

TİCARET HUKUKU İLMİ [*]

I. Nazariyeler. — II. Tenkit. — III. Kendi nazariyem. — IV. Türk Ticaret Kanunu. — V. Kanunu Medeninin 1 ve 2 inci kitaplarında mevadî ticariye. — VI. Kanunu Medeninin 4 üncü kitabında mevadî ticariye. — VII. Borçlar Kanununda mevadî ticariye. — VIII. Netice.

VI.

1) Ticaret Kanununun 20 inci maddesinin 5 numaralı fıkrası mucibince, su, gaz, elektrik tevzii ve telefonla muhaberat tesisi muamelâtı ticariyedendir. Şu tadad edilen muameleleri sanâtı mutade ittihaz eden müesseseler de, Ticaret Kanununun 9 uncu maddesi mucibince, ticarî işletme vasfını iktisap ederler. Bu gibi işletmelerin istihsal ettikleri gaz, elektrik ve saire gibi şeyler ancak mecralar vasıtasile naklolunabildiğinden, bunlar müessesenin faaliyete geçebilmesi ve faaliyette bulunabilmesi için zarurî bir unsur mahiyetindedirler.

Mecralar ekseriyetle sınaî teşebbüsler tarafından üçüncü şahısların arsaları üzerine tesis olunurlar. Şu vasıtalara aynı hakların umumî hükümlerinin tatbiki lâzım gelse idi, su, hava gazı, elektrik gibi memleket için son derecede faydalı teşebbüslerin, «rentable» bir tarzda çalışmaları kabil olmazdı. Vâkıa üçüncü şahısların arslarında mecra tesisini, arazinin istimplâki veya teşebbüslere hususî imtiyazlar vermek suretile, müessese-

[*] Baş tarafı 3, 4 ve 5 Nu. lı sayıdadır.

yi tatmin edecek tarzda halletmek mümkün ise de (78), mecra üzerindeki mülkiyet hakkı ile terhin ve satış gibi tasarruf hakları ehemmiyetlerini daima muhafaza edeceklerdir.

a) Aynı hakların umumî hükümleri mucibince üçüncü bir şahsın arsası üzerine tesis edilen mecra, masraf teşebbüse ait olsa bile, arsa sahibinin mülkü olması lâzımgelir (79). Kanunda sarahaten tasrih edilen istisnalar mahfuz kalmak şartile, Kanunu Medenin'in 621 inci maddesinde ifadesini bulan teferuat prensibi, âmir hükümlerdendir (80). Kanunu Medenin'in 654 üncü maddesi mucibince, temelli kalmak maksadile olmaksızın, başkasının arsası üzerine yapılan kulübe ve baraka gibi hafif binalar, inşa edenin mülkü kalır. Şu kaide mecralara tatbik edilemez. Çünkü mecra tesisindeki maksat ve gaye muayyen bir zaman ile mahdud değildir, binaenaleyh vücade getirilen mecra tesisatı da menkul inşaat mahiyetini haiz olamaz. Tesisatta ki gaye daimî olduğundan inşaat da daimîdir. Eğer hususi bir maliki bulunması icap ediyorsa, tapuya irtifak hakkı olarak

78) Kanunu Medenin'in komşuluk hukukuna mütedair 668-670 inci maddeleri, mecra geçirmek hakkını, Ticaret Kanununun 20 inci maddesinin 5 numaralı fıkrasında tadat edilen müesseselere bahşetmeyip onların müşterilerine, yani gaz, su, elektrik ve saire sarfetmek isteyen gayri menkul maliklerine bahşeder.

Burada mevzuu bahsolan, tâbi gayri menkul malikinin mülkiyet hakkının istifade eden gayri menkul malikin mülkiyet hakkı lehine tahdididir.

Bu hak komşuluk hukukundan doğmuş ve istifade eden gayri menkule maliki lehine tevsi edilmiştir.

79) K. M. 644: Bir arza malik olmak onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne malik olmayı tazammun eder.

Kanunî takyitler müstesna olmak üzere bu mülkiyet, yapılan ve dikilen şeyleri ve kaynakları dahi şamil olur.

80) «Superficies solo cedit».

tescili suretile, bir sût hakkı vücade getirilebilir (81). Fakat şu yolun tatbikatta ne kadar müşkülâtı ve masrafı mucip olacağı aşağıdaki hâdisenin tetkikinden anlaşılır: Muhtelif vilâyetlerde elektrik tevzi eden bir müessesenin, her üçüncü şahsın arasına diktiği direkler üzerinde mülkiyet hakkını muhafaza edebilmek için, hususî bir irtifak hakkı tesis etmek mecburiyetinde kalmış olsa idi, çıkacak müşkülât ve masraf yüzünden herhalde yapacağı tesisattan vazgeçerdi. İşte bilhassa bu müşkülâtın önüne geçmek için, kanun vazii 653 cü maddeyi sevketmiş (82) ve açıkta bulunan mecralar için Kanunu Medeninin 651 ci maddesindeki prensip hilâfına, Ticaret Kanununun 20 ci maddesinin 5 numaralı fıkrasında tasrih edilen müesseseler lehine, maruz kaldıkları hususî vaziyetin icabı olarak, hususî bir hüküm vazetmiştir: Üçüncü şahısların arsaları üzerinde tesis edilen ve haricte bulunan mecralar, hangi sınaî teşebbüsünün eseri iseler onun mülkü addolunurlar. Kanunun yapmış olduğu şu «konstruction»a nazaran, mecranın döşenmesi ile, teşçile tâbî olmıyan bir irtifak hakkı doğmuştur. Mecra mevcut olduğu müddetçe irtifak hakkı da devam eder. Fakat mecra kaldırılacak olursa irtifak hakkı da kendiliğinden hitam bulur. Mevzuu bahis irtifak hakkına terettüp eden hükümler bunlardan ibaret olmakla beraber, bizatihi irtifak hakkının mahiyeti karanlıktır.

81) K. M. 652: Bir arsanın altında veya üstünde yapılan, yahut onunla devamlı bir surette birleştirilen inşaat ve imalât tapu siciline irtifak hakkı diye teşçil edilmek üzere başka bir malikin mülkü olabilir.

Bir evin muhtelif katları üst hakkı teşçiline mevzu olmaz.

82) K. M. 653: Elektrik, gaz, su gibi şeylerin mecraları hangi arz için tesis olunmuşlar ise onun haricinde bulunmuş olasa bile hilâfına bir hüküm olmadıkça onlar hangi sınaî teşebbüsün eseri iseler onun teferruatı ve sahibinin mülkü nazarile bakılır. Bu mecraları tesis hakkı komşuluk münasebetlerine müteallik hükümler icabından olmadığı takdirde irtifak hakkına müsteniden tesis edilmiş olmadıkça başkasının arsasını aynı bir hak ile takyit etmiş olmaz. Eğer mecra açıkta değilse, irtifak hakkı, tapu siciline kaydolunmakla tesis olunur; açıkta ise irtifak hakkı mecranın yapılmasıyla teessüs etmiş olur.

aa) İsviçreli şarihler, hükmün tarihçesine istinaden, burada gayri menkule müteallik bir irtifak hakkının mevcut olduğu fikrini müdafaa ederler (83). İrtifak hakkı, mecraların ait olduğu sınaî teşebbüsün bulunduğu gayri menkul lehine tesis edilmiş gibi, telâkki edilmiştir. Bu kanaatin neticesi, Ticaret Kanununun 20 inci maddesinin 5 numaralı fıkrasında tadat edilen teşebbüsler makinelerini kiraladıkları arsa üzerine kuracak veya gayri menkul maliki işletmesini kiralayacak veya hasılat icarına verecek olursa, Kanunu Medeninin 652 inci maddesinin tatbik edilemeyeceğidir. Zira gayri menkule müteallik irtifak haklarında, yalnız gayri menkul maliki hak sahibi olabilir. Mecralara müteallik irtifak hakkının gayri menkule müteallik irtifak hakkı olarak tavsifinin diğer bir neticesi, sınaî teşebbüs, imalâthanesini bulunduğu gayri menkulden diğer bir gayri menkule naklettiği takdirde, eski gayri menkul lehine doğmuş olan irtifak haklarının sukut edeceği ve diğer gayri menkul lehine doğacağıdır.

