ADLİYE

Ceridesi

Sayı: 3 Mart 1935

İÇİNDEKİLER:

Yeni vazife alanlar
Vekâletçe onaylanan mütalâa
Ceza işleri müdürlüğünün mütalâaları ve temyiz kararı
Türk ticaret hukuku — *Es. Arsebük*
Adsız cürüm ve kıyas yolile tefsir — *HS. Menemenci*
İtalyanın yeni ceza kanunu — *Baha Arıkan*
Aramızdan ayrılanlar
Yeni kitaplar
Küçük duyuklar
Federal mahkeme kararları — *Es. Arsebük*

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Mevzuu tamamlanmamış makaleler veya eserlerin neşrine başlanamaz. Her yazı 10 satırı geçmiyecek şekilde bir hülâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

115

YENİ VAZİFE ALANLAR:

Açık olan Temyiz Mahkemesi ikinci reisliğine talebile tekaüdü icra edilib tekrar istihdamına lüzum görülen sabık Temyiz ikinci reislerinden Fahreddin ve Temyiz Mahkemesi azalığına temyiz azalığından müstafi Osman Nuri tayin edilmiştir. 3 - 3 - 935

Açık olan Adliye Vekâleti kalemimahsus müdürlüğüne Ankara sulh hâkimlerinden Mehmed Şakir tayin edilmiştir. 3 - 3 - 935

Açık olan 35 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine muvafakatile Gönen müddei umumisi Mehmed Kemaleddin tayin edilmiştir. 3 - 3 - 935

Açık olan Torol sulh hâkimliğine almakta olduğu 30 lira maaşla hâkimlik sınıfları içinde derecesine muadil bir vazifeye nakli takarrur eden İzmir M. U. Muavini Mehmed Rauf tayin edilmiştir. 3 - 3 - 935

Muş azalığına almakta olduğu 35 lira maaşla hâkimliğin diğer sınıflarına nakli icabeden İstanbul müddei umumî muavinlerinden Mehmed Salim, 40 lira maaşla İstanbul M. U. Muavinliğine sıhhî ahvaline binaen Silivri M. U. si Ahmed Hikmet, 35 lira maaşla Mudanya hâkimliğine sıhhî ahvaline binaen İskilib ceza hâkimi Mehmed Ali, 35 lira maaşlı Kayseri M. U. muavinliğine muvafakatile Bozdoğan hâkimi Fuat, 35 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine muvafakatile Seydişehir hukuk hâkimi Muammer tayin edilmiştir. 3 - 3 - 935

ADLİYE VEKİLLİĞİNCE ONAYLANAN MÜTALÂANAME

Yüksek Vekilliğe

Türk hukuk tarihine ait vesikaların bir arada tab'ına dair:

Çok eski zamanlara dayanan ulusal varlığımızın ana kaynaklarından araştırmalar yapan ve oralarda varlığın en şerefli izlerini bulan teşekküller arasında hukukçularımızın da yer alması lâzım geleceğini muhtelif vesilelerle ihsas buyurmuştunuz. Bu yüksek arzuyu yerine getirebilmek için bir taraftan şahsî kütüphanemi Ankaraya nakletmekle beraber diğer taraftan da selâhiyetli kimselerle temasa geçtim. Büyük Şefin verdiği direktifler dairesinde Türk tarihi etrafında tetkikler yapan arkadaşlarımız, bu alanda elde edecekleri belgeleri bize vereceklerdir. Esasen Türk hukuku tarihini kurmak için atacağımız ilk adım tarihte hukuk bakımından araştırmalar yapmak ve bunları toplu bir halde bastırmak olacaktır. Yüksek vekâletin ayda bir çıkardığı (Adliye Çeridesi) bu ihtiyacı karşılıyabilir. Fakat buna iki sebepten dolayı imkân göremedim:

Birincisi — Bu hal ceridenin bu günkü faaliyetini tahdit edecek ve asrî hukuk kültürünün yayılmasına masruf olan çalışmalara kısmen engel olacaktır. Her hangi bir ihtiyacı diğer bir ihtiyacın zararına olarak telâfi etmek Cumhuriyetimizin şiarından olmadığına göre Adliye ceridesini asrî hukukun icap ettirdiği yazılardan mahrum bırakmak doğru olamaz.

İkincisi — Eski vesikalar, gerek imlâ şekilleri ve gerek söyleyiş tarzları itibarile bu günkü lisanın kaidelerine uymaz. Bu sebepten onların tab'ına mütehassısların nezaret etmesi ve yanlışsız basılmak zarureti vardır. Halbuki Adliye ceridesi İstanbulda basılıyor. Tabı işlerine burada nezaret etmek çok faideli bir netice veremez. Kaldı ki bu gibi tarihî bel-

gelerdeki tabı hataları atiyen bu iş üzerinde çalışacak kimseleri yanlış yollara sürükleyebilir.

İşte bu iki sebepten dolayı Türk hukuku tarihi için lüzumlu olan belgeleri her türlü teminatı haiz bulunan Ankara matbaalarından birinde telif ve terceme tahsisatından tab'ı hususuna müsaade buyurulmasını ve keyfiyetin mübayaa komisyonuna tevdiini rica ederim saygı değer vekilim.

13 - 3 - 935

Es. Arsebük
Adliye Başmüfettişi

Evvelce temyiz mahkemesince kararlaştırılmış olan içtihada göre, C. M. U. lerinin muhakeme masraflarına karşı temyizi dava edebilmeleri selâhiyeti kabul olunmuyordu. daha sonra tesis edilen bir içtihadla muhakeme masrafı hiç hükmedilmediği veyahut eksik hükmedildiği zaman C. M. U. lerinin bu hükümleri temyize selâhiyetleri olduğu ve fazla muhakeme masrafı hükmedilen hallerde de şahsî haklara teallûk eden bu fazlalıktan dolayı hükmü temyize selâhiyetleri bulunmadığı kararlaştırılmışdı.

Temyiz mahkemesi U. C. heyetinin 21 - 1 - 935 tarihli en son bir kararıyle harç tarifesi kanununun yanlış tatbikına teallûk eden bütün hükümlere karşı C. M. U. lerinin temyiz selâhiyetleri kabul edilerek şimdiye kadar temyiz mahkemesinin muhtelif daireleri tarafından verilen kararlardaki ayrılıklar birleştirilmiş ve bu suretle C. M. U.liklerince de tereddüd ve ihtilâflara zemin teşkil eden bu mesele bertaraf edilmiştir.

Temyiz mahkemesi U. ceza heyetinin zikrolunan kararı sureti aynen aşağıya yazılmış ve keyfiyet ayrıca ve kısaca C. M. U. liklerine de tamimen tebliğ olunmuştur.

T. C.
Temyiz mahkemesi
umum ceza dairesi
Esas : 4-284, 80
Karar : 21
Tebliğname : 4 - 2799

İLÂM SURETİ

Sekiz aylık kız çocuğunu cami avlusuna terk etmekten suçlu Mehmedin ceza kanununun 446 - son ve 56 ncı maddelerine tevfikan 10 ay hapsine dair hüküm C. M. U. liğinin temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza

119

dairei aliyes'nce tetkik olunarak: suçlu kızın validesi kaçmış olup bakamadığından dolayı muztar bir mevkide kalmış ve bu ıztırap altında hareket eylemiş bulunduğunu beyan etmesine göre bu cihetin cezayı hafifletecek hallerden olup olmadığının düşünülmemesi yolsuz olduğundan bahisle bozulup iade edilmekle suçta cezayı hafifletici hal görülemediği beyaniyle eski hükümde ısrara ve 810 kuruş masarifi muhakemei iptidaiye ile (2200) kuruş masarifi muhakemei hazıra ki cem'an 3010 kuruşun kendisinden alınmasına dair Korkuteli Asliye ceza hakimliğinden ahiren verilen 24/10/934 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki mafevk Antalya C. M. U. liği tarafından müddetinde istida ve bu baptaki evrak Baş Müddeiumumiliğin ilâm harcının fazla hükmedilmesine ait itirazı suçlunun şahsî hakkına ait olduğundan istidanın bu kısmının reddi ve suçta cezayı hafifletici hal görülemediğine ait ve mahkemenin takdir hakkına matuf itirazın da reddi talebini natık 12/12/34 tarihli tebliğnamesiyle birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Duruşma zabıtnamesi mündericatına ve karar yerinde gösterilen sebeblere göre fiilde cezayı hafifletecek bir hal mevcut olup olmadığının düşünülmediğine mütedair bozma sebebine uyulmayarak israren verilen hüküm aleyhine temyiz istidasında dermeyan olunan itiraz varit olmadığından ittifakla reddedilmiştir. Her nekadar tebliğnamede C. M. U. liğinin harca müteallik temyiz itirazı suçlunun şahsına ait olduğundan bahisle reddi istenilmiş ve heyetten bir zat dahi masarifi muhakeme hukuku şahsiyeden olup M. U. nin bu cihetten dolayı temyiz selâhiyeti olmadığı reyinde bulunmuş ise de, harç tarifesi kanununun yanlış tatbikına tealluk eden kararlarda Ç. M. U. lerinin temyiz selâhiyetleri olduğu ekseriyetle kabul olunmuştur. Bu gibi harçlara dair hükümlerde kanuna tatbikte yanlış görülerek münhasıran bu noktada hükmün bozulması halinde temyiz dairelerince ve israren verilen kararlarda U. heyetce yeniden hüküm tesisi icap edip etmiyeceği umumî heyetimizde mevzuubahis ve münakaşa edilerek tatbikatta her ne suretle olursa olsun vukua getirilecek hata ve zuhuller bozmayı müstelzim olmasına nazaran bozmadan sonra ne dairelerce ne de heyeti umumiyece yeniden hüküm tesis edilmeyip yapılan hataların hükmü veren mahkemelerde düzeltilmesi kezalik ekseriyetle onay görülmüştür.

120

Binaenaleyh mahkemece hükmedilen ceza miktarına göre adliye harç tarifesi ka: 50 inci maddesinin 7 inci bendi mucebince 1700 kuruş karç hükmedilmek iktiza ederken mesnet gösterilmeksizin 2200 kuruş harç hükmedilmiş olması yolsuz ve kanuna aykırı bulunmuş olduğundan hükmün bu noktadan bozulmasına ve C. M. U. liğince suçlu lehine temyiz edilmiş olması itibariyle temyiz ilâm harcı alınmasına mahal olmadığına 21 - 1 - 935 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

[Tedrisatı ibtidaiye kanununa ve taş ocakları nizamnamesine tevfikan tayin olunan para cezalarının nevi ve mahiyeti ve tahsil sureti hakkında Isparta C. M. U. liğinden yazılan mütaleaname sureti aşağıya yazılmıştır.]

İSPARTA C. M. U. LİĞİNE

Tedrisatı iptidaiye kanununa ve taş ocakları nizamnamesine tevfikan verilen para cezalarının tahsil sureti **H**:

7-2-935 gün ve 75 sayılı yazı karşılığıdır:

1 - 28 - Eylül - 329 tarihli tedrisatı ibtidaiye kanununa tevfikan takdir olunan para cezalarının icabında hapse çevrileceği 88 nci maddesinde tasrih edilmiştir. Ancak bu kanuna tevfikan takdir olunan para cezalarının 222 No. lu kanun mucebince beş misline iblâğı lâzım geldiğinden umumî hükümlere tevfikan tahsili lâzım gelen bu para cezasının hapse çevrilmesinde mezkûr 222 No. lu kanunun "3,, üncü maddesi hükmünün gözönünde bulundurulması.

11 Mayıs 317 tarihli taş ocakları nizamnamesinin 30 uncu maddesinde ve 31 nci maddesinin son fıkrasında yazılı para cezası iki had arasında bulunmuş olması ve vaz'ı sebebi itibarile amme cezası olacağından ve tahsil sureti hakkında da nizamnamede sarahat bulunmadığından, bu para cezasının umumî hükümlere tevfikan tahsili icab ederse de; 31 inci madde sinin ilk fıkrasında ve 29 ncu maddesinde yazılı para cezaları misil itibarile mevzu olduğundan tazminat kabilinden sayılacağına ve yine tahsil suretine dair nizamnamede bir sarahat bulunmamakla beraber sırf rusum ve tekâlifden dahi ibaret olmayıp cezaen zammedilen misil ile mürekkeb

bulunmasına bakılırsa, bunların da icra ve iflâs kanununa tevfikan tahsili lâzım geleceği mütaleaten bildirilir.

Ciğara kâğıdı kaçakcılığından suçlu kimseler hakkında 1701 sayılı kanunun 63 üncü maddesine tevfikan ihtisas mahkemelerince hükmolunan para cezalarının, mezkûr kanunun 70 ve 76 nci maddeleri ve 1918 sayılı kanunun 56 nci maddesini değişdiren 2271 sayılı kanunun "3„ üncü maddesi hükümleri karşısında ne suretle infaz edileceğinde bazı C. M. U. liklerce tereddüt edilmekde idi.

Temyiz mahkemesi" 3„ ncü ceza dairesinden çıkan 29 - 1 - 35 tarihli ilâm, bu babda husule gelen tereddüdü bertaraf etmişdir. Zikrolunan ilâm sureti aynen aşağıya yazılmıştır.

TEMYİZ İLÂMI SURETİ

Sığara kâğıdı kaçakcılığından 1918 numaralı kanunun 25—2 nci maddesine tevfikan 6 ay hapse mahkûm Mustafa ile 33 üncü maddesile 3 ay hapse mahkûm Mehmedin ayni zamanda 1701 numaralı kanunun 63 üncü maddesine tevfikan mahkûm bulundukları 176310 kuruş para cezasının ne suretle hapse çevrileceğinde vuku bulan tereddüt üzerine bir karar verilmesi hususunda M. umumilikten sebkeden talebe mebni, ağır veya hafif addine imkân olmayan işbu para cezasının 1701 numaralı kanunun 70 inci maddesinde yazılı ahkâm dairesinde hapse çevrilmek suretile infazı icap edeceğine dair ihtisas işlerine de bakan Ankara üçüncü asliye ceza hâkimliğinden usulün 402 nci maddesine tevfikan verilen 10-2-934 tarihli kararın 1701 numaralı kanunun 70 inci maddesi hükmü hey'eti mahsusalar tarafından verilen para cezalarının hapse çevrilmesinde kabili tatbik olup 1918 numaralı kanuna tevfikan kaçakçılıktan mahkûm edilmiş olan suçlular hakkında hapis cezasile birlikte hükmedilmiş olan para cezası miktarı ve mahiyeti itibarile ağır para cezalarından madud bulunduğu cihetle 1918 numaralı kanunun 56 nci maddesini tâdil eden 2271 numaralı kanunun 3 üncü maddesine tevfikan hapse çevrilmesine karar verilmesi icabederken yazılı olduğu şekilde karar verilmesinde isabet görülemedi-

122

ğinden C. M. U. kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması Adliye Vekâleti celilesinin 20-12-934 tarihli ve 1994 — 1098 numaralı yazılı emirle talep ve bu baptaki evrak C. Baş M. Umumiliği yüksek memuriyetinin 22-12-934 tarihli tebliğnamesile daireye tevdi olunmakla tetkik ve icabı müzakere olundu:

2271 numaralı kanunun 3 üncü maddesi hükmüne ve filin mahiyetine göre, yazılı emre atfen ihbarnamede dermeyan olunan mütalea varid olduğundan mezkûr kararın ceza M. U. kanununun 343 üncü maddesine tevfikan aleyhe müessir olmamak üzere bozulmasına 29-1-935 tarihinde ittifakla karar verildi.

TÜRK TİCARET HUKUKU

Ön söz

Kanunlarımıza ulusal bir kisve giydiremez miyiz ? Senelerdenberi fikrimi işgal eden bu sual etrafında daima dolaşmaktayım. Niçin biz de bir *Thaller*, bir *Leon Caen*, bir *Vivante*, bir *Cosack* çıkmıyor ? Bu müelliflerin hiç biri diğerlerinden müstağni kalarak kendi başlarına sırf kendi kafalarından çıkan bir eser yazmadılar. Bilâkis her müellif diğerlerinden topladığı malûmatı kendi görüşüne, kendi düşünüşüne göre tasnif etmiş ve üzerine ulusal ve şahsî bir etiket vurmuştur. Vakıâ her Fransız hukukçusu bir *Thaller* olamadı; her Alman hukukçusunun bir *Cosack* olamadığı gibi.

Bu sözlerimle tercümeye taraftar olmadığım zannedilmesin.. İlmî eserlerin Türkçeye çevrilmesine her kesten fazla taraftarım. Hattâ borçlar kanunu, medenî kanun gibi müstakil bir kaynaktan alınan mevzuatımızın kendi görüşümüze göre şerhedilmesine bile muhalifim. *Oser, von Tuhr, Wieland* gibi garb hukuku aleminde büyük şöhret almış üstadların eserleri iyice anlaşılmadan kendi malûmatımızla bu mevzular etrafında yazı yazmağa kalkışmak, hukuk ilmi namına büyük bir tehlike olur. Fakat muhtelif memleket kanunlarından toplanan ticaret kanunumuz için mesele başkadır. Bunun şerhini hiç bir yerde bulamayız. Binaenaleyh bu sahada muayyen bir kitabın görüşüne bağlanmak imkânı yoktur.

Türk hukukçuları arasında da lisan bilenler, tetkik ve tetebbü zevkini alanlar var. Sonra her hangi bir mevzu etrafında ilmî ve kazaî içtihatları toplamak mümkündür. İşte bu gibi kaynaklara dayanarak terkibî ve tahlilî teşrihler yapmak hukukçularımız için ihmali caiz olmayan bir borçtur. Kanun maddelerini sıra ile yazmak ve altına aynı mealde bir kaç satır ilâve etmek teknik bakımdan hiç te kıymetli bir şey olmuyor. Öyle ticaret

kanunu şerhlerini gördüm ki (579) uncu maddeyi aynen yazmış ve altına da maddenin mealini teşrih eylemiştir. Halbuki bu madde resmî şekilde okunursa ma'nasız bir şeydir :

Madde: 579 — Görüldüğünde yahut görüldüğünden itibaren bir müddet sonra tediyesi lâzımgelen poliçe kanunen muayyen olan müddetin inkızasından sonra ibraz edilmiş addolunur.

Ademi kabul veya ademi tediye protestoları kanunen muayyen olan müddetten sonra icra kılınır.

Masrafsız iade olunacak şartını havi olan poliçe müddeti muayyeneden sonra ibraz olunursa hamilin, kabul eden kimse müstesna olmak üzere gerek keşideciye ve cirantalara gerek sair mesullere karşı hakkı müracaatı sakit olur...

Müracaat hakkının sukutuna dair olan bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarından mânâ çıkarmağa imkân görmüyorum. Bu güçlüğü halledebilmek için 1910 ve 1912 de yapılan *La Haye* konferanslarına ait zabıtları ve oradaki nizamnameyi görmek, tetkik etmek icabeder. Ticarî senetlere mütedair olan mezkûr nizamnamenin 52 nci maddesini okuduktan sonra kanunumuzun maddesini şu suretle anlarız :

Madde: 579 — I; Görüldüğünde yahut görüldüğünden itibaren bir müddet sonra tediyesi lâzımgelen poliçe kanunen muayyen olan müddetin inkızasından sonra ibraz edilmiş olursa ;

II; Ademi kabul veya ademi tediye protestoları kanunen muayyen olan müddetten sonra icra kılınırsa;

III; Masrafsız iade olunacak şartını havi olan poliçe müddeti muayyeneden sonra ibraz olunursa;

Hamilin, kabul eden kimse müstesna olmak üzere....

Görülüyor ki yeni yetişenlerimize basit te olsa ilmî bir tahlil tarzını öğretmeğe borçluyuz.

Bu esastan hareket ederek bir kaç senedenberi Türk ticaret hukuku mevzuu etrafında çalışmaktayım. Kitabıma vereceğim tertip tarzını kararlaştırdıktan sonra çok muhtasar ve fakat hukukçularımızın kültürünü yükseltmek noktasından bilgilerimin faydalı kısımlarını bu mevzu etrafında tesbit ediyordum. Takip ettiğim usul, ticaret hukukumuzu ulusal bakımdan kurmaktı. Başlangıç ile birinci babın ilk parçaları ikmal edildi. Eserin

tamamlanması için daha iki sene çalışmalıyım. Yeni vazifem bu mesaiye devama maddeten imkân bırakmadı. Eserin ikmalini daha müsait bir zamana talik ederek — kudretim nisbetinde bir misal göstermiş olmak için — bu mesaimi hukukçularımıza arzediyorum. Mevzuu tamamlamak lûtfunda bulunacak meslekdaşlara aşağıki yazıları büyük bir sevinçle mal edebilirim.

17-3-1935 *Es. Arsebük*

BAŞLANGIÇ

Birinci kısım

Ticaret hukukunun tarifi — Ticaret hukukunun şümulü — Tacir ve ticarî muameleler mefhumlarının tahlili
Madde 1, 4 ilâ 25

1.— Ticaret hukukunun tarifi :

Ticaret hukuku, hukuku hususiyenin bir kısmını teşkil eder ve bilhassa ticarî muamelelerde tatbik olunur.

Bu tarifte iki nokta nazarı dikkatimizi celbeder :

I — Hukuku hususiyenin bir kısmını teşkil etmesi ;

II — Ticarî muamelelerde tatbik olunması.

Birincisinden başlayalım :

Ticaret hukuku, hukuku hususiyenin bir kısmını teşkil etmekle beraber ihtiva eylediği meseleler itibarile hukuku hususiye sahasının hudutlarını aşar. Filhakika ticaret hukukunun :

Evvelâ ; amme hukuku ile münasebeti vardır. Kazanç vergisi, gümrük takyidatı, ticaret mahkemelerinin teşkili gibi.

Saniyen; idare hukuku ile münasebeti vardır. Umumun sıhhatını bozacak müesseselerin açılamıyacağı hakkındaki memnuiyetler gibi.

Salisen; ceza hukuku ile münasebeti vardır. Alâmeti farikaların taklidi, gayri kanunî rakabet, hileli iflâs gibi.

Rabian; beyneddüvel hukukla münasebeti vardır. Harb cari olduğu zaman muharib veya bitaraf gemilere yükletilen malların mukadderatı gibi.

Mevzuunun icaplarından olarak bu suretle her tarafa kol salan ticaret hukuku, mahiyeti itibarile hukuku hususiyenin bir parçasıdır. Türkiyede kanunu medenî ve borçlar kanunundan başka ve onlardan ayrı olarak bir de ticaret kanunu vardır. Bunlardan birincisi bilûmum vatandaşların

126

tâbi olduğu bir kanundur. İkincisi ise yalnız ticaretle uğraşan vatandaşlar veya tacir olsun olmasın kanunen ticarî sayılan muameleleri yapan kimseler hakkında tatbik olunur.

Tacirlerin yaptıkları muamelelerle kanunen ticarî sayılan muameleler arasındaki farka biraz sonra temas edeceğiz.

2 — Hukuku hususiye sahasındaki ikiliğin münakaşası:

Hukuku hususiye sahasında bu ikiliğe lüzum var mı ? Ticaretle uğraşanları da diğer vatandaşların tâbi olduğu medenî ve borçlar kanunlarına tâbi tutmak mümkün değil midir ?

Bu sual hukuk âleminde ikide bir ileri sürülür ve esas itibarile de hakikaten variddir. Çünkü bugünkü hukuk telâkkisi fertler arasındaki müsavatın kat'i olmasını arada hiçbir fark gözetilmemesini istilzam eder. Vakıa büyük Alman hukukçusu İhering (Yering) in dediği gibi [1] müsavat, insanların en hasis emellerinden doğan bir fikirdir. Çünkü müsavatın kaynağı kıskançlıktır. Kimsenin benden fazla mes'ud olmaması, sefaletime diğerlerinin de iştiraki, müsavat fikrini doğurmuştur Bu bakımdan müsavatın hiç te istenilecek birşey olmaması lâzım gelir. Esasen bizim yaratmak istediğimiz müsavatın yanı başında, tabiat hâdisata verdiği cereyanlarla binlerce müsavatsızlığa meydan vermiyor mu ? Beşeriyet bu hususta tabiati taklid edebilseydi herhalde müsavata bağlı kalmazdı. Fakat ne çare ki müsavat olmıyan yerde cemiyet teessüs edemiyor. Çünkü fertler arasında mükellefiyetler ve menfaatler müsavi surette taksim edilmezse bundan en evvel cemiyet zarar görüyor. Bunun sebebi muvazenenin bozulmasıdır. Yeniden bir muvazene tesisi ise bir mücadelenin çıkmasına yani cemiyetin ikiye ayrılmasına vücud verir. İşte bundan dolayıdır ki asrımızdaki hukuk telâkkisi müsavat esasına dayanır. Binaenaleyh hukuku hususiye sahasında tacir olanlarla olmıyanlar arasında böyle bir farka yani müsavatsızlığa meydan verilmesi hiç te tavsiyeye lâyik değildir. Ve bugün filen bu ikiliğin cari olmadığı memleketler vardır. İngiltere ve İsviçre gibi, İngilterede tacirlere mahsus olmak üzere hiç bir hüküm konulmamıştır. Bir İngiliz hukukçusu nazarında, ticaret hukuku, ancak bizim nazarımızdaki aile hukuku, aynî haklar gibi bir mana ifade edebilir. Daha açık bir tabirle hukuku hususiye-

---

[1] Hukukda gaye. sayfa : 90

nin bir faslını anlatır [2]. Yalnız ticarî senetler, anonim ve limited şirketler hakkında asrımızın başlarına doğru İngilterede bazı kanunlar yapılmıştır. İsviçreye gelince borçlar kanunu orada ticarî muamelelere de tatbik edilmektedir. Fakat bunların haricinde kalan Avrupa devletlerinin hemen hepisinde hukuku hususiyenin yanında bir de ticaret hukuku vardır. Filhakika Fransada hem kod sivil hem de ticaret kanunu bulunduğu gibi Almanya, İtalya, Ispanya, Yunanistan, Romanya ve sairede dahi böyledir.

Bu ikiliği gidermek için bir vakitler Fransada çok kuvvetli bir cereyan vardı. İkiliği ortadan kaldırmak isteyenler ticaret kanununun ilgasını değil: belki ticaret hukukundaki istisnaî hükümlerin kanunu medenî sahasına işmalini arzu ediyorlardı.

3 — İkiliğin mahzurları:

Vakıâ bir memlekette tatbik olunacak kanunların şahıslara göre değişmesini haklı gösterecek aklî ve mantıkî bir sebeb bulunamaz. Bundan başka bu ikilik bazı mahzurlara da meydan verir. Meselâ mehakimin vazifesi meselesi bunlardan biridir. Çünkü kanunu medenî ve borçlar kanunundan ayrı ve müstakil olarak bir ticaret kanunu kabul olununca, tabiatile, bu kanunun tatbikına memur olan mahkemeleri de teşkil etmek lâzım geliyor. Şu halde hukuk mahkemelerinin yanı başında bir de ticaret mahkemeleri bulunacak demektir. Halbuki iki nevi mahkemelerin vazifelerini ayırmak o kadar kolay birşey değildir. Çünkü, biraz evvel demiştik (1) ticaret hukuku yalnız tacirlere değil; ticarî muamelelere de tatbik olunuyor. Tüccar olan kimselerle olmıyan kimseleri ayırmakta güçlük yoktur. Fakat ticarî muameleler mefhumunu, medenî muameleler mefhumundan ayıracak kat'î kıstasların bulunmasına - bilhassa bizim kanunlarımızın arzettikleri hususiyetlere göre - çok defa imkân bulunmaz. Bu imkânsızlık başlıca iki sebepten ileri gelir:

Birincisi; Muamelelerin mahiyetleri itibarile — Medenî muameleler ve ticarî muameleler mefhumlarında sübjektif unsurlar o kadar çoktur ki bunları birer birer tahlil ederek her birerlerine hakikî mevkilerini vermek, yani muamelenin medenî veya ticarî mahiyetini kat'iyetle tayin etmek

---

[2] Éléments du droit commercial anglais. par T. M. Stevens D. C. L. 1909 İntroduction.

ilk nazarda zannolunduğu kadar kolay olmuyor. Netekim bunun birçok misallerine sırası geldikçe temas edeceğiz (aşağıda **45, 46, 47** numaralara bakınız).

İkincisi; kanunlarımızın vaziyetleri itibarile — Gerek borçlar kanununda ve gerek ticaret kanununda ayni bahislerin başka başka hükümlerle tedvin edildiğine tesadüf ediyoruz; filhakika:

a)	Ticarî mümessiller ve diğer ticarî vekiller	Borçlar kanunu	madde:	449—456
	Ticaret memur ve mümessilleri	Ticaret »	» :	87—97
	Vekâleti ticariye	Ticaret »	» :	822—844
b)	Nakliye mukaveleleri	Borçlar »	» :	431—448
	Nakliyat	Ticaret »	» :	887—931
c)	Komisyon	Borçlar »	» :	416—430
	Komisyon	Ticaret »	» :	845—878
d)	Dellâllık	Borçlar »	» :	404—409
	Ticaret dellâllığı	Ticaret »	» :	101—118
e)	Haksız rakabet	Borçlar »	» :	48,348-352
	Gayri kanunî rakabet	Ticaret »	» :	56—65

Görülüyor ki fasılların mevzuları itibarile birbirinin ayni olan bahisler oldukça kabarık bir yekûna baliğ olmaktadır. Bu karışık vaziyet yalnız bize münhasırdır. Çünkü yukarıda görüldüğü veçhile (2) borçlar kanunu İsviçrede hem hukuk, hem de ticaret meselelerinde tatbik olunur. Halbuki biz müstakil bir ticaret kanunu yaptık ve borçlar kanunundan yalnız şirketler ve senedat bahislerini çıkararak üst tarafını bazı küçük tâdilât ile tamamen aldık. Bu hal bizi kanun tekniği bakımından çok garip neticelerle karşılaştırır.

A. Mahkemelerin vazifesi bakımından — Borçlar kanununun (komisyon) u ile ticaret kanununun (komisyon) u arasında mahiyet muamele itibarile hiçbir fark yoktur. Vakıâ her iki kanundaki hükümler arasında bazı farklar vardır. Fakat bu farklar vazifedar olan mahkeme anlaşıldıktan sonra mevzu bahis olabilir. Halbuki mahiyeten yekdiğerinin tamamen ayni olan komisyon muamelelerini ticarî veya medenî diye nasıl ayırabiliriz.

129

Kezalik haksız rakabet ile gayri kanunî rakabet arasında dahi bir fark görülmesine imkân yoktur. Binaenaleyh «haksız» veya «gayri kanunî» tâbirlerinden birini tercih suretile hâdiseye vereceğimiz unvan mahkemelerin vazifesini tayinde esas olamaz. Çünkü bu takdirde vazife meselesi bir kelime oyununa müncer olur. Halbuki teşkilâtı esasiye kanununun 53 üncü maddesi «mahkemelerin vazifesi kanunla muayyendir» diyor.

B. muamelenin mahiyeti bakımından - borçlar kanunile ticaret kanununun ayni mevzulara temas etmiş olmaları ikinci bir müşkülâta meydan verir ki evvelkisinden daha ehemmiyetlidir. Çünkü muamelenin mahiyetine müessir oluyor. Ticaret kanununa göre komsiyonculuk etmek bizatihi ticarî muamele yapmak demektir. Vazıı kanun bu muameleyi objektif bir tarzda ticarî addetmiştir. O halde komsiyon işi hiçbir zaman bir hukuk davası olamaz ve bu muameleye medenî bir mahiyet izafe edilemez. Ticaret kanununun bu sarih emri karşısında borçlar kanunundaki 416 - 430 uncu maddelerin ifade ettikleri hüküm ne olabilir? İşte halledilmemeğe mahkûm olan bir sual [3]

Kezalik «haksız rekabet» medenî hukukta cari olabilir mi? Suali de, üzerinde durulması lâzım gelen bir bahistir. Ticaret kanununun sarahatına nazaran «gayri kanunî rekabet» haksız muamelelerden doğan borçların ticaret sahasında arzettiği bir hususiyet olmak icabeder. Fakat ne çare ki borçlar kanununun 48, 348, 349, 350, 351 ve 352 nci maddeleri bu noktai nazarı sarahaten tekzib eden hükümleri ihtiva ediyor.

---

[3] Bu suale iki mütearife ve bir maddei kanuniyeden istiane edilerek şöyle bir cevap vermek mümkündür : Borçlar kanunu 8 mayis 1926, ticaret kanunu 29 mayis 1926 tarihinde neşrolunmuştur. En son neşrolunan kanun, mevzu olduğu sahada evvelce vazedilmiş hükümleri tadil eder. Halbuki ticaret kanunu, bir kanunu hususîdir. Binaen aleyh kanunu umumî ile tearuz eden mevadda kanunu hususî hükümleri tatbik olunmak lâzım gelir. Diğer taraftan ticaret kanununun 1013 üncü maddesi "işbu kanuna mugayir ahkâm mülgadır, diyor. Şu halde işbu maddeden istiane ederek ticaret kanununa mugayir olan bu hükümleri mülga addetmek ve binnetice ticaret kanununda mevzuu bahs olan bilumum hâdiselerde ihdas edilen haklar için kanunu mezkûr hükümlerinin cari olacağını kabul eylemek lâzım gelir. Bu takdirde ise vazife mes'elesi "ticaret kanununda yazılı olan mevaddın rüyeti ticaret mahkemelerine âittir. Ayni mevzua dair kanunu umumîde mezkûr olan münakız hükümler kanunu hususî sahasında tatbik olunamaz„ şeklinde halledilebilir. Fakat muhtelif tarihlerde neşr olunmakla beraber her iki kanunun da 4 teşrini evvel 1926 tarihinde mer'iyete girmiş bulunması bu mülâhazanın bütün teknik kıymetini sarsdığı da âşikârdır. Çünkü borçlar kanununun 21 gün evvel neşrolunması bir tesadüf eseri olduğu gibi henüz mer'iyete girmeyen bir kanunun ilga edilmesi de tuhaf bir şey oluyor.

