

TİCARET HUKUKU İLMİ [*]

I. Nazariyeler - II. Tenkit - III. Kendi nazariyem - IV. Türk Ticaret Kanunu - V. Kanunu Medeninin 1 ve 2 inci kitaplarında mevadî ticariye.

IV.

Şimdiye kadar yapılan nazari ve mukayeseli tetkikat ve bu tetkikattan çıkarılan netice, bize, ticaret hukukunda bir istikamet ve kıstas verebiliyorsa, ancak bu taktirde bir ehemmiyeti haiz olabilir. Her yeni tetkikat ve bilgi dahilî bir kıymeti ihtiva etmekle beraber asıl tesiri tatbikatta haiz olduğu kıymete bağlıdır. Tatbikattaki kıymetten sarfı nazar edilse bile, bugüne kadar halledilmeyen ve karanlık kalan meseleler yeni teorinin yardımı ile hallediliyorsa, ancak bu halde teoriye bir kıymet atfedilebilir. Bu esas göz önünde tutularak ve bu nazariyeyi şimdiye kadar temas edilmeyen Türk ticaret hukukuna tatbik ile, bisce kabul edilen faidelerinin isbatına çalışılacaktır.

Türk Ticaret kanununun birinci maddesi, kavanini ticariye ahkâmı bilcümle mevadî ticariye hakkında caridir, der. Hâkime hitap eden bu normun kendine mahsus bir manası var gibi görünür. Zira vazii kanunun kanaatine göre, kavanini ticariye ahkâmı, mevadî ticariyeden madut olan vakalara tatbik olunur. Normların isdarında gaye budur.

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

Bu mülâhazaya rağmen pek basit görünen şu maddenin ticaret hukukundaki ehemmiyeti büyüktür. Birçok şüpheli ve münakaşeli meselelerin halli bu maddenin doğru tefsirine bağlıdır⁵⁵⁾. Türk kanunlarında "mevadı ticariye,, ve "kavanini ticariye ahkâmını,, tayin eden hükümlere tesadüf edilmediği gibi, bu tabirler altında neyin anlaşılması lâzım geleceği kanun tarafından tarif edilmediğinden, bu maddenin tefsiri müşkülât arzedecektir. Metinde bilhassa "kavanini ticariye ahkâmı,, tabirinin tercih edilmiş olması nazarı dikkati celbeder. Vazii kanun "ticaret kanunu,, "ticaret kanunları,, veya kanunu medeninin birinci maddesinde olduğu gibi yalnızca "kanun,, kelimelerini kullanmaktan çekinmiş ve bunların yerine kavanini ticariye ahkâmı tabirini istimal etmeği daha muvafık bulmuştur. "Kavanini ticariye ahkâmı,, tabirinin ifade ettiği mana ile "ticaret kanunları,, tabirinin ifade ettiği mana bir tutulamaz. Zira, farzı muhal olarak her iki tabirin ifade ettiği manayı bir tutacak ve birbirine müsavi addedecek olursak, hiç bir mana çıkmaz. Çünkü bir tek Ticaret Kanunu vardır. Vakıa bu kanun iki kitaba ayrılmıştır⁵⁷⁾. Fakat her iki kitap bir kül teşkil etmektedir. Diğer taraftan "kavanini ticariye ahkâmı,, tabirinin sarahaten istimal edilmiş olması, bu tabirin nev'en ticarî mahiyette veya muhtevası ticarî olan bütün kaideleri altında topladığına delalet eder.

Kanun vaziiinin kanatine göre, mevadı ticariyeden madut olan bir vakıaya taallûk etmesi itibarile adî mesailden ayrı olarak hususî bir muameleye tâbi tutulan her normun muhtevası ticaridir⁵⁸⁾. Fakat bir vakıanın mevadı ticariyeye taallûk ettiği hangi farikalardan anlaşılacaktır? Bu suale karşı şu ceyap verilmektedir: Ticaret Kanununda veya hususî ticaret kanunlarında ayrı bir şekilde tanzim edilen her vakıa mesail veya mevadı

55) Bütün bu meseleler Kanunu Medenî ile Borçlar Kanununun Ticaret kanunile kısmen tezat halinde bulunmasından doğmaktadır. Aynı günde mevkii mer'iyete giren bu iki kanun grubu ne metod ne de lisan bakımından birbirine uydurulmuş değildir. Ticaret Kanununun bir çok maddeleri, aynı kaideler Kanunu Medenî ve Borçlar Kanununda bulunduğundan, lüzumsuz bir hale gelmektedir. Mevzubahs normlar, mevadı ticariye için mevzu hususî normlar mahiyetinde olmadığından, bilâkis mesaili adiyeye tatbik edilen umumi kaideler mahiyetinde olduğundan, bunların yeri Ticaret Kanunu değildir.

57) Yukarıda 3 numaralı ranvuaya bakınız.

58) Kanun aynı manada, mesaili ticariye tabirini istimal etmektedir.
T. K. m. 2.

ticariyeden maduddur. Bu cevabı mantıkî bir şekilde tetkik edecek olursak bir dairei faside içinde dolaşdığımızı anlarız. Ticaret hukuku normu mevadî ticariye mefhumu ile izah ediliyorsa bu halde mevadî ticariye mefhumu ticaret hukuku normu ile izah edilemez⁵⁹⁾. Karşılıklı olarak iki mefhumun birbirlerini izah etmesi kabil değildir. Yeni ve üçüncü bir mefhumun ilâvesine ihtiyaç vardır. Hakikatte mutad olan bu cevap ile, vazii kanunun kanaatine göre, ticaret kanunu namı altında isdar ettiği hususî kanunda veya bu kanunun tatbiki ve itmamı için vazettiği zeyl kanun ve nizamnamelerde tanzim olunan bütün vakıaların mevadî ticariyeden madut olduğu ifade edilmek isteniyor⁶⁰⁾. Fakat bu suretle yapılan bir tavsif ile de bir şey kazanılmış olmuyor⁶¹⁾. Zira bir normun muayyen bir kanunda bulunması o normun mahiyeti için bir kıstas teşkil edemez.. Bir çok hallerde, haricî ve tesadüfî tesirler o normun, şu veya bu kanuna ithalini icab ettirmiş olabilir. Bir normun muayyen bir kanunda bulunması o normun mahiyetini tayin etmez, yani medenî veya ticaret kanununda bulunan bir normun mahiyet bakımından da mutlaka adî veya ticarî olması lâzım gelmez. Bazan ticaret kanununda bulunan bir norm adî mahiyette olabildiği gibi medenî kanununda bulunan bir norm ticarî mahiyette olabilir⁶²⁾. Diğer taraftan vazii kanunun " muayyen bir ticaret kanununda „ bir araya getirdiği bütün vakıaları, hangi mülâhazalardan hareket ederek ticarî addettiği ve dolayısıyla hususî normlara tâbi tuttuğu, malûm değildir. Şayet bu soru aydınlatılması isteniyorsa, bu taktirde Ticaret Kanununun ihtiva ettiği

