

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktörü

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLI

Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon: 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRI ZELLİÇ VE MAHDUMU BASİMEVİ

1939

mahkûmûnbih mesarifi muhakeme ve ücreti vekâletten ibaret olacaktır. Hükûmden sonra geçecek müddete ait faiz ile temyiz masarifinin depo edilmesine lüzum yoktur.

Filhakika evvelâ temyiz mesarifi mahkemenin kararına dahil değildir. Bu mesarif hakkında icranın tehirine karar verilecek değildir. Bu mesarif bilahare tahakkuk edecektir ve tahakkuk ettiği gibi mahkûmûnleh tarafından tahsil edilebilecektir.

Faize gelince tehiri icra kararı verilmemiş olsaydı alacaklı alacağını heman istihsal edebilecek ve herhalde mahkûmûnbihi tahsil edeceği gün bütün faizleriyle beraber tahsil edebilecektir. Binaenaleyh tehiri icra kararı mahkûmûnlehin hukukuna hâlel getiriyor. Ancak temyizın nekadâr süreceğinin tespiti ve bu itibarla depo edilecek faiz mikdarının tayini imkânsız olduğundan icranın tehiri için geçecek müddete ait faiz için bir mikdar paranın depo edilmesi mecburiyeti mahkûmûnaleyhe tahmil edilemez. — *Mabudı vardır* —

N. S.

Ticaret kanununun tadili

Adliye Vekâletinin, Ticaret Kanununu islah ve tadil ile uğraştığı ve bu maksadla müteaddit komisyonlara tetkikat yaptırdığı malûmdur. Son zamanlarda bu tedkikatın tek bir zat tarafından yapılması ve hazırlanacak proje üzerine müzakerat icrası tensip edilmiş ve bu vazife Ankara Hukuk Fakültesi profesörlerinden ve kıymetli hukukşinaslarımızdan Mehmet Ali Şevket Bilgişin'e tevdi edilmiştir.

Sayın Profesör, tetkikatını bitirmiş gibidir; projesinde ne yol takip ettiğini ve ne prensiplerden mülhem olduğunu tettebbûn başına koyduğu esbabı mucibeyi hâvi medhalden anlaşılmaktadır. Bu medhaldeki mütalâa kaleme alınacak kanun hakkında umumî ve sağlam bir fikir vermeğe hizmet edecek mahiyettedir. Leh ve aleyhindeki mütaleaları ve mülâhazaları celb edebilmek üzere işbu esbabı mucibe layıhasını aynen dercediyoruz.

(Ticaret Kanununun değiştirilmesi ve hazırlanan yeni proje hakkında mucip sebepler layıhası.

Bu gün mer'î bulunan 1926 tarihli (Ticaret kanunu) on bir yıllık bir tatbik devresi geçirdi. «Türk kanunu medenisi» ve «Borçlar kanunu» ile birlikde hukukî hayatımıza giren bu kanunun bariz hususiyeti, diğerlerinden başka bir metoda göre tanzim edilmiş olmasında ve başka kaynaklardan çıkmış bulunmasındadır.

«Türk kanunu medenisi» ve «Borçlar kanunu» gibi ana kanunlarımızın, yabancı mevzuatı aynen tercüme suretile alınmış olmasına mukabil, ticaret kanunumuz, Alman, İtalyan, Fransız ve hatta Macar, Japon, Şili gibi muhtelif memleket kanunlarının tercihe şayan görülen hükümleri birleştirilmek suretile vücuda getirilmiş idi.

Bu metod, mukayeseli hukuk ilminin bütün inceliklerinden istifadeye yol açan bir sistem olmakla beraber, tatbikatda beklenen neticeleri temin edememiştir. Bunun esaslı sebepleri bir kaç noktada tebarüz ettirilebilir.

a — Muhtelif hükümlerin parça parça başka kanunlardan derlenmiş olması, bizzat kanunun muhtelif fasıl ve hükümleri arasında bir ahênksizlik vücuda getirdi.

Hukukda mukayese yalnız dağınık maddelerin teker teker karşılaştırılması olmayıp mukayese mevzuu olacak memleketlerin hukuk sistemlerinin, ideolojilerinin göz önünde bulundurulması ve kanunlar ile maddelerinin bu zaviyeden tedkik ve muhakeme edilmesidir.

