

## TİCARET KANUNUNUN ISLAHI HAKKINDA FİKİRLERİM

### A — Nazari esaslar :

1 — Halen mer'î olan Ticaret Kanununun ıslahı hakkında yapılacak tedkikatın nazari bir izah ile başlaması yeknazarda tuhaf gibi görünebilir. Fakat bir çok hukukçularla yaptığım münakaşalardan, hususile gazete ve mecmualarda okuduğum makalelerden, Ticaret Kanunu ile Ticaret Hukuku, ilim ile kanun tekniği arasındaki münasebetin henüz tamamile anlaşılmiş olmadığı ve bu hususta hatalı görüşlerin hâkim olduğu kanaatına vardım. Bu görüşler hâkim kaldıkça, yapılacak reformun bizi tatmin edebilecek bir neticeye varması kabil değildir. Bugünkü vaziyetin doğurduğu ihtilâfların çoğu, ilmî bir mefhum olan Ticaret Hukukunun yanlış anlaşılmiş ve vazii kanun için haiz olduğu ehemmiyetin hatalı taktir edilmiş olmasından ileri gelmektedir.

İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında bu mevzu etrafında verilen mufassal izahatı tamamlamak üzere aynı mevzuu, aşağıda diğer bir noktai nazardan tetkik etmeği faydalı buldum.

2 — Tafsilâta girişmeden evvel önce gayri kabili münakaşa olan bir takım hakikatleri tesbit edelim :

Cihan iktisadiyatına iştirak eden bütün devletlerde, ekonomik hayatın doğurduğu muhtelif hâdiselere mahsus hususi normlar mer'iyettedir. Bu normlar ticarî teşebbüsün keza hususi olan ihtiyaçlarına uygun olarak tanzim edilmişlerdir. Bütün dünyada, deniz ticaretinde, senedatı ticariyede, ticaret şirketlerinde, ticarî teşebbüslerin ve bu teşebbüs mahsulâtının tanınması için vücuda getirilen işaretlerde, alâmeti farika, unvanı ticaret ve sairede sigorta işlerinde ve daha bir çok ticarî muamelelerde zuhur eden hâdiselere ve bu hâdiselere merbut olan hukukî problemlere tesadüf edilir.

Mevzu bakımından bu problemlerin halli, devletlerin hususî ihtiyaçlarına, ve o devletlerde hâkim olan tabakanın içtimai ve iktisadî hayatın maksada en elverişli bir tarzda tanzimi hususunda edindiği kanaat ve idelere göre, değişir.

Fakat ayrılık yalnız mevzu bakımından değil formel teknik bakımdan da mevcuttur.

Meselâ bir çok devletlerde, muhtelif hukuk müesseseleri için isdar edilmiş bir çok hususî kanunlara tesadüf ederiz. Buna mukabil diğer bazı devletlerde, ticaret hukuku normlarının medenî kanunlara ithal edildiğini görürüz. Fakat ekseri devletlerde, ticaret ve iktisadiyat için ehemmiyetli olan hususî normların hepsi değilse de kısmı âzamı ticaret kanunlarında bir araya getirilmişlerdir.

Birbirinden ayrı olan kanun tekniklerine âmil olan sebepleri araştırarak olursak, evvelemirde ilme düşen vazife ve ilmin kullandığı metod ile kanun vaz'ında kullanılan teknik ve takip edilen gaye arasındaki farkı tebarüz ettirmeliyiz.

3 — İlme düşen vazife, bilgiyi metodik bir surette toplamak ve topladığı malûmatı muayyen düzen ve görüşlere göre sistematik bir tarzda birleştirmektir. Bu vazifeyi bir tek şahsın başarması kabil olmadığından, ilim iş bölümü prensipine baş vurmuştur. İmdi, ilme düşen vazifenin muhtelif branşlara taksim edilebilmesi için muhtelif mesai sahalarının birbirine karşı tahdidine ihtiyaç vardır. Diğer taraftan vücuda gelen branşların hududunu tayin edebilmek için de muayyen kıstaslara, ölçülere ve

taksimatin tatbiki için muayyen vasitalara lüzum vardır. İlmî iş bölümünde, ölçü, normal bir zekâyâ malik olan bir âlimin say'î ve kavrama kabiliyetinin hudududur. İş bölümünde vasiteler ise, ilmî mefhumlardır. Tetkik edilecek bilgi sahası ne kadar küçük ise iş bölümüne karşı duyulacak ihtiyaç da o nisbette az hissedecektir. Bunun neticesinde vücuda gelecek «spécialisation» da o nisbette mahdud olacaktır. Buna mukabil ilme düşen vazifelerin miktarı arttığı ve tetkik edilecek sahanın hududları genişlediği nisbette «spécialisation» a karşı duyulan ihtiyaç o nisbette tezayüd edecek ve aynı nisbette ilmî mefhumların adedi artacaktır. Bilginin ve münferid bilgi branşlarının tarihçesini tetkik edenler, mevzuubahs ettiğim haller için bir çok misallere tesadüf etmişlerdir. Biz ise mevzuumuzu, bugün bütün dünyaca tanılan, yani ilim bakımından zarurî görülen ilim branşı «Ticaret Hukukuna» hasredeceğiz.

4 — İlim branşı Ticaret Hukuku oldukça gençtir. Doğumuna âmil olan hâdise İtalyan hukukçusu Benvenuto Stracca'nın meşhur eseridir.

Stracca «tüccarların talebi üzerine», 1553 senesinde, «Tractatus de mercatura seu mercatore» namı altında hukukî bir eser neşrederek, bu eserinde ilim tarihinde ilk defa olarak, ticarete zuhur eden tipik muameleleri ve tüccarlar için ehemmiyetli olan hususî normları sistematik bir surette bir araya toplamıştır. Fakat ilim ağacında, bu tohumdan ticaret hukuku ilminin inkişafına, hukukçularda, hukuk ilmüne düşen vazifenin daha iyi başarılması için hususî hukuk grupunda iş bölümünün zarurî olduğuna kanaatinin galebesine kadar, bir çok asırlar geçmiştir. İş bölümünün zarurî olduğu kanaati galebe çaldıktan sonra, bunun tatbiki için bir ölçü aranmış ve bu ölçü **Ticaret Hukuku mefhumunda** ihdas edilmiştir. Bu mefhumun hangi kıstaslara ve hangi görüşlere göre teşkil edileceği ilim muhitinde uzun uzadıya münakaşalara sebebiyet vermiştir. Bu münakaşa bugün bile nihaî bir neticeye varmış değildir.

5 — Şu izahatımızdan, ticaret hukuku mefhumunun hukuk

ilminin muayyen bir branşını gösteren bir müş'ireden başka bir şey olmadığı neticesi çıkar. İlmî bir «classification» için vücuda getirilen bir mefhumdur yani ilmî görüş ve maksatlara göre bir araya getirilen ve sistematik bir surette birbirile bağlanan bir çok hukuk normlarını kendi altında toplayan ilmî bir tâbirdir.

6 — Şu izahattan sonra, **kanun va'ında** kullanılan teknik ile kanuna düşen vazifeleri tetkik edelim: mevzuun karışmaması için örfî âdet hukukundan sarfı nazar edilerek, araştırmanın bu gün bütün modern Devletlerde mer'î olan filî münasebetlere hasrı daha faydalı görülmüştür.

Kanun vaziiinin vazifeleri, beşerî cemaatin sosyal hayatını tanzime matuf kaideler isdar etmektedir. Hakikat halde, vazii kanun ne ticaret, ne medenî, ne de cezai normlar isdar eder. Ancak görüş ve kanaatine göre hukukî nizama muhtaç olan hâdiseler için hukukî kaideler koyar. Cemaatin sosyal hayatı ne kadar basit ise, isdar edilecek normların adedi de o nisbette azdır. Diğer taraftan norm miktarı ne kadar az olursa vazii kanun için bu normlarını muayyen istikametler dairesinde tanzim etmek lüzumu da o nisbette azalır. Bir çok tarihi misaller bu durumu isbat ederler.

Fakat buna mukabil sosyal hayat inkişaf ve tekâmül ettiği, dolayısıyla karıştığı ve güçleştiği nisbette, kanunî bir nizama muhtaç olan hâdiselerin miktarı artar. Devletler evvelâ hususî kanunlarla en zarurî olan ihtiyaçların tanzimine kalkışır. Arsî mâna da geniş kodifikasyonlar tekâmül etmiş bir kültür seviyesine, sosyal hayata delâlet ederler. Bu mertebeye varmış olan kültürler ancak ihatası kolay olan kanunlarla rasyonel bir tarzda idare edilebilirler. Zira kanunu tatbikî memur olan şahıslar hukuk normlarını kolay bir tarzda kavrayabildikleri ve tatbik edebildikleri takdirde, hukuk nizamı muntazam bir surette icrai faaliyet edebilir. Kanun ve nizamnamelerin karışık bir halde buldukları yerlerde bunların ihatası da güç olduğundan, devlet mekanizması ya güç veya hiç faaliyete geçemez. Hukuk kaidelerinin mevzu itibarile âdet ve iyiliğinden ziyade bunların tatbik kabiliyeti ve ihatasının kolaylığı sosyal hayatın suhuletle cereyanını temin eder.

7 — Bu yüzden, vazii kanunlar da, bir düzen vazifesi karşısında bulunurlar. Bu düzenin gayesi ilme düşen düzen vazifesinden ayrı olduğundan, vazı kanun kendisine uygun gelen ölçü ve vasıtaları aramak zaruretindedir. Diğer taraftan, sosyal münasebetler de her devlette, birbirinden ayrı olduklarından, ölçü ve ayırma vasıtaları da birbirinden farklıdırlar. Vazı kanun kendi muhitine uygun gelen ayırma kıstaslarını ararken diğer devletlerde bulunan sistemleri örnek ittihaz, bundan maada ilim için haizi ehemmiyet olan ayırma görüşlerinden istifade edebilir.

Fakat şunu unutmamalıyız ki, hiç bir vazii kanun, ilmin vücuda getirdiği ayırma usul ve örneklerle diğer devletlerdeki sistemlere bağlı değildir. Kendine düşen düzen vazifesinde ehemmiyetli telâkki ettiği gayelere erişmek ve kamusal devlet mekanizmasının faaliyetini arzu edilen tarzda temin için ekseriyetle başka yollar takip etmek mecburiyetindedir ve edebilir.

8 — Meselâ, devlet, hukuk cemaatinde hukuk malzemesinin meslek, sınıf ve «Stand» taksimatına göre, ayrılmasını doğru bulabilir. Hukuk tarihi bu tarzı taksime dair bir çok misallerle doludur. Eski ve sakıt olduğu zannedilen bu sistem bugün bir çok devletlerde yeniden ihya olmuştur.

9 — En mühim ayırma görüşlerinden ve düzen sistemlerinden birini devletin adliye teşkilâtı teşkil eder. Ceza tayini, hukuk mesaili ile meşgul olan mahkemelerden ayrı mahkemelere terki lüzumunu hisseden devletlerde, ceza mahkemelerindeki usul kaidelerini, diğer mahkemelerdeki usul kaidelerinden haricen de tefrik etmek ve ayrı ayrı usul kanunları isdar etmek zarureti doğmuştur. Keza iktisadî hâdiselerin takdirinde, hukuk ihtilâflarını takdire salâhiyetli olan mahkemelerden ayrı mahkemeleri vazifedar kılmak ihtiyacının hissedildiği yerlerde, ticaret mahkemelerinde dava usulü için de hususî normlar isdar edilmiştir.

Geçen asırlarda tedvin edilen ve bilhassa ticaret mahkemeleri için isdar edilen hususi usul kanunları bu ihtiyaçlara irca olunabilir.

10 — İmdi, hukuk malzemesinin bu tarzda düzenlenmesi yal-

nız usul kaidelerine inhisar etmez. Ceza işleriyle meşğul olan hâkimin usul kaidelerinden maada maddî ceza normlarını da, yani esasa taallûk eden normları da, bir arada bulması, ve bunları birbirinden ayrı olan müteaddit kanunlarda aramaması faydadan hâli değildir. Aynı mülâhaza yalnız hukuk veya ticaret işleriyle meşğul olan hâkimler için de variddir.

Usul kanunlarındaki ayırmada olduğu gibi ceza hâkimi için ehemmiyetli olan maddî ceza normlarının hususî bir ceza kanununda, ticaret veya hukuk hâkimi için ehemmiyeti olan maddî hukuk normlarının ticaret veya medenî kanunlarda bir araya getirilmesi kadar akla yakın bir şey düşünülemez. Fakat bu ayırmanın fiilen ve tamamen vücud bulacağı zannedilmemelidir. İzah ettiğimiz tarzda hususî kanunlar isdar eden her hangi bir devletin kanunları tetkik edilecek olursa, ticaret ve medenî kanunlarda ceza normlarının, ticaret kanunlarında medenî hukuk normlarının, usul kanunlarında maddî hukuk hükümlerinin ve nihayet mesaili maddiyeye yani esasa taallûk eden kanunlarda usul normlarının da mevcut olduğu görülecektir.

11 — Üçüncü bir ayırma, hukuk malzemesinin sosyal hayat için ehemmiyetli olan bazı müesseselere ve hayat münasebetlerine raptı suretile tasavvur olunabilir. Muayyen bir hayat münasebetine taallûk eden bütün normları, (hususî, amme, ceza, medenî veya ticaret, usul hukukuna veya maddî hukuka dahil olup olmadıklarına bakılmaksızın) bir tek kanunda bir araya toplamak suertile bir ayırma sistemi vücuda getirmek mümkündür. Meselâ aile müessesesi için yalnız hususî hukuk normlarını değil, mevzuu bahsedilen bütün normları evlenme, nesep, karabet, miras ve saire hakkında cezaî hükümleri, amme hukuku normlarını, toplu olarak ihtiva eden bir kanun pekâlâ tasavvur olunabilir. Bu kanunda aile müessesesi ile her hangi bir surette ilişiği olan bütün kaideler, dahil oldukları hukuk gruplarına bakılmaksızın, icmal edilmiş olacaktır. Veyahut arazi hakkında, gerek gayri menkul hususunda hususî ve amme hukuku hükümlerini, gerekse muaddin hukuku, tabii kuvvetlere dair normları toplu olarak bir araya getiren bir kanun da pekâlâ düşünülebilir.

Keza yalnız şirket ve cemiyetler için ehemmiyetli olan ve bugünkü ilmi telâkkilere göre kısmen hususî hukuka, kısmen amme hukukuna, kısmen ticaret hukukuna ithal edilen bütün hukuk normlarını ihtiva eden bir tek kanun da vücuda getirilebilir. Nihayet deniz nakliyatını alâkadar eden bütün münasebetleri tanzim eden bir kanun da kabili tasavvurdur.

