

## PROVISION HUKUKU VE KANUNLAR İHTİLÂFI

31 Ağustos 1927 tarihinde Lozanda toplanan «arsulusal hukuku İstitüsü» (Institut de droit international) «Çekin doğurduğu kanunlar ihtilâfı mes'elesi» ni tetkik etmişti.

Arsulusal alışverişinde çok mühim olan bu mes'elenin doğurduğu bütün ihtilâfları tetkik edecek değiliz. Burada ancak meşhur ve klâsik olan «provision'un mülkiyeti» mes'elesini münakaşa ve bu mes'elenin doğurduğu ihtilâfları araştıracacağız. Yani tebaruz ettirmek istediğimiz nokta, ancak bu husustaki muhtelif mevzuatı tetkik ederek kabul olunan farklı prensipleri kısaca kaydetmek ve binnetice doğurdıkları kanunî ihtilâfları işaret ederek yalnız provision hakkındaki ihtilâfları hal etmeğe çalışmaktır. Bunun için:

- 1 — Provision'un ne olduğunu
- 2 — Ne surette intikal ettiğini (muhtelif kanunlarda kabul olunan nazariyeler)
- 3 — Bu muhtelif sistemlerin doğurduğu ihtilâfları ve bilhassa provision mes'elesini
- 4 — Bu ihtilâfların halli suretini, tetkik edeceğiz.

\*  
\*\*

### I — Provision nedir ?

Provisionun hukukî mahiyeti me'elesi ilmî sahada bir çok münakaşalara ve gayet geniş bir edebiyatın vücut bulmasına sebep olmuştur. Burada bunların hepsi tetkik olunmayup kabul olunan ve hâkim mevkide bulunan nazariyeyi izah edeceğiz. Bu hususta mu-

fassal ve derin bir eser yazmış olan Dr. François [1] nın tarifini kaydedelim: «Provision poliçanın veya çekin normal vazifesini *temin eden* yani poliçanın vadesinde ödenmesini temin eden keşidecinin muhatapdaki bir *alacağıdır*» [2]. Bu tarife göre evvel emirde provisionun bir alacak olduğunu işaret edelim. Bu gün bütün müellifler bu hususta mutabıktır deyebiliriz. Fakat bu tarifi mahzuru «*temin*» kelimesinin kullanılması ve provisionun bir teminat mahiyetinde olduğu zehabını tevlit etmesidir. Bu itibarla bu tarifi terk ederek Pr. A. Whalin 1933 senesi takrirlerindeki provision tarifini kabul etmeyi daha müreccah bulduk. Bu müellife göre «provision bir poliçanın veya çekin keşidesine *temel teşkil eden* keşidecinin muhatapta olan bir *alacağıdır*». Bu tarifte provisionun bir alacak olarak telakki edildiği fakat teminat kelimesinin mevcut olmadığı görülür.

Binaenaleyh evvel beevvel provision keşidecinin muhatapta olan bir alacağıdır. Bunu daha kolay bir tarzda izah edebilmek için aşağıdaki grafiği istimal edelim :



Her şeyden evvel şurasını da kaydedelim ki poliçanın keşidesinden evvel keşideci ile muhatap arasında bir mukavele mevcuttur. Şayet bunların arasında hiç bir tüccarî münasebet olmasaydı bittabi muhatabın üzerine çekilen bir poliçanın ödenmesine imkân ve ihtimal olmayacaktı. Binaenaleyh mantıken muhataba karşı keşideceyi alacaklı vaziyetine koyan ve poliçanın keşidesini mümkün kılan mukaddem bir mukavelenin mevcut olması şarttır. Farz edelim ki, «K» «M» e 3 ay vade ile 10.000 liralık emtea satmış bulunsun ve bu gün semeni mebiî temin için «M,, üzerine bir poliça keşide etsin ve poliçada muharrer 10.000 lirayı elde etmek maksadile poliçayı 3 üncü bir şahsa, «H,, ya, satmış olsun. Bu muamelede provision bey sebeble «K,, in «M,, de olan alacağıdır.

[1] La propriété de la provision en matière de lettre de change, Sirey 1928.

[2] Buna çok yakın bir fikirde bulunan Pr. E. Hirsch'in şu kitabını kaydedelim: «Der Rechtsbegriff Provision im französischen und internationalen Wechselrecht» .

Poliçanın keşidesi anında provisionun muhakkak surette muhatabta mevcut olması şart değilse de keşide günü bu provisionun vadeye kadar tahakkuk etmesi **muhtemel** olmalıdır. Fakat çeke gelince bir çok kanunlar provisionu çekin keşidesi günü mevcut olmasını şart koşturmaktadırlar. Bu fark poliçanın bir kredi aleti ve çekin ise bir tediye aleti olmasından ileri gelmektedir.

Provisionun bir alacak olduğunu kabul etmiştik. Bu hususu bir parça daha aydınlatmak için provisionun ne gibi mukavelelerden doğduğunu ve nelerden tefrik edilmesi lâzım geldiğini kısaca kaydedelim.

**a** — Provisionu tahakkuk ettiren akitler nelerdir?

1 — Keşidecinin, bilâhara bir çok policalar çekeceğini tasavvur ederek, muhataba bir miktar para gönderip nezdinde depo etmesi;

2 — Keşidecinin, bir komisyon mukavelesi neticesi olarak, muhataba bir miktar emtea göndermesi;

3 — Para ve emteadan gayri keşidecinin muhataba bir takım bono, tahvilât ve saire göndermesi;

4 — Nihayet muhatabın keşideci namına her hangi bir maksatla bir kredi açmış olması mümkündür.

