

## KITAP TAHLİLİ

Doç. Dr. Yaşar KARAYALÇIN

SUNGUR, Hasan Hâlis - BORAN, Kâmil : Türk Ticaret Kanunu Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat. I. Ticarî İşletme, İstanbul 1957, s. XXVIII - 954. Ön söz: Prof. Hâzım Atıf KUYUCAK, ,

1 — Yeni Ticaret Kanunu (YTK) yürürlüğe girdikten altı ay sonra yayınlanan ve Kanunun başlangıç maddelerile ticarî işletmeye ait ilk 135 maddesine ait bulunan bu kitap başlıca üç kısma ayrılabilir: Birinci kısımda Türk Ticaret Kanununun bütününe ilgilendiren Hükûmet ve Adliye Komisyonunun gerekçeleri bulunmakta, kanunun ana hatları ve tertibi bahislerinde ise bu gerekçeler hemen aynen tekrar edilmektedir. İkinci kısım 1 - 135 nci maddelere tahsis edilmiştir. Bu kısımda her maddenin metni, ilgili gerekçe metinleri ve mahkeme kararları yer almaktadır. Üçüncü kısım ise ticarî işletmeyle ilgili görülen mevzuata ayrılmıştır.

954 sayfalık kitabın örnek - tip mukaveleler ve fihristlere ait 25 sayfası hariç, geri kalan kısmın 50 sayfası gerekçe ve onun bir nevi tekrardan tahminen 300 sayfası mevzuat metinlerinden, 320 sayfası ise mahkeme kararları metinlerinden ibarettir.

Böylece 135 maddenin şerh kısmı şeklen 250 - 260 sayfa civarında bulunmaktadır.

2 — Avukat H. H. Sungur ve M. K. Boran'ın yayınladığı bu kitap hakkındaki müşahedelerimizi olduğu gibi ifade ve neşretmemizin başlıca üç sebebi vardır: İncelediğimiz kitap bir serinin ilk cildini teşkil etmektedir. Müteakip ciltler ileride yayınlanacaktır. Düşünce ve tenkitlerimizden sayın müelliflerin de kabul ve iştirak edecekleri hususların yeni ciltlerin hazırlanmasında gözönüne alınmak ihtimali ve temennisi ilk sebebi teşkil etmektedir. İkinci sebep Ticaret Hukuku Kürsüsünün bir müntesibi sıfatile YTK. ile ilgili bir kitap hakkında müşahede ve tenkitleri ifade etmenin bir meslek vazifesi olduğu kanaatidir. Her müellif yazdığı kitap hakkında haklı olarak bir aksi seda bekler. Çünkü hiç bir kitap

mutlak bir mükemmeliyete sahip değildir ve bunu herkesten çok şüphe siz en iyi yine müellif bilir. Kitabın plânı, konuları, işleme metodu, çalışma tekniği, ifade edilen görüşler hakkında başkalarının fikirlerini öğrenmek hiç şüphe yok müellifin yetiştirebilmesi ve müstakbel yayınların daha olgunlaşabilmesi için en mühim bir vasıta. Üçüncü sebep ise şudur: Türk hukuk neşriyatında bu kitaplar ayrı bir tip teşkil edecek kadar artma istidadı göstermektedirler. Bu itibarla bu kitap vesilesiyle umumî olarak bu yeni tip kitaplar hakkındaki görüşlerimizi açıklamak ve bu tipe dahil kitapları da ilgilendiren bazı müşterek problemleri de belirtmekte fayda ümit etmekteyiz.

3 — Binbeşyüz maddeyi aşan bir ana kanunun yürürlüğe girmesi üzerine maddelerin altında gerekçenin ilgili kısımlarını ve inahkeme kararlarını ve ilgili diğer mevzuatı ihtiva eden bir kitabın o sahada hususî surette meşgul olmamış hukukçular için büyük faydalar sağlayacağına, hiç olmazsa zamandan büyük tasarruf temin edeceğine şüphe yoktur. Bu bakımdan Avukat H. Sungur ve K. Boran'ın kitabının bir boşluğu doldurduğuna ve bir hizmet ifa ettiğine şüphe yoktur. Biz burada kitabın Türk hukuk literatüründeki yerini ve ticaret hukuku sahasına neler "ilâve" ettiğini ve diğer ne gibi meseleler ortaya çıkardığını inceleyeceğiz.

