

TİCARİ MUAMELE MEFHUMU

(Temyiz Mahkemesi içtihadları dolayısıyla)

Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch

1 — *Etüde saik olan âmil*: 24 Haziran 1940 tarih ve 4543 sayılı Resmî Gazetede Temyiz Mahkemesi heyeti umumiyesinin ittihaz ettiği 18 Mart 1940 tarih ve 19 E/32 K sayılı tevhibi içtihad kararı intişar etmiştir. Mezkûr kararda Temyiz Mahkemesi, «ticarî muamele» mefhumu hakkında izahatta bulunmuştur. İçtihadın tahlili esnasında tereddüd ve şüphe arzeden bazı noktalara tesadüf ettim. Hususile ticarî muamele mefhumu hakkında son 10 sene zarfında neşredilen temyiz içtihadlarının aynı prensiplere istinad etmediğini ve kısmen Ticaret Kanununun hükümlerine uygun olmadığını müşahede ettim. Medenî Kanunun birinci maddesi mucibince hâkimler, hükümlerinde ilmi içtihadlardan da istifade etmek selâhiyet ve mecburiyetinde bulduklarından, kanunun tatbikinde Türk hâkimlerine terettüp eden ağır külfeti kolaylaştırmak maksadile «ticarî muamele» mefhumunu Temyiz Mahkemesinin ittihaz ettiği içtihadlar bakımından izah etmeğe, çalışmağı bir vazife bildim.

2 — *Kararın metni*: «(Özü): Bir şirketi ticariyenin hususî antrepo tesisi ve memur maaşının itasını taahhüt etmesi hususunun, ticarî muamelelerden değil, adi muamelelerden sayılacağı hakkında:

Gümrük idaresile Vehbi Koç ticarethanesi arasında tanzim olunan muamelâta murtabit olan veya bunların icrasını teshil eden surette tesis ettiği antrepoda idare tarafından istihdam olunan memur maaşından doğan ihtilâfların adı veya ticarî mahiyette olup olmadığı hakkında Temyiz 4 ncü Hukuk dairesinin kararları arasında hâsil olan ihtilâfın halli için toplanan tevhibi içtihad heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek: neticede;

İhtilâfın mevzuunu teşkil eden hadise: Gümrük İdaresinin muvafakatile Koç Zade ticarethanesinin antrepo tesis etmesi ve burada idarenin istihdam edeceği memur maaşının tesviyesini ticarethanenin teahhüt eylemesi gibi muamelelerin ticarî muamelelerden madut veya ticarî muamelelere murtabit yahut bunların icrasını teshil eden muamelelerden madut olup olmadığı hususlarından ibarettir.

Ticarî muamelelerin nelerden ibaret olduğu Ticaret Kanununun 15 nci maddesinden 22 nci maddesine kadar olan maddelerinde tayin ve tasrih edilmiş olup bir şirketi ticariyenin bu suretle antrepo tesisi ve memur maaşını taahhüt etmesi hususunun ticarî muamelelerden sayılacağı hakkında zikrolunan maddelerde bir kayıd ve işaret bulunmamıştır.

Filhakika mezkûr kanunun 25 nci maddesinde, bu fasılda tadât olunan muamelâta murtabit olan veya bunların icrasını teshil eden bilcümle muamelâtın dahî muamelâtı ticariyeden madut olacağı yazılı bulunmuş ise de hususî antrepo tesisi ve memur maaşının itasını taahhüt etmek doğrudan doğruya gümrük muamelesinin icrasını teshil ve kaçakçılığın vukuunu men maksadına müstenit bulunmuş olduğunda: bu taahhüdün Ticaret Kanununun faslı mahsusunda tadât olunan ticarî muamelelere bir gûna irtibatı olmadığı gibi, bunların icrasını teshil eden muamelelerden de madut olmadığı aşikârdır. Zikrolunan mucip sebeplere binaen taahhüdü vekiin adî muamelelerden madut olduğuna ekseriyetle karar verildi.»

3 — *Bir davanın ticarî veya adî mahiyeti*: Bir ihtilâfın adî veya ticarî mahiyette olup olmaması keyfiyeti muhtelif noktai nazardan ehemmiyet kesbetmektedir:

A) Adî ile ticarî meseleler arasında yapılan tefrik maddî hukuk hükümlerinin tatbiki hususunda bir rol oynayabilir:

a) Ticaret Kanununun birinci maddesine göre bilcümle ticarî meseleler hakkında «kavanini ticariye ahkâmı» cari olduğu halde ticarî olmıyan hususlar adî hükümlere tabidir.

b) Bundan başka ticarî san'at ve tüccar mefhumlarını tesbit etmek için bir muamelenin ticarî veya ad' mahiyette olup olmaması hususu büyük bir ehemmiyeti haizdir.

B) **Usul** bakımından yapılabilecek tefrik de iki mânâyı haizdir:

a) 2020 numaralı kanuna göre Temyiz Mahkemesindeki Ticaret dairesi: «Asliye ve Sulh Mahkemelerinden Ticarete müteallik verilmiş olan hüküm ve kararları tetkik ve rüyet eder». Bu maddede mevzu hükmün mahiyeti müphem ise de 15 Şubat 1938 tarihli

Hukuki Bilgiler Mecmuasında intişar eden makalemizde gösterdiğimiz veçhile Temyiz mahkemesi dahilinde vücade getirilen muhtelif daireler arasındaki vazife bölümü bir iş bölümünden başka bir şey değildir. Demek oluyor ki bir ihtilâfın ticarî olup olmaması keyfiyeti Temyiz mahkemesinin muhtelif daireleri arasındaki iş bölümü bakımından ehemmiyetli olabilir.

b) Adliye Vekâleti, 469 numaralı kanuna istinaden ve umumî kaidelerden ayrılarak İstanbul, İzmir ve Ankarada Ticaret Mahkemeleri vücade getirmiştir. Ticaret Mahkemeleri ihtilâflı hakkı kaza işlerinde, birinci derece mahkemesi sıfatile: «mevad ve mesaili ticariyeye ait bütün davaları» rüyet edeceklerdir. Zikri geçen makalemizde gösterdiğimiz veçhile, Türkiyede Asliye Hukuk Mahkemelerile Ticaret Mahkemeleri arasındaki ayrılık usul kanunlarının kabul ettiği ilmi mânâda hakikati halde «vazife» bölümünden ziyade bir iş ve mesai bölümü ise de, mahkemeler, ilmen müdafaa edilen bu kanaati (**Mustafa Reşit Belgesay**; «Adliye» sahife 114—117; Hukuk Usulü Muhakeme Kanununun Şerhi, cilt 1 sahife 69; **Sabri Şakir Ansay**; Hukuk Muhakeme Usulleri sahife 152; **Şevket Bilgişin**; Ticarî ve Sinaî hukukun tekâmülü ve istikbali sa. 21) reddederek bir ihtilâfın ticarî olup olmaması keyfiyetinin vazife bakımından mühim bir rol oynadığını ve dolayısıyla bir kararın nakzına sebep teşkil ettiğini kabul etmektedirler.

4 — *Mezkûr ihtilâfın mahiyeti*: Tetkik ettiğimiz vak'ada ihtilâfın ticarî olup olmaması keyfiyetinin, **maddî** hukuk hükümlerinin tatbiki bakımından mı, yoksa **usul** bakımından mı bir rol oynadığı hususunu içtihadından kat'î bir surette istihraç etmek mümkün değildir. Temyiz mahkemesi, hükmünün birinci fıkrasında: «Bir ticarethanenin hususi surette tesis ettiği antrepoda, idare tarafından istihdam olunan memur maaşından **doğan ihtilâfların** adı veya ticarî mahiyette olup olmadığı hakkında» kadar verdiğini ifade tarzında bulunduğu halde hükmün özünde ve diğer fıkralarında: «Bir ticarethanenin hususi antrepo tesis etmesi ve burada idarenin istihdam edeceği memur maaşının tesviyesini ticarethanenin **teahhüt eylemesi gibi** muamelelerin ticarî muamelelerden değil, adı muamelelerden sayılacağı» şeklinde karar vermiş olduğunu ifade etmektedir.

Demek oluyor ki içtihadında karşı ileri sürülebilen ilk mütalâa: halledilen hukukî meselenin mahiyetinin sarîh bir şekilde gösterilmemesinden ibarettir.

5 — *Ticari muamele ile ticari dava arasındaki fark:* Bütün diğer devletlerde olduğu gibi, Türkiyede de, muayyen bir hadise dolayısıyla «mevaddı ticariye» mefhumunun maddi hukuk bakımından veya usul bakımından kullanılıp kullanılmaması keyfiyetlerini birbirinden ayırmak icap etmektedir.

