her halde zor ve sıkıcıdır. Bir tüccarın nöbet bekleyen müşterileri ile satış şartlarını tespit için senet tanzimine, makbuz almağa vakti yoktur.

B. Tüccar umumiyetle, dürüst hareket eder, muamelelerini ve şartlarını inkâr eden bir tüccar ile halk iş yapmayacağından, o nihayet dükkânını kapamaya mecbur olur. Tüccar bütün muamelelerini kanunen tutmağa mecbur olduğu defterine kayıt ettiği için iddialar bu defter kayıtlarıyla kontrol edilebilir.

Bu sebepler, ticarî muamelelerin ispatında adî muamelelerden farklı hükümler kabulünü haklı gerektirmekten uzaktır. Gerçekten:

a) Tüccarın sık tekrarlanan, sür'atle yapılacak, senet tanzimi için vaziyet ve şartlar müsait olmadığı muameleleri çok olduğu şüphesizdir. Fakat, senet tanziminin zor olduğu, ticarî olmıyan bir hayli muameleler bulunduğu da şüphesizdir. Aksine olarak, senet tanzimine müsait, hiç te acele olmıyan ticarî muameleler de az değildir. Toptan 1000 ton buğday satışı, bir ticarî ortaklık mukavelesi, bir vapur eşyasını rehin ederek ödünç alma işleri dakika, saat, hattâ gün meselesi değildir. 5 - 10 satırla muamele şartlarını tesbitte hiç zorluk yoktur.

Şu halde, bir muamelenin her vasıta ile ispatını kabul için sebep onun ticarî mahiyeti değil, ahval ve şartlar itibarile senede bağlanması zor veya imkânsız olmasıdır.

Türk Hukuk Usul Kanunu, ticarî işlere mahsus bir delil sistemine muarız olup, kanunların umumiliği esassından yürümüştür. Bununla beraber, tanzim edildiği gün, henüz mürekkebi kurumamış olan ticaret kanununun tantana ile koyduğu ticarî işlerde delil serbestliği prensibine de dokunmağa cesaret edememiştir. Usul Kanunu ticarî işlerin icaplarına da cevap verecek hükümler koymuştur. Bu kanuna göre, «halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamel olmıyan muameleler» lojik bakımdan hâkimi inandırabilen her vasıta ile isbat olunabilir (HUK. m. 293, No. 4). Bu madde daha ziyade tüccarlar arasında sık tekrarlanan ticarî muameleleri istihdaf eder, fakat adî şahıslar arasında yapılagelmekte olan muameleler hakkında da tatbik olunur.

Bu maddeye göre, bir hal ve vaziyet, hususiyeti itibarile, senet tanziminde zorluk veya imkânsızlık bulunduğu için senede bağlanması âdet edinilmemiş ise her vasıta ile ispat olunabilir.

Ticarî muameleler mahiyetleri itibarile çok çeşitlidir, bunların bazıları günlük perakende peşin para ile alışverişler olup, senede bağlamaları hakikaten çok zordur. Çok iş yapan büyük mağazalar bu türlü satışları hesaba geçirmek için otomatik fiş yazan hesap makineleri kullanılmaktadır. Müşteriye fatura yerine verilmekte olan bu fişler beyyine başlangıcıdır. Usul Kanunumuza göre (m. 293) senet olmasa bile, yazıdan mütehassil beyyine başlangıcı her iddiayı ispat edebilen bir vasıtaadır. Bu vesika varsa iddianın ticarethane sahibi tarafından usulen imza edilecek bir senetle ispatına hacet kalmaz.

Diğer bir hayli ticarî muameleler ise senet tanzimine mâni olacak derece acele değildir.

Kısaca, adî muamelelerde senet tanzimi mecburiyetini kabul için nazara alınmış olan mülâhazalar ticarî işler için, hattâ daha kuvvetle varittir.

b) Objektif ticarî namus her tüccarın doğruluğunu garanti ettiği şüphelidir.