4 — a) *Kitabın mahiyeti: Kitap bir "şerh" midir?* Kitabın usul adı "Türk Ticaret Kanununun Şerhi"dir. Kitaba bir önsöz yazan Prof. Kuyucak da aynı fikirdedir: "her bahiste kanunun metni gerekçeye, umumi gerekçeye, umumi hükümlere ve diğer kanunlarla münasebetine dayanarak şerh ve izah olunmakta ve pek faydalı tahliller yapılmaktadır" (s. V.).

Kitabın 250 - 260 sayfa tutan "şerh" kısmını esas itibarile hükümet ve komisyon gerekçelerinin ilgili maddelere ait paragrafları teşkil etmektedir. Bundan başka bazan Ticaret ve Borçlar Kanunlarıyla diğer kanunların o maddeyle ilgili kısımları da aynen veya mealen tekrar edilmekte, bazı meşum ve müesseselerin izahı için başka müelliflerin kitaplarından umumiyetle bir kaç sayfa tutan uzun iktibaslar yapılmaktadır. (Meselâ Hirş s. 74 - 75, 250 - 252, 477 - 479, 481 - 485). (Bu nevi iktibasların fikir ve sanat eserleri hukuku muvacehesindeki durumu ileride ayrıca incelenecektir). Kefalet, teselsül, faiz, iflâs - konkordato, mücbir sebep, temerrüt, cezaî şart ve satış gibi müesseseler hakkında ise ticaret hukuku kadrosunu aşan mufassal izahlar yani iktibaslar yer al-

maktadır. Bu iktibasların büyük bir kısmı H. Sungur'un "Borçlar Kanununun Tatbikati" adlı ve aynı metoda göre yazılmış kitabından alınmıştır.

Kitabın "şerh" adı verilen sayfalarında bu gerekçe, metin ve fikir iktibaslarından başka ne vardır? Diyebiliriz ki, 250 - 260 sayfalık bu kısımda müelliflere ait olduğu intibahı uyandıran sayfalar 8 - 10 u bile bulmamaktadır. Bunlar içinde de müelliflerin kanun, maddeler ve bunların diğer kanun ve maddelerle münasebetini tahlili ve tenkidî bir şekilde gösteren, hüküm ve gerekçelerdeki fikirler hakkında şahsî görüş ve mütalâaları ve kıymet hükümlerini ihtiva eden pasajları bulmak mümkün olamamıştır. Müelliflere ait izahları, açıklamaları, tahlil, tenkit ve tasnifleri, şahsî görüş ve fikirlerle kıymet hükümlerini ihtiva etmeyen bir kitabı kanaatimizce "şerh" olarak tavsif etmek yerinde değildir. Kitap esas itibarıyla kanun, gerekçe, neşredilmiş içtihat ve fikirlerin bir toplama ve tasnifinden ibarettir, başka bir deyimle bir derleme (compilation) dir. Bununla müelliflerin kitabın hazırlanmasında ve yayınlanmasındaki emeklerini küçümsemek istemiyoruz. Sadece kitabın bir şerh olmadığını, Prof. Kuyucak'ın görüşüne iştirak etmiyerek (s. VI) bu kitapla Türk Ticaret Hukukuna bir "ilâve" de bulunulmamış olduğunu ifade etmek istiyoruz. Kitabın mahiyeti icabı, yazarların mesaisinde yaratıcı bir fikri mesai, bir fikri istihsal mevcut değildir ve emekler sadece toplama, tasnif etme ve bastırma gibi daha ziyade fikri istihsale yardımcı bir sahaya inhisar etmiştir.

5 — b) *Mahkeme kararları* : Mahkeme kararlarının tatbikatta bilhassa avukatlar için ne kadar ehemmiyet taşıdığı malûmdur. Bunların tasnif edilmiş bir şekilde, toplu olarak bir araya getirilmiş olması şüphesiz faydalı bir hizmet olmuştur. ETK. zamanında yayınlanmış olan başlıca içtihat kitaplarından (Hırş, Anç, Delioğlu) sonra neşredilmiş olan bazı kararları da ihtiva ettiği için bu toplama daha da istifadeli bir hal almıştır.

Yeni bir kanun yürürlüğe girdikten sonra eski kanun zamanındaki mahkeme kararlarının yeni kanunun uygulanacağı hallerde ne nisbette emsâl olarak kabul edilebileceği son derece nazik bir meseledir. Her halde bu hususta bir neticeye varabilmek için kararın kanunî mesnedinin yeni kanunla değişip değişmediğini etraflıca incelemek gerekir. Yazarların önsözde belirttiklerine göre onbinlerce kararlardan "yeni kanun hükümlerine uygun olanları ilgili maddelerin izahları altına konulmuş-

tur" (s. VII). Böylece kitapta yer alan 1443 kararın yeni kanun hükümlerine uygunluğu yazarlar tarafından tekeffül edilmiş bulunmaktadır.