Kanaatimizi daha sarıh bir şekilde ifade etmek mecburiyetinde kalırsak diyebiliriz ki Yüksek Mahkeme «Ticari muamele» mefhumu ile «Ticari mesail ve mevad» mefhumu arasındaki farkı göz önüne almaksızın bir muamelenin hukuki tavsifini bir davanın tavsifi ile karıştırarak ticari muamele ve ticari dava müesseselerini birbirinden ayırmamıştır.

6 — *Ticari mesail ve mevad ile ticari muamele arasındaki fark:* Acaba Türk Ticaret Kanununa göre, ticari mesail ve mevad ile ticari muameleler arasında bir fark mevcut mudur?

a) Bazı müelliflere göre, mezkûr iki mefhum arasında hiçbir fark yoktur. Meselâ **Mustafa Reşit Belgesay** (Hukuk Ansiklopedisi II. Ticaret hukuku sa. 37, No. 43), esbabı mucibe vermeksizin «mevaddı ticariye ticaret kanununun 15 ile 25. maddelerinde sayılan muamelâttan ibarettir» demekle iki mefhumu aynı manâda kullanmaktadır. **Şevket Mehmetali Bilgişin** (Türk Ticaret Hukuku Prensipleri sa. 9): «Ticaret hukuku ancak ticari hâdiselere tatbik olunur ki bu hadiselere mevaddı ticariye denilir» ifadesinde bulunmuşsa da aynı kitabın 10 ncü sahifesinde: «Türk Ticaret Kanunu da 3 ncü faslında muamelâtı ticariyenin ne gibi muameleler olduğunu birer birer tasrih etmiştir. O halde, ticaret kanunları ahkâmının tatbik edileceği mevaddı ticariye mezkûr faslında tasrih edilen muamelâtı ticariyeden ibarettir» diye beyan etmekle, **Mustafa Reşit Belgesay**'ın kanaatine iştirak etmektedir. **Hâzım Atif Kuyuçak**, Ticaret Hukuku adlı kitabının 13 ncü sahifesinde: «Mevaddı ticariyenin ne olabileceğini ileride göreceğiz», demişse de bütün uğraşmalarına rağmen bu mefhumun tahlil ve tefsirine müteallik hiçbir fikir bulamadım. Muamelâtı ticariye mefhumunu izah etmekle iktifa ettiğinden (zikri geçen eserin 16 ilâ 20. sa. bak.) **Hazım Atif Kuyuçak**'ın da ticari muamele ile ticari mevad arasında bir tefrik yapmadığı kabul edilebilir.

b) Diğer müellifler aksi kanaattedirler. Meselâ **Vasfi Raşit Seviğ** Ticaret Kanunu Şerhi adlı kitabının 160 ncü sahifesinde: «Mevaddı ticariyeyi, muamelei hukukiyenin bir nevi ve Ticaret Kanununun 3 ncü faslının mevzuu olan muamelei ticariye ile de karıştırmamak

lâzım» geldiğini açıkça beyan etmektedir. Biz de muhtelif yerlerde aynı fikri müdafaa ederek Ticaret Kanununun 1 nci ve 2 nci maddelerindeki mevad ve mesaili ticariye tabirinin, bu kanuna nazaran muamelâtı ticariye tabirinden daha geniş ve şümüllü olduğunu ileri sürdük. (Türk Ticaret Kanununa göre, Ticaret Hukuku adlı kitap, cilt 1, sa. 40, No. 25; Ticaret Hukuku Dersleri adlı kitap, cilt 1, sa. 67, No. 59. Ticaret Hukuku İlmi adlı makalede: Hukuk Fakültesi Mecmuası 1936 sa. 149 ve müteakip, 452 v. m. Ticaret Kanununun İslâhı Hakkında Fikirlerim adlı makale: Hukuk Fakültesi Mecmuası 1937 sa. 474, No. 36.)

c) Yaptığım araştırmalara nazaran Temyiz Mahkemesi, ne-dense içtihadlarında sarih bir kanaat beyan etmiyerek zımnen ve fiilen ticarî muamele ile ticarî mesail ve mevad mefhumları arasında bir tefrik yapmamıştır.

7 — *Tefrik'in ehemmiyeti*: Diğer lisanlarda olduğu gibi Türk lisanında da «ticarî madde» (mevad, maddeler, işler) tabirile «ticarî muamele» tabiri arasında mâna itibarile bir fark mevcuttur.

Almancada: Handelssachen — Handelsgeschäfte;

Fransızca: Matière Commerciales — Actes de Commerce;

İtalyancada: Materia Commerciale — Atto di Commercio.

Ticarî mevad tâbiri altında ticarî olarak tavsif edilebilen tek-mil hadiseler (füller olsun, vak'alar olsun, muameleler olsun, mu-kaveleler olsun) anlaşılmalıdır. Halbuki ticarî muamele tabiri altında bu hâdiselerden yalnız bir kısmı bir araya toplanmıştır. Ti-carî mevad mefhumu geniş olduğu halde ticarî muamele mefhumu nisbeten dardır.

Türk hukukunda ancak Ticaret Kanununun 15—25 nci maddelerinde sayılan hususlara ticarî muamele denir. Mezkûr madde hükümlerine kabili ithal olmıyan ticarî karz, ticarî rehin, ticarî matlubun devrû temlikî gibi muamelelerin, ticarî mahiyette ve mevaddı ticariyeden madut oldukları inkâr edilemez. Ünvanı ticaret, alâmeti farika, gayri kanuni rekabet hususlarından doğan hâdiseler ticarî olup kezâlik mevadı ticariyedendir. İşte bununla açık bir surette anlaşılıyor ki, ticarî mevad tabiri Türk hukuk ni-zamına nazaran ticarî muamele tabirinden daha geniş ve şümül-lüdür.

Ticarî muamele tabirine giremiyen ve fakat herhangi bir sebepten dolayı ticarî mevad mefhumuna ithal edilebilen her hadise ticarî hakkı kazaya tabidir. Bundan dolayıdır ki Temyiz Mahke-

mesi, ihtilâfın mevzuunu teşkil eden hadiseyi: «Gümrük İdaresi- nin muvafakatile bir ticarethanenin hususî antrepo tesis etmesi ve burada memur maaşının tesviyesini, ticarethanenin taahhüt ey- lemesi gibi muamelelerin **ticarî muamelelerden** madut olup olma- dığı hususlarından ibarettir» şeklinde tarif ve tesbit etmekle bir hataya düşmüştür. Hakikati halde ihtilâfın mevzuunu teşkil eden hadise mezkûr muamelenin **mevadı ticariyeden** madut olup olma- dığı hususundan ibarettir. Halledilecek mesele bu şekilde tespit edilmiş olsaydı doğru bir netice istihsal edilmiş olurdu. Demek oluyor ki içtihadı karşı ileri sürülebilen ikinci mütalâa: halledilen meselenin doğru bir şekilde tespit ve tarif edilmemesinedn iba- rettir.

8 — *Ticarî muamele mefhumunun ehemmiyeti*: Temyiz mah- kemesinin tercih ettiği görüş tarzının doğru olduğu bir an için far- zedilse de kararın netice ve esbabı mucibesi bizi tatmin edemez. Çünkü ihtilâfın mevzuunu teşkil eden hâdise, ticarî muamele mef- humu bakımından tahlil ve tefsir edilirse, Ticaret Kanununun 22 nci maddesi hükmüne nazaran ticarî bir muamele mahiyetinde olduğu kolayca isbat edilebilir.

Vazii kanun: Ticaret Kanununun 15—25 nci maddelerinde sa- yılan muamelelere ticarî muamele vasfını izafe etmekle 3 muhtelif hedefi temin etmek istemiştir:

a) Ticarî muamele mefhumu, ticarî sanat ve tüccar mefhumları- nı tesbit etmek için mühim bir unsur teşkil etmektedir. Çünkü Ticaret Kanununun 9 ncu maddesi mucibince kendi namına mua- melâtı ticariyeden birile iştigali san'atı mutade ittihaz eden her şahıs tacir addolunur. Bu maksada yalnız Ticaret kanununun 19 ncu maddesinin son cümlesi, 20 nci maddesi ile 21 nci maddesinin 1, 2, 4, 5, 7, 9, 10, 11, ve 14 numaralı fıkraları ve 24 ncü maddesi hüküm- leri yaramaktadır.

b) Halbuki Ticaret kanununun 15—19 ncu maddelerile 21 nci maddesinin 3, 6, 8, 12, 13 numaralı fıkraları ve 22, 24, ve 25 nci madde hükümleri bir muamelenin hangi hallerde ahkâmı ticariye- ye ve hangi hallerde ahkâmı medeniye tabi oluşunu tanzim ederler.

c) Ticaret kanununun 23 ncu maddesine gelince, tabir caiz ise, bir kanunla ihtilâfı halleden bir norm ihtiva etmektedir.