130

Bir misal alalım. Avukatlık ve doktorluk, ticaret demek değildir. Şimdi bir avukat farzediniz ki Üniversitenin hukuk kısmını bitirmiş bir genci yanına muavin olarak alıyor. Bu muamele, medenî bir muameledir. Avukat iş sahibidir ve muavin de işcidir. İşte yapılan muameleye nazaran her iki tarafın kanunî vasıflarını da tesbit etmiş olduk. Acaba borçlar kanununun 348 nci maddesine istinaden taraflar arasındaki mukaveleye rekabet memnuiyeti şartı konulabilir mi ? Ben bu suale hayır cevabını vermekte bir dakika tereddüd etmem. Çünkü böyle bir memnuiyetin muteber olması için iki şarttan birinin tahakkuku lâzımdır :

1 — İş sahibine hissolunacak kadar bir zarar husulüne sebebiyet verecek derecede işçinin müşterileri tanımış olması veya :

2 — Yine ayni derecede işçinin esrara nüfuz etmiş bulunması.

Halbuki avukatlıkta müşterilerle iş sahibi arasındaki münasebet, iş sahibinin ihtisasına müstenid şahsî bir mahiyeti haizdir. Burada herhangi bir mal satın almak keyfiyetinden başka bir hususiyet var. Binaenaleyh bir avukat veya bir doktorun kendi muavinini rekabetten men edememesi lâzım gelir. Çünkü bu yoldaki bir memnuiyet kanunu medeninin 23 üncü maddesine muhalif olur.

Sırası geldikçe üzerlerinde uzun uzadıya tevakkuf edeceğimiz bu meselelere burada mahza hukuku hususiye sahasındaki ikiliğin tevlid ettiği mahzurları ve güçlükleri göstermiş olmak için temas ediyoruz.

4 — İkiliğin sebepleri :

Bütün bu güçlüklere ve mahzurlara rağmen hukuku hususiyenin yanında ondan ayrı ve müstakil olarak bir ticaret kanununun bulunmasını haklı gösterecek sebepler de yok değildir.

A. kredi — Bunların en başında kredi meselesi gelir. Filhakika bu mesele hukukta ve ticarette yekdiğerine zıd denecek derecede ayrı birer mahiyet arzeder. Kredi tacir için bir ihtiyaçtır. O, kendi sermayesinden ziyade diğerlerinin servetini işletir. Buna muvaffak olabilmek için servetini işlettiği kimselerin itimadını kazanmak mecburiyetindedir. Binaenaleyh mallarını vade ile alır. Halbuki kanunu medenî ve borçlar kanunu bu kabil veresiye mal almağı umumiyetle iyi gözle görmez. Yorganına göre ayak uzatmak medenî kanunun takib ettiği ve takib etmesi lâzım gelen

731

bir düsturdur. Hukuku hususiye sahasındaki kredi aynı bir kredidir. (crédit réel). Burada kredi şahsın maddî servetine istinad eder. Ticaret hukukunda ise kredi maddî değil şahsîdir (crédit personnel): Burada kredinin derecesi, miktarı tacirin servetile ölçülmez, etrafındakilere telkin edebildiği emniyet ve itimad ile ölçülür. Demek ki buradaki muvaffakiyet şahsî kabiliyete bağlıdır. Şu halde 500 lira sermayesi olan bir tacirin 5000 liralık bir kredi ile iş yapması bir muvaffakiyet eseridir. Ticaret hukuku bu muvaffakiyeti alkışlar. Halbuki tacir olmıyan bir adam 500 lira ile 5000 liralık bir işe kalkışsa kanunu medenî onu hacreder. Kezalik hukuku hususiye sahasında krediye müracaat etmiyen bir adamın maddî vaz'yeti sağlâm demektir. Kazancı ile masrafları arasında tam bir muvazene bulunduğu anlaşılır. Halbuki ticaret sahasında krediye müracaat etmiyen bir adamın bu hareketi, harice emniyet ve itimad telkin edemediğine masruf olur. Görülüyor ki evvelkisinde kuvvet ve sağlamlık ifade eden peşin para ikincisinde muvaffakiyetsizlik ve zaaf ifade ediyor. Kredinin ticaret sahasındaki mevkiini medenî sahaya işmal ise çok tehlikeli bir hareket olur.

İşte kanunu medeniden ayrı bir ticaret hukukunun bulunmasındaki lüzumu gösteren klâsik sebeplerin en mühimmi fikrimce budur.

B. Sür'at — Tüccarlara ve ticarî muamelelere mahsus bir kanun bulunmasını haklı gösteren diğer bir sebep te ticaretin istilzam ettiği sür'at tir. Hukuku hususiye sahasında muameleler, muayyen bir takım şekillere tâbidir. Bunların alelekser tahrirî olması da lâzım gelir. Aksi takdirde akitlerin isbatına imkân kalmaz. Halbuki ticaret, sür'ati icabettirir. Bundan dolayı ticaret sahasında akitlerin isbatı için birtakım kolaylıklar gösterilmiştir ki bunlar hukuku hususiyede yoktur.

C. Tarihî bir zaruret — ve nihayet Türkiyede bu ikiliği izah edecek tarihî bir sebep te vardır. Bizde eskiden fıkıh hükümleri cari idi. Halbuki ticarî muamelelerin yeni yeni ihtiyaçlar karşısında daima değişen, genişliyen icabatını fıkıh kitaplarında bulmağa imkân yoktu. Bu sebepten «Gülhane hattı hümayunu» ile Osmanlı imparatorluğunda ıslahat cereyanları başlayınca 1861 tarihinde Fransa ticaret kanunu iktibas edildi. Bu suretle fıkıh hükümlerinin yanı başında bir de ticaret hukuku teessüs etmiş oldu. Bu iki hukuk yekdiğerine yalnız mahiyeten değil; şeklen de yabancı idiler. Tercümelerindeki bozukluğa, ifadelerindeki düşüklüğe rağmen eski

132

ticaret kanunu nihayet yazılı ve mazbut bir kanun idi. Fakat medenî hukukumuz için böyle kanun şeklinde tesbit edilmiş bir şeye malik değildik. Medenî muameleler fıkıh kitaplarında emsali hâdiseler aranmak suretile halledilmekte idi. Bu kitaplarda ise bir meselenin bir çok hal şekillerine tesadüf olunurdu. Bu karışıklığın önüne geçilmek için fıkhın akitler kısmı parça parça tedvin edilerek 1869 tarihinden itibaren mer'iyete konuldu. Bu kanunun ismi «mecelle» dir. İşte bu suretle bizde de bir taraftan mecelle diğer taraftan ticaret kanunu namı altında hukuku hususiyeye müteferri iki kanun meydana gelmiş oldu. Mecelle, kaynağını fıkıh kitaplarından alır. Ticaret hukuku ise hâdiselere tatbik şekillerini garb eserlerinde bulurdu. Bu hal, tabiatile hukuk ve ticaret kanunlarını biribirinden tamamen ayrı iki cereyana tâbi tuttu.

Meşrutiyetin ilânı üzerine, Osmanlı imparatorluğu, kanunlarını ıslâh etmek istediği zaman memlekette Şark ve Garp hukukları arasında bir mücadele başlamıştı. Kanunu medeniyi hazırlamağa memur olan heyet, yine fıkıh kitaplarına sarıldı. Garptaki esasları orada bulmak istiyordu. Ticaret kanununun ihzarını eline alan komisyon ise doğrudan doğruya Garba teveccüh etti. Bu çalışma tarzı her iki heyetin anlaşmasına imkân vermiyordu. Çünkü biri fıkıh kitaplarile kendisini mukayyet görüyor ; diğeri ise garptan memleketin ihtiyaçlarına uyan her esası serbestçe alıyordu. halbuki esas itibarile, ticaret kanunu, kanunu medeninin bir kısmını teşkil edecekti. Binaenaleyh hukuku hususiye sahasına hâkim olması icabeden umumî esasların ticaret kanununda değil; belki kanunu medenide yer alması lâzım gelecekti. Fakat kanunu medeninin tuttuğu yol, neticesi takdir edilemiyen bir şeydi. Kanunu medenî ismi altında hazırlanacak lâyihanın ne olacağını evvelden kestirmek mümkün değildi. Bu sebepten ticaret kanunu komisyonu, kanunu medeniye aid olan umumî esasların mühim kısımlarını ticaret kanununa geçirdi. Sonra bu esasların daha çok hâdiselere tatbik edilebilmesi için ticarî muameleler listesini kabartmak yolu ihtiyar olundu. Bu suretle toplu bir halde yaşayan insanlar arasında yapılmakta olan muamelelerden - hemen kâffesi değilse bile - pek çoğunun beynelmilel esaslara uygun bir şekilde cereyanı temin edilmiş oluyordu. İşte bu vechile ticaret komisyonu, kanunu medenî ile tamamlanmak lüzumunu hissettirmiyecek, daha doğrusu, kendi kendisine kifayet edecek bir kanun yapmak fikrini takib etmişti.

133

Kanunu medeniyi hazırlamakta olan heyete gelince bu komisyonun mesaisi - takib ettiği metodun zarurî bir neticesi olarak - gittikçe tereddiye uğradı ve nihayet eski mecellenin tadilinde karar kıldı.

Cümhuriyetin ilânı üzerine hükûmet, kanunu medenî komisyonunun ihtiyacı karşılayamıyacak olan ma'nasız mesaisine nihayet verdi. Ve bir taraftan İsviçre kanunu medenisile borçlar kanununu bazı küçük tadilâtla kabul ederken, diğer taraftan ticaret komisyonunun hazırladığı lâyihayı Büyük Millet Meclisine sevketti. İşte bu suretle şark ve garb hukukları arasındaki mücadele, garb hukukunun tam bir zaferile neticelenmiş oldu.

Bu izahatla ayni zamanda hem Türk ticaret kanununun genişliği hakkında bir fikir verilmiş hem de kanunu medenide bulunması lâzım gelen ve bugün filen kanunu medenî ve borçlar kanunumuzda yazılı olan esasların neden dolayı ticaret kanununda yer almış bulunduğunu da anlatmış oldu.

D. Kaynak farkları — Bütün bunlardan sarfınazar edilse bile ticaret hukukunun medenî hukuktan ayrılması, her iki hukukun ayrı ayrı kaynaktan gelmesi itibarile -bazı cemiyetler için- lâzım bir keyfiyettir. Vakıâ ilk zamanlarda ticaret hukuku namile bir hukuk meydana geldiğini iddia etmek tarihin verdiği malûmata nazaran imkânsız bir şeydir. Fakat cemiyetler kurulupta aralarında münasebet başladığı zaman meslekî teşekküller vücude gelmiş ve her meslek kendi aralarında teessüs eden örfleri, âdetleri tahkim suretile münasebetlerini devam ettirmişlerdir yolunda bir iddiada bulunmak hiç te yanlış olmaz zannederim. İki ayrı topluluğun münasebetlerine hâkim olan bu âdetler pek zarurî olarak medenî hukuk kaidelerinden mahiyeten farklı birtakım esaslara vücud vermiştir. Ben şahsan şuna kaniim ki - coğrafî mevkileri itibarile - ticarî münasebetlerini inkişaf ettirmek ıztırarında kalan cemiyetlerde işte bu esaslar ana kanunu teşkil etmişler ve cemiyetin medenî ihtiyaçlarını karşılayan prensipleri de bu kanunun etrafında toplamışlardır. İşte bunun içindir ki bugün bazı devletlerde müstakil bir ticaret kanununa tesadüf etmiyoruz.

Ticaret hukukunun tarifindeki birinci noktaya dair verdiğimiz izahat burada bitiyor; şimdi ikincisine geçebiliriz.

104

5 — Ticarî muamelelerden anlaşılmak lâzım gelen ma'nâ nedir?

A. Esas itibarile — Sureti umumiyede ticaret; mahsulâtın, paranın kıymetli evrakın tedavülü demektir. Binaenaleyh aklen ve mantıkan:

a) Bu tedavüle sebeb olan her muamele ticarî bir muameledir;

b) Bu tedavüle vasıta olan her adam tacirdir;

c) Bu tedavülü temine uğraşan her meslek ticaret mesleğidir.

Demek ki ticaretin hedefi, bir mahsulü yer yer dolaştırarak onu imal edecek veya imal veyahud istihlâk için satın alacak bir piyasaya sevketmekten ibarettir. Mahsullerin satıldığı sahaya piyasa derler. Bu kelime lisanımıza İtalyancadan geçmiştir: piazza. Hattâ eski lehcemizde bu kelimeyi İtalyanlar gibi piyaça diye söylerdik. Fransızcası (place) dır. Lisanımızda piyasaya «bazar yeri» de derler. Bazar farisice bir tabirdir. Baz, geri; ar, averden mastarından getirmek. Bazar = geri getirme. Yani mal bedelinin geri alınacağı yer.

Senede birkaç defa açılan ve birkaç gün devam eden bazar yerlerine panayir derler. Bu da Yunancadan bize gelen bir kelimedir. Eski Yunanlılar dinî ziyaretler dolayısile yapılan umumî toplantılara bu ismi vermişlerdi. Fakat ziyaretçilerin bu toplantı esnasında alış veriş etmeleri de caizdi. Bu sebepten işbu kelime zamanla ticarete mahsus mahallere alem olmuştur.

Bu gibi mahaller hakkında hususî kanunlar ve nizamlar vardır. Ticaret kanunumuz piyasa kelimesinin ihtiva ettiği ma'nayı 119 uncu maddede gösterir.

B. Zaman ve mekân — Malı piyasaya sevketmek için zamana ihtiyaç vardır. Herhangi bir malı paraya çevirmek bir zaman meselesidir. Sonra malın piyasasını bulmak lâzım geliyor. Bu piyasa, yani mekân, çok defa uzak memleketlerdedir. Piyasa veya bazar yeri tabirleri malın seyahati bitirdiğini ve artık duracak yere geldiğini anlatıyor. Esasen piyasa kelimesinin lûgat manası da "meydan,, dır. Yani mal, herkes tarafından görülmemesine imkân olmıyan bir yere, bir meydana getirilmiş demektir.

Piyasa uzak memleketlerde olmayıp ta ayni memleket dahilinde ve hattâ ayni şehirde olsa bile yine mal yerini değiştirir. Çünkü mal ile o malı istihlâk

edenlerin birleşmesi lâzımıdır. Mal müstehliğin ayağına gider. Hattâ ayni mal, müstehliğin cinsine göre bir şehir içinde yer yer dağılır. Çakmağınız için alacağınız elli gramlık bir şişe benzini, ancak bakkalınızdan tedarik edebilirsiniz. Ticaret sahasındaki rekabet bunu âmirdir. Çünkü herhangi bir tacir, çevresinin ihtiyaçlarını hissetmekle ve onlara cevab verebilmekle vazifesini yapabilir. Bu sahada muvaffak olanlar için istikbal bir servet hazırlar. Muvaffakiyetsizlik sefalete götürdüğü gibi. Esasen rekabette bu sezgiş kabiliyetinden başka bir şey değildir. Şu halde mal toptan satan tacirlerin elinden perakendecilerin eline geçer; ve bu suretle ihtiyacı olan müstehliklere yaklaşır.

Görülüyor ki ticarette zaman ve mekân, herikisi de mühim ve zarurî birer amildir. Her zaruret bir ihtiyaçtan doğar. Hukuk cemiyetin ihtiyaçlarını temin ile mükelleftir. Ticarî muamelelerde mündemiç olan "zaman,, amilindeki zaruret "kredi,, ile ve "mekân,, amilindeki zaruret ise "ticaret muahedeleri,, ile veya daha umumî bir tabir kullanalım "beyneddüvel hukuku hususiye esasları,, ile kolaylaştırılır.

6 — Malın seyahati

Mal seyahat ettiği müddetçe, mütemadiyen elden ele geçer. Hattâ bazan sahibi de değişir. Bu suretle o maldan mes'ul olanlar da tebeddül ederler. Birinin yerine diğeri kaim olur. Malın bir elden başka bir ele geçmesi daima yeni bir mukaveleye vücud verir: nakliye, komisyon, sigorta, satış, rehin vesaire mukaveleleri gibi. Bu mal, bütün seyahat müddetince ve müstehliğin eline geçinceye kadar ticaret hukukuna tabidir. Mala aid olarak yapılan bütün anlaşmalarda ticaret kanunu hükmü cari olur. müstehliğin eline geçtikten ve binaenaleyh mal ile tacir arasındaki milkiyet âlâkası kesildikten sonra mal, ticaret hukuku sahasından çıkar; medenî hukuk sahasına girer.

Demek oluyor ki müstahsil elinde bulunan mal, henüz ticaret sahasına girmemiştir. Müstehliğin eline geçen mal ise artık ticaret sahasından çıkmıştır. Şu halde bu iki adam arasında malın geçirdiği safhaların ve tâbi tutulduğu muamelelerin hepsi ticarîdir.

7 — Objektif kıstas.

Ticarî muameleler ve tüccar tabirlerinden kaideten ne anlaşılmak lâzım

736

geldiğini umumî surette görmüş olduk. Fakat verilen bu izahattan sarfınazar olunursa ticarî muameleleri medenî muamelelerden ayıracak objektif bir kıstas ta yoktur. Vakıâ evlenme, boşanma, miras gibi şeyler ticaret sahasından tamamen hariçtir. Fakat menkul veya gayri menkul bilumum malların alınıb satılması, kiraya verilmesi, imal, veya inşa edilmesi. Ticaret hukukunda olduğu kadar medenî hukukta da cari olan muamelelerdendir. hükmî şahısların doğum ve ölümleri, ehliyetlerini kaybetmeleri başka tabirlerle ticaret hukukunda çok ehemmiyetli bir yer işgal eder. Ve nihayet vekâlet, haksız rakabet gibi bir çok bahisler her iki hukukda da yer bulmuştur.

Bu umumî izahattan sonra Türk hukukundaki vaziyeti tetkik edebiliriz.

Türk hukukuna göre ticarî muameleler nelerdir ? ve tacir kime derler ?

8 — Ticaret hukukunun şahsî veya aynî olması.

Yukarda beyan olunan esasları göz önünde tutarsak görürüz ki ticaret hukukunu tedvin etmek isteyen bir vazıı kanun, herşeyden evvel, çok ehemmiyetli bir meseleyi halletmek mecburiyetinde kalır :

Ticaret hukuku şahsî mi yoksa aynî mi olmalıdır ?

A. Şahsî ticaret hukuku — Bir ticaret hukukuna şahsî bir hukuk deriz; eğer ticareti kendisine meslek ittihaz eden bir tacir tarafından mesleğinin icapları olarak yapılan bütün muamelelere ticaret hukuku şamil ise. bu takdirde ticarî mahiyeti haiz bir muameleyi, tacir olmıyan bir kimse yaparsa bu kimsenin muamelesi medenî hukuka tâbi olur. 1897 tarihli Alman ticaret kanunu bu esası kabul etmiştir (9 numaraya bakınız).

B. Aynî ticaret hukuku — Bilâkis bir ticaret hukukuna aynî veya objektif bir hukuk deriz; eğer yapılan muamelenin münhasıran mahiyeti nazarıdikkate alınarak o muameleyi yapan kimsenin tacir olub olmadığına bakılmaksızın, ticarî mahiyeti itibarile, ticaret hukukuna tâbi tutuluyorsa, bu takdirde tacir olmıyan biri tarafından tesadüfen yapılan ticarî mahiyetteki bir muamelenin dahi ticaret kanunu hükümlerine tâbi olması lâzım gelir. Bizim eski ticaret kanunumuz ve bunun kaynağı olan Fransa ticaret kanunu bu hususta bir misal teşkil eder (10 numaraya bakınız).

9 — Alman ticaret hukuku.

137

Alman ticaret kanununun 343 üncü maddesi « bir tacirin kendi ticaretine müteallik olmak üzere yaptığı bütün hukukî muameleleri » ticarî addetmektedir. Demek ki Alman ticaret kanununa göre bir muamelenin ticarî olup olmadığını anlamak için:

Evvelâ — Muameleyi yapan adamın şahsına bakacağız. Eğer o adam tacir değilse yaptığı muameleler ticarî sayılmaz.

Saniyen — Tacirin yaptığı muamele akitten doğan hukukî bir muamele olmalıdır. Eğer muamele meselâ haksız bir fiilden ileri gelmiş ise yine ticarî değildir.

Salisen — Tacir tarafından yapılan hukukî muamele, o tacirin kendi ticaretine müteallik bir muamele olmalıdır. Şayet muamele, kendi ticaretine müteallik değilse yine ticarî sayılmaz. Ancak « kendi ticaretine müteallik muamele » nin mutlaka ticareti mevzuuna giren bir muamele olması da lâzım gelmez. Tacirin yapmış olduğu muamelenin herne suretle olursa olsun, yâni gerek mesleken ve gerek fer'an kendi ticaretile alâkadar bulunması kâfidir. Meselâ bir kumaş taciri, fabrikaya birtakım çeşitler ısmarlıyor. Bu, tacirin mesleğile rabıtası olan bir muameledir. Çünkü ticaretinin mevzuuna giren bir sahada yaptığı bir iştir. Fakat ayni tacir, mağazasının camekânını bir kumpanyaya sigorta ettirir ve yahut yanında çalıştırdığı bir memura ikramiye verirse kendi ticaretile fer'î surette rabıtası olan bir muamelede bulunmuş demektir. Bu son muamelelerin her ikisi de ticarîdir. Fakat her ikisinde de menfaat kastı yoktur. Şu halde Alman ticaret hukukuna nazaran ticarete müteallik muamele ya meslekî bir muameledir; yahut onun teferruatındandır. Evvelkisine meslekî muameleler = actes professionnels; ikincisine teferruattan olan muameleler actes = accessoires denilir.

Görülüyor ki Alman hukukunun takip etmekte olduğu esas tamamen şahsîdir. Binaenaleyh bir tacirin mağaza kiralaması, mağazada çalışmak üzere adam tutması, müstahdemlerine yol vermesi gibi muameleler hep ticarî mahiyeti haizdirler. Bu bakımdan Alman ticaret hukukuna göre ticarî muameleler ya bir taraflı veya iki taraflı olur. Eğer muameleye iştirak eden kimselerin her ikisi de tacir ise, ticarî muamele iki taraflıdır. Yok eğer taraflardan yalnız biri tacir ise muamele bir taraflıdır. Meselâ bir çiftçi kendi arazisinde yetiştirdiği tütünü bir fabrikatöre satar.

138

Bu muamele yalnız fabrikatör için ticarîdir. Fabrikatör tütünü işledikten somra piyasaya çıkarır ve muhtelif tütün ve sigara tacirlerine satar. Bu muamele her iki taraf için de ticarîdir.

Bir muamele taraflardan yalnız biri için ticarî olsa bile o muamele yalnız ticaret kanunu hükümlerine tâbi olur.

İşte ticaret hukukunun şahsî olması bu demektir.

Şimdi Fransa ticaret hukukuna geçelim.

10 — Fransız ticaret hukuku

Fransa ticaret kanununun 632 inci maddesi ticarî muamelelerin nelerden ibaret olduğunu birer birer göstermektedir. Demek ki Fransa hukukuna göre bir muamelenin ticarî olup olmadığını anlamak için kanuna bakmak lâzım gelir. Yapılan muamele, kanunda tasrih edilen muamelelerden birine uyuyorsa muamele ticarîdir; uymuyorsa medenî bir muameledir. Şu halde muamelenin mahiyetini kanun tayin ediyor demektir. Bu hal tabiatile birtakım neticeler meydana getirir.

Ticaret kanunu hususî bir kanundur. Kanunu medenî ve borçlar kanunu ise umumî bir kanundur. Evvelkisine hususî diyoruz; çünkü sureti mahsusada ticarî muamelelerde tatbik olunur. İkincisine umumî diyoruz; çünkü tacirler de dahil olduğu halde bir memlekette ikamet eden bütün insanlara tatbik edilir. Bundan yalnız ticarî muameleler müstesnadır. Şu halde ticaret kanunu istisnaî bir kanundur. Binaenaleyh ticaret kanununda ticarî mevad olmak üzere tasrih edilen muamelelerin kıyas yolile tevsi edilmesine imkân yoktur. Daha açık bir tâbirle kanunda yazılı olan muameleler tahdidîdir.

Fransa kanununda tasrih edilmiş bulunan ticarî muameleleri, mahiyetleri itibarile tahlil ederek umumî bir kaide ile ifadeye imkân bulunmaz. Esasen vazıı kanun, bu sahada muayyen ve sarih bir fikir üzerinde yürümemiş; belki tecrübelerin verdiği bir itiyatla birtakım muameleleri ticarî addetmiştir. Filhakika mezkûr kanun maddesine göre:

Gerek aynen ve gerek tağyir ve tebdil ettikten sonra tekrar satmak veya kiralamak üzere mahsulât ve mamulâtı satın almak;

Sınaî teşebbüslerde bulunmak, komisyonculuk etmek, kara ve su yollarile nakliyat yapmak;

Mal taahhüdüne girmek, iş idarehaneleri, müzayede ile satış mahalleri, umuma mahsus eğlence yerleri açmak;

Kambiyo, banka ve simsarlık işleri yapmak;

Herkim arasında olursa olsun, yapılan poliçe muameleleri;

Bütün bunlar kanunen ticarî muamelelerden sayılmaktadır. Fransa ticaret kanununun metninde tasrih edilen bu muameleleri mahza mevzuumuz etrafında açık bir fikir vermiş olmak için burada gösteriyoruz. Bu muameleler arasında poliçe de vardır. Fakat poliçe bir muamele değildir. Evvelce yapılmış olan bir muamelenin taraflarca tanındığını gösteren bir senettir. İfadedeki bu sakatlık, Fransa kanununun metninde aynen mevcuttur; ve maatteessüf bizim kanunumuza da girmiştir.

Fransa hukukuna göre ticarî mahiyet yalnız bu sayılan muamelelerde mündemic değildir. Bu muameleleri kolaylaştıran her muamelede ticarî sayılır. Fabrikaya lüzumu olan makinelerin satın alınması, onların tamiri, fabrikada yakılacak kömürün iştirası, idarehaneye ve mağazaya lâzım olan camekân, masa, dolab tezgâh, kasa vesaire gibi şeylerin alınması hep ticarî muamelelerdir. Yalnız bunlara teferrüattan olan muameleler deniliyor.

Müellif Taller'in fikrince bu kısım muameleler arasına şunlar da ithal edilmelidir:

a) Sebepsiz olarak verilen paranın istirdadı, fazla verilmiş olan bir nakliye ücretinin geri alınması gibi.

b) Tacirin veya adamlarının kusurundan dolayı maddî bir zarara meydan verilmesi, bir ticarethaneye aid olub satın alınan malları müşterilerin evine götüren bir arabanın bir yere çarparak maddî bir zarar husule getirmesi gibi.

c) Bir tacirin veya adamlarının kusurundan dolayı cismanî bir zarar vukua gelmesi, yukarıki misalde yazdığımız arabanın bir adama çarpması gibi.

d) Haksız rakabet.

11 — Türk ticaret kanununun kabul ettiği esas.

Türk vazıı kanunu bu iki esası da birlikte mezcetmiş ve hem tacirlerin yaptıkları hem de mahiyetleri itibarile ticarî olması lâzım gelen muameleleri ticaret hukuku sahasına ithal eylemiştir. Demek oluyor ki Türk vazıı kanunu:

140

Evvelâ — Tacir kime derler? sualini halledecek ve:

Saniyen — Ticarî muameleleri medenî muamelelerden ayıracak kıstas gösterecektir.

Birinci sualden başlayalım.

12 — Tacir kime derler?

Türk ticaret kanununun 9 uncu maddesine nazaran ticarî ehliyeti haiz olupta kendi namına muamelâtı ticariyeden birile iştigali san'ati mutade ittihaz eden her şahıs tacir addolunur.

Bu tarife göre her hangi bir adamın tacir sayılabilmesi için:

Evvelâ; ehliyeti ticariyeyi haiz olması,

Saniyen; kendi namına ticarî muamelelerden birile uğraşması,

Salisen; bunu san'ati mutade ittihaz etmiş bulunması lâzımgelmektedir.

13 — Ticarî ehliyet

Ehliyet, kanunu medeniye aid bir bahistir. Binaenaleyh bu tabirin ticaret kanununda yeri olmaması lâzımgelirdi. Ancak kanunlar hazırlanırken kanunu medenî ile ticaret kanunu komisyonlarının takib ettikleri istikametlerdeki zıddiyeti biraz evvel izah etmiştik (c. 5). ehliyeti ticariye tabirini ticarat komisyonu, mahzâ «rüşd» ü «bülûğ» a izafe eden fıkıh hükümlerinden kurtulmak, onlarla bağlı kalmamak için kullanmıştır. Kanunu medenî garb esaslarından iktibas edilmiş olunca artık ticaret kanununda buna lüzum kalmıyordu. Fakat bu mesele, üzerinde fazla durmağa değmez.

Ehliyeti ticariye demek, ticaret yapabilmek kudreti demektir. Kadın veya erkek herkes, bazı şartların tahakkuku halinde ticaret yapabilirler. Bu şartların bir kısmı şahsa, bir kısmı da nevi ticarete taallûk eder.

14 — Ticarî ehliyetin şahsa aid olan şartları.

Şahsa aid olan şartlar üç tanedir:

1 — On sekiz yaşını bitirmiş olmak:

2 — Kanunu medenî mucebince tasarrufatı kavliyesi yani taahhütleri muteber olmak;

3 — Şahsan ticaretten menedilmemiş bulunmak.

A. Birinci şart — Birinci şart hakkında verilecek çok bir izahat yoktur. Her ne kadar kanunu medenide dahi «rüşt» ün 18 yaşının ikmâlile

başlayacağı tasrih edilmiş ise de buna bir de istisna ilâve olunmuştur. Evlenme kişiyi reşid kılar (K. M. Madde: 11, fıkra: 2). Ticaret kanununda bu istisnaî hal nazarı dikkate alınmamıştır. Binaenaleyh evlenme dolayısile reşid sayılan kimse 18 yaşını bitirmiş olmadıkça ticaret yapamaması lâzım gelir. Kezalik kanunu medenideki kazaî rüşd (K. M. Madde: 12) ticaret sahasında mezuniyeti ihtiva edemez.

B. İkinci şart — Bu mesele doğrudan doğruya kanunu medeniye ta allûk eden bir bahistir. Ancak ticaret kanunu tasarrufatı kavliyesi muteber olmıyan kimselere intikal eden bir ticarethane hakkında ne gibi muameleler yapılmak lâzım geldiğini izah eder. Filhakika ticaret kanununun 5 ve 6 ncı maddelerine nazaran «bir sagire intikal eden bir ticarethanenin o sagirin velisi veya vasii muhtarı tarafından işletilmesinde mahkemei aidesince faide görüldüğü takdirde veli veya vasi bunu işletmeğe mezun kılınabilir. Veli veya vasinin icrayı ticarete ehliyeti kanuniyesi olmaz veya bunlar icrayi ticaretten menedilmiş bulunurlarsa izin verilmez. Bu hüküm diğer kasırlar hakkında dahi caridir.»

Maddei kanuniyedeki veli tabirinden kanunu medeninin 262 ve müteakib maddelerindeki ma'na anlaşılmalıdır.

Vasii muhtar tabiri ise eski kanunu medenimize yani mecelleye göre konulmuş bir tabirdir. Mecellenin 974 üncü maddesine nazaran babanın hali hayatında çocuğu için ihtiyar ve nasbetmiş olduğu vasiye vasii muhtar denilir. Halbuki bugün mer'i olan kanunu medenimizde vasii muhtar yoktur. Vasiler, vesayet makamları tarafından nasbolunurlar (K. M. Madde: 360 ve müteakib). Binaenaleyh maddedeki «vasii muhtar, tabiri sadece «vasi» şeklinde okunmalıdır. Kezalik sagir reşid olmıyan kimse demektir. Kanunu medenimiz bu makamda «küçük» tabirini kullanır (K. M. Madde: 12, 14, 16).«Kasırlar tabiri de «medenî hakları kullanmağa ehil olmıyanlar» tarzında değiştirilmelidir.

C. Üçüncü şart — Bu şart hakkında bazı tafsilât vermek lâzım gelir. Bir kimsenin ticaretten menedilmesi muhtelif sebeplerden tevellüd eder. Meselâ vazifesi ve mesleki ticaretle telif kabul etmez. Hâkimler, vazife başında olan memurlar, noterler, avukatlar gibi bunlardan üç evvelkilerinin ticaretten memnu olduklarını ticaret kanunu (Madde: 8), avukatlar hakkındaki memnuiyeti (3 nisan 1924 tarih ve 460 numaralı avukarlık kanunu

142

madde: 4) tesbit eder. Bu memnuiyete muhalif hareket ederek ticarî muamele yapanlar, bittabi tacir sıfatını alırlar ve ticaret kanununun hükümlerine tâbi tutulurlar. Memnuiyetin müeyyidesi inzibatî cezalardır.