12 — Şu saydıklarımızdan başka ayırma imkânlarının bulunabileceği ihtimal dahilindedir. Fakat bunları teker teker tatdat etmek ve araştırmak bizi mevzuumuzdan uzaklaştıracağından sarfı nazar ettik. Saydıklarımız, vazii kanunun hukuk malzemesinin düzenlenmesinde, her hangi bir örneğe veya ilmin vücuda getirdiği ayırma sistemlerine **bağlı olmadığını**, bilâkis kendi ülkesine en uygun gelebilecek bir usul ittihazında **serbest olduğunu** isbata kâfidir. Türkiyede sosyal, iktisadî ve hukukî münasebetlerin, Fransa, İngiltere, Almanya, İsviçre veya her hangi bir diğer devletten farklı olduğunu herkes bilir. Bunun sebepleri de umumiyetle malûmdur. İcap ettikçe aşağıda vereceğimiz izahatta bunlara temas edilecektir. Münasebetlerde fiilen mevcut olan ayrılık başka şartlar altında mer'î olan ilmi nazariye ve kanun nümuneleri ile de bertaraf edilemez. Bundan ötürü mer'î olan Ticaret kanununun reformu ile alâkadar olan meseleleri yalnız ve yalnız Türk, vazii kanunu için ehemmiyetli olacak bir nokta nazardan tetkikini kendine vazife bildim. Bence problemin bu suretle halli Türkiyedeki hususî vaziyete en uygun gelenidir. Modern hukuk ilminin tetkik ve istintacati, son zamanlarda inşar eden ecnebi kanunlar nazarı itibara alınacaksa da, araştırmamızın ana gayesini teşkil etmiyecek, belki gayenin tahakkukunda bir vasıta olacaklardır.

Adliye Vekâleti tarafından Ticaret kanununun reformu ile tavzif edilen komisyona, ticaret ve borçlar kanununda aynı mevzulara taallük eden bahislerin değişik hükümlerle tedvin edilmiş olması hususunun tatbikatta ihtilâti mucip olup olmadığının tetkiki vazifesi verilmişti. İhtilâtın mevcudiyeti hakkında müsbet cevap verildiği takdirde, komisyon bu mubayenetin izalesi için tekliflerde bulunacak ve aynı zamanda Ticaret kanununun ısla-

ha, tadile veya ikmale muhtaç olan diğer hükümlerini müzakere edecektir.

Şu emre nazaran kanunun reformu ile alâkadar olan meselelerin tetkiki için çizilen çerçeve oldukça geniştir. Evvelâ umumî meseleleri tetkik etmek ondan sonra münferid ve hususî vaziyetleri münakaşa etmek şayanı tavsiyedir.

Raporun B kısmında kara ticareti kanununun ıslahında mevzuu bahsolan umumî meseleler münakaşa edilecektir. Raporun C kısmı deniz ticaretini alâkadar eden umumî mevzuları tetkik edecektir.

D ve E kısımlarında teferruata girişilecek ve muhtelif hukukî müesseseler mufassalan izah edilecektir.

Nihayet raporun son kısmında teklif edilen tadilâtın tahakkukuna yarayacak vasıtalar araştırılacaktır. Bu meyanda iki ihtimal mevzuu bahsolacaktır : Biri Ticaret Kanununun ilğası ve yerine muaddel İsviçre Borçlar Kanununun (3 ilâ 5 inci kısımlarının, Deniz Ticaretinde modern bir kanunun), aynen iktibası; diğeri Ticaret Kanununun ibkası ve fakat bozuk olan hükümlerinin tadilidir. F kısmında her iki ihtimalin faide ve mahzurları tahlil edilecek ve Türkiye için en faydeli olan hal tarzının hangisi olduğu isbata çalışılacaktır. Bu meyanda Devletçilik prensibinin Türk Ticaret Hukukunda doğuracağı tebeddülât bilhassa nazarı itibare alınacaktır.

## B — Kara Ticareti Hukukunda umumî problemler :

1 — Halen mer'iyette olan ticaret kanunu iki kitaba ayrılır. Birincisi kitabı alelittlak ticarete, ikinci kitab ise deniz ticaretine taallük eder. Her iki kitap yalnız muhteva itibarile birbirinden ayrı olmayıp aynı zamanda doğum, kullanılan metod ve lisan itibarile de birbirinden farklıdır.

2 — 4 Teşrinievvel 1926 tarihinde meriyete giren Ticaret Kanununun birinci kitabı alimlerden müteşekkil bir komisyonun senelerce süren ihzaratının mahsulüdür. Komisyon mesaisine ec-



nebi kanunları esas ittihaz etmiş ve muhtelif hukuk müesseselerini muhtelif yabancı örneklere göre tanzim etmiştir. Heyet yabancı normları kısmen aynen iktisap etmiş, kısmen de yabancı örnekleri kritik bir tetkikten geçirdikten sonra Türk hukuku için yeni kaideler ihdasını lüzumlu addetmiştir. Komisyon mesaisinde mevzuubahs olan hukuk müesseseleri için en modern ecnebi nümunelerden istifade etmeğe çalışmıştır. Bundan ötürü Kara Ticareti Kanunu her hususta tam ve modern olmak isteyen bir kanun manzarasını arzeder.

Buna mukabil Ticaret Kanununun Deniz Ticaretine ait ikinci kitabı 15 Mayıs 1897 tarihli Alman Ticaret kanununun deniz hukukuna taallük eden hükümlerinin tercümesidir. Alman kanununun ekseri hükümleri 1861 tarihli Umumî Alman Ticaret Kanununa istinad ederler. Binaenaleyh 20 Teşrinisani 1929 da mevkiî mer'iyete giren Ticaret Kanununun deniz ticaretine taallük eden kaideleri, ekseri kısımları eskimiş hattâ diyebilirim ki bir modern kanunun haiz bulunması lâzım gelen vasıfları tamamen zail olmuş hükümlerden ibarettir. Şu halde Ticaret Kanununun birinci kitabının ıslahında karşılaşıcağımız umumî meseleler ikinci kitabında karşılaşıcağımız umumî meselelerden ayrı olacaktır. Bu yüzden her iki kanunun ayrı ayrı tetkik edilmesi daha münasiptir.

3 — Kara Ticareti Kanununun ihzarında kullanılan *éclectique* metodun bir çok faydaları olmakla beraber bu faydaların yanında bir çok mahzurları da mevcuttur. Heyet, bu mahzurların doğumuna mani olamamıştır. Tatbikatta muhtelif hukuk menbalarından alınan kaidelerin dahilen birbirine bağlı olmaması, yan yana bulunmaları hattâ bir çok yerlerde kısmen mubayin olmaları bir çok ihtilâflara âmil olmaktadır. Bu hâdisenin sebepleri aşağıda vereceğimiz izahat ile tezahür edecektir.

4 — Malûm olduğu veçhile, mukayeseli hukuk ilminde jermen, lâtin ve anglo - amerikan hukuk muhitleri birbirinden ayrı tutulur. Bu tarzda yapılan bir tefrikin ne dereceye kadar doğru olduğunu ve maksada ne derecede hizmet ettiğini münakaşa edecek değiliz. Ancak sebebini, hukukî tekâmül ve hukuk tarihin-

de bulacağımız derin bir farkın, anglo - amerikan hukuk muhiti ile kontinantal hukuk muhiti arasında elân mevcut olduğunu kabul etmek zaruretindeyiz. Kontinantal hukukun karakteristik vasıfları, Corpus Juris ve «canonique» usul esaslarına müstenid Roma ve Jermen hukuk telâkkilerinin birbirleriyle karışmasıdır. Bu terkip muhtelif devlet kanunlarında muhtelif vüs'attedir. Kanunlar arasındaki farklar muhtelif hukuk cemaatlerinde tesadüf edilen hususi hayat münasebetlerinden ileri gelmekte ve her devlet ve halka has olan siyasi, dini, ahlâki ve iktisadi akideler neticesinde bir kat daha artmaktadır. Ticaret hukukunda şu saydığımız âmillere bir de milli ticaret hukuku koodifikasyonlarında tezahür eden ticarî âdetler inzimam etmektedir. Nihayet sistemlerine münhasıran milli kodifikasyon ve tatbikatı esas ittihaz eden ilmi nazariyeler, kontinantal hukuk muhitleri arasında zaten mevcut olan ayrılıkları bir kat daha arttırmaktadırlar.

5 — Ticaret hukuku ilim kitaplarında, bazı devletlerin ticaret kanunlarınının 1807 tarihli Fransız Ticaret kanununa, diğer bazı Devletlerde 1861 tarihli Umumi Alman Ticaret Kanununa istinad ettikleri iddiasına tesadüf edilir. İki sebepten ötürü bu iddianın pek o kadar kıymeti yoktur. Bir kere 1861 tarihli Umumi Almna Ticaret Kanunu da Fransız Ticaret Kanununun tesiri altında kalmıştır. Diğer taraftan bir kanunun nümune olarak intihabı onun milli kodifikasyonla tev'em olduğunu intaç etmez. Hattâ ecnebi bir kanunun aynen iktibası bile ecnebi hukukun kabulünü mucip değildir. Ticaret hukukunda vücuda getirilecek kodifikasyonun muhteva ve vüs'ati daima muayyen bir devletteki umumî hukuk kültürüne tâbi ve bağlıdır. Muayyen bir hukuk müessesesinin, meselâ komisyon mukavelesinin, ticari bey'in, anonim şirketlerin tanzimi, bu hukuk müesseseleri için isdar edilecek maddelerle nihayet bulmaz. Münferit hükümler, milli hukuk nizamının diğer hukuk kaideleri ile birlikte, bu hukuk nizamının umumî prensipleri dahilinde tetkik edilirse mânâ ve renk alırlar ve ancak bu takdirde hakikî muhteva ve mahiyetleri anlaşılır.

6 — Türk Ticaret Kanununun ihzârı ile tavsif edilen komis-

yon yalnız kontinental hukuk muhitiinin kanunlarını nazarı itibara almış, anglo - amerikan hukuk muhitini ise tetkik etmemiştir. Bununla beraber ecnebi hukuk normlarının intihab ve ictibasında o devletlerde mevcut olan millî hususiyetleri pek az gözetmiştir. Misal olarak, mevzuları bir işin ivaz mukabilinde diğeri bir şahıs menfaatine icrasını teşkil eden akid tiplerini ele alalım : Bütün âlimler, «agency» (vekâlet), tellâllık, komisyon ve nakliye mukavelesi tiplerinin, vekâlet akdi olarak tavsif edilebilecek umumî bir akid tipinin taift çeşitlerinden ibaret bulduklarında müttefiktirler. Bu ilmi hakikat, Türk Kanununda da ifadesini bulmuştur. (Meselâ komisyonda, B. K. 416 2c. T. K. 844; nakliyat komisyonda T.K. 899 2c. ; tellâllıkta B.K. 404 2c. ve nakliyat mukavelesinde B.K. 431 2c. İmdi, birbirine merbut ve muttasıl olan bu akid tiplerinin bir tek ecnebi kanunundan ictisab edileceği beklenebilirdi. Halbu ki böyle yapılmamıştır.

Tellâllık ve nakliye komisyonculuğu Alman, nakliyat mukaveleleri Fransız ve Fas, ticari vekâlet yani «agency» İtalyan komisyon ise muhtelif ecnebi kanunlar örnek ittihaz edilerek tanzim edilmişlerdir. Hukukî esaslarda ahengin ademi mevcudiyeti tatbikatta mühim güçlükler doğurmuştur.

7 — Eclectisme'in esasında mevcut olan tehlike kendini mer'i olan kanunda üç muhtelif cepheden göstermiştir.

a) Aynı hukukî neticeye varması icap eden aynı vakalar muhtelif tarzlarda tanzim edilmişlerdir Misal olarak, ticari vekâlette, komisyon, nakliyat komisyonu ve nakliyatçılıkta, umumî mağazalarda, tabir caiz ise, vekilin ücret, masraf ve avans alacaklarının temini zımında, vaz'i yet olduğu müekkilin eşyası üzerinde haiz olduğu haklara dair mevcut olan muhtelif hükümlere işaret etmek isterim.

Borçlar kanununun 393, 425, 476 ıncı maddeleri mucibince vekil bir hapis hakkını haiz bulunduğu halde; ticari vekil, umumî mağaza sahibi, ticaret kanununun 815, 839 uncu maddelerinde bir imtiyaz hakkını; komisyoncu ve nakliyat komisyoncusu, ticaret kanununun 872 ve 882 inci maddelerinde bir rehin hakkını;

nakliyat müteahhidi 915 inci madde mucibince keza bir hapis hakkını haiz bulunmaktadır.

b) Her kanunda mutad ve zaruri olan atıflar Ticaret Kanununda da birbirlerine uymamaktadırlar. Misal olarak 523 üncü madde gösterilebilir. Bu maddeye göre şirketi hususiyede şürekânın yekdiğerine karşı haiz oldukları haklar ve borçlar, işbu şirketin mahiyeti hususiyesile kabili telif olmıyanlar müstesna olmak üzere, sair ticaret şirketleri şürekâsı arasında hakların ve borçların aynıdır. Malûm olduğu veçhile, şürekânın yekdiğerine karşı haiz oldukları hak ve borçlar, muhtelif şirketlerde, bu şirketlerin hususi mahiyetine göre değişir. Meselâ kollektif şirketteki şürekânın hak ve borçları komanditerlerin hak ve borçlarından veya anonim veya kooperatif şirketteki âzânın hak ve borçlarından farklıdır. Bu yüzden 523 üncü maddedeki atıf kanun teknikî yüzünden gayri sarih, tatbikat için kıymetsizdir.

c) Hukuk kaide ve mefhumlarının teşkil ve ifadesinde kelime ve ibarelerin intihabında derin farklar mevcuttur. Mevzudaki ayrılık, tefsirde, kelimeye bağlanmak tehlikesi mevcut olduğundan, bir kat daha artmaktadır.

8 — Yabancı hukuk müessese ve kaidelerinin iktibasından Türk Medenî ve Borçlar kanunu, İcra İflâs ve Usul kanunları gözönünde tutulmuş olsalardı, mevzuu bahsettiğimiz tehlikelerin önlenilmemesi yüzünden doğan mahzur ve müşkülâtın mantikî serbest ve mânâya göre yapılacak bir tefsir ile bir dereceye kadar izalesi ve telifi mümkün olurdu. Komisyon projenin ihzarında o zaman mer'î olan eski usul kanunu ile medenî kanunları ve bilhassa Mecelleyi nazarı itibare aldığı muhtelif hükümlerden anlaşılmaktadır. Tetkike vakitleri olmamış olacak ki, gerek Büyük Millet Meclisindeki Encümen, gerek komisyon Ticaret kanunu ile aynı tarihte meriyete giren (İsviçre) Kanunu Medenî ve Borçlar kanunu Ticaret kanunu ile karşılaştıramamışlardır. Encümen ve komisyonun, her iki kanunun tatbik sahalarını birbirine karşı tahdit etmek üzere düşündükleri 1 - 3 üncü maddelerle bilumum ihtilâf ve müşkülâtın bertaraf edileceği kanaatinde oldukları mülâhaza edilebilir. Hattâ bugün dahi bu telâkkiye tek tük tesadüf edil-

mektedir. Fakat bizce bu görüş tarzı bilhassa iki sebepten ötürü hatalıdır.

a) Bir kere vazii kanunun muhtelif kanunların birbirine karşı tahdit etmek üzere vazettiği normalarla **hukuk prensiplerindeki ayrılığın telifi mümkün değildir.**

b) Saniyen Ticaret kanununun bir ilâ üçüncü maddeleri bizatihi karanlık ve gayri kâfidirler.