İhtilâfın mevzuunu teşkil eden hadise için ancak küçük (b) ve (c) bahslerinde gösterilen maddeler ehemmiyetlidir. Çünkü bir ti-

caret şirketinin akt ettiği bir mukavelenin adı veya ticarî mahiyeti mevzuubahs olunur. Bir hukukçu, bir mukavelenin ticarî mahiyette olup olmaması meselesi karşısında bulunursa hangi kistaslara göre mezkûr tavsif işini kolay ve müsmir bir şekilde ifa edebilir? Buna cevaben umumî olarak denilebilir ki **bir muamelenin ticarî mahiyeti ya alâkadarların tüccar sıfatı veya muamelenin mevzuu yahut bunlardan her ikisine birden bağlıdır.**

9 — *Ticaret kanununun 22 nci maddesi hükmü:* Bir tacirin akit ve borçlarında sıfatı asliye ticarettir. Binaenaleyh bir tacirin muamelâtı adiyeye teallûku sabit olmıyan akit ve borçları muamelâtı ticariyeden maduttur. Demek oluyor ki tüccar sıfatını haiz hakikî veya hükmi bir şahsın akit ve borçları, mevzuuna bakılmaksızın, ticarî mahiyettedir, meğer ki tüccarın adı sahasına taalluk ettiği sabit ola. Tüccar sıfatı, hakikî şahıslara icra ettikleri iktisadî sanata göre, hükmi şahıslara intihap ettikleri hukukî teşkilât şekline göre bahşedilmektedir. (Hirsch: Ticaret hukuku dersleri cilt 1, No. 110, cilt 2, No. 187). Bundan anlaşılıyor ki tüccar vasfını haiz olan hükmi şahıslar **bütün münasebetlerinde** tüccar sıfatına merbut olan hukukî neticelere tâbi olduğu halde münferid bir tüccarın ticarî ve adı (gayri ticari) faaliyet sahaları arasında bir tefrik yapmak mümkündür.

10 — *Bir şirketin tüccar sıfatı:* Ticaret şirketlerinin hareket sahası şirketin maksadile mahduttur. Maksat ise kollektif ve komandit şirketlerde müşahhas olarak ve diğer ticaret şirket tiplerinde vazii kanunca kabul edilen bir farziyeye nazaran mücerret olarak icrayı icarettir. Binaenaleyh **ticaret şirketlerinin gayri ticarî bir sahası mevcut değildir.** Onların akit ve borçlarında sıfatı asliye daima ve istisnasız olarak ticarettir. Bundan dolayıdır ki Ticaret kanununun 22 nci madesinin 2 nci cümlesi onlara kabili tatbik değildir. Ticaret şirketleri hakkında Ticaret kanununun 22 nci madde hükmü kanunî karine mahiyetinde olmayıp kanunî farziye mahiyetindedir. Hiçbir zaman ve hiçbir şart altında ticaret şirketi veya onunla münasebette bulunan bir şahıs, şirketin herhangi bir borcunu «muamelâtı adiyeye taallûk» ettiğini iddia ve ispat edemez. Ticaret şirketlerinin adı borçları olmayıp yalnız ticarî borçları vardır. Aynı hüküm İktisadî Devlet Teşekküllerile bunlara tabi müesseseler için caridir. (Hirsch: Ticaret hukuku dersleri, cilt 2, No. 299 B, C).

Etüdümüze âmil olan hadisede, bir ticaret şirketi Gümrük

İdaresile bir mukavele akdetmiştir. Mezkûr ticaret şirketinin kollektif, komandit, anonim veya limited şirketlerden olup olmaması keyfiyeti nedense kararda gösterilmemiştir. İhtimal bu meselenin halli için bu husus ehemmiyetli değildir. Çünkü bütün ticaret şirketleri tüccar vasfını haizdirler. (Ticaret kanununun 9 ncu maddesine bak.) Fakat meselenin vaz'ında bu cihetin ihmal edilmesi kat'iyen caiz değildir. Binaenaleyh Temyiz mahkemesinin mezkûr kararda kullandığı: «Ticari muamelelerin nelerden ibaret olduğu Ticaret kanununun 15 nci maddesinden 22 nci maddesine kadar olan maddelerinde tayin ve tasrih edilmiş olup bir şirketi ticariyenin bu suretle antrepo tesisi ve memur maaşını taahhüt etmesi hususunun ticari muamelelerden sayılacağı hakkında zikrolunan **bir kayıt ve işaret bulunmamıştır**» şeklindeki ifade tarzı şayanı hayrettir Ticaret Kanununun 22 nci madesi hükmünden daha sarih bir kayıt ve işaret bulunamaz. Maalesef şimdiye kadar Temyiz mahkemesi, kanunun 22 nci maddesinin ruh ve lâfzına mugayir olarak, yalnız kanunun 15—21 nci maddelerinde tadât edilen muamelelerle bunlara mahiyeten makis veya murtabit olan yahut bunların icrasını teshil eden muamelâtı ticari olarak telâkki edip, hususile bir akitten mütevellit olmayıp haksız fiilden veya aynı hak münasebetinden doğan şirket borçlarının ticari mahiyetini inkâr etmektedir.

11 — Bir şirketi haksız fiillerden doğan borçları hakkındaki içtihadlar:

a) Müddei, müddeialehy olan şirketin tabibliğini ifa ettiği esnada mezkûr şirkete ait fabrika bacasından çıkan muzir gazlardan kulakları müteessir ve binnetice malûliyete duçar olduğundan bahsederek zararın tazminini talep etmiştir. Dava, taraflar arasında vukua gelmiş ticari bir akitten mütevellit olmayıp, müddeialehyin fabrika bacasından lâzım gelen fenni ihtimamda bulunmamasından dolayı tahaddüs eden sakatlık sebeble talebinden ibaret olmasına göre ticaret mahkemelerinin vazifesinden hariç bulunmuştur (Temyiz mahkemesi ticaret dairesi. Kararlar mecmuası 1930 — 1934, No. 85).

Tenkid: Ticaret Kanununun 22 nci madesinde yalnız akitlerden değil aynı zamanda «bir tüccarın borçlarından da» bahsedilir. Vazii kanun yalnız akitten doğan talep haklarını kasetmiş olsaydı «borçlar» kelimesinin ilâvesi lüzumsuz olurdu. Borçlar, gerek akitlerden, gerekse haksız fiil veya haksız mal iktisabı, yahut vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf veyahut eşya hukukuna

müteallik münasebetlerden doğabilip «borçlar» tabiri bu umumî mânada Borçlar Kanununda olduğu gibi diğer modern Türk kanunlarında kullanıldığından dolayı Ticaret Kanununun 22 nci maddesinde 2 defa olarak istimal edilen borçlar kelimesinin bu geniş manada tefsir edilmesi elzemdir. Bundan başka fabrika bacasında lâzım gelen fennî ihtimamda bulunulmaması her halde bir tacirin adı muamelelerine taallûku sabit olmıyan bir husus olup, bundan mütevellit tazminat borcu tacirin adı muamelelerine değil ticarî muamelelerine aittir.

b) Temyiz mahkemesi Ticaret dairesinin verdiği 2 Şubat 1930 tarihli kararile 21 Mayıs 1931 tarihli karar aynı esbabı mucibeden ötürü kabili tenkittir. (Kararlar mecmuası 1930—1934, No. 15 ve 171). Mezkûr iki hadisede de bir ticaret şirketi borçlu vaziyetinde bulunmuştur. Birinci hadise, müddei'nin oğlunun şirketin vinci altında kalarak ölümüne sebebiyet verildiğinden bahisle tazminat talebinden ibaret olmasına ve bu talep bir akdi ticariye müstenit bulunmamasına binaen tetkiki ticaret dairesinin vazifesi haricinde olduğu cihetle dosyanın Hukuk dairesine tevdiine ekseriyetle karar verildi. İkinci hadise, maden ocağında müstahdem müteveffanın vefatına sebebiyet veren haksız fiilden dolayı maden şirketinden tazminat talebinden ibaretti. Ticaret dairesi, hadisenin ticarî bir dava ve iş telâkkisine kanunen imkân olamayacağı cihetle dosyayı hukuk dairesine tevdi etmiştir. Fakat her iki hadise bir tacirin adı muamelelerine taallûku sabit olmıyan birer husus olup bundan mütevellit tazminat borcunun tacirin adı muamelelerine değil, ticarî muamelelerine aittir.

c) Buna mukabil Temyiz mahkemesi 4 ncü Hukuk Dairesi, kanaatime iştirak etmektedir. Misâl olarak iki kararı zikredebilirim:

Bir gemi rıhtıma çarparak bir miktar hasar ıka etmiş ve rıhtım sahibi İstanbul Asliye mahkemesi 4 ncü hukuk dairesine müracaat ederek zararın tazminini talep etmiştir. Mahkeme davayı kabul ederek müddei aleyhi mahkûm etmiştir. Hüküm temyiz edilmiştir. Temyiz mahkemesinin 4 ncü hukuk dairesi «merakibi bahriyenin ıka ettiği hasarattan mütevellit zarar ve ziyan davalarının rüyeti Asliye Hukuk mahkemesinin vazifesi haricinde olduğu halde bu nokta düşünülmiyerek davanın rüyetile hükme bağlanması usule muhalif olduğundan hükmün bu sebepten bozulmasına ittifakla» karar vermiştir. Bu karar Ticaret Kanununun 22 nci madde hükmüne nazaran kanuna uygundur.