Bundan başka, eklektik bir metod takib edilmesi halinde, memleketimizin yalnız ticaret sahasında değil, iktisadî hayatımızla zarurî ve tabii bir irtibatı olan içtimai hayatımızın diğer cephelerinde de tatbik edilecek olan ana kanunların dayandıkları umumî hukuk prensiblerini de göz önünde bulundurmak ve ictibas edilecek hükümlerin müşterek ve mütecanis kaidelere istinad etmesini temin etmek lâzımdır. İnkilâbımızın ilk çetin seneleri içinde derlenmiş olan «Ticaret kanunu» böyle bir mukayesenin yapılmasına vakit bulamadan ve binnetice beklenen tecanüsü temine muvaffak olamadan tanzim edilmiştir.

b — «Ticaret kanunu» muz kısmen inkilâbdan evvel kısmen de inkilâbımızın ilk senelerinde hazırlanmıştır. Bu kanunu tedvin eden komisyon mesaisini henüz tamamlamadığı bir sırada, «Türk kanunu medenisi» ve «Borçlar kanunu» İsviçre kanunundan aynen tercüme suretile iktibas edildi.

Ticaret kanununun ihzarına mütedair mesaiye henüz memleketimizde asrı telekkilere uygun bir kanunu medenî mevcut olmadığı bir sırada başlanmış olduğundan «Mecelle» nin dar ve geri prensipleri karşısında, hiç olmazsa ticarî muamelât sahasında modern hukuk tekniğine uygun hükümler tedvin edebilmek maksadile bu kanunun tatbik sahası geniş tutulmuşdu.

Halbuki, «Borçlar kanunu» tahminden daha kısa bir zaman merhalesi içinde tercüme ve iktibas edilmiş bulunduğundan her ikisi de aynı zamanda tatbik mevkiine konulan bu iki kanun bu sebeble, bir çok fasıl ve hükümleri ayrı ayrı tedvin etmiş bulunuyorlardı. Birisi nin yalnız İsviçre hukuk sistemini takibetmiş bulunmasına mukabil, diğeri, yukarıda izah edildiği veçhile değişik ve gayri mütecanis hükümleri ihtiva ediyordu. Bu karışıklığın tatbikatda vücuda getirdiği zorluklar daha ilk günlerde dikkatimizi celbetmeğe başlamışdı.

Kanunlarımızdaki ahenksizliğin tesirleri on senelik tatbikat devresi içinde yakından takibedildiği gibi ticaret kanunumuzun verim ve tesiri hakkında vukubulan müracaatlar ve neşriyat da tatbikatdaki vaziyeti teyid eder mahiyette bulunmuşdur. Billhassa, kanunda bir bahsın muhtelif menbalardan iktibas edilmiş olması hususunun hükümler arasında mutabakatsızlık, ahenksizlik vücuda getirdiği, bazı maddelerin asıllarına nazaran başka türlü nakledildiği, mehazlarda bulunmayan bazı hükümlerin ilâve edilmiş olmasının tatbikatda aykırı neticeler tevlid eylediği, istilâhlarda ittirat gözetilmemiş olduğu dikkate şayan görülen mülâhazalardandır.

c — Eklektik bir metod takib edilmiş olmasına rağmen Ticaret kanununa mehaz teşkil eden yabancı Ticaret kanunlarının hepsi 19uncu asır zihniyeti içinde vücuda getirilmiş eski kanunlardı 18inci ve 19uncu

asırların liberal ve ferdiyetçi havası içinde yaşayan hukukcuların eseri olan bu kanunlar, esasen bulundukları memleketlerde bile 20inci asrın yeni ve ileri hayat tekniği karşısında geri kalmış ve iktisadî hayatın icablarını tatminden aciz telekki ediliyor. Bu telekki karşısında, kanunumuza örneklik eden memleketlerde bile Ticaret kanunları son seneler içinde derin tahavvüllere uğramıştır. İsviçre ve İngiltere gibi hukukî tekâmülde teenni gösteren memleketlerde bile ticarî mevzuatın esaslı değişikliklere uğradığını müşahade ediyoruz.

