

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

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

HANRİ ZELLİQ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1939

tedbir istihsal etmiş olabilir. Usulun 112 inci maddesi mucibince kararla beraber tedbir mürtefi olmaktadır. Halbuki mahkemenin kararının nakzedilmesi ihtimali olabilir.

Maddedin lafzına, tarzı tahririne bakılmıyarak ruhuna dikkat edilirse binnetice mahkemenin kararıyle tedbiri ihtiyatiyi mürtefi addetmek kararı icra etmek demektir. Halbuki Temyiz mahkemesi icranın tehirine karar verebilir. Binaenaleyh müddei icranın tehirini istemeğe hakkı vardır. Bu takdirde vereceği teminat nâ olabilir. Gayri menkul esasen şahsi salis yedindedir ve kararın temyizen tasdiki halinde müddeinin muvafakatı olmasa dâhi kararın infazı ve mecurun şagile iadesi caizdir. Binaenaleyh hadisede nazara alınacak şey gayri menkulun şagile geç tesliminden mütevellit zarar ve ziyandır ki muayyen olmadığından kefalet akçesinin temyiz mahkemesince tespiti lâzımdır.

(Sonu gelecek nüshada)

N S.

Ticaret kanununun tadili

(Geçen nüshamızdaki makalenin mabadı)

V

1936 tarihli Ticaret kanunumuz (Ticari muamele) mefhumunu (adı muamele) den tefrik etmekle ikilik sistemini kabul etmiştir. Ticari muamele mefhumuna tesbit ederken de objektif sisteme iltihak ederek muameleyi yapanların sıfatlarını nazarı dikkate almak yani tüccar olsun veya olmasın, bazen akdin kuruluşu anında âkidlerin takib ettikleri maksadlara göre muamelenin mahiyeti tayin edilmekde (15 inci ve onu takibeden maddeler) bazen de akidlerin maksad ve niyetleri gözedilmeden, muamele kanunen ve « sureti mutlakada » ticarî addedilmektedir (21inci maddede sayılı muameleler).

Bu sistem ilmi bir zaruretin ifadesi olmuş olsaydı, muhafaza etmekde tereddüd etmiyeceğimiz tabii idi. Halbuki hâlen bu sistemi tatbik etmekde olan memleketlerde bile (ticarî muamele) mefhumunun adı muamelelerden tefrikindeki faideler sayılırken tarihî tesirler ile usul ve teşkilât zaruretlerinden başka ilmi bir mesned gösterilmektedir. Misal olarak Fransanın birisi en meşhur birisi de en yeni iki otoritesinin eserlerini göz önünde bulunduruyoruz: (Lyon-Caen) ve (Jean Escarra) ikisi de Paris Hukuk Fakültesi profesörlerinden: Bunların ikisi de ticarî muameleleri adı muamelelerden tefrik etmenin ne gibi faide ve zaruretlere müstenit olduğunu hülâsaten şu suretle ifade ediyorlar:

1.— Mahkemelerin vazifelerini tayin bakımından: Fransız ticaret kanununun 631inci maddesi, Ticaret mahkemelerinin vazifelerinden bahs ederken bu mahkemelerin «Ticarî muamele» lerden doğan ihtilâfları rüyetle mükellef olduğunu ifade etmektedir.

2.— Usul bakımından: Ticaret davalarında ayrı bir usulü muhakeme tatbik edildiği gibi diğer usul kanunlarının bazı maddelerinde de (mevaddı ticariye) hakkında tatbik edilecek hükûmlerin mevcudiyeti böyle bir tefrike lûzum göstermektedir.

3. Tüccar sıfatının tayini bakımından: Tüccarın tarifinde, muamelei ticariye mefhumu büyük bir rol oynamaktadır. Çünkü tüccar, ticarî muamelelerden birile işigali san'at edinen kimseye denir. O halde ticarî muamelelerin nelerden ibaret olduğunu tayin ve tesbit etmek zarurîdir.

