

TİCARİ İŞ KAVRAMI, SINIRLANDIRILMASI VE FAİZ MESELESİ

Kürşat GÖKTÜRK*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nda hangi işlerin ticari nitelik taşıdığı tayin edilmiş ve ticari işlere önemli bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun konu ile ilgili düzenlemeleri kapsamında, ticari işlerin çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılması mümkündür. Bu sınıflandırmaya dayalı olarak, ticari işin kapsamının Türk Ticaret Kanunu tarafından aynı zamanda sınırlandırıldığı yönünde bir tespit yapılması mümkündür. Tüketici hukukuna ilişkin mevzuattaki düzenlemeler de benzer sınırlama eğilimini göstermektedir. Özellikle bu son durum öğreti ve uygulamada faize ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu makalede ağırlıklı olarak ticari iş kavramının kapsamı ve sınırları belirlenmeye çalışılarak, faize ilişkin sorun hakkında değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Ticaret hukuku, Ticari iş, tacir, tüketici, faiz oranı

MERCANTILE TRANSACTION AND ITS DELIMITATION

ABSTRACT

Mercantile nature of transactions were determined by Turkish Commercial Code and this nature of transaction entails some important legal consequences. Mercantile transactions can be classified according to the provisions of Turkish Commercial Code which relevant to this topic. Based on this classification, it's possible to say that, the scope of mercantile transactions were limited by Turkish Commercial Code. Consumer law regulations also show a similar limitation trend. Especially this aim raise a dabate about interest rates. In this essay, it's tried to determine the scope of mercantile transactions and by this way, on issues relating to interest rates were discussed.

Keywords: Commercial law, mercantile transaction, merchant, consumer, interest rate

* Yardımcı Doçent, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

I. TİCARET HUKUKU VE UYGULAMA ALANININ TAYİNİ

Ticaret hukukunun, özel hukukun müstakil bir dalı olarak ortaya çıkışı ve uygulama alanının tayini sorunu, tarihi gelişim sürecinin mahsulüdür¹. Ticari faaliyetlerde bulunanların ihtiyaç duyduğu hukuk kurallarının oluşumu, ilk etapta ticari faaliyetleri yürüten ve tacir olarak nitelendirilen küçük bir grubun özel bir hukuki rejime tabi olmasını beraberinde getirmiştir. Bu bakımdan bir branş olarak ticaret hukukunun öncelikle “tacirlerin hukuku” olarak şekillendiğini söylemek, yanlış bir yaklaşım olmayacaktır². Ticari sahanın hukuki açıdan müşterek bir nizama tabi tutulmasında, tarihi gelişim sürecindeki bu durum bazı devletler tarafından kanun yapım sürecinde temel hareket noktası olarak kabul edilmiş ve ticaret hukuku, tacirlerin esas alındığı bir sistemle şekillendirilmiştir³.

Ticaret hukuku, tacirlerin hukuku olarak ortaya çıkmakla birlikte, zamanla ticaret hukukunun şekillenmesinde subjektif unsur olan taraf değil, objektif unsur olan ticari işlemler esas alınmak suretiyle ticaret hukukunun uygulama alanını belirleme eğilimi ortaya çıkmıştır⁴. Objektif sistem olarak anılan bu yaklaşımda, ticari olarak nitelendirilen muamelelerin ortak bir nizama tabi tutulması hedeflenmiştir. Bu faaliyetlerin süreklilik taşımaksızın icrası dahi, yapılan işe ticari nitelik vermektedir. Objektif sistemin sosyolojik açıdan sağlamış olduğu önemli bir avantaj, toplumun özel hukuki rejime tabi olduğu sınıflar şeklinde ayrışmasının önüne geçmesinde kendisini gösterir⁵.

Ticaret hukukunun hangi sahada uygulanacağını belirlenmesinde kronolojik olarak daha sonraki dönemde ortaya çıkması nedeniyle “modern sistem” olarak isimlendirilen bir diğer yaklaşımda⁶, ticaret hayatının bir

¹ Tespit ve konunun örnekleriyle izahı için bkz. *Cosack*, K.: *Lehrbuch des Handelsrechts*, Stuttgart, 1895, s. 5 ff.; Ticaret hukukunun tarihi gelişimi hakkında bkz. *Poroy/Yasaman*, H.: *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 5 vd.

² Bkz. *Cosack*, s. 6 ff.; *Arslanlı*, H.: *Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, İstanbul, 1960, s. 3; *Karayalçın*, Y.: *Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş-Ticari İşletme*, Ankara, 1968, s. 69, 94 vd.; *Poroy/Yasaman*, s. 7 vd; *Arkan*, S.: *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2012, s. 3; *Ayhan*, R./*Özdamar*, M./*Çağlar*, H., *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, s. 52; Ayrıca bkz. *Ülgen*, H. (*Ülgen*, H./*Helvacı*, M./*Kendigelen*, A./*Kaya*, A./*Nomer Ertan*, F.N.), *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 6;

³ *Arslanlı*, s. 4 vd.; *Arkan*, s. 4; *Bilgili*, F./*Demirkapı*, E.: *Ticari İşletme Hukuku*, Bursa, 2014, s. 4

⁴ *Poroy/Yasaman*, s. 9; *Bilgili/Demirkapı*, s. 4

⁵ Bkz. *Arkan*, s. 4; *Bilgili/Demirkapı*, s. 4

⁶ *Arkan*, s. 5; Sistemin ortaya çıkış nedenleri hakkındaki açıklamalar için bkz. *Karayalçın*, s. 71 vd.

organizasyon içerisinde icra edilmesi gerçeğinden hareket edilmektedir. Modern sistem, her iki sisteme nazaran avantajlar içermektedir. Subjektif sisteme nazaran avantajı, bu sistemin esas aldığı ticaret hayatına yön veren tacir kavramının, hukuki açıdan ticaretin sebebi değil, sonucu olmasında kendisini gösterir. Başka bir ifadeyle tacir, belirli bir organizasyon içerisinde ticari faaliyetlerde bulunan şahıs olduğuna göre, tacir kavramı hukuken asli nitelik arz etmeyip, bu organizasyona bağlı olarak ortaya çıkan, tali nitelik arz eden bir kavramdır. Bu nedenle ticaret hayatının asli unsuru esas alınmak suretiyle uygulanacak hukuk sahasının belirlenmesi, daha isabetli bir çözüm tarzıdır⁷. Objektif sisteme nazaran avantajı ise, ticaret hayatının sürekli gelişimi ve bu sahadaki faaliyetlerin tahdidi şekilde sayımının fiilen mümkün olmamasında kendisini gösterir. Bu tür faaliyetler zaten gelir sağlama hedefi çerçevesinde ortaya çıkan daimi bir organizasyon çerçevesinde icra edilen faaliyetlerdir. Bunların tek tek sayımı fiilen mümkün olmadığı gibi, bu şekilde yapılan bir sınırlama, uygulamanın ihtiyaçlarını gidermeyi sağlayacak pratik bir faydayı da haiz değildir.

Ticari iş kavramı, ticaret hukukunun tarihi gelişim sürecindeki şekillenişinde tacir ve ticari hükümlerle birlikte temel önemi haiz kavramlardan biridir. Ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesine ilişkin teoriler, ticari iş kavramının içeriğinin belirlenmesinde de temel önemi haizdir. Bu nedenle ticari iş kavramının kapsamının belirlenmesi, ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesine ilişkin teorilerden müstakil olarak ele alınamaz⁸. Türk ticaret hukukunda da, teorilerin ticari iş kavramının belirlenmesindeki önemi, bu güne değin yürürlüğe giren ticaret kanunlarındaki yaklaşımlar dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir. Ancak bu konuya geçmeden önce, “ticari iş”in kavramsal çerçevesinin çizilmesi yararlı olacaktır.

⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), Devre X, İçtima 2, SS.198, s. 13 (Bundan sonra Gereke TTK¹⁹⁵⁷ olarak kısaltılacaktır). Gerekenin aynı sayfasında, objektif kriterin de ticari işletme esas karşısında tali nitelik arzettiği vurgulanmaktadır.

⁸ Bkz. *Cosack*, s. 24 ff.

II. TÜRK HUKUKUNDA TİCARİ İŞ KAVRAMI

Ticari iş, Türk hukukunda hem günlük⁹ hem de teknik¹⁰ anlamda kullanılan bir kavramdır. Günlük konuşma anlamıyla ticari iş kavramının çerçevesini belirleyen sarıh bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, mevzuattaki bazı hükümlerden yola çıkılarak, ticari amaçla gerçekleştirilen faaliyetlerin bu kapsamda olduğu kabul edilebilecektir. Bu anlamıyla, “kazanç sağlamaya yönelik faaliyetler”in ticari iş olarak nitelendirilmesi mümkündür¹¹. İktisadi bakımdan ticaret, üretim-tüketim arasındaki değişim faaliyetleri olarak nitelendirildiğinde¹², faaliyetlerin kazanç amaçlı olarak gerçekleştirilmesi durumunda, ticari olduğunu kabul etmek gereklidir. Faaliyeti kimin gerçekleştirdiği, ticari bir işletmenin mevcut olup olmadığı, faaliyetin işlem ya da eylem şeklinde ortaya çıkıp çıkmadığı gibi hususlar, işin günlük anlamda ticari bir iş olarak nitelendirilmesi bakımından –kural olarak– önem taşımamaktadır. Pozitif hukukta kavramın bu anlamdaki kullanımına ilişkin çeşitli örneklere tesadüf edilmesi mümkündür¹³.