Türk inkilâbı gibi içtimai ve iktisadî hayat telekkilerinde en ileri ve en mütekâmil prensibler ortaya koyan bir inkilâbın sinesinde doğan kanunların, 19uncu asır zihniyetinin tesirleri altında bırakılması ve hayat icablarına karşı lâkayit ve statik bir hava içine terk edilmesi şıarımıza uygun düşmüyor.

Bütün bu mülâhazalar göz önünde bulundurularak bir taraftan kanunlarımız arasında tam bir ahenk ve tecanüs teminine çalışmak diğer taraftan da halkı ve devletçi bir konsepsiyon içinde inkişaf bulan inkilâb prensiblerimize uygun kanunlar vücuda getirmek maksadile Ticaret kanunumuzu yeni başdan tedkik ve islâh etmek lüzumu karşısında bulunduk.

II

Bu babdaki incelemelere başlamazdan evvel hareket başlangıcı olmak üzere iki prensib meselesinin halli icab ediyordu :

1 — Ticaret kanununu, Borçlar kanunundan ayrı ve müstakil bir kanun halindemi tedvîn etmeli yoksa İsviçrede olduğu gibi Borçlar kanununa ilhakını etmelidir ;

2 — Müstakil Ticaret kanunu sistemini muhafaza ettiğimiz takdirde bu kanunun hangi prensiplere istinad etmesi lâzım gelecektir ve meselâ muayyen bir ecnebi kanununu tercüme ilemi iktifa etmeli yoksa yeni başdan ve inkilâb anlayışlarımıza uygun bir ticaret kanunu hazırlamak cihetini mi tercih etmelidir ;

Birbirinden ayrı gibi görünen bu iki meselenin hallini, aşağıdaki izahatımız ile, bir noktada birleştirmiş olacağımızı şimdiden kay-

dedebiliriz. Filhakika Türk ticaret hukukunun sistemi ve bu sistemin dayanacağı ana prensibler tesbit edildikten sonra bu kanunun Borçlar kanunundan ayrı ve müstakil bir kanun halinde tedvin edilmesi ile her iki kanunun müşterek bir çerçeve içine alınması arasında madde numaralarının takib ve teselsülünden başka ameli hiç bir faide temin edilemeyeceği kolaylıkla tebarüz edecektir.

Şurasını da derhal ilâve edelimki doktrinde tebarüz eden münakaşalar her iki kanunun müşterek sıra numarası takib etmelerinden beklenen basit faideler üzerinde temerküz etmeyib daha ziyade (Ticaret hukuku) ile (Borçlar hukuku) mevzuları arasında ikiliğin mevcut olub olmayacağı noktalarına inhisar etmektedir.

Bu günkü Avrupa hukukunda bir vakia halinde göze çarpan ikiliğin hakikî saiklerini tebarüz ettirmek için Ticaret hukukunun medenî hukukdan ayrılmasında takib ettiği tarihi yollara kısa bir göz atmak ihtiyacını hissediyoruz; çünkü bu ayrılık tarihi bir tekâmülün neticesidir.

Tarihi tetkikler gösteriyorki medenî hukuk sistemlerinin eski Roma hukuku ile kilise hukukunun tesirleri altında bir az daha şekilperest ve ağır hükümleri ihtiva ettiği devirlerde ticaret hayatının aradığı kolaylık ve çabukluk ihtiyaçlarını duyuramıyacak bir halde bulunması Medenî hukuk kaideleri karşısında ticarî örf ve âdetlere müstenid hususî bir hukuk sisteminin meydana çıkmasına vesile oldu.

Orta çağlardan beri Avrupanın bilhassa ticaret muhitlerinde teşekkül eden ve bizde esnaf loncaları adını alan (corporation) lar bir taraftan tüccarlar arasında taavün ve inzibat teminine çalışırken diğer taraftan da kendi aralarındaki ihtilâfların hallini mahallî mahkemelere bırakmayib ticarî adetler ve teamüllere istinaden yine aralarında hallediyorlardı. Bu suretle verilen kararlar yavaş yavaş medenî hukuk kaidelerinden ayrı bir (droit coutumier) vücûda getirdi. Bu suretle Roma ve Cermen hukukunun şekilperest ve sıkıntılı çerçevesinden sıyrılarak yavaş yavaş hukukî bir disiplin haline girmeğe başlayan bu taamülî hukuk, 16ıncı ve 17inci asırların (mercantile) zih-

niyetleri içinde bir az daha inkişaf bularak bir meslekî hukuk (droit de caste) şeklini iktisab etti. Artık tüccarlar için ayrı mahkemeler «ticaret mahkemeleri» ve ayrı bir hukuk «ticaret hukuku» bütün vuzuhu ile tebellür etmiş bulunuyor.