**b** — Bunların provisionu tahakkuk ettirdiğini kabul etmekle provisionun esasî bunlardan ibaret olduğu kabul olunmuş değildir. Çünkü, evvelce de söylediğimiz gibi, provision bir alacak hakkıdır. Binaenaleyh provision keşidecinin muhataba göndermiş olduğu bu para, emtaa, senet dolayısıyla husule gelen bir alacağıdır. Şu halde provision :

1 — "Couverture,,den, yani poliçanın karşılığında tefrik edilmek lâzımdır, çünkü "couverture,, bir alacak hakkı olan provisionun illetidir; şayet böyle olmasaydı kredi hesabının ne suretle bir provision teşkil ettiği izah olunamazdı.

2 — Provision vadesinde hamile ödenen meblâğ değildir. Çünkü gördük ki provision nakitten gayri başka şeylerle de tesis olunabilir. Bundan başka provisionun bir meblâğ olduğunu iddia etmek bir hakkın zatı ile o hakkın mevzuunun aynı şey olduğunu kabul etmek demektir.

İşte bugün ticaret hukukunda en çok revaç bulan ve kanaatımızca da en çok tatminkâr olan provision nazariyesi.

## II. Provisionun intikali.

Meselenin ne olduğunu, ehemmiyetini ve bu husustaki farklı bir kaç tıp kanunu izah edelim.

A — Evvelâ meselenin hayatta ne surette tehdâdüs ettiğini izah edelim ve bunun için de bir misal alalım. Keşidecinin muhatap nezdinde 10000 liralık bir provision tesis ettiğini farzedelim. Keşideci ile hamil arasında cereyan etmiş olan her hangi hukukî bir muameleden dolayı keşidecinin hamile 10000 lira borçlandığını ve bunu ödemek için muhataptaki alacağına istinaden hamile 3 ay vade ile bir poliça imzaladığını kabul edelim. İşte meselemiz bu noktada tecelli ediyor. Keşideci poliçayı hamile tevdi etmekle muhatapta olan alacağını da aynı zamanda ona naklediyorum? Yoksa hamil bu alacağı, yani provisiona, ancak vade günü mü sahip olacaktır?

B — Amelî sahada bu mesele her ne kadar çek için pek varit değilse de yine nisbî bir kıymete haizdir [3]. Fakat poliça hususundaki ehemmiyeti çok daha büyüktür.

Evvelki misalimizi gözönünde bulundurarak vadenin hulûlünden evvel muhatap veya keşidecinin iflâsı halinde hamilin ne vaziyette bulunacağını sırası ile tetkik edelim.

1 — Evvelâ muhatapın iflâs ettiğini ve provisionun da aynen tesis edilmiş olduğunu farzedelim. Muhatap iflâs edince bilûmum alacaklıları bir masa teşkil ederek müflisin mecuratını taksim ederler. Bu mecurat meyanında provision da vardır. Fakat poliçanın teslimi ile provisionun hamile intikal ettiği kabul edilirse, aynen mevcut olan bu provision hamile ait olacak ve alacaklılar arasında taksime uğramayacaktır. Binaenaleyh muhataptaki provisionun poliça ile beraber hamile intikal edip etmemesine göre hamilin vaziyeti büsbütün değişecektir.

2 — Şimdi de keşidecinin iflâs ettiğini farzedelim. Burada da vaziyet aynidir. Keşideci iflâs etmekle beraber bilûmum alacaklıları muacceliyet kesbederek masaya ithal edilip taksim edilecektir ve muhataptaki provision da bittabi bu akibete uğrayacaktır. Bu suretle hamil keşidecinin alelâde bir alacaklısı olmak hasebile poliçanın ancak bir kısmını tahsil edebilecektir. Fakat poliçanın keşidesile provisionun hamile intikal ettiği kabul olunursa hamilin vaziyetinin

[3] Xavier Jane. Le transfert de la provision du chèque en Droit International Privé, Paris 1928

ne kadar müemmen olduğu tebarüz eder.

Hülâsa, görülüyor ki muhatapta mevcut provisionun hamile intikal edip etmemesinde hamilin vaziyeti o derece istikrar kesbedecek ve poliçanın da kredisi aynı derecede artmış bulunacaktır.

C — İşte bu mühim meseleyi muhtelif vazii kanunlar muhtelif suretlerde halletmişlerdir. Bu mevzuatın hepsin burada tetkik edecek değiliz. Burada yalnız tipik birkaç mevzuatı kayd ile iktifa edeceğiz.

1 — Evvelâ en basit olan Fransız mevzuatını ele alalım.

Bu sahada Fransız hukukunun gayet uzun bir mazisi vardır. Fransız içtihadatı ve bilhassa Paris Temyiz Mahkemesi çok zamandan beri muhatap nezdinde mevcut olan veya vadeye kadar mevcut olması melhuz olan provisiona istinaden çekilen çek veya poliçanın hamile devri ile provisionun da aynı zamanda ona intikal ettiğini kabul etmişti.

Ticaret âleminde lâzım olan istikrar ve emniyeti temin zımında Fransız kanun vazii ticaret kanununun 116 ıncı maddesine 8 şubat 1922 tarihli bir kanunla 2 inci bir fıkra ilâve etti. Bu kanun mukaddem içtihadata kanunî ve sarîh bir şekil vermek, yani bu içtihadata kanun kuvvetini temin etmek maksadını istihdaf ediyordu. Mezkûr fıkra aynen şu metindedir: "la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change," Yani, "provisisionun mülkiyeti hasbelkanun poliçanın müteakip hamillerine intikal eder. "

Bu kanuna karşı dermeyan olunan kritiklerden sarfınazar (meselâ provisionun bir alacak olması itibarile mülkiyet tabirinin pek te caiz olmadığı gibi) manasını ve doğurduğu pratik neticelerini izah edelim. Poliçanın bir kredi vasıtası olması itibarile tedavülüne azamî emniyet temin etmek icab ediyordu. Bunun için poliçanın vücuda getirilüp hamile tevdi olunduğu andan itibaren, hamil keşidecinin muhataba karşı olan, ve provision, yani alacak hakkından doğan bilûmum dava haklarına, katiyen başkaca bir muameleye hacet kalmaksızın halef edildi. Bunun için de poliçanın haricine çıkmağa, yani bizzat poliçanın hamile bahşettiği haklardan gayri bir hak aramağa lüzum kalmıyor, çünkü hamil bu haklara hasbelkanun sahip oluyordu. Burada alacağın temlik edildiğini 3 üncü şahıslara bildirmek için Fransız medenî kanununun vazettiği formalitelere katiyen riayet mecburiyeti kalmadı.