bb) Yalnız şu neticeyi kabul etmekliğimiz için, kanunun mecralar hakkında vazetmiş olduğu hükmün gayri menkule müteallik bir irtifak hakkı olarak tefsirinde kat'î bir zaruret olmalı. Fakat ne kanun metinleri (her dört lisanda) ne de kanunun diğer hükümleri bu tarzı tefsiri zaruri kılmamaktadırlar. Kanunun 653 üncü maddesi yalnızca irtifak hakkından bahsetmiştir. Metinde gayri menkul lehine bir irtifak hakkının mevcut olduğunu gösteren bir ibare mevcut değildir. Diğer taraftan bu maddedeki hüküm, yabancı gayri menkuller üzerine irtifak hakkının sureti tesisine mütealliktir. Lehine irtifak hakkı tesis edilen gayri menkulden bahsedilmemiştir. Bilâkis metinlerden irtifak hakkının sınaî müessesenin sahibi, yani müteşebbisin lehine doğduğu neticesi çıkmaktadır. Zira, hakikatte sınaî teşebbüse mülkiyet izafe edilmiş ve teferruat prensibinin bir istisnası olan şu hükmü izah edebilmek için bir irtifak hakkının inşası münasip görülmüştür. Teşebbüs kimin namına işletiliyorsa teşebbüsün sahibi odur.

İşletme sermayesi kimin mülkiyetinde olursa olsun, bunun

83) WIELAND, Kommentar Art. 676 ZGB, 5 ve 11 Na.

HAAB , Kommentar Art. 676 ZGB,10 ve 15 Na.

LEEMANN, Kommentar Art. 676 ZGB,10 ve 22 Na.

müteşebbis mefhumu için bir ehemmiyeti yoktur (84). Bir teşebbüsü kiralyan veya işleten şahıs gayri menkulün, makine-lerin diğer tesisatın ve işletme vesaitinin maliki olmasa da, müteşebbis addolunur.

Kanunu Medeninin 653 cü maddesinde sınaî teşebbüsün sahibinden bahsedilmiştir. Malik tabiri yerine sahip kelimesinin istimal edilmiş olması da calibi dikkattir ve tezimizin doğruluğunu kısmen isbat eder. Bu ibareden maksat sınaî teşebbüsün maliki değil, Ticaret Kanununun 126 ve 125 inci madesinin 7 No. lu fıkrası mucibince, müteşebbistir. Binaenaleyh 653 üncü maddedeki irtifak tabirini mantikî bir tarzda tefsir etmekteyiz i-cap ederse, bu ibare ile gayri menkule müteallik bir irtifak hakkının kastedilmiş olmadığını, Kanunu Medeninin 753 cü maddesinin kabul ettiği manada, mahdut ve şahsî bir irtifak hakkının kastedilmiş olduğunu anlarız. Sınaî teşebbüsün sahibi lehine (85) teessüs eden irtifak hakkının vüs'at ve şümulü, hak sahibinin ihtiyacına bağlıdır. Mecra hakkı, inşaat hakkının hususî bir şeklinden başka bir şey olmadığından, inşaat hakkına müteallik Kanunu Medeninin 751 ci maddesi burada da tatbik edilebilir.

Meselâ, hak sahibi, satış veya müessesenin kiraya verilmesi veya diğer bir müessese ile birleşmesi suretile değişecek olursa, esas şartlar değişmediğinden, irtifak hakkı da sukut etmiyecektir. Diğer taraftan teşebbüs, fabrika mahallini değiştirecek yani imalâthanesini başka bir yere nakledecek olursa, irtifak hakkı gayri menkule bağlı olmadığından, bilâkis müdafaa ettiğimiz tez mucibince, teşebbüse merbut olduğundan, irtifak hakkı bu halde de düşmiyecektir.

84) Kitabımızda: C. 1. § 12 na. 72, IV.

85) K. M. 753: Malik herhangi bir kimseye veya bir cemaat lehine kendi arsası üzerinde nişan talimi veya mürur gibi muayyen bir istifadeye mütehammil olmak şartile, diğer irtifak hakları tesis edebilir.

Hilâfına mukavele olmadıkça, bu haklar başkasına temlik olunamaz ve bunların şümulü hak sahibinin adı ihtiyaçlarına göre takdir olunur.

İrtifak haklarına dahil olan hükümler, bunlarda dahi cari-
dir.

b) Mecra sahibi mecra üzerindeki haklarını kolayca terhin veya satabilirse, yani bunlar üzerinde bir malik gibi tasarruf etmek imkânını haiz ise, ancak bu takdirde mülkiyet hakkı ona bir fayda temin eder. Vazî kanun hususî bir hüküm sevk etmiş olmasa idi, mecraların terhini, ancak bunların kuruldukları gayri menkul üzerine müstakil ve daimî inşaat hakkı olarak tesisi ve bu inşaat hakkının tapuya kaydı, bundan sonra gayri menkul olarak müseccel olan inşaat hakkı üzerine gayri menkul rehini tesisi suretile (86), kabil olurdu. Fakat bu usulün doğuracağı masraf ve müşkilât tatbikatta icra edilecek muamelelere mühim bir engel teşkil ederdi. Ticaret kanununun 20 ci maddesinin 5 numaralı fıkrasında tadad edilen ve faaliyette bulunabilmeleri için transit mecralara muhtaç olan müesseselerin menfaati bakımından, üçüncü şahısların arsalarında bulunan tesisata, eseri oldukları sınaî teşebbüsün teferruatı nazarıle bakılır. Bu maddede mevzuu bahsedilen teferruat tabiri de bir takım şüpheleri davet edebilir.

aa) Kanunu Medeninin 621 ve 622 ci maddeleri mucibince, teferruat, asıl şeye daimî bir tarzda tahsis olunan ve istimalde o şeye tabî kılınan veya takılan veya onunla birleştirilen menkul eşyadır. Bu maddelerde ileri sürülen şartlar mecralarda mevcut değildir. Mecralar bir kere menkul eşyadan madut değildirler. Bunlar bir şeye tahsis edilmiş olmayıp bir teşebbüse ve onun sahibine tahsis edilmişlerdir. Zira teşebbüs, yani ticarethane tabiri altında anlaşılın malî «complexe», aynı hakların kabul ettiği manada bir şey olmayıp, hususî bir mal birliği olarak telâkki edilmesi icap eden bir hukukî vahdettir (87). İsviçreli müellifler de transit mecraların Kanunu Medeninin 621 ve 622 inci maddeleri manasında teferruat olarak telâkki edilemeyeceğinde, ancak bir teşebbüsün teferruatı olarak nazarı itibare alınabileceğinde müttefiktirler (88).

bb) Teşebbüse bağlanan teferruat mefhumu hukukî bir mefhum değil iktisadî bir mefhumdur. Bu mefhum ile sınaî teşeb-

86) K. M. 751, 632, 911, 763 inci maddelerine bakınız.

87) Kitabımızda: C. 1. § 19 no. 107.

88) WIELAND, Kommentar Art. 676 ZGB, 2 na.