Diğer kararın hususiyetleri şunlardır: (1938 Temyiz kararları Hukuk kısmı sa. 291, No. 174): Müddeialehlerin, gazete, matbaa ve idarehanesi ve kütüphane olmak üzere müddeilerden kiraladıkları handaki dairei mahsusaya kurdukları buharla müteharrik makinelerin ihmal ve dikkatsizlik neticesi inflâk etmesinden mütevellit tazminat istenilmiştir. «İstanbul İkinci Ticaret Mahkemesince, hadise haksız fiilden münbais olması itibarile davanın tetkik ve rüyeti Asliye Hukuk mahkemesine ait görülerek dosya Asliye 5 nci Hukuk mahkemesine tevdi edilmiş ve İstanbul Asliye 5 nci Hukuk mahkemesinde müddeabih, matbaa ve gazete idarehanesi olarak kiralanan mahalden tevellüt etmiş olmasına ve akdin mahiyetine göre davanın rüyeti ticaret mahkemesine ait olduğu beyanile davanın vazife noktasından reddine karar verilmiştir». Temyiz Mahkemesinin 4 ncü Hukuk Dairesi: «Mezkûr bina, gazete idarehanesi, matbaa ve kütüphane olmak üzere kiralanmış olup bu maksatla gayri menkul isticarı ticarî muamelelerden madut ve müstecirin kusurile mecurda husule gelen zarar ve ziyan davaları kira akdine müteferri bulunmasına binaen» davanın rüyetinin ticaret mahkemesine ait olduğuna karar vermiştir.

Her iki karar Ticaret Kanununun 22 nci maddesine uygundur.

12 — *Bir ticaret şirketinin eşya hukukuna müteallik münasebetlerden doğan borçları hakkındaki içtihadlar:*

a) Müddei olan müessese, mutasarrıf bulunduğu arazide mefruş ve müddei aleyh olan şirkete ait havagazi borularından yapılmakta olan inşaata mani teşkil eden kısmının ref'ini istemiştir. «Hadise müddei ile münakit bir akdi ticariden münbais olmayıp gayri menkulün tasarrufuna ve hakkı irtifaka mütedair bulunmasına nazaran tedkiki, Ticaret mahkemesinin vazife haricindedir» (Temyiz mahkemesi ticaret dairesi. Kararlar mecmuası 1930—1934, sa. 25, No. 21).

b) «Davanın sebep ve menşei olan husus inşa edilen bir gayri-menkul üzerinde arsa sahiplerinin mukavele ile tanıdıkları intifa hakkının yeni malik olan şirket tarafından kabul edilmemesinden mütevellit ve bir aynı hakka müteallik olup Ticaret Kanununun 20 nci madesinde mevzuubahs sinema küşadı ve sinemacılıkla bir alâka ve irtibatı mevcut olmamasına ve taraflar arasında münakid mukavelede müddeilerin inşa edilecek sinema binasında mutlaka sinemacılıkla iştigalleri hakkında bir mecburiyet olmayıp mukavelelenin müstenitünileyhi mezkûr binadan 10 sene intifa hakkının

müddeiler lehine kabul edilmesinden ibaret bulunmasına binaen rüyeti Ticaret mahkemesinin vazifesi haricindedir (Temyiz mahkemesi ticaret dairesi Kararlar mecmuası 1930 — 34, sa. 283, No. 229).

c) Ecnebi bir banka şirketi namına yapılmış olan ipotek'in âmme kanunlarına istinaden hükümsüzlüğünden bahsile iptal davasının tetkiki, hukuk mahkemesine ait olup Ticaret mahkemesinin vazifesi haricindedir, (Temyiz mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesi. 1938 Temyiz kararları Hukuk kısmı sa. 40, No. 17).

d) İstihkak sebebiyle müstenden haksız olarak vazedilmiş olan ihtiyati haczin kaldırılması talebinden ibaret olan davanın mercii rüyeti hukuk mahkemesidir. (Temyiz mahkemesi Ticaret dairesi. 1938 Temyiz kararları Hukuk kısmı sa. 484, No. 274).

e) «Taraflar arasındaki ihtilâflar gümrük idaresinde bulunan elektrik borularının mülkiyetine taallük etmesine ve (tüccar vasfını haiz olan) müddeinin davası satış sebebine müstenit bir istihkak davasından ibaret bulunmasına ve müddei ile (ticaret şirketi olan) müddeialehy arasında bir gûna akit rabitası mevcut olmamasına nazaran davanın rüyeti» Ticaret mahkemesinin vazifesi haricindedir. (Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi, Adliye Ceridesi 1941, sa. 146).

Tenkid: Mezkûr kararlarda, Ticaret kanununun 22 nci maddesi hükmü nazarı itibara alınmamıştır. Müddeialehyler şirket ve dolayısıyla tüccar vasfını haiz olduklarından dolayı bunların mükellefiyet ve borçları ticarî addedilmesi icap eder. Temyiz mahkemesi eşya hukukuna müteallik münasebetleri mutlak ve mücerret olarak adî mahiyette telâkki ettiği halde Ticaret kanununun 22 nci maddesi hükmü ticaret şirketlerinin teknil hukukî münasebetlerinin ticarî olduğunu mutlak bir surette beyan etmektedir. Diğer bir ifade ile denilebilir ki vazii kanunun beyan ettiği kanaata nazaran tavsif işlerinde mücerret bir tetkik tarzı caiz olmayıp yalnız müşahhas bir tetkik tarzı istimal olunacaktır. Bir fiil veya muamelenin tüccarın ticaret sahasını alâkadar ettiği hallerde ticarî, yoksa adî sahasına taallük ettiği hallerde adî olarak tavsif edilmesi lâzımdır. Yukarıda söylediğim gibi bir ticaret şirketinin adî bir hareket sahası mevcut olmadığından dolayı bir şirketin mükellefiyet ve borçları, hangi hukukî münasebetlerden doğarsa doğsun ticarî mahiyettedir. Meğer ki bir muamelenin âmme hukukuna taallûku sabit ola. Etüdümüze saik olan hâdisede, şirket ile gümrük idaresi arasındaki muamelenin âmme hukukuna tabi olup ol-

maması keyfiyeti Temyiz mahkemesince nedense tetkik edilmiştir. (Aşağıdaki 22 nci kısma bak.)

13 — *Hakiki bir şahsın tüccar sıfatı*: Hakiki şahısların tüccar vasfı icra edilen sanata bağlı olup bu sanatın icrasile mahduttur. San'at haricinde tüccar sıfatı hiç bir rol oynamaz. Meselâ, bir mobilya imalâthanesinin sahibi kendi köşkü için bir ressamdan bir tablo satın alırsa fabrikatörün haiz olduğu tüccar sıfatı nazarı itibara alınmaz; fakat fabrikatör aynı tabloyu dükkâmını süslemek maksadile satın alırsa bu muamele san'atın icrasına bağlı olduğundan dolayı fabrikatörün haiz olduğu tüccar vasfı, muamelenin hukukî tavsifi itibarile ehemmiyetlidir.