9 — Münferit bir hüküm mücerred olarak ve yalnız başına retkik edilecek olursa renksiz ve bitaraftır. Muhtelif mânâlara alınması mümkündür. Bunun neticesinde bir çok tefsir tarzlarına uygun gelir. Hangi tefsir tarzının doğru olduğu, yani vazii kanunca, normun isdarında kastedildiği, ancak normun mücerred değil de etrafı ile birlikte tetkiki ile tayin edilebilir. Yalnız burada mevzuu bahsolan bir normun mahal itibarile dahil olduğu muayyen bir kanundan ziyade, hukuk kaidesinin tâbi olduğu ve bütün hukuk nizamına hâkim olan prensiplerdir. Bu esas prensipler kısmen siyasî, kısmen de nazarî mahiyettedirler.

10 — Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında bir olan, ve kanunun 19 uncu maddesinde ifadesini bulan hukuk kaidesi, (bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir), İsviçre Hukuk nizamında Türk Hukuk nizamından başka mânâ ve şümuldedir. Çünkü İsviçre vazii kanunun akid serbestisine çizmiş olduğu hudutlar Türk vazii kanunun tesis ettiklerinden farklıdır. Bundan başka hukuk kaidesinin mahiyeti, liberalizm veya etatizm siyasî prensiplerinin kabulüne göre de değişir. Hukuk siyasetinde liberalizmin hâkim olduğu yerlerde akid serbestisi kaide, tahdit istisnadır. Etatizmin hâkim olduğu yerlerde ise, bağlılık kaide, serbesti istisnadır. Birinci halde serbesti, ikinci halde ise bağlılık ön safhada bulunmaktadır. Bu yüzden şüpheli vaziyetlerde İsviçre hâkiminin vereceği karar Türk hâkiminin vereceği karardan farklı olacaktır.

Aynı mülâhaza Fransız kanunu medenîsinin 1134 üncü maddesine göre vücuda getirilen ticaret kanunun ikinci maddesi için varittir. Bu madde mucibince kanunen muteber mukavelât

akitler arasında kanun kuvvetini haizdir. Bunlara hâkim de riayet edecek lüzumunda tefsir edecek fakat devletin kanunlarında olduğu gibi bunlardan inhiraf edemeyecek ve tadile kalkışmayacaktır. Bir akdin kanun ile müsavî tutulmasının Fransız inkılâbından mülhem olan fikirlerden neş'et ettiği ve liberalizmin siyasî kaidelerine uygun geldiği âşikârdır. Fakat bugün bu telâkinin terk edildiği ve etatizmin siyasî akidlerine muarız olduğu da aynı nisbette açıktır. Bu yüzden doğacak neticelere, Ankarada, Devletçilik ve Ticaret Hukuku hakkında verdiğim konferansta işaret ettiğimden burada bu konferansa atıf ile iktifa ediyorum.

11 — Ticaret Kanununun 704 üncü maddesinde, ticarî bey'ide (hakikatte ticaret kanununun 23 üncü ve bu maddenin tefsiri neticesinde aşağı yukarı bütün bey' akidlerinde), müşterinin semeni tamamen tediye etmezden evvel mebie, malik olamayacağı şartı muteberdir. Hususî bir merasimin ifası mecburî değildir. Ticaret kanununun 663 ve 664 üncü maddeleri mucibince iki tarafın rızalarının birleşmesi kâfidir. Ticaret Kanununun ikinci maddesindeki kaideye binaen hâkim böyle bir şartı muteber olarak tanımak mecburiyetindedir.

Buna mukabil Kanunu Medeninin 688 inci maddesi, (ki aynı hüküm örnek olarak ittihaz edilen İsviçre Kanununun 715 inci maddesinde de mevcuttur), mülkiyeti muhafaza şartının muteberiyeti için hususî bir sicille tescilini talep etmekte ve hayvanlar hakkında bu suretle mukavele yapılmasını menetmektedir. Bu hükmün tarihçesinden anlaşılacağı veçhile, İsviçre vazii kanunu, mülkiyeti muhafaza şartının bir çok hallerde zarurî olduğunu ve hukuken himaye edilmesi lâzım geldiği kanaatinde bulunmakla beraber alıcının itibarı hususunda üçüncü şahsın hataya düşürülebileceğini de mülâhaza etmiştir.

İsviçrede, kanun vaz'ında müessir ve mes'ul olan kuvvetler üçüncü şahısların himayesi için mülkiyeti muhafaza şartının muteberiyetini muayyen merasiminin ifasına bağlı tutmayı lüzumlu addettikleri halde Türkiyede, Ticaret Kanununun vaz'ında müessir ve mesul olan kuvvetler bu merasimi lüzumlu addetmişlerdir. Fakat İsviçre Kanunu Medenisi «en bloc» iktibas edildiğinden ca-

libi dikkat bir hâdise muvacehesinde bulunmaktayız. Aynı günde mer'iyete giren iki kanunda son derecede mühim olan aynı iktisadi vakalar için hukukçunun normal tefsir vasıtalarıyla telif ve yekdiğerine karşı tahdid edemediği iki muhtelif hüküm bulunmaktadır. Hattâ bu hükümlerin telifi iki devletin hukuk siyasetinde ittihaz ettiği noktai nazarların ayrıldığından ötürü gayri kabildir. [\*] Çünkü üçüncü şahısları himaye maksadile mülkiyeti muhafaza şartının muteber olmasının muayyen merasime tabi olup olmayacağıнын tayini hâkime düşen bir vazife olmayıp doğrudan doğruya hukuk siyasetini alâkadar eden bir keyfiyettir.

12 — Siyasette hâkim olan kaideler ya Teşkilâtı Esasiye Kanunlarında tarsin ve tesbit edilmişlerdir ve yahut bunlar tedvin edilmiş değillerdir, umumî telâkkilere yerleşmek suretile nüfuz icra ederler. Bu gibi prensiplerin muayyen hukuk normlarında yer bulduğu vakidir. İmdi böyle bir prensip başka hukukî akidelerin hâkim olduğu bir hukuk nizamı tarafından iktibas edilecek olursa, zarurî olarak bir ihtilâf doğar ki bu ihtilâfın halli hâkimin değil kanun vaziinin salâhiyeti dahilindedir.

Böyle bir ihtilâfa misal olarak, Ticaret Kanununun 7 inci maddesi ve tatbik kanununun 2 inci maddesi ile Kanunu Medeninin 159 uncu maddesi arasındaki mubâyenet gösterilebilir. Ticaret Kanununun 7 inci maddesi mucibince evli kadınları icrai ticaretten kocaları menedebilir. Kocanın bu kararına karşı kadının mahkemeye müracaat edebilmesi kabul edilmemiştir. Bu hüküm koçaya mutlak salâhiyet bahşeden eski aile hukukuna isnad ettiği açıktır. Kanunu Medeninin 159 uncu maddesinde ise, hâkim, kadın, bir iş veya sanatla iştigalin birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu isbat edebilirse bu memnuiyeti kaldırabilir. Bu hukukî kaide İsviçre hukukunda kabul edilen ve karı kocaya birlik dahilinde müsavi haklar bahşeden esasa istinad eder. Bu prensiplere göre, ailenin saadet ve felâketinden karı koca aynı derecede mes'uldürler, aile hayatına taallûk eden

[\*] Ticaret Hukuku Doçenti Dr. Galip Gültekin'in Hukuk Fakültesi mecmuasındaki makalesini de tetkik ediniz.

meselelerde kaideten müstereken karar vereceklerdir.

Hukuk Fakültesi mecmuasının beş numaralı sayısında iki kanunun muhtelif normları arasında mevcut olan ihtilâfı telife çalıştım. Karı kocanın yekdiğerine karşı haiz olduğu haklar hususunda Ticaret Kanununun ihzarı anında mer'i olan aile hukukile isviçre hukuku, ve bilhassa hukuk siyasetindeki telâkkiler arasında, tarih bakımından mevcut olan farkları, sükût ile geçtim. Maksadım bugünkü vaziyetin ıslahına kadar hâkime münasip bir yol göstermek idi.

Aynı mülâhaza Ticaret Kanununun 4, 5, 6 ıncı maddelerile Kanunu Medenînin rüş, küçüklerin, gayri mümeyyizlerin, mahcurların ve mümessillerinin hukukî durumu hakkında mevzu hükümleri için de variddir. Kanunun ihzarı ile meşğul olan komisyon ve encümenin, müzakerelerinde, Ticaret Kanunu ile aynı zamanda meriyete giren Kanunu Medenî hükümlerini nazarı itibara almadıkları, bilâkis mecelleye istinad ettikleri 4 ilâ 7 inci maddelerde istimal edilen tabirlerden anlaşılmaktadır. Kullanılan bütün hukukî tabirler mecelle tabirleridir. Bunlara Kanunu Medenîlerde tesadüf edilemez. Burada tabirlerin tebdil edilği zannedilmemelidir. Ticaret Kanununun kasedettiği hukukî müesseseler mecellede cari olan müesseseler olup bunlar Kanunu Medenîde gayri malûmdurlar. Hâkim için doğacak müşkülâtı yukarıda mevzuu bahsettiğim makalede yapmış olduğum «construction» ile bertaraf etmeğe çalıştım. Fakat teklif ettiğim hal çaresinin, Ticaret Kanunu ile Kanunu Medenî arasında, hukuk siyaseti bakımından mevcut olan ayrılıkların, salâhiyettar olan makam, yani vazii kanun tarafından bertaraf edildiği ana kadar, hakkı hayatı olduğunu açıkça beyan etmek mecburiyetindeyim.

13 — Ekseri normlar menfaatler ihtilâflarının halline hizmet ederler. Vazii kanununun çarpışan menfaatlere biçtiği kıymet ve bunların sureti tevzini, esaslarını teşkil eder. Muhtelif devletlerde çarpışan menfaatlere muhtelif vazii kanunların muhtelif tarzda kıymet biçecekleri ve bunları muhtelif surette tevzin edecekleri tabiidir.

İmdi menfaatlerin sureti takdiri nazarı itibara alınmaksızın



muhtelif devletlerden normlar iktibas edilecek olursa menfaatler arasında ahenksizliğin zuhur edeceği muhakkak gibidir. Bunun neticesinde her hukuk nizamında cari olan aynı vakaların aynı muameleye tâbi olması kaidesinden de inhiraf edilmiş olunacaktır. Misal olarak, hisse senetlerinin terhininde, azalık haklarını, bilhassa rey hakkını, heyeti umumiyede hissedarın mı, yoksa mürtehinin mi istimal edeceği meselesi zikredilebilir.

14 — Kanunu Medenînin 874 üncü maddesi mucibince, ki bu madde İsviçre Kanunu Medenîsinin 905 inci maddesinin aynıdır, bir şirketin merhun hisse senetlerinin şirketin heyeti umumiyesinde mürtehin temsil etmeyip o senedin sahibi temsil eder.

Mürtehin ile hissedar arasındaki dahilî münasebatı tanzim eden bu hüküm, mürtehinin yalnız terhin edilen şeyin semerelerinde hakkı olduğu, yani hisse senedinde rehin hakkının yalnız azalık haklarının malî unsurlarına taallûk ettiği telâkkisine istinat eder. Bu hükme nazaran, hissedar, hisse senetlerinin terhin edilmiş olmasına rağmen, azalıktan doğan şahsî haklardan tam manasile istifade edebilecektir. Ki, aynı hakların mürtehin tarafından istimali sarahaten menedilmiştir.

Buna mukabil Ticaret Kanununun 763 üncü maddesi mucibince hilâfı meşrut olmadığı surette, dayinin merhun esham üzerinde medyunun haiz olduğu bilcümle hukuku istimale mecburdur. Azalık haklarının hisse senetlerinde kül olarak tecessüm ettirilmiş olması, ve bunların muhtelif unsurlara ayrılması, tatbikatta müşkülâtı mucip olacağı telâkkisi, bu hükmün doğumuna amil olmuştur. Rehin hakkının doğumu için hisse senetlerinin rehin alacaklısının zilyetine geçmesi lâzımdır. İmdi senet üzerindeki hakların istimali senedin «legitime» zilyeti için mümkün olduğundan, senedin ise, rehin hakkının devamı için mürtehinde kalması lâzımgeldiğinden, Ticaret Kanununa göre, rehin alacaklısına, haiz olması icabeden haklardan fazla haklar bahşedilmiş oluyor. Burada mevcut olan menfaatler vaziyetinin hususiyeti ile Ticaret Kanununun 763 üncü maddesine yapılan ilâvenin manası da anlaşılabilir. İlâve mucibince mevzuu bahsettiğimiz hüküm hilâfına ve medyunun aleyhine olarak vuku bulan şart

batıldır. Bu hüküm mürtehe, terkedilen salâhiyetleri suiistimale hakkı olmadığı, rehin hakkının mahiyetine nazaran haiz olduğu haklardan fazla haklara sahip olmuş ise, kendisini hissedarın «fiduciaire» i olarak telâkki etmesi icap edeceği manasında anlaşılmalıdır.

Görülüyor ki Kanunu Medenide menfaatlerin takdir ve tevzini Ticaret Kanunundan farklıdır. Tabiatile her iki hal tarzının mahzur ve faideleri vardır. Bir vazii kanunun birini diğerinin ise ayrı bir hal tarzını tercih etmiş olması muhtelif amillere bağlı olduğundan her iki noktai nazar kabili müdafaadır. Buna mukabil aynı hukuk nizamında her iki hal tarzının yanyana bulundurulmasını izah edecek makul bir sebep mevcut değildir. Rehin hakkının ticarî veya adî bir borca karşılık olarak tesis edilmiş olmasına göre, terhin edilmiş hisse senedi üzerindeki rey hakkının istimalinde bir fark gözetilmiş olması kabili izah değildir.

15 — Diğer bir misal olarak, kıymetli evrak borçlusunun çek veya poliçenin rehin cirosu ile terhininde, hangi şahsa vaki olacak tediyesinin, kendini bu borçtan kurtaracağı meselesi, zikredilebilir. Ticaret Kanununun 544 üncü maddesi mucibince böyle bir senedin zilyetliğini haiz bulunan rehin alacaklısı senetten doğan bütün hakları istimal edebilir. Hattâ Ticaret Kanununun 762 inci maddesi, daha ileri giderek, rehin alacaklısının rehin borçlusuna karşı, vadesinde alacağı tahsil etmek için, kanunen zarurî olan bilûmum muameleleri ifa ile mükellef olduğunu tasrih eder.