Böyle bir tekeffül şüphe yok çok iddialı ve tehlikelidir. Kitabın tetkiki sırasında rastladığımız bazı kararların yeni kanuna uygunluğu bir hayli şüphelidir. (Meselâ asliye hukuk ve ticaret mahkemeleri arasında vazife ayrılığının değil, sadece işbölümünün mevcut olduğu kabul edildikten sonra (m. 5) bir ihtilâfın asliye hukuk veya ticaret mahkemesinde halledileceğine dair anlaşmanın muteber olduğu haklı olarak kabul edilebilir (219 sayılı karara bak.). Hususi şirketten mütevellit bir alacağın tahsili dâvası ETK. zamanında olduğu gibi her zaman ticarî bir dâva sayılamaz. Böyle bir dâva ancak TK. 4'deki unsurları haiz olduğu takdirde ticarî dâva mahiyetini haiz olabilir (235 sayılı karara bak.). Ticarî akıtlarda feshin mahkeme kararı ile tekemmül edeceğini kabul eden ETK. 662 YTK. na alınmadığı için bu yoldaki bir mahkeme kararının da YTK. için hiç bir ehemmiyeti kalmamıştır (No: 798). Aynı şekilde ticarî karzla ilgili ipotekten doğan ihtilâfın ticarî dâva olması da bahis mevzuu değildir (No: 947'ye bak). Zira ticarî karz müessesesi YTK. nda mevcut değildir. Ticarî rehinde rehin mukavelesinin notere tasdik ettirilmesi keyfiyetile ilgili ETK. 759, YTK. na alınmadığı için 108 sayılı kararın da bir mânası ve faydası kalmamıştır.).

Kitapta mahkeme kararları ile ilgili ikinci mühim mesele *yanlış bir metodun* hemen bütün mahkeme kararlarına tatbik edilerek ETK. zamanında verilmiş mahkeme kararlarında zikredilen ve şüphesiz ETK. na ait bulunan madde numaralarının - ETK. na ait maddeler tamamen çıkartılarak - YTK. na tekabül ettiği kabul edilen maddelerle değiştirilmiş olmasıdır. Böylece meselâ kitapta 1935 veya 1940 tarihli kararlarda YTK. nun maddelerine istinad edildiğini hayretler içinde görmek mümkündür.

Kazai kararların çoğaltılması, yayılması Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 31'e göre serbesttir. Ancak resmî metinlerde değişiklikler yapmaya ve bunları o şekilde neşretmeye kimsenin hakkı olmaması gerekir. Fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından durum ilerde ayrıca incelenecektir. Burada sadece şu hususu belirtmek istiyoruz: Böyle bir şahsi (ve keyfi) müdahalenin yapıldığını gören okuyucunun neşredilen kararlara ve hattâ kitaptaki diğer metinlere karşı *güveni* haklı olarak sarsılmış olur. Kitaptaki bu tahvil hatası ve merakı yalnız mahkeme kararlarına münhasır kalmamış, gerekçeye de sirayet etmiştir. S. 298'deki "5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları, Esnaf Odaları ve Borsalar Ka-

nununun birinci maddesi hükmü, esnaf ile küçük tacir arasındaki farkı kaldırmıştır” cümlesi Hükümet gerekçesi s. 15 den 4355 sayılı kanun yerine yeni kanun numarası konmak ve kanunun eski ismi ise aynen bırakılmak suretile alınmıştır!. Fakat ne var ki, ne yeni 5590 sayılı kanunun 1. inci maddesi esnaf ve küçük tacirle ilgilidir, ne de 5590 sayılı kanunun adı orada yazılı olduğu gibidir. (“Bunun doğrusu da kitabın 854 üncü sayfasında yazılı bulunmaktadır”). Bunlar ciddi çalışmalarda titizliğin ne kadar mühim, otomatik ve kontrolsüz tahvillerin ise ne derece tehlikeli olduğunu gösteren açık misâllerdir.