Bir tüccarın adı sahası ile ticarî sahası arasında bir tefrik yapmak hususu nazari bakımdan gayet basit bir iş olduğu halde tatbikatta muayyen bir muamelenin hangi sahaya dahil olduğunu ispat etmek aynı nisbette güç bir şeydir. İspat külfetini kolaylaştırmak maksadile vazii kanun Ticaret kanununun 22 nci maddesinde menfaatler vaziyetine uygun olan bir karine vazetmiştir: İcrayı ticareti bir tüccarın asli faaliyeti olduğu herkesce malumdur. Malum olan bu husus münazaalı sayılmadığından dolayı ispata muhtaç değildir, (Hukuk Usulü Muhakemeleri mad. 238). Bundan ötürü vazii kanunun, Ticaret kanununun 22 nci maddesinde tanzim ettiği kanunî karine, tecrübenin neticesinden başka bir şey değildir. Demek oluyor ki kanun, tüccar vasfını haiz olan hakiki bir şahsın akit ve borçlarını kaideten icrayı ticarete bağlı ve binaenaleyh ticarî mahiyette telâkki etmektedir.

14 — *Fer'i muamelâtı ticariye*: Başka bir ifade ile denilebilir ki bir tacirin muamelâtı adiyeye teallûku sabit olmıyan akit ve borçlarının, iştigal ettiği sanata murtabit olan veya bunun icrasını teshil eden muamele ve hususlardan neş'et ettiği telâkki olunur. Bu görüş tarzı neticesinde Ticaret kanununun 22 nci maddesi hükmü Ticaret kanununun 25 nci maddesi hükmünün hususi bir tatbik şeklinden başka bir şey değildir.

22 nci madde ile 25 nci madde arasındaki esaslı fark, ispat külfetinden ibarettir. 25 nci madde hükmüne istinat ederek bir muamelenin ticarî mahiyette olduğunu iddis eden kimse, mezkûr muamelenin Ticaret Kanununun 15—21, 24 ncü maddelerinde tadat olunan muamelelere murtabit olduğunu veya bunların icrasını teshil ettiğini ispat etmek mecburiyetindedir. Halbuki 22 nci madde hükmüne istinat ederek bir muamelenin ticarî mahiyette olduğunu

idida eden kimse mezkûr muamelenin bir tüccarı alâkadar ettiğini ispat ile iktifa edebilir. Görülüyor ki 22 nci madde hükmünün tealluk ettiği hallerde bir muamelenin ticarî mahiyeti kaide olarak, bunun adı mahiyeti ise istisna olarak telâkki edildiği halde 25 nci madde hükmünür: derpiş ettiği hallerde bu muamelenin ticarî mahiyeti istisna olarak, adı mahiyeti kaide olarak kabul edilmiştir.

Yaptığımız tahlil fransız hukukunda tatbik olunan meşhur «Feri nazariyesine» (La théorie de l'accessoire) tamamen uygundur. Fransız içtihadına ve müelliflerine göre, bir tüccarın yaptığı muamelelerde, sıfatı asliye ticarettir. (Ticaret karinesi: Présomption légale de commercialité); Halbuki, tüccar olmıyan kimsenin yaptığı bir muamele kanunda tadât edilen ticarî muameleler çerçevesine idhal edilemeyip de mezkûr muamelelere murtabit olur veya bunların icrasını teshil ederse istisnaen ticarî mahiyet iktisap eder (Lyon - Caen: Traité de droit commercial, cilt 1, No. 168, 169, 173, 174, 174 bis. Escarra: Principes de droit commercial, cilt 1, No. 159—168. Frédéricq: Principes de droit commercial Belge, cilt 1, No. 41—45).

Mer'î olan Türk Ticaret kanununu hazırlayan komisyon, Fransız nazariyesini nümune olarak göz önünde tutmuş ve buna nazaran bir tüccarın muameleleri için Ticaret kanununun 22 nci madde karinesini; diğer fer'î muameleler için de Ticaret kanununun 25 nci maddesi hükmünü tanzim etmiştir.

15 — Ticaret kanununun 22 nci maddesindeki karinenin hususiyeti: Muayyen bir muamelenin hususî sebeplerden dolayı münferit tüccarın adı (gayri ticarî) sahasına taallük ettiğini iddia eden kimse, mezkûr muamelenin ticarî işletme ile münasebettar olmadığını ve bu hususun muamelenin icrası zamanında diğer tarafça malûm olduğunu ispat etmeğe mecburdur. Demek oluyor ki kanun, tacire, yapılan muamelâtın muamelâtı ticariyeden olmadığını her zaman ispat etmek hakkını bahşetmek istememiştir. Aksi kabul edilmiş olsaydı maddenin mâna ve maksadının zıdına olarak, bir tarafa, diğer akidin zararına muamele yapmak, yani menfaati icap ettirdiği takdirde Ticaret hukukuna veyahut adı hukuka tabi olmayı istemek hakkı verilmiş olurdu. Kanun, bir mukavelenin yapıldığı anda akitlerin hangi hükümlere tabi olacaklarını vazihan bilmelerini ister. Eğer tacir, bir muamelenin icrası ârında diğer tarafın tanıyıp bileceği bir şekilde, bunun ticarî işlerle alâka ve münasebeti olmadığını beyan etmezse, bu muamele 22 nci maddenin

vazettiği kanunî karineye göre, muameleyi ticariyedendir. Bilâhara aksinin ispatı caiz değildir. Eğer muamele tahriren yapılmış ise, evraka, işin ticarî olmadığını gösteren unsur da derç edilmelidir. (Fransız Ticaret kanununun 638 nci madesinin 2 nci fıkrasına bak.: Néanmoins les billets souscrits par un commercant seront censés faits par son commerce, lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée = Başka bir sebep tasrih edilmedikçe bir tüccar tarafından imza olunan senetler ticarî san'atı için yapılmış olduğu telâkki olunur.)

16 — *Temyiz mahkemesinin kanaati*: Temyiz mahkemesi ticarî san'at icrasını teshil eden kira mukaveleleriyle bunlardan doğan bütün ihtilâfların ticarî mahiyette olduğuna karar vermektedir. (Meselâ, 24 Nisan 1929 tarih ve 6/7 numaralı tevhibî içtihad kararı: Resmî Gazete No. 1315. Mezkûr içtihad, otel ve han küşadı maksadile kiralanan bir gayri menkule mütealliktir. Tahliye davaları hakkındaki Temyiz mahkemesi Ticaret dairesinin verdiği kararlar, Kararlar Mecmuasında bulunabilir: 1935 No. 191, 193, 213. 1936 No. 212. 1937 No. 136, 267. 1938 No. 233, 273). Halbuki diğer hususlarda Ticaret kanununun 22 nci maddesini münferid tüccara da tatbik etmemektedir.

a) Meselâ, Ticaret dairesinin verdiği 17 nisan 1936 tarihli bir kararda deniliyor ki: «Mukavelenameye nazaran ormanın kat'iyat icrası için davacıya kiraya verildiği anlaşıldığı ve bir ormandan ağaç kat'i için yapılan icbar akdi ticarî muamelelerden madut olmadığı ve davacının çenber taciri olması işbu akit ve muamelenin ticarî olmasını müstelzim bulunmadığı için ticaret mahkemesinin vazifelerinden hariçtir.»

Tenkid: Mezkûr muamelenin Ticaret kanununun 15 veya 19 ncu maddeleri hükmüne tâbi olup olmamasından sarfınazar edilirse bir çenber tacirinin ormandan ağaç kat'i işini gayri ticarî bir maksatla yaptığını kaide olarak kabul etmek mümkün değildir. Tüccarın, işigal ettiği san'at branşına dahil değil ise de, adı sahasına taallûku olmıyan akit ve borçları ticarî mahiyettedir.

b) «Ticaret Dairesi, 1771 numaralı kanun mucibince mübadeleye tâbi olanların terketmiş oldukları gayri menkullerin bedeline karşılık olmak üzere tasfiye vesikaları verilmiş ve emri ita ve bedellerinin sureti tesviyesi mezkûr kanunun 3, 9, 10, 12, 16 nci maddeleri hükmüne tâbi tutulmuş adı bir borç senedi mahiyetinde bulunmuş olduğu ve âdi alacak senedlerinin velev bir tacire temlik

muamelesi ticarî olmadığı gibi bu tasfiye vesikalarının bir tacire devr ve temlikinde kasdı temettü bulunsa dahi muameleyi âdi mahiyetten çıkaramıyacağı kanaatindedir.» (Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Heyeti Umumiyesinin 815/1940 tarih ve 36 E./38 K numaralı kararı, 8/2/1941 tarih ve 4729 sayılı Resmî Gazete.).