Kongrede bir üye halkın saflığından faydalanarak dolandırıcılık yapan, sözlerini inkâr eden tüccarlar çok olduğunu söyledi. Bu bilginin hakkı vardı. Müşterilerini sattıkları malın kalitesi hakkında aldatan tüccarlar her memlekette görülmektedir. Adî işlerde taraflar birbirine itimat etmedikleri için kontrolleri daha sıkıdır, birbirini yakından tanımaları halinde, ise aldanmaları ihtimali nisbeten azdır. Halbuki tanımadığı bir tüccardan mal alan kişi, ister istemez onun sözüne güvendiği için

aldatılması o nisbette kolay ve tehlikelidir. Şu halde ne derece tesirli olduğu bilinmiyen bir ticarî namus tüccarın sözüne güvenmek için bir sebep olamaz.

c) Tüccarın muamelelerinin defterile kontrol edilebilmesi de isbat bakımından ticarî işlerde istisnâî hükümler kabul etmesini haklı göstermez. Gerçekten, bir tüccarın hiyle ile, veya, kendi anlayışına göre defterine bir alacak kayıt etmesi lehine delil olamaz. Tüccarın kendi lehine delil yaratması kabul edilirse ne için adî şahıslara da bu imkân verilmeyecektir. Denecek ki, tüccarlar çeşitli defter tutmağa mecburdur. Bu defterlerin birbirile kontrolleri sayesinde yalan meydana çıkar. Bu mümkün. Fakat, tatbikatta, her memlekette tüccarlar malî hukuk bakımından mecburî bir kaç defter tuttukları halde, vergi kaçakçılığı önlenemediği düşünülürse, ticarî defterin tüccarın bütün muamelesini tam ve doğru olarak ihtiva ettiğinden haklı olarak şüphe edilebilir. Kongrede bir azâ çok tüccarların maliyeyi aldatmak için çifte defter tuttıklarını söyledi.

Tüccarın defterinde aleyhine olan kayıtların delil teşkil etmesi lojik bir icap olduğu için bir tüccar kendi defterinde lehine olan kaydı göstererek, veya hasmın defteri münderecatını kabul edeceğini söyliyerek hasmını defterini ibraza mecbur edebilir.

Fakat, lojik bakımdan, ticarî işler yapan bir kimse gibi, adî bir teşebbüs sahibi de muamelelerini hususî bir deftere kayıt etmekte ise onun da defterini ibraz etmesi istenerek delil temin olunabilir. Tüccar olanın da, olmıyanın da defterinde aleyhine olan kayıtlar lehine olup ta hüsnüniyete makrun olduğundan şüphe edilemiyen kayıtlarla tamamlanarak gerekir. Binaenaleyh, ticarî defterlerin ispat kuvveti hakkındaki hükümlerin tüccarlara hasırı için hiç bir sebep yoktur. Muntazam defter tutan herkes için aynı hükümlerin kabulü lojiktir.

HUK. yukarda yazdığımız mülâhaza ile, tüccar olup olmadığını gözetmeden, tarafı hasmının talebi üzerine hesap defterlerini ibraza mecbur tutmuştur, m. 327. Bir taraf hasmını defterini ibraza mecbur tutmak için, kendinin de bir defteri bulunması gerekmediği gibi, mevcut olan defterinde aynı muameleyi ihtiva edecek bir kaydı ibraza, veya hasmının defteri münderecatını aynen kabul ettiğini beyana, ona tamamlayıcı yemin tevcihine de mecbur değildir.

Ticaret Kanununa göre, tüccarın usulen tasdikli defteri delil olabilir. Fakat, tasdikli olmıyan, hattâ intizamsız defter kaydı ne için aleyhte delil olmıyacak? İntizamlı defter bir kimsenin unutmalara, değiştirmelere yer bırakmıyan bir usul ile tuttuğu defterdir. Bu defterde borç münasebetini düşüren, bir kayıt bulunmaması tabii olarak defter sahibi aleyhine

bir delil olur. Bilâkis, bir ekonomik teşebbüste bulunmadığı halde, tesadüfen işlerini bir deftere kayıt eden kimse, borcunun düştüğünü kayıt etmemesi ihtimali olduğundan hâkim icabında onun defterini tetkik ederken bu müdafaasını nazara almak gerekir.