Kezalik ceza kanunu mucebince beş seneden fazla ağır hapse mahkûm olanlar, cezalarını çektikleri müddetçe kanunî mecburiyet altında bulundurulur (ceza kanunu, Madde: 33).

Ve nihayet aile ocağındaki samimiyeti, düzeni bozmamak için evli kadınların kocaları tarafından ticaret icrasından menedilebilecekleri de tasrih edilmiştir (ticaret kanunu, Madde: 7).

Vakıâ kanunu medenimizin 159 uncu maddesinde (fıkra: 2) Kocanın izin vermemesi halinde karı, kendisinin bir iş veya bir san'at ile iştigal etmesi evlilik birliğinin veya bütün ailenin menfaati icabından olduğunu isbat ederse bu izin hâkim tarafından verilir denilmektedir. İsviçrede kanunu medeniden ayrı bir ticaret kanunu bulunmadığı cihetle, İsviçre hukukuna nazaran, bu maddedeki iş veya san'at ticarî bir mahiyeti de haiz olabilir. Halbuki bizde müstakil bir ticaret kanunu vardır. Ve ticaret kanunu, yukarda görüldüğü vecihle (10) hususî yani istisnaî bir kanun mahiyetini haizdir. Binaenaleyh hususî bir kanunun, kendi sahasında sevkettiği hükümler, umumî kanunun hükümlerini takyid eder. Şu halde kanunu medenideki «iş veya san'at» tabiri, ticaret kanununun, 7 inci maddesi hükmü ile «ticarî mahiyeti haiz olmıyan iş veya san'at» şeklinde takyid edilmiş demektir.

15 — Ticarî ehliyetin nev'i ticarete aid olan şartları.

Nev'i ticarete aid olan memnuiyetlere gelince bu bahsin ticaret hukukile alâkası dolayısiledir. Bundan dolayı bahsin asıl tafsilâtını aid olduğu idare ve amme hukuku mütehassıslarına bırakarak burada mevzuun gösterdiği ihtiyac ve zaruret nisbetinde münhasıran meseleye temas edelim:

Kaideten cemiyetin hayatına kastetmiyen ve onun bakasını tehlikeye düşürmeyen her nevi mesai ve faaliyet sahaları efrada açık bulundurulmak lâzım gelir. Bu, her ferdin tabiî bir hakkıdır. Bununla beraber devlet, birtakım mülâhazalara tâbi olarak bazı faaliyet sahalarını efradın bir kısmına veya tamamına karşı kapar. Bunun saiki:

a) bazan meslekin ihtisasa taallûk etmesidir. Eczacılık, doktorluk, avukatlık, noterlik gibi.

b) bazan topluluğun müşterek menfaatleri için kullanılacak bir varidat teminidir. Tütün, kibrit ve müskirat inhisarları gibi.

c) bazan umumun menfaatidir. İdarei adliye ve memleketin müdafaası gibi.

d) bazan fertlerin hususî teşebbüslerine terki halinde iktisadî tazyik vasıtaları olacağından korkulmasıdır. Posta, telgraf ve şömendifer işleri gibi.

e) bazan ferdî vasıtaların kâfî gelmemesinden veya şahsan imtina imkânı bulunmamasından ileri gelir. Amme menfaatlerinden sayılan nafia işleri gibi.

f) bazan devlet idaresinin ferd idaresine müreccah görülmesidir. Maarifi umumiyede olduğu gibi.

g) ve nihayet bazan da hususî teşebbüslere terkinde tehlıke bulunmasıdır. Barut, eroin, ticareti, nakid tedavülü işleri gibi.

Bu saydığımız faaliyet sahalarından bir kısmı hukukta «amme hizmetleri» dediğimiz işlerden maduttur. Bir kısmı ise tabiî inhisarlar arasına girer. Şu cihet unutulmamalıdır ki herhangi bir işin devlet tarafından deruhde edilmiş bulunması, onun mutlaka amme hizmetlerinden sayılmasını icabettirmez. İşte bilhassa bu noktayı tebarüz ettirmek içindir ki ticaret kanunumuz 11 inci maddesinde devlet, vilâyet ve belediyelerin ticaret edebileceklerini ve fakat tacir sıfatını alamıyacaklarını, ancak ticarî muamelelerinin ticaret kanunu hükümlerine tâbi olacağını tasrih etmektedir.

Bir noktayı daha izah edelim: Yukarda yazdığımız faaliyet sahalarının hepsi ticarî değildir. Fakat içlerinde ticarî olanlar da vardır. Şimendifer işleri, tütün ve müskirat inhisarları, barut ve eroin ticareti gibi, işte bütün bu faaliyet sahaları, söylediğimiz sebeplerden dolayı, fertler için kapalıdır. Ticaret kanununun 4 üncü maddesindeki nev'i ticarete aid memnuiyetin ma'nası bundan ibarettir.

Buraya kadar verdiğimiz izahat (13-15), bize tacir tarifindeki ehliyet tabiri dolayısile şahsa ve nev'i ticarete aid memnuiyetleri göstermiş oldu. Şimdi tarifteki ikinci kayda geçiyoruz.

16 — Kendi namına ticarî muamelelerden birile uğraşması.

Bir başkası namına ticarî muamelelerden birile uğraşan adam tacir sayılmaz. Tacir işin sahibi, patronu olmalıdır. Yoksa ticaret işini bizzat yapması lâzım gelmez.

144

Meselâ bir küçüğe intikal eden ticarethane onun velisi veya vasisi tarafından idare edilebilir. Veli veya vasi tacir değildir. Tacir olan küçüktür. Biraz evvel görüldüğü vechile (B. 14) ticaret kanununun beşinci maddesi veli veya vasi icrayi ticaretten menedilmiş bulunursa küçüğe intikal eden ticarethanen'n idaresine izin verilmiyeceğini tasrih eder. Bu itibarla ehliyeti ticariyenin şahsa aid olan şartları veli veya vaside dahi aranmak lâzım gelir. Demek ki meselâ vasi vazifesi veya mesleki itibarile ticaretten menedilmiş ise küçüğe aid ticarethaneyi işletemez.

Kezalık bir avukat, herhangi bir şirketin tasfiyesine memur olabilir. Tasfiye bitinceye kadar, tasfiye memurunun yaptığı muameleler ticarîdir. Fakat avukat tacir sayılmaz. Tacir sıfatı tasfiye halinde bulunan şirkete racidir.

Ve nihayet iflâs eden bir tacirin de ma meleki paraya çevrilmek icab eder. Bunu yapan sendiklerdir. Alacaklıların heyeti umumiyesine aid olan menfaatleri himaye için intihab olunan kimseye sendik (syndic) derler. Bu kelime Yunancadan lâtinceye geçmiş ve (syndicus) bir şehrin avukatı veya mümessili manasına kullanılmıştır. Sendiklerin yaptıkları bu muameleler hiç şüphesiz ki ticarîdirler. Fakat sendikler tacir değildir. İflâsın vukuile beraber müflis te tacir sıfatını kaybetmiştir. Bu muamelelerde tacir, alacaklıların heyeti umumiyesidir. Daha açık bir tabir ile kanun, burada hükmî bir şahsiyete vücud veriyor. Öyle bir şahsiyet ki iflâs muamelesinin devamı müddetince bir mevcudiyete sahiptir. Bu muamele hitama erdikten sonra o hükmî şahsiyet te ortadan kalkar. Bu faraziye (fiction) muamelenin mahiyetinden ileri gelen bir zarurettir. Alacaklıların hey'eti umumiyesine masâ tabir ederler. Bunun fransızcası (la masse) lâtincesi (massa)dır. Kelimenin aslı Yunancadır ve hamur manasına gelir. Fransız hukukundaki «la masse des créanciers» tabirinden anlaşılmak lâzım gelen ma'na müflisin mamelekine hakkı taallûk eden alacaklıların hey'eti umumiyesinden başka bir şey değildir. Demek ki alacaklıların hepsi toplu bir halde olarak kanunî bir şahsiyeti hükmiye teşkil ediyorlar. İflâs muamelelerinde tacir sıfatı işte bu hükmî şahsiyete matufdur. Binaenaleyh bir avukat ta sendik olabilir.

Tacir sıfatına ait olarak şimdiye kadar gördüğümüz iki şart yani ehliyeti ticariyeyi haiz olmak ve kendi namına muamelâtı ticariyeden

birile uğraşmak meseleleri birer meselei kanuniyedir. Bundan sonra gelen üçüncü şart ise bir meselei maddiyedir.

17 — Ticarî muameleleri san'ati mutade ittihaz etmiş bulunması.

Ticaret, içtimaî hayatın meydana getirdiği bir meslektir. Ferdin istidadını kazancına hedef ittihaz etmesi meslek telâkkisine vücut verir. Buradaki «san'atı mutade» tabiri mutat meslek manasına gelir. Bugünkü içtimaî anlayışlarımıza göre meslek dahilinde çalışmak ve kazanmak bir şerefdir. Meslek haricinde kazanç ta şerefsizliktir.

Kanunun maddesindeki «san'at» kelimesi başlı başına bir hüküm ifade eder. Yani mutad olmasa bile ticareti kendisine san'at ittihaz eden bir adam tacir sayılır. Halbuki itiyad tacir sıfatına hak vermez. Meselâ bir gün bir kaç teneke yağ alıp satan, bir kaç ay sonra bir balye manifatura işi yapan ve daha sonra bir kaç deste kalem, kâğıd getirten bir adam ticareti itiyad etmiş demektir. Yaptığı muamelelerin hepsi ticarîdir. Fakat ticarî muamelelerden birini kendisine meslek ittihaz etmemiştir. Bu adama tacir denilemez.

Söylediğimiz bu kaide mutlak değildir. Çünkü bir kimse ticarî muamelelerle uğraşmak için tesis ve küşat ettiği bir mahalli, tamimler veya gazeteler vasıtasile halka işaa etmiş bulunursa o ticareti kendisine san'ati mutade ittihaz etmiş olmasa bile tacir addolunur. (Ticaret kanunu, madde : 10).

Bu izahat ile kanunen tacir kime denileceğini öğrenmiş olduk. Fakat vazıı kanunun bu hususda verdiği izahat hiç te tamam değildir. Çünkü bir adamın tacir sayılabilmesi için ticarî muamelelerden birile uğraşması lâzım geleceğini söylüyor. Demek ki ticarî muameleler mefhumu açık bir surette tesbit olunmadıkça bir san'ati mutadesi olan her adamı tacir addedemiyeceğiz.

Bir noktaya daha işaret edelim : Kanunumuz, Alman ticaret kanunu gibi tüccarların kendi ticaretlerine müteferri olarak yaptıkları muamelelerin ticarî sayılacağını söylemiyor. Diğer tarafdan ticaret kanununun birinci maddesi dahi kavanini ticariye hükümlerinin, tüccarların yaptıkları muameleler hakkında değil ; belki bilcümle ticarî mevad hakkında cari olacağını tesbit etmektedir. Şu hale nazaran tacir sıfatının muameleye müessir olmaması

146

lâzım geldiği neticesi çıkarılabilir. Fakat vazıı kanun bu sahada yalnız bu iki maddeyi sevketmemiş belki tacir sıfatının tevlid ettiği neticeleri de izah eylemiştir.

18 — Tacir sıfatının muameleye müessir olması.

Filhakika ticaret kanununun 22 inci maddesinde «bir tacirin akid ve borçlarında sıfatı asliye ticarettir. Binaenaleyh bir tacirin muamelâtı adiyeye taallûku sabit olmayan akid ve borçları muamelâtı ticariyeden maduttur.» denilmektedir. Şu halde bir tacirin yaptığı bütün muamelelerde tacir sıfatı muamelenin mahiyeti için kanunî bir karine teşkil ediyor demektir. Bu karinenin tesirinden kurtulmak ancak hilâfının isbat edilmesi ile yani yapılan muamelenin ticarete değil; belki hukuku adiyeye, medenî muamelâta taallûk ettiğine dair kanunen kabule şayan olacak deliller getirilmesi ile mümkündür. İşte görülüyor ki ticaret kanunu, şahsa ait olan bir sıfatı, tacir sıfatını muameleye müessir addetmektedir. Bu itibarla Türk ticaret kanunu, şahsî bir kanun mahiyetini arzeder.

19 — Tacir olanlarla olmiyanların tefrikindeki faide.

Tacirleri, tacir olmayanlardan ayırmakta bazı mühim faideler vardır. Çünkü:

Evvelâ — Biraz evvel görüldüğü veçhile herkes tacir olamıyor;

Saniyen — Kanun tacirlere bazı vazifeler tahmil etmiştir ki bunları tacir olmiyanlar yapmakla mükellef değildirler. Defter tutmak, sicili ticarete kaydolunmak, unvanı ticaret ittihaz etmek gibi. Bunları atiyen izah edeceğiz.

20 — Küçük tacirler.

Ticaret kanunumuz, tüccarları, tacir ve küçük tacir unvanile ikiye ayırmaktadır. Küçük tacire umumiyetle esnaf deriz. Bu tefrikteki kıstas sermaye esasına istinad eder. Ticareti sermayei naktisinden ziyade mesaii bedeniyesine müstenid ve kâr ve kisbi ancak medarı maişetini temine kâfi olacak derecede cüz'î olan kimseler, ister seyyar olsunlar, ister bir dükkânda veya bir sokağın bir mahalli muayyeninde sabit bulunsunlar küçük tacir addolunurlar (Madde: 13). Görülüyor ki kanun burada nakdî serma-

147

ye ile bedenî mesai arasındaki nisbeti göz önünde tutmuştur. Faaliyet sahasında sermaye hakim bir vaziyette ise iş sahibi tacirdir. Bir fabrikatör gibi. Bilâkis bedenî mesai hakim bir vaziyette ise iş sahibi küçük tacirdir. El tezgâhında bez dokuyan bir kadın gibi.

Unutulmamalıdır ki faaliyetin seyyar bir şekilde olması veya bir dükkânda icra edilmesi tacirle küçük tacirin tefrikinde esas olamaz. Dükkânın bulunmaması, küçük taciri, tacir mevkiine çıkarmaz. Bir simitçi, bir muhallebici dükkânda çalışır. Fakat tacir değildir. Kezalik dükkânın bulunmaması da bir tacire, küçük tacir unvanının verilmesine sebep teşkil etmez. Seyyar komsiyoncular gibi.

Tacirlerin böyle ikiye ayrılmasındaki sebep, vazıı kanunun küçük tacirleri, tacirlere tahmil eylediği bazı mükellefiyetlerden vareste bırakmış olmasıdır. Filhakika kanun diyor ki: «Küçük tacirler unvanı ticarî ittihaz etmeğe, defatiri ticariye tutmağa ve işbu kanunla tayin olunan hususatı sicili ticarete kaydettirmeğe mecbur olmadıkları gibi iflâsa da tâbi tutulamazlar.» [Madde: 14].

Şimdi ticarî muameleler mefhumuna geçebiliriz.

21 — Ticarî muameleleri medenî muamelelerden ayıran kıstas.

Ticarî muameleler bahsinde üzerinde durulmağa lâyık olan ilk bir suale tesadüf ederiz. Ticarî muameleleri, medenî muamelelerden niçin ayırmak mecburiyetinde kalıyoruz? Bu suale cevap vermek lâzımdır.

22 — Ayırmaktaki sebep.

Bu iki nevi muamelenin ayrılmasındaki sebep. Ticarî muamelelerin bir takım istisnaî hükümlere tâbi tutulmasıdır. Bunların bir kısmını sayalım:

a) Vazife meselesi — ticarî muamelelerden çıkan ihtilâflar ticaret mahkemelerinde görülür. Hukuk mahkemeleri bu davalara bakamazlar. Hukuka müteallik davaları da ticaret mahkemelerinin göremedikleri gibi. Bu suretle vazifedar bulunmıyan bir mahkeme tarafından görülen ve hükme raptolunan bir dava Temyiz Mahkemesince nakzolunur (H. U. M. Madde: 428, numara: 2)

b) Esbabı sübutiye meselesi — Ticaret kanunu, ticarî akitlerin sübut sebepleri hakkında birtakım hususî ve istisnaî hükümler sevketmiştir. Hu-

148

kuk usulü muhakemeleri kanununda (Madde: 289) kıymeti 5000 kuruşu geçen bir alacağın senetle isbatı lâzım geleceği tasrih edildiği halde ticaret kanunu bu esastan ayrılmış ve müddeabihin miktarı ne olursa olsun ticaret hâkiminin şahitler, karineler ve emmarelerden tahassül eden kanaatine binaen hâdise hakkında hüküm verebileceğini kabul etmiştir (ticaret kanunu, Madde: 680, 756).

c) akitlerin tefsiri meselesi — Hukuk davalarında müphem bir metin, onu tanzim eden kimse aleyhine tefsir olunur. Borçlar kanunumuzun tatbik edilmekte olduğu İsviçrede, Federal mahkeme böyle ictihad ediyor [1]. Halbuki ticaret kanunu (Madde: 678) tarafların hakikî maksatları anlaşılamıyan hallerde mukavelelerin müteahhidin lehine ve müteahhedünlehin aleyhine tefsir olunması lâzım geleceğini emreder.

d) Rehni ticarî meselesi — Adi muamelelerde yapılacak rehin ile ticarî muamelelerdeki rehin arasında fark vardır. Bilhassa bu rehinin paraya çevrilmesi hakkındaki ticaret kanununun hükümleri, adî rehinlerde tatbik olunmaz (ticaret kanunu, Madde: 766). Ancak son intişar eden 9 haziran 1932 tarih ve 2004 numaralı icra ve iflâs kanununun 45 inci maddesine 31 mayıs 1933 tarihinde şu yolda bir fıkra ilâve olunmuştur. «Ticarî rehinler hakkında, ticaret kanunu hükümleri mahfuz olub alacaklı dilerse ticaret kanununa, dilerse bu kanun hükümlerine göre rehinin paraya çevrilmesini isteyebilir.» Bu fıkranın mefhumu muhalifinden anlaşıldığı üzere, muamelâtı adiyedeki rehinlerde ticaret kanununun hükümleri cereyan etmez. Fakat ticarî bir rehin, adî rehinler gibi paraya çevrilebilir.

e) Şartı cezaî meselesi — Gerek muamelâtı adiyede, gerek ticarî muamelelerde taraflar, mukavele yerine getirilmediği takdirde verilecek para cezasının miktarını tayin etmekte serbesttirler (borçlar kanunu, Madde: 161, ticaret kanunu Madde: 647). Ancak hukuk davalarında, hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Halbuki ticaret davalarında, mahkeme, cezaî şartın miktarını azaltamaz.

f) Birden ziyade borçlular arasındaki teselsül meselesi - ticarî muamelelerde, müştereken taahhüd altına giren kimseler, hilâfı tasrih edilmiş olmadıkça müteselsilen mes'ul sayılabilirler. Yani borcun tamamı bu kimselerin herhangi birinden istenebilir (ticaret kanunu, Madde: 642). Halbuki

[1] Mahkeme kararları cild: 1 : sayfa 250, 4 numaralı nota bakınız.

muamelâtı adiyede borçlular arasında bu vecihle teselsül cereyan edebilmek için sarahat lâzımdır. Tabiri aharle evvelkisinde teselsülün bulunması, ikincisinde ise bulunmaması asıldır.

g) Kefalet meselesi — muamelâtı adiyede doğrudan doğruya kefile müracaat olunamaz. Evvel emirde asıl borçluya müracaat edilmelidir. Borçlu aleyhine yapılan takib semeresiz kalırsa o zaman kefile müracaat edilebilir. Borçlu ile beraber kefile de müracaat olunabilmek için kefilin müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile kefalet aktini imza etmiş bulunması lâzımdır. Halbuki ticaret meselelerinde kefil ile asil arasında müteselsil mes'uliyet hükmü caridir (25 mart 1931 tarihli tevhidi içtihad kararı).

İşte ticarî muameleleri medenî muamelelerden ayırmak mecburiyeti bu gibi sebeplerden ileri gelir.

23 — Ticarî muameleleri medenî muamelelerden ayıran bir kıstas bulunabilir mi?

Türk ticaret kanunu böyle bir kıstas göstermemiştir. Bunu gösterebilmek için ticarî muameleler mefhumu ile medenî muameleler mefhumunu tarif etmesi lâzım gelirdi. Bu yolda hükümler tesbit etmemesinin sebepleri vardır.

Bir kere kanunlarda meselelerin yalnız hal suretleri gösterilmelidir. Tarif yapmak vazı kanuna teveccüh etmez. Bir tarif, ilmî bir kavrayışın zübdesidir. Halbuki bir ilim telâkkisine vücud vermek ve herhangi bir noktai nazarı ilmen tesbit etmek vazı kanunun vazifeleri arasına giren bir şey değildir. Çünkü kanun, tatbik kabiliyeti olan amelî tedbirlerden ibarettir. Şöyle bir ihtiyaç karşısında kalınırsa veya şu vaziyet hâdis olursa ne yapılmak lâzım gelecektir? İşte kanun bunları gösterir. Halbuki tarif nazarî bir düşünceyi tatmin eder, ona cevab verir. Şu halde amelî hayatta tatbik kabiliyetleri yoktur.

Diğer taraftan herhangi bir tarif, ancak yapıldığı zamandaki ilmî telâkkilerin ifadesi olabilir. Beşeriyetin ihtiyaçları ise zihayat unsurların tesirleri altında gittikçe inkişaf eder. Fennin vücude getirdiği herhangi bir ihtira, hayatımızda, maişet tarzımızda, düşüncelerimizde büyük değişiklikler husule getirebilir. İşte kanun, kendisine amelî bir gayeyi hedef ittihaz ettiği için, bu ihtiyaçları karşılayacak bir vaziyette olmalıdır. Kanunun

hükümlerini muayyen bir anlayışın, mahdud bir telâkkinin neticelerine bağlamak, kanunda bulunması lâzım gelen canlılığı ortadan kaldırmak demek olur. Kanun ihtiyaçlarla birlikte, onlarla hem ahenk olarak yürümelidir. İşte bu sebepten dolayı kanunumuzda ticarî muamelelerin umumî bir tarifi yapılmamış, yalnız bunların nelerden ibaret olduğu gösterilmiştir.

Doğruyu söylemiş olmak için şunu da ilâve edelim ki ticarî muameleler mefhumunu tarif etmemekle beraber Türk vazıı kanunu ilmî düşüncelere yabancı kalmamıştır. Fransa ticaret kanununda, ticarî muamelelerin bazı esaslara raptı çok cebrî bir mantıka ihtiyaç gösterir. Hattâ müelliflerin bir çoğu bunun imkânsız olduğunu söylerler. Halbuki kanunumuzda maddeleri dikkatle okumak, vazıı kanunun, ne gibi mülâhazaların tesirleri altında kaldığını, hangi esasları takib ettiğini anlamağa kifayet eder.

24 — Ticarî muameleler mefhumu (devam).

Bundan evvel (A. 5) ticaret ne demektir? Ne gibi muamelelerin ticarî sayılması lâzımdır ? Ticarî meslek hangileridir ? sualleri üzerinde tevakkuf etmiş ve bu hususa dair bazı izahat ta vermiştik. Fakat bu izahat umumî bir şekilde idi. Şimdi kendi kanunumuza göre bu mefhumu tahlil edeceğiz.

A. Kazanc — Ticaret denilince zihne en evvel kazanc fikri gelir. Acaba temettü kastını ticarî muamelelerin mümeyyiz bir vasfı gibi telâkki edemez miyiz ? Buna üç sebepten dolayı imkân yoktur.

Birincisi : Temettü kastile yapılan her muamele ticarî değildir. Yazıhane kiralayan bir avukat ta temettü kastile hareket eder. Fakat avukatın mal sahibi ile yaptığı bu kira mukavelesi ticarî muameleden sayılmaz.

İkincisi : Ticarî muamelelerin kâffesinde mutlaka bir temettü kastının bulunması da lâzım gelmez. Emre ve hamile muharrer senetlerle poliçe ve çekleri kanun, ticarî addetmiştir. Halbuki bir tediye vasıtasından başka birşey olmıyan çekte temettü kastı yoktur. Esasen ticaret kanunumuz, temettü kastını yalnız gayri menkullerin alım satımında arıyor. Şu halde kazanç fikrile hareket, ticarî muamelelerin cümlesine şamil olan farik bir hususiyeti teşkil edemez.

Üçüncüsü : Kazanç hiç te sabit bir telâkki değildir. Zaman ve mekân gibi objektif, şahsın düşünüşü, zevki gibi sübjektif unsurlar bu sahada

751

çok mühim tesirler vücude getirir. Bir derecede ki sermayesi 100 kuruşa olan bir mal bazen 150 kuruşa da satılsa ziyandır. Fakat bazen de 80 kuruşa satılsa yine iyi bir kârla satılmış olur. Hayatın verdiği tecrübelerden getirilecek bir misal mantıkın kabul etmiyeceği bu hadiseyi pek kolayca izah edebilir. Meselâ dünyanın en güzel biblolarını yapan ve bu sahada kendisine büyük bir şöhret temin eden bir fabrikanın yandığını farzediniz. Bittabi bu fabrikanın mamulâtını elinde bulunduran tacir, onu eski fiatına satamaz. Çünkü o malı, sattığı fiatla yerine koyması mümkün değildir. Fakat ayni fabrika satış fiatlarını birdenbire indirirse o zaman tacir malını sermayesinden aşağı bir bedel ile satmağa mecbur kalır.

B. Tacir vasfı — Acaba tacirlerin, mesleklerine müteferri olmak üzere yaptıkları muameleleri ticarî addetmek suretile, tacir vasfını bir vasfı mümeyyiz telâkki edemez miyiz? Eğer bu mülâhazaya tâbi olursak tacir olmayan kimselerin yaptıkları muameleleri ticarî addetmemekliğimiz lâzım gelecektir. Halbuki ticaret kanunumuz, tacir olmayan kimselerin icra ettikleri bir kısım muameleleri de ticaret kanunu hükümlerine tâbi tutmuştur.

Suallerimizi ne kadar teksir edersek edelim, kanunen ticarî olarak tavsif edilen muamelelerin kâffesine şamil olacak bir mahiyeti farika bulmak imkânsızdır. Ticarî muamelelerin umumuna sarî olmak üzere bulunabilecek en esaslı vasfı mümeyyiz, ancak yukarda söylediğimiz tedavül ve buna tavassut fikri olabilir. Fakat kanunumuza nazaran bu da tam manasile kat'î değildir.

25 — Ticarî muameleler mefhumunun terkibî bir şekilde tetkiki (devam).

Şu vaziyet karşısında kanunun ticarî addettiği muamelelerin hepsine şamil olacak tek bir vasfı mümeyyiz bulmaktan sarfı nazar ederek kanunumuzdaki ticarî muamele faslını terkibî (synthétique) bir tetkike tâbi tutalım. Bu suretle hukukî mevzulardaki umumî kaidelerin, ana esasların nasıl bulunduğunu ve bunların ne gibi bir metot takip edilerek tesbit olunduğunu yakından görmüş oluruz. Şayet aradığımız esasları bulmağa muvaffak olabilirsek, bu esasları tahlilî analytique bir tetkike tâbi tutar ve kanunumuza tatbik ederiz.

152

26 — Ahare satmak veya kiraya vermek niyetinin hâkim olduğu muameleler (Sübjektif unsur).

Ticaret kanunumuzun 15, 16, 17 inci maddelerinde tacir olan veya olmayan kimselerin:

1 — Menkul malları ahare beyi veya icar niyetile iştira etmeleri ve bu niyetle iştira edilen emvali menkuleyi hali ile veya başka bir şekle kalbettikten sonra beyi veya icar eylemeleri (Madde: 15);

2 — Menkul malları ahare icar niyetile isticar etmeleri ve bu niyetle kiralanan menkul malları diğerlerine kiraya vermeleri (Madde: 16);

3 — Ecirleri ahare icar niyetile tutmaları ve bu niyetle tutulan ecirin amelini başkasına kiralamaları (Madde: 17);

Ticarî muamelelerden maduttur. Bütün bu akidlerde satın alma veya kira ile tutma keyfiyetin beyi veya icardan evvel veya sonra olması müsavidir.

Görülüyor ki bu üç maddede vazıı kanun iştira veya isticarın bir niyete iptina etmesini şart ittihaz ediyor. Bu da bir diğerine satmak veya kiraya vermek niyetinden ibarettir. Demek ki ne menkul malların mülkiyetini kendi elinde muhafaza edecek ne de isticar suretile elde ettiği menfaatları kendi zatına hasreyliyecektir.

Kaideten iştira veya isticar beyi ve icara takaddüm eder. Fakat muamelenin berakis olmasına da imkân vardır. Misliyatın satışlarında bu hal çok defa vaki olur. Fındık, arpa, buğday, yapağı gibi şeyler misliyattandır. Meselâ bir tacir henüz elinde bulunmayan bir malın da satışını taahhüd edebilir. Bu takdirde satış, iştiradan evvel vukua gelmiş olur. Demek ki vaki olan satış mukaddem veya muahhar bir iştiraya matuf değilse yapılan muamele ticarî mahiyeti haiz olmaz (25). Böyle bir iştiraya matuf ise yapılan muamele ticarîdir.

27 — Satışın mukaddem veya muahhar bir iştiraya matuf olmaması.

Verilen izahatın tevlid edeceği netice şudur: Bir tarla sahibinin veya çiftçinin mahsulâtını ve bir maden sahibinin kendi madeninden çıkan cevherlerini satması umuru adiyedendir. Kezalik bir san'atkârın san'at eserleri meydana getirmesi ve bu eserleri satması ve bir müellifin bir kitap

yazması, bastırması ve satılığa çıkarması ticarî muamelelerden sayılması (Madde: 19). Çünkü bütün bu muamelelerde yapılan satış bir iştiraya matuf değildir.

28 — Mevzuun münakaşası (devam).

Denilebilir ki bir san'atkârın eserler vücude getirmesi için bazen iptidaî bir takım maddelere de ihtiyacı olabilir. Her eseri san'at, şiir gibi, musiki gibi, güzel ses gibi kısmen veya tamamen maddiyetten mücerred kalmaz. Tablo, heykel gibi şeyler de birer san'at eseridir. Tablosunu veya heykelini yapmak için san'atkârın boya, muşamba, mermer, bronz gibi iptidaî maddelere de ihtiyacı vardır. Bunları satın alan bir san'atkârın niyeti hiç şüphesizdir ki bilâhare satmaktır. Şu halde satış bir iştiraya matuf olmuyor mu?

Eğer böyle düşünülürse bir müellifin eseri de ticaret sahasına girmiş olur. Çünkü eseri yazmak için, bastırmak için kâğıda, kaleme, mürekkebe, matbaaya ihtiyaç vardır. Fakat bu hadiseleri ticarî muamelelerden addedemeyiz. Çünkü iştira olunan boya tübleri, mermer, bronz, kâğıt ve saire ile satılan tablo, heykel, kitab arasında hiç bir münasebet yoktur. Tabloyu boyası için, heykeli mermer veya bronzu için, kitabı kâğıdı için almazsınız. Bu malları size aldırtan maddiyetlerindeki kıymet değildir. Belki eser sahibinin hissinize, zevkinize, fikrinize hitap eden kabiliyetidir. Daha açık bir tabirle eserin maddiyetindeki kıymeti hükümsüz bırakan manevî kıymet, iştiranın sebebini teşkil eder. Bir san'at eseri meydana gelinceye ve satılıncaya kadar ticaret sahasına girmez. Hattâ san'atkâr eserini kendi elile yapmayıp ta amele istihdam etmek veya makine kullanmak suretile vücude getirse bile yine ortada ticarî bir muamele yoktur. Fakat böyle tabloları, kitapları, heykelleri başkasına satmak veya kiralamak üzere satın alan veya kira ile tutan bir adam tacir sayılır. Çünkü kanunun sarahatına giren bir muamele yapmıştır. Bu muamele ticarîdir.

Ticaret kanununun bu maddelerinde mevzuu bahs olan muameleler, kanunu medenî ve borçlar kanununda da vardır. Satış ve kira gibi akidleri medenî muameleler arasında da görüyoruz. Bunlara temas edelim.

29 — Satış akdi (Müşteri bakımından).

Müşteriye göre bu akid bazen ticarî, bazen de medenî olur.

154

Medenî olur; eğer kendi zatî ihtiyacı için satın almışsa.

Ticarî olur; eğer başkasına satmak veya kiralamak niyetile almış ise, başkasına gerek aynen, gerek diğer bir şekle ifrağ edildikten sonra satılsın, fark yoktur. Yukarda söylediğimiz veçhile (10) Fransa hukukunda da bu esas kabul edilmiştir. Fransız temyiz mahkemesinin içtihadına göre bu muamelede temettu kasdı bulunmak lâzım geliyor. Çünkü, deniliyor, ticaret haddi zatında bir temettu kasdına "animus lucri,, istinad eder.

Bir alım satımdaki niyeti, yani sübjektif unsuru, tesbit edebilmek için iştira esnasındaki vaziyete (objektif unsur) bakmak lâzım gelir. Yoksa ahare satmak hadisesinin tahakkuk etmiş bulunması icap etmez. Mal yanabilir, bozulabilir, bu suretle başkasına satılmak imkânı da kalmaz. Fakat bu imkânsızlık satın alma muamelesinin ticarî mahiyetine halel getirmez.

30 — Menkul mallar tabirinin şümulü.