Buna mukabil, Kanunu Medenin 875 inci maddesi rehin edilen alacağın, ancak bu alacağın sahibi, yani rehin borçlusu tarafından tahsil edilebileceğini ve rehin cirosu ile rehinden haberdar olan borçlunun alacaklıya, rehin borçlusunun rızası ile ödeyebileceğini ve bu rızanın fikdanı halinde resmî bir makama tevdi mecbur olduğunu tasrih eder. Bu hâdisede de rehin cirosu ile terhin edilmiş olan poliçenin tahsilinde, rehinin adî veya ticarî olduğuna göre bir fark gözetilmiştir. Bu farkı izah edecek mantikî bir sebep mevcut değildir. Çünkü senet borçlusunun re-

hin cirosunun ticarî veya adî bir rehin için icra edilmiş olduğunu her zaman tefrik etmesi mümkün olmadığı gibi her iki kanunda ayrı ayrı kaideler vaz edilmiş olmasının da bir takım haksızlıklar tevliid edeceği muhakkaktır.

16 — İlim sayısız hukuk kaide ve müesseselerini sistematik bir tarzda birbirine bağlamağa ve bu suretle ilmî bir sistem vücuda getirmeğe çalışır. Bu sistem dahilinde her hukuk kaidesi ve her hukuk müessesesi aynı zamanda diğer kaide ve normların mecmuu ile izah edilmiş olur. Nazariyeler sistemleştirme gayesinin tahakkukuna hizmet ederler. Teoriler bir hukuk kaidesine veya bir hukuk müessesesinde muayyen bir tavsif tarzını kabul etmiş olabilirler. Vazii kanun bununla bağlı değildir. İlmî münakaşalardan uzak kaldığı nispette serbestisini muhafaza ve vak'aları arzu ettiği veçhile tanzim eder. Aynı nisbette tecride düşman olan mütenevvi vak'aları nazari sistemlere sıkıştırmak tehlikesinden de kurtulmuş olur.

17 — Buna mukabil kanun vazii fikir mücadelesine bizzat müdahale ederek muayyen bir vakiada muhtelif nazariyelerden birini tercih edecek olursa hareket serbestisini kendisi baltalamış olur. Zira bir vak'ada kabul ettiği nazariyeyi diğer mümasil hâdiselerde de muhafaza ve tatbik etmek mecburiyetindedir. Bunu yapmadığı takdirde boşlukları doldurmakla mükellef olan hâkimi bir takım ihtilâflar karşısında bırakır ki, bunları elinde bulunan vasıtalarla telif etmesi mümkün değildir. Hâkim, vazii kanunun bir halde A, diğer bir halde B ve üçüncü bir halde C nazariyesine göre hallettiği meselelerde, nasıl kıyas yolile hareket edebilir? Hukuk mekanizması muntazam bir surette çalışacak ise bütün hukuk nizamı için kabul edilecek nazari prensipler arasında ahenk ve vahdet bulunmalıdır. Mer'î hukukta bu prensiplerin dañi ihmal edildiği aşağıdaki misallerle gösterilecektir.

18 — Hükmi şahıs mefhumunun ilmî bir surette izahına çalışan bir çok nazariyeler mevcuttur.

Malûm olduğu veçhile hükmi şahsiyeti haiz cemiyet ve müesseseleri, İsviçre dolayısıyla Türk Kanunu Medenisinde tanzim eden hukuk kaideleri, hakikilik nazariyesine istinat ederler. Bu nazariyenin kanun tarafından kabul edildiği bir çok yerlerde kullanılan ibarelerden açıkça anlaşılmaktadır. Buna mukabil Ticaret Kanununun 122 inci maddesi mucibince bilâistisna şahsiyeti hükmiyeyi haiz bulunan ticaret şirketleri için fiction nazariyesi kabul edilmiştir. Ticaret Kanununun fiction nazariyesine meylettiği hükmi şahısların kanunî mümessillerinin temsil salâhiyetini tayin eden kanunî hükümlerden istihraç edilmektedir. (319, 172 T. K.) Temyiz mahkemesi, bu maddeleri, şirketin, kanunî mümessilleri tarafından, nizamnamedeki mevzua uygun olmıyarak aktedilen muamelelerle, mülzem olmıyacağı manasında tefsir etmektedir. (Temyiz mahkemesinin kararı).

Her iki kanunda ayrı ayrı nazariyeler kabul edilmiş olmaları muhtelif neticeler tevhit edecektir. Kanunu Medeniye nazaran hükmi şahsın istifade ehliyeti gayri mahduttur. Temsil salâhiyetinin tahdidi hariçte hüküm ifade etmez, dahili münasebette ancak idare haklarının tahdidi şeklinde kabili icradır. Demek oluyor ki kanunî mümessillerin salâhiyet tecavüzlerinden hükmi şahıs mesul olacaktır. Şirket ile münasebete giren şahıs bunlardan zarar görmeyecektir. Mümessil sıfatile kanunî mümessillerin ika ettikleri haksız fiillerden de şirket mesuldür. (K. M. 48)

Ticaret şirketlerinde hukuki durum yukarıkinden farklıdır. İstifade ehliyetlerinin vus'atı şirket mevzuu ile mahduttur. Bu çerçevede dahiline girmiyen muameleler şirkete karşı hüküm ifade etmezler. Şirketi temsile mezun olan şahısların salâhiyet tecavüzleri şirketi ilzam etmez. Doğacak zararları şirket ile münasebete giren üçüncü şahıslar üzerlerine almak mecburiyetindedirler. Vakıta salâhiyeti tecavüz eden mümessile müracaat hakları mevcut ise de ekseri hallerde zararlarını tamamen tanzim ettiremeyecekleri ihtimal dahilindedir. Ticaret şirketlerinin kanunî mümessilleri tarafından ika edilen haksız fiillerden mesul olup olmadıkları da şüphelidir.

Kanunu Medeniinin umumî hükümlerinin ikinci derecede ve kıyasen ticaret şirketlerine tatbiki diğer hukuk nizamlarında

mutad olan bir usuldür. Fakat bu usul ancak ana prensiplerin bir olduğu yerlerde kabili tatbiktir.

Hâkimin hakikilik nazariyesine müstenit Kanunu Medenî hükümlerini fiction nazariyesine müesses ticaret şirketlerine kıyasen tatbikini ilmen nasıl izah edebiliriz?

Mevzuu bahsolan şirketler, Ticaret Kanununun kabul ettiği mânâda ticaret şirketleri olmayıp da, Devletin son zamanlarda vücuda getirdiği Eti. Sümer Bank gibi modern müesseseler iseler, hâkim boşlukları itmam hususunda kendisine terettüp eden vazifeyi nasıl ifa edecektir? Malûm olduğu veçhile bu müesseselerin ekserisi şahsiyeti hükmiyeyi haiz, ticarî metodlar dahilinde çalışan ve ticarî teşebbüslere müşabih bir tarzda organize edilmiş olan teşekküllerdir. Tesis kanunları mucibince sarahaten hususî hukuk hükümlerine tâbi kılınmışlardır. İmdi hâkim böyle bir teşekkül muvacehesinde, Kanunu Medenî hükümlerini, yani hakikilik nazariyesini mi, yoksa ticaret şirketleri hakkında mevzu hükümleri, yani fiction nazariyesini mi tatbik edecektir? Şu ihtilâfın hâkim tarafından halledilemeyeceği açıktır. Bunu hal ve tanzim etmek vazii kanunun salâhiyeti dahilindedir. Ya muayyen bir nazariyeyi kabulden sarfınazar edecek, ve yayud da muayyen bir nazariyeyi tercih etmesi icabediyorsa bütün mümasil hâdiseler için aynı nazariyeyi muhafaza edecektir.

19 — Bir teşebbüsün borç ve alacaklıları ile birlikte iktisabında teşebbüsün bizatihi mahiyeti hususunda ittifak edilemediğinden bu borç ve alacaklılardan kimlerin mesul olacağı da hukuk ilminde münakaşalıdır.

Ticaret Kanununun 47 ve 48 inci maddeleri mucibince bir ticarethaneyi temellük eden şahıs temlikten evvel doğan borçlardan mesul olması için ticarethaneyi unvanı ile **birlikte** iktisap etmiş olması şarttır. Alman sisteminde olduğu gibi Türk sisteminde de temellük eden şahıs iktisap ettiği teşebbüsü eski unvan altında işlettiği takdirde mesul tutulmuş diğer hallerde mesul tutulmamıştır. Şu esaslar hilâfına mukavele akdedilmiş ise üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmeleri için tescil edilmeleri talep edilmiştir. Temellük edenin yanında temlik edenin mesuliyeti temellükten itibaren beş sene sonra sakıt olur. Temlik

edenin yanında temellük edenin mesuliyetinin zamanla tahdidi manasız olduğundan, ve komisyon da Alman hukukunu örnek ittihaz etmek istediğinden, 47 inci maddenin müruru zaman hakkındaki hükmü temlik edene matuf olarak tefsir edilmelidir. Kanunun ihzarında bu fıkranın sehven buraya ilâve edildiği de ihtimal dahilindedir. Buna mukabil Borçlar kanununun 179 uncu maddesinde (O. R. 181) bir mamaleki veya bir taahhüdü borç ve alacaklıları ile birlikte iktisap eden kimsenin bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerle ilân ettiği takdirde bu tarihten itibaren onlara karşı borçlardan mesul olacağı ve alacaklılar karşı temlik eden dahi temellük edenle birlikte iki sene nihayetine kadar mesul kalacağı tasrih edilmiştir.

Ticaret Kanununda mevcut olan hükümlerle Borçlar Kanununda mevcut olan hükümler arasında üç muhtelif noktada ayrıklık vardır.

a — Borçlar Kanununa göre temellük edenin mesuliyeti için eski unvanın kullanılması haizi ehemmiyet değildir. Halbuki Ticaret Kanununda mesuliyet için bu şarttır.

b — Borçlar kanununda bütün borçların hariç tutulması ve yalnız alacakların devri mümkün değildir, Ticaret Kanununda ise caizdir.

c — Borçlar kanununda temlik eden iki sene Ticaret kanununda beş sene nihayetine kadar mesul kalır.

Vazii kanun bu ayrılıkları bertaraf etmedikçe hâkimin kanunun lâfzına muhalif olmasına rağmen Borçlar kanununun 179 uncu maddesini yalnız bir mamelikin devrine tatbik edeceği bir ticarethanenin iktisabını ise münhasıran Ticaret kanununun hükümleri dairesinde takdir edeceği mülâhaza edilebilir. Aşağıda vereceğim misal gözönünde tutulursa bu tarzı telâkkinin doğru olmadığı anlaşılacaktır.

20 — Müteaddit ticarî müesseselerin karşılıklı alacak ve vereceklerini birbirlerine nakletmek suretile birleştikleri ve yahut bir veya müteaddit ticarî müesseseler bir ticaret şirketine vazedildikleri takdirde borçlardan kimler mesul olacaklardır?

İlk hâdise Ticaret kanununda tanzim edilmemiş Borçlar kanununda tanzim edilmiştir. İkinci hal Borçlar kanununun 180 inci maddesinde bir kollektif veya komandid şirketin tesisinde mevzuu bahsedilmiştir. Ticaret kanununda bu hâdiselere dair hiç bir hükme tesadüf edilememektedir.

Hâkim şu durum karşısında ne yapacaktır? Ticarethane- nin hususî bir temlik tarzı olarak 180 inci maddeyi nazarı itibara almaksızın Ticaret kanununun 47 ve 48 inci maddelerini mi kıyasen tatbik edecektir? Ticaret kanununda bir hüküm bulunmadığından Borçlar kanununun 180 inci maddesi ise münhasıran ticarethanelerin birleşme ve sermaye olarak vaz'ından bahsettiğinden yalnız Borçlar kanununa göre mi karar verecektir?

Keza burada da mevzuu bahsolan problemin halli hâkimin salâhiyeti haricindedir. Esas prensiplerde mevcut olan bu gibi ayrılıklar ancak vazii kanun tarafından telif veya bertaraf edilebilir.

21 — İlimde ikrarın hukukî mahiyeti hakkında ittifak yoktur. Ticaret kanunu mucibince ikrar kat'î bir beyyine vasıtasıdır. Vazii kanun Ticaret kanununun 683 üncü maddesinde ikrarda kabul nazariyesini tercih etmiştir. İkrar ister mahkeme haricinde ister mahkeme huzurunda vuku bulsun ikrarı mutazammın ifadenin ya heyeti umumiyesi tamamen kabul olunur veya reddedilir. Demek oluyor ki Ticaret Kanunu ikrarın tecezzi kabul etmiyeceği prensibini esas ittihaz etmiştir. Hâkim ticarî akidlerde vuku bulan ikrarı ancak tarafı diğerin kabul ettiği hallerde kat'î bir beyyine vasıtası olarak kullanılabilecektir. Buna mukabil Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 236 inci maddesi mahkeme huzurunda sebk eden kirarın bir taraflı bir beyan olduğunu tasrih etmiştir.

Kabule ihtiyaç yoktur. Tarafı diğer kabul etmese veya reddetse de mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder. Demek oluyor ki bu kanuna göre ikrar Ticaret Kanununun kabul ettiği manada kat'î bir beyyine vasıtası değildir. Davaya taallük eden bir muamele mahiyetindedir. Rücu hakkı hususî bir surette tanzim edilmiştir. Yalnız ikrar ile bir vak'a isbat edilmiş olmaz. Hâkimin ikrara vereceği kıymet kendi takdirine bırakılmıştır. Halbu-

ki Ticaret Kanununa göre kabul edilen ikrar katı bir beyyine vasıtasıdır. Mahkeme huzurunda sabkeden ikrarın her iki kanunda ayrı ayrı tanzim edilmiş olmasını izah edecek bir sebep mevcut değildir. Bu fark ancak kanunların birbirile ahenkleştirilmemesi yüzünden doğan bir tesadüf olarak izah edilebilir.

22 — Yukarıda vermiş olduğumuz misallerle, Ticaret Kanununun 1 - 3 üncü maddelerinin siyasi ve nazari prensipleri telife kâfi gelmediklerini ispat etmiş olduk. Bu gibi ahenksizlikleri bertaraf etmek vakii kanunun vazifesidir. Bunların telifini mahkemeye terketmek münhasıran vazii kanunun salâhiyetine giren bir işle hâkimi tavzif etmek demektir. Prensiplerde mevcut olan siyasi ve nazari ayrılıklardan sarfı nazar, kanunun 1 - 3 üncü maddelerinin bizatihi gayri kâfi geldiği ve muhtelif kanunlar arasındaki ahengi teminden uzak olduğu mer'i bulunduğu müddet dahilinde anlaşılmıştır. Bu kifayetsizliğin sebebini izah edebilmek için kısaca diğer bir noktaya temas etmeliğimiz lâzımdır.

Malûm olduğu veçhile Kanunu Medenî ve Borçlar Kanunu mümasil İsviçre kanunlarının tercümesidirler. İsviçrenin hususi ticaret kanunu yoktur. Ticaret hukukuna dair hususi hükümler umumî hükümlerle birleştirilmiştir. İsviçre kanunlarının iktibasında, aynı tarihte mer'iyete girecek hususi bir Ticaret Kanunu ihzar edilmiş olduğundan, Kanunu Medenî ve Borçlar Kanununda bulunan ticarî hükümlerin çıkarılması lâzım gelirdi. Ticaret şirketlerine; kıymetli evraka, unvanı ticarete, ticaret siciline taallûk eden üçüncü kısım tayyedilmekle Borçlar Kanununda bulunan ticarî hükümlerin büyük bir kısmı çıkarıldı ise de Kanunu Medenî ve Borçlar Kanununun birinci ve ikinci kısmında bulunan ticarî hükümler bilâ tefrik ibka edildi. Bu vaziyet karşısında Kanunu Medenî ve Borçlar Kanununda bulunan ticarî hükümlere muadil olan kaideleri Ticaret kanunundan çıkarmak lâzım gelirken bu da ihmal edildi, ve proje tadil edilmeksizin olduğu gibi kanun haline geldi.