17inci asrın sonlarına doğru (1673, 1681) Fransız kralı 14üncü Luinin maruf (Ordonnance) ları, o zamana kadar taamüli hukuk mahiyetinde dağınık bir halde tatbik edilegelmekde olan Ticaret hukuku kaidelerini derleyip tedvin ederek ilk Ticaret kanunlarını meydana çıkardı.

19uncu asrın kanunlaşma cereyanları içinde önce Fransada 14üncü Lui ordonansları örnek alınarak ticaret kodları tanzim edildiği gibi tedricen diğer Avrupa memleketleri de Fransayı takliden ayrı ticaret kodları tanzimi yoluna koyuldular.

Pek kısaca arzolunan bu tarihî inkişaf neticesinde, Avrupa hukukiyatında ve teşkilâtı adliyesinde bazen yalnız tüccarlar tarafından bazen de tüccar olan ve olmayanlar tarafından yapılan bilcümle ticarî muameleler için ayrı kanunlar, ayrı muhakeme usulleri, ayrı mahkeme teşkilâtı vücuda getirildi. Ve böylece Ticaret hukukunun Borçlar hukukundan ayrılması bir emri vaki haline girdi.

III

Bu gün Avrupanın bütün (continental) memleketleri orta çağların doğurduğu bu ikilik içinde yaşadıkları halde, anglosakson muhiti ve bu meyanda birleşik Amerika devletleri, pek eskiden böyle bir ikiliğin önüne geçmeğe muvaffak oldular. Orta çağlarda İngilterede dahi (Law Merchant) namı altında tüccarlar ve (corporation) lar hakkında ayrı muhakeme usulleri, ayrı mahkeme teşkilâtı ve nihayet ayrı hukukî hükümler mevcut olduğu halde on yedinci asırda ticaret mahkemeleri ile hukuk mahkemeleri arasında çıkan ihtilâfların temadisi ticaret mahkemelerinin ilgasına ve binnetice (Law Merchant) hükümleri yerine, bütün medenî muamelâtda tatbik edilen (Common Law) ahkâmının ticarî muamelelere de teşmiline mündec oldu.

Böyle olmakla beraber on dokuzuncu asırdaki kanunlaşma cer-

yanları İngilterede de tesirlerini gösterdiğinden Ticarî senetler ve Şirketler hakkında hususî müteaddit kanunların tedvin edildiği görülmüyor.

Avrupanın ortasında küçük bir demokrasi hayatı içinde yaşayan İsviçreye gelince, on dokuzuncu asrın son senelerine kadar her kantonun kendine mahsus ayrı kodları mevcut idi.

İsviçre gibi küçük bir memleket içinde bu kadar değişik hukuk sistenlerinin tatbikatta doğurduğu müşkilâtı gören İsviçreli her şeyden önce medenî hukukun federal bir kanun halinde tedvinine çalışırken ticaret hukukunun da tevhide mes'elesi kendiliğinden ortaya konulmuş bulunuyordu. Ekser kantonların zaten müstakil Ticaret kanunlarına malik bulunmamaları, müstakil ve federal bir Ticaret kanununun tedvinine engel olan amillerden idi.

Buna inzımam eden siyasî âmillerden de tesirleri altında (Munzinger) tarafından hazırlanmış bulunan Ticaret kanunu projesi akamete uğradı. Nihayet Borçlar kanununun federal bir kod halinde tedvinine muvaffak olunduğu sırada bu kanunun çerçevesi mümkün mertebe geniş tutularak Ticaret kanunlarına girmesi mutad olan, ticaret şirketlerine, ticarî senetlere, ticaret kütüğüne, ticaret ünvanına v. s. mütedair fasıllar borçlar kanununa eklenerek ayrı bir Ticaret kanunu tedvininden vaz geçildi.