Tenkid: Âdi mahiyette olan bir borcun bir tacire devrî temlik neticesinde mezkûr borç ticarî bir mahiyet iktisap etmeyip âdi mahiyetini muhafaza eder. Bununla beraber temlik muamelesi ticarîdir, meğer ki tacirin gayri ticarî sahasına taallûku sabit ola. Ticaret Dairesinin «âdi alacak senedlerinin velev bir tacire temlik muamelesi ticarî olmadığı gibi bu tasfiye vesikalarının tacire devr ve temlikinde kasdı temettü bulunsa dahi muameleyi âdi mahiyetten çıkaramıyacağı» şeklinde ifade edilen kanaatı Ticaret Kanununun 22 nci maddesi hükmüne muhaliftir.

c) İki tüccarın arasında çeltik ziraati için bir şirket mukavelesi akdedilmiştir. Şirket münasebetinden doğan borçların mahiyeti hakkında, ticaret dairesi, 2 teşrinisani 1938 tarihli bir kararda şu hükmü vermiştir: «Dava çeltik ziraati için akdedilmiş adı bir şirketten mütevellit olduğu ve tarafların tacir olmaları muameleye ticarî bir mahiyet izafesine kâfi bulunmadığı cihetle, davanın hukuk hâkimi sıfatile rüyeti iktiza ederken, ticaret sıfatile ve Ticaret kanununun hükümlerine tevfikân rüyet ve intacı yolsuzdur».

Tenkid: Mezkûr şirket, adı şirket mahiyetinde ise de şirket münasebetinden mütevellit dava Ticaret kanununun 22 nci maddesine göre ticarî mahiyettedir, meğer ki tüccarların adı sahasına taallûk ettiği sabit ola. Temyiz mahkemesinin verdiği karardan bu istisnanın nazarı itibara alındığı istidlâl edilemez. Her halde «tarafların tacir olmaları, muameleye ticarî bir mahiyet izafesine kâfi bulunmadığı» şeklindeki ifade tarzı kanun lâfzına mugayirdir.

d) Temyiz mahkemesi haksız fiil, haksız mal iktisabı ve eşya hukukundan doğan borçlar hakkında da 22 nci madde hükmünün tatbik etmesi lâzım ise de mezkûr maddenin lâfız ve ruhuna muhalif olarak mezkûr hukukî sebeplerden doğan borçları mutlak ve mücerret bir surette adı addetmektedir. Yukarıda (12 numarada) ileri sürdüğüm tenkid burada da caridir. Temyiz mahkemesinin kanaatinin doğru olmaması keyfiyeti Ticaret kanununun 62, 63, 653, 687, 693, 704, 757—770, 797—821 nci maddelerinden de istidlâl edilebilir. Mezkûr kanun hükümlerinde, haksız fiilden, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruftan, ve eşya hukukuna müteallik münasebetlerden doğan talep hakları, haiz oldukları ticarî mahiyet-

ten dolayı tanzim ve tesbit edilmiştir. Kanunun kabul ettiği manada haksız fiil, haksız mal iktisabı, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruflar ve eşya hukukuna müteallik hususların, tüccarın ticaret sahasını alâkadar ettiği ahvalde ticarî, adî sahasına taallûk ettiği halde adî olarak tavsif edilmesi lâzımdır. (Yukarıda 14 numarada zikri geçen Fransız müellifleri, Fransız hukuku için aynı kanaattedirler). Sinemada bulunan bir sevirci, sinemada zuhur eden bir yangından dolayı bir zarar görürse, tazminat talebinin akdedilen mukaveleye veya haksız fiile yahut bunlardan her ikisine birden istinat etmesi, mezkûr talep hakkının tavsifi için ehemmiyetsizdir. Sinema küşadı ticarî bir hâdise mahiyetinde olduğundan, sinemacılığın icrasına bağlı olan bütün borçların, hukukî sebeplerine bakılmaksızın, ticarî addedilmeleri lâzımdır.

17 — *İki tarafın tüccar sıfatı*: Her mukavele, iki taraflı hukukî bir muameledir. Bir taraf tüccar olup ta diğer taraf ya tüccar olmıyan bir şahıs ise yahut tüccar sıfatını haiz olduğu halde akit bu tüccarın adî sahasına taallûk ediyorsa hukukî durum hangi merkezdedir? Ticaret kanununun 23 ncü maddesi mucibince bir akit tarafeynden yalnız biri için ticarî olsa dahi, hilâfına kanunda serahat olmadıkça bilcümle âkidlerin akdi mezburdan mütevellit borçları hakkında ticarî hükümler tatbik olunur. Demek oluyor ki bir akit, âkidlerden yalnız biri tarafından ticarî olarak tavsif edilebilirse, ticarî mahiyetini muhafaza eder. Binaenaleyh artık, ne mukavele nin diğer tarafın adî sahasına taallûk edip etmemesi keyfiyetine ne de diğer bilcümle tarafların sıfatına bakmaya lüzum vardır. Mukaveleden doğan vecibe, borç ve teahhütler, âkidlerden kimi alâkadar ederse etsin, ticarî akidlere müteallik hükümlere tâbidir, meğer ki hilâfına kanunda serahat ola. Böyle sarîh bir hüküm varken akdin ticarî mahiyeti bozulamaz: yalnız alâkalı olan tarafın vecibeleri kısmen veya tamamen ticarî akidlere müteallik hükümlere tabi olmaz. Misaller:

a) Bir kollektif şirket, azâlarından birine bir eğlence seyahati yapmak üzere 500 liralık bir ödünç veriyorsa bu ödünç mukavelesi ticarî bir muameledir. Çünkü kollektif şirket tüccardır. Bütün akitlerinde istisnasız olarak sıfatı asliye ticarettir. Ödünç akdi, kollektif şirket için ticarî olduğundan ödünç alan şerik tüccar sıfatını haiz olmamakla beraber (Hirsch: Ticaret hukuku dersleri cilt 2, No. 198) ticarî bir akit olup ticarî akidlere müteallik umumî hükümlere tabidir. Fakat karzı ticariye müteallik Ticaret kanununun 748—756 ncı maddeleri ancak istikraz edilen meblâğın umuru ti-

cariyeye sarfedilmek üzere ödünç alınması hallerinde kabili tatbik olduğundan mezkûr maddeler ödünç alanın vecibeleri için hiç bir ehemmiyeti haiz değildir. Ticaret kanununun 747 nci maddesinin sarîh hükmü karşısında akdin ticarî mahiyeti bozulamaz. Fakat ödünç alan şerikin mukaveleden doğan vecibeleri hakkında Ticaret kanununun 748—756 nci maddelerinde tanzim edilen hususlar müstesna olmak üzere - ki bu hususlarda Borçlar kanunu tatbik olunacaktır - Ticaret kanununun diğer hükümleri tatbik olunur. Temyiz mahkemesi de aynı kanaatte bulunup meselâ «Ziraat Bankası tarafından zürraa yapılan ikraz muamelâtının ticarî muamelâttan» madut olduğu tevhidî içtihad kararında beyan edilmiştir. (Temyiz mahkemesi Tevhidî içtihad kararları 1935, No. 10, sahife 13).

b) Bir tüccar, tüccar olmıyan kimse ile bir bey' mukavelesi akdediyorsa muamelenin mahiyeti ticarîdir. Binaenaleyh, gerek ticarî akitlere müteallik umumî hükümler, ve gerek bey'i ticariye müteallik hususî kaideler tüccar olmıyan kimsenin vecibelerine de kabili tatbiktir. Yalnız kanunun sarîh hükmüne nazaran, mebiin ayıplarından doğan tekeffül hususunda Ticaret kanununun 716—721 nci maddeleri tatbik edilmez. Çünkü bu hükümler yalnız iki tüccar arasında kabili tatbiktir. Binaenaleyh, mezkûr bey' mukavelesi ticarî bir muamele ve bey'i ticarî mahiyetinde ise de mebiin ayıplarından dolayı tekeffül hususunda Ticaret kanununun 716—721 nci maddeleri yerine Borçlar kanununun 194—207 nci maddeleri nazarı itibara alınır.