59) Vasfi Raşit Seviğ de aynı neticeye varmıştır.

Ticaret kanunu şerhi : C. I. S. 160.

Ders kitabımdaki izahat ile mukayese ediniz. Türk Ticaret Kanununun esaslarına göre ticaret hukuku : Yazan Ernst. E. Hirsch, Türkçeye çeviren : Galip Mustafa Gültekin.

60) Vasfi Raşit Seviğ : C. I. S. 161—164.

Kitabımın birinci cildi sahife 16—23.

61) Murabaha Nizamnamesinin bugünkü ehemmiyeti hakkında, Devletçilik ve Ticaret Hukuku namındaki konferansımın 22 numaralı ranvuasına bakınız. (Adliye ceridesi 1936. sayı 16).

62) Bu kaide, Kanun Medenî ile Borçlar Kanununun bir çok hükümlerine uyan normları için de caridir.

Yukarıda 55 numaralı ranvuayı ve V. ve VI da verilen izahatı tetkik ediniz.

muhtelif vakıaları tahlil ederek ve bu tahlile istinaden mevadî ticariye için esas olabilecek kıstası bulmaktan başka çare yoktur. Başka bir yerde Türk ticaret hukuku için zarurî olan bu tahlili yaparak şu neticeye vardım: *Mücerret veya müşahhas bir şekilde bilvasıta veya bilâvasıta ticarî işletme mefhumuna nisbet edilebilen her vakta türk ticaret hukukunun kabul ettiği manada mevadî ticariyedir* ⁶³⁾.

Bu iddiam Türk müellifleri tarafından da kabul edilmiştir. Bilhassa Vasfi Raşit Seviğ şerhinde noktâi nazarımı tasvip ile fikrime yaklaşmıştır ⁶⁴⁾. Fakat Ticaret Kanununun hükümlerini tahlil etmek de kâfi değildir. Bundan başka, kanunların isimlerine bakmaksızın, Türk hukukunda bulunan diğer kaidelerin mevadî ticariye mefhumu altına girip girmedikleri de tahkik olunmalıdır.

Bir normun ticarî mahiyeti o norm için istimal olunan tabirlerden veya o normun tefsirinden istihraç olunur. İsviçre hukukunun tavsifinde büyük ve esaslı bir ehemmiyeti olan bu noktâi nazar ⁶⁵⁾ şimdiye kadar nedense Türkiyede nazarı dikkate alın-

⁶³⁾ Kitabımın I ci cildinde 22—25 numaralara bakınız.

⁶⁴⁾ Loc. cit I, 102 ve m. , 286 ve m. II. 372 ve m.

⁶⁵⁾ Ekseriyetle, İsviçrenin hususî bir ticaret hukukuna malik olmadığı kanaati beslenmektedir. Bu kanaat doğru değildir. Vakıta İsviçrenin hususî bir Ticaret Kanunu yoktur. Fakat İsviçre, Kontinental hukuk muhitine dahil olan diğer devletler gibi, ayrı bir ilim şubesi halinde tetkik edilen ve tatbikatta ayrı bir norm sahası şeklinde nazara alınan hususî bir ticaret hukukuna maliktir. Wieland, loc. cit. 40, bu hususa dair aşağıdaki izahatı vermektedir :

“Ticaret Hukuku ile Borçlar Hukukunun aynı kanunda birleştirilmiş olması, Kanun Medenî de ticaret hukuku mahiyetindeki telâkkilere geniş bir saba açmış ve bundan ötürü İsviçre Borçlar Kanununu diğer kanunlar arasında hususî bir mevki ittihaz etmiştir. Bunun sebepleri, kısmen İsviçre Kantonlarının tevhitinden evvelki hukukî durumunda, kısmen de, kanun ihzarının liberalist, muamelâtı hukukiye sahasında tezatları telife mütemayil cereyanların en yüksek devrelerine tesadüf etmiş bulunmasında, bilhassa ilk kanun projelerinin bu cereyanlar tesiri altında kalmış olmasında aranmalıdır. Meslekten olmıyan kimselerden müteşekkil mahkemelerile, İsviçre münasebatı bakımından, ne Fransız ve ne de eski Alman Ticaret Kanununun ticaret hukukunu medeni hukuktan tefrik eden şayanı kabul esasları ihtiva etmemesi, kanaatlar üzerine kat'î tesir icra etmiştir.

Buna rağmen hususî bir ticaret hukukuna aleyhtar olanlar, İsviçre hukukunu bir nümune ittihaz ediyorlarsa, ticaret hukuku ile medenî hukuk arasındaki ihtilâfın, Fransız Ticaret Kanunundan daha geniş bir miqyasta telif edilemediğini ve telifin isabetli bir hal çaresi olarak kabul edilemeyeceğini, gözden kaçırıyorlar.