HAAB, Kommentar Art. 676 ZGB, 12 na.

büsün mecrasız ve mecranın da yalnız başına iktisadî bir ehemmiyeti olamayacağı ifade edilmek isteniyor. Bir tek idare ve organizasyon plânı tahtında teşebbüsün kazanç gayesine tahsis edilen makine ve diğer maddî ve gayri maddî hak ve mallar gibi, mecralar da, aynı kategoriye dahil olarak, teşebbüse tâbidirler. Diğer taraftan teşebbüsün aktifine dahil oldukları için, bir müessesenin teferruat addedilen bir eşyasının satışında veyahut terhininde olduğu veçhile, muamele görürler. Demek oluyor ki teşebbüs bir küll olarak satılacak veya terhin edilecek olursa, mecralar sarahaten istisna edilmemiş iseler, onlar da satılmış veya terhin edilmiş olurlar. Kanunu Medeninin 653 cü maddesi, hakikatta ticaret kanununun 125¹ ve 126 cı maddelerinde tarif edilen teşebbüsün hukukî mahiyetini izaha yardım etmiş olduğundan ve iktisadî teşebbüslerin muayyen bir nevi için iki büyük istisnayı (621 inci maddenin vazettiği prensibin istisnası ile tescil mükellefiyetine dair istisnayı) ihtiva ettiğinden ticarî bir hükümdür.

2 — Ticaret kanununun 21 inci maddesinin 3 numaralı fıkrası mucibince, poliçe veya emre ve hâmile muharrer senet ve çeklerle münasebettar olan bilûmum muameleler sureti mutlakada ticarî addedilmektedirler. Aynı kaide, Ticaret Kanununun 21 inci maddesinin 8 numaralı fıkrası mucibince, ticaret şirketlerine ait esham, hissei menafiin beyi ve şirası hakkında da caridir. Bu meyanda Ticaret Kanununun 24 cü maddesi de nazarı itibara alınacak olursa, umumî olarak denilebilir ki, nama, emre ve hâmile muharrer senetlere taallûk eden bilûmum muameleler ticarî muamelâtta maduddurlar. Bu senetler için «kıymetli evrak» tabirinin istimali bir âdet haline gelmiştir. Fakat nedense bu ana mefhuma Ticaret Kanununda nadiren [Ticaret Kanununun 873 üncü maddesi] diğer kanunlarda ise pek sık tesadüf edilmektedir (88 a). Kıymetli evraka taallûk eden şu hükümler, Ticaret Kanununun vazettiği ana kaide mucibince, ticarî addedilen vak'alar için hususî normlardır. Hususî normların ticarî vak'alar için vazedildikleri kabul edilince, bu normların Ticaret hukukunun ilmi kategorisine dahil olduklarını da kabul etmekteyiz lâzımdır. Bu vaziyetin doğru oldu-

88 a) Meselâ: K. M. 614, 732, 745, 797, 864, 870, 874, 875. — B. K. 14, 89, 113, 311, 416, 427, 457, 462, 472, 479. — İ. İ. K. 119, 210.

ğu tarihî hukuk sebepleriyle de sabit olmaktadır. Zira ticarî işletmenin poliçe gibi müesseselere karşı duyduğu ihtiyaç sayesinde kıymetli evrak hukuku doğmuş ve poliçe muameleleri tekâmül edebilmiştir. En mühim ve muamelâta en ziyade tesadüf edilen senetler bugün de ticarî muamelâta tesadüf olunanlardır. Şimdiye kadar asrî kodifikasyonlarda kıymetli evrak hukukunun ihatalı bir tedvinini (88 b) bulmak kabil değilse de, Türk Ticaret kanunu, muayyen tipik senetleri mufassal bir tarzda hattâ en ufak teferruatına varıncıya kadar tanzim etmiş ve muhtevası para olan poliçe, emre muharrer senet, ve çeki «senedatı ticariye» başlığı altında, kanunun 527-641 maddelerinde, muhtevası mal olan ve emtiayı temsil eden makbuz, varant, nakliye senedi ve konişmentoyu kanunun 797-821, 890-895, 1183-1202 inci maddelerinde, sigorta poliçelerini 966-967, 873, 985, 991 maddelerinde, tahvilât ve hisse senetlerini 395-441 inci maddelerinde toplamıştır.

Ticaret Kanununun şu sayılan maddelerini doğru tefsir ve tatbik edebilmek için, Kanunu Medenin'in 4 üncü kitabında ve Borçlar Kanununun muhtelif maddelerinde kıymetli evraka mütedair, yukarıda zikredilen hükümlerin nazarı itibara alınması zarurîdir. Zira kıymetli evrak hukukunun heyeti mecmuasının karakteristik vasfı, bir hakkın (yani gayri maddî bir şeyin) bir senetle (yani maddî bir şeyle) birleşmesidir. Bu suretle Borçlar Kanununun bir hakkın istimal ve dermeyanına dair hükümleri, aynı hakların eşyanın tasarrufuna dair mevzu hükümleri ile geniş veya dar manada birleşmiş olurlar. Şu menfaatler hali Borçlar Kanununda ve Kanunu Medenin'in aynı haklar kısmında bulunan kıymetli evraka mütedair hususî hükümlerin mevcudiyetlerini kâfi derecede izah eder.

Bu normlar da yukarıda zikredilen sebeplerden ötürü ticarî mahiyette telâkki edilmelidirler.

[Yukarıda tadat edilen hükümlerden maade emtiayı temsil eden senetlere dair Kanunu Medenin'in 873 ve 871, hissei temettü ve faiz kuponları hakkında keza 873, gayri menkulle karşılık gösterilerek senet ihracında ve çalınan hâmile muharrer

88 b) İstisna: Liechtenstein'deki Kanunu Medeni (1926).

İtalyan Ticaret Kanunu projesi (1925).

İsviçre Borçlar Kanununun 5 inci kısmı (1936).

senetlerde istihkak davasının mesmu olmayacağına dair Kanunu Medenin'in 844-886 ve 903 üncü maddelerini tetkik ediniz].

Sayılan şu maddeleri tahlil etmeliğimiz icap ederse, bu makalenin çerçevesi aşılmış olur. Yakında intişar edecek kıymetli evrak başlıklı eserimde bu mes'eleler mufassalan izah edileceğinden tafsilâta lüzum hissetmedim.

3 — Ticaret kanununun 21 inci maddesinin 5 numaralı fıkrası mucibince, hususi ve umumî bankaların yaptıkları muameleler mutlak ticarî muamelâttan madudurlar. Ticaret kanununun 121 inci maddesi mucibince bütün kooperatifler ticaret şirketleridirler. Hattâ zirai kooperatifler de bu kaide mucibince ticaret şirketi vasfını iktisap etmiş olurlar (89). Demek oluyor ki bütün bu müesseseler ticarî işletme vasfını haiz topluluklardır. Vazii kanunun, bu müesseselerin hususi ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, Kanunu Medenin'in 854 üncü maddesinde (90), menkul eşyada rehin hakkının ancak eşyanın nakli ile tesis edileceği kaidesinden ayrılarak, sarîh bir istisna yapmak zaruretini duymuştur. Kanunu Medenin'in 854 üncü maddesindeki müessesese, [hayvan üzerine kabızetmeksizin rehin hakkı tesisi], terhin edenin haksız tasarruflarile alacaklarının uğrıyacağı melhuz zararlara rağmen, bir yandan zirai kredinin inkişafı, diğer yandan bilhassa bu maksatla ihdas edilen ticarî teşebbüslerin tekemmülü için, kabul edilmiştir. Binaenaleyh burada da mevzu bahsolan ticarî bir hükümdür.

4 — Ticaret kanununun 20 inci maddesinin 1 numaralı fıkrası

89) 2834 numaralı Tarım Satış Kooperatifleri hakkında kanun (Resmî Gazete 3146). 2836 numaralı Tarım Kredi Kooperatifleri hakkında kanun — İlk kanunun 52, 14 ve 23 üncü, ikinci kanunun 28 inci maddesi, zirai kooperatiflere Ticaret Kanununun kooperatifler hakkında mevzu hükümlerinin tatbik edileceğinden bahistir.