IV

Müstakil ticaret kodlarına malik olmayan İngiltere ve İsviçrede Ticaret hukukunun aldığı vaziyet ile ticaret kodlarına malik memleketlerde ticaret hukukunun vaziyeti mukayese edilince şu neticeye varıyoruz:

1.— Ticaret kodlarında yer bulan ve ticaret hukuku alanında tetkik edilmekte bulunan mevzulardan bir kısmı, kendine mahsus hükümleri ile daimî ve zarurî bir hususiyet irae etmektedir. Bunlar meyanında bilhassa (Ticaret şirketleri) ve (Ticarî senetler) zikredilebilir. Firma hukuku, ticaret kütüğü ve ticarî defterler gibi tüccarların tabi olduğu inzıbatî hükümler de bu kısma katılırsa görülmürki,

bunlar, mahiyetleri ve mevzuları itibariyle (Borçlar hukuku) çerçevesi dışında kahrılır.

Bu sebepten, ticaret koduna malik olmayan memleketlerde de yukarıda işaret edilenler ile benzerleri mevzulara ait hükümler bazen ayrı ayrı kanunlarda tedvin ediliyor (İngilterede olduğu gibi); bazen de ayrı fasıllar halinde Borçlar kanununa ilâve ediliyor (İsviçrede olduğu gibi). Fakat ister müstakil kanun halinde tedvin edilsin ister borçlar kanununa ilâve edilmiş bulunsun müstakil bir ticaret kodu halinde derlensin bu gibi mevzular, mahiyetlerinin gösterdiği hususiyetler neticesinde ayrı hükümlere tabi tutulmaktadırlar. Meselâ Ticaret şirketleri ile hukuku hususiye şirketleri ve ticarî senetler ile adi senetler hakkında daima ve her yerde ayrı hükümler tatbik edilmektedir;

Bundan ötürüdür ki bu gibi mevzular hakkında ikilik ve birlik münakaşası mevzu bahis olmayup bu sahalarda görülen ikilik sadece bir şekil meselesinden ibaret kalmıştır.

2 — Ticaret kadrolarının daha esaslı ve mütebariz hususiyetleri (ticarî muamele) mefhumu üzerinde toplanmaktadır. Yukarıda işaret edildiği veçhile, Ticaret hukuku ile Borçlar hukuku arasındaki birlik ve ikilik ihtilâfları da bu nokta üzerinde tekâsûf etmektedir; yoksa, meselâ poliçeler ve çekler gibi şekil ve mahiyet itibariyle kendilerine has hususiyetleri olan ticarî senetlerin adi senetler hakkındaki ahkâma tabi tutulmasını, ticarî senetler hakkında hususî hükümler konulmasını iddia edenlere tesadûf edilemez.

Müstakil ticaret kodu olmayan İngiltere ve İsviçrede ticarî muameleler hakkında ayrı hükümler mevcut değildir.

İngilterede (Common Law) ahkâmı İsviçrede (Code des Obligations) tarafların sıfatları yani tüccar olup olmadıkları ve takip edilen maksadlar yani ticarî niyet ve maksadın mevcudiyeti aranılmadan bütün muamelâtı hukukiye ve ticariyede tatbik edilir.

Meselâ, tekrar satmak maksadile bir şahsın menkul bir mal satın aldığı zaman ve bu malı satarken yapmış olduğu satış akidle-

rinde Borçlar kanunu hükümleri tatbik edildiği gibi böyle bir maksad takib etmeden şahsî ve ailevî ihtiyaçları için bir mal satın alanın yapmış olduğu hukukî muamele de aynı kanun hükümlerine tabidir. Bu suretle muamelâtı hukukîyede ikilik ortadan kalkmış buluyor.

Buna mukabil (ticaret kodu) memleketlerinde vaziyet büsbütün başkadır. Bu memleketler, orta çağlardan beri akıb gelen bazı fikir teressübatının tesirleri altında, ticaret hukukunun ilk gelişim devirlerindeki telekkilerden henüz ayrılamadılar.