⁹ Günlük konuşma dilindeki anlamıyla ticari iş, kavramın hukuki olmayan manasını ifade etmektedir. Ancak istisnai olarak, ticari işin günlük konuşma anlamına hukuki bir vasıf da verilmektedir. Bu yönüyle, ticari işin günlük ve teknik anlamları, her ikisi de hukuki olan anlamlardır. Burada günlük-teknik ayrımı yerine, geniş-dar anlamda ticari iş ayrımı, bir tercih kriteri olarak akla gelmekle birlikte, teknik anlamıyla ticari işin, günlük anlamda ticari olmaması ihtimali nedeniyle, geniş-dar anlamda ticari iş tabiri yerine, yukarıda belirtilen şekilde ayırım yapılmasının daha isabetli olacağı düşünülmüştür. Keza öğretilde ticaretin, hukuki ve iktisadi anlamlarına yapılan vurgu nedeniyle (bkz. çoğu yerine *Arslanlı*, s. 2, 7), iktisadi-hukuki anlamda ticari iş ayrımının da kavramsal olarak kullanımının isabetli olduğu düşünülebilir. Ancak mevzuatta “ticari iş”in iktisadi anlamdaki kullanımlarının bulunması nedeniyle, kavram hukuki boyut da kazandığından, tasnif aracı olarak bu kullanımdan da kaçınılmıştır.

¹⁰ Hukuki bir kavram için, “teknik anlamda” ibaresinin kullanılması yadırganabilir. Ancak Türk pozitif hukukunda hukuki bir kavramın bu özelliğine vurgu için “teknik terim” ibaresinin kullanılıyor olması nedeniyle (bkz. TTK m. 136/1), yukarıdaki şekilde terim tercihinde bulunulmuştur.

¹¹ Ticari işin günlük anlamıyla kullanımına yargı kararlarında da tesadüf etmek mümkündür. Mesela “...*Gerçekte de Ticaret Kanununda öngörölmüş işler hukuki yapıları itibariyle ister ticari iş niteliğinde olsun, ister olmasınlar, Ticaret Kanununda düzenlendikleri için ticari iş-tirler...*” cümlesinde bahsi geçen ilk “ticari iş” kavramının, günlük anlamıyla kullanıldığını kabul etmek gerekir. Bkz. HGK 17.02.1999, E. 1999/19-73 K. 1999/106 sayılı ilamı (Kaynak: Corpus içtihat programı).

¹² *Karayalçın*, s. 67

¹³ Örnek olarak bkz. 6102 s. K m. 230/1, 396/1, 5174 s. K m. 9/4; 6098 s. K m. 57/3; 1136 s. K m. 44/I. Açıkça “ticari iş” kavramı kullanılmaksızın, bu anlama yönelik örnek için bkz. 5684 s. K m. 23/10; Mülga 5584 s. K m. 60; 4922 s. K m. 4/3; 834 s. K m. 1/1; 5996 s. K m. 15/10, 34/11, 41/1,i; 5607 s. K m. 3/11; 6502 s. K m. 6/3

Ticari iş kavramının teknik anlamı, kendisine nitelikli hükümlerin tatbik edildiği özel bir hukuki statüyü ifade etmektedir. Bu bakımdan ticari iş, “kazanç sağlama amacı” gibi geniş bir kriterle niteliğinin belirlenmesi mümkün olmayan, kanun koyucunun müdahalesi suretiyle içeriği şekillenen, muhtevası önceden tayin edilmiş işlem ve davranışları kapsamaktadır¹⁴.

İnceleme konumuzu teşkil eden teknik anlamda ticari iş kavramının kapsamına hangi işlerin girdiği hususunda Türk Ticaret Kanunu’nun 3 ve 19’uncu maddelerinden istifade edilmektedir. Anılan hükümler tetkik edildiğinde, bir işin ticari olup olmadığının belirlenmesinde genel olarak üç kriterden hareket edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen işler, ticari işletmeyi ilgilendiren işler ve tacirin borçları¹⁵, işin teknik anlamda ticari nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemek bakımından dikkate alınması gereken kriterlerdir (TTK m. 3, 19).

Pozitif hukukta “ticari iş” teriminin kullanıldığı münferit hükümlerde, kavramın hangi anlamı taşıdığıının belirlenmesi bakımından kesin bir ölçüt bulunmamakla birlikte, ilgili düzenlemenin lafzı ve gayesi dikkate alınmak suretiyle bu anlamlardan hangisinin kastedildiğinin tespit edilmesi mümkündür. Bu çerçevede, kullanılan kavramla kazanç gayesinin ön plana çıkarılması durumunda, kavramın teknik anlamda kullanılmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu tespit, özellikle teknik anlamda ticari işlerin tabi olduğu hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁶.

¹⁴ Öğretide bu anlamıyla ticari işin, iktisadi anlamda ticari işten daha geniş bir muhtevaya sahip olduğu, zira sadece mal değişim faaliyetlerinin değil, özellikle üretim ve tüketim safhalarının da ticari nitelik taşıdığı vurgulanmaktadır. Bkz. *Karayalçın*, s. 67, 69

¹⁵ Tacirin borçlarına ilişkin düzenlemenin farklı işlevleri hakkında aşağıda III-B-1-b-aa başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

¹⁶ Ticari işlerin tabi olduğu hükümler bakımından, Türk Ticaret Kanunu’nun 1’inci maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemede geçen “ticari iş” kavramı, 865 sayılı Ticaret Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, “ticari mesail-ticari meseleler” şeklinde ifade edilmiş, kavramın kapsamı ve “ticari muamele” terimi ile olan ilişkisi bakımından öğretide tartışmalar yaşanmıştır (Öğretide konu hakkındaki görüşler için *Hirş*, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, s. 50 ve devamında yer alan açıklamalara bakınız). Meri kanunun 1’inci maddesinde yer alan “ticari iş” kavramının, teknik anlamda “ticari iş” kavramı ile uyumlu olup olmadığı konusunun halen tartışmaya açık olduğu şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, konu hakkındaki tartışmaları sonlandıracak bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira 6762 sayılı kanun, bir taraftan ticari mesail-mukavele-muamele-mevad gibi farklı terim tercihleri yerine müşterek bir kavram olarak “ticari iş” terimini tercih etmiş, başkaca kanunlarda bulunabilecek bu tür ibarelerin “ticari iş” olarak değerlendirileceğine yönelik özel bir hükme yer vermiş (TTK m. 1462), diğer taraftan ticari iş kavramının tanımında temel hareket noktası olarak ticari işletme ile ilgili bütün muamele, fiil ve işleri esas almak suretiyle, 865 sayılı Ticaret Kanunu’nda yer alan “ticari muamele”

Kavram, her iki anlamı bakımından tetkik edildiğinde, günlük konuşmadaki anlamıyla ticari nitelik taşıyan bir işin, teknik anlamda ticari nitelik taşıması mümkündür. Bu sonuç, teknik anlamda ticari iş kapsamına giren işlem ve fiillerin kanunen tahdit edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda ise günlük ve teknik anlamda ticari iş kavramları örtüşmektedir¹⁷. Ancak ticari işin günlük konuşma anlamının, teknik anlamdaki ticari işlerin tamamını kapsadığı gibi bir sonuca da varılamaz. Başka bir deyişle, teknik anlamda ticari nitelik taşıyan işlerin hepsi, aynı zamanda günlük anlamda ticari iş niteliği taşımaz. Buna örnek olarak, herhangi bir ticari faaliyeti bulunmayan iki memurdan birinin diğerine olan borcu sebebiyle bono düzenlemesi gösterilebilir¹⁸. Bahsi geçen örnekte, kazanç sağlama amaçlı bir iş bulunmamasına rağmen, teknik anlamda ticari işin varlığı kabul edilmektedir.

Mevzuatta teknik anlamda ticari iş kapsamına giren bazı işlem ya da fiillerin kapsamı daraltılmak suretiyle daha özel bazı hükümlere de tesadüf etmek mümkündür¹⁹. Bu tür hükümler, ticari iş olmanın genel sonuçlarından ziyade, ilgili düzenlemede somutlaştırılmış işlem ya da fiile ilişkin özel hükümleri ifade etmektedir. Bu bakımdan ilgili özel sonuçların, ticari iş olmanın genel hükümleri kapsamında değerlendirilmesi ya da teknik anlamda ticari işin özel bir türü olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

III. TEKNİK ANLAMDA TİCARİ İŞ

Teknik anlamda ticari iş, Türk Ticaret Kanunu'nda belirlenen kriterleri taşıyan işlerdir (bkz. TTK⁶¹⁰² m. 3,19). Bu tür işlerin, ticaret kanunlarındaki gelişim sürecinin tetkiki, kriterlerin kapsamının tayini ve buna bağlı sonuçların değerlendirilmesi için önemlidir.

kavramının kapsamını(865 s. K m. 15-25), son derece genişletmiştir. Bu nedenle, kanunun 1'inci ve 3'üncü maddesinde yer alan ticari iş kavramlarının aynı kapsamda olduğunun kabulü gereklidir. Öğretide de her iki kavramın müşterek olduğu kabul edilmektedir. Bkz. *Arslanlı*, s. 15. Hatta yazar anılan sayfada, TTK m. 1 uyarınca, ticari işlerde ticari hükümlerin uygulanmasını ve bu hükümlerin de ticari işle aynı kapsamda mükerrer tanzimini tenkitle, TTK m. 1 ve 3'deki düzenlemelerden birinin zait olduğunu vurgulamaktadır.

¹⁷ Mesela yukarıda 13 numaralı dipnotta 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerde, ticari iş kavramının günlük anlamıyla kullanıldığı belirtilmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, aynı zamanda dar anlamda ticari iş niteliği taşıdığından (TTK m. 3), belirtilen maddelerde işin kazanç sağlama gayesine ilişkin anlamına vurgu yapılmakla birlikte, bu işler aynı zamanda teknik anlamda ticari niteliğe sahiptir.

¹⁸ Benzer örnek için bkz. YİBGK. 1947/15 E. 1947/22 K. sayılı ilamı

¹⁹ Örnek olarak bkz. 6098 s. K m. 263/son, 272; 6102 s. K. m. 1530/3 vd.

1. Tarihi Gelişim Süreci

Teknik anlamda ticari iş kavramının hukukumuzdaki gelişim süreci, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ve zeyillerinin yürürlükte olduğu dönemden başlatılabilir²⁰. Ancak müstakil bir kavram olarak ticari muamele ve ticari iş, Cumhuriyet dönemi kanunlarında önem kazanmış ve farklı bazı hukuki sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu nedenle tarihi gelişim sürecinin Cumhuriyet dönemi kanunlarıyla sınırlı tutulması isabetli olacaktır²¹.