Menkul mallar tabirinde menkul kıymetler de dahildir. Menkul kıymetler tabiri esham (hisse senetleri), tahvilât (borç senetleri), ticarî senetler, ticarethane «fonds de commerce» imtiyaz ve ihtira beratları, alâmeti farika ruhsatnameleri gibi şeylerdir. ticaret kanunumuz bu kabil mallara maddî mallardan ihtiraz için «gayri maddî emvali menkule» diyor (Madde: 125). Fakat ayni manayi ifade etmek için 16 mayıs 1929 tarih ve 1447 numaralı kanun «menkul kıymetler» tabirini kullanır [1]. Gayri maddî mallardan bir kısmının alım satımı mutlak surette yani müşterinin niyetine bakılmaksızın ticarîdir, ticarî senetler gibi; kambiyo muameleleri gibi; esham ve tahvilât bey'ü şirası gibi, kanun bunları ayrıca zikreder.

Telif hakkı, ihtira beratları, alâmeti farika ruhsatnamelerine gelince bunlar haddi zatında ticarî muamelelerden sayılmazlar. Fakat ticaret sahasına girebilirler. Bir telif hakkı veya bir ihtira beratı bir diğerine satılmak veyahud bir ticarethane sermayesi ittihaz olunmak üzere satın alınmış ise muamele ticarîdir.

31 — Satış akdi (bayi noktai nazarından).

Satış aktini bayi noktai nazarından tetkik edersek yine ayni esasların tatbik edilmekte olduğunu görürüz. Eğer bayi satmak niyetile evvelce

[1] Menkul kıymetler ve kambiyo borsaları kanunu.

aldığı veya sonradan alacağı bir malı satmış ise muamele ticarîdir. Böyle olmayıp ta kendi ihtiyacı için evvelce satın almış olduğu bir malı, müsaid bir fırsat çıkması veya kendisine artık lüzumu kalmaması hasebile satmış ise - velevki bir kâr ile satmış olsun - muamele ticarî sayılmaz. Fransız hukuku da bu sureti halli kabul ediyor.

Demek ki Fransız hukukuna nazaran menkul malların alım satımında temettüün vücudu, muameleye, daima ticarî bir mahiyet atfetmiyor. Temettüün bulunmaması, bir muameledeki mahiyeti ticariyenin sukutuna sebeb olmadığı gibi, bu itibarla Türk ticaret kanununun, ticarî muamelelerde temettü kastını, mutlak bir kıstas olarak kabul etmemiş olması daha mantıkî ve daha doğrudur.

32 — Sif ve fob satışlar.

Ticaret kanunumuz, maddî menkullerin alım ve satımında âhare satmak niyetini aramakla beraber bazı nevi satışları, mahiyetleri itibarile ticarî addetmiştir. Sif satış, fob satış gibi.

Sif satış demek, misliyattan olan bir malın bedeli «cost» , sigortası «insurance» ve navlunu "freight,, de dahil olduğu halde maktu bir fiat üzerinden gemide teslim şartile satılan mal demektir (Madde: 726). Şu okuduğunuz cümledeki tırnak işaretlerile ayrılan üç İngilizce kelimenin ilk harfleri birleştirilmiş ve sif «cif» tabiri hasıl olmuştur. Fransız hukukunda bu muameleye «kaf» «caf» satış derler. Çünkü Fransızca kelimeler bu üç harfle başlar: coût, assurance, frêt,

Fob satış demek, mal bedelinin gemiden çıkarıldığı zaman tahakkuk edecek veya kabul edilecek tartı üzerinden tediye olunması şartile yapılan satış demektir. (Madde: 744). Kanunumuzda bu kelime kullanılmamıştır. Bu kelime dahi ingilizce üç kelimenin ilk harfleri alınmak suretile tertib edilmiştir: (franc on board) fransızcada buna franco à bord derler.

33 — İcar akti.

Şimdi icar aktine geçiyoruz. Ticaret kanunumuz iki nevi icarı mevzuu bahseder:

Birincisi: Mal icarı — Meselâ at, araba, otomobil, bisiklet gibi şeyleri bir diğerine kiraya vermek için isticar eden kimse ticarî bir muamele yapmış demektir.

156

İkincisi: Mesaî icarı — Borçlar kanunu bu sahada bazı akitler tesbit eder. Hizmet akti (Madde: 313-354); istisna' akti (madde: 355 379) gibi, bu muameleler ticaret hukukunda da yer bulabilirler. Ancak amel ve mesai icarında vazıı kanun bu sahaya giren akitlerin bir kısmında âkidin niyetini nazarı dikkate aldığı halde diğer bir kısmında buna hiç ehemmiyet vermemiş ve sureti mutlakada ticarî addetmiştir. İş idarehaneleri gibi, buna birazdan (35) temas edeceğiz.

İşte son fıkrasındaki istisnaî hal hariç olmak üzere kanunumuzun 19 uncu maddesile, 15, 16 ve 17 inci maddelerini gözden geçirmiş olduk. Şimdi 18 inci maddeye geçelim.

34 — Temettü kastı (Sübjektif unsur)

Ticaret kanununun 18 inci maddesi şu hühmü ihtiva eder: «Tacir olan veya olmıyan eşhasın ahare beyi veya ferağ ederek temin temettü kastile emvali gayri menkuleyi iştira veya teferruğ etmeleri ve bu niyetle iştira veya teferruğ ettikleri emvali gayri menkuleyi beyi veya ferağ eylemeleri muamelâtı ticariyeden maduttur.»

Görülüyor ki burada kanun, ahâre satmak niyetini kâfi bulmamış, belki buna bir de temettü kastını ilâve eylemiştir. Binaenaleyh temettü kastı, bulunmıyan hallerde, ahare satmak niyetile bir gayri menkul iştira edilmiş olsa bile, muamele yine ticarî sayılmaz. Çünkü iştira esnasında temettü kastı yoktur.

Temettü kastı, mutlaka temettüün vücudu demek değildir. Başlangıçta temettü kastı bulunmakla beraber sonradan satış sırasında kazanç hasıl olmıyabilir. Fakat bu hal muamelenin ticarî addedilmesine mani olmaz. Çünkü kanun, temettüün vücudunu değil; belki temettü kastının bulunmasını arıyor. Kezalik temettü kastile satmak için alınmış olmıyan bir gayri menkulün bir kâr ile satılması mümkündür. Bu takdirde ise temettüün vücudu, muameleye ticarî bir mahiyet vermez.

Buraya kadar gördüğümüz maddelerdeki muameleleri vazıı kanun, ancak niyet ve temettü kastı gibi sırf sübjektif unsurların vücudu halinde ticarî muameleden saymaktadır.

35 — Objektif ticarî muameleler.

Yukarıki muamelelerden başka kanunun mahiyetleri itibarile yani sureti mutlakada ve âkidin niyet ve sıfatını nazarı dikkate almaksızın ticarî ad-

dettiği birtakım muameleler vardır ki bunları kanunumuz 20 ve 21 inci maddelerinde birer birer saymaktadır. İşbu maddelere nazaran:

1 — Her nevi emvali menkule itası taahhütleri ve alelumum imalât, inşaat takabbül ve iltizamı;

2 — Fabrikacılık, tezgâhcılık, matbaacılık, fotoğrafcılık, litoğrafcılık, naşirlik, gazetecilik, ilâncılık ve kitapçılık;

3 — Tiyatro, sinema vesair temaşagâh, otel ve han ve lokanta gibi umumî mahaller ve iş idarehaneleri ve müzayede mahalleri küşadı;

4 — Karada, nehirde ve göllerde ve havada yolcu ve hayvanat ve eşya nakliyatı;

5 — Su ve gaz ve elektrik tevzii ve telefon ile muhaberat tesisi;

Ticarî muamelelerden olduğu gibi;

1 — Komisyonculuk (Madde: 845-878);

2 — Dellâllık (Madde: 101-118);

3 — Poliçe ve emre ve hamiline muharrer senetlerle çekler (Madde: 527-641);

4 — Kambiyo muamelâtı;

5 — Hususî ve umumî bankalar muamelâtı;

6 — Hesabı carî mukavelât ve muamelâtı (Madde: 782-696)

7 — Umumî mağazalara ve bunlara mevdu emval mukabilinde verilen makbuz ve rehin senedatına mütedair muamelât (Madde: 798 - 821);

8 — Ticaret şirketleri teşkili ve ticaret şirketlerine aid esham ve hissei menafi bey'ü şürası;

9 — Merakibi bahriye bey'ü şürası ve icar ve isticarı ve inşa ve tamiri;

10 — Merakibi bahriyenin teçhizine (donatılmasına) mahsus alelumum levazımat ile me'külât ve meşrubat ve mahrukat bey'ü şürası;

11 — Seyri sefaine ve bahren ve tahtelbahir her nevi nakliyat ve sevkiyat ve seyahatlere ve alelıtlak ticareti bahriyeye (deniz ticaretine) müteallik muamelât;

12 —Merakibi bahriye hizmetinde kullanılan kaptan ve çarhçı ve taife ve klavuz vesair eşhasın maaşat, ücuratına ve eşhası mezkûrenin sefaini ticariyedeki hidematına müteallik her nevi ukud ve mukavelât;

13 — İkraz ve istikrazı bahrî (deniz ödüncü);

14 — Berrî ve bahrî her nevi muhatarata karşı gerek ücretli gerek mukabil her nevi sigortalar ve hayat sigortaları; dahi muamelâtı ticariyeden maduttur.

36 — **Objektif muamelelerin tahlili.**

Bu muamelelerin mahiyetlerine nüfuz edebilmek için biraz tafsilâta ihtiyaç vardır. Çünkü maksadımız vazıı kanunun takib ettiği esasları bulmaktır. Vazıı kanun, ne gibi mülâhazalara tâbi olmuştur ? İşte aradığımız nokta budur. Şimdiye kadar temas ettiğimiz kanun maddelerinden anlıyoruz ki vazıı kanun, insanların faaliyetlerindeki tecelli şekillerini ve bilhassa bu şekillerdeki iktısadî mahiyeti nazarı dikkate alarak bunları 3 gurup etrafında toplamıştır. Esasen insanların mal ve servet telâkkileri en geniş manasile üç nevi kıymet üzerinde tekâsüf eder. Ve bu üç nevi kıymet, üç gurup faaliyet sahasının elde ettiği neticelerdir.

Birinci gurup — İstihsale masruf olan faaliyetlerdir. Çiftçinin tarlasını ekmesi, hayvanat yetiştirmesi, maden sahibinin yerden cevher çıkarması gibi, buna «industrie extractive» istihsal san'atı diyoruz. Bu faaliyetin istihdaf ettiği gaye mahsulât elde etmekten ibarettir.

İkinci grup — İmalâta masruf olan faaliyetlerdir. Fabrikacılık gibi. Burada iptidaî maddeler, yani birinci gurup faaliyet sahasının elde ettiği mahsuller diğer bir şekle ifrağ olunur. Yün veya pamuktan iplik, kumaş, deriden kösele ve kundura, demirden makineler imal ediliyor. Kömürden hava gazı ve elektrik çıkarılıyor. Buna imal san'atı «industrie manufacturière» diyoruz. Bu faaliyetin istihdaf ettiği gaye mamul eşya elde etmekten ibarettir.

Üçüncü gurup — Mahsulât veya mamulâtın tedavülüne masruf olan faaliyetlerdir. Her hangi bir mahsulü (birinci gurup) veya mamul olan eşyayı (ikinci gurup) ihtiyacı olan kimselerin kolaylıkla tedarik edebilecekleri mahallere sevketmek, buna ticaret san'atı «industrie commerciale» diyoruz. Bu faaliyetin istihdaf ettiği gaye ise ticarettir.

37 — **Ticaret kanununun kabul ettiği esas** (Öbjektif muamelelerde)

Kanunumuz bu üç kısım faaliyetlerden evvelkisini medenî muamelelerden addetmiştir. Filhakika ticaret kanununun 19 uncu maddesinde gördük

ki (27) sahibi arzın veya çiftçinin mahsulâtını ve bir maden sahibinin çıkarılmış cevherlerini satması umuru adiyedendir. Böyle olmakla beraber bu kaide mutlak değildir. Çünkü ticaret kanununun 23 üncü maddesine nazaran bir akid taraflardan yalnız biri için ticarî olsa dahi hilâfına kanunda sarahat olmadıkça, bilcümle âkidlerin işbu akitten mütevellid borçları hakkında ticaret kanunu hükmü tatbik olunur. Demek ki mahsulâtı satın alan bir adam ahare satmak niyetile almış ise muamele ticarîdir. Netekim temyiz mahkemesi 27 şubat 1929 tarihli tevhidi içtihat kararında [1] bu ciheti tasrih etmektedir.

38 — Tevhidi içtihad kararı ve münakaşası.

Bahsettiğimiz karar şudur: «Bir sahibi arz veya çiftçinin mahsulâtını bey' etmeleri umuru adiyeden ise de bu akid diğer taraf için ticarî olduğu takdirde kanunlarda hilâfı yazılı olmadıkça tarafların akdimezburdan mü tevellid borçları hakkında ticaret kanunu ahkâmı tatbik olunacağı mezkûr kanunun 23 üncü maddesinde musarrah olmasına mebni mahsulâtı arziye alım ve satımından dolayı sahibi arz ile bir tacir veya mezkûr mahsulâtı ahare bey' niyetile iştira eden eşhas beyninde mütekevvin davalara müteallik verilmiş olan hüküm ve kararların rüyeti ticaret dairesinin dairei vazifesine dahil olduğuna ekseriyetle karar verilmiştir. (Resmî gazete: 1 mayıs 1929, numara: 1181);

Temyiz mahkemesinin bu kararı doğru mudur?

Bundan evvel söylediğimiz gibi (26) vazıı kanun ahare satmak niyetile yapılan bir iştirayı satın alan kimsenin sıfatını nazarı dikkate almaksızın ticarî mahiyette bir muamele addetmiştir. Şu halde iştira böyle bir niyete matuf olunca hadisenin ticarî olması lâzım gelir. Vakıâ bu muamele, çiftçiye yani satıcıya göre ticarî değildir. Fakat 23 üncü madde, taraflardan

[1] Temyiz mahkemesi teşkilâtına dair olan 11 nisan 1928 tarih ve 1221 numaralı kanunun sekizinci maddesinde şu yolda bir esas kabul edilmiştir: Temyizin iki dairesi veya bir dairenin iki kararı arasında aynı mes'elede tezad ve mübayenet görüldüğü veya takarrur etmiş bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hasıl olduğu takdirde birinci reis tezad ve mübayenet halinde mütebayin ilâmları ve içtihadın tebdili lüzumu halinde buna saik olan sebepleri mutazammın evrakı alâkadar daire veya dairelerden celb ve telhis ve nushalarını teksir ile içtimadan lâakal üç gün evvel temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesine tevzi ve içtima gününü tayin eder. Bu suretle hey'eti umumiyece ittihaz olunan kararlara tevhidi içtihad kararı denir. Bu kararlar tarafeyne tesir etmezler. Fakat karardan sonraki mümasil işlerde temyiz daireleri bu karara ittiba etmek mecburiyetindedirler.

160

yalnız biri için ticarî olan muameleleri de ticaret kanunu hükümlerine tâbi tutuyor. Ancak işbu maddede nazarı dikkati celbetmesi lâzım gelen bir kayıd vardır. Filhakika maddei kanuniyede «hilâfına sarahat olmadıkça» denilmektedir. Halbuki 19 uncu madde sarahaten çiftçinin mahsulâtını satmasını umumu adiyeden addediyor. Şu halde, diyebilirsiniz, bu sarahatı 23 üncü madde delâletile hükümsüz bırakmak doğru bir düşünce midir?

Bu itiraza şu yolda bir cevap verilebilir: Ticaret kanununun 20 inci maddesinin 1 numaralı fıkrası her nevi emvali menkule itası taahhütlerini ticarî olarak kabul etmiştir. Her nevi emvali menkule tabirinde yalnız mamul eşyalar değil, mahsulâtı arziye de dahildir. Diğer taraftan iştira keyfiyetinin satıştan evvel veya sonra olması arasında da bir fark bulunmadığını kanun tesbit ediyor. Binaenaleyh tevhidi içtihat kararı esas itibarile doğrudur. Yalnız esbabı mucibesinin daha ziyade açık yazılması icab ederdi.

İstihsale masruf olan faaliyetler hakkında verdiğimiz tafsilâtı burada bitiriyoruz. Şimdi diğer kısım faaliyetlere geçelim.

39 — İmalât ve tedavüle masruf faaliyetler.

Bu kısım faaliyetleri kanunumuz sureti mutlakada ticarî addetmiştir. Çünkü 20 ici maddenin 1 numaralı fıkrasındaki imalât ve inşaat tekabbül ve iltizamı ile 2 numaralı fıkra ve 21 inci maddenin 9 numaralı fıkrasındaki merakibi bahriye inşa ve tamirleri hep imalâta masruf faaliyetlerdendir. Kezalik 20 inci maddenin 1 numaralı fıkrasındaki her nevi emvali menkule itası taahhütlerile 2, 3, 4 ve 5; ve 21 inci maddenin 1,2, çek hariç olmak üzere 3,4,5,6,7,8,9,10 ve 11 inci fıkraları hep tedavül esasına müstenittir. Filhakika menkul mallar itası taahhüdü bir tedavüle tavassuttan başka birşey olmadığı gibi komisyonculuk, dellâllık, poliçe, emre muharrer senet, kambiyo muameleleri ve saire de hep tedavül esasına dayanan işlerdir.

Esasen mes'elenin biraz daha ruhuna nüfuz edilirse imalâta masruf faaliyetlerin de tedavül gayesine müteveccih olduklarını görürüz. Her hangi bir maddei iptidaiyeyi mamul bir hale çevirmek onu daha faydalı bir hale ifrağ etmek demektir. Daha açık bir tabirle mahsullere, ferdlerin menfaatlerine, müşterilerin ihtiyaçlarına en çok yaklaşan bir şekil verilmiş oluyor. Bu hareketin ma'nası mahsullerin bir an evvel istihlâkini temindir.

Şu halde ticaret kanunumuz, ticarî olan muameleleri sayarken çok ilmî esaslardan yürümüş ve bu esasları göz önünde tutarak muamelelerin tatbikattaki tecelli şekillerini tesbit etmiştir. Şimdiye kadar tetkik etmiş olduğumuz maddeler bize bu esaslardan ikisini tebarüz ettirdi:

Birincisi — Temettü kastı; yalnız gayri menkullerde.

İkincisi — Tedavülün temini; maddî ve gayri maddî menkul mallarda.

40 — Mevzuun devamı.

Şimdi 21 inci maddenin 12, 13, 14 numaralı fıkralarını tetkik edelim:

Vazıı kanun 12 inci fıkrada sefain hizmetlerinde kullanılan kimselerin muamelelerini ticarî addediyor. Halbuki bu muamelelerin kâffesinde ticarî mahiyet yoktur. Bilhassa maaşlar ve ücretlere taallûk eden işler. Müstahdem olanlar için hiç de ticarî değildir. Bu, alelâde aylıkla adam istihdam etmek demektir. Fakat buna rağmen vazıı kanun umumiyetle sefaine ve deniz ticaretine müteallik bütün işleri hiçbir istisnaya meydan vermeksizin ticarî muameleden saymıştır. Netekim ayni maddenin 8, 9, 10, 11 numaralı fıkralarında da bu fikrin hâkim olduğunu görüyoruz.

41 — İkraz ve istikrazı bahrî.

Maddenin 13 üncü fıkrasındaki ikraz ve istikrazı bahrî tabirini. ticaret kanununun deniz ticaretine müteallik olan ikinci kitabı "deniz ödüncü mukavelesi,, şeklinde ifade eder. Bu mahiyetteki bir istikrazın karşılığı:

a) Bazan gemi olur;

b) Bazan navlun olur;

c) Bazan da gemiye yükletilmiş olan mallar olur.

İşbu istikraz kaptan tarafından bazı haller de yapılır. Deniz ticareti kanunu bu halleri tayin etmiştir. Tafsilâtından sarfınazar edilirse kaptanın deniz ödüncü mukavelesi yapabilmesi için iki vaziyetten birinin hâdis olması lâzımgelir.

Birinci vaziyet — Gemiyi kurtarmak veya yolculuğunu bitirmek için bir zaruret tahakkuk ederse (Madde: 1069 ve müteakip);

İkinci vaziyet — Gemiye yükletilmiş olan malların muhafazası veya ileriye taşınması için bir lüzum hasıl olursa (Madde: 1076, 1083, 1173).

162

Demek ki bu muamele dahi malların seyahatini ve binaenaleyh tedavül etmesini temine matuftur.

42 — Sigorta işleri.

Maddenin en son fıkrası her nevi sigortaları ticarî mahiyette addetmiştir. Sigorta bir akittir ki onunla sigortacı tâbir olunan kimse prim denilen bir ücret mukabilinde muayyen bir takım tehlikeler veya hadiseler vukua geldiği zaman sigortalıya veya adamına evvelce miktarı kararlaştırılan bir tazminat veya bir sermaye ve yahut bir irat teminini taahhüt eder. Sigortacı bu muameleyi yaparken istatistik kaidelerine ve bunların verdikleri neticelere bakarak derpiş olunan tehlike veya hâdise ihtimalini nazarı dikkate alır. Buna ücretli sigorta derler. Eğer bir kaç kimseler birleşerek içlerinden her hangi birinin maruz kalacağı her nevi muhataralardan mütevellit hasarları tazmin etmeği karşılıklı olarak taahhüt ederlerse buna, mukabil sigorta derler. Bu takdirde birleşen kimselerin her biri hem sigortacı, hem de sigortalı olur. Daha açık bir tabir ile ifade edelim: Mukabil sigortalarda sigortalı ile sigortacılar ayni şahıstırlar. Halbuki bir prim mukabilinde sigorta yapanlar sigortalıdan ayrı bir şahsiyete sahiptirler.

Bu muamelelerdeki ticarî mahiyeti, tedavül veya tedavüle tavassut esaslarile halledemeyiz. Çünkü burada her ikisi de yoktur. Vazıı kanun, olsa olsa, bu kabil müessesatı iflâs tehdidi altında bulundurmak gibi cezaî bir mülâhazaya tâbi olmuştur.

43 — Ticarî muamelelerdeki tahdidin şümulü.

Ticaret kanunumuz, ticarî muameleleri müfredat üzerine tesbit etmekle beraber bunun tahdidi olmadığını da göstermiştir. Filhakika 24 üncü maddede "tacir olan veya olmıyan eşhasın işbu fasılda musarrah muamelâta mahiyeten makis olan muamelâtı sairesinden mütevellit borçları da ticaret kanunu ahkâmına tabidir.,, denilmektedir. Görülüyor ki kanunumuza nazaran her hangi bir muamelenin ticarî olup olmadığını anlamak için yalnız kanunun sarahatine veya o muameleyi yapan kimsenin sıfatına değil, belki muamelenin de mahiyetine bakılmak lâzımgelecektir. Fakat bu mahiyetin kıstası nedir? Acaba yalnız tedavül fikri mi? Vakıâ buraya

kadar tetkik ettiğimiz maddelerde tedavül fikrinin ticarî muamelelerin pek çoğunda hâkim olduğu görülüyor. Fakat bunun olmadığı yerler de vardır. Bilfarz çekte tedavül yoktur. Çek bir tediye vasıtasıdır. Kezalik tacir olmıyan bir kimsenin emre muharrer bir senet vermesinde de esas itibarile tedavül kastı görülemez. Burada nihayet bir vade mevzuu bahistir. Buna rağmen yine muameleyi ticarî addediyoruz. O halde kanunumuzun ticarî olmak üzere saydığı muamelelerin umumuna şamil olacak tek bir kıstası bulunmasına imkân yoktur.

44. — Ticarî muameleler mefhumunun tahlilî bir şekilde tetkiki.

Şimdi mevzuumuzu tahlilî analytique bir tetkika tâbi tutalım. Bu tetkikat bize neden dolayı muayyen bir kıstasın bulunamadığını daha vazıh bir surette gösterecektir. Bahsın evveliyatına rücu ediyoruz.

Ticarî muamelelere müteferri olarak kanunumuzun sevkettiği hükümlerden anlayoruz ki ekseriyetle ticaret, maddî ve gayrı maddî malların istihsal ve ihraç edenle istimal ve istihlâk eyliyenler arasında tedavülünü istihdaf eyler. Bu mallar bazen müstahsilden doğrudan doğruya müstehlike geçer. Arada tavassut eden hiç kimse yoktur. Bu takdirde muamele medenîdir. Bazen de mallar mutavassıtlar delâletile piyasaya dağıtılır. Bu takdirde ise muamele ticarî olur.

Bu tedavül fikrini malın bedeli noktasından düşünecek olursak biraz daha genişletebiliriz. Daha açık bir tabirle yalnız malların müstahsilden müstehlike gitmesini değil; belki mal bedellerinin de müstehlikten müstahsile gitmesi göz önünde tutulabilir. Bu surette tedavül mefhumu daha genişler ve bir tediye vasıtası olan çek de bu mefhuma girer. Bu mülâhazaya tâbi olarak diyebiliriz ki kaideten malların müstahsilden müstehlike gitmesini temin eden muamelelerle mal bedelinin müstehlikten müstahsile iadesini temin eyleyen muameleler ticarîdir. Bunların bir kısmı esas muamelelerdir. Satış gibi, banka muameleleri gibi, bir kısmı da esas muameleye müteferri olan muamelelerdir. Nakliyat gibi, teferruattan olan bu muameleler müstahsil ile müstehlik arasında malın seyahatini kolaylaştırır.

45 — Tedavül mefhumunun şümulü.

Fakat iktisad sahasındaki tedavül mefhumu ile hukuk sahasındaki te-

164

davül mefhumu daima aynı mahiyeti arzetmez. Hukuk sahasındaki tedavül bazen daha geniş bazen de çok dardır. Filhakika yalnız iktisadî mahiyetteki tedavül nazarı itibara alınacak olursa satış akdinin hukuku medeniye sahasında yer bulmasına imkân kalmaz. İşte bu sebepten dolayı ticarî muameleleri bir kıstasa bağlamak imkânı bulunmamış ve vazıı kanun işbu muameleleri birer birer saymak suretile tesbite mecbur kalmıştır. Çünkü vazıı kanun, yalnız iktisad prensiplerine tâbi olarak ticarî muameleleri tasnif edemezdi. İdarî, malî cezaî bir takım mülâhazaları da köz önünde tutmağa mecbur idi. Netekim bunun misallerine şimdiye kadar tesadüf ettik.

46 — Vazıı kanunun kullandığı tabirler.

Esasen dikkat edilirse görülür ki vazıı kanun ticarî muameleleri sayarken daima hukuku hususiyede mütearif olan tabirleri kullanmamış, belki meşhur İtalyan hukuku ticaret mütahassısı profesör Vivante'nin dediği gibi, fikirlerini bir iş adamının kullanabileceği tedbirlerle ifade etmiştir. Yani yalnız müvellid vak'aları [1] «les faits générateurs» nazarı dikkate almış, bunların hukukî neticelerini mahiyetleri noktai nazarından tesbit etmemiştir.

Filhakika kanunumuzun maddelerini yukarda gördük. Kullandığı tabirler arasında kambiyo muamelâtı, bankalar muamelatı, umumî mağazalara mütedair muamelât, ticareti bahriyeye müteallik muamelât (Madde: 21); işbu fasılda müserrah muamelâta mahiyeten makis olan muamelâtı saire (Madde: 24) gibi fıkralar vardır. İşte ticaret kanunumuz, bu müvellid vakıaların ticarî vecibelere vücud verdiğini kabul ediyor.

İtalyan hukukundan iktibas ettiğimiz bu esas çok doğrudur. Kanunumuz, ticarî mahiyeti, Fransada olduğu gibi, muayyen akitler dairesinde yapılan işlere hasretmiş olsaydı o zaman ticaret kanununa çok tahdidî bir

---

[1] Müvellid vakıa demek kanunun himaye ettiği bir menfaatı, yani bir hakkı meydana getiren vakıa demektir. Esasen bilâ istisna her hak bir müvellid vakıa ile başlar. Fekat her vakıa bir hak tevlid etmez. Bunun için müvellid yani tevlid edici, doğurucu vakıa diyoruz. Ancak tasarruf ile şahsiyet müstesna olmak üzere bilcümle hukukî hâdiselerde müvellid vakıalarla, hukukî neticeler yekdiğerinden ayrılırlar. Vakıa maziye, neticeler atiye aiddir. Fakat tasarrufda, şahsiyette vakıalar, neticelerle birlikte yürür. Vakıa ortadan kalkınca neticei hukukiye de ortadan kalkar. Burada tasarruf kelimesini milkiyet mukabili değil; belki zilyedlik mukabili olarak kullanıyorum.

vasıf vermiş olacaktı. Vakıâ evvelce de söylemiş olduğumuz gibi (10) bu vasıf ticaret hukukunda vardır. Çünkü ne de olsa hususî bir kanundur. İstisnaî hükümleri ihtiva eder. Bu itibarla medenî muamelelerde tatbik olunamaz. Fakat vazıı kanunumuz bu tahdide hasrî bir mahiyet izafe etmemiştir. Cünkü tahdidin de ihtiyaçlara cevap verecek onları karşılayacak bir yumuşaklığı, elestikiyeti haiz olması icabeder. Çüukü ticaret mevzuu dolayısile günden güne genişlemekte ve her gün bir az hada fazla hukuku hususiye sahasına taşmaktadır. Bu sebepten Türk vazıı kanunu akitlerin isimlerine hiç de ehemmiyet vermemiş belki münhasıran zatı muameleyi göz önünde tutmuştur.

47 — Mevzuun tahlili (Devam).

Mevzua daha yakından temas edelim. Bey' dediğimiz zaman, yalnız milkiyeti nakleden bir akid anlarız. Satış akdi milkiyetin müvellid vakıasıdır. Kezalik icar dediğimiz zaman yalnız bir menfaatın muayyen bir müddet için diğer bir şahsa verildiğini anlarız. Kira akdi de menfaat temlikinin müvellid vakıasıdır. Fakat ticaret sahasındaki her müvellid vakıa böyle muayyen bir hukukî mefhuma tekabül etmez. Meselâ kambiyo muamelâtı nedir? Hukuku hususiyenin hangi akdini ifade ediyor? Muhtelif memleketlerin tediye vasıtaları arasındaki kıymet farkının vücut verdiği bu muameleler, tesbit olunamıyacak derecede değişikliklere meydan verir. Kezalik nakliyat tabiri bize bir malın sevkini veya bir insanın seyahatını hatırlatır. Hukuku hususiye de bu, bir nevi kira akdidir. Fakat ticaret kanununun kasdettiği şey yalnız bundan ibaret değildir. Belki buna müteferri bütün muameleleri de ticarî addediyor. Bir misal, mevzuu bize daha açık bir şekilde anlatabilir: Hukuku hususiyedeki basit bir muameleyi alalım: Satış akdi, ticaret kanunumuz burada - hukuku hususiyede olduğu gibi - yalnız milkiyet meselesile uğraşmıyor. İptidaî maddeleri imal ve numune teşhir etmek, ambalaj yapmak, gazetelere ilân vermek, malı sevketmek gibi teferruattan olan ve satışı her ne suretle olursa olsun kolaylaştıran muameleleri de kendi sahasına çekiyor. O derecede tacir olmayan bir kimsenin yapmış olduğu satış akdine ticarî mahiyeti veren işte bu teferruattan sayılan muamelelerdir. «Ahare satmak niyeti» gibi sübjektif unsur, teferruattan olan bu gibi objektif amillerle tebarüz eder. Binaenaleyh kanunun *muamele* kelimesile ifade ettiği her hangi bir müvellid vakıayı tahlil ederek.

166

Adeta parçalayarak o muamelede temerküz eden ve muameleyi yapanların sübjektif kavrayışlarına göre her hâdisede değişebilen hukukî neticelerin mahiyetlerini nazarı dikkate almak ve bunları ticarî veya medenî diye tavsif etmek kanunumuzun cevaz vermediği bir şeydir.

48 — Ticarî senetler, poliçe.

Bundan evvel yaptığımız tahlili bir poliçe üzerinde de tatbik edelim. Bir poliçede para nakli var, istikraz var, vade var, kredî var, vekâlet var. Teferruattan olarak da temlik, iskonto, kefalet gibi şeyler var. Bunların hepsi olmakla beraber, poliçe, müstakilen bunların hiç biri de değildir. İzahatımızı muamelât üzerinde görebilmek için bir poliçe numunesi yazalım:

Ankara 1 Mart 1934 — Türk lirası : 500

İşbu poliçe mukabilinde Hüseyin efendiye veya emrü havalesine tarihden doksan bir gün hitamında beş yüz Türk lirası tediye ediniz. Bedeli hesaptadır.

İmza; Mehmed Vasıf

Ankarada Karaoğlan caddesinde 28 numaralı mağazada Doğan ticaret evi sahibi
İmza : Nureddin Cemil

İstanbul Balık pazarında 37 numaralı mağazada mukim tüccardan
Mehmed Vasıf'a

Bu poliçede üç isim vardır.

1 — Borçlu olan Nureddin Cemil, buna keşideci derler.

2 — Emrine tediye edilecek olan Hüseyin, buna alacaklı derler.

3 — Parayı verecek olan Mehmed Vasıf; kanun buna muhatap diyor.

Kaideten bu poliçenin ifade ettiği mana şudur: Keşideci, yani Nureddin Cemil, alacaklı Hüseyinden bir mal almış, ona beş yüz lira borçlanmış, borcunu muhataptaki alacağından ödüyor.