Binaenaleyh kabûlden evvel ve hatta kabul mevzuu bahs olmadan, hamil poliça veya çeki ahz edince muhataptaki provisiona.

sahip olmuş oluyor. Burada da şöyle bir muhakeme yürüdülmektedir : keşideci hamil nezdinde bulunan alacağına müsteniden bir çek veya poliça vücuda getirüp alacağını bu çeke veya poliçaya ithal, «incorporé» ediyor. Keşideci poliçanın veya çekin ilk hamili olduğu farz edilecek olursa kendisine aid olan bu alacağı Ticaret Kanununun ciro bahsındaki mevadı mahsusasından ve zikrettiğimiz 8 Şubat 1922 tarihli kanunundan istifade ederek, poliça ile beraber poliçaya mündemiç olan, alacağını diğer bir hamile nakil ediyor. Bu hamil de yeni bir ciro ile sahip olduğu provisionu diğer bir hamile naklediyor ve nihayet son hamil de, vadenin hululünde bu provisionu muhataptan talep etmek hakkına haiz oluyor.

Her ne kadar hukukî bakımdan bu tarzı düşünce kabili tenkid ise de, kanunun lafzı ve ruhu aynen bu mahiyyettedir. Bunun amelî neticeleri ve bundan kurtulmak için tatbikatta düşünülen yollar ne olursa olsun Fransız poliça hukukunun mümeyyiz vasfını teşkil eden bir nokta vardır : o da poliça ile muhatap nezdinde bulunan provision arasında bir illiyet münasebetinin mevcut olmasıdır. Yani poliçanın illeti, sebebi, Fransız hukuk ilmindeki tabiriyle «cause» u muhataptaki provisiondur.

2 — Bundan sonra Alman mevzuatına geçelim : Alman kambiyo sistemine Almanca «Wechselordnung», derler. Bu sistem Fransız sisteminden büsbütün farklıdır. Bu da mes'elemizin Alman dogmatigine has bir şekilde tetkik edilmiş olmasından ileri geliyor. Vasıflarını beyan edeceğimiz bu sistem bir çok hukukşinasların tesirile meydana gelmiş ve ilk defa olarak 1794 senesinde tahrir edilen Prusyanın «Allgemeines Landrecht» inde kanunî bir şekilde irae edilmişti. Bu sahada başlıca tesiri Liebe, Thöl, ve Einert icra etmişlerdir. 1871 senesinde neşredilen «Alman imparatorluğu kambio kanunu», (Allgemeine deutsche Wechselordnung) doğrudan doğruya Karl Einert'in vücuda getirdiği sistemden mülhem olmuştu. Bu müellife göre, poliça ve dolayısıyla çek, ticarî kredi üzerine müesses bir nevi kâğıt paradır.

Yani tüccar bir çek veya poliça keşide edilince tıpkı Devletin para bastığı gibi hareket eder. Poliça kendisine mukaddem her hangi hukukî bir akidden müstakil olup, halka yapılan bir tediye vadi kabilindedir (Einert, s. 85)

Bu nazariye bir dereceye kadar Thöl tarafından tenkid edilmiş ise de poliçanın kendine mukaddem her hangi bir mukaveleden müstakil olması esasî muhafaza edilmiştir. Bu nazariyeye göre, keşideci hamil ile nakdî bir tediye hususunda bir akit yapmakda

ve keşidecinin borcu, yalnız bulunmuş olduğu vaaddan doğmaktadır. Bunun için vücuda getirilen poliça şekli bir mukavele, Romalıların "Stipulatio,, dedikleri bir alacak tahakkuk ettirmek için tarafların kullandığı hukukî bir kalıptır.

Bizi burada alâkadar eden nokta - bu nokta Fransız hukukile taban tabana zıttır - poliçanın illetinden, "cause,, undan büsbütün ayrı olması ve mukaddem her hangi hukukuî bir rabıttan müstakil olarak telâkki edilmesidir. Bu nokta Alman hukukçuları tarafından çok mükemmel bir tarzda izah edilmektedir. Meselâ C o s a c k şunu yazıyor: "Poliça kendisine esas olarak telâkki edilen keşidecinin muhatapdaki alacağından büsbütün ayrıdır. O, müstakil olup zafî bir kıymete maliktir.,, M e y e r de (4) aynı fikirdedir.