18 — *Ticaret kanununun 23 ncü maddesi ile 19 ncu maddesi arasındaki münasebet:* 23 ncü maddeye göre bir akit tarafeynden yalnız biri için ticarî olsa dahi hilâfına kanunda serahat olmadıkça bilcümle âkidlerin: akdi mezburdan mütevellit borçları hakkında ticarî hükümler tatbik olursa da 19 ncu maddeye göre bir sahibi arzın veya çiftçinin mahsulâtını ve bir maden sahibinin çıkarılmış cevherleri bey' etmeleri umuru adiyedendir. Bir çiftçinin san'atı ziraiyesine tebaen bir tezgâhta mahsulâtı arziyesinin şeklini tebdil etmesi ve bir san'atkârın gerek bizzat, gerek amele istihdam veya makine istimal ederek asarı san'atını vücude getirmesi ve bu asarı bey' etmesi ve bir müellifin asarını tab, neşir ve bey' eylemesi kezalik umuru adiyedendir. Acaba 19 ncu madde hükmü 23 ncü maddenin bir istisnasını teşkil eder mi? Meseleyi daha iyi bir şekilde aydınlatmak için bir iki misal verelim: Bir çiftçi mahsulâtını bir toptancı tüccara satmıştır. — Bir marangoz küçük atelyesinde is-

tihdam ettiği bir amelenin yardımı ile mobilyalar vücade getirip bir mobilya mağazasına satmıştır. — Bir ressam yaptığı resimi bir antikacıya satmıştır. — Bir müellif yazdığı kitaplarını kendi hesabına bastırıp satmak üzere bir kitapçıya vermiştir.

Sayılan muamelelerin mahiyeti 19 ncu maddeye göre mi yoksa 23 ncü maddeye göre mi tesbit edilir? Çiftçi, marangoz, ressam ve müellif, mezkûr mahsulâtı satmak niyetile vücade getirirler bile ticarî bir san'atla meşgul olmayıp tüccar sıfatını haiz değildirler. Mezkûr muameleler çiftçi, marangoz, ressam ve müellif bakımından adî mahiyette olduğu halde diğer âkit taraf bakımından ticarî muamelelerden maduttur. Bu gibi hallerde 19 ncu madde, 23 ncü maddeye mi yoksa 23 ncü madde 19 ncu maddeye mi tekaddüm eder ve yahut bir tarafın vecibelerine ticarî hükümler, diğer tarafın vecibelerine aid hükümler mi tatbik olunur?

Temyiz mahkemesinin 8/3 numara ve 27 şubat 1929 tarihli tevhidi içtihad kararına nazaran Ticaret kanununun 23 ncü maddesi 19 ncu maddeye tekaddüm eder. (Resmî Gazete No. 1181); Demek oluyor ki 19 ncu madde hükmünde adî addedilen muameleler taraflardan yalnız biri için ticarî olsalar da, bilcümle âkidlerin mezkûr mukavelelerden mütevellit borçları hakkında ticarî hükümler tatbik olunur. Temyiz mahkemesinin kararı kanunun ruhuna uygundur. Çünkü ticarî bir müesseseye nisbet edilebilen her muamele Türk Ticaret kanununun kabul ettiği manada ticarî mahiyette olduğundan dolayı ticaret hukukunun hususî hükümlerine tabidir., meğer ki hilâfına kanunda serahat ola. Ticaret kanununun 19 ncu maddesi hükmü bu mahiyette değildir. Bu maddenin gayesi, 15 ve 20 nci maddelerdeki kaideleri tahdit etmek ve zirai, ilmî, edebî ve bedii gibi mahsulleri vücade getiren kimselere tüccar vasfını izafe etmemektir. Halbuki, mezkûr şahıslar, vücade getirdiği mahsuller üzerinde ticaret erbabile bir mukavele akt ve bu suretle ticarete iştirak ederlerse ticarî hükümlere de tâbi bulunurlar.

19 — *Borcun mevzuu*: Yukarıda (No. 8 c) söylediğimiz gibi bir borç veya akdin ticarî mahiyeti alâkadarların tüccar sıfatından sarfınazar edilse de borcun mevzuuna bağlı olabilir.

A — *Borcun mevzuu*: Mutlak, nisbî veya fer'i kıstaslara göre ticarî addedilebilir:

a) Ticaret Kanununun 21 nci maddesinin 3, 4, 6, 8 numaralı bendlerinde sayılan poliçe veya çekler gibi emre veya hamile mu-

harrer senetler (1), kambiyo muamelâtı, hesabı cari mukaveleleri, ticaret şirketinin teşkili ve hisse senetleri bey' v şırası gibi mutlak bir surette, yani alâkadarların niyet ve sıfatı nazarı itibara alınmaksızın ticaridirler.

b) Ticaret kanununun 15—18 e kadar olan maddelerde ticari muamelenin mümeyyiz vasfı olarak ahare bey' veya icar niyeti, yani spekülatif mübadele kasdı kabul olunmuştur. (Nısbı kistas) Mübadele kasdı veya spekülatif maksat tanınabilir bir surette beyaı edildiği taktirde tüccar olmıyan şahıslar arasında vuku bulan mezkûr muameleler ticari addedilir.

c) Alâkadarların niyetine nazaran yahut sureti mutlakada ticari addedilen muamelelere murtabit olan veya, bunların icrasını teshil eden bilcümle muameleler dahi muamelâtı ticariyeden maduttur. (Fer'i kistas) Ticaret kanununun 25 nci maddesinde mevzuubahs olan bu çerçeveye Ticaret Kanununun 21 nci maddesinin 9—13 numaralı bendlerinde sayılan muamelelerle Ticaret kanununun 15—25 nci maddelerinde tadât edilmemiş olan ticari karz, ticari rehin ve ticari vekâlet müesseseleri de dahildir. Çünkü 21 nci maddenin 9—13 e kadar olan numaralarında zikredilen muameleler deniz ticaretine murtabit olan veya bunun icrasını teshil eden muamelelerdendir. Kezalik umuru ticariyede sarfedilmek üzere bahşedilen bir ödünç veya ticari bir borç temin maksadile verilen bir rehin ticari bir muameleye murtabit olan veya bunun icrasını

(1) Ticaret Kanununun 21 inci maddesinin 3 nli fıkrası mucibince «poliçe veya emre ve hâmile muharrer senetlerle çekler» sureti mutlakada ticaridirler. Bu kaideye kullanılan «emre muharrer senet» tabirinin mânası müphemdir. Bu tabir altında ya «emre» ibaresini ihtiva eden her hangi bir senet veyahut ancak Ticaret Kanununun 604 üncü ve müteakip maddelerinde tarif edilen «emre muharrer senet» anlaşılabilir. Temyiz Mahkemesinin 4 üncü Hukuk Dairesi 24. 2. 1936 tarih ve 1066/422 nli kararında ilk noktai nazarı kabul etmiştir. Halbuki Ticaret Dairesi 16. 1. 1936 tarih ve 84/159 nli kararında ikinci noktai nazara meyletmiştir. Heyeti Umumiye 8. 7. 1936 tarih ve 7/23 nli kararla Ticaret Dairesinin tefsir tarzını kabul etmiş ise de Tevhidi İctihat Heyeti Umumiyesi 8. 5. 1940 tarih ve 36 E./85 K. numaralı kararında (8. 2. 1941 tarih ve 4729 numaralı Resmî Gazete) 4 üncü Hukuk Dairesinin noktai nazarına iltihak etmiştir. Tasfiye vesikalarına (mübadil bonolarına) müteallik mezkûr karar doğrudur. Çünkü 15. 2. 1938 tarih ve 4/100 numaralı «Hukuki Bilgiler Mecmuasında» gösterdiğim gibi Ticaret Kanununun 21 inci maddesinin 3 numaralı fıkrası «poliçe veya çekler gibi emre veya hamile muharrer senetler» tarzında tefsir edilmelidir.

kolaylaştıran bir muameledir. Aynı kaide ticarî vekâlet müessesesi için de caridir. Ticaret kanununun 822 nci maddesi mucibince vekâleti ticariyenin mevzuu müekkil nam ve hesabına muamelâtı ticariyeyi icradır. Vekil, müekkilinin bir vasıtasından başka bir şey değildir. Vekil, müekkilinin yaptığı veya yapacağı muamelenin icrasını teshil etmektedir.

B — Mevzuuna nazaran ticarî addedilen bir borç veya akit, ticarî hükümlere, hususile ticaret kanununun 642—684 ncü maddelerine tabidir. Çünkü bir ticarî muameleyi tesadüfen icra etmiş olan kimse tacir sıfatını ihraz etmese de icra ettiği muamele ticarî hükümlere tabidir. Meğer ki hilâfına kanunda serahat ola. (Ticaret kanunu 11 nci mad.). Böyle sarîh bir hüküm vasıtasile borç veya akdin ticarî mahiyeti bozulmaz; yalnız alâkalı olan husus ticarî borçlara müteallik hükümlere tabi olmaz. Misal olarak Ticaret kanununun 653, 668, 674 824 ve 825 inci maddeleri gösterilebilir. Mezkûr kaideler yalnız tüccar vasfını haiz olanlar hakkında kabili tatbiktir.