A. 865 Sayılı Ticaret Kanunu Dönemi

Ticari iş²² kavramı çerçevesinde 865 sayılı Ticaret Kanunu²³ hükümleri tetkik edildiğinde, bu terim esas alınarak özel bir sistem oluşturulmadığı tespiti yapılmakla birlikte, kanunun ticari mahiyetteki olay ve işlemlere kayıtsız kaldığı da söylenemez. Nitekim kanunun muhtelif maddelerinde ticari muamele (muamelatı ticariye), ticarete ilişkin muamele (ticarete müteallik muamele), mevaddı ticariye (ticari husus-iş), mesaili ticariye (ticari meseleler), ticari husus gibi muhtelif kavramlara yer verilmiştir²⁴.

Bahsi geçen kavramlardan “muamelatı ticariye” olarak nitelendirilenler, diğerlerine nazaran daha sistemli tarzda tanzim edilmiştir. Bu çerçevede, kanunun özel bir faslı bu muamelelere ilişkin hükümler ihtiva etmektedir (bkz. m. 15-25). Öğretide ticari muamelelere ilişkin bu hükümleri tanziminde, esas itibarıyla Fransız teorisinin etkisi altında kalındığı vurgulanmaktadır²⁵. 865 sayılı Kanun’da ticari muamele, meri kanundaki ticari iş kavramı ile tam olarak örtüşmemek ve ticari işlerin sadece cüzi bir kısmını teşkil etmekle birlikte, meri ticaret kanununun ticari işlere dair düzenlemeleri açısından önem arz etmekte ve tetkiki yarar taşımaktadır.

²⁰ Bkz. *Hirş*, E.: Ticaret Kanununun Islahı Hakkında Fikirlerim, İÜHFİM, C. 3, 1937, s. 482; Kanun metni ve zeyiller için bkz. *Gürzumar*, F./*Gürzumar*, T./*Berki*, A.H.: Kaanunname-i Ticâret ve Zeyilleri, Ankara, 1962. Ticari işlerle ilgili olarak özellikle bkz. s. 115 vd.

²¹ 865 ve 6762 sayılı kanunlarla ilgili tarihi gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Karayağcın*, s. 98 vd.

²² 865 sayılı TK döneminde ticari iş kavramının muadili ve benzerleri ile ilgili değerlendirmeler hakkında bkz. *Hirş*, s. 39 vd.

²³ RG. (Resmi Ceride) 28.06.1926 Sa. 406; Kanuni tasnif sistemi niteliği taşımamakla birlikte, Fransız içtihat ve öğretisinde doğası gereği ticari iş, şekli sebebiyle ticari iş ve tamamlayıcı ticari iş şeklinde ayırım yapıldığı hakkında bkz. s. *Sonnenberger*, H.J./*Schweinberger*, E.: Einführung in das französische Recht, Darmstadt, 1986, s. 128 f.

²⁴ Örnek olarak bkz. m. 1, 2, 9,11,15-25, 41, 71, 72, 75, 81, 680, 682, 845. Bahsedilen ve başkaca kavramların benzer anlama gelecek şekilde kullanıldığı yönünde bkz. *Hirş*, s. 39

²⁵ *Hirş*, s. 39, 40. Kanunun ticari işlerle ilgili esas kısmı olarak mütalaa edilebilecek olan 15-25’inci maddeleri bakımından, Fransız ve eski İtalyan ticaret kanunlarının örnek alındığı *Hirş* tarafından anılan sayfalarda vurgulanmaktadır.

Kanunda farklı maddelerde düzenlenilen ticari muameleler, öğretilerde üçlü bir tasnif kapsamında incelenmiştir. Bu kapsamda ticari iş, mutlak, nisbi ve fer'i olmak üzere üç başlık altında sistematize edilebilir²⁶.

Mutlak ticari işler, kanunen sırf kendilerine bu vasıf izafe edildiği, yapılan iş için tarafların kâr elde etme niyeti ya da tacir sıfatı gibi başkaca herhangi bir özelliğin aranmadığı ticari işlerdir (825 s. K. m. 21). Komisyonculuk, tellallık, banka işlemleri, cari hesap gibi çeşitli işlem ve faaliyetler, başkaca herhangi bir vasıf aramaksızın ticari olarak kabul edilmiştir.

Nisbi ticari işler kapsamında mütalaa edilen işlere bu niteliği veren ise, tarafların sıfat, niyet ve faaliyet yoğunluğudur. Bazen bizatihi tacir sıfatı, işin ticari nitelik kazanması için yeterli görülmüştür. Mesela tacirin akit ve borcunun –kural olarak- ticari olacağına dair kanunun 22'nci maddesinde yer alan hüküm bu kabildendir²⁷. Tacir sıfatına sahip olsun ya da olmasın, kâr amacıyla gerçekleştirilen alım ya da kira işlemleri ise tarafların niyetine göre işin ticari nitelik kazanmasına örnek teşkil etmektedir (m. 15-18). Bir çiftçinin ya da maden sahibinin ürünlerini satışı adi nitelikte iş olmasına rağmen, üçüncü şahıslara satış için daimi nitelikte bir işletme kurması halinde, faaliyetin yoğunluğu işe ticari vasıf vermektedir (m. 19).

Ticari işler öğretilerde bu şekilde tasnif edilmekle birlikte, kapsamın bu şekilde tahdit olunmasından doğabilecek mahzurlar kanun koyucu tarafından dikkate alınmak suretiyle, mahiyeti itibarıyla bu işlere benzeyen işlerden doğan borçların da ticari işlerden sayılabileceği hüküm altına alınmış, öğretilerde de bu işlerin “makis” ticari iş olarak kabul edilebileceği vurgulanmıştır²⁸ (m. 24). Bunun yanında kanunun ticari işlere ilişkin faslında geçen işlerle bağlantılı olan ya da bunları kolaylaştıran işler de kanunen ticari işler arasında zikredilmiştir (m. 25).

B. 6762 – 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunları Dönemi

Yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticari iş hakkındaki tanım bağlamında yaklaşımları benzerdir. Bu nedenle ortak bir başlık altında incelenmeleri, sistematik olarak bir sakınca taşımamaktadır.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hirş*, s. 40; Kıstaslar hakkında değerlendirme için bkz. ayrıca *Arslanlı*, s. 5 vd.

²⁷ Bkz. *Hirş*, s. 40

²⁸ *Hirş*, s. 40

865 sayılı kanun döneminde ticari işler hakkında müşterek bir sistemin bulunmaması, ticari muamele kavramının, ticari iş kavramı ile tam olarak örtüşmemesi, kanunda benzer amacı ifade etmek için farklı terimlerin kullanılmış olması, ticaret kanunlarının tanziminde ticari işletme merkezli düzenleme yapılması ihtiyacı gibi çeşitli etkenlerin tesiriyle, ticari işler hakkında özel düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir²⁹.

6762 sayılı kanundaki düzenlemelerin temel özelliği, terim çatışmasından doğan belirsizlikleri belirli bir sistem dahilinde bertaraf etmek ve ticari işleri müşterek bir nizamata tabi kılmaktır.

Terim birliğinin sağlanması bağlamında, ortak bir kavram olarak “ticari iş” mefhumuna kanunda yer verilmiştir (m. 3). Terim birliğinin sadece Türk Ticaret Kanunu ile sınırlı değil, diğer kanunlar kapsamında da dikkate alınması, teori ve uygulamada doğabilecek tereddütleri bertaraf amacına matuftur (bkz. TTK¹⁹⁵⁷ m. 1462). Muamele (işlem) yerine “iş” kavramının kullanılması, sadece terminolojik değil, ticari sahanın adi saha karşısında muazzam şekilde genişlemesine yol açan politik bir tercihi de yansıtmaktadır³⁰. Zira artık sadece işlemler değil, deyim yerindeyse, mülga 865 tarihli kanun dönemindeki ticari meseleleri (865 s. K. m. 2) kapsayan oldukça geniş bir saha ticari olarak telakki edilmiştir³¹. Bu geniş saha ile ilişki tesisinde bağlantı noktası olarak, “ticari işletme” mefhumundan istifade edilmiştir³². Ticari işletmenin açık şekilde

²⁹ Bkz. TTK¹⁹⁵⁷ Gerekeç s. 9 vd.

³⁰ Yapılan bu tespit genel mahiyet arz edip, dar kapsamlı da olsa, mülga 865 sayılı kanunda “muamelat” adı altında, işlem niteliği taşımayan hususlara da yer verilmiştir. Bkz. 865 s. K. m. 20.

³¹ 6102 sayılı meri kanunda, ticari iş tanımında işlem ve fiil yanında “iş” tabirinin kullanılması totoloji mülahazasıyla eleştirilerek madde metninden çıkartılmıştır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem:23 YY: 2, SS: 96, s. 72 (Bundan sonra “TTK²⁰¹² Gerekeç” şeklinde kısaltılacaktır). 6762 sayılı kanun döneminde, muamele (muamelat) kavramına ikame olarak kullanılan ticari iş kavramın, işletmeyle ilgili her türlü hususu kapsadığına vurgu ve uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri bertaraf amacıyla anılan ibarenin kullanıldığı kanaatini taşımaktayız. Bu çerçevede ihmali olarak gerçekleşip ticari işletmeyle ilgili olan hususların da ticari olması, fiil kavramına dar (icrai) anlam yüklenmesi halinde de mümkün olmayacak idi. Kanun gerekçesindeki açıklamalar nazara alındığında, meri kanunda “iş” tabirinin madde metninden çıkarılmış olması, “fiil” tabirinin geniş manada yorumlanması amacı çerçevesinde anlaşılmalıdır.

³² Ticari işletmenin merkez kavram olarak benimsenmesi, kanunun modern sisteme dayalı şekillendiği değerlendirilmelerini beraberinde getirmektedir (bkz. TTK¹⁹⁵⁷ s. 9). 865 sayılı kanun ile eş zamanlı olarak yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’da ticari işletme merkezli hareket edildiği yönünde bkz. Hırş, s. 64. Yazar Ticaret Kanunu hakkında da “...Ticaret Kanununu vücade getirenler; acaba hangi esasa istinat etmişlerdir? Sathi bir tetkikle, kıstas olarak ticari işletmenin değil, “muamelâtı ticariyenin” intihap edildiği kabul olunabilir. Fakat bu görüş aldatıcıdır. Kanunu vücade getirenlerin, farkında olmayarak

hareket noktası olarak benimsenmesi, aynı zamanda kanunun uygulama alanının belirlenmesinde yararlanılan objektif teorinin doğurabileceği sınırlı sayım mahzurunu bertaraf etmekte ve ticarete hayatındaki gelişmenin gerektirdiği ihtiyacı karşılayabilecek dinamizmi sağlamaktadır.