Bey'î ticarî, komisyon, nakliyat mukavelesi gibi ticaret hukuku mahi-

mamıştır. Bu cihet Ticaret Kanununun 2 ci maddesinin tefsirini yanlış istikametlere sevkettiğinden bir kat daha ehemmiyet kesbetmiştir ⁶⁶⁾. Mahkemeler, Ticaret Kanununun 2 inci maddesinin son cümlesinde istimal olunan ahkâmı medeniye tabirini, Kanunu Medenî ve Borçlar Kanunu kastediliyormuş gibi tefsir etmektedirler. Bu tarzda yapılan bir tefsir gerek kanunun lâfzına ve gerekse ruhuna muhaliftir. Vazii kanun ticaret kanunu ile medenî kanununu birbirine karşı koymuş değildir. Maksudı : ticarî hükümleri ahkâmı medeniye ile, mevadî ticariyeyi adî mevad ile karşılaştırmaktır. Mevzuubahis olan normların mahiyetindeki tezaddır. Vazii kanun bir normu tesadüfen bir kanuna vazetmekle bu normun mahiyetini tayin ve tesbit etmek istemiş değildir. Bundan ötürü istimal edilen tabirlere veya bu tabirlerin tefsirine göre bütün kanun ve nizamnamelerdeki hükümlerin mevadî ticariye bakımından hususî bir nizamı ihtiva edip etmediklerini tetkike mecburuz. Bu tarzda yapılacak tetkikat yukarıdaki tefsire de uygun gelmektedir.

Aşağıdaki izahat bu tarzı tetkike bir başlangıç teşkil edecektir.

Kanunu Medenî ile Borçlar kanununda, vazii kanunun sarahaten ticarî olarak tavsif ettiği veya mahiyeti ticariyeleri tefsir yolile sabit olan vakıalara dair normların mevcut olup olmadığı araştırılacak ve bu meyanda, yukarıda, nazari bir şekilde ileri sürülen ve Türk ticaret hukukunun tahlili ile doğru olduğu anlaşılan noktai nazarım, yani ticarî işletmenin ticaret hukukunun ana mefhum olduğuna dair iddiam, muzaaf bir kontrole tâbi tutulacaktır:

Bir hükmün ticarî mahiyeti o hükmün ifadesine na-

tindeki muamelâtn ticarileştirilmesi ve umumileştirilmesi ve meselâ, mebiin derhal muayenesi ve ayıbın ihbarı gibi oldukça sert olan ticaret hukuku kaidelerinin medenî muamelâta nakli, İsviçrede de haklı ve şiddetli tenkitlere maruz kalmıştır. Nakliyat mukavelesi ve komisyon gibi ticaret hukuku mahiyetinde olan bir çok mukavelelerde san'atî mutade şartının aranması, bu gibi mukavelelerin ekseriyetle muamelâtı ticariyeyi san'atî mutade ittihaz eden kimseler tarafından yapılmasından ötürü, büyük bir ehemmiyeti haiz değildir..

⁶⁶⁾ T. K. m. 2 : Mesaili ticariye kanunen muteber mukavelâtn ve böyle bir mukavele bulunmadığı halde kavanini ticariyenin sarahat veya delâletile halledilir. Bunlarla halledilemediği takdirde âdatî ticariye mabihittatbik ittihaz ve âdatî mahalliye veya mahsusa âdatî umumiyeye tercih olunur. Âdet dahi mevcut değil ise ahkâmı medeniye tatbik edilir.

zaran açıkca tesbit edilebiliyorsa, nazariyemin doğruluğunu isbat edip etmediği araştırılacak, mahiyeti ticariyesi tesbit edilemiyorsa bu taktirde nazariyemle bir hal çaresi bulmak kabil olup olmadığı tetkik olunacaktır.

V.

1. Kanunu medeninin 19 cu maddesi, bir kimsenin aynı zamanda birden ziyade ikametgâhı olamayacağını söyledikten sonra 2 nci fıkrada bu hükmün ticarî ve sınaî müesseseler hakkında carî olamayacağını ilâve etmektedir.

Burada, metnin de açıkca ifade ettiği veçhile, umumî ikametgâh kaidelerinden ayrı ve hususî bir norma ihtiyaç gösteren ticarî bir vakıa mevcuttur. İkametgâh, şahsî ve ticarî münasebetlerin mahallî merkezi olarak, bir çok hukuk münasebetlerinin irtibat noktasıdır. [Meselâ: ifa mahallî, salâhiyetli mahkeme, tatbik edilecek ecnebi veya millî kanun] Mahallî merkezin kanunen tesbiti hukukî emniyet mülâhazalarına istinat ettiği gibi diğer taraftan fertlerin ve âmmenin menfaatini de nazara alır. Fakat bir kimsenin birden ziyade ikametgâhı olmayacağı kaidesi ticarî muamelelerde tatbik edilemez. Bir çok iktisadî teşebbüsler müteaddit şubelere maliktir. Bu şubeler kendilerine hasredilen ve birbirine tâbi olmaları ticarî muhitlerde, mahallî merkez halindedir. Bu gibi şubelerin faaliyetlerinin bir tek mahalde merkezileştirilmesi ne teşebbüsün ve ne de âmmenin menfaati dahilindedir. Bunun için, bu gibi hallerde kanun tarafından ademi merkezîyet prensipi sarahaten kabul olunmuştur. Tatbikatta ademi merkezîyet prensibi, müteaddit ticarethanelerden birinin merkez ittihazi, diğerlerinin ise şube olarak kabulü şeklinde tezahur eder. Menfaatler haline göre hukukî rabıta olarak doğrudan doğruya merkez veya şubelerden biri istimal olunur. Kanun vazileri menfaatleri maksada uygun bir şekilde takdir ederek hüküm sevk etmek mecburiyetindedirler. Hukuk Usulü Muhakemelerinin 17 inci maddesi bu meyanda iyi bir misal teşkil eder. Hakikî veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde, o şubenin muamelelerinden dolayı davaları

şubenin bulunduğu mahalde dahi ikame olunabilir. İcra İflâs Kanununun 50 inci maddesi mucibince aynı kaide cebri icra tedbirleri için tatbik edilir, yalnız iflâs, müessesenin heyeti umumiyesine şamil olduğundan, burada da ademi merkezîyet prensibini tatbik etmek manasız olur. Onun için iflâs yolile takipte salâhiyetli merci borclunun merkezî muamelâtının bulunduğu mahaldeki mahkemedir [Madde 154]. Diğer taraftan muhtelif şubelere malik olan bir şirketin azaları ile olan ihtilâflarında salâhiyetli merci merkezin bulunduğu mahal mahkemesidir. Aynı zamanda merkezin bulunduğu mahalde câri olan hukuk bu şirketin mahiyet ve tabiiyetini de tayin eder.