Şimdi Hüseyin, bu parayı bir başkasına devrü temlik edebilir. Bu takdirde poliçenin arkasına şöyle bir fıkra yazar:

Ali emrine ödeyiniz, bedeli alınmıştır. 8 mart 1934
İmza : Hüseyin

Kezalik Bay Ali de bu poliçeyi bir üçüncü şahsa, o da bir dördüncüsüne devredebilir. Bu muameleye ciro derler. Ciroların teselsül etmesi mümkündür. Poliçenin arkasında yer kalmazsa ona bir kâğıt raptederler. Ve ciro muamelesi bu kâğıt üzerinde tesbit olunur. Bu kâğıdın ismi fransızcadan alınan allonjdur (Madde: 538). Poliçeyi elinde bulunduran adam «hamil» dir. Ciroyu imza eden adam evvelki hamildir. buna ciranta derler.

Ciroda hamil, cirantaya, birkaç ay sonra alınacak bir paranın faiz ve komisyonunu tenzil ederek poliçe bedelini verir. Buna iskonto derler. Bütün bu muamelelerde:

a) Ankarada tediyesi lâzım gelen bir para, İstanbulda veriliyor. Yani para İstanbula naklolunuyor

b) poliçe; ya borçlunun ya muhatabın yahud her ikisinin veyahud keşideci veya cirantaların piyasaya telkin ettikleri itimad üzerine elden ele nakid gibi tedavül eder. Yani bir vasıtai tedavül olur.

c) Poliçe ile keşideci, muhataptaki alacağının istifasını hamile bırakıyor; yani bir vekâlet veriyor.

d) Gerek poliçeyi kabul eden ve gerek keşide ciro edenlerin cümlesi hamile karşı vadesi hülûlünde poliçe bedelini tediye ile mükelleftirler. Yani aralarında kefalet vardır. Vesaire...

Poliçenin bu misaldeki şekli, evvelce yapılan bir muamelenin yani müvellid bir vakıanın neticeleridir. «Evvelce yapılan» vasfile tavsif ettiğimiz bu muamele ticarî olmayabilir. Meselâ farzediniz ki poliçe müstahsil ile müstehlik arasındaki bir alım satım muamelesi üzerine verilmiştir. Bu hal poliçeyi ticarî mahiyetten çıkarmaz.

49 — Poliçedeki hususiyet (devam).

Yukarıki misalde tasvir edilen hâdisede müvellid vakıa ile onun hukukî neticeleri yekdiğerinden ayrılmıştır. Evvelkisi maziye, ikincisi müstakbele aittir. Fakat poliçede daima hukuku hususiyenin bu şekline tesadüf olunmaz. Daha açık bir tabirle, ticarî muamelelerde poliçe mutlaka müvellid bir vakıanın neticesidir denilemez. Evvelce hiç bir muamele yapılmamış olsa dahi poliçe ihtası ve keşidesi mümkündür. Meselâ poliçe de hem keşideci hem de muhatap bir adam olabilir (Madde: 529). Bu takdirde poliçe başlı başına müvellid bir vakıa olur.

50 — Teferruat.

Görülüyor ki vazıı kanun bir akte vücud veren mukaveleyi değil; belki zatî muameleyi nazarı dikkate almış ve feri' esasa tâbidir, kaidesine tevfikan o muamele ile muamelenin meydana getirdiği neticeleri birleştirerek bir vahdet, birlik temin etmiştir. O derecede ki, ticarî muameleleri saymakla beraber, vazıı kanuna, teferruattan olan işlerin açıkta

168

kalmaması için bu hususa dair bir de madde sevkeylemiştir. Filhakika kanunun 25 inci maddesi şu yolda bir hükmü ihtiva eder: « Bu fasılda tadat olunan muamelâta mürtabıt olan veya bunların icrasını teshil eden bilcümle muamelât dahi muamelâtı tüccariyedendir.»

Bir tacirin yaptığı muamele ticarî midir? Yoksa teferruattan mıdır? Meselesini amelî noktai nazardan araştırmağa lüzum yoktur. Çünkü yukarda görüldüğü veçhile tacir sıfatı muameleye müessirdir. (18). Ve bu san'at yapılan muamelenin ticarî olduğuna bir karine teşkil eder. Fakat yapılan muamele münferit ise veya ticarî bir muameleye merbut bulunmakla beraber tacir olmayan veya olamayan - meselâ devlet gibi - bir şahsiyet tarafından yapılmış ise o zaman mesele değişir; ve "feri' asla tâbidir,, kaidesinin neticeleri ovakit meydana çıkar.

51 — Müellif Vivante'in noktai nazarı.

Müellif Vivante ticarî muameleleri iki sınıfa ayırır:

Birinci sınıf — Objektif ticarî muameleler. Bunlar kanunun sarahati mucibince ticaret sayılan işlerdir.

İkinci sınıf — Subjektif ticarî muameleler. Bunlar tacir tarafından yapılan işlerdir.

Birinci sınıf muameleler ticaret mefhumuna, tacir medlûlüne vücut veren şeylerdir. İkinci sınıf muamelelerde ise ticarî mahiyet mefruzdur. Yani eğer o muameleyi yapan tacir değilse muamele ticarî sayılmaz.

İtalyan hukuku ticaret profesörünün bu tasnifi bizim kanunumuza tam manasile uymuyor. Çünkü Vivante'in objektif ticarî muameleden addettiği kısımda kanunumuz subjektif unsurlarda aramıştır. "Ahara satmak niyetile iştira,, "temettu kasdile yapılan emvali gayri menkule alım satımları,, gibi.

52 — Türk kanununa hâkim olan fikirler.

Hakikat şudur ki Türk vazıı kanunu, ticarî muameleler mefhumunu, evvelce de söylediğimiz gibi (45), yalnız iktisadî cepheden tetkik ile iktifa etmemiş; belki başka âmilleri de nazarı dikkate almıştır.

Meselâ ticarî senetlerle deniz ticaretine müteallik bilûmum muamelelerde vazıı kanun, tarihî an'anelerin tesirlerine yabancı kalmamış ve bir zamanlar ticaretin en semere verici faaliyet sahası olan ve fakat bu gün

169

ictimaî hayatın alelâde zaruretleri arasına giren bu muameleleri ticarî addetmiştir.

Kezalik meslek, san'at veya maişetlerine ait ihtiyaç veya muameleleri karşılıklı muavenet ve kefalet sayesinde tedarik ve ifa eylemek maksadile teşkil edilen kooperatif şirketlerle (Madde: 125, No. 5) aşağı yukarı yine bu mahiyetteki bir gayeye masruf olan karşılıklı sigorta (Madde: 932, fıkra: 3) haddi zatında ticaretle alâkadar olan muamelelerden değildir. Buna rağmen vazı kanun bu gibi muamelâtın ticaret kanunile daha iyi yürütülebileceğine kani olmuştur.

Ve nihayet tiyatro, eğlence mahalleri, gayri menkuller üzerine yapılan spekülâsyonlar, borsa muameleleri gibi işlerin ticaret sahasına sokulmasında inzibatî bir fikir hâkim olmuştur. Filhakika bu kabil işler, iflâs tehdidi altında bulundukça daha emniyetle görülebilir ve harice daha fazla itimat telkin eder.

Demek ki mahiyetleri itibarile yekdiğerinden büsbütün ayrılan ve başka başka mülâhazalar neticesinde bir araya toplanarak ticarî addedilmelerine vazı kanunca lüzum görülen muameleleri bir fikir, tek bir esas etrafında toplamağa imkân bulunmuyor.

53 — Tetkikatın verdiği netice.

Gerek terkibî ve gerek tahlilî şekillerdeki tetkikat bizi ayni neticeye ulaştırdı. Bu netice, Türk ticaret kanununun ticarî addettiği muameleleri tek bir kıstasa bağlamak imkânı olmadığını gösterir.

Hukuk sahasında ilmî ictihatlar mevzu hukuka yani müdevven kanunlara aykırı bir cereyan takib edemezler. Kanunun maddeleri arasında bir ahenk varsa ilmî ictihatların sahası, kanunun çizdiği hudutlarla mukayyed olmalıdır. Şu halde hukukun ilmen lüzum gösterdiği - ticarî muameleleri medenî muamelelerden ayıran kıstasın tesbitine müteallik - mecburiyet, kanunun hükümlerine sadakatle bağlı kalındığı müddetçe tahakkuk edemiyor. Nev'i cinslerine münhasır olan bu muameleleri, biz daha mütevazı bir yoldan giderek her birerlerini hikmeti vazıları itibarile en mütebariz vasıflarına göre bazı guruplar etrafında toplamağa çalışacağız. Bazan bir muamelede iki mütebariz vasfolabilir. Bu takdirde bizzarur ayni muamele her iki gurupta da gözükecektir. Ben bu muameleleri 7 gurup etrafında toplayabildim.

١٧٥

54 — Ticarî muamelelerin guruplara taksimi.

Birinci gurup — Maddî emvali menkuleyi müstahsilden müstehlike isale masruf faaliyetler:

a) Bir diğerine satmak niyetile iştira (Madde: 15); lokantacılık (Madde: 20, numara: 3).

b) mahsulâtı arziyenin veya maden cevherlerinin ahare satılması için ticarî mahiyette bir müessese açılması (Madde: 19, son fıkra).

2) Her nevi emvali menkule itası taahhütleri (Madde: 20, numara: 1).

İkinci gurup — Gayri maddî emvali menkulenin tedavülüne masruf olan faaliyetler:

a) Ahare icar niyetile yapılan iştira veya isiticar [Madde: 15, 16, 17]; otel ve han [Madde: 20 numara: 3].

b) Poliçe, emre veya hamiline muharrer senetler «kredi noktai nazarından» [Madde: 21, numara: 3].

c) Ticarethanenin devri «bu muamelâtı ticariyeye mahiyeten makis olan bir muameledir. [Madde: 24 ve 125].

d) Gazetecilik, kitapçılık, naşirlik; tiyatro, sinema, vesair temaşagâh mahaller küşadı (Madde: 20, numara: 2 ve 3).

e) Ticaret şirketlerine aid esham ve hissei menafiin bey'ü şirası [Madde: 21, numara: 8].

Üçüncü gurup — Maddî ve gayri maddî malların bedellerini sahiplerine iadeye masruf bulunan faaliyetler:

a) Umumî ve hususî bankalar muamelâtı [Madde: 21, numara: 5].

b) Kambiyo muameleleri [« « « 4].

c) Ticarî senetler ve çekler [« « « 3].

Dördüncü gurup — İmalâta masruf olan faaliyetler:

a) Bir kimsenin mahsulâtını veya çıkarılmış cevherlerini başka şekle ifrağ için daimi mahiyeti haiz sınaî bir müessese açması [Madde: 19, son fıkra]; su tevziatı [Madde: 20 numara: 5].

b) Alelumum imalât ve inşaat takabbül ve iltizamı [Madde: 20, No. 1]

c) Fabrikacılık, tezgâhcılık, matbaacılık, fotoğrafçılık, litoğrafçılık [Madde: 20, numara: 2]

d) Hava gazı ve elektrik tevzii [Madde: 20, numara: 5]

Beşinci gurup — Gayesi temettü istihsaline masruf olan faaliyetler:

171

a) Temettü kasdile emvali gayrı menkule alım satımı [Madde : 18].

b) Ticarî şirketler teşkili (Madde : 21, numara : 8 ; madde 9). Burada hükmî şahsiyetin kisvesi muamelenin mahiyetine müessir olmaktadır. Bu kisvenin mütebariz vasfı ise kasdı temettüdür.

Altıncı gurup — Bahrî faaliyetler :

Deniz ticaretine aid bilcümle muamelât [Madde ; 21, numara ; 9, 10, 11, 12, 13].

Yedinci gurup — İlk altı guruptaki muamelâtı kolaylaştırmağa masruf olan faaliyetler ;

a) Telefonla muhaberat tesisi	[Madde ;	20.	numara ;	5].
b) Komsiyonculuk	[»	21	»	1].
c) Dellâllık	[»	21	»	2].
d) Hesabı carî mukavelât ve muamelâtı	[»	21	»	6].
e) İlâncılık	[»	20	»	2].
f) Nakliyat	[»	»	»	4].
g) Sigortacılık	[»	21	»	14].
h) İş idarehaneleri ve müzayede mahalleri küşadı	[»	20	»	3].
i) Umumî mağazalara mütedair muamelât	[»	21	»	7].

55 — Teferruattan olan muameleler.

Kanunun tesbit ettiği bu muameleler, ticaretin adetâ esas temelini teşkil ederler. Evvelce de bilmünasebe söylediğimiz veçhile bu muamelâta müteferri olan muameleler de ticarîdirler. Bunlara teferruattan olan muameleler diyoruz. Bunların bir kısmı kanunen ticarî sayılan muamelelere teferru' eder. Bu takdirde mahiyeti ticariye, esas muameleden fer'a intikal ediyor demektir. Bir ticarî müessese satın almak için henüz tacir olmayan biri tarafından yapılan istikraz gibi, burada gaye ticaret icrasıdır. Fakat parayı veren tacir olmadığı gibi istikraz eden de henuz ticarete başlamamıştır. Buna rağmen muamele ticarî addolunur. Bir kısmı ise bir tacirin meşgul olduğu saha haricinde yaptığı muamelelerdir. Bir gemi mücehhizinin otomobil satın alması veya bir kumaş tacirinin koyun getirterek piyasaya satması gibi, bu takdirde tacir sıfatı muameleye müessir oluyor demektir. Evvelkisinde objektif, ikincisinde sübjektif bir mahiyet vardır.

172

Ticarî muameleler mefhumunun tahlilini bu suretle bitirmiş oluyoruz. Bu muamelelerin tâbi olduğu hükümleri sırası geldikçe birer birer tetkik edeceğiz. Buraya kadar verilen izahat, ticaret hukukunun mahiyetini umumî bir şekilde anlatmağa masruf idi. Ticaret hukukunun tarifi dolayısile kanunun 2 ve 3 üncü maddeleri istisna edilmek şartile 25 inci madde nihayetine kadar olan hükümlerini tahlil etmiş olduk.

Başlanğıcın ikinci kısmı, bize açıkta kalan bu iki maddenin mahiyetini teşrih edecektir.

İkinci kısım

TİCARET HUKUKUNUN MENBALARI

56 — Menbalar.

Türk vazı kanununa göre ticaret hukuku hangi menbalardan çıkar? Ticaret kanununun 2 inci maddesi bu menbaları şu suretle tertip ediyor:

1 — Kanunen muteber mukavelât;

2 — Ticaret kanununun sarahat veya delâleti;

3 — Âdatı tüccariye: a) âdatı mahalliye veya mahsusa;
b) âdatı umumiye;

4 — Ahkâmı medeniye.

Kanunun 3 üncü maddesi hilâfına ticaret kanununda sarahat olmayan hususlarda bu tertibe riayeti mecburî addediyor. Evvelemirde menbaları birer birer tetkik edelim:

57 — Kanunen muteber mukavelât

Tarifinden de anlaşılacağı üzere, ticaret hukuku, hukuku hususiyenin bir kısmıdır. Bu sebepten taraflar arasındaki muameleye her şeyden evvel kendi arzularının yani mukavelelerinin tatbik edilmesi lâzımgelir. Kanunumuz bu esası kabul etmekle hukuku hususiyenin en göze çarpan bir vasfına temas etmiş ve ona sadık kalmış oluyor. Esasen borçlar kanununun 20 inci maddesi de bunu kabul eder. Ancak taraflar arasındaki muameleye mukavelenin tatbik edilebilmesi için o mukavelenin kanun nazarında muteber olması lâzımgelir. Aksi takdirde mukavelenin hükmü yoktur.

Bir mukavelenin kanun nazarında muteber olması demek, o mukave-

lenin kanun hükümlerine uygun olarak tanzim edilmesi demek değildir. Eğer böyle olsaydı bu hal binnetice mukavelelerin hiç bir zaman muteber olamıyacağına müncer olurdu. Çünkü kanunda yazılı olan bir hükmün mükaveleye aynen kopye edilmesinde bir fayda yoktur. Böyle olmakla beraber baştan başa kanun hükümlerine muhalif olarak tanzim edilen bir mukavelede muteber sayılamaz. Bu iki mukavele arasındaki haddi fasılı tesbit edebilmek için kanunun sevkettiği hükümlerin mahiyetlerine bakılmak lâzımgelir.

58. — Kanunun emreden veya emredici mahiyette olmıyan hükümleri (devam)

Bir kanunda iki türlü hüküm vardır:

Birincisi — Tarafların değiştirebilecekleri yani üzerlerinde serbestçe tasarruf eyliyebilecekleri hükümlerdir. İntizamı ammeye taallûk etmeyen hükümler bu kabildendir. Kanunda mevzu olan her hangi bir esasın muhafazasında cemiyetin (devlet) mühim bir menfaati varsa o esas intizamı âmmeye taallûk eden bir hüküm sayılır. Bunlara hukuk lisanında ahkâmı âmire (dispositions imperatives) diyoruz. Bu mahiyetteki hükümler kanunda pek azdır. Bu mahiyette olmayan hükümler ise taraflar arasında yapılmış bir mukavele bir anlaşma mahiyetini arzederler. Daha açık bir tabirle söyliyelim: Taraflar mukavele yapmadıkları veya mukavele yapıp ta meskût geçtikleri noktalar kanunda yazılı hükümlere göre halledilir. Çünkü hilâfına sarahat (mukavele gibi) veya delâlet (taahhüdün icra edilen kısımları gibi) bulunmayan hallerde tarafların kanun hükümlerini kabul ettikleri farzolunur. Meselâ kanun diyor ki «satış akdinde satılan malın tartma ve ölçme gibi teslimine müteallik masrafları bayie ve nakletmek ve mal çekmek gibi tesellüme müteallik masrafları da müşteriye racidir. Madde: 690 «Farzediniz ki yapılan mukavelede malların teslim ve tesellüm masraflarına dair hiçbir hüküm konulmamıştır. Bu takdirde iki taraf arasındaki bu mukavelede 690 ıncı madde hükmü dahil farzolunur. Ve ihtilâf halinde işbu masrafların kanun hükmü dairesinde tesviyesine taraflar mecbur tutulur.

Fakat tarafların, aralarındaki mukavele ile kanunun bu hükmünü istedikleri gibi değiştirmelerine hiç bir mani yoktur. Meselâ gerek teslim ve gerek tesellüme ait masrafların kâffesini satıcıya tahmil edebilecekleri gibi

alıcıya tahmil etmekte de serbesttirler. Çünkü mukaveleye dercedilen bu yoldaki bir hükmün intizamı amme ile bir alâkası görülemez.

Kanundaki hükümlerin taraflarca kabul edildiğini farzedebilmek için hilâfına sarahat veya delâlet bulunmaması lâzım geldiğini söylemiştik. İşte malların tesellüm ve teslimine ait masraflar hakkında mukaveleye konulan bir şart sarahatı tazammun eder. Ancak bir mukavelede çıkan ihtilâf bazen diğer bir takım unsurların tesirleri altında ve onların delâletile de halledilmesi mümkündür. Bu takdirde tarafların, kanun hükümlerini kabul ettikleri farzolunamaz. Meselâ kısmen icra edilen mukavelelerin icra şekilleri veya taraflar arasında eskiden beri takarrur etmiş bulunan muamele tarzları, mukavelenin nasıl tatbik edilmesi icap edeceğini gösteren delillerdir.

İkincisi — Tarafların değiştiremiyeceği hükümlerdir. (Ahkâmı amire). Umumun haklarına taaruz ihtimali bulunan hallerde vazıı kanun, tarafları istedikleri gibi mukavele yapmakta serbest bırakmaz. Bundan dolayı ahkâmı amire mahiyetini haiz olan maddelere muhalif mukaveleleri hükümsüz yani batıl addeder. Ancak vazıı kanun, bazen sevkettiği bir hükmün ahkâmı amireden olduğunu ve hilâfına mukavele yapılamıyacağını sarahaten gösterir. Bu takdirde mesele - amelî bakımdan - kolaydır. Meselâ ticaret kanunu diyor ki: "Nakliyeci, eşyanın kendisine teslimi tarihinden itibaren mürselünileyhe teslim olunduğu zamana kadar geçen müddet zarfında uğradığı zayiat ve hasarattan dolayı mes'uldür ve ademi mes'uliyete dair şart batıldır; [madde: 904, fıkra: 1]. Şimdi bu maddeye muhalif olarak nakliyecinin mes'ul olmayacağı mukavelede tasrih edilemez. Edilse de hükmü yoktur.

Fakat vazıı kanun, çok defa, sevkettiği hükmün ahkâmı amireden olduğunu göstermez. Bu surette mesele umumî kaidelerle halledilmek lâzım gelir. Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin 2 inci fıkrası işte bu kaideyi ihtiva ediyor: Bu fıkraya nazaran eğer bir maddei kanuniyeye muhalefet intizamı ammeye, adâba ve şahsiyete bağlı haklara taaruzu intaç ediyorsa o madde ahkâmı amiredendir. İntizamı ammeden anlaşılmak lâzım gelen ma'nayı biraz evvel izah ettik. İntizamı ammeyi alâkadar eden hükümler, umumiyetle aile hukukunda, aynî haklarda ve kısmen de miras işlerinde vardır. Borçlar kanunu esas itibarile intizamı amme ile alâkadar olan bir kanun değildir. Tarafların karşılıklı menfaatlerine taallûk eden borçlar ka-

nununda intizamı amme hükümlerinin zaten mevkii de olamaz [1].

Kezalik ahlâka müteallik mesail dahi borçlar kanunu mevzuuna giremez. Yalnız adâba muhalefet mevzuu bahsolabilir. Lorçlar kanununun 23, 28 ve 29 uncu maddelerinde olduğu gibi, şu kadar ki şahsiyete bağlı haklara muhalif olmasından dolayı borçlar kanununun ahkâmı amireden sayılması lâzım gelen hükümleri vardır. İktisadî ve içtimaî noktai nazardan zayıf mevkide olanların himayesini istihdaf eden maddeler yalnız bu itibarla ahkâmı amire mahiyetini alabilirler. Borçlar kanununun 254, fıkra: 3; 339; 344; 535 maddelerine bakınız. Ticaret kanununun 763,770 inci maddeleri de bu esası ihtiva eden hükümlerdendir.

59. — Kanunen tabirinin şümulü [devam]

Yukarıki bentte verilen izahattan anlaşılacağı üzere buradaki «kanunen» tabiri yalnız ticaret kanununa matuf değildir. Mevcut ve mer'î olan kanunlardaki ahkâmı âmirenin kâffesi göz önünde bulundurulmak lâzım gelir.

Binaenaleyh borçlar kanununun 20 inci maddesinde bâtıl olduğu tasrih edilen akitler, ticaret sahasında da batıldırlar. Bu umumî kaidenin ticaret kanununda tek bir istisnası vardır: «Bir policeye aval veren kimsenin [2] kefalet ettiği borç şekle âit nakisadan maada bir sebeple batıl olsa dahi aval verenin taahhüdü muteberdir; madde 557, fıkra 2.» burada vazıı kanun tedavül etmekte olan bir senedin ihtiva ettiği teminata halel getirmemek ve bu suretle senet hâmillerinin hukukunu muhafaza etmek için bu esası kabul etmiştir.

Borçlar kanununun 484 üncü maddesine nazaran kefaletin sıhhatı, tahrirî şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir mikdar iraesine mütevakkıftır. Binaenaleyh tahrirî olmayan bir kefalet ticaret sahasında mu-

---

[1] von Tuhr borçlar kanununun umumî hükümleri cild. 1, sahife. 220

[2] Fransızcada (avaler) eskiden aşağıya indirmek ma'nasına gelirdi. Filhal bu ma'nada kullanılmaz. Bu günkü lisanda ifade ettiği mana "gıdayı mideye indirmek„ tir. Aval kelimesi, borçlunun mukadderatına tâbi olduğu için kefile verilen bir alem olmuştur, Fransız akademisi azâsından Littré büyük lûgatında aval kelimesinin iştikakına dair şu izahatı verir: (Val) iki dağ arasındaki vadi demektir.(a val) vadiyi takib, sonraları bu bir alem haline gelerek (aval) olmuştur. Fransız hukukunda bir poliçeye kefil sıfatiyle imza atan kimseye (donneur d'aval) derler. Bu bir istılahtır halbuki tabirin kanunumuzdaki tercümesi — ki kelime itibarile doğrudur — kefil gösteren kimse manasını anlatır. Bundan dolayı maddedeki "aval veren kimse „ yerine "imzasını aval sıfatiyle atan kimse „ demek lehcemize daha uygun düşer.

176

teber sayılamaz. Çünkü akitlerin şekillerine ve emrolunan şekillerin şumulüne dair kanunun sarih hükümleri vardır (borçlar kanununun 11 ve 12 inci maddelerine ve ticaret kanununun 664 üncü maddesine bakınız). Fakat muayyen bir mikdar gösterilmeksizin yapılan kefalet ticaret hukukunda muteber olur mu ? İsviçre hukukuna göre bu mukavelenin muteber olmadığında hiç şüphe yoktur. Fakat bize göre mesele değişir. Çünkü bizde müstakil bir ticaret kanunu vardır. O halde meseleyi halledebilmek için bundan evvelki bentte mevzuubahs ettiğimiz umumî kaideyi göz önünde bulundurmaklığımız lâzım gelecektir. Kefilin mes'ul olacağı mikdarın tayin edilmemesi keyfiyeti intizamı âmmeye taallûk etmez. Âdaba da bir taallûku yoktur. Ve nihayet şahsiyete bağlı haklara da muhalif değildir. Binaenaleyh bu kefaletin muteber olması lâzım gelir fikrindeyim. Ticaret kanununun 663 üncü maddesine bakınız.

60. — Ticaret hukukunun sarahat veya delâleti.

Taraflar arasında mukavele bulunmadığı surette, yapılan muamele, Ticaret kanununun sarahat veya delâletiyle halledilir. Kanundaki her hangi bir sarahat diğer maddeler delâletiyle tamamlanıyorsa bittabi bunların nazarı dikkate alınması lâzımdır. Fakat sarahat bulunan hallerde o sarahate uymıyan ve binaenaleyh sarahati teyit etmeyen delâlete itibar olunmaz.

A. Sarahat — kanunun açıkça tesbit ettiği hükme sarahat derler. Bendi sabıktaki istisnaî hükmü ihtiva eden maddeye rücu edelim. Ticaret kanununda böyle bir madde bulunmasaydı bittabi diğer maddeler delâletiyle bu hükmü çıkarılamazdı. Esasen gerek borçlar kanunu ve gerek ticaret kanunu baştan aşağı bu yolda bir hükmün kabulüne mani teşkil ettiği gibi hukukî esaslarımız da buna manidir. Cünkü asıl batıl olunca fer'in de batıl olması lâzımgelir. Bu, hukukun objektif kaidelerinden biridir. Fakat vazıı kanun, büsbütün başka mülâhazalara tâbi olarak burada sarih bir hüküm sevketmiştir. Bu hüküm ortadan kaldırılamaz. Kezalik ticaret kanunu. Ehliyeti ticariye için 18 yaşın ikmalini şart koşuyor. Şu halde kanunu medenînin kazaî rüştü veya evlenmekle elde edilem bir reşitliği ehliyeti ticariyeye kâfi gelemez. (A. 14.) çünkü ticaret kanununda sarahat vardır.

B. Delâlet — Fakat vazı kanun beşerî muamelelerin kâffesini ihata edecek genişlikte bir kanun meydana getiremez, çünkü bu, muhali istemekten başka bir şey değildir. Bu sebepten sarahat olmıyan hususlarda kanunun diğer hükümleri delâletile mes'elenin halli icab eder. Meselâ menkul mallar icarına dair ticaret kanununda hiçbir hüküm yoktur. Binaenaleyh umuma mahsus bir eğlence mahalli açan bir adam bir mağazadan mevsim için piyano kiralamak isterse piyanonun nakli ve iadesi masrafları kime ait olacaktır? Bittabi bu hususa dair arada mukavele bulunmadığını farzetmeliyiz. Bu takdirde mes'ele, satıs akdindeki teslim ve tesellüme ait hükümler delâletile hallolunmak lâzımgelir.

Kanundaki delâlet kelimesinin şümulünü izah zımnında getirilen bu misal çok basittir. Fakat hâdiseler daima bu sadeliği muhafaza etmezler. Bu sebepten mevzuun ehemmiyetini tebarüz ettirmek için daha karışık bir mevzua temas edelim.

Ticaret kanununun 313 üncü maddesi, anonim şirketlerde meclisi idare azası olabilmek için şirket sermayesinin yüzde birine muadil bir kıymette hisse senetlerinin şirkete tevdii lüzumunu emreder. Anonim şirketlerdeki hisse senetleri alelekser hamile muharrerdir. Yani senetler kimin elinde bulunursa o, senetlerin maliki addolunur. Fakat bazan da hisse senetleri nama muharrer olur. Bu takdirde üzerinde ismi yazılı olan adam hisse senedinin malikidir. Zikrettiğimiz maddei kanuniyede tevdi olunan senetlerin, tevdi eden kimsenin malı olması lâzımgeleceği hakkında bir sarahat yoktur. Fakat 312inci madde şu yolda bir sarahati ihtiva eder: "Meclisi idare azası hissedarlar arasından hey'eti umumiyece intihap olunur.,, İşte bu madde delâletile anlıyoruz ki meclisi idarede aza olabilmek için tevdi olunan senetlerin tevdi eden kimseye ait olması iktiza eder.

61 — Âdatı ticariye

Taraflar arasındaki mukavele müvellit bir vakıaya vücut verir. Bunu yukarda görmüştük. **46** Eğer her hangi bir vakıanın tevlit ettiği neticeler uzun zamanların tatbikatile takarrür eder. Yani umumiyetle tatbik edilmekte olur ve yahut her hangi bir ticarî muamele sahasında bu neticeler âkitlerce filen kabul olunmakta bulunursa o zaman âdet teessüs etmiş demektir. Âdetin vücudu tesbit edilmek lâzımgelir. Şu kadar ki ticaret hâkimi, ihtisas dolayısile böyle bir âdetin takarrür ettiğine vakıf olabilir.

Bu surette ise hâdiseyi o âdetin icabatına göre halleder.

Ticarî muamelelerde âdetin hâdiselere tatbik edilebilmesi için arada mukavele olmaması ve hâdisenin, ticaret kanununun sarahat veya delâletile halline imkân bulunmaması lâzımdır.

Bir satış akdinde malın ne zaman teslim edileceği ve paranın ne vakit tesviye olunacağı hakkında mukavelede hiçbir şey yazılmadığını farzediniz. İşte bu hal, tarafların mevcut ve mütearif olan bir esası kabul ettiklerine delildir. Daha açık tabirle âdetlerin tesis ettikleri hukuk kaideleri hâdisede tatbik edilir. Çünkü bu sükût, tarafların, akdin ana hatlarını ihmal etmiş olduğunu değil ; belki zaten malûm ve mukarrer olan bir esas değiştirmek istemediklerini ve muamelelerinin cari olan âdet dairesinde intacı arzusunda bulunduklarını gösterir.

Bir âdete umumî deriz ; eğer umumiyetle ticaret işlerinde kabul edilmiş bir mahiyette olursa, yeni ticaret kanunumuzun neşrinden evvel yapılması mütearif olan sif ve fob satışlar gibi. Bu akitler evvelce müdevven kanunların hiç birinde yoktu. Fakat tacirler arasında müteamil idi. Vazıı kanunumuz bu umumî âdetleri hukuku mevzua sahasına idhal etti. İşte görülüyor ki âdet, ticaret kanununun çok verimli ve zengin bir menbaını teşkil eder.

Umumî âdetler ticaretin her sahasına şamil olabileceği gibi yalnız bir nevi mal satışına da şamil olabilir. Palamut, fındık ve afyon satışlarında bu kabil âdetler vardır. Meselâ 1935 senesi Giresun mahsulü fındık satışı yapıldığını farzediniz. Fındık tacirleri arasında bir âdet vardır ki buna nazaran mahsulde azamî yüzde 5 nisbetinde bir çürüklük ve bozukluk kabul eder. Binaenaleyh bu nisbet dahilinde kalan bozuk malları da müşteri kabule mecburdur. Fakat bu âdet, bir zaruret neticesinde teessüs etmiştir. Çünkü âdeten mahsulde bu nisbet dairesinde bir bozukluk bulunabilir. Fakat farzediniz ki satıcı, sattığı mahsulde istisnaî olarak yüzde yarım nisbetinde bir bozukluk olduğunu görüyor. Bunu yüzde beşe iblâğ ederek kâr temin etmek için ya diğer bir senenin veyahut başka bir mahallin mahsulünden sattığı mala yüzde dört buçuk nisbetinde çürük mal karıştırıyor. Müşteri bu malı kabule mecbur tutulamaz. Çünkü satıcının hareketi ticarî âdete muhaliftir. İşte kanunumuzun âdatı mahsusa dediği budur.

Bir de mahallî âdetler vardır. Burada, teessüs ve tekarrur eden âdet

729

yalnız muayyen bir mahalde carîdir. Bu takdirde mahallî âdetlerin âdatı umumiyeye tercih olunması lâzım gelir. Çünkü taraflar muamelelerini o mahalde yapmışlardır. Binaenaleyh mukavelelerinde mahallî akitteki âdeti göz önünde bulundurmuş olmaları akla daha yakındır. Kasımın hitamından yani 6 mayıs tarihinden evvel kesilen kuzuların baş ve ciğerle birlikte müşteriye satılması hakkında İstanbulda teessüs etmiş olan âdat gibi.