ETK. zamanında verilmiş mahkeme kararlarında YTK. maddelerinin bulunması yanıltıcı ve bazan çok garip durumların ortaya çıkmasına da sebep olmaktadır. Meselâ No.: 8 deki kararda TK. 1 e yapılan atıf yerinde değildir. No: 8 de TK. 12, 13 e yapılan atıf da isabetli değildir. Zira bu maddeler ticarî işle değil, ticarethanenin... tarif ve tavsiye ile ilgili bulunmaktadır. TK. 4 ile rehni ticarî ve akdân noterlikçe tasdik arasında bir münasebet bulmaya imkân yoktur (No.: 108). No.: 561’ deki kararın ilk paragrafı yanılmıyorsa mahkemeye değil, müelliflere aittir. No: 947 de TK. 21 in zikredilmesi de kanaatımızca hatâdır. Çünkü YTK. iş bölümü (vazife) meselesinde fer’î ticarî muameleleri doğrudan doğruya ticarî dâva saymamıştır. 1038 sayılı kararda ise hem (yeni) TK. 25 ve 4, hem de eski TK. 718 zikredilmektedir.

Çeşitli mahzurların bertaraf edilmesi için bu konuda takip edilecek en uygun yol kanaatımızca karar metinlerini aynen yazmak ve ETK. na ait bir maddenin YTK. nundaki muadilini göstermek arzu ediliyorsa bu da parantez içinde göstermektir. {TK. 25 (ETK. 718) gibi}. Ayrıca durumun açıkça önsözde veya münasip bir yerde okuyuculara izah edilmesi de gerekir.

Mahkeme kararlarıyla ilgili üçüncü müşahedemiz kararların nereden iktibas edildiğinin zikredilmemesidir. Bu cihet hem vüsuk ve kontrol bakımından lüzumlu, hem de dokümantasyon bakımından faydalıdır. Bu konunun fikir ve sanat eserleri hukukile ilgili tarafına aşağıda ayrıca temas edilecektir.

6 — c) *Fikir eserleri hukukile ilgili meseleler* : Kitabın iç kapağının arka sayfasında “.. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine tevfikân her türlü hukuku mahfuz ve müelliflere aittir” kaydı görülmektedir. Başlıca kanun, neşredilmiş mahkeme kararları ve doktrin iktibaslarından teşekkül etmiş bir kitapta böyle sarîh bir kaydın lüzum ve faydasını izah etmek güçtür.

Kitapta fikir eserleri hukuku ile ilgili meseleler şunlardır:

a) 5846 sayılı Kanunun 35. inci maddesine göre “.. bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması caizdir”. (N. 1). İktibasın caiz olduğu hallerde iktibas yapılan eser, eser sahibinin ve alındığı yerin (yani cilt ve sayfalarının) gösterilmesi mecburidir (m. 35, f 2, müeyyide: m: 67 f. 3, 71 N. 4). Bu iktibas serbestisinin hududu aşılmca seçme ve toplama eserler çerçevesi içine girilmiş olur. Bu gibi hallerde bir “işleme” bahis mevzuu olacağından (m. 6 N. 7) kaynak zikretmek kâfi olmayıp eser sahibinin açık müsaadesini de almış olmak gerekir. Zira bir eserden onu işlemek suretile faydalanmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir. (M. 22).

İktibas bakımından iki hususu birbirinden ayırmak lâzımdır: Bir ilim kolunun müşterek mameleki haline gelmiş fikirlere yerli ve yabancı hemen her kitapta rastlanır. Bu gibi fikirleri bir kitapta tekrar ederken kaynak zikretmeye lüzum yoktur. Hattâ malûm ve müşterek sayılan ve faydalanılan eserin yazarna has olmayan fikirler dolayısıyla bir yazara yapılan atıf, atıf yapanın konuya tamamen hâkim olmadığını gösterir. Bir yazara ait olan fikrin ise kaynak gösterilmeden aynen veya değişik ifadelerle iktibası intihaldir.

Bir şahıs kaynak göstermek suretile başka bir şahsın eserinden ne nisbette faydalanabilir? Kanun ancak “bazı cümle ve fıkraların” alınmasını caiz görmektedir. Bir eserden birkaç sayfayı aynen veya mealen almak ve hele bu şekilde iktibas bir kitapta mutad hale getirmek, kanaatimizce, iktibas serbestisi hududunu açıkça aşmaktır. Çünkü bu suretle yazarn kendi fikirleri değil, başkalarının eserlerinden yapılan blok hâlindeki iktibaslar kitabın havasına hâkim olur. O zaman kitabı yazan, hakikatte, kitapta adı görünen şahıs değil, eserlerinden iktibaslar yapılmış olan müelliflerdir.