6762 sayılı kanunun ticari işler hakkındaki bir diğer özelliği, ticari işlerin müşterek bir nizam altında toplanmasıdır. 865 sayılı kanun döneminde geçerli olan, farklı hükümlere tabi olan sözleşmeler anlayışı terkedilerek, sözleşmeler hakkında farklı düzenlemelere yer verilmemiş, ticari iş olmaya bağlanan ortak bazı sonuçlar tanzim edilmiştir. Bu sonuçların tanziminde kısmen mülga 865 sayılı Kanun'dan da istifade edilmesi, zaman zaman kanunun ticari iş tanımına yönelik genişleyici anlayışıyla, ticari muamelelerin dar kapsamından kaynaklanan çatışmaya da yol açmıştır³³.

2. Ticari İş Kriterleri Hakkında Sınıflandırma

Bir işin teknik anlamda ticari iş olarak nitelendirilmesi bakımından kanun koyucu çeşitli kriterlerden istifade etmektedir. Bu kriterler kapsamında mütalaa edilen işler, ticari mahiyet taşımaktadır. Kanunda öngörülen kriterlerin, çeşitli şekillerde sınıflandırılması mümkündür.

A. Kanuni Tasnif

Kanun sistemi esas alınarak yapılacak sınıflandırmaya göre, ticari işlerin iki grup şeklinde tasnif edilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, kanunun uygulama sahasını çizmeye yönelik ticari iş tanımı (TTK m. 3), diğeri ise tacir olmanın hükümleri bağlamında ortaya konulan ticari iş karanesi (TTK m. 19) çerçevesinde yapılacak sınıflandırmadır³⁴. Kanunun ticari iş karanesi olarak nitelendirdiği haller de kanun sistemi çerçevesinde iki grup içerisinde ele alınabilir. Bunlardan ilki tacirin borcu hakkındaki karinedir. Ticari iş karanesi bağlamında öngörülen bir diğer kriter, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerin diğer taraf için ticari olmasına dairdir. Esasında bu halde bir

işletme mefhumunu başa geçirdikleri aşağıdaki izahatlardan kolayca anlaşılacaktır" ifadelerini kullanmaktadır (s. 38 vd.).

³³ Mesela ticari iş tanımında, mülga 865 sayılı kanunun "ticari mesail" gibi işlem, fiil ve işleri kapsayan anlayışından istifade edilirken, diğer taraf için işin ticari addedilmesi sonucunu doğuran ticari iş karanesinde, mülga 865 sayılı kanunun "ticari muamele"lere dair 23'üncü maddesinden istifade edilmesi, sözleşme dışı ticari işler bakımından tereddütleri beraberinde getirmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. *Ayhan/Özdamar/Çağlar* s. 64 vd.; Ayrıca bkz. ve krş. HGK, 17.02.1999, E. 1999/19-73, K. 1999/106 ile HGK, 23.01.2002, E. 2002/4-12, K. 2002/6 sayılı kararları.

³⁴ Ülgen, (*Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan*), s. 64, 66.

ticari iş karinesinden ziyade, diğer taraf için işin ticari sayılıp sayılmayacağına ilişkin sorunun çözümüne yönelik bir karine mevcuttur³⁵. Bu yönüyle bir ticari iş kriterinden ziyade, ticari işe bağlanan bir sonuçtan bahsedilmesi daha isabetli görünmektedir. Ne var ki, işin diğer taraf hakkında ticari nitelik taşıyıp taşıyımaması bakımından belirleyici olduğundan, ticari iş kriteri olma fonksiyonunu da ifa etmektedir.

Ticari işlerin tanıma ve karineye dayalı olarak tasnifi, ticari işler bakımından kanuni tasnif şekli olarak kabul edilebilecektir. Aşağıda ilk etapta bu sınıflandırma dikkate alınarak açıklamalara yer verilmiştir.

a. Ticari İşler

Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile ticari iş kavramının kapsamı belirlenmiştir. Anılan madde uyarınca ticari işler iki başlık altında incelenebilir.

aa. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlar

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, ticari iştir (m. 3). Kanunun tayin ettiği bu kriter, herhangi bir kayıt ya da şarta bağlı olmaksızın işe ticari nitelik vermektedir³⁶. Ticaretle ilgili temel kanun olması münasebetiyle, kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'ndaki işleri ticari addettiği gibi bir değerlendirme yapılması mümkün olmakla birlikte, neden Türk Ticaret Kanunu'ndaki işlerin ticari kabul edildiği, tetkiki gereken bir meseledir.

Konu hakkında yapılması gereken ilk tespit, kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususları ticari iş olarak kabul etme nedeninin sarih olmadığıdır³⁷. Gerçi bilimsel ve yargısal içtihatlarda ticaret kanununda düzenlenen hususların neden ticari olduğu meselesi doğrudan ya da dolaylı olarak tetkik edilmiş ve müşterek neticelere ulaşılmışsa da, kanun koyucunun neden ticaret kanunundaki işleri ticari kabul ettiğine ilişkin sorunun, geçerliliğini koruduğunu kabul etmek gerekmektedir³⁸. Bu mesele ile

³⁵ Nitekim öğretide, kanunun 3'üncü maddesi yanında, ticari iş karinelerinden sadece tacirin borcuna dair karinenin işe ticari nitelik verdiği de haklı olarak belirtilmektedir. Zira karinelere ikincisi, zaten mevcut olan bir ticari işin, diğer taraf bakımından etkisini tayin etmektedir. Bkz. *Poroy/Yasaman*, s. 74

³⁶ *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 64

³⁷ Bkz. *Hirş*, s. 38

³⁸ Bir hususun hangi kanunda düzenleneceği hukuk politikasına ilişkin bir tercihin sonucudur. Hangi hususun hangi kanunda ya da kanunun hangi kısmında düzenleneceği, zaman zaman bir politikaya bağlı olarak değil, harici ve tesadüfi etkenlere ya da tasnif güçlüğüne veya başkaca koşullara bağlı olarak da belirlenebilmektedir. Bkz. *Hirş*, s. 38; *Hirş (1937)*, s. 447;

ilgili olarak öğretide *Hirş*, sorunun halli için Ticaret Kanununda düzenlenen muhtelif olayların tetkik edilmesi gerektiğini ve ancak bu tahlil sonrasında konu hakkında bir tespit yapılmasının mümkün olduğunu vurgulamaktadır³⁹. Müellif 865 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu bağlamında yaptığı tetkik neticesinde, ticaret kanununun, ticari işletmenin ihtiyaçları çerçevesinde özel bir nizam oluşturması bakımından hususiyet arzettiği sonucuna ulaşmış ve ticaret kanunundaki işlerin ticariliğini, “ticari işletme ile olan alâka” gerekçesine dayandırmıştır⁴⁰. Yargısal içtihatlarda da, doğrudan doğruya bu sorun incelenmemekle birlikte, zaman zaman Ticaret kanunundaki işlerin neden ticari olduğuna dair değerlendirmelerde bulunulduğu tespit edilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tektik ettiği bir meselede, “... *TTK.da düzenlenen bütün hususlar, ticari iştir. Bunun gerekçesi ise TTK.da düzenlenen hususlar esas itibariyle bir ticari işletmeyle ilgilidir...*” şeklinde bir değerlendirmeye yer vermiştir⁴¹. Bu açıklamalar çerçevesinde, Türk Ticaret Kanunu’ndaki işlerin ticari işletme ile ilgili olması münasebetiyle, kanun koyucunun bu işleri ticari addettiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu sonuç, konu hakkında yapılacak genel bir tespitten ibaret olup, katıyet arzetmez. Zira öncelikle ticari işletme ile ilgili hususların zaten ticari addedildiği bir kanun sisteminde (m. 3), ticaret kanunundaki hususların ticari olduğunun yeniden vurgulanması gerekmez⁴². Öte yandan ticari işletme faaliyetleri ile çok yakından ilgili olan hatta ticari faaliyetlerin temeli kabul edilecek bazı işler - ki satım, kira, ödünç gibi sözleşmeler bu kabildendir- mülga 865 sayılı kanundan farklı olarak Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Bu tür işlerin ticari işletmeyle ilgili olmadığı düşünülemez.

Ticaret kanunundaki işlerin ticari addedilmesini, esas itibariyle bu işlerin ticari işletme ile ilgili olması gerekçesiyle izah eden yaklaşım, genel bir tespit bağlamında isabetli kabul edilmelidir. Ancak kanaatimizce bu durumun temelinde, ticaret hukukunun tarihi gelişim süreci ve buna dayalı olarak kabul

Mesela ticari işletme ile ilgili temsil yetkisini haiz bazı tacir yardımcılarının Türk Borçlar Kanunu (m. 547 vd.) yerine, Türk Ticaret Kanunu bünyesinde düzenlenmesi mümkün olduğu gibi, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikine yönelik işlemlerde ödemeye ilişkin düzenlemenin (TTK m. 1530), kanunun bütününe değil, ticari işletmeyi ilgilendirmesi münasebetiyle, Türk Ticaret Kanunu’nun ticari işletmeye ilişkin kitabı bünyesinde düzenlenmesinin daha isabetli olduğu söylenebilecektir.

³⁹ *Hirş*, s. 38

⁴⁰ Bkz. *Hirş*, s. 39, 64 vd.

⁴¹ HGK, 23.01.2002, E. 2002/4-12, K. 2002/6 sayılı kararı (Kaynak Corpus içtihat programı).