Binaenaleyh görülüyor ki, Alman hukukunda poliça veya çek mücerret bir tasarruf, sebepsiz bir akit (5) bir "acte abstrait,, (6) olarak telakki ediliyor. O halde provision ve provisionun mülkiyeti meselesi ne olacaktır? Provision Alman hukukunda katiyen nazarı itibara alınmamakta, mevzuu bahis bile edilmemektedir. Kezalik Türk Ticaret Kanununun poliça faslında da kat'iyen provision dan bahs edilmemiştir. Ancak çek hususunda vaziyet biraz farklıdır (T. K. madde 610). Fakat Alman hukukçuları *Deckung* tesmiye ettikleri bu meseleyi her zaman mevzuu bahis ve münakaşa etmekte olmaları bu hususun yalnız ve yalnız kanun sahasında bertaraf edilmiş fakat ilmî sahada ise katiyen unutulmamış olduğunu gösterir. Yine bu hususa müteallik son zamanlarda Almanyada neşrolunan yeni poliçe kanununun (Wechselgesetz, 21 haziran 1933) katiyen provisiondan ve dolayisile mülkiyetinden bahsetmemekte olması, vazii kanunun bu mesleyi büsbütün nazarı veya münazaünfih bulması itibarile bertaraf edilmesinin daha muvafık olacağını düşünerek müsbet kanunda yer vermemesi, yukarıda serdettiğimiz mütalâayı teyit etmektedir. Her ne hal ise, provision vazii kanun tarafından katiyen derpiş edilmemiş ve hatta muannidane bir surette kanundan uzak tutulmuş olması itibarile, bu sahade Fransız hukukundan büsbütün ayrıldığı aşikârdır.

Alman hukukuna göre, poliçanın tediyesi keşideci, muhatap ve

(4) Meyer, Le change mondial

(5) Andréas B. Schwarz: Medeni hukuk dersleri Kısım 2, s. 143 ve mü. İstanbul 1935

(6) «Acte abstrait» hakkında bak: Saleilles, Essai sur la théorie générale des obligations selon le projet du C. C. All. s. 275, 276, 282.

François (op. cit.) s. 264 - 269

müteaddit cırantaların kredisile temin edilmektedir. Vadenin hulûlünde poliçanın ademi tediyesi halinde hamil, çek veya poliçaya istinad ederek bir dava ikameye hakkı olmayıp ancak hukukun umumî prensiplerine dayanarak ve bilhassa muhatabın haksız iktisabını dermeyan ederek, bedelin tediyesini talep edebilecek ve bu itibarla cırantalarla keşideciye de rücu edebilecektir. Fakat bu halde de hamil bu dava hakkını doğrudan doğruya poliçadan istihsal etmeyip, muhatabı ancak keşideci namına haksız iktisaptan dolayı dava edecek, ve muhatap ile katiyen hukukî bir rabitası olmayacaktır.

Neticeten, görülüyor ki, Alman hukukunda poliça iki taraflı bir akitdir: bir tarafta keşideci, diğer tarafta hamil; hamil ile muhatap arasında hiç bir hukukî münasebet yoktur.

Bu sistem bazı tadilât ile bir çok memleketlerde kabul edilmiştir. Türkiye, İtalya (1882 tarihli ticaret kanunu) [7], Japonya, Portekiz, Avusturya, Bulgaristan, Lehistan, Fenlandiya, Romanya, İsvicre, Çekoslovakya, Yugoslavya ve saire [8].

3 — **Belçika sistemi** : Belçika vazii kanunu bu iki muhtelif cereyan arasında kalmıştır. Bir taraftan poliça ve çekin emniyet ve kredisini temin etmek arzusunda bulunmakla beraber diğer taraftan provisionun hamile temlik edilmesile takviye olunmasını istemiyordu. Bunun için mütevassıt bir sistem buldu: muhatapta olan provision üzerine hamile mülkiyet hakkı değil de mühassır bir hak bir (*droit exclusif*) tanıdı. 20 mayıs 1872 tarihli kanunun 6 ıncı maddesi şu metindedir: “le porteur a vis à vis des créanciers du tireur, un droit exclusif à la provision qui existe entre les mains du tiré lors de l'exigibilité de la traite,, yani “poliçanın muacceliyet kesbettiği tarihte hamil, keşidecinin diğer alacaklılarına karşı muhatapta mevcut provision üzerinde münhasır bir hakka sahiptir.» Burada vazii kanun «imtiyaz» veya «rüchan» kelimelerini kullanmak istememiş, yani hamilin diğer alacaklılara karşı bir imtiyaz hakkı olmadığını, fakat borçlunun mamelekinin taksimi anında diğer alacaklılardan evvel mevcut provision üzerinden alacağını tesviye edeceğini beyan etmek istemiştir.

Binaenaleyh burada poliça keşidecinin muhataptaki alacağının mündemiç olduğu, yani bu alacağın “incorporé,, bulunduğu bir vesika değildir. Diğer taraftan zafî bir kıymeti haiz, yani provision dan

[7] Vivante, *Traité de droit commerciat*, terceme : Escarra, Cilt III s. 181

[8] Bu muhtelif memleketler mevzuatı için bak : François (op. cit.) s. 279



temamen mustakil, bir "acte abstrait,, de değildir. Provision, tâli bir mahiyette olup poliçanın faaliyetine doğrudan doğruya tesir etmez; ancak bazı ahvalde bu faaliyete bir yardımcı olarak tezahür eder. Muhatap poliçayı kabul etmediği müddetçe keşideci provizion üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilir. Mahaza hamil diğer alacaklılara karşı provision üzerinde bir nevi imtiyaza, münhasır bir hakka maliktir; fakat poliça tediye edilmedikçe, hamil değil keşideci provisiona sahip kalır.

Belçika kanununun sistemi Kolombiya, Meksika, Ekuatör, Holanda tarafından kabul edilmiştir. [9]

4 — Nihayet İngiliz-Amerikan sistemine geliyoruz. Burada İngiliz hukukunun umumî bir vasfına rast gelinir : İngiliz hukuku poliçayı, Alman hukuku gibi illetinden müstakil veya Fransız hukuku gibi illetine çok sıkı bir surette bağlı bir şey gibi telâkki etmiyor. Bu iki müfrit nazariye arasında mütevassıt bir vaziyet almaktadır. Bu vaziyet kısa bir tarihî tetkik ile izah olunabilir : 17 inci asrın sonlarına kadar İngiliz ve Fransız poliça hukukları birbirinin benzeri idiler. Fakat, 1673 tarihli (Ordonnance de Commerce) ve bilâhara (Fransız ticaret kanunu) bu sahadaki örfü adeti kanunî formüllerde kristalize etmiş bulunmasına rağmen, İngiliz hukuku örfü adet ile tekâmül edegelmekte ve hayatın ihtiyaçlarına temâmile uymakta ve bu ihtiyaçlara benimsemekte idi. Bunun içindir ki bu gün her iki hukuk arasında bir ayrılık kaydedilmektedir.