4.— Beyyine bakımından: Ticarî muamelelerden doğan ihtilâflarda, Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda yazılı sistemlerden ayrılarak, isbat vasıtaları daha geniş tutulmuştur.

5.— Ticarî adetler: Ticarî ihtilâfların hallinde örf ve adete bırakılan mevki oldukça mühimdir. Bilhassa orta çağlardan akıb gelen telekkilerin tesirleri altında ticarî taamüllere tatbikatda büyük bir mevki bırakılması, ticarî taamül mefhumunun tefrikinde mühim bir amil olmuştur.

Hülâsaten zikrettiğimiz bu sebeblere ilâveten tüccar sıfatının tatbikatda tabi olduğu, iflâs ve diğer inzibatî kaideler de ilâve edildikten sonra görülüyor ki (ticarî muamele) mefhumunun tefriğine gösterilen lüzumun dayandığı mesnedler hep muhakeme usullerine ve mahkeme teşkilâtına mütedair hükümler olup bizatihi ilmî bir zaruret öne sürülemiyor.

Alman ticaret hukuku sisteminde ticarî muamele mefhumunun tefriki bûs bütün başka esaslara istinad etmektedir.

Yukarıda da izah edildiği veçhile, Alman ticaret hukuku subjektif bir sistem takib ettiğiinden bir tüccarın esnayı ticaretde yaptığı bütün muameleler ticarî telekki edilmektedir. (Madde: 343)

Şu kadarki (tüccar) ı tarif eden kanunun birinci maddesi, ticaretle iştigal edenleri tüccar telekki ettiğiinden bu sıfatın iktisabına medar olan muamelelerin yani ticarî muamelelerin tesbit edilmesini lüzumlu görmüşdür.

Vaziyeti kendi hukuk sistemimize ve kanunî mevzuatımıza tatbik edecek olursak bûs bütün başka neticelere varmış oluyoruz:

a) — Mahkemelerin vazifesi bakımından ticarî muamele mefhumunun tayini meselesi, bu gün eski lüzum ve ehemmiyetini kaybetmiştir. Filhakika eski ticaret kanunu ve zeyilleri hükümlerine göre ayrı ticaret mahkemelerinin ve ayrı «usulü muhakemei ticaret» in mevcut olduğu devirlerde böyle bir lüzum belki öne sürülebilirdi. Halbuki 1340 tarihli «mahakimi şer'iyenin ilgasına ve mahakimin teşkilâtına ait ahkâmı muaddil kanun» kaza vahdetini tesis ederek bilcümle «deavii hukukiye ve ticariye» nin rüyetini asliye mahkemelerine tevdi eylemektedir (Madde: 3). Gerçi icab eden yerlerde asliye mahkemelerinin müteaddid dairelere taksimi tecviz edilmekte ise de bu takdirde «envai mesalihe göre vezaifin devair beyinde tevziini» Adliye Vekâletine bırakılmışdır (Madde: 2).

Adliye Vekâleti, işleri çok olan mahallerde sadece iş bölümü bakımından Asliye Mahkemesini müteaddid dairelere taksim edebilir. Nitekim memleketimizin yalnız üç büyük şehrinde ticaret davalarını

rüyet vazifesi ile tavzif edilmiş mahkemeler mevcutturki eski itiyadların tesirleri altında bunlara hâla «ticaret mahkemesi» deniyor. Halbuki bu mahkemeler, eskiden olduğu gibi (tüccar) lar arasından ihtilâf edilmiş azaların da iştirak ettiği hususî bir mahkeme olmayıb Asliye mahkemelerinin bir dairesinden ibaretdir. Memleketimizin diğer taraflarında ise, aynı mahkeme hem ticaret hem de diğer hukuk davalarını rüyet eder. Hatta münferid hakimlerde de vaziyet böyledir.