Kısaca, ticarî defterlere ispat bakımından bir hususiyet izafesi mânasız, hattâ tehlikelidir.

VI

Adî şahısların iflâsı meselesi

Kongrede, borçlarını ödemiyen bir tüccar iflâs yolu ile takip edildiği halde aynı vaziyette tüccar olmıyan borçlunun bu yol ile takip edilememesi rasyonel olmadığı ileri sürüldü.

Bir hatibe göre, iflâs ismini, çok fena bir notu tazammun ettiği için borcunu ödeyemiyen bir bedbahta izafe etmek doğru görülmemekte ise de, müessesenin ismi değiştirilirse, tüccar olan borçlu ile olmıyan borçlu hakkında tatbiki mümkün, ve kolay olur. Meselâ, Fransada iflâs yerine bazı şeraitle adli tasfiye usulü kondu.

Borçlular hakkında, hacizden farklı bir iflâs usulünü kabul için rasyonel sebep şudur:

Bazı borçlular yalnız muhitlerinde değil, memleketin her tarafında, hattâ, yabancı memleketlerde muameleler yaparlar. Bu tüccarlar adî haciz yolu ile takip olunurlarsa, yalnız haciz ettiren alacaklılar tam alacaklarını alabilirler, onun haczinden haber alamamış diğer alacaklılar ise bu haciz neticesi borçlunun mevcudu azalmış olacağından alacaklarını karşılayacak mal bulamayarak zarar görürler. Tüccarların muhitleri haricinde de kredilerini çoğaltmak için mallarının bir alacaklısı tarafından haczine müsaade edilmemek, alacaklıyı iflâs yolu ile takibe mecbur bırakarak borçlunun mevcudunu bütün alacaklıları arasında paylaşmak gerekir. İflâs borçlunun bütün mallarının haczile bütün alacaklıları tophıyarak aralarında adilâne paylaşırma sistemidir. Yoksa, iflâs ticarî namusu garanti eden bir ceza değildir. Yalnız borçlunun oldukça ağır bir kusuru, veya alacaklıların haklarını yemek için hile ile iflâs etmesi bir suçtur. Fakat, bu mülâhaza bir tüccar için varit olduğu kadar, bazı adî şahıslar için de varittir.

Umumiyetle geniş sahada iş yapmıyan kişilerin alacaklıları muhitlerinde bulunur, adetleri mahduttur. B ukabil borçlular hakkında takip yapan alacaklının haczi muhitte çabuk şayi olacağından, diğer alacaklıları hacze iştirak ederek haklarını korurlar. Haczin bir derece alenî

olması temin edilmekle, İsviçre kanununda kabul olduğu gibi alacaklının ancak hacizden itibaren muayyen bir müddet geçtikten sonra satış istiyebileceği kabul edilmekle maksat temin edilmiş olur. Muayyen bir muhitte mahdut ölçüde iş yapan bir tüccar veya adî şahıs hakkında bir alacaklının haczinden haber alamıyacak diğer alacaklıları bulunması ihtimali çok masraflı iflâs yolu gibi bir tasfiye usulü kabul için sebep olamaz. Binde bir ihtimal gözetilerek yapılacak muazzam masraflar borçlunun mallarına el komuş olan alacaklının eline para geçmesine mâni olabilir.

Mahalle bakkalı gibi ancak muhitinde birkaç kişiye borcu olan tüccarın borcunu ödememesi ile adî şahsın borcunu ödememesi vaziyetleri tatbik olunacak müeyyide bakımından farksız olmak gerekir. Her ikisinin de bir alacaklısını tatmin için büyük masrafa ihtiyaç gösteren iflâs yolu ile bütün mallarının tasfiyesi kabul edilemez.

Bilâkis, ticarî mahiyette olmıyan bir ekonomik teşebbüste bulunan adî şahıs, meselâ, büyük bir çiftlik, maden sahibi, mahsulünü diğer şehirlere, yabancı memleketlere satmakta ise, borç ödemediği vazi-yette kalınca mallarına bütün alacaklıların müdahalesini temin edecek iflâs sistemini kabul zaruridir.