23 — Kanun vaz'ında ihmal edilen bu nokta tatbikatta



tahmin edildiğinden ziyade tesir icra etmiştir. Buna sebep Ticaret kanununun 1 - 3 üncü maddelerinde muhtelif kanunların tatbik sahalarını tahdit etmek üzere düşünülen hükümlerin muğlâk oluşu, tefsirinde yapılan hataların bir çok şüphelere yol açmış olmasıdır. Ayrılıkları aşağıda mevzuu bahsedeceğimiz üç problem etrafında toplamak mümkündür.

a — Ticaret kanununun ikinci maddesinde akid serbestisini taraflar arasında kanunen mutebir mukavelelere tahdid eden ve bunlara kanun kuvveti bahşeden hükmün şumülü nedir? «Kanunen» tabiriyle yalnız Ticaret kanunu mu yoksa bütün hukuk nizamı mı kastedilmiştir?

b — Ticaret kanununun ikinci maddesi, tatbik edilecek hükümlerin dereceleri hakkında, bir silsilei meratip vücuda getirmiş mukaveleden sonra birinci derecede Ticaret kanunu hükümlerinin ve en son olarak da ahkâmı medeniyenin tatbikini istemiştir. İmdi ticari vakalara dair Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan hususi hükümler Ticaret kanununun ikinci maddesindeki silsilei meratibe göre ticarî mahiyette mi telâkki edilecekler yani Ticaret kanunu derecesinde mi addedilecekler, yoksa âdî mahiyette mi tavsif edileceklerdir? Diğer bir ifade ile Kanunu Medenî ve Borçlar Kanununda bulunan ticarî hükümler Ticaret kanunu ile birlikte birinci derecede ve hemâyar olarak mı tatbik edecekler, yoksa en son sırada mı nazarı itibara alınacaklardır?

c — Mesaili ticariye tabiri altında kastedilen nedir? Bu tabir teknik ve mevzu bakımından zaruri midir? Zaruri ise bugünkü ihtiyaca kifayet ediyor mu?

24 — Akid serbestinin cari olduğu yerlerde de serbestiyi tahdid eden âmir hükümlere tesadüf edilir. Bütün hukuk nizamında gerek amme hukukunda gerekse hususî hukukta dağınık bir vaziyette bulunan bu hükümler hilâfına mukavele akdi caiz değildir. Taraflar akdi bir anlaşma ile bu hükümleri bertaraf edemezler. Ticaret kanununun ikinci maddesinin bu esaslar dairesinde tefsiri lâzım gelirse «kanunen muteber mukavelât» ibaresinin geniş mânâda anlaşılması ve ticarî akid serbestisinin dahi

hukuk nizamında mevcut olan bütün amir hükümlerle mahdut olduğu kabul edilmelidir. Ticaret kanununu ihzar eden komisyonda bu telâkkiye meyylediyordu. (Ahmet Esat: Ticaret hukuku safhasında inkilâp, İstanbul Baro mecmuası, VII 1933, 347) Maatteessüf mahkemelerimiz bu hükmü lâfzan tefsir etmişler kanunen muteber ibaresine dar bir mânâ vermişler ve ticarî akid serbestisinin Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan âmir hükümlerle tahdide uğramadığı necesine varmışlardır. (Mesaili ticariyede faiz ve akid serbestisi hakkında yazdığım makaleye ve bu makalede temyiz mahkemesinin bir kararına dair yaptığım tenkide atf ile iktifa ediyorum. Mevzuu tamik etmek isteyenler Adliye ceridesindeki yazımı tetkik edebilirler. Sayı 12 Nisan 1936 S. 1092 - 85)

25 — Ticarî vakalara dair Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan hususî hükümler Ticaret Kanununun ikinci maddesinin kabul ettiği mânâda adî mahiyette mi telâkki edilecekler, yoksa ticarî norm olarak mı tavsif edileceklerdir? Hukukî tavsif için ehemmiyetli olan nokta, bir normun mahal itibariyle medenî kanunlar çerçevesi dahilinde bulunması mıdır, yoksa bunların mevzu itibariyle ticarî muamelelerde doğan hususî ihtiyaçlara karşılık olarak istar edilmiş olmaları mıdır? Bu münakaşayı mantıkî bir tefsir ile hal edebiliriz. Bir normun ticarî veya adî olarak tefsirinde yegâne ehemmiyetli nokta mevzu bakımından istihdaf ettiği gaydeir. O halde ticarî vakalara dair Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan hususî hükümler ticarî mahiyette olup Ticaret kanununda bulunan hükümlerle hemayardılar.

26 — Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan ticarî bir hükme Ticaret kanununda bulunan hükümler tekabül etmiyebilir. Hukukî müessese Ticaret kanununda mufassalan tanzim edildiği takdirde Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan hükümlerin tatbik edilip edilmeyeceği de tetkik edilmelidir. Meselâ hesabı caride tecdid hakkında Borçlar kanununun 115 inci maddesi Ticaret kanununun buna dair hiç bir kaideyi

ihtiva etmiyen hükümleri yanında; keza haksız rekabete dair umumî bir hükmü ihtiva eden Borçlar kanununun 48 inci maddesi, hususî ve mufassal hükümleri ihtiva eden Ticaret kanununun 56 - 65 inci maddeleri yanında tatbik edilecekler mi? Her iki suale müsbet cevap verdim ve sebeplerini kitabımda izah ettim. (cilt I No. III IV ve 95 V 96 cilt I No. III tatbikat aksî kanaattedir.)

27 — Diğer taraftan Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan ticarî bir hükme Ticaret kanununda bulunan bir hüküm tekabül edebilir. Her iki hüküm birbirlerine uydukları halde hiç bir müşkülât doğmaz. Uymadıkları takdirde ise Ticaret kanunu ve Borçlar kanunu aynı günde meriyete girmiş olduklarından hâkim halli son derece müşkül olan bir mesele karşısında kalır. Bu durum aşağıda tadad ettiğimiz münasebetlerde bilhassa ehemmiyet kesbeder.

Vekâlet T. K. 822 - 844 B. K. 386 - 403

Komisyon ve nakliyat		
komisyonculuğu	845 - 886	416 - 430
Tellâlık	101 - 116	404 - 409
Navlun mukavelesi	887 - 931	431 - 448
Ardiye mukavelesi	797 - 821	473 - 477
Ticarî temsil	87 - 100	449 - 456

28 — Bu ihtilâfı normal bir yol ile halletmek için yapılan tecrübeler eksik değildir. Hususî bir kanunun umumî bir kanuna takaddüm ettiği esasına dayanılarak, Ticaret kanununda bulunan hükümlerin diğer kanunlarda bunlara muhalif olan hükümleri bertaraf ettiği iddia edilmiş ise de bu tarzı tetkikte Kanunu Medenî ve Borçlar kanununda bulunan ihtilâfları mucip hükümlerin umumî mahiyette olmadıkları bilâkis hususî mahiyette oldukları ve bu yüzden Ticaret kanununun hükümleri ile hemayar oldukları gözden kaçırılmıştır. Diğer bazı hukukçular Ticaret kanununun 1013 üncü maddesine dayanarak muahhar kanunun daha evvel neşredilen kanuna takaddüm ettiği kâidesine taban Ticaret kanununa mugayir olan ahkâmın mülga olduğunu id-

dia etmişlerdir. Bunlar Ticaret kanununun medeni kanunlardan bir kaç hafta sonra tahtı karara alındığını ve resmî gazetede tebliğ edildiğini ileri sürerek Ticaret kanununun Kanunu Medeni ve Borçlar kanununa nazaran muahhar bir kanun olduğunu isbat etmek istemişlerse de iddialarında iki kanun arasında zaman itibariyle mevcut olan farkta haizi ehemmiyet olan noktanın bu kanunların doğumu ve tebliği olmayıp bilâkis mevkiî meriyete girdikeli tarih olduğu keza gözden kaçırılmıştır.

Bu tarih gerek Kanunu Medeni ve Borçlar kanunu ve gerekse Ticaret kanunu için 4 Teşrinievvel 1926 dır.

29 — Demek oluyor ki fornal vasıtalarla bizi tatmin edecek bir neticeye varmak kabil değildir. Vazı kanun müdahale etmedikçe bence bu ihtilâfın halli ancak şu şekilde düşünülebilir:

Mahiyet itibariyle birbirine müsavi iki normun çarpışması hallerinde kanunlar içtimandan bahsedilir. Pozitif norm ihtilâfı olarak tezahür eden kanunlar içtimai' negatif norm ihtilâfı olan kanun boşluklarının aksidir. Vazı kanunu, hâkime kanun boşluklarını doldurmak salâhiyet ve vazifesini vermeğe sevkeden mülâhazalar, hâkime, pozitif norm ihtilâflarını halletmek salâhiyet ve vazifesini de bahşetmelidir. Yalnız vazı kanun, aynı meselenin her iki kanunda tanzim edildiğinin farkına varmış olsa idi nasıl karar verecek idi ise hâkim de aynı tarzda karar vermelidir.

Şu umumî kaidenin tatbikini birkaç misal ile izah edelim. Vereceğimiz misallerle bugün vaziyetin doğurduğu tehlike ve emniyetsizlik bilhassa göze çarpacak ve aynı zamanda tadile karşı duyulan ihtiyacın şiddeti de tebarüz edecektir.

30 — Ticaret kanununun 886 inci maddesi mucibince bilumum nakliyat mukavelelerine, mukaveleler ister nakliyeciliği kendine sanat ittihaz eden şahıslar tarafından, ister arizi olarak taahhüt eden kimseler tarafından akdedilmiş olsun, kanunun 887 - 931 inci maddeleri tatbik edileceklerdir. (Demir yolu ve deniz nakliyatı mukaveleleri hakkındaki hükümler mahfuz tutul-

muşlardır). Yek nazarda Borçlar kanununun 431 - 448 inci maddelerinde aynı münasebetlere taallük eden hükümlerin bir kıymeti kalmadığı zehabı uyanabilir. Hukukî durum bu merkezde değildir. Zira bu tarzı telâkkiye karşı şu mülâhaza ileri sürülebilir : Gerek Türk gerekse İsviçre vazı kanunu ticarî ve adî nakliyat mukaveleleri arasında bir tefrike lüzum olduğu kanaatindedir. Türk vazı kanunu bu düşüncesini bütün nakliyat mukavelelerini ticarileştirmek «*commercialiser*» etmek, İsviçre vazı kanunu ise bütün nakliyat mukavelelerini Borçlar kanununa tabi tutmak yani «*décommercialiser* etmek» suretile ifade etmiştir. Demek oluyor ki her iki kanunda aynı düşünceler hâkimdir. Ve aynı prensiplerin yani her türlü nakliyat mukavelelerine bir türlü nizamın tatbiki istenmiştir. Vakia bu tarzı müşahede ile Ticaret kanununun 888 inci maddesi meselemiz için ehemmiyetini kaybetmektedir. Buna rağmen hâkim ihtilâfın hallinden kurtulmuş olmuyor, yine aynı ihtilâf karşısındadır : İsviçre örneğine göre vücuda getirilen Borçlar kanununu mu yoksa Fransız Fas hukukuna göre tanzim edilen Ticaret kanununu mu tatbik edecektir? Bence bu ihtilâfı ancak hâkimin her iki kanunda mevcut olan kaidelerden hangisinin Türkiyeye daha uygun geldiğini araştırarak bunlardan birisini tercih etmesi suretile halletmek mümkündür. Teklif ettiğim hal yolu ile hâkime yüklediğim vazifenin siyasi mahiyette olduğunu salâhiyeti dahiline girmediğini tekrar izaha lüzum görmiyorum.

31 — Ardiye mukavelesinde vaziyet bir tesadüf eseri olarak daha basittir. Ticaret kanununun 797 inci maddesi mucibince bu maddede mezkûr senedatı ita etmeksizin yalnız emtia ve zehairi vedia olarak kabul etmek üzere küşat edilen sair mahaller hakkında kanunun 796 - 821 inci maddeleri ahkâmı cari olmaz. Makbuz senedi veya varant ita edildiği takdirde ise Ticaret kanununun 797 inci maddesinin son cümlesi mucibince münhasıran Ticaret kanunu hükümleri tatbik edilir. Ticaret kanununun 821 inci maddesi mucibince umumî mağazalar hakkında neşri düşünülmüş hususî nizamname henüz isdar edilmiş olmadığından Ticaret kanununun ardiyeler hakkındaki hükümleri hakikatte meriyete girmiş değildir. Bu vaziyet devam ettikçe ar-

diye mukaveleleri hakkında Borçlar kanununun 473 - 477 inci maddelerinin tatbiki lâzım gelir.

32 — Adî vekâletten ticarî vekâletin tefriki için Ticaret kanununun 822 inci maddesi bir mesnet vaz eder gibi görünür. Vazedilen kıstas müvekkile nazaran vekâletin mevzuudur. Vekâlet müvekkile göre bir muamelâtı ticariyenin ifasına taallük ediyorsa Ticaret kanunu hükümleri aksi takdirde Borçlar kanunu tatbik edilecektir. Kanun lâfzan tefsir edilecek olursa tuhaf neticeler husule gelecektir. Meselâ bir tüccar bir çiftçinin nam ve hesabına olarak mahsulâtı satacak olursa, vekâletin mevzuu Ticaret kanununun 19 uncu maddesi mucibince ticarî bir muamele olmadığından, vekâlete dair Borçlar kanununun 386 inci maddeleri tatbik edilecektir. Buna mukabil bir çifti diğer bir çiftçinin nam ve hesabına olarak hisse senedi satın alacak olursa vekâletin mevzuu Ticaret kanununun 21 inci maddesinin 8 numaralı fıkrası mucibince mutlak ticarî muamelâttan madud olduğundan vekâlete dair Ticaret kanununun 822 ve müteakip maddeleri tatbik edilecektir. Şu tuhaf neticeye sebep olan hâdisi vekâletin hukukî mahiyetinin tam manâsiyle anlaşılmiş olmaması bilhassa dahili münasebet ile haricî münasebetin birbirine karıştırılmış olmasıdır.

Haricî münasebette mahsulâtını satan veya hisse senedi satın alan çiftçinin, bu muameleleri bizzat veya bir vekili vasıtasile yapıp yapmadığına bakılmaksızın aynı muameleye tâbi tutulması doğrudur. Buna mukabil dahili münasebette, vekil yani vekâlette borç altına giren tarafın bir halde tüccar diğer bir halde çiftçi olması bakımından ehemmiyetli bir farkın mevcut olduğu fikrindeyim.