Bununla beraber, bu vaziyet tatbikatda sonsuz ve lüzumsuz vazife ihtilâflarının hudusuna sebebiyet veriyor. Münferid hakimlerin bile ticaret davalarının rüyetinde ticaret hakimliği sıfatı ile davaya bakmış olması lüzumlu görülüyor. Ve meselâ bu sıfatla karar vermiş olması bir nakız sebebi addediliyor.

Adaletin tecellisini bu kadar sathî ve basit şekil meselelerine feda etmekde hakkımız olmayacağı tabiidir

Memleketimizde eski şekilde ve eski ruh ve manada ticaret mahkemelerinin bulunmaması vazife bakımından ticarî muamelenin âdi muameleden tefriki zaruretinin ortadan kaldırmışdır.

Asliye mahkemelerinin müteaddid dairelere taksim edildiği mahallerde «Ahkâmı şahsiye», «Akâmı ayniye», «Ahkâmı cezaîye» davalarını rüyete tahsis edilen mahkemelerin vazifeleri nasıl idareten tefrik ediliyorsa, lüzum görülen mahallerde ticaret kanununda yazılı mesailden doğan ihtilâfların halli için de bir daire tefrik edilebilir. Ve bunun için de mutlaka «ticarî muamele» mefhumunun kanunen halline bir zaruret yokdur.

b) — Usul bakımından da vaziyet aynıdır. Asliye mahkemelerinin bütün dairelerinde tek bir muhakeme usulü takib edilmektedir. Ticaret davaları için, Fransada olduğu gibi, ayrı bir usulü muhakememiz yokdur. Davanın mahiyeti ne olursa olsun, üç meslek hakiminden tereküb eden Asliye Mahkemesi aynı muhakeme usullerine tevfikan adalet vazifesini ifa ediyor. O halde memleketimizde ticarî muameleleri usul bakımından da diğer hukukî münasebetlerden ayırmağa bir lüzum yokdur.

c) — Ticaret kanunumuz «ukudu ticariyenin sureti tefsiri» hakkındaki (675) ve ardı sıra gelen maddeleri ile, mesaili ticariyede mukavele serbestisinden ve ticarî örf ve adetlerin tatbikinden bahseden (2) inci maddesi — borçlar kanunumuzun mer'iyetinden evvel — belki bir ihtiyacı tatmin eden ve hukukî bir boşluğu dolduran hükümlerden idiler. Fakat Türk kanunu medenisi ile borçlar kanunundan sonra bu modası geçmiş yenilikler üzerinde durmanın bir manası kalmamıştır. Filhakika Türk kanunu medenisinin birinci maddesi ile borçlar kanununun birinci maddesi ve ahkâmı saireleri hem mukavele serbestisi hemde örf ve adetlerin tatbiki bakımından ihtiyaçları doyurabilecek hükümler vaz etmişlerdir.

Bu iki ana kanunun geniş hükümleri karşısında gerek mukavelelerin tefsiri ve gerek örf ve adetin tatbiki için «ticarî muamele» diye bir sınıf tefrikine ve binnetice diğer medenî hukuk ahkâmına karşı bir ikilik ihdasına makul bir sebep dermeyan edilemez.

ç) — İsbat vasıtaları bakımından ticaret kanunumuzda hakikaten bazı istisnâî hükümler mevcuttur. Ezcümle 680 inci madde mevaddı ticariyede «müddeabihin mıkdarı ne olursa olsun şahadat ve karain ve emaratdan mütebassıl kanaate binaen» hükmedilebilmesi salâhiyetini hakimlere vermektedir. 83 üncü madde defter beyyineleri hakkında, 684 üncü madde faturalar hakkında istisnâî hükümler vaz ediyor.

Bu kabil istisnâî hükümlerin esas itibarile muhafazası muvafık görölse bile, münhasiren usule taalluk eden bu gibi meselelerin halli usulü muhakeme kanunlarına düşer. Kaldıkî ticaret işlerinin diğer hukukî muamelelerden tefriki ile usul bakımından ve sübut sebepleri yönünden bir ikilik muhafaza etmek, ihtiyaçları, mahdud bir bakımdan mütalâa etmeğe müncer olur.