Fakat bu sahadaki İngiliz hukuku da 1882 tarihli «Bill of Exchange Act» ile tedvin edilmiş ve Amerikada da bu aynı kanun 1897 tarihinde "Negotiable Instruments Law,, ile meriyete geçmiştir.

Evvelâ şunu kaydedelim ki İngiliz-Amerikan hukuku gayet vazih bir surette Alman prensiplerini red etmekte, yani «acte abstrait» yi kabul etmemektedir. Poliçanın muhakkak surette bir sebebi olmasıdır. Fakat İngiliz hukukundaki sebep, "cause,, , Fransız hukundakinden farklı olup buna İngilizler "valuable consideration,, derler [10]. İngiliz hukukuna göre bir mukavelenin in'ikat etmesi için bu unsurun muhakkak surette bulunması şarttır. Bu "valuable cinsideration,, her ne kadar bil'umum mukavelelerde sarîh bir surette beyan edilmiş olması şart ise de, bu kaideye bir istisna ola-

[9] François (op. cit.) s. 255 not 7,8,9

[10] İngiliz hukuku hakkında bak : Andréas B. Schwarz : «Das englische Recht und seine Quellen und Equity» .

Bundan başka aynı müellifin şu eserine müracaat : «Medenî hukuk dersleri» (op. cit.) s. 111, 143.

rak poliçalarda mevcudiyetinin mefruz olduğu kabul edilmiştir. Mahaza bu karinenin hilâfı her zamen ver her türlü emarat ile ispat olunabilir.

Bir poliça ile keşideci, vadenin hululünde, hamile poliçadaki meblağın tediyesini teahhüt eyler; ve bunun ödenmesini temin için muhatap nezdinde bir provision bulundurmağa mecburdur. ( Bill of exchange, madde 3 ). Fakat hamilin bu provision üzerindeki hakları ne olacaktır? Mezkûr kanunun 53 üncü maddesi, poliçanın mücerret poliça olması itibarile muhatapdaki provisionu hamile nakletmez, ve poliçayı kabul etmemiş olan muhatap da hiç bir türlü ilzam edilemez, metnindedir. Fakat bu prensip ifade olunduğu kadar mutlak değildir: Kanun bazı istisnalar vazetmekte ve mahkemeler de bunları hamilin lehine olarak şümüllü bir tarzda tefsir etmektedirler. Bir çok mahkeme kararları şu esası vazetmiştir: Şayet keşideci provisionun tamamı veya bir kısmı üzerinden hamile tediyede bulunması hakkında muhataba bir emir vermişse, bu emir provisionu hamile nakletmek için kâfidir.

İngiliz - Amerikan mahkemeleri, her şeyden evvel tarafların kasdüniyetlerini araştırırlar: Şayet tarafların harekâtı, etvarı ve bilumum hadisat provisionun hamile naklolunması hususunda bir kanaat bahşediyor ise hakim provisionun hamile intikal ettiğine ve keşidecinin bunun üzerinde artık hiç bir hakka sahip olmadığına karar verebilir. Tarafların bu husustaki beyanı rızalarına, maksat ve gayelerine tamamen riayet olunacaktır. Görülüyor ki burada İngiliz hukukunun hareket noktası, Fransız hukukundan farklı ise de, ameli bir sahada aynı neticeye varmaktadır, çünkü bu kasdü niyet her türlü emarelerle tesbit edilebildiğinden ve bu niyet ekser zaman mevcut olacağından, provisionun ekser ahvalde hamile intikal edeceği tezahür eder.

\* \* \*

### III — Bu sistemlerin doğurduğu ihtilâflar ve bilhassa provision meselesi.

Umumî hatlarını çizdiğimiz bu farklı sistemler her gün bir çok kanun ihtilâfları doğurmaktadır. Bundan başka çek ve poliçanın bugünkü istimal sahası ve vüs'atı ve müteaddit memleketler arasındaki tedavülü göz önünde bulundurulacak ve dünya buhranının doğurduğu iflâslar da nazarı itibara alınacak olursa tetkik etmek

istediğimiz bu meselenin nekadar ehemmiyetli ve pratik olduğu tezahür eder.

Farzedelim ki Türkiyede bulunan bir tüccar, Almanyada bulunan bir tüccar namına bir poliça keşide etsin ve poliçanın tediyesi de, yani muhatabın bulunduğu mahal de, Fransa olsun. Vaziyeti daha tam bir şekilde ifade etmek için poliçanın son hamile ( yani Almanyaya ) varmazdan evvel muhtelif memleketlerde bulunan mütevassıt hamillerin (cirantaların) elinden geçtiğini de farzedelim. Bu vaziyette muhakkak ki bir kanun ihtilâfı vücuda gelecektir. Bu ihtilâf bir çok noktalarda tehaddüs edebilir, fakat bunları yalnız işaret etmekle iktifa edip, bilhassa provision ihtilâfını tedkik edeceğiz :

- 1 — Çek ve poliçanın şekli,
- 2 — Çekin kimler üzerine keşidesi mümkün olduğu (banker, tüccar v. s.)
- 3 — Çek ve poliçanın tediye zamanı (görüldüğünde, görüldüğünden bir müddet sonra)
- 4 — Çizgili çek ve neticeleri
- 5 — Kabule tabi veya musaddak çek (Amerikan sistemi)
- 6 — Kabul ve neticeleri
- 7 — Çek ve poliça keşidesi için lâzım olan ehliyet
- 8 — Nihayet provisionun kime aid olduğu meselesi [11]

Yukardaki misali tekrar ele alırsak, Türkiyede keşide olunan bir çekin Fransada tediyesi lâzım geldiği ve hamilin Almanyada olduğu farzedilecek olursa, acaba provision Fransız kanununun tatbikile hamilemi intikal edecek, yoksa keşidecinin, yani Türk kanununu tatbik edilecektir? İşte meselemiz.