Bizce buradaki hususî menfaatler vaziyetinden ötürü vekile nazaran vekâletin ifası ticarî ise vekâleti ticariye hakkındaki hükümler (kanunun ifadesine uygun gelmemekle beraber) diğer bütün hallerde ise Borçlar kanununun vekâlet hakkındaki hükümleri tatbik edilmelidir.

33 — Komisyon ve nakliyat komisyonu mukavelelerinde

ticaret kanununun 21 inci maddesinin 1 numaralı fıkrası emin bir mesnet vazzeder mahiyettedir. Bu fıkra mucibince komisyonculuk yani komisyon işlerini san'atı mutade ittihaz eden bir şahsın muameleleri mutlak ticarî muamelelerden maduddur. O halde ticaret kanununun 845 - 886 ncı maddeleri san'atı mutade ittihaz edilen komisyonculuk dahilinde akdedilen mukavelelere tatbik edilecektir.

Çıkardığımız şu netice kanunun 845 ve 879 uncu maddelerile teyit edilmektedir. Borçlar kanununun 416 - 430 uncu maddeleri ise tarafların tüccar olup olmadıklarına bakılmaksızın tesadüfen icra edilen, yani san'atı mutada ittihaz edilen komisyonculuk haricinde akdedilen mukavelelere tatbik edilecektir. Bu telâkki neticesinde bir fabrikatör tarafından tesadüfen akdedilen bir komisyon mukavelesine, fabrikatör tüccar, ve komisyon mukavelesi 22 nci madde mucibince ticarî bir mukavele olduğu halde, Borçlar kanununun hükümleri tatbik edilecektir. Bu tavsifin diğer bir neticesi, ticaret kanununun ticarî mukaveleler hakkında umumî hükümlerin tatbik edileceği Ticaret mahkemelerinin salâhiyettar olacağı fakat komisyonu tevlid eden münasebete ise borçlar kanunu hükümlerinin tatbik edileceğidir.

34 — Tellallık mukavelesindeki durum yukarıki duruma müşabihtir. Muamele, umuru ticraiyeden madud mukavelenin akdi hususunda tarafeyn beyninde vasatet ve bu suretle mukavelâtı ticariyenin akdini teshil etmeği san'atı mutade ittihaz eden bir işletme dahilinde akdolunursa ticaret kanunu tatbik edilecektir (T. K. 101, T. K. 212). Borçlar kanununun 404 üncü ve müteakip maddeleri ise tellâlların hem tesadüfen akdettikleri ticarî muamelelere hem de tesadüfen veya san'at halinde akdettikleri adi tellâllık mukavelelerine tatbik edilecektir. Keza kanunun ifadesine uygun olan bu tefsir tarzı tuhaf neticeler tevlid edecektir.

Meselâ bir fabrikatör bir gayrimenkul satışında bir gayri menkul «spéculateur» üne tavassut ve bu tavassut için yüksek bir ücret şart ederse, tellâllık mukavelesi ticaret kanununun 18 ve 22 nci maddeleri mucibince objektif ve subjektif bakımdan ti-

carî bir muamele, muameleye teşebbüs eden fabrikatör de tüccar olduğu halde, borçlar kanununun 409 uncu maddesi mucibince bu tüccar hâkim tarafından tenkis edilebilecektir.

Bu muamelede fabrikatör tavassut etmeyip te bir gayrimenkul tellâlî tavassut etmiş olsa idi ticarî tellâllik hakkındaki hükümler tatbik edilecektir.

Bu son halde ücretin tenkisi mümkün değildir. Çıkardığımız şu neticenin hakkaniyete uygun geldiği iddia edilemez. Buradaki haksızlığın önüne, borçlar kanununun 409 uncu maddesini ahkâmı amireden addetmek ve bütün tellâllik mukavelelerine tatbik etmek suretile geçilebilir. Fakat buna mukabil borçlar kanununun 161, ticaret kanununun 647 nci maddelerine kıyasen, yüksek görülen bir ücretin ancak adi muamelelerde tenkis edileceği, tellâllin akdettiği mukaveleler ticarî olarak tavsif edildiği hallerde ise tenkis edilemeyeceği iddia edilebilir. (Şartı cezaının tenkisinde takip edilen usulü hatırlatmak isterim.) Görülüyor ki hukukî durum oldukça karanlıktır.

35 — Ticarî temsildeki hukukî durum da oldukça karışıktır. Bunun sebebi kanunların muhtelif membalarına irca olunabilir. Ticaret kanunundaki kaideler İtalyan Ticaret hukukundan, borçlar kanunundaki hükümler ise, bu kanundan ayrı esaslara dayanan Alman hukukundan iktibas edilmişlerdir. Her iki kanunda bulunan hükümleri bir birleriyle nazari bir surette telif etmek de mümkün değildir. Bundan başka, ticaret kanunundaki kaideler ifade itibarile de borçlar kanunundaki hükümlere uymamaktadırlar. Her iki kanunda mevcut olan normların telifi mümkün olmadığı bir misalle izah edelim.

(Seyyar ticaret memurları hakkında ticaret kanununun 99 uncu maddesi borçlar kanununun 454 üncü maddesile yanyana konacak olursa, her iki kanun arasında mevcut olan ihtilâfın ne kadar derin olduğu derhal göze çarpacaktır.)

### T. K. 99

Seyyar tüccar memurları bizzat teslim etmedikleri emvalin bedelini kabza mezun olmadıkları gibi semenini tecil veya mik-



tarını tenzil edemezler. Bunlar, âmirlerine karşı üçüncü şahıslar tarafından vuku bulan metalibi onlar namına kabul edebilecekleri gibi âmirlerinin muhafazai menafiine medar olacak tedabiri de ittihaz edebilirler.

#### B. K. 454

Bir müessese için merkezinin haricindeki mahallerde muamele icra eden seyyar memurlar müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil ita etmek salâhiyetini dahi haiz sayılırlar.

Bu salâhiyetin tahdidi, hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı muteber değildir.

Seyyar ticaret memurları, kendi tavassutlarile satın alınan, ve fakat ticarethane sahibi tarafından doğrudan doğruya teslim edilen malların semenini tahsil etmişler ise, hâkim, hangi kanundaki hükme göre karar verecektir? Bugün mer'i olan hukukî vaziyet devam ettikçe, hâkim, yukarıki maddeler mevcut değilmiş gibi karar vermek mecburiyetinde kalacak, bir birine tamamen zıd olan bu hükümlere istinat etmesi mümkün olamayacaktır. Bence, hâkimin, hâdisenin sureti cereyanına veya mevcut teamülere göre karar vermesi şu ihtilâfın en muvafık hal tarzıdır.

Temsil salâhiyetinin borçlar kanununa göre ticarî mümesillik tarzında mı verildiği, yoksa ticaret kanununa göre umumî salâhiyet şeklinde mi ita edildiği, sicildeki kayıtlara nazaran hal edilebilir.

Sicildeki kayıtların sukutu halinde, zimnen ita edilen umumî bir salâhiyetin mevcudiyeti kabul olunabilir. Umumî bir salâhiyetin mevcut olduğu kabul edilse de borçlar kanununun 453 üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki tahdidatın cari olup olmadığı meşküktür.

36 — Kanunda mevaddı ticariye mefhumu tarif edilmemiş tesbiti mahkeme ve ilme terkedilmiştir. Türkiyede, hukukçuların bu mefhum etrafında yaptıkları araştırmalar, nedense, müşterek bir kanaatin tebeddüllerine müncer olamamıştır. Memed Ali Bilgi-

şin, mevaddı ticariye mefhumunu muamelâtı ticariye mefhumu ile müsavi tutmuş, ve ticaret kanunlarının tatbik edileceği mevaddı ticariyenin mezkûr fasılda tasrih edilen muamelâtı ticariyeden ibaret olduğunu beyan etmiştir. (Türk Ticaret Hukuku Prensibleri S. II). Vasfi Raşid Sevinçin kanaatine göre, (Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 153 ve m.) mevaddı ticariye, ticaret kanunu ile ticaret kanununun tatbiki hakkındaki kanunun tanzim eylediği vak'alardır. Bu görüşe nazaran, diğer kanunlarda bulunan hususî hükümler, ticaret kanununda veya ticaret kanununun tatbiki hakkındaki kanunda bulunan vak'alarla ilgili oldukları nisbette, ticari norm olarak telâkki edileceklerdir.

Kitabımda mevaddı ticariye mefhumunun muamelâtı ticariye mefhumundan daha geniş olduğunu, ve bilâvasıta veya bilâvasıta, bir hâdisede müşahhas veya vazîi kanunun görüşüne nazaran mücerret olarak, ticarî bir işletme ile alâkadar olan her hukukî muamelenin mevaddı ticariye olduğunu isbata çalıştım.

Tetkikatıma nazaran, mahkemeler bu mefhumu tarif etmiş değillerdir. Temyiz mahkemesi muhtelif hâdiselerde muhtelif kararlar ittihaz etmiş ve bu kararlarında etraflı bir esbabı mucibe vermemiştir. Bu yüzden Temyiz Mahkemesinin kanaatini istihraç etmek mümkün olamamıştır.

37. — Mevaddı ticariye mefhumu ticaret kanununun mer'î olacağı vak'aları adi hukukun tatbik edileceği vakialardan ayırır. Her iki hukuk muhitinin bir birine karşı tahdidinin üç bakımdan ehemmiyeti vardır.

a — Mevaddı ticariyeyi rüyet ile vazifedra olan «hususî» Ticaret mahkemeleri ihdas edilmiştir.

b — Mevaddı ticariyede hususî isbat kaideleri caridir.

c — Hâdisenin âdi veya ticarî olarak tavsifine göre, muayyen vak'alarda, bir birinden ayrı kaideler istar edilmiştir.

Zikrettiğimiz ayrılıkların, hakikatte, ne dereceye kadar mevcut oldukları, mevaddı ticariye mefhumunun muhtelif vak'aları birbirinden tefrike elverişli olup olmadığı tetkik edilmelidir.

38 — 469 numaralı kanun, Adliye Vekâletine, ihtiyaç ol-

duğu yerlerde, Hukuk Asliye mahkemeleri yanında münhasıran mevaddı ticariyeyi rüyetle vazifedar olan «hususî» ticaret mahkemeleri teşkil imkânını bahşetmiştir. İstanbul, İzmir ve Ankara için bu imkândan istifade edilmiştir. Bu şehirlerde tesis edilen ticaret mahkemeleri, ne heyeti hâkimenin teşekkülü bakımından, ne de usul bakımından diğer mahkemelerden farklı değildir. Binaenaleyh, mevaddı ticariyenin ticaret veya hukuk asliye mahkemeleri huzurunda rüyet edilmiş olması tatbikatta hiç bir fark tevhit etmiyecektir.

İstanbul Birinci Hukuk Asliye mahkemesinin mevaddı ticariyeyi de rüyet edebilmesi karakteristik bir keyfiyettir.

Hakikat halde «hususî» ticaret mahkemelerinin tesisi muhtelif asliye mahkemeleri arasında vücade getirilen bir iş bölümünden başka bir şey değildir. Almanyada, Fransada, ve diğer bazı Devletlerde ticaret mahkemeleri kısmen veya tamamen tüccarlardan mürekkeb heyetlerden müteşekkildir. Türkiye, bu usul dairesinde ticaret mahkemeleri vücade getirmiş değildir. Binaenaleyh bir işin ticaret mahkemelerinde görüleceği yerde, hukuk asliye mahkemelerinde görülmüş olmasından dolayı temyize gidilmesi, hakikî bir ayrılık mevcut olmadığından, doğru değildir. Bu usulün mütehasıs hâkimler yetiştirmekten başka bir faidesi yoktur. Fakat bu yüzden sarfedilen para ve kaybedilen zaman, temin edilen faide ile mütenasib değildir. Bahusus bir çok yerlerde Asliye mahkemeleri her iki vazifeyi birlikte görmektedirler. Binaenaleyh ihtisas mülâhazası ancak İstanbul, Ankara ve İzmir gibi yerlerde mevzuubahs olabilir. Halbuki buralarda da her iki işi birlikte gören mahkemeler mevcuttur. Türkiyeden sarfinazar edilecek olursa, dahilî iş bölümüne hizmet eden idarî tetbirlere muhalif hareket, hiç bir Devlette temyize müracaat hakkı vermemiştir. Mevaddı ticariye mefhumunun tevhit ettiği karışıklığa, temyiz mahkemesinin 4 üncü hukuk dairesinin 8/5/936 ve 1026/1143 numaralı kararı, güzel bir misal teşkil eder:

Hâdise oldukça basittir. Bir gemi rıhtıma çarpmış ve bir miktar hasar ika etmiştir. Mutazarrır hukuk asliye mahkemesinde dava ikame etmiş ve zararın tazminini talep etmiştir. Mahkeme kendini vazifedar görmüş ve donatanı, haklı olarak, tazminata

mahkûm etmiştir.

Temyiz mahkemesi bu kararı nakzetmiştir. «Merakibi bahriyenin ika ettiği hasarattan mütevellit zarar ziyân davalarının rüyeti asliye mahkemelerinin vazifesi haricinde olduğu, bu noktanın düşürülmiyerek davanın rüyeti ile hükme bağlanması usule muhalif olduğundan, hükmün bu sebebden bozulmasına ve diğer itirazın halen tetkikine mahal olmadığına ittifakla karar verilmiştir.»

Temyiz mahkemesi burada mevaddı ticariyeden madud olan bir vak'anın mevzuubahs olduğu kanaatında olsa gerektir. Vak'a bu telâkkinin esbabı mucibeci verilmemiştir.

Ancak iki geminin bir birine çarpması, ticaret kanununda tanzim edilen gemilerin çarpışması hâdisesini tahakkuk ettirdiğinden, kanunun 1278 ilâ 1380 inci maddeleri, bir geminin rıhtıma çarpması haline kıyasen dahi tatbik edilemezler. Umumen kabul edilen telâkkinin bu merkezde olduğunu, Mazhar Göknil, bu kararın tenkidinde, mantikî ve açık bir lisanla izah etmiştir. (Hukuk Bilgileri mecmuası, 13 Nisan 1937).

Hadiseye tatbik edilecek hükümler borçlar kanununun haksız fiiller hakkındaki kaideleridir.

Şu hukukî duruma rağmen Temyiz Mahkemesi mevzuu bahs hâdisenin mevaddı ticariyeden madud olduğunu kabul etmişse, kararına iki mühim düşüncenin âmil olduğu mülâhaza edilebilir:

Ticaret kanununun 9 uncu maddesi mucibince donatan kaideten tüccardır. Ticaret kanununun 22 inci maddesi mucibince bir tacirin akit ve borçlarında siffati asliye ticarettir. Ticarî işletmeye yabancı oldukları, mükellefiyetin doğumu anında açıkça belli olmıyan muamelelere dahi muamelâtı ticariyeden madudur. Binaenaleyh bu ki hüküm dairesinde bir geminin rıhtıma çarpması halinin de mevaddı ticariyeden addetmek mümkündür. Hâdiseye bu zaviyeden tetkik edilirse Temyiz Mahkemesinin kararı doğru bulunabilir. Temyiz mahkemesi bu maddelerdeki hükümlerden maada ticaret kanununun 24 üncü maddesinin göz önünde tutmuş olabilir.