Usul kanunlarında yapılacak ufak bazı tadilât, üzerinde durulan bu ihtiyaçları da kolaylıkla tatmin edeceğine göre böyle mefruz bir ihtiyaç, bütün bir kanunun temellerini «ticarî muamele» mefhumu

üzerine istinad etdirib hukuk sistemimizde muzir bir ikilik vücuda getirmek için makul bir vesile olamaz.

VI

Kendi mevzuatımız bakımından vardığımız bu neticeler; beynelmilel ilmi temayülâtın da müteveccih olduğu bir istikamettir.

Nitekim Milletler Cemiyetine merbut: «Institut international de Rome pour l'unification du droit» tarafından (1935) de neşredilen ve satış akdi hakkındaki hükümlerin beynelmilel birleştirilmesini teklife müteveccih bir proje olan «Projet d'une loi internationale sur la vente» 3üncü maddesinde, kanun projesinin tatbik sahasından bahsederken «bu kanun âkidin ve tarafların ticarî ve medenî (Civil) karakterleri nazarı dikkate alınmadan tatbik olunur», denilmektedir. Bu suretle «muamelâtı ticariye» nin en mühim ve hatta yegâne ehemmiyetli mevzuunu teşkil eden satış muamelelerinde (ticarî ve gayri ticarî) ikiliği ortadan kaldırmış bulunuyor.

Projenin esbabı mucibe layıhası bu noktai nazarı çok daha vuzuhla ve beynelmilel ilmi temayülâtı tebarüz etdirerek göstermekde olduğundan ilgili fıkralarını aynen kaydediyoruz :

«3üncü madde hükümlerine göre bu kanun, âkid taraflardan bir «veya ikisinin tüccar olub olmaması ve akdin mahiyeti itibarile ticarî «olub olmaması nazarı dikkate alınmadan alelittlak satışlarda tatbik «olunacaktır. Bu suretle enstitümüz, (Civile) ve (Commerciale) satış- «ların birbirinden tefrik edilmemesi hakkında (International Law Asso- «ciation) ve (Conférence de droit international privé de La Haye) da «telkin edilen mülahazaları kabul etmiş bulunuyor. Ayrıca ticaret kanun- «larına malik bulunmayan devletlerin hususî durumlarını da göz önün- «de bulundurmak icab ediyordu; ve böyle bir tefrik neticesinde tüc- «carın ve ticarî muamelelerin mudil mahiyetlerini tayin zarureti hasıl «olacağından, enstitü, kendi projesini bu karışık taksimler ile ağır- «latmak istemedi »

«Ayrı bir ticaret hukukuna malik memleketlerde ticarî telekki

«edilen mukavelelerin de bu kanunun başlıca tatbik sahası içine gire-
«ceği şüphesizdir».

VII

(Ticarî muamele) mefhumunu ortadan kaldırmakla, (Ticaret) ve (Borçlar) kanunları arasındaki ikilik de kendiliğinden ortadan kalkmış bulunacaktır. Bunun tabii ve zarurî neticeleri olarak:

a) — Bu günkü ticaret kanununun (Muamelâtı ticariye) den bahis bulunan 3üncü faslı ile (taahhüdâtı ticariye) den bahis bulunan 4üncü babının muamelâta müteallik hükümleri ticaret kanunundan çıkarılarak borçlar kanununun ve kanunu medenî nin ticarî ve gayri ticarî bütün muameleler hakkında kabili tatbik olması esasî kabul edilmiş olacaktır.

b) — Ticaret kanunu, aşağıda mucib sebepleri ile izah edileceği veçhile, ticarî müesseselerin hukukî durumlarına müteallik hükümleri ihtiva eden bir kanun haline girecektir. Bu suretle medenî hukuk kanunları ile ticaret kanununun tatbik sahaları tamamen ayrılmış bulunuyor. Medenî hukuk kanunları, ticarî ve gayri ticarî bütün muamelât hakkında tatbik edilecek, ticaret kanununda ticarî müesseselerin hukukî durumlarına müteallik hükümleri ihtiva edecektir.