Ticarî muamelelerde, bilhassa sür'at ve emniyet mefhumlarının hâkim bulunduğu öne sürülerek ticarî muameleler hakkında, hukuku hususiye kadrosu içinde, fakat borçlar hukukundan ayrı hukuk kaideleri ve normları ile bir (ticaret hukuku) nun lüzumlu olduğu kanaati beslenilmektedir. Bu kanaat kanun vazıları üzerinde de tesirler icra etti. Bu tesirler altında « muamelâtı ticariye » veya « mevaddı ticariye » mefhumu, ticaret kodlarının, üzerine kurulduğu bir (ana prensip) olarak kabul edildi.

Bu esaslar dairesinde ticarî muamelenin adı muameleden tefriki, bugünkü iktisadî ve içtimai hayatın girift ve mudil tecelliyatı karşısında hakikaten halli müşkil bir mesele halinde ortaya çıkmaktadır.

Bu müşkilât karşısında ticaret kanunları ticarî muamelelerin Synthétique bir tarifini yapmaktan ictinab ederek türlü şekil ve sistemlerde ticarî muameleyi saymakla iktifa ediyorlar :

a) Fransa ve Italya kanunları ile bunları örnek edinen Ticaret kanunlarında muamelenin objektif mahiyeti esas ittihaz edildi ; bunda da bazen, âkidlerin takib ettikleri maksatlar hiç nazarı dikkate alınmadan muamelenin ticarî olup olmadığı kanunen tesbit ediliyor. Bazen de âkidlerin takib ettikleri maksad ve niyet muamelenin (ticarî)liğini tayinde amil oluyor.

b) 1896 Alman ticaret kanunu bu sistemi terkederek (sübjektif) bir sistem takibetti. Bunda da esas, âkidlerin tüccar sıfatı yani tüccar olup olmadıklarıdır. Sübjektif sistemde bir muamelenin ticarî olup olmadığını ve binnetice hakkında Ticaret kanunu hükümlerinin tatbik

edilib edilmeyeceğini anlamak için âkidin tüccar olup olmadığını tesbit etmek lâzımdır. Başka bir ifade Alman kanunu tüccarların yapacakları muamelelere tatbik edilen bir kanundur.

Bu suretle gerek objektif ve gerek subjektif sistem takib eden Ticaret kanunları, ayrı ayrı yollardan giderek netice itibarile müşterek bir noktada birleşmiş oluyorlar. Bu da ticaret hukuku kaidelerinin tatbik edileceği sahayı tayindirki bu da «mevaddı ticariye» sahasıdır. Bu suretle Borçlar kanunu ile Ticaret kanununun tatbik sahalarına giren iki nevi muamelsi hukukiye esası kabul edilmiş oluyor. İşte ikilik mesele-i böylece (ticarî muamele) ve (adi muamele) mefhumlarının tefrikinden ileri gelen bir noktai nazar ihtilâfından başka bir şey değildir.

— *Mabadi vardır* —

Prof. Şevket Bilgişin

MAHKEME İÇTİHA TLARI

JURISPRUDENCE

Vediada müruru zamana dair bir iki söz

Geçen nüshamızda bir Temyiz kararı münasebeti ile bu bahsa dair bir not yazmış idim. Bunca mesguliyetine rağmen kıymetli Hukukşinasımız Temyiz reislerinden sayın Bay F. H. Demirelli aynı bahsa dair ricamız üzerine şu yazıyı lütf etmişlerdir:

Borçlar Kanununun Ondokuzuncu babındaki hükümler îdağ akdına taalluk eder.

Böyle bir akid yapılmadığı halde de bir şahsın malik olduğu bir şey yani menkul veya nakid diğer bir şahsın elinde zaruret veya kanun icabı olarak vedia hükmünde bulunur. Meselâ polise teslim edilmiş bir lukata, yangından kurtarılmış bir mal polis dairesinde yahud meselâ itfaiyecinin veya komşunun elinde bu hükme tâbidir. Bazı hususî kanunlar icabı olarak Devlet Hazinesi veya Belediye tarafından sahibine, müstahikına reddedilmek üzere emanet hesabına geçirilen paralar da bu kabildendir. Kanunumuz akid, zaruret yahud