90) K. M. 854: Merkezlerinin bulunduğu mahallin hükümeti mülkiyesi tarafından bu gibi muamelâtta bulunmak hakkını istihsal etmiş olan itibar müesseseleri ile kooperatif şirketleri, alacaklarını temin etmek için umumî bir sicilde kayıt ve icra memuruna ihbar suretile hayvan üzerine kabzylemeksizin rehin tesis edebilirler.

rası mucibince her nevi emvali menkule itası teahhüdatı ve ale-lümum imalât ve inşaat tekabül ve iltizamî muamelâtı ticariyedir. Bu muameleleri sanatı mutade ittihaz eden her şahıs tüccar addolunur. Binaenaleyh bu kaidenin bir neticesi olarak, inşaat şirketlerini de ticarî işletme olarak tavsif etmekliğimiz lâzımdır. İnşaat tekabül ve iltizamî Borçlar Kanununun 355 inci ve müteakip maddelerinin kabul ettiği manada bir istisna akdidir.

Taraflar arasında inikad eden şu mukavele mucibince müteahhit bir binanın inşasını taahhüt etmiş ve siparişte bulunan da bu işe mukabil bir ıvazın itasını deruhte etmiştir. Müteahhidin mükellefiyeti yalnız binanın inşası değildir, aynı zamanda lâzım gelen malzemeyi de tedarik edecektir. Borçlar Kanununun 356 inci maddesi mucibince, müteahhit isterse binayı bizzat kendi idaresi altında çalışan işçiler vasıtasile yaptırabilecek, isterse hususi bazı işler için, keza kendi idaresi altında ve kendi masrafıle bizzat veya yardımcıları vasıtasile çalışan hususi işçiler celbedebilecektir. [Meselâ dülger, çatıcı, demirci gibi kimseler tüccar değildirler, zira faaliyetleri Ticaret Kanununun 19 uncu maddesi ahkâmına tâbidir.]

İnşaat işlerinin hukukî ve iktisadî durumu inşaat müesseselerinin inşaat sahibine uzun kredi vermelerini icab ettirir. Çünkü ıvazın hakikî miktarı inşaatın hitamından sonra taayyün eder [Borçlar Kanununun 364-366 maddeleri]. Sây ve malzeme netice itibarile inşaatın mütemmim cüz'ü olacaklarından, veresiye olarak ita edilen ve keza veresiye olarak yapılan işlerin tahtı temine alınması pek müşkül, hattâ kabil olmayacaktır. İnşaat esnasında binanın sahibi gayrimenkulü satacak, veya gayrimenkul, inşaatın hitamından ve yevmiyelerin tediyesinde evvel cebri icra suretile satılacak olursa, müteahhit bina sahibine karşı ancak şahsî bir talepte bulunabilecektir. Şu vaziyet karşısında inşaat müteahhitliği gayetle tehlikeli bir san'at haline gelecektir. Umumiyetle kabul edilen iktisadî esaslar ve ticarî kalkülasyonlara göre müteahhidin karşılaşacağı riziko ne kadar büyük ise prestasyonun bedeli de o nisbette yüksek olmalıdır.

Keza, iktisadî kaidelere göre, müteahhitler bu bedeli tesbit ederken yüksek bir riziko primini de hesaba katmaları icap edecektir. Müteşebbislerin bu tarzda hareket etmeleri inşaat işle-

rinin ehemmiyetli bir surette pahalılaşmasını mucib olacaktır. Bundan maada müteahhitler bir iş alırken iş sahibinin muteber bir sermayedar olmasına dikkat etmeleri ve hattâ faaliyetlerini ancak bu gibi kimselere hasretmeleri icap edecektir. Bu gibi vaziyetler ise inşaat işlerini gerileteceği gibi, bina bedellerini ehemmiyetli bir surette de artıracaktır. Halbuki gerek pahalılık, gerekse işlerin gerilemesi ne devletin, ne de âmmenin menfaatine uygun değildir. O halde inşaat işlerinin hususi menfaatler halini gözeten ve yevmiyeleri teminat altına alan bir vasıta aranmalıdır. Bu vasıta Kanunu Medenin 809 ilâ 811 (91) maddelerinde mufassalan tanzim edilen inşaat ipoteğidir. Netice itibarıyla bu hükümler inşaat müesseselerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere vaziedilen hususi kaidelerdir. Dolayısıyla ticari mahiyettedirler.

a— Kanunun ifade tarzına nazaran, yalnız müteahhitler değil, işçiler de inşaat hipoteği tesisini talep edebilirler. Kanunumuzda nazaran vaziyet bu merkezde olmakla beraber, «işçi» tabiri İsviçre metinlerinde istimal edilen «Handwerker, artisan, operai» tabirlerinin tam bir tercümesi değildir. Bu tabirlerin Türkiyede mukabili, Ticaret Kanununun 19 cu maddesinin istimal ettiği manada, sanatkârdır. Zira kanunun takip ettiği gayeye göre, yalnız bir istisna akdine müsteniden faaliyette bulunan ve icabı hale göre veresiye çalışan kimseler himayeye muhtaçtır. Halbuki amelenin bina sahibi ile hukuki bir münasebeti olmadığı gibi onunla bir istisna akdi de akdetmiş değildir. Daha ziyade müteahhid (kalfa) veya usta ile akdetmiş olduğu hizmet akdine müsteniden faaliyette bulunmakta ve müteahhiden ya yevmiye veyahut yaptığı işe göre, sabit bir ücret almaktadır. Şu esasa nazaran amele muntazaman ücretini aldığı için himayeye muhtaç değildir. Bence, 807 ilâ 811 inci maddelerde istimal edilen işçi tabiri sanatkâr manasında tefsir edilmelidir.

b — İnşaat ipoteği malzeme vererek veya vermeyerek ça-

91) K. M. 807¹: Aşağıdaki kimseler, kanuni bir ipotekin tes-cilini isteyebilirler:

3— Bir gayri menkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebile malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayri menkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler.

lıymış olan müteahhit, kalfa ve ustalar lehine teessüs eder.

Yalnız malzeme tedariki inşaat ipoteği tesisi için kâfi değildir. Bunun sebebi, inşaat malzemesini satan tüccarların veresiye vermek mecburiyetinde olmamalarında ve bilâkis yaptıkları bey' akdine müsteniden derhal tediyat talebinde bulunabilmelerinde aranmalıdır. Hattâ ekseriyetle inşaat tüccarlarının borçluları bina sahibi değil, inşaat müteahhitleridir. Ve bu vaziyetin icabı olarak inşaat ve gayri menkul ile doğrudan doğruya bir münasebette bulunmazlar. Halbuki kalfa ve ustalarda vaziyet başkadır. Bunlar mütaahhidin emri ile muayyen işleri müstakillen icra ettikleri gibi bazı ahvalde şahsî sâyları ile birlikte malzeme tedarikini de deruhte ederler. Bina sahibi ile hiç bir hukukî münasebetleri olmamasına rağmen istisnaî olarak kendilerine inşaat ipoteği tesisi hakkı bahşedilmiştir. Zira kendilerini himaye eden şu hüküm olmasaydı, mütaahhidin sanatkârların zararına olarak bir takım «spéculation» larda bulunması mümkündü.

c — İnşaat ipoteğinin hususiyetlerinin mufassalan izahına lüzum görmüyorum. Şu hükümlerin, sanatı mutada halinde bina inşa eden ve Ticaret Kanununun hükümleri mucibince ticari işletme mahiyetini haiz olan müteahhitlerin hususî menfaatlerini korumağa mahsus kaideler olduğunu tesbit etmek teziminin isbatı için kâfidir. Zira sermayeleri ekseriyetle pek cüz'î olan ve uzun müddet veresiye çalışmalarına imkân bulunmayan bir kaç sanatkârın bu hükümlerden istifade etmesi, bunların ticari mahiyetini ortadan kaldırmaz.