Ancak, Kanunu Medenînin 19 ve Usul Hukuk Muhakemeleri kanununun 17 inci maddesile iktisadî müesseselere sarahaten verilen bu imkân sayesinde ki Ticaret Kanununun şubelere dair hükümleri bir mana ifade eder. [Misal olarak şubelerin unvanı ticareti hakkında T. Kanununun 45 ci, temsil salâhiyetinin bir şube işlerine hasrı hususunda Borclar kanununun 451 ve yine Ticaret Kanununun 87, 89, 94 üncü maddelerine bakınız.] Bu kaidelerin tatbiki için gerek merkezin ve gerekse şubelerin mahallen salâhiyetli olan ticaret siciline tescili şarttır. Kanunu ihzar eden komisyonun hatası yüzünden kanunun 149 uncu maddesinde bu kaide yalnız kollektif şirket için vazedilmiş ise de kıyas yolile bütün şirket tiplerine ve tüccarlara teşmil olunmalıdır ⁶⁷⁾. Merkezin bulunduğu mahaldeki ticaret siciline kaydolunan bilûmum hususat şubenin tâbi bulunduğu ticaret siciline kaydolunmalıdır. Bundan maada şubenin bağlı bulunduğu ticaret siciline, yalnız o şube için bir kıymeti olan muamelelerin de tescili icab eder. [Meselâ : Ticaret Kanununun 45 inci maddesi mucibince unvanı ticarete bir ilâve icrası Borclar kanununun 451 inci maddesi mucibince bir şubeye tahdit edilen temsil salâhiyeti].

2 — Bu mevzua dahil olan diğer iki hüküm Kanunu Medenînin 52 inci maddesi ikinci cümlesile Kanunu Medenînin

⁶⁷⁾ Kitabımın birinci cildinin 15 numaralı paragrafında bu hususa dair mufassal izahat mevcuttur.

Ticaret siciline olan kayıt mükellefiyeti ile mahallen salâhiyetli Ticaret ve Sanayi Odalarının teşkil muameleleri birbirine karıştırılmamalıdır. Ticaret ve Sanayi Odaları Nizamnamesi : m. 74, 91, 90.

Kitabımın birinci cildinin 7 inci paragrafını tetkik ediniz.

54 üncü maddesinin 2 inci fıkrasıdır. Yalnız bu iki hükmü tamamen anlayabilmek için Kanunu Medenin 53 üncü maddesi ile birlikte tetkik etmek icap eder ⁽⁸⁸⁾).

Vazedilen kaidelerin manası şudur:

a: — Topluluklar gayeleri tamamen iktisadî ve gayri iktisadî olmak üzere iki büyük guruba ayrılırlar. Gayeleri tamamen iktisadî olan topluluklar ya ticaret şirketleri tipinde veya âdi şirket şeklinde tesis olunabilirler. Buna mukabil gayesine bilvasıta veya bilâvasıta erişmek için ticarî şekilde icrayı san'at eden gayri iktisadî topluluklar cemiyet şeklini intihap edebilirler. Gayeleri iktisadî olmayan bu gibi topluluklar tescil edilmeksizin hükmî şahsiyeti ihraz ederler. Fakat asıl gayelerinin yanında ticarî şekilde icrayı san'at ederlerse bu takdirde kendilerini ticaret siciline kaydettirmekle mükellefdirler. Tescil muamelesile tüccar addolunurlar ve sıfatı ticarîleri teessüs etmiş olur ⁽⁸⁹⁾).

b: — Menfaatler hali tetkik edilecek olursa vazedilen hususî kaidelerin sebebi derhal anlaşılır:

Kanunu Medenîde gayri iktisadî cemiyetlerin organizasyonu, malî bakımdan, ihtiyaçlarını karşılayabilecek derecede tanzim edilmistir. Kanunu Medenînin 64 üncü maddesi mucibince iştirak hisselerinden maksat, cemiyetin gayesine erişmek için zarurî olan masrafları karşılamaktır. Kanunu Medenînin 66 ıncı

⁽⁸⁸⁾ K. M. m. 52 : Hukuku âmme müesseseleri, hukuku âmme kanunlarına tâbidir. İktisadî bir gaye takip eden cemiyetler, şirketler hakkındaki hükümlere tâbidir.

K. M. m. 53 : Siyasî, dinî, ilmî, bedîî, hayrî cemiyetler ile eğlence ve idman cemiyetleri ve asıl gayesi iktisadî olmayan diğer cemiyetler, nizamnamelerinde cemiyet olarak teşekkül arzusunu izhar etmekle şahsiyet iktisap ederler. Her cemiyetin bir nizamnamesi vardır. Bu nizamname cemiyetin gayesi ve varîdat menbaları ve teşkilâtı hakkında lüzumu olan hükümleri ihtiva eder.

K. M. m. 54 : Nizamnamesi müessisleri tarafından kabul edilmiş ve idare heyeti teşkil edilmiş olan her cemiyet kendisini sicile kaydettirebilir. Gayesine erişmek için ticarî şekilde icrayı san'at eden bir cemiyeti kendisini sicile kaydettirmekle mükelleftir.

Kayıt talebine, nizamname ile idare heyetini teşkil edenlerin bir listesi raptedilir.

⁽⁸⁹⁾ Kitabımın birinci cildinde 13 numaralı paragrafta 74, II. 3 e bakınız.

maddesi mucibince cemiyetten çıkan veya çıkarılan azalar cemiyet mallerinde bir gûna hak iddia edemezler. Cemiyetin infisahında veya tasfiyesinde cemiyetin mallarında azaların hakları yoktur. Bu mallar Kanunu Medenînin 50 inci maddesinin vazettiği hükümler dairesinde istimal olunur.