⁴² Konu ile ilgili olarak bkz. ayrıca *Ayhan*, R.: Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1, s. 294

edilen bir varsayım yatmaktadır. Tarihi gelişim sürecinde ticaret hayatını tanzim eden kurallar, adi sahadaki kurallardan farklılaşarak şekillenmiş ve Türkiye'nin de dahil olduğu bazı devletlerde, ayrı bir kanun bünyesinde kodifiye edilmiştir. Ticari iş, tabi olacağı özel hükümler bulunmadığı takdirde, müstakil ve hukuki anlama sahip bir kavram niteliğini taşımaz. Bu türden işlere, hukuki açıdan önem verilmesini gerektiren neden, adi sahadan ayrılan müstakil bir hukuki rejimin bulunmasıdır⁴³. Bu hususi rejim, özel bir kanun bünyesinde toplansın ya da toplanmasın, ticaret hukukuna ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerin müstakil bir kanunda derlendiği durumlarda, kanundaki işlerin ticari olduğunu kabul etmek, tabii bir netice olarak ortaya çıkmaktadır. Zira iddia, ticareti sosyal önemine binaen hususi bir kanun ile tanzim etmektir⁴⁴. İçeriğinin de ticari olduğunu kabul etmek, doğal bir neticedir⁴⁵. Öte yandan, farklı kanun hükümlerinin tanziminde, farklı telakkiler, temel fikirler etkili olabilmektedir. Kanunlar arasında bu anlayış farkından kaynaklanan çelişkilerin giderilmesinde- ki Türkiye'de daha önce bu örnek yaşanmıştır⁴⁶- ticaret kanunundaki hususların ticari kabul edilmesi, kanunun vazedilişine dair anlayışa uygun çözümler getirilmesini mümkün kılacaktır.

Bir işin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinin kabulü için, o işe bağlanan hükümlerin kanunda düzenlenmiş olması gereklidir. Yoksa bizatihi terim olarak kanunda bir hususun yer alması, işin ticari olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz (bkz. ve krş. 865 s. TTK m. 21/1,3). Bu sonuç, esasında ticari işin en geniş anlamda bir işlem ya da fiil şeklinde hukuk düzenine çıkması gerekliliğinden kaynaklanır⁴⁷ (bkz. TTK m. 3). Öte yandan, kanunda düzenlenen bir işin, kısmen başkaca kanunlarda düzenlenmiş olması, o işin ticari iş olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemelidir⁴⁸. Bu kapsamda cari hesap sözleşmesi ve hükümleri esas itibarıyla Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, bu sözleşmeye ilişkin bazı hükümlerin başka bir kanunda düzenlenmesine dayalı olarak, cari hesap sözleşmesinin başkaca kanunlarda düzenlenen kısmı dikkate alınarak, kısmen ticari iş niteliğinde olmadığı sonucuna varılmamalıdır.

⁴³ Behrend, J.F.: Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1, Berlin u.a., 1886, s. 67,

⁴⁴ Bkz. Arslanlı, s. 10 vd.

⁴⁵ Ticaret hukuku normunun ticari iş (mevad) ile açıklanıp, ticari işin yeniden ticaret hukuku normu ile izah edilmesinin eleştirisi hakkında bkz. Hırş, s. 38

⁴⁶ Bkz. Hırş (1937), s. 456 vd.

⁴⁷ Kapsama, işlem ve fiillerin girdiği yönündeki değerlendirme için bkz. Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan), s. 64

⁴⁸ Mülga 865 sayılı kanun döneminde bazı hukuki müesseseler hakkında yapılan değerlendirmelerden hareketle, benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Hırş, E, Ticari Muamele Mefhumu (Temyiz Mahkemesi İçtihatları Dolayısıyla), İÜHF C. 6, s. 4, 1940, s. 795

Bir konunun Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup olmadığı ile ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer sorun, kanunun atıf yoluyla düzenlemiş olduğu hususlarda kendisini gösterir⁴⁹. Kanaatimizce bu tür durumlarda atıf şeklinde yapılan düzenlemenin muhtevası tetkik edilmelidir. Eğer kanun koyucu yorum yoluyla zaten tereddütsüz şekilde tatbik kabiliyeti bulacak olan hususlarda açıklayıcı mahiyette atıf yapmakta ise, bu konunun Türk Ticaret Kanunu kapsamında düzenlendiğini söylemek güçtür. Buna karşın tereddütsüz şekilde anılan sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, yani kanun koyucunun artık tekrardan kaçınma amaçlı olarak atıf yaptığının kabul edilebileceği hallerde, yapılan atfın, ilgili mesele bakımından işe ticari bir mahiyet verdiği kabul edilebilecektir.

bb. Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşler

Ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller, kanun sisteminde ticari iş hakkında kabul edilen ikinci kriterdir. Belirtilen kriter, aynı zamanda kanunun uygulama alanının tayini bakımından benimsenen modern görüşün bir yansımasıdır⁵⁰. Hangi kanunda düzenlendiği hususu dikkate alınmaksızın, ticari işletme ile ilgisi bulunan işlem ve fiiller, ticari iş olarak nitelendirilmektedir. Bu kriter uyarınca ticari işin tayininde borcun kaynağı ile ilgili bir tartışmaya girilmesi gerekli değildir. Hukuki işlemler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme, ticari işletme ile ilgili olduğu sürece, ticari işe vücut veren bir borç kaynağı teşkil edecektir.

İşin bu kriter uyarınca ticari nitelik taşıyıp taşımadığında belirleyici olan, ticari işletme ile ilgisi olduğundan, bu ilginin ne surette tayin edilmesi gerektiği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır⁵¹. İlgili kavramı, işlevsel olarak nitelendirilmesi gereken bir kavramdır⁵². İşin ticari faaliyetlerin gerçekleştiği sahada gerçekleşmiş olması, tarafın işletme sahibi ya da işleteni olması, işin gerçekleşme zamanı gibi çeşitli kriterler tek başlarına işe ticari nitelik

⁴⁹ Atıf esas itibarıyla işin ticari olmasıyla değil, hangi hükmün uygulama önceliği bulunduğu konusunda bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak atfın amacı çerçevesinde, işin Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup olmadığı ile ilgili de bir tereddütü gündeme getirebilmektedir.

⁵⁰ Bkz. TTK¹⁹⁵⁷ Gerekeçe s. 9 vd, 13; Öğretide bu kıstasın subjektif sisteme yaklaştığı yönündeki tespit için bkz. *Poroy/Yasaman*, s. 75; TTK sisteminin genel olarak değerlendirmesi ve merkez kavram hakkında bkz. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 37 vd.; Ayrıca bkz. *Arslanlı*, s. 13

⁵¹ Konu ile ilgili olarak bkz. aşağıda III-B-1-b-aa-aaa başlığı altında yapılan açıklamalar

⁵² Ticari iş kavramının daha dar bir kapsama sahip olduğu (bkz. *Hildebrant, W.:* Schlegelberger HGB, München, 1976, HGB § 343 Rn. 11 ff.) Alman hukukunda, işlevsel bağın gerekliliği yönünde bkz. Roth, in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 343 Rn. 4

kazandırmak bakımından yeterli değildir. Burada önemli olan, işin ticari işletmenin işletme konusu ve işleyişi ile olan bağıdır⁵³.

Ticari işletme ile olan ilgi derecesi hakkında kati bir sınır tayin edilmesi mümkün olmamakla birlikte, konu hakkında mümkün olduğunca geniş yorum yapılması, hükmün konuluş amacı bakımından isabetli bir tercih olacaktır⁵⁴. Bu sonuç, ticari işletme ile ilgili “bütün” işlem ve fiillerin ticari nitelikte olduğunun kanunda vurgulanmış olmasından kaynaklanmaktadır (m. 3). İşin dolaylı şekilde işletme konusuyla alakalı olması, alışılmış nitelikte olmaması, ücret karşılığı olmaması, yan, tamamlayıcı, hazırlayıcı türden işlerden olması gibi hususlar, arzu edilen bağlantının kurulmasına engel olmamaktadır⁵⁵. İşletmeyle olan bağın sağlanması bakımından, işin özellikleri ile ilgili bir sayım yapılması teknik olarak mümkün değildir. İşletmenin şahıs unsuru dikkate alınmak suretiyle olumsuz bir sınırlandırma, işin niteliğini tayin bakımından daha elverişli bir araç olarak değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda özel hayat ya da daha geniş bir ifadeyle özel kullanım sahası dışındaki amaçlarla gerçekleştirildiği kabul edilen bütün işlem ve fiiller, ticari işletme ile ilgili iş olarak kabul edilebilecektir⁵⁶.

b. Ticari İş Karinesi

Türk Ticaret Kanunu’na göre, ticari iş niteliğinin tayininde istifade edilen ikinci yöntem, ticari iş karinesidir⁵⁷. Ticari iş karinesi, kanun sistemine uygun olarak iki alt başlık altında incelenebilir.

aa. Tacirin Borcu

TTK m. 19/1 hükmü, tacirin borcunun ticari olduğuna dair bir düzenlemeye yer vermiştir. Tacirin borcu hakkındaki ticari iş karinesine

⁵³ Bahsi geçen bağın ne surette tesisinin sağlanabileceği hakkında bkz. *Arslanlı*, s. S. 22

⁵⁴ Bkz. *Arslanlı*, s. 22; İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, s. 20; *Arkan*, s. 64 vd.; *Ülgen*, (*Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan*), s. 64; *Ayhan/Özdamar/Çağlar* s. 63; Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. *Roth, W-H.*: *Handelsgesetzbuch Kommentar von Koller, I./Kindler, P./Roth, W-H./Morck, W.*, München, 2015, HGB § 343 Rn. 3; *Hildebrant*, HGB § 343 Rn. 11

⁵⁵ Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. *Roth*, HGB § 343 Rn. 4 ff.; *Hildebrant*, HGB § 343 Rn. 14 ff.

⁵⁶ Tacirin işletmesiyle ilgili işleri ticari iş olarak kabul eden alman hukukunda da benzer sınırlama kullanılmaktadır. Bkz. *Hildebrant*, HGB § 343 Rn. 19.