5 — Kanun Medeninin 876 - 883 cü maddelerinde rehin mukabilinde ikraz ile meşgul olan müesseselerin hukukî münasebetlerinden bahsedilir. Bu müesseselerin yaptıkları muamelelerin ticari addedilip edilemeyeceğine dair Ticaret Kanununun 15 inci ilâ 20 inci maddelerinde sarıh bir hükme tesadüf edilmemektedir. Bir istikraz mukavelesinin ticari addedilmesi için ödünç alınan paranın umuru ticariyede sarfedilmek üzere istikraz edilmiş olması şart olduğundan, Ticaret Kanununun 747 ilâ 756 cı maddelerinden bu bakımdan bir netice istihraç etmek kabil değildir. Diğer taraftan ticari rehne dair kanunun 757 ilâ 770 757 maddelerinin tatbiki de rehnin temin ettiği deynin ticari olması şartına bağlıdır. Bu kaideye nazaran da rehin mukabilinde

para veren müesseselerin ikraz muamelelerinin ticari bir muamele olup olmadığının tetkiki lâzımdır.

Bu müesseselerin hususiyetleri ve vazifeleri, küçük mikyasta, menkul rehin mukabilinde ödünç para vermek ve bu muameleleri sanatı mutada ittihaz etmek olduğu halde, emtia ve kıymetli evraka mukabil büyük mikyasta ikrazatta bulunmak bankaların cümlei vezaifine dahildir. Demek oluyor ki fark muamelenin mahiyetinde değil vüsatindedir. İkraz ile meşgul olan şu teşebbüsler de ticari bir organizasyona muhtaç olduklarından ve ticari metodlar dahilinde çalıştıklarından, muameleleri de, ticaret kanununun 24 cü maddesine kıyasen, banka muamelelerine müşabih, ticari muamele olarak, tavsif edilebilir. Kıyasın doğruluğu, kanunun 876 ilâ 883 cü maddelerinin tatbikine dair isdar edilen 7 Haziran 1931 tarihli nizamname mucibince de sabit olmaktadır (92). Kararnamenin 6 cı maddesi mucibince, rehin mukabilinde ödünç para vermek sanatını icra için hükümetin iznini istihsal eden hakiki ve hükmi şahıslar, müsaade ticaret siciline kayıt ve ilân edildikten sonra, ikraz muamelelerine başlayabilirler. Nizamnamenin 10 cu maddesi mucibince, bu müsaade ticaret ehliyetini haiz bulduklarına dair vesaik ibraz eden şahıslara ita edilir. Halbuki ticaret siciline yalnız ticari müesseseler kaydolunur. Bu hükümlere nazaran, rehin mukabili ikraz müesseselerini işletmek, vazii kanun tarafından ticari bir san'at olarak telâkki edilmiştir. Bu telâkkiyi kabul edecek olursak Kanunu Medenin 876 ilâ 883 cü maddelerindeki hükümlerin de, umumî mağazalarda olduğu gibi, Ticaret Kanununda bulunmaları icap ederdi. Fakat bunların Kanunu Medenide bulunmaları, vazii kanunun ticari addettiği vakalara olan münasebetlerine hâlel getirmez. O halde bu müesseselerin muameleleri de ticari muamelâttan madutdurlar. Verdikleri ödüncüler de ticari olduğundan, Kanunu Medenin 876 ve 873 cü maddelerini ve kararnamenin boşluklarını itmam için Kanunu Medenin menkul rehin hakkındaki hükümlerini tatbik etmezden evvel, Ticaret Kanununun rehni ticariyeye dair 757 ilâ 777 ci maddelerine gidilmesi icap eder.

6 — Nihayet ibarelerine nazaran mahiyeti ticariyeelri aşı-

92) «Rehin üzerine ikrazatta bulunan müesseseleri teftiş ve mürakabesi hakkında nizamname» (Resmî Gazete 1927).

kâr olan Kanunu Medeninin 864 üncü maddesinin 2 ci fıkrasile 902 inci maddesine işaret edilebilir (93).

a — Umumiyetle hapis hakkının dermeyanı için, alacak, mahiyetine nazaran hapis hakkının mevzuu ile irtibat halinde bulunması, yani eşya ile olan münasebetinden tevellüt etmiş olması veyahut ta menkul eşyayı alacaklının tahtı hakimiyetine sokan hayati münasebetten doğmuş bulunması lâzımdır. Yalnız bu irtibatın pürüzsüz bir şekilde isbatı her zaman kabil değildir. Ticari muamelâta daimi münasebette bulunan ticari müesseseler mevcut olduğundan alacak ile eşyayı alacaklının tahtı hakimiyete sokan sebep arasındaki rabitanın mevcut olmadığı halere tesadüf edilecektir.

Kanun bu müşkülâtı bertaraf etmek için, tüccar arasındaki hapis hakkını, beyinlerindeki münasebeti rabitanın tesisi için kâfi addederek, bu münasebetlerden doğan alacaklara da teşmil etmiştir. Tüccar olmıyanlar beynindeki hapis hakkının bu tarzda tevsiine ihtiyaç olmadığından, bu hüküm ancak tüccarlar arasında tatbik edilebilir.

93) K. M. 864: Borçlunun rızasile menkul eşyasına yahut kıymetli evrakına zilliyed olan alacaklı, muaccel ve bu eşya ve evrakla tabii bir irtibatı bulunan alacağını istifa edinceye kadar, bunları, yedinde hapsetmek hakkını haizdir.

Bu irtibat, tacirler hakkında zilyetlik ve alacağın beyinlerindeki ticari münasebetlerinden tevellüt etmiş olması halinde mevcut addolunur. Hapis hakkı, alacaklı tarafından hüsnü niyetle kabzedilmiş olmak şartile borçlunun malik olmadığı eşyayı da şamil olur. Bununla beraber üçüncü şahısların evvelki zilyetliklerinden mütevellit haklar mahfuzdur.

K. M. 902: Yedinden sirkat olunan veya kendisi tarafından kaybedilen veya rızası olmaksızın diğer herhangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi, beş sene müddet zarfında, istihkak davası ikame edebilir.

Fakat bu menkul aleni bir müzayedede veya pazarda veya ona mümasil eşya satan bir tacirden iktisp olunmuş ise, hüsnü niyetle hareket eden birinci ve sonraki müktesepeler aleyhine, istihkak davası ancak verilen semenin iadesi şartile ikame olunabilir ve red hususunda da, hüsnü niyetle zilyet olan kimsenin hukukuna mütealilik hükümler tatbik olunur.

b) Kanunu Medenin'in 902 ci maddesi, çalınan veya kaybedilen menkulü hüsnü niyetle satın alan kimsenin semen talebinden bahseder. Menkûl, aleni bir müzayededen veya pazardan veya ona mümasil eşya satan bir tacirden hüsnü niyetle iktisap olunmuş ise, bu talep mesmu olur. son iki istisnanın vazedilmiş olmasının sebebi, pazardan veya ona mümasil eşya satan tüccardan normal bir surette bir malı iktisap eden kimsenin, bu iktisabında satıcının dürüst hareketine karşı göstermiş olduğu itimadda himaye edilmesidir. Emvali menkulenin âhere beyyini sanatı mutada ittihaz eden şahıs aksi isbat edilinceye kadar dürüst bir iş adamı sayılır. Satıcı da, çalınan eşyayı satın alan ve bilâ tazminat hak sahibine iade etmek mecburiyetinde kalan alıcının, kendisine karşı haksız iktisap kaidelerine istinaden dermeyan edeceği rücu hakkına karşı himaye edilme-lidir. Diğer taraftan bu gibi eşyayı ahire bey' niyetiyle iştirak eden ve bu işi sanatı mutada ittihaz eden bir tüccar da hüsnü niyetini isbat bakımından hususi şartlara tabi tutulmalıdır. Mülkiyet veya tasarruf hakkının bulunmadığını bilen bir tüccarda hüsnü niyet mevcut olmadığı gibi dürüst bir muamelenin icabı olarak kendisinden beklenen ihtimamı göstermiş olsa idi, noksana vâkıf olabileceği hallerde de, hüsnü niyet mevcut sayılmaz. Demek oluyor ki, yalnız basiretkâr bir iş adamı gibi hareket eden tüccar himaye görecektir ve yalnız o, müşterinin gösterdiği itimada lâyık olacaktır. Hakiki hak sahibinin, çalınan veya kaybedilen eşyanın semen ödenilmeksizin iadesi hususunda haliz olduğu menfaati, hüsnü niyetle yapılan muamelelerin emniyetle icrasına feda etmek suretile, Kanunu Medenin'in 902 ci maddesi, ticari münasebetlerdeki hususi menfaatler halini bil-hassa gözetmek istemiştir.