Bu meselenin gayet pratik ve ticaret hayatında hergün rastgelmekte olmasına rağmen müspet ve yeknasak bir tarzı halli mevcut değildir. Öteden beri tüccarlar, ticaret hukukçuları, ticaret odaları, bir çok kongreler, bu meseleyi halletmeğe çalışmış olmalarına rağmen maalesef hiç bir pratik neticeye varamamışlardır.

#### IV — Bu ihtilâfların halli.

Evvelâ bu sahada neler yapıldığını, saniyen bu meselenin Devletler Hususî Hukuku prensiplerile nasıl halledilebileceğini izaha çalışalım.

[11] Bu ihtilâfların bazıları Türk ticaret kanununda halledilmiştir : T. T. K. madde 601, 602, 603 ve 636.

A — Bu sahada neler yapıldı: bu vadide ilk yolu açan *Bluntschli*dir.

Bu hukukçu 1885 senesinde kambiyo hukukunun ulusal bir karakterden ziyade evrensel bir karaktere sahip olduğunu ve muhtelif ulusal kanunlarla tahdit edilmiş olması keyfiyetinin mahiyetine mugayir bulunduğunu, binaenaleyh bu hususta evrensel kaidelerin vaz edilmesi lüzumunu canlı bir ifade ile iddia ediyordu. *Bluntschlinin* bu sözleri akissiz kalmadı ve 1903 senesinde Holanda hükümetinin neşrettiği bir sual layihasında bir tek poliça hukukunun meydana getirilmesi mevzuu bahs edildi. Mezkûr layihanın 20 inci maddesi şöyle bir sual ihtiva ediyordu: "provision üzerinde hamilin, muhataba karşı hususî bir hakka sahip olduğunu tanımak gerekmektedir, ?"

Bundan evvel 1885 senesinde Brukselde toplanan "Institut de Droit International," in ruznamesinde yeknasak bir poliça hukuku mes'elesi muharrerdi; fakat provisionun mülkiyeti mes'elesine katiyyen temas edilmemişti. Aynı senede arsiulusal Anvers ticaret kongresi (Congrès international du commerce d'Anvers) ruznamesinde, provision hakkında bir anlaşma esası muharrer olmakla beraber burada da hiç kimse anlaşılamamıştı.

1900 senesinde Rio de Janeiro da tekrar bir kongre akt edildi fakat burada da hiç bir netice elvermedi.

1912 senesinde La Haye de toplanan 2inci konferans meclisine bir yeknasak nizamname (réglement uniforme) takdim edildi. Fakat bu nizamnamenin raportörleri bir anlaşma sahası bulamamışlar ve yukarda ismi geçen nizamnamenin 26 inci maddesinde provision mes'elesinin hariç bırakıldığını beyan ile iktifa etmişlerdi [12].

Bundan sonra Harp ve Mütareke senelerinde bu mes'ele hiç mevzuu bahs olunmamıştı. Şubat 1926 senesinde Brükselde toplanan ticaret odası bu sahadaki iktidarsızlığını ikrar etmek mecburiyetinde kalmıştı; bu kongre komitesi her hangi bir anlaşma projesinin provision mes'elesinin hallini bertaraf etmesi lâzım geldiğini tavsiye etmekte ve fakat keşidecinin iflâsı halinde hamile bazı teminat ve imtiyaz haklarının tanınması muvafık olacağını bir dilek olarak ilâve etmekte idi.

Görülüyor ki hali hazırda ve bugünkü mevzuat arasında bu kadar fark mevcut oldukça bir umumî anlaşma esası bulmaya imkân yoktur.

[12] T. T. K. nun poliçaya mütedayir ahkâmı işbu La Haye projesinden mülhem olmuştur.

Fakat bilhassa amelî sahada çalışanlar cazip ve fakat yalnız ceke münhasır bir çarei hal teklif ettiler; bu da muhtelif memleketler arasında tedavül edecek olan çeklere hususî bir şekil vermek ve gayet basit umumî ahkâma tabi tutmak idi. Fakat hadisat bunun da tatbik edilemeyeceğini gösterdi; çünkü bir Devlet dahilinde keşide olunan çekin muhakkak surette o Devlet dahilinde kalacağı iddia edilemez, hatta böyle olsa dahi ticaret hayatına ve dolayısıyla Devletin ökonomikal faaliyetine bir engel teşkil eder. Binaenaleyh bu tarzı hal de bertaraf edilmeye mahkûm idi.

Nihayet 1917 senesinde Lozanda toplanan "Institut de droit international,"ın komitesine Prof. Lyon-Caen tarafından takdim edilen bir rapor bir çok münakaşalara yol açtı ve biraz ileride zikr edeceğimiz bazı notlarda ittifak husule geldi. Maalesef bu kararlar kâğıtta kalıp amelî ve kanunî sahaya geçmemiştir.

Bu cereyanı bir çok kongreler takip etti. En çok kayda şayan olan Cenevre kongresidir (haziran 1930). Bu kongrede kabul olunan arsi-ulusal kanun projesi bugün Almanyada mer'î 21 haziran 1933 tarihli «Wechselgesetz,,e esas teşkil etmektedir.