İkametgâhı bilinmiyen, bu sebeple de başka muhitlerde de şuna buna borcu olması ihtimali fazla olan borçlu icabında taksiratlı iflâs cezasına çarptırılabilmek için iflâs yolu ile takip edilmek lâzımdır. İsviçre İcra İflâs hukuku bu gibilerin ticaret sicillinde kayıtları bulunmasa bile, iflâs yolu ile takibini kabul etmiştir.

Türk Ticaret Kanunu yukarıda anlattığımız mülâhazaları bir derece nazara alarak, küçük tüccarların iflâs yolu ile takibine müsaade etmemiştir (Ticaret K., madde 14).

Türk İcra ve İflâs Kanunu, iflâsın gayesinden habersiz olarak, büyük tüccarların alacaklılarını, isteklerine göre borçlularını iflâs veya sadece haciz yolu ile takib edebilmelerine müsaade etmiştir.

Bu kanun ikametgâhı meçhul veya mallarını hacizden kaçırarak borçlu büyük tüccar değil ise iflâs yolu ile takibine müsaade etmiyerek, nasılsa mallarını bulabilen bir alacaklısını himaye etmiştir.

İcra İflâs Kanunu ortaya koyduğumuz mahzuru azaltmak için bazı şerait dahilinde malları haczedilen borçluyu bizzat iflâsını istemeye mecbur tutmuştur. Fakat, bu hüküm çok elâstikî olup, pratikte faide temin etmemektedir; tatbiki de işitilmemiştir.

Kısaca, iflâs yolu ile takip bakımından tüccar ile adî şahsı tefrik etmeden geniş sahada ekonomik teşebbüs yapmakta olan borçlular tüccar olmasalar bile, iflâs yolu takip olunmalı, haciz yolu ile takipleri caiz addedilmemelidir.

Ticaret Kanununun iflâs yolu ile tâkibe tâbi tutmadığı küçük tüccarın kim olduğu da izah ettiğimiz esas göz önünde tutularak tayin olunmalıdır.

Tatbikatta, kimlerin küçük tüccar sayılması gerektiği noktasında çok anlaşmazlıklar vardır.

Ticaret Kanununa göre (Madde 13) «ticareti sermayei nakdisinden ziyade mesaii bedeniyesine müstenit» yani, ticaretine tahsis ettiği sermaye, paradan ziyade bedenî faaliyetleri olanlar, «ve kâr ve kîsbî ancak medari maişetini temine kâfi olacak derecede cüz'î» daha doğrusu, kazançları maişetlerini temine yeter miktarı aşmayanlar «ister seyyar olsunlar, ister bir dükkânda veya sokağın bir mahalli muayyeninde sabit bulunsunlar, küçük tüccar addolunurlar.

Bir tüccarın büyük veya küçük olduğunu da kıstası tayin için maddenin kelimelerinden ziyade sevkine âmil olan gaye nazara alınmalıdır:

Peşin para ile iş yapan bir pul koleksiyoncusu, bir antikacı, bir mimar, meselâ, satın aldığı malı bir kaç misli kârla satarak ayda 2-3 bin lira kazanmakta olsa bile küçük tüccar sayılması gerekir, fazara satın aldığı evin bedelini vermemiş ise iflâs yolu ile takip olunamaz. Onun aylık iş hacmi 8-10 kadar ve muamelesi peşin ise, kazancı fazla olsa bile sermayesi az sayılmalıdır. Bilâkis, çok çeşitli malları uzaklardan veresiye tedarik eden, veresiye muameleleri pek geniş olan tüccar safi kazancı ayda bir kaç yüz lirayı geçmese bile iflâs yolu ile takip edilebilmek gerekir.

Tüccarın küçük sayılması için kazancı maişetini temine yeter miktarı geçmemelidir. Fakat, borçlu tüccarın fiilen iâşesini karşılamakta olan kâr değil, objektif olarak ortalama bir ailenin modern yaşamasına yeter kazanç esas tutulmak gerekir.

Mustafa Reşit Belgesay