Dürüst bir tarzda cereyan eden ticari muamelelerin doğurduğu ihtiyaçlar bir tek şahsın ihtiyaçlarından yüksek takdir edilmiştir. Şu hususi norm da, tarafımdan ileri sürülen; ve ticari bir işletme ile münasebettar olduğu için hususi bir nizamâ tâbi tutulan her vakanın mesaili ticariyeden madud olduğunu müdafaa eden tezimin doğruluğunu isbat eder.

VII.

Malûm olduğu veçhile, İsviçre Borçlar Kanunu İsviçrede hem

umumî borçlar kanunu hem de ticaret kanunu vazifelerini görür. Kanun, Türkiyeye kabul edilirken, ticaret şirketlerine, kıymetli evraka ve unvanı ticarete müteallik üçüncü kitâp tayyedildi. Fakat vazii kanunun, umumî hükümleri ihtiva eden birinci ve hususî akidleri tanzim eden ikinci kısımda, ticari işletmelerin hususî menfaatler hali bakımından, umumî nizamdan ayrı bir tarzda tanzim etmek zaruretini duyduğu vakalara dair vazetdiği bir çok kaideler mevcuttur. Bu makaleye tahsis edilen yerin darlığı dolayısıyla, yukarıda Kanunu Medeninin ticari hükümlerinde yapıldığı gibi, bütün bu kaideleri teker teker tetkik ve izah etmek mümkün olmayacaktır. Makalenin takip ettiği gayeyi izah için bunları tadat ve bilhassa karakteristik hükümleri tasrih etmekle iktifa olunacaktır.

1 — Bir akdın inkad edebilmesi için, evvelce bir icaba ve bu icabın kabulüne ihtiyaç vardır. Bir çok hallerde, müteaddit şahıslara müteveccih bir beyanı rızanın, bir icap mahiyetinde mi yoksa üçüncü şahısların icapta bulunmaları için bir davet makamında mı telâkki edileceği, kat'iyetle tayin edilemez. Ticaret Kanununun 663 ilâ 674 cü maddeleri ukudu ticariyenin sureti inkadına dair bir çok hükümleri ihtiva ettiği halde, yukarıda zikredilen ve tatbikatta bilhassa ehemmiyetli haiz olan şu mesele, Ticaret Kanununda halledilmemiş Borçlar Kanununun 7 inci maddesinde halledilmiştir.

Bu madde mucibince, tarife ve cari fiyat irsali bîzatihi bir icap teşkil etmeyip, listeyi okuyan veya listeye muhatap olan şahısların icapta bulunmaları için bir davet mahiyetini haizdir. Buna mukabil vitrinlerde veya dükkânlarda semen göstererek emtia teşhiri kaideten icap addolunur. İdare makamlarının emtia üzerine semen gösterilmesini mecburî kıldıkları hallerde bu hüküm hususî bir ehemmiyet kazanır. İcaba yapan tüccar fiyat ile birlikte mal teşhir edildiği müddetçe icabına bağlı olduğundan, şu kaide, tüccarın aleyhine olarak bir akid mecburiyeti tahmil eder. Bu böyle olmakla beraber tüccar teşhir ettiği malı veresiye vermek mecburiyetinde değildir. Kaideten bu icap peşin muamelelere mahsustur. Halbuki ticari âdetlere tevfikân derhal tediveci icap etmeyen kıymetli eşyalarda semen ile birlikte mal teşhirinin icap addedilmemesi lâzımdır. Meselâ bir otomobil tüccarının vitrininde bir otomobil semen gösterilerek teşhir edilmişse, semenin ekseriyetle peşinen tesviye edilmeyece-

ği herkesçe malûmdur. Fakat satıcı malını veresiye satmak mecburiyetinde kalınca, bu malı muteber addettiği kimselere satmak hususunda serbest olmalıdır. Bu gibi hallerde tüccarı icabına bağlı addederek bir akit mecburiyetinden bahsetmek kabil değildir.

2 — Ticaret kanununun 56 - 65 ci maddeleri haksız rekabete dair kaideleri ihtiva ederler. Bu kaideler yalnız başına tetkik olunursa gayri kâfi oldukları görülür (94). Çünkü bunlar haksız rekabete dair yalnız hususi hükümleri ihtiva ederler. Rekabet ihtimalleri o kadar vasidir ki, hususi hükümler bunların hepsini ihata edemez. Ancak umumî bir hüküm «loyal» muamelelerin doğurduğu ihtiyaçları karşılayabilir. Bu umumî hüküm ise Borçlar Kanununun 48 ci maddesindedir (95). Ticaret Kanununun 56 ilâ 65 ci maddeleri ile Borçlar Kanununun 48 ci maddesi arasındaki münasebeti başka bir yerde izah ettiğimizden burada mezkûr izahata atıf ile iktifa olunacaktır (96).

3— Keza Borçlar Kanununun, borçların ifasına dair ihtiva ettiği kaidelerin bir kısmı, ticarî mahiyeti haiz hususi hükümlerden ibarettir.

a) Borçlar kanununun 78 ci maddesi mucibince, borç vade gününde işlere tahsis olunan saatler zarfında ifa ve alacaklı tarafından kabul edilmek lâzımgelir. Bu hüküm yalnız ticarî işletmelere uygundur. Zira yalnız onların iş saatleri muayyendir. Bir amelenin, bir memurun çalıştığı bir zaman vardır. Fakat hususi bir iş saati yoktur. Vazii kanunun tüccarların muayyen iş saatlerinden gayri zamanlarda ticarethanelerinde tesadüf edilemeyecekleri mülâhazasından hareket etmiştir. Halbuki tüc-

94) Erkson, İstanbul Ticaret ve Sanayi Odası Mecmuası C. 51, No. 3. Sah. 78.

95) B. K. 48: Yanlış ilânlar yahut hüsnü niyet kaidelerine muğayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları kaybetmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

96) Kitabımızda: C. 1. § 20 No. 111.