Bundan başka Cemiyeti Akvamın bu sahada gösterdiği faaliyet halen müsbet bir neticeye varamamıştır.

**B — Kongrelerde hallolunamayan bu meseleyi Devletler Hususî Hukuku prensiplerine istinaden hal ve fasletmeye çalışanlar oldu.** Burada da muhtelif ve birbirine zıt mütalaalarla karşılaşmaktayız; bununla beraber herkesin bir noktada ittifak etmiş olduğu müşahede edilebilir. Evvelâ bu noktayı, sonra da ayrılık noktasını izah edelim.

1 — İttifak olunan nokta: poliçanın muhtelif cırantalarının bulunduğu memleket kanunu provision üzerine asla tesir etmez. Şöyle ki, poliçanın ihdas olunduğu memleketin kanununa göre provision hamile intikal ediyorsa, bu hamilin poliçayı ikinci bir hamile ciro ettiğini farzedelim; fakat birinci hamilin bulunduğu memleket kanunu provisionun bu suretle intikal edemeyeceği mealinde ise provisionun tekrar keşideciye avdet edeceği veya birinci hamilde kalacağı kabul olunamaz. Çünkü, aşağıda göreceğimiz gibi, provisionun mülkiyeti ya poliçanın ihdas olunduğu veya tediye olunacağı memleketin kanununa tabidir. Bunu izah edeceğiz. Fakat her iki şikta da aradaki hamillerin kanunları nazarı itibara alınmaz. Şayet alınacak olsaydı husule gelecek karışıklık pek büyük olurdu. Evvelki misalimizi tekrar ele alım : keşideci poliçayı birinci hamile vermekle provision üzerin-

deki hakkını kaybetmiş olduğunu farzedelim. Birinci hamil bunu ciro ediyor ve kanunu provisionun poliça sahibine, yani misalimizde ikinci hamile intikal edeceğini kabul ediyorsa, ikinci hamilin provisiona sahip olması icabedecektir. Fakat, yine farzedelim ki ikinci hamilin kanunu bunu kabul etmesin, yani poliçanın provisionu nâkil olmadığını beyan etsin; bu halde ne olacaktır? İkinci hamil provisiona sahip olmuyor, ve provisionun birinci hamilde kalması icabediyor; fakat birinci hamilin de kanunu buna muhaliftir. Binaenaleyh provision - tabir caiz ise - havalarda ve sahipsiz kalacak. Devam edelim. İkinci hamil poliçayı bir üçüncü hamile ciro ediyor ve üçüncü hamilin kanunu da provisionun poliça ile intikal edeceğini kabul ediyor. Fakat burada üçüncü hamilin kanununa muhalif olarak provision intikal etmeyecektir, çünkü ikinci hamilin provision üzerinde hiç bir hakkı olmayıp ancak poliça üzerinde bir mülkiyet hakkı olması itibarile yalnız poliçayı devredebilecektir.

Hülâsa, görülüyor ki, cırantaların kanunları nazarı itibara alınacak olursa poliça gayet garip bir vaziyet arzedecek ve provision tıpkı bir top gibi birinden diğerine atılacaktır.

Ticarette aranılan emniyet, istikrar ve muamelâtın sürati bu kabil vaziyetlerle kabili telif olmadığından ve bu vaziyetin büsbütün mantıksız ve fairesiz bulunmasından dolayı bilumum hukukçular ve muhtelif memleketlerin yüksek mahkemeleri, cırantalar kanunlarının provision üzerinde asla tesir edemeyeceğini müttefiken kabul etmişlerdir.

2 — Fakat muhtelifünfih olan bir nota var. Provisionun intikal edip etmeyeceği hususunu hangi kanun tayin edecektir? Keşidecinin bulunduğu mahal kanunu mu, yoksa tediye olunacak memleketin kanunu mu? Bu husuta serdedilen muhtelif mütalâaları izah edelim:

a — Evvelâ, provisionun vaziyetini tayin edecek olan kanunun poliçanın ihdas olduğu memleket kanunu (*Lex contractus*) olması icabettiğini müdaffa eden nazariyyeyi izah edelim. Diyebiliriz ki bu nazariye ummîmiyetle Alman ve Belçika nazariyelerine muhalif olarak Fransız nazariyesidir.

6 şubat 1900 tarihinde Paris Temyiz Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karardan sonra Fransız içtihadı hep bu yolu takip etmiştir. (Sirey 1900, I. 161) Charles Lyon - Caen mezkûr karar hakkında yapmış olduğu etütde [13], "Institut de droit international,"

[13] Sirey 1900, I. 161 ve müteakip sahifelerdeki not.

Lozan toplantısına takdim ettiği raporda [14] ve "Traité de droit commercial,, eserinde [15] bu nazariyevi şiddetle ve tatminkâr bir surette müdafaa etmiştir.

A. Weiss [16] ve Pillet [17] hep bu nazariyeye tarafdardırlar. Nihaye çek üzerine mühim ve mufassal bir eser yazmış olan J. Bouteron [18] bu nazariyeye taraftar olduğunu sarahaten beyan etmektedir.

Bu nazariyenin bu kadar revaç bulmasının sebebi gayet basittir: İsmi geçen müellifler meseleyi sırf hukukî bir bakımdan mütalâa ederek şöyle bir muhakeme yürütmüşlerdir: Provisionun hamile intikal edip etmemesi mücerret bir akid değil, fakat poliçanın husule getirdiği ve poliçaya çok sıkı bir surette bağlı bulunduğu bir neticedir. Fakat bir aktın husule getirdiği neticelerin o aktın tâbi olduğu ahkâma tâbi olması Devletler Hususî Hukukunun esas prensiplerinden biridir. Çünkü bir aktın inikadı ve mevcudiyeti şartları bir nevi ahkâma ve aynı aktın husule getirdiği neticelerde başka ahkâma tabi tutulacak olursa vaziyet hukukî bir garibe teşkil eder.