Verilen izahata nazaran ticarî âdetlerin şu tertip dairesinde nazarı dikkate alınmaları lâzım geliyor: 1 - Âdatı mahsusa; 2 - Mahallî âdetler; 3 - Umumî âdetler:

62 — Ahkâmı medeniye.

Arada mukavele olmadığı, ticaret kanununun sarahat veya delâleti hâdisenin halline kâfi gelmediği ve nihayet ticarî âdetler bulunmadığı hallerde ahkâmı medeniyeye müracaat lâzım gelir. Bu suretle kanunu medenî ve borçlar kanunu dahi ticaret hukukunun bir menbaını teşkil etmiş olur.

63 — Tertibin ehemmiyeti.

Kanunda gösterilen bu tertibe riayet mecburiyeti vardır. Esas kaide bu olmakla beraber vazıı kanun daima bu kaideye riayet etmemiş. Sevketiği hükümlerle bazen âdatı mahsusayı, bazen örfü mahallîyi bazen de ticarî âdetleri ikinci cevaba geçirmiştir. Ticaret kanununun 106, 113, 650, 657, 659 fıkra: 2, 661, 666, 690, 703, 710, 711, 712 fıkra: 1, 713, 714, 722 fıkra: 2, 742, 743, 786 ıncı maddelerine bakınız. Esasen ticaret kanununun 3 üncü maddesinde bu ihtimal derpiş edilmiş ve tertibe riayet mecburiyeti kanunda hilâfına sarahat olmayan hususlara hasrolunmuştur. Bu suretle vazıı kanun bazı muayyen meselelerde âdatı ticariye ve mahalliye hükümlerini kanunun sarahat veya delâletinden evvel göz önünde bulundurulması lâzım geleceğini tesbit etmiş oluyor.

64 — Eserin tertibi.

Ticaret hukukunu şu tertip dairesinde tetkik edeceğiz:

Birinci bap: Tacirler ve mükellefiyetleri

İkinci bab : Ticaret şirketleri, nevileri, hükümleri.

Üçüncü bab : Ticarî senetler.

180

Dördüncü bab: Ticarî taahhütler. Haksız muameleden doğan borçlar
Mukaveleden doğan borçlar

Her babın tâbi tutulacağı taksimat bahislere temas ettikçe gösterilecektir.

BİRİNCİ BAB

Tacirler ve mükellefiyetleri

65 — Tacirin tarifi; ticaret şirketleri.

Ticaret şirketleri ve ehliyeti ticariyeyi haiz olup da muamelâtı ticariyeden birile iştigali san'atı mutade ittihaz eden kimseye tacir denilir; ticaret kanunu, madde: 9.

Bu tarifin «Ticaret şirketleri» tabirinden maadâ olan kısmını başlangıçta izah ve tarifdeki diğer kayıdlar üzerinde de tavakkuf etmiştik (12-19). Burada tarifin bu kısmına temas edecek değiliz. Ancak ticaret şirketleri tabirine biraz nüfuz etmekliğimiz lâzım gelir.

Ticaret kanununun 120 inci maddesine nazaran ticaret şirketleri bir veya müteaddit muamelei ticariye icrası maksadile teşekkül eden şirketlerdir.

Maddenin bu sarahatından anlayoruz ki tek bir muamelei ticariye icrası için teşekkül eden bir şirket dahi tacir sıfatını alır, Halbuki yukarda görmüştük (17), bir muamelei ticariyeyi tesadüfen icra etmiş olan kimse tacir sıfatını ihraz edemezdi; 11 inci maddeye bakınız. Tacir olabilmek için muamelâtı ticariyeden birile iştigalin san'atı mutade ittihazı lâzım geliyordu. Şu halde hakikî şahısla hükmî şahıs arasında tacir vasfının iktisabı noktasından bir fark hadis oluyor demektir. Bu noktaya işaret ettikten sonra ticaret şirketleri tarifinin münakaşasına geçebiliriz.

66 — Tarifin tenkidi.

İşbu tarife göre bir ticaret şirketi, muamelei ticariye icrası maksadile teşekkül etmiş olmalıdır. Maddenin sarahatından çıkan bu hüküm muhtacı münakaşadır. Çünkü vazı kanunumuz «maksad» ile «mevzu» u çok def'a

birbirine karıştırmış ve bu hal, maddeler arasında bir takımı ahenksizliklere ve tezadlara meydan vermiştir. Maksad takib olunan gayedir. Mevzu «objet» gayenin istihsali için kullanılan vasıtadır. Şu halde maksad ticarî olduğu halde kullanılan vasıta ticarî olmayabileceği gibi bunun aksi de mümkündür. Halbuki ticarî muameleler mefhumuna hâkim olan unsur, yalnız kasd ve niyet gibi sübjektif unsur değildir. Kasda bakılmaksızın sureti mutlakada yani mevzuları itibarile ticarî olan muameleler de pek çoktur. Binaenaleyh kanundaki bu hükmün muamelâtı ticariye fasliyle insicamını temin edebilmek için 120 inci maddenin şu şekilde yazılması icap ederdi: «Ticaret şirketleri mevzuları bir veya müteaddid muamelei ticariye olan şirketlerdir.» Esasen ifadesindeki sakatlığa rağmen 161 inci madde dahi 120 nci maddedeki yanlışlığı gösteriyor; filhakika bu maddede deniliyor ki: «Şirketin idaresine dahil hususat: maksad ve mevzuu şirketin istihsali emrinde icrası menfaatı umur ve muamelâtı mutadeden ibarettir.»

Fakat tarifin bu suretle değiştirilmesi halinde 120 nci madde vakıa muamelâtı ticariye faslına uygun bir şekil alır; ancak bu takdirde dahi kanunun diğer hükümlerine tevafuk etmez. Çünkü:

Evvelâ — Ticaret kanununun 504 üncü maddesinin 2 inci fıkrası bu tarifi tamamen hükümden ıskat etmiştir: «Maksadı teşekkülü her ne olursa olsun limited şirketler dahi şirketi ticariyedendir.»

Saniyen — Borçlar kanununun 520 ilâ 541 inci maddelerinde mevzuubahs edilen âdi şirketlerde sermayesi eshama münkasem ticaret şirketleri şeklini iktisab edebilirler. Bu surette salâhiyet ve iflâsa aid hususatın gayrisinde tamamen ticaret kanunu ahkâmına tâbi olurlar; ticaret kanunu; Madde:517.

Verilen izahata ticaret kanununun 121 inci maddesindeki sarahati ilâve edersek, 120 nci maddeye şöyle bir şekil verilmek lâzım geliyor demektir. Ticaret kanununda yazılı şekillere uygun olarak teşekkül edecek şirketler, mevzuları ve maksatları ne olursa olsun ticarî mahiyeti haiz olub ticaret kanunu hükümlerine tâbidirler. Ancak mevzuları ticarî olmadığı halde şekli ticariyi iktisab etmiş olan şirketlerde çıkacak ihtilâfları hukuk mahkemeleri hallederler ve bu kısım şirketler iflâsa tâbi tutulmazlar.

67 — Tacir sıfatının iktisabı ve bunun zevali.

Tacir sıfatı yapılan muamele dolayısile şahsa bağlı olan bir sıfattır.

182

Bu itibarla ticarî muameleleri san'ati mutade ittihaz eden kimse tacir sıfatını iktisab eder. Ticaret yapmaktan vazgeçen bir adam da bu sıfatı kaybetmiş demektir.

Kaideten başkası namına ticarî bir muamele yapan kimseye tacir denilemez. Fakat bazı kimseler vardır ki bunların bir kısmı münhasıran bir başkası nam ve hesabına iş gördükleri, san'ati mütadeleri bunu icabettirdiği halde yine tacir addolunurlar. Diğer bir kısmı ise yaptıkları muamele dolayısile nam ve hesabına hareket ettikleri kimseleri ilzam ederler : Ancak şahsan tacir sayılmazlar.

68 — Tefrikin faydası.

Bu iki kısım şahısları ayırmakta ticaret hukuku bakımından büyük bir faide vardır. Tacir olan kimse iflâsa tâbidir. Tacir olmıyan kimse hakkında ise iflâs muamelesi cereyan edemez.

Bu fark menbaını tacir mefhumuna verilen ehemmiyetten alır. Filhakika tacir, tahsî bir kredi üzerine muamele yapar ve buna mecburdur. Kendisine gösterilen itibarın, kendi şahsî servetile alâka ve irtibatı ikinci derecededir. Binaenaleyh borcunu zamanında ödeyemediği takdirde taahhütlerini ifadaki aczi anlaşılır ve iflâsına hükmolunur. Yüz liralık bir borcu zamanında tediye edemiyen bir tacirin binlerce liralık malı, serveti bulunabilir. Fakat bu hal iflâsına mani olmaz. Çünkü tacir servetile değil; haricin itimadile iş görebilir.Binaenaleyh borçlarını zamanında ödemeğe mecburdur. Şahsına karşı gösterilen itimada bir tacir, ancak borcunu vadesinde ödediği zaman lâyıktır. Vaktinde ödenmiyen veya ödenemiyen bir borc, tacirden bu itimadın kaldırılmasına bir sebeb teşkil eder. İflâs, piyasanın tacire itimadı kalmadığını gösteren bir haldir. Halbuki tacir olmıyan bir adam bu ma'nada bir iflâsa tâbi tutulamaz. Borcunu tediyeye maddeten imkân bulamıyan bir adamın eline icra dairesince aciz vesikası verilir.Bir borçluya bu suretle aciz vesikası verilebilmek için onun hiç bir malı ve parası bulunmamak lâzımdır. Hukuk bu iki vaziyeti yekdiğerinden ayırmıştır. Fransızcada evvelkisine (faillite), ikincisine (déconfiture) derler. Lisanımızda birincisine iflâs diyoruz. Diğeri için eski hukukumuzda (teva) tabiri vardı. Fakat yeni hukukumuzda henüz teessüs etmiş bir ıstılah yoktur.

Şu halde tacir olmıyan kimse borcunu vadesinde ödemezse iflâs etmez.

Çünkü ona verilen kredinin mahiyeti aynîdir. Bu sebepten mallarına müracaat olunur. Malı bulunmaz veya bulunan mal borcunu ödemeğe yetiş mezse aciz vesikası almış bir adam vaziyetine düşer. Fakat bu adamın şahsan ticaret yapmasına mani yoktur. Çünkü ticaret için serveti olmak şart değildir.

Halbuki bir tacir iflâs ederse vakıâ onun da mallarına müracaat olunur. Fakat malları borcunu karşılamaz veya alacaklılarile uyuşamazsa o adam artık şahsan ticaret yapamaz.

69 — Kanundaki tasnif.

Ticaret kanunumuz başkası namına iş gördükleri halde bazan tacir sayılan bazan da tacir sayılmayan kimseleri dağınık ve müteferrik fasıllarda zikreder. İşbu babın birinci faslında biz bu iki kısım kimselere aid muameleleri ve hükümlerini tetkik edeceğiz ikinci fasıl tacirlerin hak ve mükellefiyetlerinden bahsolunacaktır.

BİRİNCİ FASIL

Tacirler

70 — Faslın ihtiva edeceği bahisler.

Bu faslın ihtiva edeceği bahisler iki kısma ayrılacaktır:

Birinci kısım — Haddizatında tacir sayılmıyan ve fakat yaptıkları muamele ile taciri ilzam eden kimselerdir. Kanunumuza nazaran bunları dört gurup etrafında toplamak mümkündür.

I — Tüccar memur ve mümessilleri	Madde	87-96
II — Seyyar ticaret memurları	«	97-99
III — Satış memurları	«	100
IV — Tüccar vekilleri	«	822-844

İkinci kısım — Münhasıran bir başkası namına iş gördükleri halde yine tacir sayılan kimselerdir. Yine kanunumuza göre bu kimseler üç gurup etrafında toplanabilir:

I — Ticaret dellâllığı	Madde:	101-118
II — Komisyoncular	«	845-878
III — Nakliye komisyoncusu	«	879-886

184

ADSIZ CÜRÜM VE KIYAS YOLİLE TEFSİR

Yazan: Montevideo hukuk fakültesi agrege
Profesörlerinden M. Cartossalvagno Campos

I — Ceza kanununun ideal ehemmiyeti.

Yüksek bir medeniyet seviyesile mükemmel bir (içtimaî adalet) arzusu daima beraber yürür. Tekâmülü, cürümle beraber olması lâzım gelen ceza kanununa gelince: Bugün umumileşen kanaate göre ceza kanunu, hiç olmazsa cürümle muvazi bir vaziyette bulunması lâzım geldiği halde cürüm tekâmülü karşısında bir parça geri kalmıştır. (Bu kanaat bir tehlike teşkil edecek mahiyettedir.) Ceza kanununun noksan olduğunun halk lisanında tekrar edile edile darbı mesel halini alması Cenubî Amerika memleketlerinde bunun bir hakikat olduğuna en iyi bir delil teşkil eder.

Umumiyetle istenmekte olan iyi bir ceza adaleti; ayni zamanda iki gayeyi elde etmeğe çalışır: Bir taraftan bütün medenî memleketlerde tatbik edilmek üzere hükümleri müttehit bir ceza kanunu, diğer taraftan suçlarla mütenasip yeknesak hükümleri.

Bu gayelerden birinci (Uluslar arası ceza hukuku cemiyeti) nin, tatbikî sahada takdire değer bir gayret ve faaliyetle takib ettiği başlıca maksatlarından birini teşkil eder. Bu maksada doğru, uluslararası kongre ve konferanslarile ilerlemektedir. [1]

İkincisi ise ilmî tetkiklerin çetin zemini üzerinde yapılacak nazarî araştırmalarla ancak mümkün olabilir ki vazı kanunun tasdiki bunu takib eder. (Kanun)

---

[1] Bugüne kadar: 1926 haziranında Brüksel; 1929 teşrinievvelinde Bükreş; 1932 Nisanında Palermo kongreleri — ve bunlardan başka 1927 Teşrini sani ayında Varşova 1928 de Roma 1930 Haziranında Brüksel 1931 kânunu evvelinde Paris 1933 teşrini evvelinde Madrit konferansları toplanmıştır. Bu son üç konferans, ikinci konferansın mahsulü olan Romadaki büronun idaresi altında toplanmıştır.

Hakikatte ceza kanunları bu noktai nazardan halkın ihtiyacını tatmin etmekten haylı uzak bulunmaktadır.

Umumî bir tetkik, bunun iki sebepten mütevellit olduğunu ortaya koymaklığımıza kâfi gelir : 1) Vazıı kanun, hasbelbeşer bütün cürümleri derpiş edememektedir. 2) müeyyide altına aldığı cürümlerde de görüşleri bazan eksik ve indîdir.

Bunun içindir ki bütün kanunlarda sık sık yeni ve daha mükemmel vasıflarla muayyen memnu fiiller vücude getirilmekte [2] veya yeni kanunlar hazırlanırken eski kanunların eksikliklerinden mütevellid tecrübelerinden istifadeye çalışılmaktadır. [3]

Ceza kanununun ideal şeklini elde etmek için sarfolunan bütün bu gayretler ahval ve hadisatın ilcasile ancak nisbî bir terakki temin edebilirler.

Halk lisanı, pek haklı olarak ceza kanununun natamam olduğunu daima tekrar edecektir. Bunun sebebi beşerin kendi aczinden doğduğuna göre bugünkü ahval ve şerait içinde buna çare de yoktur.

---

[2] Asrımızda : Norveç 1902 de İsveç 1916 da Danimarka 1917 ve 1923 de İsviçre 1918 de Lehistan ile Finlândiya 1921 de İtalya Ferri lâyihası 1921 de Rokho lâyihasından çıkan ceza kanunu 1931 de Arjantin 1922 de Rusya 1922 de ve 1927 de Kolombiya 1923 ve 1925 de Romanya ve Pero 1924 de Almanya 1925 de Çekoslovakya ve Güba 1926 da Brezilya 1927 ve 1928 de İspanya 1928 de ve (1931 de eski kanuna rücu) Meksika 1929 da Yugoslavya 1930 da ilâ ... lâyihalarını hazırladılar ve yeni kanunlar neşrettiler. Eski kanunlardan bir çoğu meriyet mevkiinde pek az kalmışdı. Bu kanunlardan bir kısmı yeniden yazılmış ve bir kızmı da eski kanunları yenileştirmiştir.

Ureguay için en ileri gelen cezacılarımızdan Profesör Dr. Yosè İrureta Goyena 1888 tarihli kanunun yerine kaim olmak üzere bir proje hazırlamaktadır.

[3] Aileyi bırakarak savuşmak suçu 15-Mart-1912 tarihli Belçika kanunu (diğer yeni kanunlar meyanında vazedilmiştir) Ceza kanununun yeni ve mükerrer 360 ıncı maddesi 7-şubat-1924 tarihli Fransız kanunu gayri meşru ticaret 3-kânunevvel-1926 tarihli Fransız kanunu. Ceza kanununun 419 ve 420 nci maddelerini tadil etmiş ve 421 nci maddeyi koymuştur.

Açık resim 16-mart-1878 ve 7-nisan 1908 tarihli Fransız kanunu.

18-Kânunevvel-1926 tarihli Alman kanunu.

1931 tarihli İtalyan ceza kanunu madde : 528.

Düşman lehine açılan istikraza iştirak İtalyan ceza kanunu madde : 249.

186

— 2 —

Kanunsuz cürüm olamaz prensipi ve cürümlerin kanunî tipleri

Kasdî bir fiilden dolayı haksız yere malca bir zarara duçar olduğum bütün hallerde eğer bu gayrimeşru fiil; ceza kanununca sarahaten derpiş edilerek kanunun hükümleri meyanına dahil bulunmamış ise menfaatlerimi himaye eden ve ceza mercilerine müracaat etmeğe müsaid olan bir haktan mahrum kalırım; çünkü bu fiilde memnu bir fiilin müeyyidesini haiz olabilmek için kanunen zarurî olan vasıf ve şartları mevcud değildir. Bu (kanunsuz cürüm olmaz = nullum crimen sine lege) kaidesinin bir neticesidir.

Medenî zecir — Mevzuu itibarile; değişmez bir surette himayekâr olan adalete - Ceza adaleti - zıd prensiple idare edilen medenî zecir, tesirsiz ve geçici bir hal şeklinden başka bir şey değildir. Medenî tazmin, hiç bir zaman inkâr edilemez. Fakat bu, pek zavallı bir hal şeklidir. [4].

Tazmin keyfiyeti aciz halinde bulunan bir adama teallûk ettiği zaman medenî adaletin kifayetsizliği bir kat daha tebarüz eder. Bu takdirde işlenen fenalığın neticeleri cezasız kalmağa mahkûmdur..... Ahlâkî kaideleri tatbike karar vermiş olan bazı kimseler bu fiillerinin cezasını vicdanî azablarile çekerler ise de bu kâfi değildir.

Cürmün işleniş şekillerindeki değişikliklere rağmen suçun zarurî vasıf ve şartlarını tahsis ve tayin eden ceza kanununun hiç değişmeyen sulplüğü, ceza şeklindeki müeyyidenin tatbikine başlıca mâni teşkil etmektedir.

Bununla beraber bugünkü (aklî ceza hukuku) için (nullum crimen sine lege) kaidesi o kadar zarurî görünüyor ki bu kaideyi en ufak bir değişikliğe maruz kılabilecek olan herhangi bir ceza sisteminin teşkili hakkındaki bir fikir bugünkü hukukcuları tedhiş etmeğe kâfidir. Bu kaide 1789 Fransız ihtilâlinde neşrolunan hukuku beşer esaslarından birine dayanıb adlî idarenin istibdadına karşı vatandaş lehine bir teminat teşkil etmiştir. [5] Bir

---

[4] Hâkimler, hukukî işlerde kanunların sakit veya mübhem veya gayri kâfi olduğundan dolayı hüküm vermekden çekinemezler. Uraguay medenî kanunu madde : 15 Fransız medenî kanununun dördüncü maddesile mukayese ediniz.

[5] 1791 tarihli Fransız Teşkilâtı esasiye kanunu madde : 8. F. A. Helienin Les constitutions de la France adında 1880 tarihinde Pariste basılan kitabının 30 ve müteakıp sahifelerine müracaat.

190

çok devletlerin teşkilâtı esasiye kanunlarına [6] girdiği gibi hukukî bir esas olarak başlı başına veya (Kanunsuz ceza olmaz = nullpens sine lege) kaidesinin mütemmimi olarak ceza kanunlarının baş taraflarına yazılmıştır. [7]

— 3 —

Ceza kanunu önünde soysal bir hadise olmak itibarile cürüm

(Kanunsuz cürüm olmaz = Nullum crimen sine lege) kaidesi, ilmî ve felsefî sahada kabul edilmiş ve hemen, bütün müelliflerin eserlerinde mübrem ve zarurî bir kaide olarak kaydedilmiş [8] Fransada şahsî hürriyet namına Emile Garçon ve Y. A. Rous gibi meşhur cezacılar tarafından yüksek bir belâgatle müdafaa edilegelmekte bulunmuştur. Ceza kanununun, şarihler tarafından bu mesele gibi tefsir edilen noktaları pek azdır. Şarihler; cürüm hâdisesini mütalâa ederlerken cürmün içtimaî manasını, ve hikmeti vaz'ını bir tarafa bırakarak bunu, Bintam gibi (evvelce mevcud olan bir ceza kanununun sarih hükmüne muhalefet) şeklinde görüyorlar. Bu suretle cürüm mefhumu, neticeleri itibarile haddi zatinde fena olan fiil olmaktan ziyade kanun ile menolunduğu için fena bir fiil olmak manasına gelir. Cürüm tabirinde daha evvel sarih ve kanunî bir hüküm ile menedilmiş bir fiil manası kabul edildiği takdirde bundan, cezalar, tehdidîdir. Manası kendiliğinden çıkar. Bu zaten bazı kanunlar tarafından da sarahaten kabul edilmiştir.(9)

---

[6] Cenubî Amerika devletlerinden Arjantin Teşkilâtı esasiye kanunu: Madde 18

[7] Uraguay Ceza kanunu madde : 1 Fransız ceza kanunu madde : 4 Alman ceza kanunu madde ; 2 1925 tarihli projenin birinci maddesinde muhafaza edilmiştir.

1870 ve 1928 tarihli İspanyol ceza kanunları madde : 1, Belçika ceza kanunu madde : 2, İtalyan ceza kanunu madde:1, Brezilya ceza kanunu madde ; 1. Şili ceza kanunu madde , 1, Kolombiya ceza kanunu madde ; 1. İlâ..

[8] Chauveau ile Helie'nin (Théorie du code pénal) adındaki eserinin 19 uncu fıkrası.

Ortolan, (Traité de droit pénal) No. 250.

Tissor, (Le droit pénal étudié dans ses principes ilâahir. livre 1. chapitre 1.)

Garraud, (Traité théorique et pratique du droit pénal français) 1. No. 138 ete.

[9] 1870 tarihli Espanyol C. kanununun 2 nci ve 1928 tarihli kanunun 3 ncü maddeleri.

Fakat bu şekildeki hukukî sistem cürmün maddî hakikatine kat'iyen uymaz; bunu, bütün cezacı filozoflar ve içtimaiyatçı cezacılar tanımak mecburiyetinde kalmışlardır. Ceza hukukunun faâliyeti, cezalandırmak hususundaki rolünü amelî ve âfakî bir surette tamamile tahakkuk ettirebilmek için mantıkan enfüsî ma'nada suç teşkil eden bütün fiilleri cezalandırabilmelidir. [Yalnız Ceza kanununa muhalif düşen fiillere cürüm adını vermek basit bir daire içinde kapanmak] demek olduğunu Ad. Franck işaret etmiş idi. Hattâ Cezar Civoli gibi bir muharrir de : Devletin, [kanunsuz cürüm olmaz=nullum crimen sine lege] kaidesine dayanarak cezalandırılması iktiza eden cürümleri cezalandırmamasından büyük mahzurlar çıkabileceği endişesile korkmağa mahal olmadığını kabul etmekle beraber cürüm, haksız bir fiil teşkil ettiği için cezalandırılıp, cezalandırıldığı için haksız bir fiil teşkil etmediğini beyan etmekden de kendisini alamamıştı.

Zahiren geçen mütalâalar bizi Garofalonun maruf olan criminologie eserindeki tabiî cürüm mefhumunu tesbit etmek için onun takib ettiği yola götürecek ve bu cürüm hakkında bize vazı kanunun nazarı dikkatini celbettirmek ve umumî olarak unsurlarını tayin ettirmek suretile [Kanunsuz cürüm olmaz nullum crimen sine lege] kaidesini bertaraf ederek bu cürüm (tabiî cürüm) tam olarak cezalandırılması gaye ve imkânını temin edecek gibi görünüyorsa da Bernardino Alimena'nın sebeplerini izah ettiği veçhile bunu istemek muhali dilemekten başka bir şey değildir. Beşerî kanun, cezaya tâbi olan bir fîlin hukuka aykırılığının kat'î bir emmaresidir.

Zira Vaccaronun dediği gibi devlet, muayyen bir fili men'ederken veya etmezken cemiyetin bazı tabiî ve zarurî kanunlarına itaat eder. Buna binaendir ki Vaccaro ile hemfikir olarak ; devlet tarafından hangi fiiller ceza tehdidi altında men'edilmişler ise ancak onları tabiî cürüm olarak kabul etmek icabeder. Tabiî cürüm, kanunlar tarafından böyle kabul edilenlerdir [10] Karl Binding in umumiyetle kabul edilen fikrine göre ; müsbet (hakikiyeci) kanunlar, dekaloğun düsturlarına [11] dahil olup kanunen

---

[10] Bu sebeblere göre 1930 tarihinde krilenko, Posukanis, Berman kusnin, estrin polatof taraflarından hazırlanan Rus Sovyetik Ceza kanununu yaratan sisteme tarafdar görünemeyiz. Bu kanunda kanunî suçlara mahsus olan kısım tamamile hazfolunarak cezaya tâbi tutulan suçlara misal olmak üzere sadece bir fihrist yapılıp hâkimlerin serbest takdirlerine arzedilmiştir.

[11] Tanrı tarafından Sinayada hazreti Musaya verilen on emri havi kanun.

kabul edilebilecek olan tabiî cürümleri tanımaktan başka bir şey yapmazlar.

Uluslar arası Ceza hukuku cemiyeti) nin müessislerinden biri olan Adolphe Prin bu fikri şöylece icmal etmiştir.

"Kanun, cürmü vücude getirmez, onu sarih bir surette tanır. Cürüm her türlü kanun metinlerinden müstakil ve bunların fevkindedir. Cürüm kanuna değil ; kanun, cürme racidir.

Hırsızlık, öldürmek. yalancılık... fiilleri zaten hukuka muhalif hareketlerdir... Ceza kanunu bu fiilleri, cezalandırmakla cürümleştirmiş değildir.

(Kanunsuz ceza olmaz nulla pana sine lege) kaidesi cezaya tâbi tutulmayan gayri meşru fiil yoktur, ma'nasına gelmez. Yalnız vazıı kanunun ceza tehdidi altına almadığı hallerde cürüm yoktur, demek ister [12] esas itibarile gayri meşru bir fiil, kanunen cezalandırılmış bir fiil olsun veya olmasın aynıdır. Fakat cezaî müeyyededen evvel sadece bir tabiî cürümdür. (kanun tarafından nazarı itibara alınması mümkün olan bir nizamın ihlâli) cezaî müeyyededen sonra kanunî bir cürüm olur ve bu itibarla hâkimler tarafından cezalandırılır.

Cürmün neticesi olan ceza kanununun nüfuzu, cürmün mahsulüdür. Yoksa, afakî olarak, cürüm ; ceza kanununun nüfuzu altında vücud bulmuş değildir. Dimağı beşerin mahsulü olan kanundan evvel insanın tıyneti, cemiyetin mevcudiyeti vardır. Cürüm, haddi zatında insan cemiyetlerinin bulunduğu her zaman ve mekânda mevcut olan bir fenalıktır. Bu fenalığı takdire yarayan kıstas, zamanlara ve muhitlere göre değişebilir. İnsanların kıstası, insan olmak itibarile mütehavvil ve hatalı olabilir. Tabiat ve hayat hadiselerinin şümulü karşısında insanlar, bazan maksatlarını elde ederek ve bazan da muvaffak olmayarak bu hadiselerin hakikî mahiyetlerini muhakeme ederlerken tereddüt içinde kalırlar. Bunun içindir ki insanların aynı zaman ve mekândaki düşüncelerinin mahsulü olan fikirler ekseriya birbirinden çok farklı olur. Ve yine bunun içindir ki kanunları o kadar muhtelif ve o kadar mütehavvildir. Fakat insanların kanaatlerindeki tahavvüle bakarak tabiat hadiselerinin de böylece mütehavvil olduğu iddia edilemez, çünkü tabiat aslâ değişmez. Cürüm de böyledir ve ne ise odur : Bemiyetin daimî ve zarurî hadise ve vakaları nasıl kabili içtinap değillerse uzvî hayatın ve daha umumî olarak hilkatin vücude getirdiği bütün uzviyetlerin hasta-

[12] Garraud 4 No. 98 No. 66 (Science pénale et Droit positif).

190

lıkları da böyledir. Bunun içindir ki: Bir ağacın, bir hayvan ve bir adamın eskiden beri devam eden hastalığının, mütehassıslar tarafından o hastalığın mikrobu meydana çıkarılarak ilâcının arandığı tarihten, başlamış olduğunu iddia etmek ne kadar gülünç ise; zarar veren bir filin, vazı kanun tarafından ceza tehdidi altına alındığından itibaren cezalandırılabilecek bir cürüm olabileceğini söylemek te daha az abes bir iddia olamaz. Birinci şıkta tâbiî bir sebeple daha evvel mevcut olan hastalık, az veya çok, muvaffakiyet ihtimallerile fennin hücumuna uğramıştır. İkinci şıkta ise; kökleri insanın öz ruhunda bulunan cürüm, takdir hususundaki kıstası islâh eden müsbet kanunun terhibine maruz kalmıştır. [13] fenalıklar, ilâclarile değil, birinci kurbanlarile beraber doğarlar. [14]

Ceza kanununun afakî prensibini müdafaa için belki şöyle bir mütalâ, ada bulunulabilir: Şimdiki kanaatlerimizin aydınlatıcı yardımlarile evvelce müsaade edilmiş olan fiillerin zararlı cihetlerini daha vazih olarak görmek kabildir. Mütalâa doğrudur. Ancak bu mütalâa cürmün, mevzu kanunlardan evvel mevcut olduğunu iddia eden teze karşı tamamile tesirsizdir. Hususile bugün zararlı tesirleri kimsenin meçhulü olmayan bazı fiiller vardır ki kanun, bunları cezaya tâbi tutmadığı halde emsalini cezalandırmaktadır.

Aleyhimde tertip edilmiş bir fesadın kurbanı olduğumu farzedelim;

---

[13] Yani vazıı kanun evvelce işlenmesi serbest olan bir fili ceza tehdidi altına almak suretile menetmiştir.

[14] Herkesce malûmdur ki (Ispartada-Sparte) çocuklara meharetle hırsızlık yapmak usulleri talim edilirdi. Ve ırkı islâh için Raşitik ve sui teşekküle uğramış çocukları öldürürlerdi. Yine malûmdur ki, dinî taassubun hükümferma olduğu zamanlarda yahudilere bir çok haklar meyanında tasarruf hukuku da tanınmıyordu. Herkes bunlara aid malları, hiç bir cezaya maruz kalmak ihtimalini düşünmeyerek çalabilirdi. Bu hallerin doğurduğu zararları cemiyet, açıkça temyiz edemiyordu. Amma; zarara duçar olan bunu pek acı olarak hissediyordu. Çalan Ispartalı çocuk, etrafindakilere karşı büyük bir zarar vermekle beraber bu zarar, çocuğun çalarken gösterdiği meharetten dolayı muasırları tarafından büyük takdir ve hayretlerle karşılanıyordu. Zaif ve sui teşekküle uğramış çocukların öldürülmesi, masum hayatların haksız yere imhasından başka bir şey değildi. İnsanlarda ferdiyetçi fikirlerin inkişaf etmediği zamanlara aid olan (ırkın islâhı) fikrine yabancı kalan kanaatler için bu halleri meşru telâkki etmeğe imkân yoktur.

Yahudilerin soyulmasının cezasız bırakılması da daha az gayri adilâne değildi. Mutaassıbane hata, bunu örtüyordu, fakat zarar meydanda idi.

Zamanların geçmesi, fikirlerin geçen zamanlarla beraber ilerilemesi insanlara, bu gibi fiillerdeki haksız zararları gösterdi. Ferdin mukaddes hukukundan mülhem olan bu günkü kanunlarda olanlara ceza tatbik etti, beşer tarihindeki vak'alar bunlardan ibaret değildir. Garofalo, nun geniş bilgisi bunlara benzer pek çoklarını ortaya koymuştur.