İstanbul Ticaret ve Sanayi Odası Mecmuası C. 51, No. 8, Sah. 2002.

car olmıyanlar muayyen bir hizmet müddetine bağılı da olsalar kendi çalışma mahallerinde bulunmayıp patronun idarehane-sinde bulunurlar. Kanununun 78 ci maddesi İsviçre kanununun adı mameleleri hiç gözetmeyerek yalnız tüccarlar beynindeki muamelâtı nazara alan hükümlerinden biridir.

b) Borçlar Kanununun 91 ci maddesi mucibince, alacaklı mütemerrid olduğu takdirde borçlu, hasar ve masraflar alacaklıya ait olmak üzere, vereceği şeyi tevdi ederek, borcundan beraat edebilir. Kaideten tevdi edilecek yeri hâkim tayin eder. Fakat ticarî eşya, hâkimin kararı olmaksızın da, ardiyeye tevdi edilebilir. Bu hükmün yalnız ve yalnız ticarî ihtiyaç ve menfaatlere hizmet ettiğini isbata ihtiyaç yoktur. Borçlar kanununun 92 ci maddesinin 2 ci fıkrasındaki hususî hükme nazaran, alacaklı mütereddid olduğu takdirde, borçlu, verilecek şey borsada mukayyed veya cari fiat mevcut ise satışını aleni veya hususî bir surette, hattâ ihtara hacet kalmaksızın, hâkimin müsaadesile yaptırabilir. Yukarıda söylenenler bu hüküm için de caridir.

c) Borçlar Kanununun 103 ü maddesinin 3 cü fıkrası, tüccarlar arasında geçmiş günler faizini, adı muamelâttan ayrı bir tarzda tanzim eder. Bu hususî hükmün sebebi, tüccarlar arasındaki hususî menfaatler halinde aranmalıdır. Tüccarlarda nakdin büyük ehemmiyeti vardır. Zamanında ödenmeyen borçlar bir kâr imkânının ziyasını ifade ederler. Bunun için geçmiş günler faizi olarak banka iskonto fiyatı, yani bankalar tarafından poliçelerin iskontosunda tenkis edilen faiz miktarı, kabul edilmiştir.

4) Ticaret kanununun 21 ci maddesinin 6 numaralı fıkrası mucibince hesabı cari mukavelâtı mutlak ticarî muamelâttandır. Bu mukavele ve muameleler Ticaret Kanununun 782 ilâ 796 ci maddelerinde tanzim edilmiştir. Bu hükümlere rağmen, ticarî hesaplaşma muamelelerinin anlaşılması ve tamamlanması için hesabı cariye taallük eden borçlar kanununun 115, 122 ve 308 ci maddelerine ihtiyaç vardır (97).

5) Ticaret kanununun ticarethanenin satışına, bir ticaret şirketine sermaye olarak vaz'ına ve iki veya müteaddit ticarethanelerin birleşmesine dair mevzu mes'uliyet kaideleri gayri kâfi-

97) Kitabımızda: C. 1 § 16 No. 93, 111.

dir. Bu kaideleri tamamlamak için borçlar kanununun, borç naklinin hususi durumlarını ticari münasebatın hususi ihtiyaçlarına göre tanzim eden 179 ve 180 inci maddelerine daima ihtiyaç hasıl olacaktır (98).

6) Hususi akidlerde ticari ihtiyaçlar bilhassa nazarı itibara alınmıştır. Bu gözetiş, ya akdin umumi hükümleri meyanına ticari ihtiyaçlar için istisna şeklinde hususi hükümler vazetmek veyahut kısaca akdi adi muamelât düşünülmezsizin doğrudan doğruya ticari ihtiyaçlar için tanzim etmek suretile tecessülü etmektedir.

a) İlk katagoriye aşağıdaki hükümler dahildir:

aa) Ticari muamelelerde teslim için bir zaman tayin edilmiş olupta bayi temerrüd ederse, Borçlar Kanununun 187 ci maddesi mucibince, alıcının, teslim talebinden vazgeçerek ademi ifa sebebiyle zarar ve ziyan isteyeceği, karine olarak kabul olunabilir. Bu karine, müşteri tarafından, temerrüde rağmen teslimi istemek niyetinde ise, muayyen müddetin inkizasında, bayii bundan haberdar etmek suretile, bertaraf edilebilir. Bu hükmün ehemmiyeti ne kadar yüksek takdir edilse yeri vardır: Bir kere birinin diğeri hesabına «spéculation» yapmasına mâni olur. Alıcının borçluya mühlet vererek, bu mühletin neticesiz kalması halinde, bütün haklarını mahfuz tuttuğu haller ne kadar çoktur. Halbuki borçlu şu «steréotypik» kayıttan başına neler geleceğinden bihaberdir. Alacaklı ademi ifa sebebiyle tazminat mı talep edecektir, yoksa ifa talebinde mi bulunacaktır? Borçlunun şu dikkatsizliği dalgalı konjonktürlerde son derece zararlıdır. Halbuki alacaklı için aynı nisbette kârlıdır. Diğer taraftan ticari muamelât açıklık, istikrar ve emniyet ister. Borçlunun ona göre hareket edebilmesi için, alacaklının istediğini açık ve mutlak olarak bildirmesi lâzımdır. Borçlar kanununun 187 ci maddesi şu umumi prensibin bir ifadesinden başka bir şey değildir.

bb) Borçlar Kanununun 187 ci maddesi mucibince, borcunu ifa etmiyen bayi, müşteriye ademi ifadan terettüp eden zararı tazmin ile mükelleftir. Tazminat bedelini hesap etmek bazen çok güç olur. Bu yüzden ticari muamelât için hususi hükümler vaz

98) Kitabımızda: C. 1. § 19 No. 109.

edilmiştir. Tüccar, teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almış ise, zararı müşahhas olarak hesap edebilir. Mebi borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan ve cari fiyatı bulunan mallardan ise, müşteri yerine bir diğerini almak mecburiyetinde olmaksızın, meblin semeni ile teslim için muayyen olan günün fiyatı arasındaki farkı, zarar ziyan olarak isteyebilir ve zararı bu halde mücerred bir suette hesap edebilir.

cc) Semenînin tayinî için, Borçlar Kanununun 209 cu maddesinin 2 ci fıkrası mucibince, hususî ticarî adetler mahfuz tutulmuştur. Bu taamüllere göre ticaretde bazı malların semeni, gayri safi vezin üzerinden yahut muayyen bir miktar veya yüzde şu kadar tenzil edilerek, hesap edilir.

dd) Borcunu ifa etmeyen bayî'in tazminat mükellefiyetini tayin eden Borçlar Kanununun 187 ci maddesine uygun olarak, Borçlar Kanununun 213 cü maddesi, müşterinin borcunu ifa etmemesi halinde vereceği tazminatı tayin eder. Zarar, ya üçüncü bir şahsa bey' halinde elde edilen semene göre müşahhas bir surette veyahut mebi borsada mukayyet olan veya cari fiyatı bulunan emtaadan ise, diğer bir şahsa satmağa lüzum olmaksızın, meblin semeni ile tediye için muayyen olan vade gününün fiyatı arasındaki farka göre, mücerred bir surette hesap edilir.

ee) Borçlar kanununun 307 ci maddesi mucibince (âdi muamelelerde) karzda faiz sarahaten şart edilmiş ise faiz lâzım gelir. Ticarî muamelelerde ise şart edilmemiş olsa bile faiz verilmek lâzımdır. Şu kaide yukarıda izhar edilen ve tüccarın faaliyet mevzuunun kısmî mühimminin para olduğunu ve bilâ faiz üçüncü bir şahsa ödünç vermeyeceğini ifade eden umumî düşüncenin bir ifadesinden başka bir şey değildir. Faizin anaya zam edilerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi evvelden mukavele edilmiş olsa bile, mukavele umumiyetle batıldır. Fakat Borçlar Kanununun 308 ci maddesi mucibince, ticarî faiz hesaplarında sarahaten müsaade edilmiştir.