Verilen karra maddelerin lâgzî manalarına uygun gelebilir.

Fakat kanunun ruh ve maksadına uygun geldiği hiç bir za-

man iddia edilemez. Vak'anın İstanbulda değil de hususi ticaret mahkemelerinin bulunmadığı diğer bir Türk limanında cereyan ettiğini bir an için kabul edelim bu halde o mıntakada salâhiyet-tar olan asliye hukuk mahkemesi karar verecek ve kararı aynı sebeplerden ötürü naksedilecek, fakat bozulma neticesinde ne davaya bakacak heyeti hâkime ve ne de tatbik edilecek usul değişecektir. Aynı mahkeme bu defa ticaret mahkemesi sıfatile davaya bakacaktır. Görülüyor ki bu usul ile zaman kaybetmekten başka hiç bir şey kazanılmış olmuyor.

Bu gibi kararlara sevkeden hukukî sebepleri izale etmek lâzımdır. Mevaddı ticariye mefhumunun vazih olmayışı, mahkemeler arasında iş bölümünü tanzim maksadile isdar edilen kaidelerin vazife normu olarak telâkki edilmesi sebep olarak zikredilebilir. Yabancı Devletlerde olduğu gibi ticaret mahkemeleri teşkili arzu edilmiyor, ve bu günkü vaziyetin devamı muvafık bulunuyorsa, bir işin asliye hukuk mahkemesi yerine ticaret mahkemesinde veya ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesince görülmüş olmasından ötürü temyize gidilmesine mâni olunmalıdır. Sabri Şakir Ansay da aynı fikirdedir. (H. M. U. S. 152 not 25).

Bundan başka mevaddı ticariye mefhumu yukarıki tarzda karar itasına imkân vermiyecek bir şekilde tesbit edilmelidir.

39 — Ticaret kanununun 680 ilâ 684 üncü maddeleri mevaddı ticariyede tatbiki istenen esbabı subutiye hükümlerini havidirler. Bu hükümler, mesaili ticariyenin ticaret veya asliye hukuk mahkemelerinde rüyet edilip edilmediklerine bakılmaksızın, tatbik edileceklerdir. Mecelle kaidelerine carî olduğu zamanlarda bu kaidelerin bir mânası olabilirdi. Fakat bugün mer'î olan H. U. M. Kanunu altında tatbikattaki ehemmiyetlerini tamamen denemek derecede kaybetmişlerdir. Ticaret kanununun 680 ve 682 nci maddelerinde ifadesini bulan serbestî'i takdir prensibi Hukuk U. M. K. nunun 240 ncı maddesi mucibince bilûmum hukuk davalarında caridir. Ticaret K. nununun 680 inci maddesinin vazettiği tahdidat ( «hilâfı işbu kanunda musarrah olmadıkça» ) gayri kâfi ve hatalıdır. Çünkü hâkim mevaddı ticariyede de esbabı subutiye dair diğer kanunlarda bulunan âmir hükümlerle mukay-

yettir. Muayyen isbat vasıtalarının kat'i kıymeti hakkında muhtelif kanunlarda bulunan normlar da hâkimin takdir hakkını tahdid ederler.

Ticaret kanununun 680, 682 nci maddelerinde ifadesini bulan takdir serbestisi prensibi bir takım şüphelere yol açabilir. Senetle isbat kaidelerinin diğer beyyine vasıtalarile itmamı mevzuu bahseldüğü hallerde, bu isbat usulünün kanunen mecburi kılındığı hukukî muamelelerde de, şahitle isbatın caiz olduğunu, usul kanununun 392 inci maddesi umumî olarak ifade eder. Halbuki ticaret kanununun 682 nci maddesi bu bakımdan daha dardır. Şahitle isbatı senetle isbatın kanunen caiz olmadığı hukukî muamelelere hasretmiştir.

Elli lirayı tecavüz eden ve mevaddı ticariyeden madud olmıyan vak'aların şahitle isbatı usul kanununun 288 inci maddesi mucibince caiz görülmediği halde mevaddı ticariyede buna sarahaten müsaade edilmiştir. (M. U. M. m. 291, T. K. 680). Tatbikatta bu istisnanın pek okadar büyük ehemmiyeti yoktur. Zira vergi ve damğa kanunlarının tayin ettikleri cezalar her hangi bir suretle ehemmiyetli olan hukukî beyanların tahriren itasını zarurî kılmıştır. Diğer taraftan ticarete, şifahen veya telefon vasıtasile ita ve kabul edilen beyanların bilâhara tahriren tesbit ve tasdiki itayat haline girmiştir. Şifahî alışverişler yalnız pazarlarda ve perakende satışlarda bir rol oynamaktadır. Kıymetleri ekseriyetle cüz'î olan bu muameleler için umumî kaideler dairesinde şahitle isbata zaten cevaz verilmiştir.

40 — Ticaret kanununun 681 ve 684 üncü maddeleri bazı karineleri muhtevidir. T. K. nunun 681 inci maddesi mucibince bir senedin borçluya iadesi bedelinin tediye edildiğine «delil» addolunur. Halbuki bu kaide B. K. nunun 88 inci maddesinin son cümlesi mucibince âdi bir senedin, borçluya iadesi halinde dahi caridir. Binaenaleyh ticaret kanununun 681 inci maddesindeki hüküm ticarî mahiyette hususî bir norm olarak telâkki edilemez. Bu yüzden lüzumsuzdur.

Ticaret kanununun 684 üncü maddesi bir faturayı sarahaten veya zimnen kabul edenin aynı zamanda onun mündereca-

tını da kabul etmiş sayılacağını tasrih eder. Maddenin ikinci cümlesi mucibince bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün zarfında münderecatı hakkında bir itiraz dermeyan etmemiş ise, faturanın münderecatını kabul etmiş addolunur. Kanunun metnine bakılırsa burada birbirinden ayrı iki muhtelif vak'a mevzuubahs edilmiştir. Halbuki hukukî durum bu merkezde değildir. İlk karine Fransız ve İtalyan hukukundan iktibas edilmiştir. (44 ve 109 uncu maddeler). Kanunun ikinci cümlesinde beyan edilen karine ise zikredilen maddelerin Fransız ve İtalyan iştihat ve ilim kitaplarında tebellür eden tarzı tefsirlerinin bir ifadesidir. Demek oluyor ki burada mevzuubahs olan birbirinden farklı iki karine olmayıp bir tek karinedir. Kanunun ikinci cümlesi birinci cümlenin, yani fatura münderecatının zimnen kabulünün bir tatbik şeklinden başka bir şey değildir.

Bu kaideler tüccar arasındaki münasebetler için doğru ve münasip olabilir. Fakat taraflardan birinin tüccar olmadığı hal - lere de tatbikinin ne dereceye kadar doğru olduğu şüphelidir.

Faturalarda cari olan kaidelerin şifahî bir beyanın tasdikini mutazammın diğer beyanlara da teşmili muvafaktır.

41 — Bu mevzua ukudu tüccariyenin sureti tefsiri hakkında ticaret kanununun 675 ilâ 679 uncu maddeleri de ithal edilebilir. Bu kaideler bilâtefrik Fransız Code Civil'inden iktibas edilmiştir. Menşeleri göz önünde tutulursa mevaddı ticariyeye mahsus hususî normları olmadıkları derhal tebarüz eder. (Code Civil m. 1135, 1156 ilâ 1164).

Bu hükümler de, borçlar kanununun 18 inci maddesinde ifadesini bulan umumî kaidenin, yani bir akdin şekil ve şartlarını tayinde müşterek ve hakikî rızaların aranması lâzım geleceği prensibinin tatbik şekilleridir. Bununla beraber ticaret kanununun 678 ilâ 679 uncu maddeleri, hâkime mulak rıza beyanlarında hakikî maksadların taharrisi için istimal edeceği vasıtaları göstermesi itibarile, faidelidir. Beyan edilen rızaların tefsiri hususunda kullanılacak vasıtalara dair mezu kaidelerin umumen kabul edilen hükümler mahiyetinde olduklarını tekrar tebarüz ettirmek isterim. Bunlar medenî hukukta da caridir.

42 — O halde mevaddı ticariye mefhumu, aynı vak'a mevaddı ticariye veya âdi olarak tavsif edildiğine göre, muhtelif hükümlere bağlanacaksa, kanun tekniği bakımından bir ehemmiyeti haiz olabilir. Yukarıda tadat edilen hukukî münasebetlerden mada, aşağıda mevzuu bahs edeceğimiz müesseseler için de, gerek kanunu medeni ve borçlar kanununda, gerekse ticaret kanununda hükümler isdar edilmiş, yani medeni kanunlarda âdi mevad için istar edilen hükümler yanında ticaret kanununda mevaddı ticariye için hususî normlar vücade getirilmiştir:

a — Ticaret kanununun 642 ilâ 662 inci maddelerinde taahhüdâtı tüccariye için umumî hükümler vazedilmiştir.

b — Ticaret kanununun 663 ilâ 674 üncü maddelerinde ukutu tüccariyenin sureti in'ikadı hakkında kaideler istad edilmiştir.

c — Ticaret kanununun 747 ilâ 755 inci maddelerinde karzı ticarî.

d — Ticaret kanununun 757 ilâ 770 inci maddelerinde rehni ticarî.

e — Ticaret kanununun 771 ilâ 781 inci maddelerinde matlubun devri tanzim edilmiştir.

Aşağıda vereceğimiz izahatta her iki kanunda muhtelif kaideler istarına âmil olan sebebler tetkik edilecek ve Ticaret kanununda mevcut olan hükümlerin borçlar kanundaki hükümlere nazaran hususî mahiyette olup olmadıkları araştırılacaktır:

43 — Borçlar kanunu iki büyük kısma ayrılır. Birinci kısım borçlarda cari olan umumî hükümleri, ikinci kısım muhtelif akit tiplerinde cari olan hususî hükümleri ihtiva eder. Hususî hükümler umumî hükümleri itmama hizmet ederler, fakat bir çok yerlerde bu hükümlerden ayrılırlar. Vazi'î kanun ukudu ticariyenin tanziminde aynı usulü intihab etmiştir. İlk kitabın 4 üncü babında ticaret kanununun 642 ilâ 684 üncü maddeleri ticarî taahhüdatta cari olan umumî hükümlerden bahsederler. Kanunun 685 ilâ 1012 inci maddeleri ise muhtelif akit tiplerinde tatbik edilecek hususî hükümleri ihtiva ederler. Her iki kanunda mevcut olan usul birliğine rağmen bir çok noktalarda fark vardır.



Borçlar kanununun birinci kısmı borçlarda mevzuubahs olabilen umumî kaideleri oldukça tam bir surette tanzim etmiştir. Halbuki ticaret kanununun 642 ilâ 684 üncü maddeleri bir çok noktalarda noksan olan bir kanun manzarası arzeder. Bir araya getirilen muhtelif hükümlerde rabıta ve sistem yoktur. Bu karışıklığın sebepleri aşağıda mevzuubahs edeceğimiz âmillere irca olunabilir:

44 — Ticaret kanununu ihzar eden komisyon Roma hukukuna dayanan garbî Avrupanın ticaret hukukile şer'î hukuka daynaan Mecelle arasında devam ede gelmekte olan geniş ayrılığı bundan soara da muhafaza etmek niyetinde idi. Diğer taraftan, bir birinden tamamilen ayrı olan esaslara müstenit iki kanunun yanyana getirilmesinin birlikte getireceği müşkilât ve vuzuhsuzluk da göz önünde tutuluyor, ve izalesi arzu ediliyordu.

23 Temmuz 1850 tarihli eski ticaret kanununun (Kanunnamei ticaret) 1807 tarihli Fransız ticaret kanununun kısmen hatalı bir tercümesi idi. Bu kanunda, poliçe ve iflâs hukukundan sarfınazar, o zaman bile eskimiş olan ticarî sıfat ve ehliyet, ticarî defterler, şirketler, mal ayrılığı, borsalar ve borsa tellâlları, rehini ticarî komisyonculuk gibi müesseseler noksan bir tarzda bir araya getirilmişlerdi. Ticari muameleler hakkında sarahat yoktu. Ticarî muameleleri, ticaret kanununa zeyil olarak 30 Nisan 1860 tarihinde ticaret mahkemelerinin teşkiline dair isdar edilen kanun, tadat ediyordu.

Mahkemeler bu kanunların boşluklarını doldurmak için evveleminde teamülüticariyeye mürcaaat edecekler, bunların da bulunmadığı hallerde, hükûmetin zımnî muvafakatile fransız içtihat ve ilim kitaplarından istifade edeceklerdi. Fakat bu usul, mecellenin neşrinden sonra terkedildi (1869 - 1876).

Ticaret mahkemeleri ticaret kanununun hükümlerini itmam için tüccar ve ticarî vak'alara dair muhtelif hükümleri ihtiva eden Mecelleye müracaat edeceklerdir. Ticaret kanununu ihzar eden komisyon mecellenin akitlerin in'ikat ve tefsirlerine dair ihtiva ettiği umumî hükümlerin, yeni kanunu ticaretin akit tiplerine tatbikine mâni olmak istiyordu. Bu maksadla akitlere dair vazedi-

lecek kaidelerden evvel taahhüdatı ticariyeye dair umumî hükümlerin isdarı düşünöldü.

45 — Bunun için bir örnek arandı ve bu örnek bu gün Avusturyada el'an mer'i olan 1861 tarihli Umumî Alman Ticaret kanunile, bir çok hükümlerinde bu kanuna uyan 1875 tarihli Macar kanununda bulundu.

Ekseri Devletlerde mer'i olan Ticaret kanunlarının aksine olarak bu iki kanunda ticarî akitlerden doğan vecibeleri umumî surette tanzim eden hükümler mevcuttur. Bunun sebebi medenî hukuku ayrı olan Devletlerdeki Ticaret hukukunu tevhid etmek maksadile vazedilmiş olmalarında aranmalıdır.

Umumî Alman Ticaret kanununun ihzar ve doğumu zamanında Alman Devletleri bir Federal Devlet halinde olmayıp bir konfederasyon halinde idiler. Konfederasyona dâhil olan Devletlerdeki hukukî ayrılık iktisadiyatın tekâmülü için mühim bir mâni teşkil ediyordu. Hukuku hususiyenin kül halinde tevhidî mümkün görülmediğinden, Ticaret hukukunun tvehidile iktifa olundu.

Ticaret hukukunun müsavî bir tarzda tatbikini temin için de ticaret kanununa, borçlar hukukunun umumî hükümleri ithal edildi. Macaristan için vaziyet aynı idi. Ticarî akitlere dair vazolunan umumî hükümlerle, Macaristanın o zaman bitişik olduğu Devletlerle Avusturya hukukunun mer'i olduğu yerlerde, ticaret hukukunun muhtaç olduğu vahdet temin edilecekti. Münferit hükümlerdeki ayrılıklara rağmen bütün Devletlerde mer'i olan medenî hukuk Roma hukukuna dayandığından Almanya ve Macaristanda tatbik edilen bu usul muvaffak oldu. Ticaret hukukuna ithal edilen umumî hükümler aynı esaslara dayandıklarından muhtelif Devletlerde mer'i olan medenî hukuk ile kolayca itmam ediliyorlardı.