- öyle bir fesat ki, mahirane ve sanatkârane olduğu için kendi fiillerinin hakikatlerine nüfuz ettirmeksizin başkalarının hileli fiillerinin delillerini meydana çıkarmağa müsait olsun - ve bunun neticesinde de bütün servetimi ve cemiyetteki teveccühleri gaybetmiş olayım. Buna karşı teammüden ve alçakca işlenmiş olan bu haksız fiil neticesinde maddî ve manevî bir zarara duçar olmuş olduğum halde ve bu zarara sebebiyet veren - ve fiilini, kanunun terhibinden kendisini kurtaracak bir şekilde ve kemali meharetle işlediği için mücrim telâkki edilemeyen - şahıs, gözümün önünde durup dururken bütün vazıı kanunlar toplanıp da mahzâ kanunun, bu fiili sarahaten derpiş etmemiş olmasından dolayı adalet makamlarına müracaatla şikâyete hakkım olmadığını söyleseler beni ikna edebilirler mi? Elbette hayır. Vakıâ, bu fiilde; kanunun cürüm olarak tanıdığı ve cezalandırılacak bir suç olarak kabul edilebilecek bir mahiyet yoktur. Fakat bunun kadar vahim olan tâbiî bir cürüm vardır. Çünkü ortada bir müta-zarrır, gayri meşru ve mücrimane bir zarar ve bir de mücrim bulunmaktadır. Öyle bir mücrim ki irademin ve tâbiî hukukumun temamile haricinde olan bir sebepten dolayı aleyhinde şikâyette bulunmama imkân yoktur: Çünkü vazıı kanun bu hali cürüm olarak derpiş etmemiştir.

Meşgul olduğumuz prensibin, ahlâkî noktadan da çok büyük bir mahzuru vardır: Bu mahzur da prensibin gayri kabili münakaşa bir ahlâksızlığı ihtiva etmesidir. Bu prensibe göre fena ve zarar verici bir fiil - çok defa söylediğim veçhile - ancak vazıı kanun tarafından ceza kanunile menedilen fiiller meyanına alındığı zaman cezalandırılabilecektir. Fakat bu filin, ceza kanunu tarafından derpiş edilmezden evvelki halile sonraki halinin - mahiyetleri itibarile - bir olmadığını hiç kimse iddia edemez. Bu filin muzır neticelerinin de kanundan evvel ve sonra aynı olmayacağı keza söylenemez.

— Bu doğru mudur? Şüphesizki hayır.

(Kanunsuz cürüm olmaz = nullu crimen sine lege) prensibini koymak suretile (ki şimdiye kadar tamamile tatbik edilmiştir.) kanun, yurddaşın serbest hareketine hürmet etmek istemiştir. Hukuk işlerinde olduğu gibi ceza kanununun eksiğini içtihadile tamamlamak için hâkimin kullanacağı takdir salâhiyetile, temiz ve iradî bir hareketin ansızın cürüm mahiyetini alabilmesi ihmalinden korkmayarak yurddaşların faaliyetlerini genişletmelerine müsaade etmiştir.

192

Lâkin bu suretle kanun, cürüm sayılması lâzım gelen fiilleri derpiş hususundaki kabiliyetine pek fazla itimad etmiş ve insanın hürriyetini hareketini himaye edeyim derken müfrit ve cemiyete muzır bir hukuk tesis etmek neticesine varmıştır: Kanunun farkına varmadığı bir cürmü işlemek; henüz kanunun derpiş edemediği bütün haksız zararları yapmak.

Netice itibarile vazıı kanun bu klâsik prensibi koymakla insanlara şunu söylemiş gibi oluyor: Men'etmediğim bütün zararları yapabilmek hakkını haizsiniz. Ve bunu kaygusuzca kemali sükûn ile yapabilirsiniz. Eğer sizin cürüm telâkki edebilecek her hangi bir filinize muttali olursam onu istikbale matuf olmak üzere menederim. Bu takdirde bu fili bir daha tekrar etmezsiniz çünkü benim için ancak menedildikten sonra hareketiniz cezalandırılabilecek bir cürüm olabilecektir, Bundan sonra ceza ve zarar tazmini mevzuu bahsolabilir.

— 4 —

Kanunsuz cürüm olmaz Adalet prensibinin tahlili

Meşhur müdafiler bulmakda devam eden (kanunsuz cürüm olmaz) kaidesi muhtelif mahiyetlerde sağlam esaslara dayanmaktadır.

A — Bu esaslardan birincisi felsefe ve tarihe dayanır. Bu kaide; on sekizinci asır sonundaki ferdiyetçi inkılâbın, mutlak ve müstebid devletin adlî idaredeki istibdadına karşı bir mücadele bayrağı olarak tesis edilmiştir. Bunun içindir ki bu gün bile hür ferdiyetçiliğin bir alâmeti olarak müdafaa edilen bu kaidenin, değiştirilmesine veya hafifleştirilmesine matuf her hangi bir temayül; on dokuzuncu asırda inkişaf etmiş olan sosyalist mefkûrelerin doğurduğu irticaî bir hareket olarak telâkki edilmektedir.

Fakat bize göre; bu telâkkilerin esası, hakikate uymayan delilsiz iddialara dayanır. (Çünkü kanunsuz cürüm olmaz kaidesinin ilgası da ferdiyetçi telâkkilere istinad ettirilebilir.

Ferdî hakların hükûmet tarafından himaye edilmesi lâzım geldiğine dair ileri sürülen mütalâanın istinat ettiği görüş noktasının değişmesi icabeder. Hükûmet dikkatini ferdin hürriyeti üzerine tesbit edeceğine, ki ferd onu kullanarak mücrim olabilir. Ferdin hürriyetini tayin ve tahsis etmeli-

dir ki, haklarını tecavüz etmekle mağdur olabilir. (mağdur olmasın).

Son görüş noktası, bize daha doğru görünüyor. Hiç olmazsa cemiyetin cürüm karşısındaki vazifesile azasının haiz oldukları ferdî hakların himayesi hususundaki vazifesine daha uygundur.

Raoul de la Grasserie adındaki muharririn aşağıya naklolunan sözleri gibi:

(Cemiyetin takib hususundaki selâhiyeti, mücerred bir iktidardan ibaret (olmayıp vazifedir.

(Cinayetlerin cezasız kalmaması için mümkün olan tedbirleri almadığı (ve zabıtası kâfi olmadığı ve takibat için icabeden teşkilâtı fena olduğu ve (yahut mutazarrır, zararı nisbetinde bir tazminat elde edemediği zaman (cemiyet, zarurî olan vazifelerini yapmamış sayılır [15]

Lâkin bu fikirlerden daha mühim bir netice çıkabilir. O da (kanunsuz cürüm olmaz = nullum crimen sine lege) kaidesinin ferdiyetciliğin tamamen aleyhinde olarak müfrit bir sosyalist fikrini ihtiva etmesidir. Hattâ bu klâsik kaidenin müdafilerinden biri olan Cezar Cıvoli bile bu neticeyi kabul etmek ıztırarında kalmıştır: (ceza ileride husul bulacak zarar endişesinden (ziyade hazırdaki zarar göz önüne alındığı zaman meşruiyet kesbeder: lâkin (bir çok hallerde Devletin menfaati; adlî nizamı bozan fiillerin çoğalmak (istidadını gösterdikleri vakit cezanın tatbikini istilzam eder.) Bundan çıkan ma'na şudur ki: Devlet, ilk zarar verici fiil ve bundan zarar gören şahıs ile müdahalede bulunmaz; o, bu fiilden ancak istikbali için endişeye düşer, geçmiş bir hadisenin misali ve bundan zarar gören şahsın karşısında cemiyet, umumiyet itibarile asayişini tehlikede görür; ve bundan sonradır ki cemiyetin menfaatı kendini hissettirir.

B — Bu kaidenin şiddetini makul göstermek ve ma'nayı genişletecek şekildeki tefsirleri bertaraf etmek maksadile ileri sürülen mütalâalardan bir diğeri Chauveau ile Helie'nin şu sözlerinde görülür.

" Her ceza kanunu, emirlerle nehilerden mürekkeptir: Vazıı kanun, medenî kanunda olduğu gibi yurddaşların birbirile olan münasebetlerini takdir ile kalmayup bunların Devlet ve cemiyetle olan münasebetlerini de ele alarak fiillerinin takdirine girişir. Bunlardan caiz olmayanlarını ve tehlikeli olanlarını tarif ile men ve tecziye eder. Binaenaleyh, her mem-

[15] Des principes sociologiques de la criminologie Paris 1901.

194

nuiyetin tâbiatında sıkı bir surette tabirlere istinat etmek mecburiyeti yok mudur? Şu halde medenî kanunda olduğu gibi ceza kanununun noksanlarını da hakkaniyet ve ihtiyacların yardımile kıyas ve istidlâl yollarile tamamlamak mümkün olabilir. Her ne kadar yurddaşların, kanunu bilmek vazifeleri ise de bunu bir hukukcu kadar tetebbü etmeleri vazifeleri iktizasından değildir. Kanunun tabirlerini şerh etmeğe, muhtelif hükümlerini mukayeseye fiil ve hareketlerinin tâbi olduğu kaideyi tayin etmek için onun ruhunu müşkülâtla aramağa mecbur değildirler.,,

Bizi, bu sebeplerin ekseriya ceza kanununun hakkaniyet üzere tatbikine bile, mani olduğu neticesine vardıracak olan mütalâalardan vaz geçelim.

Çünkü; ceza kanununun ihtiva ettiği unsurlar, bir çok hallerde, hakimler tarafından sonradan tetkik ve takdir edilmeğe lüzum gösterir. [16] fakat burada hemen kendini gösteren ve yurttaş lehine müdafaası icabeden bir hal gelir ki o da bunların, hata veya cehalet yüzünden, kanuna karşı vuku bulabilecek olan hareketlerinden dolayı haiz olmaları lâzım gelen masuniyettir. Lâkin bu, sadece bir (cezaî hata) mefhumudur ki herkes bunun haklı bir surette cezalandırılması, ancak vazıı kanunun bir kararile mümkün olabileceği reyinde müttefikdirler. [17] buna mukabil kanun hükümlerinin neden ibaret olduğunu öğretmek endişesini hissetmeksizin ve yazılı veya tabiî hukukun tecviz etmeyeceğini bilerek mahza başkasına zarar vermek maksadile bir fiil işleyen şahıs hakkında bittabi bu mütalâaların hiç bir kıymeti kalmaz; [18] fakat mücrim, başkasına zarar vermek ve kanuna muhalefet etmek maksadile işleyeceği filin hususî işleyiş tarzının vazıı kanun tarafından derpiş edilmemiş olduğu kanaatile cezasız kalacağından emin olarak filini işlediği takdirde bu sebepler, muhalif tezin esasını teşkil eder. [19]

C — Ceza kanunile medenî kanuna aynı maksatla muhtelif mevzular

---

[16] Kanunun çerçivelediği sabit unsurların, hakikat sahasında çıkan ve mahiyetleri bir olmakla beraber, birbirine benzemeyen fiillerin taşıdıkları unsurlara uyub uymadığı meselesinin, tatbikat aleminde ne kadar güclükler doğurduğu ve tatbikatcıları üzerlerinde uzun, uzun durdurmağa mecbur ettiği erbabınca malûmdur. - çeviren -

[17] Cürümde kasıd asıldır. Kasda makrun olmayan fiillerin cezalandırılması için kanunî sarahat lâzımdır. - çeviren -

[18] Çünkü bu şahsın hareketinde fena maksad vardır. - çeviren -

[19] Yani, bu şahıs behemehal cezalandırılmalıdır. Çünkü kendisinde cürüm, niyet ve kasdı vardır. Ceza kanununun bu gibi hallerde, tefsir ve kıyas yolile tatbiki lâzım gelir mütalâasında bulunanların tezi budur. - çeviren -

tahsis edilirken Ceza kanununun neticelerinin Yurddaş için medenî kanunun neticelerinden daha vahim olduğu göze çarpar. Medenî kanun, tefsir ve kıyas yolile tatbik edildiği ve hakkaniyete uygun bir surette tamamlandığı takdirde ancak tazminî neticeler doğurabilir ki bu neticeler mahkûmun haysiyetine dokunmaz ; Halbuki ceza kanununun tatbiki, ekseriya maznun için hürriyet gibi en esaslı haklardan birinin tatiline müncer olur ve ismi etrafında bir leke halinde kalır.

Bu düşünüş bir kerre temamile doğru değildir. Medenî kanunların, pek esnek hükümleri arasında, şahsî menfaatlar için pek tehlikeli olan müesseselerin meşruiyetini müeyyedelendirmesi halini bir tarafa bırakalım : (babalık, israf ve gaiblik davaları gibi).

Ceza kanununun tatbiki, hukukî mahkûmiyetlerin ekserisinden daha az ehemmiyetli bir para cezasını intaç edebilir ;

Hukukî mahkûmiyetler, o kadar büyük bir ehemmiyet alabilir ki bundan bir ferd için tamamile mahvolmakla müsavi bir zarar husule gelebilir. Bu netice, şahsî hürriyetin muvakkat tatilinden daha büyük bir zarardır.

Cezanın ahlâkî neticesine gelince ; bunun da, ehemmiyeti haiz olmadığını teslim etmek mecburiyeti vardır. Vazıı kanunun menettiği fiillere benzediklerinden dolayı kıyas yolile bütün cürüm hadiselerine Ceza kanununun tatbik edileceği esası kabul olununca, bu farziyede, cezanın ahlâkî neticesi de maznunun hukuka aykırı olan kendi hareketinin, doğrudan doğruya bir neticesinden başka bir şey olmaz ki, yerindedir.

— 5 —

Ceza kanununun ve adsız cürmün tefsirinde kıyas

Yukarıda geçen mütalâa ve mülâhazalardan çıkan netice şudur ki : bizi ideal ceza kanunlarına ulaştırabilecek olan yegâne çalışma tarzı (1930 tarihli Rus ceza kanunu lâyihasının iddia ettiği gibi) (kanunsuz cürüm olmaz) kaidesini kaldırmağa doğru gitmelidir ; Belki ceza kanununa, Aristonun istediği tabiî adaletin yardımını temin için [20] lesbiens lerin cedvelindeki

[20] Aristonun fikrine göre adalet nasıl temin edilir : (adalet müfrit bir şiddete kadar götürülmemelidir. Aksi takdirde ; mutlak adalet, mutlak bir zulüm olur. Dar ada-

196

eğilebilmek hassasını bahşederek cürmün bütün tabiî şekillerine karşı müeyyide temininden aciz bir halde kalan ceza adaletinin, ellerini bağlayan, bu kaidenin sulplüğünü kaldırmağa müteveccih olmalıdır. [21]

Chauveau ile Helie tarafından ileri sürülen ceza hukukunun, bir çok hallerde ferdler arasındaki münasebetleri de derpiş ettiği hakkındaki iddia, doğru değildir. Çünkü; cürümler, Devlet ve cemiyete bir zarar vermeksizin münhasıran veya tercihan ferdleri ızrar edebilirler. Bundan başka kanun tarafından kabul edilen cürmü ihdas ve tarif ve tayin eyleyen kaidenin kabulünden itibaren, kanuna girmemekle beraber, kanunda musarrah olanlardan daha zararlı, ve cemiyet için muzır olan, adsız cürümler de, göz önüne alınmalıdır. Bunların mevzu kaideye sarahaten dahil olmamakla beraber ferdleri mutazarrır ettikleri nazarı itibara alınırsa; ferdlerin hususî menfaatlerini korumak için - hukukî meselelerde olduğu gibi mantıkî bir tevsi yolile - kanunun hüküm ve nufuzunu bu fiillere de teşmil etmeğe hiç bir mani kalmaz. [22]

---

let (La Justice étroite ou striete) kanunun kelime ve harflerine uygun olandır. Ancak kanun, umumî ve mücerret bir şekilden ibaret olub her hale uymaz. Kanunun dar bir surette tatbikinden adaletsizlik doğabilir. Burada tabiî adalet, (L'équité) dar adaletin, adaletsizliğini tashih etmelidir. Dar adalet, eğilmez bir ölçüden ibaret olan demir bir cedvele benzer, tabiî adalet ise, Lesbiens lerin kurşundan mamul o cedvellerine benzer ki taşın arızalarına göre eğilerek onun şekillerini ve hatlarını takib eder.) - çeviren -

[21] Vidal, Roux gibi çok mütehayyiz şarihlerin fikirlerine muhalif olarak Fransız mehakim içtihadında tabiî cürümler lehinde müsait bir temayül hissedilmektedir.

Cours de Droit pénal et de la procédure pénale Paris 1920 Roux cours de Droit criminel et de acience pénitentiaire 5 inci tabi.

[22] Kıyas ; 1922 tarihli Rus ceza kanununda hukukî bir müeyyide elde etti. Bu kanunun 10 uncu maddesi şöyle demektedir. (Kanunda her cürüm için hususî bir hüküm mevcut olmayan hallerde : verilecek ceza ve alınacak emniyet tedbirleri - umumî kısımdaki kaidelere riayet etmek şartile - Ceza kanununun diğer maddelerinde yazılı olub bu cürümlere vasıf itibarile en ziyade benzeyen cürümler için muayyen olan ceza ve emniyet tedbirlerinin aynıdır. Bu esası 16 ncı maddesile yeniden teyid eden 1927 tarihli Rus ceza kanunu da : (cemiyet için tehlikeli olan her hangi bir fiil, kanun tarafından derpiş edilmemiş olursa mesuliyetin esas ve hududu, kanunun diğer maddeleri tarafından bu file en ziyade benzeyen cürümler için muayyen olanların aynıdır.

§ 1870 tarihli İspanyol ceza kanunu da : cezalandırılması icabeden bir filin, kanunun şümulünden hariç kaldığı görülünce adliyenin teşebbüse geçerek ceza kanununun tamamlanması için hükûmeti tahrik etmesi şeklindeki malûm olan usulü ihtiyar etmiştir. Lâkin fikrimizce bu sistem, ideal ve kat'î şekli temin etmek için tatbikatta vücudu zarurî olan hassaları haiz bulunmadığı gibi hukukun, içtimaî tekâmülün inkişafına müterakki bir surette uymasına müsait bir vasıta dahi teşkil etmemektedir.

Hükûmet, (kanunsuz cürüm olmaz = nullum crimen sine lege) prensibinin eğilmek bilmez sertliğini, bir teşkilâtı esasiye kaidesi mertebesine yükseltecek bir kanunun, Jean Jacque Rousseau'nun mukavelei içtimaiyesinin dördüncü babının sonunda dermeyan ettiği mülâhazaların tatbik imkânı bulabileceği bir faraziye) muhalefetine uğramamak şartile bu hususdaki teceddüd, hiç bir hususî hak bozulmaksızın, kabul edilir. Malûm olduğu üzere ceza meselelerinde mükteseb hak mevcut değildir.

Lâkin bu suretle mesele, itminan verici bir şekilde hâlledilmiş olmaz. Çünkü hâl şekli, buna muhalif bir mesele vazetmek suretile elde edilir. Adlî istibdad tehlikesi.. . şu halde adsız cürmün, tevsi ve kıyas yolile kabul edilebilmesi için, bu hâl şeklinin, adsız cürmün, kendine has olan haricî şartlarını arayıb tanzim etmek suretile, ikmal edilmesi icabeder. Bundan sonra adsız cürmün, cezalandırılmasındaki adaleti temin edecek olan müeyyidenin şartlarını koymak lâzımdır.

A - Evvel emirde Franck ile birlikte beyan etmeğe mecburuz ki her hangi bir vazifenin icabına uymayan haksız hareketler, cürüm telâkki edilemezler. (Şükran ve hürmet ve ilâh, gibi birbirimize borçlu olduğumuz ahlâk kaidelerine aykırı haksız hareketler....) bu fiiller, haksız ve zarar verici olmakla beraber masdarı oldukları kaidenin kanunî mahiyeti haiz olmamasına binaen, mevzu kanun tarafından cezalandırılamayacakları gibi cezalandırılmaları da icabetmez. Ve kanunî bir esasdan mahrum oldukları için de tefsir mevzuu olamazlar.

B - İnsanların hattı hareketini tayin ve başkasının meşru bir menfaatını himaye eden ve kısmen ceza kanununca da tanınmış olan bir kaidenin evvelden mevcud bulunması adsız cürmün mütebariz ilk şartıdır. Bu kaideye karşı vukubulacak bütün haksız tecavüzler prensib olarak cezalandırılmalıdır. Bu tecavüzün haksız unsurunu keşfetmek için de her hadisede: hakkını kullanan bir kimsenin hakkını kullanırken; filinin, kanuna uymayan vasıflarını bertaraf etmek suretile, ceza kanununun cezaî müeyyidesine uğramasına mani olub olamayacağını tetkik etmek icabeder. Bu şahsın hakkı, bazen medenî ve bazan da cezaî yazılı hak olabileceği gibi aşağıdaki misalde olduğu veçhile yazılı olmayan tabiî bir hak da olabilir: intikam ve kin beslediği namuslu bir kimsenin reşid kızını ayartan şahsın şu fili, en çirkin bir hareket olmasına rağmen kanunen cezalandırılamaz.

Zira - tabir caiz ise - cinsî mukavelelerde serbestlik veren tabiî bir hukuka dayanmaktadır.

C - Diğerlerini hariç tutmak suretile göreceğiz ki adsız cürmün, istenilen haricî şartları ikidir: 1) her ne suretle olursa olsun ceza kanunu tarafından kabul edilmiş olan bir kaidenin veya şahsa aid hukukî bir menfaatin ihlâli; 2) fiilde, fail lehine kabul olunabilecek tabiî ve kanunî bir hakkın yokluğundan dolayı fevkalâde bir haksızlık...

Mes'ele böylece vazedildikden sonra ferd için hangi teminat şartları içinde adsız cürmün cezalandırılmasını tanzim edecek bir adalet sistemi tesis olunabileceğini mütalâa ve tetkik etmek icabeder.

1 - Evvelâ, aşikârdır ki adsız cürüm, ancak dava ve şikâyet üzerine takib olunabilir; ve bu da iki sebebden ileri gelir. A) Zira bu, ancak ve munhasıran ferdin menfaatile kabili tefehhümdür. B) Çünkü adsız cürmün, ceza kanunundaki tiplere mutabakattan mahrum bulunması keyfiyeti, Devletin bu cürümleri cemiyet namına cezalandırmak niyetinde olmadığını bize göstermektedir.

2 - Diğer cihetten adsız cürüm hakkında hususî hilenin tam bir delilini istemek icabeder. Klasik formüle göre bu: bilerek hemcinsine haksız bir zarar vermek ve katî iradesini bu maksada göre tanzim etmektir. Adlî istibdadın; kıyas ve tevsi yolile, (filini lâzım gelen dikkati sarfetmeksizin işleyen fakat zarara müntehi olan faaliyetinin vereceği neticeyi kesdirmeğe muvaffak olamayan) adamın şahsında bir mücrim yaratabilmesi ihtimalini ber taraf etmek için bilvasita veya muhtemel bir iğfâl ve evleviyetle mücerret bir hata, hiç bir veçhile adsız cürüm mahiyetinde kabul edilemezler.

3 - Maznunun, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılabilmesi için zararın maddî olması lâzımdır. Şahısların haysiyet ve şereflerine karşı irtikâb edilen cürümlerin cezaî müeyyidelerine uğramayan ve yalnız manevî bir zarara sebebiyet veren fiiller ki - bunlar pek nadirdir - bu takdirde, mantıkan cezanın yalnız para cezası olması iktiza eder.

4 - Adsız cürmün, kıyas yolile, ceza kanununun iki muhtelif faslına temas etmesi halinde cürümlerin şeklî içtimaları halinde carî olan kanunî kaidenin tatbiki lâzım gelir.

5 — Adsız cürümden dolayı mahkûm olan şahsın kanunda mevcud cürme nisbetle daha hafif bir ceza çekmesi icabeder. Bu da maznunun fi-

linde kanunda yazılı cürümlerdeki müşterek manevî bir unsurun mevcud bulunmamasındandır. Bu unsurda ; kanunun mahsus bir emrine karşı muayyen bir fiil ve harekette bulunmakla teşekkül eder. Ve bu unsurun mevcut bulunmadığı haller, afakî olarak nazarı itibara alınmalıdır.

6 — Hakkında ; kanunda mahsus bir sarahat mevcud olmayan bir cürmün faili olmak üzere ittiham edilen şahsın ademi mesuliyetine karar verilmesi, cezaî bir kıyas yolile hüküm verilebilecek bir filin tamamile isbat edilmemesi halinde, muhbir ve davacı aleyhinde bir müeyyidenin mecburî olarak tatbikini istilzam etmelidir.

Nihayet kıyasa gelince : kıyas, usul kanunile müeyyed teminat ile birlikde tesis edilmelidir. Fikrimize göre ; bu selâhiyet, hiç bir suretle makul olarak münferid bir hâkimin basiretkâr takdirine tevdi edilemez.

İsnadolunan fiiller isbat edilipde ittihamın kıyas yolile tatbiki icabedince bir hukuk jürisinin tesisine olan lüzum ve zaruret, pek açık olarak kendini gösterir.

Müşavir avukatlardan teşekkül etmesi icabeden bu jürinin vazifesi davanın hususiyetine göre hangi kıyasın tatbiki lâzım geleceğini tayin ve takdirden ibarettir. Bundan sonra hâkime, ancak taayyün eden kanunî müeyyideyi tatbik vazifesi kalır.

Kâfi derecede teminatile birlikte adsız cürmü ihdas ederek en iyi bir tecziye adaletinin İdeal şekline mümkün olduğu kadar yaklaşmağa muvaffak olacağımıza emin olmak lâzımdır. Ve böyledir de.

Türkçeye çeviren
HS. Menemenci
Ceza işleri umum müdürü

200

İtalyanın Yeni Ceza kanunu

Yazan: Pierre de Casabianca

Fransız Temyiz Mahkemesi azasından

İtalya, siyasî taazzuvundan sonra, hukukî mevzuatının tâdili bitmek üzere bulunduğunu göz önünde tutarak, ceza sahasında da yeni bir kanun tertip ve tanzimi fikrine kapıldı.

Medenî kanunu için, aşağı yukarı, Code Napoléon'u örnek ittihaz etmişti. Fakat ceza sahasındaki tefevvukunun bahşettiği bir kıskançlıkla, 1810 tarihli Fransız ceza kanununa mütefevvik, yepyeni bir eser ibda etmek istiyordu. Bunun içindir ki kanunun ihzarı, güç olmaktan ziyade, uzun bir zamanın mahsulü oldu. Yirmi yedi sene kadar süren bir hazırlık devresi birçok inkıtalarla karşılaştı. Nihayet, Adliye nazırı Zanardelli'nin kuvvetli mesaisi sayesinde, kanun mecliste münakaşa edilerek bazı tâdiller yapıldıktan sonra, 1 Kânunusani 1890 da mer'iyet mevkiine konuldu.

Kanunun, ceza sahasına yenilikler getiren bir kanun olduğu inkâr olunamaz. cürmî, hukukî bir varlık «une entitijuridique» [1] olarak tarif

---

[1] Cürüm telâkkisinde iki nazariye mevcuttur. Birinci nazariye sâlikleri cürmü, içtimaî bir hâdise olarak, ikinci noktai nazara taraftar olanlar ise hukukî bir hâdise olarak tarif ve tavsif ederler. Çürme içtimaî bir mahiyet atfedenlere göre herhangi bir hâdisenin cürüm olup olmadığını, cemiyetin bu husustaki telâkkisi takdir eder. Bu takdirin muhassalası olan kanunun cürüm olarak sahasına aldığı hadisat, içtimaî hayatın o hâdiselere verdiği vasıftan başka birşey değildir. Kanun bu nevi hâdiseleri cürüm telâkki ederek bir müeyyide vazetmiştir. Çünkü o hâdiseler cemiyet hayatını ihlâle, teşvişe sebebiyet verecek mahiyettedirler. Mücrim cemiyet hayatının nizamını ihlâl ettiği için ceza görmektedir.

Cürmü, hukukî hâdise olarak telâkki edenlerin fikirlerine göre cürüm, devletin kanunları tarafından cezalandırılan hernevi hareketlerdir. Mücrimin tecziye edilmesi, bu kanun-

ve tavsif eden Carrara'nın fikirlerinden mülhem olmuş, suçların şartlarını ve unsurlarını ince bir tahlilden geçirmiştir. Ancak mücrim ile hiç bir suretle meşgul olmamakta, cezayı, mücrim için, bir salâh vasıtası olarak değil, bir günah kefareti olarak kabul etmekte idi. Bundan başka, bu kanun, suçların günden güne artışile de mücadele etmek hassasından mahrum bulunuyordu.

Esasen bu sıralarda İtalyan Pozitivist mektebi [2] (école Positiviste İtalienne) (Lombroso) ve (Enrico Ferri) nin sayesinde, cezaî siyasetin yeni esaslarını tesbit etmiş ve bilhassa tehlikeli eşhası, cemiyetin müdafaa etmesi düsturunu vazetmişlerdi.

1919 dan sonra, muharebenin tevlit ettiği içtimaî hâdiselerin tazyiki neticesi olarak birçok milletler de, ceza kanunlarını asrîleştirmek için şiddetli bir meyelan uyandı. Bu sırada İtalyanın siyasî rejimi de esaslı tahavvüller geçirmiş, yeni yeni temayüllere yol açmıştı. Bu şerait içerisinde 1889 tarihli ceza kanununun da ortadan kalkması bir lâzime halini almıştı.

1860 tarihinden evvel İtalyayı teşkil eden küçük memleketlerin karışık, bazan yekdiğerinin mütenakızı olan kanunları tensik ve tanzim olunmuş, Roma Temyiz mahkemesine, memleketin bütün mahkemelerinden çıkan ceza kararlarını, tetkik salâhiyeti verilmek [3] suretile mevzuatta temin edilen vahdet, kazaî içtihatlarda da temin edilmişti. İşte, mevzuat ve içtihatta temin edilen bu vahdet sayesindedir ki, İtalya, son zamanlarda yol almış olan yeni ceza nazariyelerini de kendi kanunlarında tatbika müsait bir zemin bulmuş olacaktı. Fazla olarak, mevcut kanunun ihzarındaki safahat da kâfi derecede tecrübe dersi vermişti. Binaenaleyh, yeni kanunun tan-

---

ları ihlâl etmesinden dolayıdır. Bunun içindir ki mücrimle meşgul olmağa ihtiyaç yoktur. Aradıkları yegâne nokta cürmün bizzat kendisidir. Mücrimin çektiği ceza, cemiyet için faydalı bir mahlûk haline konulması için değil, kanunun ahkâmını ihlâl ettiği içindir. Şu halde ceza mücrim için bir salâh vasıtası değil, bir günah kefareti olmalıdır. (çeviren)

[2] Cürmü bir tarafa bırakarak mücrimle meşgul olan, mücrimin suçu ne suçu ne gibi içtimaî ve hılkî şerait altında işlediğini araştıran mektep. (çeviren)

[3] Roma Temyiz mahkemesine bu salâhiyet 1890 da verildi. Bu ancak ceza mesailine ait kararlara mahsus bir salâhiyet idi. Hukukî sahada ise 24 Mart 1923 tarhinde Torino, Floransa, Napoli ve Palermodaki Temyiz mahkemeleri Kralın bir iradesi ile ilga olunarak Roma Temyiz mahkemesinin bütün memleketin hukuk işlerini de temyizen tetkik itmesi kararlaştırıldı.

202

ziminde bu tecrübeden ders almak, ve yepyeni bir usûl bulmak iktiza ediyordu ki, o usûl de şu suretle bulundu: 24 Kânunuevvel 1925 tarihli bir kanunla hükûmet meclisten, yeni kanunu tanzim etmek hakkını aldı. Hükûmet reisi, ceza kanunundaki bu değişikliğin münakaşaya ve âraya vazolunmadan intaç edilmesi fikrinde bulunduğunu beyan ediyor, bu işin hukukşinaslara ait bir vazife olduğunu, teşriî meclisle alâhası bulunmadığını ileri sürüyordu. Roma Üniversitesi ceza hukuku profesörü (Arturo Rocco) nun reisliği altında bulunan ilk komisyon, ihzarî bir proje yaparak Üniversite, Baro, Adlî müessese ve ilim cemiyetlerile hâkimlere tevzi etti. Birçok lisanlara terceme edilen bu proje bütün Dünyaya yayılarak birçok tenkitler yapılmasına imkân verildi. Yeni birkaç âza ile takviye edilen aynı komisyon, toplanmış olan bu fikirleri tetkik nazarından geçirdikten sonra, Adliye nazırı (Âlfredo Rocco) nun nezareti altında kat'î projeyi vücude getirdi.

Bu projeyi iki komisyon tetkika memur edildi. Birinci komisyon, Temyiz baş Müddeiumumisi Âyan âzasından «Appiani» nin riyaseti altında olup hâkim, avukat ve profesörlerden mürekkep idi. Diğeri sekiz ayan ve dokuz meb'usan âzasını muhtevi olup Temyiz birinci reisi ayan âzasından «Mariano d' Amelio» nun riyaseti altında bulunmakta idi.

Bu tetkiklerin hitamından sonra kanunun metni basıldı. Bu metinde, nazır (Rocco) nun, Krala hitaben yazılmış bir raporu da mevcuttu.

(Rocco) bu raporda, kanunun tertip ve tanziminin ne suretle vukua geldiğini izah ediyor ve ilk defa hazırlanan projedeki tâdilâtı anlatarak muhtelit parlamento komisyonunun mütalea ve tenkitlerine cevap veriyordu. Kralın 19 Teşrinievvel 1930 tarihli kararnamesile kat'î metin tasdik edilerek kanunun 1 Temmuz 1931 de mer'iyet mevkiine geçmesi kabul olundu.

Aynı günde Kralın diğer bir kararnamesi, Adliye nazırının kezalik bir raporunu muhtevi bulunan, yeni ceza usulü muhakemeleri kanununun da kat'î metnini kabul ederek eski kanunu ilga etti. Bu kararname, ceza usulü muhakemeleri kanunu için de ve aynı tarihi alarak, ceza kanununun mer'iyete girdiği tarihi kabul ediyordu.