ff) Ticaret Kanununda ticarethane memurlarının hukukî münasebetleri hakkında -patrona izafeten bunların temsil selâhiyetini tayin eden 87 ilâ 100 cü maddelerden sarfı nazar- hususî hükümler mevcut değildir. Buna mukabil Borçlar Kanununun hizmet akdine dair mevzu hükümleri, ticarî bir işletmede müstahdem bulunan şahısların hususî menfaatler halini de nazarı

itibara almıştır. Meselâ Borçlar Kanununun 323 cü maddesinin 2 ci fıkrasında, ücretle birlikte kârdan bir hisse verilmesi kararlaştırılmış ise, kâra iştirak ettirilen memurun, kâr ve zarar hissesini hesap edebilmesi için, defterlerin muayenesine müsaade edileceği sarahaten tasrih edilmiştir. Borçlar Kanununun 326 cı maddesinin 2 ci fıkrası mucibince, ticarethane memurlarının ücretleri her ay verilecektir. Boçlar Kanununun 336 cı maddesi iş esnasında yapılan ihtiraların pek karışık hukuki durumunu menfaatler vaziyetine uygun bir tarzda tanzim etmiştir. Borçlar Kanununun 327 ci maddesinin 2 ci fıkrası mucibince, ticarethane memurları için hususi ihbar mühletleri vazedilmiştir. Borçlar kanununun rekabet memnuiyetine dair 348 ilâ 352 ci maddeleri bilhassa ehemmiyeti haizdir. Ticarethanede çalışan her memur ifa ettiği hizmet dolayısıyla ticarethanenin müşterilerini tanıdığı gibi, bazen müessesenin esrarına nüfuz etmek fırsatını da bulur. Memur vazifesinden ayrılacak ve diğer bir ticarethanenin hizmetini görecek veya müstakillen çalışacak olursa, eski vazifesi esnasında tanıdığı müşterileri ve edindiği sırları kendi veya yeni iş sahibi lehine istimal etmesi tehlikesi mevcuttur. Eski patron kendini bu gibi zarar tehlikelerine karşı, memurun edinliği malûmatı istimal ile patronu ehemmiyetli surette izrar etmesi melhuz ise, rekabet memnuiyetini şart etmek suretile koruyabilecektir. Yalnız rekabet memnuiyeti, ancak memurun iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette, zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudud dahilinde şart edilmiş ise mesmu olur ve memnuiyetin devamında iş sahibinin bir menfaati kalmamışsa memnuiyet nihayet bulur.

b) Borçlar Kanununun, âdi muamelelerin doğurduğu ihtiyaçlar gözetilmeksizin, yalnız ticarî ihtiyaçlar için tanzim ettiği akidler şunlardır:

aa) Ticaret kanununun 20 ci maddesinin 2 numaralı fıkrası mucibince, matbaacılık, nâşirlik muamelâtı ticariyedendir. Naşir ile müellif arasındaki neşir mukavelesi ise Ticaret Kanununda tanzim edilmeyip Borçlar Kanununun 372 ilâ 385 ci maddelerinde tanzim edilmiştir.

bb) Ticaret Kanununun 21 ci maddesinin 5 numaralı fıkra-

sı mucibince hususi ve umumî bankalar muamelâtı mutlak ticarî mamelâttan maduddurlar. İtibar mektubu ve itibar emri de banka muamelelerine dahildir. Halbuki bu müesseselere dair kaideler Borçlar Kanununun 399-403 cü maddelerinde bulunur.

cc) Ticaret kanununun 20 ci maddesinin 3 numaralı fıkrası mucibince otel, han ve sair müesseselerin muameleleri mutlak ticarî muamelâttan maduddur. Halbuki otel ve garaj sahiplerinin, umumî ahır idare edenlerin mesuliyeti Borçlar Kanununun 478 - 482 ci maddelerinde tanzim edilmiştir.

dd) Ticaret Kanununun 119 cu maddesi mucibince borsa ve panayırlarda yapılan muameleler mahiyeti ticariyeyi haizdirler. Halbuki borsada emtia ve kıymetli evrakın fiat farkı esaslı üzerine yapılan vadeler alış verişler hakkındaki hükümler Borçlar Kanununun 504 ve 505 inci maddelerinde bulunur.

ee) Temsil hukuku Borçlar Kanununun umumî kısmında 32 - 40 cı maddelerde tanzim edilmiştir. Halbuki bu kaidelerin yanında, kısmen Ticaret Kanununun 87-99 cu maddelerine mütezzat olan procura ve ticarî vekâlete dair hususî hükümler, Borçlar Kanununun 449-456 cı maddelerinde de mevcuttur. Ticaret Kanununun tadili ile meşgul olan komisyon bu müşkülâtı bertaraf etmek zaruretinde kalacaktır.

ff) Komisyon, navlun ve tellâl mukaveleleri, antrepo muameleleri, Ticaret Kanununda ticarî muamele olarak karakterize edilmişlerdir. Halbuki aynı akidler için Borçlar Kanununda da mufassal hükümler mevcuttur (99). Bu ikilik de Ticaret Kanununun ıslâhında bertaraf edilmelidir.

VIII

V - VII ci paragraflarda verilen izahatla, Kanunu Medeni ile Borçlar Kanununun, vazil kanunun sarahaten ticarî addettiği veya tefsir yolu ile mahiyeti ticariyeleri açık olarak sabit olan vak'alara dair hususî hükümle ihtiva edebileceği isbat edilmiş ve yaptığımız tahlil ile ticarî işletmenin Ticaret Hukukunun ana mefhumu olduğu gösterilmiş oluyor. Çünkü ticarî işletmenin hususî ihtiyaçları, umumî nizamdan ayrı bir norma ihtiyaç gösterdiği bütün hallerde, hususî

99) B. K. 404 - 409, 416 - 430, 431 - 448, 473 - 477.

hükümler isdar edilmiştir. Hakiki münasebetlerin bu suretle anlaşılması, yukarıda II ci paragrafta işaret edildiği veçhile, ticaret hukuku ilminin modern mümessilleri tarafından gittikçe kabul olunmaktadır. Bir ilim branşı olan ticaret hukukunun ilim sistemi, ne muamelâtı ticariye ne de tüccar mefhumu üzerine bina edilebilir. Kanun vazileri de, ilmin bu yeni cephesini hesaba katarak, tarihi bir kıymeti olan görüşlerini terk etmelidirler. Zira bu görüşleri ne zamanın realitelerine uygun, ne de ticari muamelâtın talep ettiği emniyeti ihtiva eder.

Hukuk ilim metodları ehemmiyetli surette değişmiş, sırf mantıki mefhumlar yerine sosyolojik müşahede usulü kaim olmuştur. Fakat sosyolojik metod da mefhum ve nazariyelerle çalışmak mecburiyetindedir. Bu metodun taraftarları mefhum ve nazariyelerin bizatihi bir kıymeti haiz olmadıklarını ancak tecrübe ile edinen malûmatın tenvirine hizmet ettiklerini müdrik-tirler. Mefhumlar bizi bilgiye götüren vasıtalar olup bu bilginin gayesi değildirler. Bunlar ise ancak hayatta edinen müşahedelerden tecrid edilerek elde edilebilirler. Hukuk hayatın bir nizamı, yani herkese düşen hak payını verebilmek için insanların tâbitutuldukları bir şekildir. Modern hukukçu için, Corpus Juris-in, adaletin, diğerlerinin menfaatleri gözetilmek suretile herkese azami menfaat temin eden daimi bir gayeden ibaret olduğunu ifade eden meşhur formülü, bugün de mer'îdir (100).

Menfaatleri haklı bir tarzda telif edebilmek ise anak insani ihtiyaç ve menfaat ve beşeri hayatın tanınması ile mümkündür. Onun için hukuk ilmi, hak ve haksızlığın izahından ziyade hayat ve münasebetlerinin izahıdır. Birbirile çarpışan menfaatleri doğru takdir ederek onları telif edebilen, çarpışan menfaatleri azami surette tatmin eden ve bu suretle hakkaniyet idealine en ziyade yaklaşan kanun en iyi kanundur.

Çeviren

Ticaret Hukuku Asistanı
HALİL ARSLANLI

Yazan:

Ord. Prof. Dr. E. E. HIRSCH

100) «Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi». (Institutiones 1, 1, pr.)