Gayri iktisadî cemiyetler için vazedilen bu hükümler, cemiyet gayesine erişmek için ticarî şekilde icrayı san'at etse dahi değişmez, zira işletmeden edinilecek semereler münhasıran cemiyetin gayesine sarfedilecek ve azalara temettü veya tasfiyede kalacak bakıyye namı altında hiç bir şey tevzi olunamayacaktır. Yalnız cemiyet üçüncü şahıslara karşı tüccar gibi hareket ettiğinden menfaatler hâli değişmiştir. Gayri iktisadî bir gaye için tesis edilen bir cemiyetin ticarî şekilde icrayı san'at etmesi vâzın kanunu hususî kaideler vaz'ına sevketmiştir. Sebebi: Muamelelerinde üçüncü şahıslara karşı tüccar gibi hareket eden kimseler tarzı hareketlerine uygun bir muameleye tâbi tutulmalı ve tüccar vaziyetinin birlikte getirdiği bütün hukukî neticelere de tahammül etmelidir. [Meselâ: Defter tutma mükellefiyeti, iflâs ve saire].

Topluluk münhasıran iktisadî gayeler takip edecek ise temin edilen kâr gayenin tahakkukuna sarfedilmeyerek azalara tevzi olunacaktır. Bu tarzdaki menfaatler haline ancak şirket organizasyon şekli uyar.

3 — Evli bir kadının ticarî bir müesseseyi işletmek hususundaki hak ve salâhiyetleri ve bu hakkın vüs'ati ticaret hukukuna taallük eden bir meseledir. Umumen kabul olunduğu gibi bu meselenin halli yalnız Ticaret Kanununun 7 inci maddesiyle Ticaret Kanununun Sureti Tatbiki Hakkındaki Kanunun 2 inci maddesine bağlı değildir Kanunu Medenînin 159 uncu maddesi de nazara alınacaktır⁷⁰⁾. Diğer taraftan bu meselenin iki muhtelif kanunda tanzim edilmiş olması bir takım ihtilâfları doğurur gibi bir hal tevlit edecektir. Halbuki vaziyet bunun aksinedir.

⁷⁰⁾ T. K. m. 7: Zatüzevç kadınları icrayı ticaretten zevçeleri menedebilirler. TKSTHK. m. 2: Yeni kanunu ticaretin mevkiî tatbika vaz'ı zamanında icrayı ticaret etmekte iken yeni kanunun yedinci maddesi mucibince ticarete devamdan menedilen kadın ait olduğu mahkemeye müracaatla ticarete devamına mezuniyet itasını talep edebilir. Mahkeme keyfiyeti bittetikik bu bapta zevcin hukukunu muhil bir cihet görmediği halde devamı ticarete karar verir.

Ancak bu üç maddenin birlikte tefsiri ve tatbiki ile bir netice elde edilebilmektedir.

Kanunu Medenînin 159 uncu maddesi mucibince mallarının idaresi için karı koca hangi usulü kabul etmiş olurlarsa olsunlar, karı kocanın sarîh veya zımnî izni olmaksızın *bir iş veya san'at* ile iştigal edemez. 159 uncu maddedeki umumî hüküm evli kadının iştigal edebileceği *her nevi* iş ve san'ata şamil-dir. [Meselâ: Avukatlık, artistlik gibi serbest meslek icrası, bir memuriyetin kabulü, bir san'at icrası, işçi veya tüccar memuru sıfatile bir müessesede çalışması ve nihayet ticarî şekilde bir müesseseyi işletmesi velhasıl bütün san'at neveleri mevzuubahs *umumî hükme* dahildir.] *Kocanın izinden imtinaî halinde*, kadın kendinin bir iş veya san'at ile işgal etmesi, birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin, icra edilecek san'at için, hâkim tarafından verilebilir. Evli bir kadın tarafından bir müessesenin ticarî şekilde işletilmesi mevzuubahs olduğu hallerde ise hâkimin bu salâhiyeti - yani kocanın izinden imtinaî ve Kanunu Medenînin 159 uncu maddesindeki şartların tahakkuku halinde bu izni verebilmesi - kaideten Ticaret Kanunu hükümleri ile bertaraf edilmiştir ⁷¹⁾.

Evli kadın, yeni Ticaret Kanununun mevkii tatbika vaz'ı zamanında, yani 4. 1 inci teşrin 1926 da, icrayı ticaret etmekte iken, bu tarihten sonra kocası ticarete devamını menetmiş ise, bu halde hâkim müdahale edebilir.

Ticaret Kanununun mevkii meriyete vaz'ından on sene gibi bir zaman geçtiğinden, müktesep hakların himayesine matuf olan bu hükmün pratik ehemmiyeti kalmamış gibidir. Fakat kaide olarak denebilir ki, koca, karısını icrayı ticaretten menetmiş ise, bu memnuiyet hâkim tarafından kaldırılamaz, yani hâkim kocanın izinden imtinaî halinde bu izni veremez. Yek nazarda belki makul görünmeyen bu istisnanın sebebi, ticarî şekilde icrayı san'atin, diğer meslek ve san'atlara nisbeten daha büyük iktisadî tehlikelere maruz olmasında aranmalıdır. Hukukta mevzuubahis iktisadî riziko, ticarî şekilde işletilen müessesenin iflâsa tâbi tutulmasile tezahür eder. İflâsın birlikte getirdiği tehlike ve zararlara yalnız bu san'at şekli maruzdur. Diğer meslek

⁷¹⁾ Kadının ticareti, tüccar veya bir ticaret şirketinin mesul azası sıfatile icra etmesi, bir ehemmiyeti haiz değildir.

ve san'at gurupları iflâsa tâbi tutulmamıştır⁷²⁾. Evlilik müessesesinin iktisadî, malî ve şahsî tesirlerine binaen, karısını, kendisini ve bütün ailesini böyle bir tehlikeye maruz bırakmak isteyip istemediğine yalnız koca karar vermelidir. Mahkemenin şahsa merbut olan bu salâhiyeti kocadan alması doğru olmadığı gibi menfaatler haline de uygun değildir, meğer ki kocanın kararı hakkın suiistimali tarzında tavsif edilebilsin. [K. Medenî madde 2.]

Kocanın sarîh veya zımnî izni olmaksızın bir iş veya san'at ile iştigal eden kadın, evlilik ile teessüs eden vazifelerine uygun hareket etmediği gibi izinsiz olarak icrayı ticaret ediyorsa, Ticaret Kanununun 4 üncü maddesine de muhalif hareket etmiş olur⁷³⁾.