⁵⁷ Bahsedilen karineler TTK m. 19 hükmünde düzenlenmiş olup, madde başlığı “ticari iş karinesi”dir. Fakat madde içeriğinde gerçekten karineye yer verilip verilmediği tartışmaya açıktır. Bu tartışma özellikle maddenin ilk fıkrasının mefhumu muhalif ve ikinci fıkrasının tamamı bakımından yapılabilir. Karine kavramı hakkında çoğu yerine bkz. *Karakaş*, Fatma Tülay, Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 62, Sa. 3, (s. 729-759), s. 736 vd.

ilişkin yasal düzenleme tetkik edildiğinde, karinenin Türk hukuku bakımından çifte fonksiyonu haiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Yasal düzenleme, bir yönüyle ticari işin doğumuna yol açan bir kriter iken; diğer yönüyle işin, ticari işletme ile olan ilgisini sübuta erdiren bir karinedir. Başka bir ifadeyle tacirin borcu hakkındaki yasal düzenleme, bir yandan tıpkı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar ve ticari işletme ile ilgili işler gibi, bir işin ticari olarak nitelendirilmesine yol açan bir sebep iken, diğer yandan mevcut bir ticari işin bu niteliğinin sübutunda yararlanılan bir ispat aracı fonksiyonu icra etmektedir. Bu sonuç yasal düzenlemenin lafzı ve gayesi çerçevesinde yapılan değerlendirmenin, her iki yönde yorum yapılmasına müsait olmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda, tacirin borcu hakkındaki ticari iş karinesi hakkında genel değerlendirme yapıldıktan sonra, karinenin çifte fonksiyonu hakkında açıklamalara yer verilecektir.

Türk Ticaret Kanunu ticari iş kriterini tayin ederken, subjektif kriterden hareketle tacirin borcunu ticari iş olarak kabul etmiştir⁵⁸. Bu hususta gerçek kişi tacir bakımından bir istisnaya yer verilmiş, tüzel kişi tacir bakımından ise benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu son hal dikkate alındığında, istisnanın sadece gerçek kişi tacir bakımından getirilmesi münasebetiyle, tüzel kişi tacirin borcu bakımından bir varsayım ya da kesin kanuni karinenin varlığından bahsedilebilir. Başka bir ifadeyle, tacirin borcunun ticari iş olduğuna dair karine, esasında iki karineyi muhtevasında barındırmaktadır; gerçek kişi tacirin borcunun ticari iş olduğu hususunda aksi ispatlanabilen bir (adi) kanuni karine ve tüzel kişi tacirin borcunun ticari olduğuna dair aksi ispatlanamayan (kesin) kanuni karine⁵⁹.

Kanuni düzenleme tacirin borçlarını esas alıp, bunun kaynağı hakkında bir sınırlama getirmediğinden, borcun kaynağının diğer kriterlerde olduğu gibi, herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Borcun, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da borç kaynağı olarak nitelendirilen başkaca bir husustan kaynaklanmış olması arasında fark yoktur⁶⁰.

Tacire ilişkin müstakil bir statünün ticari iş kriteri kapsamına alınması, ticari işin kapsamının belirlenmesinde önemli bir sorunu gündeme getirmektedir. Zira bu kriter bakımından kanun koyucu, gerçek kişi tacir

⁵⁸ Öğretide bu durum genellikle eleştirilmekte, bazen de isabetli olduğu belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan), s. 65

⁵⁹ Nitekim öğretilerde *Hirş*, mülga 865 sayılı Kanunun 22'nci maddesi bağlamında yaptığı değerlendirmede, ticaret şirketlerinin borçları bakımından bir karinenin değil, faraziyenin varlığından bahsetmektedir. Bkz. *Hirş* (1940), s. 781

⁶⁰ *Hirş* (1940), s. 782, 783, 789 vd.

bakımından işin ticari olarak kabul edilmesi yanında, bu niteliği taşımaması ile ilgili de sınır çizme yoluna da gitmiştir. Gerçek kişi tacir bakımından mesele tetkik edildiğinde, kanunun oldukça karmaşık bir sisteme yol açtığını kabul etmek gerekmektedir⁶¹. Zira mevcut kanun sistemine göre, gerçek kişi tacir sıfatı, ticari işletmenin işletilmesi ile kazanılmaktadır (TTK m. 12/1). Ticari işletme ile ilgili işler, diğer kriter uyarınca ticari sayılmasına rağmen (TTK m. 3), taciri kriter olarak benimseyen düzenleme, tacirin sadece ticari işletme ile ilgili borçlarını ticari iş olarak kabul etmekte⁶², diğer kriter uyarınca genel olarak şekillendirilmiş sahayı, gerçek kişi tacir bakımından daraltmaktadır. Tacirin alacakları ise bu kriter uyarınca ticari sayılmamakta, ticari işletme kriterinden istifade edilmek suretiyle bu sonuca ulaşılmaktadır. Dolayısıyla gerçek kişi tacir bakımından anılan düzenlemenin etkisi ve gerekliliği sorgulanabilir hale gelmektedir. Nitekim öğretide subjektif sistemi esas alan ve mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu'ndan aktarılan bu hükmün gereksiz olduğu belirtilmektedir⁶³.

Düzenleme kapsamı bakımından da eleştiriye açıktır. Zira anılan düzenleme uyarınca tüzel kişi tacirin borçlu olduğu durumlarda, adi sahadan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Ticaret şirketleri bakımından tacir sıfatı, ticari işletme ile ilgisi olmaksızın, münhasıran bu sıfatları nedeniyle kabul edildiğinden, bu grubun adi sahasının bulunmamasının tabii bir netice olduğunun kabulü gereklidir⁶⁴. Buna karşın, tacir sıfatı ticari işletme işletilmesine bağlı olan diğer tüzel kişi tacirler bakımından, adi sahanın bulunmadığına yönelik bir peşin kabule varılması mümkün görülmemektedir. Bunların tacir sıfatı tıpkı gerçek kişi tacir gibi ticari işletme işletilmesi koşuluna bağlıdır ve ticari işletme ile ilgili olmayan özel ya da adi sahalari varlığını korumaya devam etmektedir⁶⁵. Dolayısıyla tacirin borçlarına dair

⁶¹ Aynı yönde *Ayhan (2013)*, s. 300

⁶² Mülga 865 sayılı kanun döneminde, tacir işlemleri hakkında ticari iş kriteri sevkeden düzenleme, tacirin sadece borçlarını değil, tacir tarafından yapılan sözleşmelerin tamamını da ticari iş olarak nitelendirmiştir (bkz. 865 s. K. m. 22).

⁶³ Bkz. *Arkan*, s. 65; Hükmün gerekliliğine ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılacak olur ise, düzenlemenin özellikle ticari işletme işletmeksizin tacir sıfatını kazanan tüzel kişi tacir ile ticari işletme bulunmaksızın tacir olmanın sonuçlarına katlanması gereken şahısların borçları bakımından işlevsel olduğu kabul edilebilir. Ancak tacirin borcu hakkında getirilen istisnanın özellikle ticari işletme ile olan ilgiyi esas alması nedeniyle bu hallerdeki işlevsellik de tartışmaya açıktır.

⁶⁴ *Hirş*, s. 44

⁶⁵ Bkz. *Arkan*, s. 66.

ticari iş karinesinin kapsamının, sadece gerçek kişi tacir ile sınırlandırılmış olması tenkide açıktır⁶⁶.

aaa. Tamamlayıcı Fonksiyon: Ticari İşletme ile Olan İlgili Karinesi

Tacirin borcu hakkındaki karinenin tamamlayıcı fonksiyonu, kendisinin müstakil bir ticari iş kriteri olmayıp, mevcut ticari iş kriterlerini tamamlama özelliğini ifade etmektedir. Bahsi geçen fonksiyon sayesinde, ticari işletme ile ilgili olması nedeniyle ticari olarak nitelendirilen işlerin, işletmeyle ilgili olup olmadığı konusunda doğabilecek tereddüt, bu ilginin varlığı yönünde bir karineye yer verilmek suretiyle tamamlanmaktadır. Başka bir deyişle, tacirin borcu bulunan hallerde, işin ticari işletmeyle ilgili olduğu yönünde bir karineye yer verilmek suretiyle, ticari işletmeyle ilgili işi ticari kabul eden kriterin etkinliği artırılmaktadır⁶⁷. Bu yönüyle, tacirin borcunun ticari olmasını esas alan karine, kendisi müstakil bir ticari iş kriteri olmayıp, mevcut ticari iş kriterini tamamlama işlevini yerine getirmektedir. Bu değerlendirmeyi haklı kılan çeşitli gerekçeler bulunmaktadır.

Kanun sistemindeki yeri nazara alındığında, tacirin borcu hakkındaki düzenlemenin, müstakil bir ticari iş kriteri olmaktan ziyade, ticari iş kriterleri hakkında tamamlayıcı bir fonksiyon icra ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira kanunun yorumunda, kanun sisteminin hukuki açıdan dikkate alınması TTK'da açıkça öngörülmektedir⁶⁸ (TTK¹⁹⁵⁷ m. 1474; TTK²⁰¹² m. 1534/1). Kanun sisteminde, tacir olmanın hükümleri çerçevesinde ticari iş karinesine yer verilmiştir. Ticari işler kanununun 3'üncü maddesinde tanımlandığına göre, tacirin borcu, ancak kanunun anılan maddesinde tanımlanan işlerin varlığı konusunda bir karine olarak telakki edilebilir ve ispat hukuku bakımından bu yönde iddiada bulunana kolaylık sağlar. Yoksa kendisi, müstakil bir ticari iş kriteri olarak değerlendirilemez⁶⁹. Bu anlam dikkate alındığında, hukukumuzda

⁶⁶ Dernek ve kamu tüzel kişilerinde ticari ve gayri ticari iki sahanın bulunduğu yönündeki değerlendirme için bkz. *Arslanlı*, s. 26; Dernekler bakımından aynı yönde *İmregün*, O.: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, s. 21

⁶⁷ Karinenin bu fonksiyonu hakkında bkz. *Karayalçın*, s. 145; *Poroy/Yasaman*, s. 76, kn. 103 son paragrafta yapılan açıklamalar.

⁶⁸ 6762 s. K. m. 1474'de kenar başlıklarına yapılan vurgu nedeniyle, sadece madde kenar başlıklarının dikkate alınacağı yönünde bir kanaat uyansa da, kanun gerekçesinde kanun sisteminin kenar başlıkları itibarıyla bir bütün olarak önem taşıdığına vurgu yapılmaktadır. Bkz. TTK¹⁹⁵⁷ Gerekçe s. 7 vd.