Türkiyedeki filî ve hukukî vaziyet yukarıki duruma müşabih olmadığından, ticaret kanununun ihzarında bu usulün kabulü, yani Macaristan ticaret hukukunda mevcut olan umumî hükümlerin iktisabiyle, borçlar hukukuna dair bir kaç hüküm ithal edilmiş olmayor, hakikat halde mecelle esaslarından tamamen ayrı olan yeni bir hukuk sistemi, yani Roma borçlar hukuku ithal edilmiş oluyordu.

Ticaret kanununu ihzar eden komisyon azaları mevzuubahs ettiğimiz hukukî vaziyeti düşünmüş olup olmadıkları bir tarafa bırakılabilir. Fakat bugünkü hukukî vaziyetin, komisyonun, ticaret hukukile medenî hukuk arasındaki münasebet hakkındaki tasavvurları dairesinde tecelli etmediği muhakkaktır. Mecellenin ilgası ve İsviçre borçlar hukukunun idhali, lâik olan ticaret hukukıyla dinî esaslara istinat eden Mecelle hukuku arasındaki ayrılıkları ortadan kaldırdı. İsviçre borçlar hukukunun Türkiyede mer'î bulunduğu tarihten itibaren, ticarî vak'alara dair hususî normların dayanacağı ve bina edileceği ahenktar bir medenî hukuk sahası vücuda gelmişti. Binaenaleyh Ticaret kanunundaki umumî hükümlere ancak borçlar hukukundaki umumî hükümlerin bir kısmı ticarî muamelât için mer'iyetten kaldırılacak veya diğer hükümlerle itmam edilecekse ihtiyaç olabilirdi. İsviçre hukukundan iktibas edilen umumî hükümler aynı zamanda ticarî muamelâtı da istihdaf eylediklerinden, Ticaret kanununun 642-684 cü maddelerinin büyük bir kısmı lüzumsuz bir hale gelmişti.

47 — Umumî meseleleri mevzuubahs ettiğimiz bu kısımda Ticaret kanununun 642-684 cü maddelerini bütün teferrüat ile tetkik etmek ve bunları Borçlar kanununun muhtelif maddeleriyle karşılaştırmaktan sarfınazar edilmiştir. Bu bahiste mühim olan noktalara temas edilecektir.

— Ukudu ticariyenin sureti in'ikadına dair Ticaret kanununun 663-673 cü maddeleri Borçlar kanununun bu mevzua dair hükümlerine aynen uyarlar. Yalnız Ticaret kanununun 668 inci maddesinin son fıkrasında tüccarlar arasındaki münasebetler için faideli olan buna mukabil tüccar olmayanlar için mühim bir tehlike teşkil eden bir istisna mevcuttur. Ticaret kanununun mezkûr fıkrasına göre, mucibin icabını red eden taraf icabını hini tebliğinde kendine gönderilmiş emval hakkında, 824 ve 825 inci maddelerde gösterilen tedbirleri ittihaz ile mükelleftir. Ticaret kanununun vazettiği bu istisnadan sarfınazar, diğer maddelerin borçlar hukukuna aynen uyduklarından Ticaret kanunundan çıkarılmaları lâzım gelir.

49 — Ticaret kanununun 642 - 662 inci maddeleri akitle-

rin tefsir ve hükümlerine dair muhtelif kaideleri ihtiva ederler. Bunların bir kısmı Borçlar kanunundaki hükümlere uyarlar. Diğer bir kısmı ise bunlardan cüz'î bir surette ayrılırlar.

Borçlar kanununun umumi hükümlerinden ayrılan mühim istisnalar Ticaret kanununun 643, 644, 647 ve 652 inci maddelerinde mevcuttur.

50 — Ticaret kanununun 642 inci maddesi hakkında Temyiz mahkemesinin bir tevhidî içtihat kararı mevcuttur. (Karar No. 26/36, tarih 26/3/337, Resmî Gazete 1806). Bu karara nazaran kefaleti ticariyede kefaleti müteselsile ahkâmı caridir.

Ticaret kanununun 648 inci maddesindeki kaide, muamele mevaddı ticariyeden madut olduğu hallerde, borçlular arasında bir fark gözetmeksizin, hepsinin müteselsilen mesul olacağını tasrih eder. Kefalet ile asıl borç ticarî bir muamele olduğu takdirde kefil tüccar olmasa da müteselsil kefalet kaideleri cari olur. Borçlar kanununun 147 inci maddesi mucibince, alacaklıya karşı her biri alacağın mecmuundan mesul olmağı iltizam eylediklerini beyan eden birden ziyade borçlular arasında teselsül mevcuttur. Burada ancak sarîh bir rıza beyanı borçlular arasında teselsül doğurur. Halbuki Ticaret kanununda teselsül asıldır. Teselsül kaidelerine tâbi olmak istemiyenler bunu açık bir şekilde beyan etmek mecburiyetindedirler.

Ticaret kanununun bu maddesi bir takım haksızlıklara sebebiyet verecek aynı zamanda Borçlar kanununun adî kefalet hakkındaki hükümlerini kıymetten düşürmüş olacaktır. Alman hukuku, ancak kefilin tüccar olduğu hallerde teselsülün cari olacağını kabul etmiştir. Hüküm itibarile oldukça ağır olan 632 inci maddenin tüccarlara ve ticarî işletmelere tatbiki münasiptir. Tüccar olmayanlara aynı külfetin tahmili bilmem ne dereceye kadar doğru olur.

51 — Ticaret kanununun 644 üncü maddesi mucibince bir taahhüdü ticariyenin ifasında, müteahhidin basiretkâr bir tacir gibi hareket etmesi lâzım gelir. Hâkim bu madde vasıtasile, ticarî borcu ifa edenin mesuliyet derecesini takdir ederek tayin edecek-

tir. Hâkim olan nazariyeye göre bir kimsenin ihmal, teseyyüp veya tedbirsizlikle hareket edip etmediği tesbit için, faaaliyette bulunana terettüp eden ihtimam derecesi objektif esaslara göre tayin edilir. Buna rağmen mesuliyetin vüs'ati takdir edilirken işin tipik ve hususî mahiyeti göz önünde tutulmalıdır. Basiretkâr bir tacirin ihtimamı aynı branşa mensup olan bir tüccardan vasati bir ölçünün tatbikinde beklenen ihtimam derecesidir. Bir çok hallerde tacir olmıyanların taahhütleri Ticaret kanunu ahkâmına tâbi tutularak muamelâtı ticariyeden ad edilmiştir. Bir taahhüdü ticariyenin ifasında tacir olmıyan bir şahsın dahi basiretkâr bir tacir gibi hareket etmesi icap edecektir. Bizce bu netice kabul edilemez. Normal olarak, bir branşta aranılan malûmat ve kabiliyetin vüs'ati ihtimam derecesinin tayininde mesnet ittihaz edileceğinden, T. Kanununun 644 üncü maddesinde ifadesini bulan ve umumî hükümlerden daha ağır mesuliyet kaidesi, kanunun manâ ve gâyesine göre yalnız tüccarlara tatbik edilmelidir.

52 — T. K. 647 ve 654 üncü maddeleri mevaddı ticariyede faiz ve şartı cezaisi serbestisinden bahsederler. Ticaret kanununun 647 nci maddesi ticarî muamelâtta şartı cezainin hiç bir veçhile tenkis edilemeyeceğini ve bu kaideye mütenazır olan 654 üncü maddesi faiz miktarının serbestçe tayin olunacağını tasrih eder.

Ankarada Devletçilik ve ticaret hukuku hakkında verdiğim konferansda bu meseleleri uzun uzadıya münakaşa ettim. burada vardığım neticeyi izah ile iktifa edeceğim :

Vakıa her iki madde muamelâtı ticariyede tam bir serbesti vazetmiş sayılırlar. Ancak bu serbestinin suiistimal edildiği hallerde de himaye göreceklerini kabul etmek Devletçilik prensibiyle kabili telif değildir. Bence mahkemeler, tayin edilen şartı cezainin veya icrası talebenin, ahlâka, adâba, intizamı ammeye mugayir olup olmadığını veya bir hakkın suiistimali derecesine varıp varmadığını yani Devletçilik zihniyetiyle kabili telif olup olmadığını tetkik etmeliler ve ona göre şartı cezaiyenin iptaline gitmelidirler. Devletçilik zihniyetinin hâkim olduğu bir Devlette Ticaret hukukunda bu bakımdan tam bir serbesti cari olamaz.

Faiz hususunda Türk mahkemeleri Borçlar kanununun 72 inci maddesiyle T. K. nunun 654 üncü maddeleri arasında bulunan zahiri bir fark yüzünden hatalı neticelere vasıl olmuşlardır. Borçlar kanununun 72 inci maddesinde (fazla olarak kerre içinde) «faiz meselesinde suiistimalin men'i hukuku amme kanunlarına attır» cümlesi mevcut olduğu halde, buna benzer bir cümlenin T. K. nunun 654 üncü maddesine dercedilmemiş olmasından ötürü, Temyiz mahkemesi mevaddı ticariyede faiz miktarının gayri mahdut olduğunu kabul etmiştir. Ticaret kanununun amme hukukunun tahdit edeceği hükümlerini mahfuz tutması yüzünden, ödünç para verme, mevduatı koruma veya bankalar hakkındaki kanunların tatbik edilemeyeceği iddia edilebilir mi?

Mürabaha nizamnamesinin faiz miktarı hakkındaki hükümleri cari olmayabilir. Bununla tarafların muamelelerde kanunî ve azamî bir hadde bağlı olmadıkları kabul edilse de, Temyiz mahkemesinin faiz serbestisinin suiistimal edilip edilmediğini tedkik etmesi lâzım gelirdi. Ekonominin sağlamlaşması ve sağlamlığı için iktisadî hayatın plânlı bir surette tanzimini zarurî addeden bir Devletin en mühim vazifesi iktisadî ve hukukî serbestinin suiistimaline mani olmaktır. Bilhassa bu son nokta büyük bir ehemmiyeti haizdir. Hakkın suiistimalinde olduğu gibi kanunen bahşedilen serbestinin suiistimali de hukuken himaye görmemelidir.

53 — 43 numarada tadat emilen maddelere gelince T. K. nunun 771 - 781 inci maddeleri lüzumsuzdur. Zira aynı mevzular Borçlar kanununun 162 - 172 inci maddelerinde tanzim edilmiştir.

Rehin ve karzı ticari hakkında Ticaret kanununun 747 - 312 inci maddeleri ticarî ihtiyaçlara kifayet ederler.

54 — Kara ticareti kanununun ıslahı hakkında verilen umumî izahatı kısaca tekrar etmemiz lâzım gelirse bugünkü hukukî durumun doğurduğu mubayenet ve ihtilâfların sebeplerini ve bunların izalesi için ittihazı zarurî olan tedbirleri şu suretle telhiz edebiliriz :

## A. : Sebebler —

a — Muhtelif Devletlerden alınan hukukî kaideler, prensip ve kaideler arasında ahenksizlik;

b — Mecelle esasları dairesinde ihzar edilen ticaret kanununun 1936 tarihinden itibaren meriyete geçen kanunu medenî ve borçlar kanununa uydurulmamış olması;

c — Muhtelif kanun muhitlerini bir birine karşı tahdide matuf olan normların bilhassa ticaret kanununun 1 - 3 üncü maddelerinin gayrikâfi ve karanlık oluşu.

d — Merkez mefhum olarak intihab edilen muamelâtı ticariye ve mevaddı ticariye mefhumlarının noksan oluşu.

B. : Yukarıda sayılan sebeplerin doğurduğu ihtilâfın izalesi için ittihazı lâzım gelen tedbirler :

a — Devletçilik prensipleri dairesinde hukukda takip edilecek siyasetin ana hatlarında ahenk, açıklık ve birlik vücade getirilmelidir.

b — İktisadî hayatın plânlı ve programlı bir surette tanzimi, eskimiş olan an'anevî hukuk mefhumlarına bağlanamaz. Bu günkü dinamik hayatın birlikte getirdiği şartlar hukuk mefhumlarının irtibat noktası olmalıdır. İktisadî hayatta zarurî görülen plânlaşmanın tahakkuku için hukukda icap eden mefhumlar yaratılmalıdır.

c — Ticaret hukukunda merkez mefhum ne muamelâtı ticariye ne de tüccardır. Ticarî organizasyon ve ticarî metodlar dairesinde işliyen iktisadî müessesedir.

1 — Merkez mefhum olarak ticarî işletme mefhumunun intihabiyle küçük tüccar mefhumuna,

2 — (Adatı ticariyeden sarfı nazar) ticaret kanununun 1 - 3 üncü maddelerinde muhtelif hukuk muhitlerini bir birine karşı tahdid eden hükümlere ihtiyaç kalmaz.

3 — Ticarî muameleleri teker teker tadat temek lüzumu zail olur.

d — Ticarî muamele, yalnız ticarî işletmeye aid olan her muamele ve fiil olarak tavsif edilmelidir.

e — Merkez mefhumun değişmesi sicilli ticaretin de mahiyetini değiştirecektir. Sicilli ticaret tüccarlara mahsus bir sicil olmaktan çıkacak, ticarî işletmelere mahsus bir sicil mahiyetini iktisap edecektir. Ticarî organizasyon ve ticarî metodlar dahilinde çalışan her işletme hatta Devletin vücuda getirdiği iktisadî teşekküllerin de bu sicille kaydı lâzım gelecektir.

f — İflâsa tâbi olacak müesseselerin sarahaten tadat ve tesbiti lâzımdır.

g — Ticaret mahkemelerine gelince, Avrupada olduğu gibi kısmen tüccarlardan müteşekkil ticaret mahkemeleri teşkili arzu edilmiyor, ve bu günkü sistemin ipkısı isteniyorsa bu usul ile vücuda getirilen teşkilâtın iş bölümü mahiyetinde olduğu gözden kaçırılmamalı ve zaman kaybetmekten başka faydası olmıyan kararlara mâni olunmalıdır.

Garb Devletlerinde olduğu gibi hakikî ticaret mahkemelelerinin teşkili arzu ediliyorsa bunların vazifeleri açık ve kat'î bir şekilde tesbit edilmelidir.

h — Ticaret kanununda lüzumsuz olan maddeler çıkarılmalıdır. Ticaret kanununda yalnız medenî kanunlardaki hükümlerden ayrılan veya bu hükümleri itmam eden kaideler bulunmalıdır.

i — Ticaret kanununun ifade tarzı kanunu medenî ve borçlar kanununa uydurulmalı veya her üçü yeni baştan türkçeleştirilmelidir.

(Bitmedi)

Ticaret Hukuku Ord. Profesörü

*Dr. E. HIRSCH*

Çeviren :

*Halil Arslanlı*

Ticaret Hukuku Asistanı