Yalnız burada nazarı dikkatimizi celbeden ve oldukça münakaşalı olan bir mesele vardır. Kocanın izni ticarî ehliyetin doğumu için şart mıdır yoksa Ticaret Kanununun 7 inci maddesi mucibince koca sarahaten menetmedikçe ticarî ehliyetin mevcudiyetini kabul etmek icabeder mi? Zira sicil memurunun evli kadının tescil talabine karşı alacağı hukukî vaziyet bu suale verilecek cevaba bağlıdır. Memur kocanın iznini havi vesikanın ibrazını resen talep edebilecek mi, yoksa bu vesikayı aramaksızın tescil talebini kabul edecek midir? Ticaret Kanununun 7 inci maddesi, gerek memnuiyetin icrası gerekse bu memnuiyetin üçüncü şahıslara karşı müessir olabilmesi bakımından hiç bir hükmü ihtiva etmemektedir.

Kanunu Medenînin 159 uncu maddesinin son cümlesi, koca karısını bir iş veya san'at ile iştigalden menettiği takdirde noter marifetile ilân edilmedikçe hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez, der. Bu hükme nazaran üçüncü şahıslara karşı memnuiyet, bunu bildikleri veya bilmeleri lâzım geldiği veya noter vasıtasile ilân edildiği takdirde hüküm ifade edecektir. Bu şartlar tahakkuk etmedikçe, alacaklı, evli kadı-

⁷²⁾ Kitapta : C. I. § 9 no. 60.
C. I. § 13 no. 74, II.
C. II. § 26 no. 138 III.

⁷³⁾ T. K. m. 4 : Kanunu medenî mucibince emvali hakkında tasarrufatı muteber bulunan ve on sekiz yaşını ikmal eden zükûr ve inastan her fert, şahsî veya nev'i ticareti hakkında bir memnuiyeti kanuniye olmadıkça icrayı ticaret edebilir.

nın, ticarethane dahilinde veya san'at icrasında yaptığı borçlardan, ne mahfuz mallarına ne de birlik mallarına müracaat edemeyecektir. Memnuiyetin ilân edilmesi ve bu ilânın herkes tarafından bilinmesi kocanın menfaati dahilindedir. Diğer taraftan, kanunun bir faraziyesine binaen, hüsnü niyetle iktisap ettikleri hakları imha eden bu ilândan üçüncü şahısların da müsbet bir şekilde haberdar olmakta büyük menfaatleri vardır. Çünkü kadının ticarethane dahilinde yaptığı muamelelerle en yakından alâkadar olan onlardır. Kanunu Medenînin 159 uncu maddesinin son cümlesi yalnız üçüncü şahısları kasdetmiştir. Halbuki Ticaret Kanununun 4 üncü maddesi bakımından sicil memurunun da bu memnuiyetten haberdar olmakta menfaati ve alâkası olduğu gayri kabili münakaşadır. Zira Ticaret Kanununun 4 üncü maddesi mucibince icrayı ticaretten menedilen bir şahsın ticarî ehliyeti yoktur. Diğer taraftan, Ticaret Kanununun 9 uncu maddesi mucibince ehliyeti ticariyeyi haiz olmayan bir şahıs tüccar değildir. Tüccar vasfını haiz olmayan bir şahıs ise ise ne tüccar olarak ne de bir ticaret şirketinin şahsan mes'ul azası sıfatile ticaret siciline kaydolamaz. Bütün bu izahattan çıkan netice, sicil memurunun ehliyeti ticariyenin mevcut olup olmadığını resen tetkike salâhiyettar olmasını icab ettirir. Şüpheli hallerde bu şartların fiilen mevcut olduğunun ispatını müracaat eden şahıstan resen talep edebilecektir.

Meselâ, yalnız Türklere hasredilen bir san'atta, kendisinin tüccar sıfatile tescilini talep eden bir şahıstan, sicil memuru mezkûr şahsın Türk tâbiyetinde bulunup bulunmadığının ispatını isteyecektir. Tescil talebinde bulunan evli bir kadından evvelâ kocanın iznine dair bir vesikanın ibrazını talep etmek ve eğer bu vesika ibraz edilemeyecek veya iznin verildiği diğer bir suretle tesbit edilemeyecek olursa tescil talebini reddetmek en makul bir neticedir. Zira kocanın izni verdiği ispat edilemeyecek veya vesika ibraz edilemeyecek olursa kocanın ticarî şekilde icrayı san'ati menettiği anlaşılabilir olur. İsviçredeki tatbikata uygun olan bu usul açık ve pratik olması itibarile büyük faydeleri havi olduğu gibi aynı zamanda ticarî ehliyeti haiz olmayan şahısları ticaretten uzak tutarak tüccarları lüzümsüz zararlardan da korumaktadır. Koca, bu izni verdikten ve bu izin üzerine tescil yapıldıktan sonra da Ticaret kanununun 7 inci maddesi mucibince san'at icrasını menedebilir. Yalnız bilâhare vaki olan memnuiyetin üçüncü şahıslara karşı mü-

essir olabilmesi için Kanunu Medeni'nin 159 uncu maddesinin son cümlesi mucibince ilân edilmesi şarttır. Sicil memuru bu hâdiseden ne suretle haberdar olacaktır? Sicil memurunun sicildeki kaydı terkin edebilmesi için en basit vasıta ilânı icra eden noterin salâhiyettar Sicilli Ticareti veya Ticaret Odasını bu ilândan haberdar etmesidir. Aksi takdirde noterce yapılan ilâna rağmen kadının ticarethanesi sicilde terkin edilmediğinden, ilânı okumayan şahıslar sicildeki kayıda itimat ederek zarara uğrarlar. Bununla beraber kocanın zatî menfaati dolayısıyla sicil memurunu haberdar etmesi lâzım gelir. Zira karı koca malları bakımından memnuiyet üçüncü şahıslara ilân tarihinden itibaren hüküm ifade ettiği halde, kadının iflâs ehliyeti ilân ile derhal sakıt olmaz. Bilâkis iflâs ehliyeti sicilli ticarete unvanı ticaretin terkinini ilânından sonra bir sene daha devam eder ve ancak bu senenin hitamından sonra sakıt olur⁷⁴⁾.