Faşist idaresinin dokuzuncu senesi başlangıcı olan 27 Teşrinievvel

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

1930 da (Capitole) de (Horaces et des Curiaces) lerin salonunda [4] büyük merasim yapıldı. Mussolini ile Devlet ricalinin de bulunduğu bu merasimde, yeni ceza kanununun ilk nüshaları Roma valisine verildi. Vali, bu nüshaları vilâyetlere tevzi edecek ve Temyiz mahkemesinin «Millî hükûmetin teceddüt faaliyetinin şayanı nazar eserlerinden birisi» diye ilân ettiği yeni ceza kanununun bu suretle başlangıcı kutlulanacaktı.

Cezaî müesseselerin ıslahı, ceza kanunu ıslahının bir mütemmimidir. Bunun içindir ki 18 Haziran 1931 de, ihtiyatî tedbir ve ceza müesseseleri için baştan başa değiştirilmiş, yepyeni bir dahilî nizamname neşrolunarak tatbikatı cihetine geçildi. Adliye nazırının reisliği altında cereyan ederek ikmal edilen bu muazzam mesainin tarihçesi işte bundan ibarettir. Harbin tevlit ettiği iktisadî varlıklara rağmen bu kadar az bir zamanda, salâhiyetli ellerin azmile ortaya atılan bu eser, bizzat kendi kendisinin meddahıdır. Unutmamalı ki herhangi bir eserin kendi kendisini medhedebilmesi muvaffakiyetlerin en büyüğüdür.

*
* *

Kanunun bütün müfessirleri, yeni ceza kanununun, cezanın esasatı ve netayici hakkında birbirinden ayrı noktai nazar takip etmekte olan muhtelif İtalyan ceza mektepleri arasındaki ihtilâfları, kat'î şekilde halledeceğine kani bulunmaktadırlar. Nazır Rocco, her mektebin «iyi ve doğru» cihetlerini, bilfarz pozitivistlerden cezanın ferdileştirilmesi ve emniyet tedabiri gibi esasları, klasiklerden manevî mes'uliyet prensipleri aldığını söylüyor. Ecnebi bir hukukçu bu kanundan bahsederken, kanunun bir nisyan bulutu içerisinde kaybolmuş kaideleri, pozitivist mektebin alemdarı olan fikirlerle beraber sinesine aldığını, bu itibarla ihtilâlci bir kanun olduğu kadar muhafazakâr bir kanun da bulunduğunu beyan ediyor. Kanun, yalnız muh-

---

[4] Tullus Hostilius'un saltanatı esnasında Roma şehri ile Albe şehri arasında bir harp vukua geldi. İki ordu içlerinden üçer kişinin yekdiğerile kavga etmesini ve bu üçer kişilik guruplardan hagisi kazanırsa mensup olduğu ordunun kazanmış olacağını kararlaştırdılar. Romalılardan (Horace) ailesinin üç kardeşi Albe lilerden ise (Curiace) ailesinin üç kardeşi meydana çıktı. (Horace) lerin galebesi üzerine zafer romalılarda kaldı. Bahsi geçen salon Capitole de bunların hatırasına yapılan salondur. (Çeviren)

204

telif mesleklerin kurduğu nazariyelerden kurtulmakla kalmamış, kendisini, kat'î bir hamle ile, ecnebi mevzuatının tesirinden de kurtarmıştır.

Hakikat halde, bu kanunun mücerred bir İtalyan, daha doğrusu, bir faşist ibdaı olması arzu edildi. 1929 da Adliye bütçesi Âyan meclisi huzurunda münakaşa edilirken Nazır (Rocco): « Ceza kanunumuz, siyasî bir kanundur » diye bağırdı.

Hakikatte de böyledir Kanunun takip ettiği yegâne gaye, ceza hukuku felsefesi ile faşist felsefesini yekdiğerile imtizaç ettirmektir. Bu felsefenin encyclopedistes'lerin, yahut « vatandaş ve beşer hakları » beyannamesini yazanların felsefesinden büsbütün başka bir felsefe olduğuna şüphe yoktur. Şöyle ki: Fransız ceza kanunundan da ayrılan bu kanun, cezalandırmak hakkını, eski bir telâkkiye tâbi olarak, müşterek cemiyet hayatının ve devletçiliğin bir mefhumu halinde kabul etmektedir. Bu kanuna göre, cezalandırmak hakkı « Devletle beraber doğan ve Devletin müdafaa ve muhafazasına matuf olarak müşterek hayatın, yani cemiyetin esaslı şeraitini himaye eden » bir haktır. Binaenaleyh cemiyetin menfaati hususî menfaatlerin fevkindedir. Bununla beraber hususî menfaatler de ihmal edilmiş değildir. Ancak bu menfaatlerin himayesi talî derecede nazara alınmış azamî şiddet, müşterek hayatı zarardide edecek ceraime hasrolunmuştur.

Kanun, haricî ve dahilî devlet şahsiyetlerine, devlet ile onun mümessillerine İtalyan vatandaşının haricî faaliyetine karşı işlenen suçlarla, dahilde vatan aleyhdarlığı, iktisadî ve siyasî şuriş, ihtilâl cemiyetlerine iştirak etmek gibi içtimaî, nizamî ve yahut faşist rejimini alâkadar eden bilcümle ceraime, yukarıdaki kaidenin esas zaviyesinden bakmakta ve bu suretle şayanı dikkat bir ehemmiyet arzetmektedir.

Cemiyetin müdafaası, yalnız zecrî müeyyidelere istinat ettirilmemiş, ihtiyatî tedbirler alınmak suretile de bu müdafaanın teminine çalışılmıştır. Yeni kanun bu gayeyi temin için ceza mütehassıslarının Beynelmilel kongrelerle son asrın bazı ceza kanunlarında gösterdikleri yolu takip etmiş ve cezaî müeyyidelerin yanı başında emniyet tedbirlerine de yer vermiştir ki, bu buluş, yeniliğinden ziyade makuliyeti itibarile haizi ehemmiyet bir ibda addolunabilir.

Kanunda mevzu cezalara gelince: Herşeyden evvel şunu söylemek lâzım gelir ki, eski kanuna nisbeten, çok şiddetlidir. Bütün ceza sistemi

takviye edilmiş ve bu suretle medeniyetin bütün terakki vasıtaları istimal edilerek hünerli bir surette, cürmün önüne geçilmeğe çalışılmıştır. Ölüm cezası, kanuna tekrar konulmuştur. «Âmme efkârını derin bir surette heyecana sevkeden ve cemiyetin huzurunu tehlikeye düşüren» bazı suçlar için ölüm cezası, yegâne terhip vasıtası addolundu. Böylelikle, Devletin müdafaasına matuf olarak 25 Teşrinisani 1926 tarihli kanunla askerî ceza kanununun şumulü sahasına giren ve siyasî suikastlerle çok ağır cürümlere mahsus olmak üzere hususî bir mahkemenin salâhiyetine tevdi edilen [5] bu ceza, daha ziyade teşmil edilmiş oldu.

Müebbed şakka hidematına mukabil (Ergastolo) denilen mecburî çalışmak ve geceleyin münferit hücreye kapatılmak suretile infaz edilen müebbed bir ceza mevcuttur, gündüzün höcre hapsi yoktur. Ağır hapis cezası, gündüzün çalıştırılmak, geceleyin sert bir höcre hayatı tatbik edilmek üzere, onbeş günden yirmi dört seneye kadardır. Muvakkat bir zaman, için gündüzün höcre hapsi, hâkimin kararına bağlıdır. Cezaların yekdiğerine zam ve ilhakı kaidesi mevcut değildir. Yalnız cürümlerin içtimaında cezalar beş misline kadar artabiliyor. Cürme muavenet halinde cezalar iştidat ediyor, ağır hapis otuz seneye, âzamî haddi üç sene olan hapis cezası altı seneye kadar çıkabiliyor. Asliye ve sulh ceza mahkemelerinden verilen para cezalarına gelince : Asliye mahkemelerinden verilen para cezaları dört yüz bin, sulh ceza mahkemelerinden verilenler ise seksen bin lirete kadar yükselebiliyorlar. Burada, para cezasının az veya çok hükmedilmesinde aranılan nokta, mahkûmun malî vaziyetile, cürüm dolayisile elde etmiş olduğu intifadır. Böylelikle para cezaları, zenginler için bir istihza vesilesi olmaktan kurtulmuş oluyorlar. İşte kanunun muhtevi bulunduğu başlıca cezalar, bunlardan ibarettir.

Fer'î cezalarla, hukukî müeyyidelerden bahse lüzum olmadığı kanaatindeyiz. Yalnız şu kadarını söylemekle iktifa edelim ki, kanunda, mahkûmun servetinin hüsnü muhafazası için tedbirler alınmış olduğu gibi, mahkûmiyeti esnasındaki mesaisi mahsulü olan kazançla, mahkûmiyetinin neticesi olan harçları, cürümden mağdur olan şahsın maddî ve manevî zara-

---

[5] 4 temmuz 1931 tarihli kanunla, devletin şahsına karşı işlenecek ceraim için, bu mahkemenin salâhiyeti 31 kânunuevvel 1936 tarihine kadar temdit edilmiştir.

206

rını, hapishanedeki ikamet ve hastahane masraflarını hattâ avukatının ücretini verebilmesi için dahi emin vasıtalar vardır.

Ceza kararlarının talik veya gazete ile neşredilmesi usulü İtalyada, Fransada olduğundan daha fazla tatbik edilmektedir. Mahkûmun haysiyet ve şerefi noktasından manevî bir tesiri bulunduğu inkâr olunamıyan bu tedbire bazan ihtiyarî, bazan mecburî olarak müracaat olunmaktadır. Bu mevzuu bitirmeden evvel şunu ilâve edelim: İtalyan şarihleri, Adliye nazırile hemfikir olarak, kanunda üç safha görüyorlar. «Kanunda mevzu ceza safhası» ki, bu, vazıı kanuna matuf bir eserden başka birşey değildir. Hâkimin cezayı tatbiki haline raci bulunan «cezanın tatbiki» safhası. Bir de cezanın infazını gösteren « idarî safha ».

Ceza kanunu ile ceza usulü muhakemeleri kanunu, sıra takip eden bu muhtelif safhalarla bunlara ait salâhiyetleri yekdiğerine karıştırmamak için azamî surette itina göstermişlerdir. Şimdi de « emniyet tedbirleri = mesures de sûreté» bahsine gelelim. Kanunda, şahsî hürriyeti tahdit eden, şahsî hürriyeti tahdit etmiyen ve bir de malî olmak üzere üç nevi emniyet tedbiri mevcuttur. Bu tedbirlerin vasıflarını, Adliye nazırı raporunda, vazıh bir surette izah etmiştir.

Bu tedbirler mahiyet itibarile zabıtanın ittihaz etmiş oldukları tedbirlerden ayrı olup adlî makamlar tarafından emir ve tatbik olunmaktadırlar. Bu emir, beraet veya mahkûmiyet kararlarile birlikte verilebildiği gibi, başlı başına da verilebilir. Emniyet tedbirleri «ceza» nın lâhika ve mütemmimi olabilirler. Ancak, ihtiyatî bir tedbi. mahiyetini haiz olmaları itibarile, ceza mefhumunun takip ettiği gayeden tamamen ayrılmaktadırlar.

Cezanın mümeyyiz vasfını haiz olmadıkları gibi tam bir surette ferdî mahiyet arzetmektedirler. Ceza, failin cürmü işlemiş olmasının, yani, mücrimiyetinin istilzam ettiği bir neticedir. Emniyet tedbirlerinin tatbiki için ise işlenen fiilin - cürüm olmasa dahi - tehlikeli bir hal arzetmesi kâfidir. Bunun içindir ki, emniyet tedbirlerinin tatbiki için muhakkak surette işlenmiş bir cürmün vukuu şart değildir. Elverir ki işlenen fiil, içtimaî nizamı ihlâl eder bir mahiyet arzetsin. Küçüklere, aklı zayıf olanlara, herhangi mükeyyifata müptelâ bulunanlara, beraet eden maznunlara tatbik olunan emniyet tedbirleri gibi. Bu tedbirlerin esasını «cemiyet için tehlikeli olan hal» teşkil eder. Bu hal, bazı ahvalde kanunen tayin edilmiş,

bazı ahvalde ise hâkimin nufuzu nazarına terkedilmiştir.

Emniyet tedbirlerinin asgarî haddi kanunen muayyendir. Azamî had, «tehlikeli olan hal» in istilzam ettiği müddetçe devam etmek üzere, gayri muayyendir.

Adliye nazırının dediği gibi; «Cemiyeti cürme karşı koruyan» emniyet tedbirleri, cezanın cemiyetin müdafaasını temine muktedir olmadığı veya kâfi gelmediği zamanlarda onun yardımcısı olacaklardır.

Bir yanda ceza, bir yanda emniyet tedbirleri, cemiyetin huzurunu ihlâl eden tehlikeli eşhasa karşı açtığı mücadelenin müdafaa silâhları vazifesini göreceklerdir.

Bu hususta, bazı noktaları itibarile hakikaten zecrî bir kanun olan 18 Haziran 1931 tarihli emniyeti umumiye kanunu da imdada yetişiyor. Polis tedbiri olarak bu kanunda yazılı mecburî ikamet, tevbih, dahilde bir mahalle nefiy gibi tedabir de, «emniyet tedbirleri» nin faydalı olmalarına yardım ediyorlar. Böylelikle, içtimaî nizamın büyük küçük bütün düşmanları müessir çareler ve zecrî tedbirlerden mürekkep demir bir çenber içine alınarak gittikçe adetlerini azaltmak çareleri bulunmuş oluyor.

Hulâsa olarak şunu diyebiliriz ki, İtalyanın yeni ceza kanunu siyasî bir kanun olmakla beraber, aynı zamanda çok kuvvetli bir zecir ve muhafaza âletidir.

***

Ceza mevzuatının hakikî sahası, «cürüm» ismini vererek, adlî bir takım müeyyideler altına vazettiğimiz hukuk mefhumunu ihlâl eden ef'al ile mücadeleden ibarettir. Cürüm, iki unsurden teşekkül eder. Objektif olan birinci unsur, verdiren ve bir tehlike arzeden fiilin bizzat kendisidir. Sübjektif olan [6] diğer unsur ise, maneviyata, iradeye taallûk eden keyfiyettir. Bu iki unsurun yekdiğerine, hassas bir illiyet rabıtası ile bağlı bulunduğunu görüyoruz. İşte kanun iradei cüz'iyenin tesirlerine, detreminisme, fatalisme [7] in inceliklerine bağlanmıyarak, işlenen fiilin cezalan-

[6] Ceridenin şubat nüshasında intişar eden mürşidim Bay Esat Arsebükün «tasarruf nazariyesi» adlı yazısında cubjectif ve objectif hakkında kâfi izahat vardır. «çeviren»

[7] Determinisme bir felsefe mezhebidir. Bu mezhep beşerî temayüllerimizle, bu temayüllerin neticesi olan efalimizde şahsi kuvvetlerin müessir bulunduğunu kabul etmez. Ferdî hâdiselerin, bir takım esbap tahtında tekevvün ettiğini, binaenaleyh "esbab„ ın hâdiselerin tekevvününde yegâne müessir ve âmil bulunduğu fikrindedir. Bu mesleğe göre, hâdiselerin tekevvünü, bir takım esbabın neticesidir. Hâdisatı, illiyet nazariyesine istinat ettirerek tahlil eder. Herhangi bir fiilin tekevvün ve tahaddüsü,

208

dırılabilmesi için cürmün esasını «idrak ve irade» kabiliyetinde bulmaktadır.

Cürmün manevî unsurunu teşkil eden «idrak ve irade» kabiliyeti, kanunda şu üç noktadan mütâlea edildiğini görüyoruz; 1; Failin kasd ve niyetine uygun bir şekilde hareket etmesi, 2: Kasd ve niyete uygun olmıyan bir şekilde hareket etmesi (hatâ), 3: Kasd ve niyeti tecavüz eden bir şekilde hareket etmesi, (kasdî tecavüz).

***

Kanun, ilk suç işleyen mücrimleri mükerrirlerden tefrik etmemekte mücrimleri, cürmü itiyad edenler, cürüm işlemeği bir meslek haline sokanlar, bir temayül neticesi suç işliyenler, diye üçe ayırmaktadır. Hâkim, mahkûmiyet hükmünü tefhim ederken, suçlunun bu sınıflardan hangisine mensup olduğunu da tayin eder. Zira bu tasnifin, netayiç itibarile çok ehemmiyeti vardır. Bilfarz cezanın teşdidinde bu cihet, göz önünde tutulur. İlk iki sınıfa mensup olanlar, yani cürmü itiyad neticesi işliyenlerle. bir mesleki mahsus halinde cürüm ika edenler için bazı hallerde ceza iki misli olarak verilir. Kanun bu gibileri tehlikeli saydığı için bunlar hakkında emniyet tedbirleri ittihazı mecburîdir: Umumî afdan istifade edemezler. mevkufiyet halinde tahliye olunmadıkları gibi haklarında, kanunî şerait dairesinde, cezanın infazı dahi tehir olunamaz. Hulâsa, yeni kanunun baştan sonuna kadar, en şiddetli hükümlerinin mevzuunu bu nevi kimseler teşkil etmektedir.

Yeni kanun, çok şayanı dikkat, başka bir sınıf mücrimle daha meşgul olmaktadır. İtalyanın, adalet huzuruna çıkan küçükler için hususî bir kanunu yoktur. Bu hususu alâkadar eden mevad, yeni ceza kanununun çerçevesi içine alınmıştır. On dört yaşına irişmemiş küçük, mes'ul değildir; herhangi bir cürüm dolayısile takip edilemez. On dört yaşından on sekiz yaşına kadar olanlar, cürüm işledikleri sabit olduğu takdirde, suçu işlerken tefrik ve temyiz hassalarına mâlik olup olmadıklarına göre ceza

---

o fiile takaddüm eden esbap ve avamilin neticesi demektir. Bu itibarla ferd kendi hareketinden mesul olmaz.

Detrmizim, experimental tecrübevî, Psychologique ruhî olmak üzere iki büyük kısma ayrılır. Tecrübevî olan detrmizim fizik, kimya, fizyoloji gibi ilimlerde olduğu gibi hâdisatı muayyen esbab tesirinde tekevvün etmiş addederek o sebepleri araştırmağa, bulmağa çalışır.

Ruhî determizm, iradei cüz'iyeyi inkâr eder. Yaptığımız her hangi bir fiilde, kendi tasavvur ve tasmimimizin hazırladığı bir takım sebepler mevcuttur. Fiil işte bu sebeplerin neticesi olarak doğmustur diye telâkki eder. Tatalisme islâm felsefesindeki kadriye meşleği.

görürler. Bu yaştaki küçük, farik ve mümeyyiz midir? Bu noktanin tesbitinde herhangi bir zan ve ihtimale istinad edilmez. Bu neticeye varmak için yapılacak taharri ve müşahedeler tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır. On sekiz yaşını bitiren küçük tamamen büyükler gibi muameleye tâbidir. Yeni kanun küçüğe terbiyevî tahsil vermek noktasında da hassas davranmıştır. Bu suretledir ki hâkime, mahkûm olması icabeden bir küçüğün cezasını affetmek salâhiyeti verilmiştir. Terbiyevî bir gaye ile verilen bu salâhiyetteki şart, küçüğün kendisine ceza verileceğini anlıyarak bir daha suç işlemiyeceği hakkında hâkime kanaat gelmesidir.

Yeni kanun küçüğü,bir cürmün mağduru olabileceği halleri de nazara alarak himaye etmiş, bu suretle « anneliğin ve küçüklüğün himayesi » hakkındaki 10 Kânunuevvel 1925 tarihli kanun ahkâmını takviye eden hususî hükümler koymuştur.

Küçükler, mükerrirler ve mahkûmiyetleri ilân edilmiş mücrimler, cezalarının infazı veya emniyet tedbirlerinin icrası sırasında « nezaret hâkimi = Juge de surveillane» nın mürakabesine tevdi edilmişlerdir. İtalya mevzuatında beliren ve yeni bir adlî uzuv olan « nezaret hâkimi » nin ihdası şu sebebe müstenittir: Hâkim mahkûma cezayı verdikten sonra, verdiği kararın netayici ile alâkadar olamamakta ve böylelikle cemiyeti tekerrür edecek bir tehlikeye karşı himaye için mahkûmun vaziyetini tetkik ve temin edememektir. Ceza usulü muhakemeleri kanunu ile ihtiyatî tedbir ve ceza müesseseleri nizamnamesindeki sarih ahkâm, cezayi infaz eden idarî müessese ile, cezanın infazına nazaret edecek olan bu hâkim arasındaki vazife ve selâhiyetleri tamamen tayin etmiştir. Bilhassa, mahkûmun hariçte vazife görüp göremiyeceği hususunda, af ve meşrutan tahliyelerde, mahkûmun hapishanede tasarruf ettiği emval dolayısile zuhur eden ihtilâflarda bu hâkimin mütaleası alınır. Hâkime tahmil olunan bu vazifeler, adlî olmaktan ziyade idarî mahiyettedirler. Adliye nazırının fikrince, hâkimin bu iki cepheli vazifesi, yani idare âmiri ve iyi bir aile babası olması keyfiyetleri hâkimlere hususî bir liyakat yolu açacak ve onları ceza kanunu ile cezanın infazı tarzlarında derin bir vukuf sahibi yapacaktır.

Vazıı kanuna, her mahkemenin nezdinde «ceza müddetlerini ikmal ederek tahliye edilenleri himaye» eden de yine ayni koruyucu prensip olmuştur. Bu himaye müessesesine, adliye nezaretinde cezayi nakdîlerden

210

toplanmış paralarla teşkil olunan bir vezne mevcudundan yardım edilmektedir.

Kanun, yine cemiyetin müdafaası gayesine istinaden, fikrî ve manevî kıymetlerle de iştigal etmekte ve herkesi bunlara karşı hürmete mecbur etmektedir. Devlet, kendi resmî dinini ve dinî hislerin kudsiyetini beyan ederek « herkim papaslara, dinî âbidelere, katolik dini mucibince icra kılınan - velev hususî olsun - dinî merasime hakaret ederse... » demek suretile müeyyide vazetmiştir. Kanun ahlakî bir cephe de arzetmektedir. İçtimaî ve ahlâkî bakımdan bir hususiyeti bulunan hâdiseleri cezayı hafifleten sebeplerden saydığı halde bunun aksini, yani cemiyet ve ahlâk noktasından merdud olan fiilleri de müşeddit bir sebep olarak kabul etmiştir.

İçtimaî hayatın nüvesini teşkil eden aile, kanunun, hususî bir himaye mevzuunu teşkil etmiştir. İkinci kitabın onbirinci babı aileye ve aile ahlâkına taallûk eden cürümlere inhisar ettirilmiştir. Ailenin terkedilmesi hali, yepyeni bir cürüm olarak ortaya atılmıştır. Zina ve nikâhsız kadın kullanmak hallerini, müstesna bir şiddetle cezalandırmakta, evli bir adam tarafından izdivaç vaadile yapılan iğfalleri müstakil bir cürüm addetmektedir.

Müstehcen neşriyata karşı çetin bir mücadele açılmıştır. Buna mukabil namus ve haysiyeti vikaye için işlenen, çocuk itlâfı, çocuk ıskatı, gayri meşru münasebetlerin meşhuden ikaı sırasında işlenen katil gibi bazı suçlarda cezayı tahfif sebepleri mevcuttur.

1889 kanununda olduğu gibi bu kanun da, düelloyu men' ve tecrim etmektedir. Fazla olarak, eşhas arasındaki haysiyeti ihlâl edecek ef'ali halletmek üzere, adlî mahiyeti haiz olmayan, Şeref jurisi « Jury d'homeur » namile bir müessese meydana getirilmiştir.

Kezalik kanun, sahası dahiline yeni yeni cürümler almıştır. Hile ikaı ile borcunu ödemekten aciz göstermek, sigorta işlerinde veya idarî, hukukî muamelâtta hile istimali, kendi kendisine iftira ederek mücrimiyetini isbat gibi fiiller birer cürüm addolunduğu gibi avukatların müekkiline sadakat göstermiyerek yaptıkları müdafaalar, fennî müesseselerin hakikati söylememeleri gibi ef'al de ceza müeyyidesini havi birer suç sayılmışlardır. Faşist idaresinin esaslı prensiplerinden birisi de, devlet idaresi dahilinde sıkı bir intizam temini icraî ve adlî kuvvet mümessillerine mutlak bir itaat temini hususudur. İktidar mevkiinin hangi derecesinde bulunursa bulunsun,

âmme hizmetlerini görmek işini üzerine almış olânlarla bir işi görenler ve ya avukat, vekil gibi, âmme hizmetini dolayısile ifa eden meslek sahipleri de devlet memurları gibi addolunurlar. Kanun, devlet memurlarile bu nevi evsafı haiz olanlara da hususî vezaif tahmil etmekte ve bu vazifeyi ihlâl edenler hakkında da şiddetli ahkâm vazetmektedir.

*
* *

Faşizmin ve (Duçe) [8] nin meşgaleleri arasında nufus ihsaiyatının nasıl büyük bir mevki işgal ettiği malûmdur. Yeni italyanın manevî ve maddî sıhhatile o derece meşgul olmuştur ki, kanun sıhhat ve ırkın masuniyetine karşı işlenen cürümlere mahsus olmak üzere tamamen yepyeni bir fasıl açmaktadır. Bu fasılda, nufusun artmasına mâni olan ve tehlikeli fenalıklar tevlit eden fiillerin zecir ve tenkili için müeyyideler konmuştur.

Kanun, diğer bir bakımdan da, maktulün rızasını istihsal ederek icra olunan katil ef'alini, intihara teşvik gibi fiilleri de göz önüne almıştır. Gerçi bunlar, eski kanunda da vardır, ancak yeni kanun daha sarih ve daha kat'î bir surette tesbit etmiştir.

*
* *

Kanun, faşizm idaresinin içtimaî bir vazife telâkki ederek bilhassa üzerinde tevakkuf ettiği ve kendisine mahsus imtiyazları, hususî hâkimleri, cemiyetleri bulunan iktisadî, ziraî, ticarî ve mülkiyete ait menfaatleri de geniş mikyasta himaye etmektedir. Grev, mesainin tâtili, sabotaj, boykotaj ve saire gibi, muzur olan her nevi fiiller, kanunun gözünden uzak tutulmamıştır. Bütün bunları anlamak için kanuna bir göz atmak kâfidir.

*
* *

Kanunlar, ne kadar ince ve uzağı görür bir tarzda yapılmış olurlarsa olsunlar, kıymetlerini ancak tatbikat sahasında gösterirler. Bu münasebetledir ki, Adliye nazırı Rocco İtalyan hükkâmının, asîl vicdanına, ve vatanseverliğine müracaat etti. Temyiz mahkemesi, bu müracaate terceman olarak, yeni kanunların kendilerine tahmil ettiği vazifeleri, derin bir vazife hissi ile ifa edeceğini beyan etti. Adalet müessesesinin teşviş edici, ilcaî bir uzvu olan jüriye gelince: Bu müessese 28 Mayıs 1931 tarihli

[8] Duce İtalyanların Musuliniye verdikleri addır. Lâtince Dux kelimesinden gelmektedir, ki reis; kumandan manasını ifade eder. Netekim Venedik Cumhur reislerine de "Doge„ derlerdi ki ; bu da aynı asıldan geliyor. (çeviren)

212

bir kararname ile ortadan kaldırıldı. Teşkilâtı bu suretle değiştirilen cinayet mahkemeleri, bir İtalyan muharririnin haklı olarak dediği gibi, ceza kanununun «asıl cürüm» mefhumu üzerine olan tesirini takviye etmiş bulunacaktır.

***

Yeni kanuna atfedilen bu seri bakış her ne kadar kâfi değilse de, yine şöyle bir netice çıkarabiliriz: 1 Temmuz 1931 den itibaren mer'iyet mevkiine geçerek ceza müesseselerine tevdi edilen ceza, ceza usulü muhakemeleri kanunlarile muaddel Emniyeti umumiye kanunu ve yeni yapılan cezaların infazı sistemi hakkındaki nizamname gibi külliyat, yalnız asrî hukuk telâkkilerinin yüksek bir tezahürü halinde kalmamış, İtalyayı ileriye doğru götüren bir emniyet zamânı mahiyetini de göstermiştir.

Yeni İtalya ceza kanunu ilmî, sistemi, kuvvetli irtibatı, ahlakî kıymeti ve yüksek salâbeti ile ceza hukukunun bir vatanı olan İtalyaya lâyık bir kanundur. Bu kanunun İtalya ceza mevzuatında yeni bir devir açtığı iddia olunabilir.

Türkçeye çeviren
Baha Arıkan
Adliye Müfettişi

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

HAMDİ

Adana Hukuk Hâkimi

Öldü. Meslek, kıymetli bir uzvundan, kendisini tanıyanlar vefakâr bir arkadaştan mahrum kaldılar. Yirmi senelik memuriyet hayatı, vazife bağlılığının güzel ve temiz bir misalidir. Çalışkandı. Çıkan eserleri okur ve anlardı. Onun nazarında her dava içtimaî bakımdan tetkike değer bir mevzudu. Hâkimlik, merhum için halkın haklarını koruyan bir makam demekti. Bu itibarla vazife gördüğü yerlerde kendisini hem sevdirmiş, hem de saydırmıştı. İş başında çok ciddî idi. Fakat hususiyetinde fazla bir tevazu hâkim olurdu. Çukurova halkı bu değerli hâkime emsalsiz bir cenaze merasimi yaptılar.

Ahmed Hamdi Bekir Ağa namında birinin oğlu idi. Elbistanda 1302 de doğdu. İlk ve orta tahsilini orada yapdıktan sonra Kuzzat mektebinde okudu.Birinci teşrin 329 dan mayıs 1340 tarihine kadar Keban ve Hakkâri kadılıklarında bulundu. Mayıs 340 tan 929 senesi martına kadar muhtelif yerlerde reislik, azalık ve hâkimlik etti. Son memuriyetine 11 mart 929 da tayin olunmuştu.

Ölümü 6 şubat 1935 dir.

* * *

Adliye Ceridesi merhumun ailesine ve arkadaşlarına taziyetlerini bildirir.

274

KÜÇÜK DUYUKLAR:

Temyiz mahkemesinin birinci ve ikinci kânun ayları zarfındaki faaliyeti hakkında, merkez bürosundan, aşağıda yazılı malûmat alınmıştır.

Birinci kânun ayı içerisinde, temyiz mahkemesince 1017 hâkimin kararı tetkik olunmuştur. 104 hâkime ait karar yüzde yüz, tasdik olunmuş, 120 hâkimin kararı yüzde 01 ilâ 25, 388 hâkimin kararı yüzde 26 ilâ 50 284 hâkimin kararı yüzde 51 ilâ 75, 157 hâkimin kararı ise yüzde 76 ilâ 100 nisbetinde bozulmuştur. Bu ayın bozma nisbeti, umumî vasatiye göre, % 46,28 dir.

İkinci kânun ayı içerisinde 906 hâkime ait karar tetkik olunmuş, 110 hâkime ait karar yüzde yüz nisbetinde tasdik edilmiştir. 88 hâkimin kararı, yüzde 1 ilâ 25, 290 hâkimin kararı yüzde 26 ilâ 50, 249 hâkimin kararı yüzde 51 ilâ 75, 169 hâkimin kararı ise yüzde 76 ilâ 100 nisbetinde bozulmuştur.

Bu ayın umumî bozma nisbeti % 50,49 dur.

*
* *

Vekâlette teşekkül eden ilmî hey'etin, Türk hukuk tarihine ait vesikaları neşretmesi hakkında onaylanan mütaleaname suretini bu nushamızda neşrediyoruz. Basılacak olan eserin satış ve dağıtış usulleri hakkında gelecek nushamızda malûmat vereceğiz.

*
* *

Vekâletin hapıshaneler işile ne derece ehemmiyetle alâkadar olduğu malûmdur, işte yine bu husus içindir, ki, yapı polları hasılatının en faydalı bir surette sarfını temin ve asrî hapishane inşaatile, bu hapishanelerde tatbik edilen ceza sistemlerini tetkik etmek üzre bir arkadaşımızı avrupaya izam etmiştir.

Cumhuriyet rejiminin feyizli semerelerinden birisi olan hapishane siya-

setinin, yakın zamanda lâyık olduğu inkişafı bulacağını ve Türkiyenin bu hususta da, en asrî devletlerle boy ölçüşebileceğini, şimdiden kuvvetle umabiliriz.

YENİ KİTAPLAR:

HAK VE BORÇLARIMIZ

Yazan : Uzun köprü hâkimi M. İmran Edirne vilâyet matbaası.

Üç yüz küsur sahifeden ibaret olan bu eser halka ve köylüye hukuk Mefhumunu anlatmak için yazılmıştır. Açık bir ifade ile, mevzuu kolayca anlatmak için umumî hayatın cereyanlarından alınan basit misaller bu kitabın farik bir hususiyetini teşkil eder.

Amelî hayatta herkes için lâzım olan bilğiyi bu kitapta bulmak ve tesadüf edilen güçlüğü gidermek mümkündür. Bilhassa sonundaki arama cetveli herhangi bir ihtiyacı kolaylaştıracak şekilde yapılmıştır. Bu faydalı yazısından dolayı müellifi tebrik eder ve eseri Adliye müntesiplerine tavsiye eyleriz.

216