Binaenaleyh Devletler Hususî Hukuku prensiplerine göre poliçanın ihdas olunduğu mahal kanunu hem poliçaya hem poliçanın husule getirdiği neticelere, ezcümle provisiona, tatbik olunması lâzımdır.

Bir ikinci mütalaa da şudur: Pillet, provisionu poliçanın bir neticesi gibi değil fakat ona bağlı bir teminat gibi telakki ediyor. Bu itibarla poliçaya terettüp eden hükümlerin teminatına da şamil olması icap edecektir. Binaenaleyh provision bu teminatların en esaslısı olması itibarile ona tatbik edilecek ahkâm aktin in'ikat ettiği, yani poliçanın ihdas olunduğu, mahal kanunudur. Bu kanuna göre provision hamile intikal ediyorsa bil'umum hamiller - kendi kanunları ne olursa olsun - provisiona sahip olacaklardır.

b — İkinci nazariyeye gelelim: burada provisiona tatbik olunacak kanunun, poliçanın tediyeye edileceği memleketin kanunu olması lâzım geldiği iddia ediliyor (Lex solutionis).

Yukarıda da söylediğimiz gibi bu nazariyeye bilhassa bir Alman nazariyesi olup "Institut de droit international,, in Lozan

[14] Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Lausanne 1927

[15] Traité de droit commercial, Cilt 4, S. 944.

[16] Traité élémentaire de droit international privé, 2inci tab. S. 659.

[17] Manuel de droit international privé, Cilt, 2, S. 867 ve mü.

[18] Le chèque, théorique et pratique, S. 556.

toplantısında (1927) kabul olunmuştur. Provision mes'elesinde Alman ilmine en çok tesir etmiş olan Einert'in nazariyyesini yukarıda izah etmiştik. İşbu nazariyyeye müsteniden Lozan toplantısında M. Neumeyer gayet cazip ve bütün ihtilâfları halle yarayacak bir formül teklif etti. Değilmi ki çek ve poliça bir paraya teşbih edilmekte ve para gibi tedavül etmektedir paraya tatbik edilen kaideler poliça ve çeke de tatbik edilmelidir. Tatbik edilmesi lâzım gelen bu kanun hangi kanun olacaktır? Malûmdur ki bir parayı bir Devlete bağlamak için o paranın altın mukabili hangi Devlette olduğunu ve tediyesi hangi Devlet tarafından teahhüt edildiğini tayin etmek lâzımdır. Aynı muhakemeyi yürüterek bir çek veya poliçayı hangi memlekete bağlamak lâzım geldiğini tespit için onun karşılığının, yani provisionun, nerede olduğunu aramak icap eder. Poliçayı da o memleketin bir parası gibi telakki ederek ona mahallî kanunu tatbik edeceğiz. Varesteyi izahtır ki provisionun bulunduğu memleket çekin veya poliçanın tediyesi lâzım gelen memlekettir. Bu suretle provisionun nakli veya ademi nakli bu kanuna göre tayin edilmesi lâzım gelmektedir.

Fikrimizce bu mütalaa gayet zayıftır. Çeki ve poliçayı paraya teşbih etmek ökonomikal bakımdan şayanı kabul olsa bile hukukî prensiplere uygun değildir.

Nihayet Lozan toplantısında Baron Nolde'nin pratik bir mütaleasını zikredelim. Farzedelim ki diyor, Nolde, bir banka aynı günde on kişiye birer çek defteri satmış ve bu kimseler de seyahate çıkarak her geçtikleri memlekette bu banka üzerine bir çek keşide etsinler. Şayet Fransız tezi kabul edilecek olursa banka gayet müşkül vaziyette olacaktır. Çekilmiş olan her çek için çekildiği memleketin kanununu tedkik icap edecek ve bu da bir hayli müşkülâtı dai olacaktır. Şu halde tediyeye olunacak memleket kanununu esas tutmak daha uygun ve mantıkî olmaz mı?

"Lex solutionis prensibi,, Lozan toplantısında kabul edilerek Lyon-Caen'in nazariyesi bu suretle reddedilmişti.

İşte bugüne kadar her memleket hukukçularının kâh müstakil çalışmaları, kâh arası-ulusal teşriki mesailerini yeknasak ve tatminkâr bir neticeye varamadı [19]. Sebebi de, yukarıda arzettiğimiz gibi, muhtelif kanunların ve muhtelif hukuk nazariyelerinin birbirlerine çok aykırı olmasıdır. Fakat tüccarî ihtiyacat ve bilhassa arası-ulusal ti-

[19] Max. Fransson, Les perspectives de l'Unification du Droit de Change depuis 1910, Paris 1930.



caret bu yolda bir anlaşma lüzumunu hergün biraz daha kuvvetle talep etmektedir.

Fikrimizce bu yolda halen yapılabilecek şey peyderpey kanunları tevhid etmek ve model olarak ta 1930 senesinde Cenevrede kabul edilmiş olan projeyi ittihaz etmektir. Bu suretle Alman hükümetinin 1933 senesinde attığı ilk adım devam ettirilmiş olacağı gibi, arısı-ulusal alışverişde de emniyet ve istikrar husule gelecektir. Fakat bu gün bunun hakikatten ne kadar uzak ve elvermesinin ne derece müşkül olduğunu müdrikiz. Ancak Alman vazii kanununun attığı bu ilk adım umutvericidir.

Fakat bugünkü ihtiyaçları karşılayacak olan bu ülkünün ne zaman temamilen tahakkuk edebileceğini kim söyleyebilir?

FERİT H. SAYMEN

İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk Asistanı