⁶⁹ TTK¹⁹⁵⁷ gerekçesinde de doğrudan mesele ile ilgili olmamakla birlikte, karinenin bu anlamını ön plana çıkararak ifadelerle tesadüf edilmesi mümkündür. Bu kapsamda ticari hükümlere dair açıklamalar bağlamında "Muayyen bir olayın ticari olarak tavsif edilip edilemeyeceği meselesi, tasarının 3 ncü maddesine göre halledildikten sonradır ki, böyle bir iş için âdi

iş ticari nitelik veren iki kriterin bulunduğu, tacirin borcuna ilişkin karinenin, esas itibariyle ticari işin mevcudiyetini ispat kolaylığı sağladığı şeklinde bir yaklaşım isabetsiz olmayacaktır.

Kanun sistemi, karinenin müstakil olarak ticari işe vücut vermediği yönünde yorum yapılmasına müsait olmakla birlikte, bu yorumun isabeti konusunda tek başına ikna edici bulunmayabilir. Bu nedenle meselenin tarihi açıdan tetkiki lüzumludur. Cumhuriyet dönemi ticaret kanunları tetkik edildiğinde, 1926 tarihli ticaret kanununun konu hakkında sevkettiği hükmün “*Bir tacirin akit ve borçlarında sıfatı asliye ticarettir. Binaenaleyh bir tacirin muamelatı adiyeye taallûku sabit olmayan akit ve borçlar muamelatı ticariyeden maduttur.*” hükmüne yer verildiği görülmektedir (865 s. K. m. 22). Hükümde, tacirin sözleşme ve borçlarının esas itibariyle ticari sahasıyla ilgili olduğu vurgulanmaktadır ve meri düzenlemeyle büyük ölçüde uyumludur. Öğretide hükmün, ispat hukuku bağlamında ortaya çıkacak önemli sorunları bertaraf ettiği vurgulanmaktadır⁷⁰. Özellikle gerçek kişi tacir bakımından hükmün bu fonksiyonu ön plandadır. Gerçek kişi tacirin ticari ve adi (özel) olmak üzere iki yaşam alanı bulunmaktadır ve tacirin gerçekleştirdiği işin hangi saha ile ilgili olduğu, tereddüt doğurmaktadır. Acaba işin hangi saha ile ilgili olduğu karine olarak kabul edilmelidir? Kanun koyucu, ticari işletmeyle ilgili işleri ticari addetmekle birlikte, özellikle gerçek kişi tacirin gerçekleştirdiği işlerin işletmeyle ilgili olup olmadığını belirlemek bakımından, hayat tecrübelerinden hareketle tacirin sözleşmelerinin ve borçlarının ticari sahasıyla ilgili olduğu şeklinde bir kurala yer vererek, tatbikatte karşılaşılabilecek güçlüğü bertaraf etmiştir⁷¹. Bu yönüyle anılan hüküm, usul hukukunda cari olan, maruf olan hususların ispatının gerekli olmadığına dair kaidenin somut bir görünümünden ibarettir⁷²; tereddüt halinde tacirin sözleşme ve borçlarının adi sahasıyla değil, ticari sahasıyla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Neticede hükmün sevk gayesinde, yeni bir ticari iş kriteri ihdas etmek değil, işin ticari sahayla mı yoksa adi sahayla mı ilgili olduğuna dair tatbikatta ortaya çıkan sorunları bertaraf etmek düşüncesi yatmaktadır⁷³. 865 sayılı kanun sonrasında

hükümlerden farklı olan özel ve ticari hükümlerin de mevcut olup olmadığı meselesinin tetkikına geçilmek lazımdır” ifadesi kullanılmakta, 21’inci maddedeki karine, ticari işin varlığı bağlamında dikkate alınmamaktadır (Gereke s. 10).

⁷⁰ Bkz. *Hırş*, s. 44 ve devamı.

⁷¹ Bkz. *Hırş*, s. 44 ve devamı.

⁷² Bkz. *Hırş*, s. 44

⁷³ Bkz. *Hırş*, s. 44

yürürlüğe giren ticaret kanunlarının gerekçelerinde de aynı amaç, açık ya da örtülü olarak dile getirilmiştir⁷⁴.

Tacirin borcunun adi nitelik taşıdığı halle ilgili olarak getirilen istisna da hükmün tamamlayıcı fonksiyonunun bulunduğu delalet etmektedir. Ticari işletme işletmekle tacir sıfatı iktisap eden gerçek kişinin borcu, ticari işletmesiyle ilgili olması nedeniyle zaten ticaridir (TTK m. 3). Borcunun ticari olduğunun bir başka maddede vurgulanması, işe ticari nitelik vermekten ziyade, konu hakkında ortaya çıkan ispat meselesini çözmeye matuf olabilir. Kanun koyucu aksi iddiada bulunacak tacire yükümlülük getirmekte ve ispat yükünü tacire bırakmaktadır. Eğer tacir bu borcun ticari olmadığını iddia ediyorsa, iki halde durumu ispat edebilir. Tacir borcun adi mahiyetini işlem yaptığı esnada karşı tarafa bildirmelidir ki, işlemler açısından bu kurala bir istisnanın getirilmesinin menfaatler dengesine uygun olmadığı ve tacirin bunun aksini başka surette ispat edemeyeceği öğretide kabul edilmektedir⁷⁵. Zira işlemin yapıldığı esnada bu durum karşı tarafa bildirilmemişse, karşı taraf bakımından işin ticari olup olmadığı konusunda doğan hukuki belirsizliğin, tacirin sonradan ortaya çıkan beyan ve davranışlarına göre giderilmesi gerekecektir ki, tacirin şahsi menfaatlerine göre bunların değişmesi doğal ve beklenen bir durumdur⁷⁶. Tacirin borcunun ticari olmadığını ispatının, bu nedenle işlemin yapıldığı esnada karşı tarafa bildirilmiş olması gereklidir. Yazılı işlemlerde, bu hususun senede dercedilmesi gerek Fransız gerek Alman hukuklarında açıkça vurgulanmıştır⁷⁷.

Mevcut açıklamalar çerçevesinde, tacirin borcu hakkında sevkedilen karinenin, ticari işin doğumuna sebebiyet vermekten ziyade, mevcut bir ticari işin ispatını sağlama işlevine sahip olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

⁷⁴ Bkz. TTK¹⁹⁵⁷ Gerekeçe s. 16; TTK²⁰¹² Gerekeçe s. 78

⁷⁵ *Hirş*, s. 46; Farklı yönde *Arslanlı*, s. 26

⁷⁶ *Hirş*, s. 46

⁷⁷ Fransız hukukunda, döneminde meri olan hüküm için bkz. *Hirş*, s. 46; Alman hukukunda “Bir tacir tarafından imzalanan borç senedinin, senet içeriğinden aksi anlaşılmadığı müddetçe ticari işletmesi ile ilgili olduğu” yönünde HGB § 344 düzenlemesi bulunmaktadır. Anılan madde, Türk Ticaret Kanunu’nun meri 19/1’inci maddesiyle büyük ölçüde uyumlu bir muhtevaya sahiptir. Ancak bu düzenleme lafzından, tacirin borcuna dair karinenin ispat hukukuyla ilgili olduğu daha açık biçimde anlaşılmaktadır. Zira anılan maddede, tereddüt halinde ticari işletmenin işletilmesiyle ilgili olduğu vurgulanmak suretiyle, düzenlemenin tamamlayıcı fonksiyonu net bir şekilde ortaya konulmuştur. Nitekim Alman hukukunda anılan hükmün, “tacirin, ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari” olduğunu düzenleyen HGB 343 hükmünün uygulanmasını kolaylaştıran, tamamlayıcı bir karine olduğu kabul edilmektedir (bkz. *Hildebrandt*, HGB § 344, Rn. 1). Türk Ticaret Kanunu lafzı ise benzer açıklığa sahip değildir.

Ticari işletme ile ilgili işler ticaridir. Ancak bir işin ticari işletme ile ilgili olup olmadığı konusunda ortaya çıkacak tereddütü gidermeye yönelik bir karine, ispat güçlüğüne bertaraf edecektir. Bu karine de tacirin borcu ile ilgili karinedir. Tacirin borcu mevcut ise, bunun ticari işletmeyle ilgili olduğu karine olarak kabul edilecek ve aksini iddia eden ispat edecektir. Bu durum, tacirin borcu hakkındaki karinenin ilk fonksiyonu olan, tamamlayıcı fonksiyonunu ifade etmektedir.

bbb. Kurucu Fonksiyon: Ticari İş Karinesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesi uyarınca işin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı hakkında iki kriterden istifade edilmektedir. İşin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olması veya ticari işletmeyle ilgili olması, ticari iş vasfının kazanılması bakımından benimsenen kriterlerdir. Bu temel kriterlere, karineye dayalı olarak ortaya çıkan bir üçüncü kriterin eklenmesi mümkündür. Bu kapsamda, tacirin borçlarının ticari olmasını esas kabul eden düzenlemenin, yeni bir ticari iş kriteri sevkettiğini söylemek isabetsiz olmayacaktır.