20 — *Alâkadarların tüccar sıfatı ve borcun mevzuu*: Bazı hallerde bir muamelenin ticarî mahiyeti gerek alâkadarların tüccar sıfatına gerek borcun mevzuuna, yani bunlardan her ikisine birden bağlanabilir. Meselâ mevzuuna nazaran ticarî addedilebilen muameleler tüccar vasfını haiz olan bir şahıs tarafından yapılmışsa her iki kıstasa tesadüf olunur. Bu durum münhasıran tüccarlara mahsus maddelerin tatbiki hususunda ehemmiyetlidir. Meselâ, mevzuuna göre, ticarî addedilebilen bir vekâlet mukavelesinde, Ticaret kanununun 824 ve 825 nci maddeleri hükmü yalnız tüccar vasfını haiz olan bir vekile tatbik olunabilir. Mevzuuna göre ticarî addedilebilen bir bey' mukavelesinde Ticaret kanununun 716—721 nci maddeleri hükmü yalnız tüccarlar arasında kabili tatbiktir. Bundan anlaşılıyor ki bir muamelenin tavsifi işinde gerek alâkadarların sıfatı, gerek muamelenin mevzuu göz önünde tutulursa, yalnız bu taktirde doğru bir netice istihsal olunabilir.

21 — *Hususî haller*: Bazı hallerde Ticaret kanununun hükümlerine nazaran ticarî addedilebilen bir muameleye müteallik kanunî kaideler kısmen veya tamamen Borçlar kanununda tanzim edilmiştir. Meselâ, Ticaret kanununun 20 nci maddesi mucibince her nevi emvali menkule itası teahhüdatı ve alelûmum imalât ve inşaat tekabül ve iltizamı, muamelâtı ticariyedendir. Halbuki istisna akdine müteallik hükümler Borçlar kanununun 355—371 nci maddelerinde bulunur. İcar mukavelesine müteallik hüküm-

ler Borçlar kanununda bulunduğu halde bazı şartlar altında icar mukavelesi de ticarî muamele olarak addedilebilir, (T. K. 16). Naşirlik Ticaret Kanununun 20 nci maddesi mucibince ticarî bir muamele mahyetinde olduğu halde neşir mukavelesine müteallik kaideler Borçlar kanununun 372—385 nci maddelerinde tanzim olunmuştur. Otel, han, lokanta gibi umumî mahaller küşadı Ticaret kanununun 20 inci maddesi mucibince ticarî mahiyette olduğu halde otelcilerin mesuliyeti ve hapis hakkına dair kaideler Borçlar kanununun 478—482 nci maddelerinde bulunur. Hususî ve umumî bankalar muameleleri mutlak bir surette ticarî mahiyette olduğu halde itibar mektubu, itibar emri ve havale gibi tipik banka muamelelerine müteallik hükümler Borçlar kanununun 329—403, 457—462 nci maddelerinde tanzim edilmiştir.

Bununla beraber mezkûr muameleler ticarî mahiyetini muhafaza ederler mi? Ticaret kanununun 653, 668, 680—684 ncü maddede hükümlerinin tatbiki hususunda büyük ehemmiyeti haiz olan bu suale müsbet bir cevabın verilmesi elzendir. Ticaret Kanununun 15—25 nci maddelerine nazaran ticarî addedilebilen bir muameleye müteallik hususî kaideler kısmen veya tamamen Borçlar kanununda veya herhangi diğeri bir kanunda tanzim edilmiş olsa dahi, muamele ticarî mahiyetini muhafaza eder. Demek oluyor ki, ticarî borç ve mukaveleler hakkındaki bütün hükümler nazarı itibara alınır; Ticaret mahkemeleri vazifedardır. İspat vasıtaları hakkında bir tahdidat yoktur. Yalnız muamelenin hususiyetleri hakkında Borçlar kanununun mezkûr muameleye müteallik hususî hükümler tatbik olunur. Bir muamele tipi Ticaret kanununda hususî bir surette tanzim edilip te mezkûr kaideler herhangi bir sebepten dolayı kabili tatbik değilse, aynı hüküm caridir. Meselâ, bir antikacı, bir ressamın yaptığı bir resmi onun nam ve hesabına bir memura satarsa, antikacı tüccar vasfını haiz olduğundan dolayı vekâlet akdi ticarî bir muameledir. Halbuki, Ticaret kanununun 19 ve 822 nci maddelerini göz önünde tutarsak vekâlet akdini adî adetmek mecburiyetindeyiz. Binaenaleyh, Ticaret kanununun 822 nci ve müteakip maddeleri yerine Borçlar kanununun 386 ncı ve müteakip maddelerini tatbik etsek dahi muamele antikacıya nazaran ticarî mahiyette olduğundan dolayı Ticaret kanununun 642—684 ncü maddelerinin tatbikinden sarfınazar edilemez. Bunun neticesi olarak, Ticaret kanununun 822 nci ve müteakip maddeleri kabili tatbik olmasa da vekâlet münasebetinden mütevellit ihtilâflara Ticaret mahkemesi bakıp ticarî akitlere müteallik Ticaret kanununun 675

—684 ncü umumî maddelerini de tatbik eder. Hususile antikacının bir ivaz talep ve istifa etmeğe hakkı vardır. (Tk. 653).

22 — *Netice*: İzah ettiğimiz prensipleri etüdümüze saik olan Temyiz mahkemesi içtihadına tatbik edersek aşağıdaki neticelere varabiliriz:

a) Ticaret şirketile gümrük idaresi arasında akdedilen mukaveleyi tarafların sıfatına göre tetkik edersek mezkûr muamelenin Ticaret kanununun 22 nci maddesi hükmüne göre ticarî mahiyette olduğu aşikârdır. (Yukarıda No. 10)

b) Mezkûr muameleyi mevzuuna göre tetkik edersek, Ticaret kanununun 17 ve 24 ncü maddeleri kabili tatbik değildir. Bu muamele ne mutlak surette, ne nisbî surette ticarî muamelelerdendir. Fakat muamele ile istihdaf edilen gaye nazarı itibara alınırsa Ticaret kanununun 25 nci maddesi kabili tatbiktir. Temyiz mahkemesinin kanaatine göre hususî antrepo tesisi ve memur maaşının itasına müteallik bir teahhüt doğrudan doğruya gümrük muamelesinin icrasını teshil ve kaçakçılığın vukuunu men maksadına müstenit bulunmuş olduğundan ticarî muamelelere bir gûna irtibatı yoktur. Bu tefsir tarzı menfaatler vaziyetine uygun değildir. Gümrük kanununun 34 ncü maddesine göre, ecnebî memleketlerden gelen eşya doğrudan doğruya gümrük idaresine ait anbar veya antrepolarda veyşhut gümrük idaresinin müsaadesile tesis olunan hususî antrepolara vazolunur. Aynı kanunun 41 nci maddesi mucibince hükûmete ait antrepolara idhal olunan eşyadan alınacak ücret icabatı mevkiîyeye göre İcra Vekilleri Heyeti tayin edilir. Şirketlere tevdi edilmiş veya edilecek olan antrepolara mevzu eşyadan alınacak ücret bu hususta hükûmet şirketler beyninde münakid mukavele nameler ahkâmına tâbidir. Makalemizin mevzuunu teşkil eden hadiseye sebep olan mukavele bu mahiyettedir. Şirket, hususî surette tesis ve antrepoda idare tarafından istihdam olunan memur maaşlarına göre tesbit edilen bir meblâğı gümrük idaresine tediye etmeği taahhüt ederse, hakikati halde anbar ücreti hakkında bir taahhüt icra edilmiş olur. Eğer tüccar olmıyan bir kimse ithalât işlerini kolaylaştırmak maksadile hususî bir antreponun tesisi hakkında gümrük idaresile bir muamele yaparsa, gümrük idaresinin menfaatlerini temin etmek gayesile hareket etmeyip kendi işlerini teshil etmek maksadile muamelede bulunmaktadır. Her ithalât işi bir nakliyat mukavelesine bağlı olan bir hususu teşkil eder. Gümrük işleri de nakliyat mukavelesinin icrası zımında vukubulan hadiselerdir. Nakliyat mukavelesi mutlak bir surette muamelâtı ti-

cariyeden madut olduğundan dolayı (T. K. 20, No. 4; 881; 21 No. 11), nakliyata bağlı olan gümrük işlerini hususî bir surette yapmak üzere aktedilen bir mukavele nakliyat mukavelelerine merbut olan ve bunların icrasını teshil eden muamele mahiyetindedir. Bundan dolayıdır ki mezkûr mukavele mevzuuna göre de fer'î muamelâtı ticariyedendir.

Ord. Prof. Dr. ERNST E. HIRSCH