Bu tarzda bir tefrik, yukarıda ortaya koyduğumuz bir sorunun cevabını vermiş oluyor; yani ticaret kanununu borçlar kanununa ilhak edib etmemek meselesi kendiliğinden halledilmiş oluyor;

Ticaret kanununu İsviçrede olduğu gibi borçlar kanununa ilhak etmek, mevzuun değişmesine rağmen madde numaralarının takib ve teselsülünü kabul etmek demektir. Kanunlar, tatbik sahalarının değişmesi ile birbirinden ayrılırlar; yoksa bir devlet kanunlarının hepsi birbirine bağlı olup bir küle teşkil ederler. Elverirki hükümleri arasında müşterek bir prensip ve fikir birliği hakim olsun. Medenî hukuk kanunlarımız ile ticaret kanunumuz arasındaki tatbik alanları birbirinden tamamen ayrılınca bunları tek kanun çerçevesi içinde birleştirmenin hiç bir ihtiyacı ifade edemeyeceği meydana çıkmış bulunur. Nitekim (Deniz Ticareti kanunu) adını taşıyan kanunumuz

bu güne kadar ticaret kanununun ikinci kitabını teşkil etmesine ve aynı madde sıra numaralarını takibetmiş bulunmasına rağmen tatbikatda ve hukukî mütalâalarda daima ayrı bir kanun gibi mülâhaza edilmiştir. Bunun da sebebi şüphesizki tatbik sahasının tamamen ayrı bulunmasındadır.

Bu itibarla kanunlarımızı, tatbik sahaslarındaki birlik ve ayrılığa göre taksim ve tefrik edersek (Ticaret Kanunu) nu borçlar kanunundan ayırmak icab edeceği gibi Deniz Ticareti Kanununu da müstakil bir kanun haline koymak hem daha ilmi bir hareket olacak hem de tatbikatda karışıklıklara meydan vermiş olmayacaktır.

Hatta aşağıda tekrar izah edeceğimiz veçhile (Poliçe ve çeklere) ait hükümler ile (Sigortalar) hakkındaki ahkâmın da bir çok memleketlerde olduğu gibi ayrı kanunlar içinde tedvin edilmesi tatbikatda kolaylığı ve ilmi mütalâalarda selâmeti istilzam edecek bir tasnif olur.

(Sonu gelecek nüshada)

Prof. Şevket Bilgişin

MAHKEME İÇTİHATLARI

JURISPRUDENCE

Temyiz Mahkemesi 2 inci Hukuk Dairesi—Esas No. 273.

Karar No. 3891, tarih 1/11/937

Beyoğlu 4 üncü Sulh Hukuk Hâkimliği ; Karar No 2/7, Tarih 1/6/937

(M. Maryata ; M. A. Viçenzo Kayvana)

Nafaka--Ecnebler arasında

Hulâsa : Lozanda 21/7/1923 tarihinde imza edilmiş olan ikâmet ve salâhiyet adliye mukavelenamesinin tarafımızdan fesh edildiği İtalya Hükûmetine 3/8/1930 tarihinde tebliğ edilmiş ve bu tarihten bir sene sonra mevzu bahis mukavelename kendiliğinden münfesihi olmuş bulunduğuna göre İtalya tabaası aleyhinde açılan nafaka davasının rüyeti Türk mahkemesinin salâhiyeti dahilindedir.

Ş Beyoğlu Sulh hakiminin bir ilâmını tasdikân Yüksek Temyiz Mahkemesi İkinci Ticaret Dairesince verilen ve sureti mecmuamızda (No 12-108 — 18/10/938)