4 — Medenî hakları kullanmak salâhiyetini haiz olmıyan şahısların ticarî bir müesseseyi işletebilip işletemeyecekleri ve ne suretle işletecekleri meselesi Ticaret Kanununun 4 üncü ilâ 6 ıncı maddelerinde gayrı tam ve kısmen gayrı vazih bir şekilde tanzim edilmiştir⁷⁵⁾. Kanun Medeni'nin 10 uncu maddesi mucibince reşit ve mümeyyiz olan her şahıs medenî hakları istimal salâhiyettardır. Buna mukabil Kanun Medeni'nin 14 üncü maddesi mümeyyiz olmıyanlarla küçük ve mahcurların medenî hakları istimal salâhiyetten mahrum olduklarını tasrih eder. Kanun Medeni'nin 15 inci maddesi mucibince mümeyyiz olmıyanların medenî hakları istimal hususundaki ehliyetsizlikleri mutlak mahiyettedir. Kanunda muayyen istisnalar baki kalmak şartile bunlar için kanunî mümessilleri hareket eder. Buna mukabil mümeyyiz olan küçük ve mahcurların medenî hakları kullanmak hususundaki ehliyetsizlikleri, Kanun Medeni'nin 16 ıncı maddesi mucibince medenî hakları kullanmak salâhiyetleri mahdut bir

74) Kitapta : C. I. § 9. no. 60, I.
§ 13. no. 76. V. 2.

75) T. K. m. 5 : Bir sağıre intikal eden ticarethanenin, o sağırin velisi veya vasisi muhtarı tarafından işletilmesinde mahkemei aidesince faide görüldüğü takdirde veli veya vasi bunu işletmeğe mezun kılınabilir. Veli veya vasi icrayı ticarete ehliyeti kanuniyesi olmaz veya bunlar icrayı ticaretten menedilmiş bulunursa izin verilmez.

T. K. m. 6 : Madde-i sabıka hükmü kasrini saire hakkında dahi caridir.

şekilde kabul olunarak, tahfif edilmiştir. Bu şahıslar haksız fiillerle ika ettikleri zararları tazmin ile mükelleftirler. İvazsız iktisapta bulunabildikleri gibi münhasıran şahsa merbut hakları istimal edebilirler. Nihayet mümessillerinin muvafakatı ve icazetile bilûmum hukukî muameleleri yapabilir ve taahhüt altına da girebilirler. Mümessilin rızası kaideten bir tek muamele-ye münhasırdır. Fakat bu rıza muayyen bir saha ve maksat dahilinde yapılan müteaddit muamelelere de şamil olabilir. Bu takdirde verilen muvaffakiyet umumîdir. [K. M. 269, 394].

Nihayet velâyet altında bulunan bir şahsa anası babası tarafından, vesayet altında bulunan bir şahsa Sulh Mahkemesi tarafından bir meslek veya sanat ile iştigale sarahaten veya zımnen izin verilmekle, kanunî mümessilin iştiraki bu sahada tamamen bertaraf edilebilir [K. M. m. 284, 405, 7, 396] ⁷⁰⁾. Bu gibi hallerde meslek veya san'atle tahdit edilen faaliyet sahasında mümeyyiz küçük veya mahcur medenî hakları istimale tamamen salâhiyettar olduğu gibi meslek veya san'atla alâkadar olan bilûmum muameleleri de yapabilir. Medenî hakları istimale salâhiyettar olmıyan kimse bu faaliyet sahasında bu hakları istimale salâhiyet kesbettiğinden kanunî mümessilin temsil salâhiyeti bu sahada ortadan kalkar.

Zikredilen Kanun Medenînin 284, 396, 405 inci maddelerinin *hükümleri her nevi sanat ve mesleke* şamildir. Fakat, burada da, evli bir kadın tarafından ticarî bir müessesenin işletilmesinde olduğu gibi, menfaatler halinin hususî vaziyetine binaen, mümeyyiz küçük veya mahcur tarafından ticarî bir müessesenin müstakilen icrasını hususî şartlara bağlayan veya meneden hususî hükümler mevcuttur.

Bu hükümler, evvelce zikredilen Ticaret Kanununun 4 üncü ilâ 6 ncı maddeleri ve Kanunu Medeninin 387 ve 406³ ncı maddelerinde aranmalıdır. Vesayet altında bulunan şahıslara şamil olup

⁷⁰⁾ K. M. m. 284 : Bir meslek veya san'at için, ana baba tarafından çocuğa malinden verilen kısmın idaresi ve ondan istifade hakkı, çocuğundur.

K. M. m. 396 : Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya san'atla iştigale sarahaten veya zımnen izin verilen vesayet altındaki kimse bu san'at ve mesleğin zaruriyatından olan her tasarrufu yapabilir ve bu tasarruflarından dolayı bütün servetile mes'uldür.

K. M. m. 405 : Aşağıdaki hususlarda sulh mahkemesinin izini lâzımdır :

7. Vesayet altında bulunan kimsenin bir san'at veya meslek ile iştigaline müsaade.

velâyet altında bulunan kimselere şamil değildir. Bir kimsenin malları, vesayet altına vazında, sınaî ve ticarî teşebbüsleri ihtiva ediyorsa, Sulh Mahkemesi vaziyeti icabı hale göre taktir ederek, bunların tasfiyesi veya idamesi için lâzımgelen talimatı ita eder. Mahcurun menfaati, teşebbüsün iktisadî ve malî vaziyeti, vesayet muhtemel devamı, itimada şayan, bilgili ve yardımcı şahısların mevcudiyeti gibi hususî haller mahkemenin vereceği karara müessir olur. Sulh Mahkemesinin vereceği karar yalnız ticarî teşebbüs idamesine taallük eder. Buna mukabil ticarî teşebbüsün vasi veya mahcur tarafından şahsan idaresi bu karar ile halledilmiş olmaz. Aynı kaide Kanunu Medenin 406 ncı maddesinin üç numaralı fıkrası için de caridir. Vesayet devamı sırasında, iktisadî bir teşebbüsün iktisabı veya tasfiyesi veya vesayet altındaki kimsenin şahsî mesuliyeti, veya mühim bir sermayeye tahsisini icabettiren bir şirkete girmesi mevzuu bahis olduğu hallerde bunların yapılıp yapılamaması için Sulh Mahkemesinin kararı alındıktan sonra Mahkemei Asliyenin dahi müsaadesi lâzımdır. Fakat kanunî mümessil vasıtasile mahcur tarafından ticarî teşebbüsün *idaresine* veya şeriklik haklarının *istimaline* dair her iki mahkeme kararı bir hükmü ihtiva etmeyecektir. Bu meseleyi aşağıda mündericâtı yazılı olan Ticaret Kanununun 4 üncü ilâ 6 ncı maddeleri halledeceklerdir.