Bu vesileyle şunu da ilâve etmek isteriz ki, kendi fikri mesaisi olmadan, başkalarının fikri mesailerile yeni kitaplar neşretmek hukuk yayınlarında çoğalma temayülü göstermektedir. Bu gibi eserler dolayısıyla ilerde izinsiz işleme ve caiz olmayan iktibas sebebiyle 5846 sayılı kanuna istinad eden ihtilâfların çıkmasına intizar edilebilir.

b) Mevzuat ve içtihatların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya herhangi bir surette bunlardan faydalanma serbesttir (m. 31). 5846 sayılı kanun umumî menfaat mülâhazasıyla bu esası kabul ederken mevzuat ve mahkeme kararları metinlerinin değiştirilmeden, aynen neşredil-

mesi gerekeceği hakkında ayrı bir hüküm ilâve etmemiştir. Ancak böyle bir hükmün mevcut olmaması şüphesiz bunun caiz olduğunu göstermez. Mevzuat ve içtihatları yayanlar için metinleri değiştirmemek hem devlete, hem de okuyuculara karşı manevi bir vecibedir. Dergilerde veya kitaplarda hususî şahıslar tarafından yayınlanan bazı mahkeme kararları üzerinde ilgililerin vüsur bakımından tereddüde düştükleri görülmektedir. Şayın H. Sungur ve K. Boran'ın kitabı vesilesile temas ettiğimiz bu müşterek meseleleri zamanın halletmesini temenni ederiz. Aksi halde yeni kanunî müdahalelere lüzum hasıl olacağı kanaatindeyiz.

c') Yine bu vesileyle 5846 sayılı kanunda tanzim edilmemiş, fakat eser sahipliğinin manevî hakkı olarak bütün ilgililerce saygı gösterilmesi gereken bir hususu da belirtmek isteriz. İçtihat kitaplarında iki çeşit kararlar yer almaktadır: Resmen neşredilmiş kararlar - hususî surette temin edilmiş kararlar. İkinci gruba giren kararlar bazan mahkeme arşivleri taranmak suretile büyük emekler neticesinde elde edilmiştir. (Meselâ Ş. Anç ve S. Okay'ın kitaplarındaki kararların bir kısmı gibi). Bir karar ilk defa neşreden kimsenin o karar üzerinde fikrî bir hakkı olmamakla beraber, kararın başka bir şahıs tarafından ictibaş yolu ile neşri halinde, hiç olmazsa ilk neşreden isminin ve kitabının... zikredilmesini fikir ve yazı hayatımızın bir teamülü haline getirmek lâzımdır. Bu şekilde kaynak zikretmenin ayrıca vüsur ve dokümantasyon bakımından da büyük faydaları vardır. Fakat herşeyden evvel bu suretle orijinal bir fikrî mesai manen kıymetlendirilmiş ve mükâfatlandırılmış olacaktır.

7 — *Kitabın takdimi* : Kitap okuyuculara İstanbul İktisat Fakültesi Profesörlerinden sayın Hâzım Atif Kuyucak tarafından bir Ön Söz ile takdim edilmiştir. Ticaret hukuku sahasında değerli bir el kitabı da yazmış ve ticaret hukukunu okutmuş olan Prof. Kuyucak kitap hakkında şu kıymet hükümlerini vermektedir: “.. her bahiste kanunun metni.. şerh ve izah olunmakta ve pek faydalı tahliller yapılmaktadır” (s. V.). “.. Meriyet Kanununun gerekçesi ve metni verilmekle beraber şerh ve izahı da yapılmakta..dır”. “.. bu kıymetli eserle Avukat H. Sungur ve K. Boran hukuk kütüphanemize çok kıymetli bir ilâvede bulunmuştur” (s. VI).

Kitabın bir derleme olarak esas itibarile faydalı olduğunu daha evvel ifade etmiştik (No. 4, 5). Fakat takdim yazısında ileri sürülen fikirler bakımından kitap hakkındaki tetkik ve tahlillerimizi iki cümlede izah etmek mümkündür: 1 — Kitap bir “şerh” değildir. 2 — Kitapla ticaret hukuku sahasına herhangi bir ilâvede (contribution) bulunulmamıştır.

Bu aykırı görüşler hakkındaki hükmü meslekdaşlarımıza ıhırkırken kitap takdimlerinin sarîh veya zımnî, manevî, mesleki bir tekeffülü de tazammun ettiğini ayrıca belirtmek isteriz.