a — Mütemeyyiz olup ta velâyet veya vesayet altında bulunan kimse ticarî bir müesseseyi *müstakilen işletemez*. Ticarî bir teşebbüsün işletilmesi hususunda, Kanunu Medenin 284, 396 ve 405^Z inci maddelerindeki umumî hükümler, Ticaret Kanununun 5 ve 6 ncı maddelerindeki hususî hükümlerle bertaraf edilmiştir. Velâyet veya vesayet altındaki kimsenin mallarına dahil olan ticarî teşebbüsler ancak kanunî mümessilleri tarafından işletilebilir. Mütemeyyiz olan küçük ve veya mahcurun hukukî vaziyeti mütemeyyiz olmiyan bir kimsenin hukukî vaziyetinin aynıdır. İstisnanın sebebi, ticarî teşebbüsün merbut olduğu iktisadî riziko bulunduğundan, mütemeyyiz küçüğün veya mahcurun da hususî bir himayeye tâbi tutulmasını icabettirmektedir.

b — Bundan ötürü kanunî mümessilin, velâyet veya vesayet altında bulunan bir şahsa ait olan ticarî müesseseyi işletebilmesi, yine Sulh Mahkemesinin sarîh iznine bağlıdır. Ana ve babanın da böyle bir izne ihtiyaçları olduğundan bu kaide Kanunu Medenin hükümlerine nazaran bir istisna teşkil eder. Kanunu Me-

deniye nazaran diğer bir istisna Sulh Mahkemesinin zımni bir izninin kâfi gelmeyişidir. Sicil memuru tescilden evvel Mahkeme ilâmının ibrazını talebedecektir.

c — Ticarî teşebbüsün işletilmesi küçüğün veya mahcurun menfaati dahilinde ise Sulh Mahkemesi bu izni verebilir. Bu iznin verilebilmesi için diğer bir şart, kanunî mümessilin Ticaret Kanununun 4 üncü maddesi manasında, ticarî ehliyeti haiz bulunmasıdır.

d — Tüccar vasfının şartları göz önünde tutulacak olursa bu şartın sebebi anlaşılmış olur. Ticaret Kanununun 9 uncu maddesi mucibince ehliyeti ticariyeyi haiz olupta kendi namına muamelâtı ticariyeden birile iştigali sanati mutade ittihaz eden her şahıs tacir addolunur. Fakat sanati mutade ittihaz edilen muamelâtı ticariye kendi namına icra edilmeyip de vesayet veya velâyet altında bulunan bir kimse namına kanunî mümessil tarafından icra edilecek olursa, bu taktirde temsil edilen şahıs kanunen tacir addolunur. Mümessil ehliyeti ticariyeyi haiz olursa küçük veya mahcurun şahsan haiz olmadığı ehliyeti ticariye kanun tarafından mevcut farz olunur.

Hattâ bu halde, vesayet veya velâyet altında bulunan kimseye karşı iflâs yolile takipte de bulunabilir. Sulh Mahkemesinin rizasile işletilen ticarî müesseseyi küçük ve mahcur namına kanunî mümessili idare ve temsil ettiği halde iflâsa tâbi olan mümessil değil temsil edilen şahıstır. Küçük ve mahcur ticarî ehliyeti haiz olmadıklarından kanunî mümessil bu sıfatla bilûmum muamele ve tasarrufları yapar. Fakat bu muamelelerin hatalı, noksan ve kanuna mugayir ifasından yalnız vasi veya velîye mes'uliyet teveccüh eder. Ticarethane namına imza vazedecek kanunî mümessili olduğu gibi defterlerin muntazam bir surette tutulmamasından vergi kaçakçılığında mes'ul olacak da o dur.

e — Ticaret Kanununun 5 inci ve 6 ıncı maddeleri yalnız velâyet ve vesayet altındaki kimselere şamildir. 5 inci maddede velî ve vasi kelimelerinin istimal edilmiş olması bunu açıkça gösterir. Diğer taraftan velâyet veya vesayet altında bulunmayan her şahıs yaşlarına bakılmaksızın ehliyeti ticariyeyi haizdir, meğerki şahsî veya hukukî sebepten ötürü ticaret ile iştigalleri kanunen imemnu olsun. Ticaret Kanununun 4 üncü maddesinde mevzuubahs edilen asgarî yaş şartı, başka yerde de izah

ettiğim vechile bir hata eseridir ⁷⁷⁾. Kanunu aynen tatbik etmeğimiz icabetse idi 18 yaşını ikmal etmeyen ve fakat Kanunu Medenînin 11 ve 12 inci maddeleri mucibince evlenme veya mahkeme kararile reşit olan bütün şahısların ne bizzat ne de mevcut olmayan kanunî mümessilleri tarafından ticarî bir müesseseyi işletmemeleri icap ederdi.

Bütün bu mülâhazalardan ötürü Ticaret Kanununun 4 üncü maddesi aşağıda yazıldığı gibi tefsir edilmelidir: "Kanunu medenî mucibince emval hakkında tasarrufat kavliyesi muteber bulunan ve velâyet ve vesayet altında bulunmayan zükûr ve inastan her fert şahsî veya nevi ticareti hakkında bir memnuiyeti kanuniye olmadıkça icrayı ticaret edebilir."

(Arkası var)

Türkçeye Çeviren :
Ticaret Hukuku asistanı
Halil Arslanlı

Yazan :
Ticaret Hukuku Ord. Prof.
Dr. ERNST E. HIRSCH

⁷⁷⁾ Kitapta : C. I. § 11. no. 71, I. 1.