Türk ticaret kanunlarının tarihi gelişim süreci ve bu süreci yansıtan kanun gerekçeleri nazara alındığında, tacirin borcuna ilişkin düzenlemenin münferit bir ticari iş kriteri olmadığı yönünde değerlendirme yapılması mümkündür. Ancak bu yöndeki bir değerlendirme, açık yasa lafzı ile gelişmektedir. Zira tacirin borcu hakkındaki düzenleme, kapsam itibarıyla TTK m. 3'deki kriterleri tamamlama işlevini aşan bir muhtevaya sahiptir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yer alan kriterlerden, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, taraf unsuru dikkate alınmadığından, tacirin borcuna ilişkin karine ile ilişkili değildir. Buna karşın, ticari işletme ile ilgili işleri esas alan kriter, kısmen tacirin borcuna dair karine ile örtüşmektedir. Zira ister gerçek ister tüzel kişi olsun, bazı tacirlerin tanımında ticari işletme hareket noktası olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle ticari işletmeyle ilgiyi esas alan kriter, zaten tanımında ticari işletmenin esas alındığı tacirlerin borcu bakımından aynı etkiyi doğurabilecek muhtevadadır⁷⁸. Buna karşın, tanımında ticari işletme işletilmesinin dikkate alınmadığı ya da etkisini yitirdiği tacirler ve tacir gibi sorumlu olanlar bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yer alan ve "ticari işletme ile ilgiyi esas alan" kriter, işe ticari nitelik kazandırma kabiliyetine sahip değildir. Bu grupta yer alan kişilerin,

⁷⁸ Bu nedenle öğretide *Arslanlı*, tacirin borcuna ilişkin bu karinenin zait olduğunu savunmaktadır. Bkz. *Arslanlı*, s. 26

gerçekleştirdikleri işlerin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna, kanunun 3'üncü maddesi olumsuz cevap vermeyi gerektirebilmektedir. Bu nedenle tacirin borcu hakkında sevkedilen kriter, özellikle bu gruptaki şahısların işlerinin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda kurucu etkiye sahiptir. Bu durum, tacirin borcu hakkındaki karinenin, adi nitelikte bir işe, ticari nitelik kazandırma fonksiyonunu haiz olduğunu göstermektedir⁷⁹.

Tarihi gelişim süreci ve yasa gayesi nazara alındığında, mevcut ticari işlerle ilgili ispat kolaylığı sağlamayı hedefleyen tacirin borcu hakkındaki karine, kanunun ticari iş tanımı uyarınca bu niteliği taşımayan işlere, ticari vasıf verebilmektedir. Bu bakımdan, tacirin borcu hakkındaki karinenin, aynen Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesindeki ticari iş kriterleri gibi, bağımsız bir kriter olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Öte yandan bu kriter, sadece ticari işletme işletmeyen tacir hakkında değil, tacir sıfatını haiz herkes hakkında uygulama kabiliyeti bulacak bir kriterdir. Zira yasal düzenlemede kriterin, tacir sıfatının iktisabında ticari işletmenin işletilmemesi halinde uygulama kabiliyeti bulacağına dair bir sınırlandırma yoktur.

Mevcut açıklamalar çerçevesinde, tacirin borcu hakkında sevkedilen karine, kanunun ticari iş tanımı uyarınca adi iş olarak nitelendirilmesi gereken işlere, ticari iş niteliği kazandırabilmektedir. Bu durum, karinenin, ticari işin doğumuna yol açan bir üçüncü kriter olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Öğretide “tüzel kişi tacirin adi sahası yoktur” şeklinde formüle edilen kural⁸⁰, ticari iş karinesinin tamamlayıcı değil, kurucu fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Zira tüzel kişi tacire ilişkin olarak işi ticari kılan bir mahiyete sahiptir.

ccc. Değerlendirme

Tacirin borcu hakkındaki karine, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, hem ticari işin doğumuna sebebiyet veren yeni ve başka bir kriter, hem de mevcut ticari iş kriterlerinden biri olan “ticari işletme ile ilgili olan işleri” tamamlayan bir karinedir. Bu yönüyle çifte fonksiyona sahip olduğunu söylemek isabetsiz sayılmaz.

Tacirin borcu hakkındaki yasal düzenleme tetkik edildiğinde, fonksiyonlardan birinin diğerine üstün olduğu ve bunlardan sadece birinin tatbik imkanına sahip bulunduğu yönünde bir değerlendirme yapılması, yasa

⁷⁹ Bkz. *Hirş*, s. 44 vd., *Ayhan* (2013), s. 300; *Ayhan*, Rıza, Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 31 vd.

⁸⁰ Çoğu yerine bkz. *Arslanlı*, s. 25

lafzı dikkate alındığında, mümkün görülmemektedir. Bu bakımdan maddenin her iki fonksiyonu aynı anda haiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Karinenin çifte fonksiyonu, öğretilerde çeşitli meseleler hakkındaki yaklaşımlarının değerlendirilmesi bakımından da dikkate alınması gereken bir özelliktir. Bu surette tartışmalı meselelerin, müşterek bir çözüme bağlanması mümkün hale gelmektedir. Bu konuda, tacirin borcuna ilişkin kriterin gerekliliğine ilişkin tartışma örnek gösterilebilir. Türk Ticaret Kanunu sisteminin modern sistem üzerine kurulmasına rağmen, tacirin borcuna ilişkin subjektif sistemin mahsulü olan bir karinenin yasa sisteminde yer alması, öğretiden tarafından eleştirilmekte ve karine gereksiz addedilmektedir⁸¹. Meri Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde ise, maddenin ticari işletmeyi esas alması nedeniyle bu eleştirilerin isabetsiz olduğu ve karinenin muhafaza edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁸². Karinenin gerekliliğine ilişkin bu tartışmanın, karinenin farklı fonksiyonları çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, her iki yaklaşımın da isabet taşıdığı görülmektedir. Şöyle ki; karinenin ticari iş bakımından kurucu fonksiyonu nazara alındığında, ticari işletmeye dayalı modern sistemi benimsediği iddiasında olan bir kanun sisteminde, tacirin hareket noktası olarak kabul edilmesi, tenkide açık bir yöndür. Hükmün gerekliliği tartışmaya açık olmakla birlikte, ticari işin doğumuna sebebiyet veren bir kriter bakımından subjektif sisteme dayalı bir tercihin isabetli olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşın, karinenin tamamlayıcı fonksiyonu nazara alındığında, hükmün uygulamada ortaya çıkabilecek önemli bir ispat sorunu hakkında çözüm sevkettiğinin dikkate alınması gerekir. Hükmün tamamlayıcı fonksiyonu ifa edebilmesi, ticari işletme dışında bir hareket noktasının kullanılması zaruretini gündeme getirmektedir. Bu zaruret 6102 sayılı Kanun gerekçesinde “*Ayrıca ticari işletmenin borçlarının ticari olmadığı hükme bağlansaydı, tacirin ticari olmayan alanının nasıl belirlenebileceği sorununun çözümü çok güçleşecektir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Kanun gerekçesinde tacirin değil, ticari işletmenin hareket noktası olarak kabul edildiğine dair açıklama da, tacirin borcuna ilişkin karinenin, ticari işletmeyle olan ilgiyi tesis etmesine dair tamamlayıcı fonksiyonuna vurgu yapmaktadır. Bu fonksiyon bakımından bir karineye yer verilmesi ise, gereksiz değil, bilakis

⁸¹ Bkz. *Arslanlı*, s. 26; *Arkan* s. 65

⁸² TTK²⁰¹² Gerekçe s. 78’de şu ifadelerle yer verilmiştir. “Öğretilerde, subjektif sistemin bir ifadesi olan bu maddenin 1926 tarihli Kanundan 6762 sayılı Kanuna aynen alınması eleştirilmiş, tacirin esas alınmayıp ticari işletmenin merkez kabul edilmesi gerektiği belirtilmişse de, eleştirilerin, hükümde ticari işletmenin esas alındığı gerçeğini gözden kaçırdığı düşünülmüştür. Ayrıca ticari işletmenin borçlarının ticari olmadığı hükme bağlansaydı, tacirin ticari olmayan alanının nasıl belirlenebileceği sorununun çözümü çok güçleşecektir.”

uygulamada ortaya çıkabilecek ispat sorununu çözmeye matuf olduğundan, kanaatimizce gerekliliği tartışma konusu değildir. Ticari işletme dışında bir unsur ile bağlantı kurulması zorunluluğu nedeniyle, modern sistemin terkedilerek subjektif sisteme bir dönüş amacı değil, zarurete dayalı bir tercih ön plana çıkmaktadır.

bb. Taraflardan Biri İçin Ticari İş Niteliği Taşıyan Sözleşmeler

Türk Ticaret Kanunu'nda müstakil ticari iş kriteri niteliği taşımamakla birlikte, bir ticari işin tek taraflı ya da iki taraflı ticari iş olmasıyla ilgili özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler, aksi kanunda öngörülmediği müddetçe diğer taraf için de ticari iş niteliği taşımaktadır (TTK m. 19/2).

İşin diğer taraf için de ticari olarak nitelendirilebilmesi için aranılan bağlantı noktası, diğer kriterlerden farklı olarak sadece sözleşmelerle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle taraflardan biri için ticari iş sonucunu doğuran başkaca borç kaynakları, diğer taraf için ancak kanunda öngörülen üç ticari iş kriterinden birine uygun olmak kaydıyla ticari iş niteliği taşıyabilecekken, sözleşmeler bu kuraldan müstesna tutulmuştur. Burada, borç kaynağının sözleşme olduğu hallerde kanun koyucunun neden farklı bir yaklaşımda bulunduğu, sözleşme dışı borç kaynakları bakımından neden bunun diğer taraf açısından ticari iş niteliği taşıdığı yönünde bir kurala yer verilmediği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya kesin bir cevap vermek mümkün olmamakla birlikte, düzenlemelerin tarihi gelişim süreci tetkik edilmek suretiyle makul çıkarsamalar yapılması mümkündür.

865 sayılı Kanun'un yürürlük döneminde, kanun koyucu ticari işler hakkında müstakil kriterlere, tıpkı sonraki dönemlerdeki kanunlarda olduğu gibi yer vermekle birlikte, sözleşmelerin işi diğer taraf için ticari iş haline getirdiğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda tesadüf edilen düzenleme, gayesi ve sonuçları bakımından mevcut düzenlemeden oldukça farklıdır. 865 sayılı kanunun 23'üncü maddesine göre, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmeler için, aksine kanunda düzenleme bulunmadığı takdirde ticaret kanunu hükümleri uygulanacaktır⁸³. Anılan düzenlemenin gayesi, işe ticari nitelik vermek değil, tatbik olunacak hükümler arasında koordinasyonu sağlamak; iki taraf bakımından hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını tayin etmektir⁸⁴. Ticari iş olmanın en önemli

⁸³ Anılan madde lafzı şu şekildedir; “*Bir akit tarafeynden yalnız biri için ticarî olsa dahi, hilâfına kanunda sarahat olmadıkça bilcümle âkitlerin akdi mezburdan mütevellit borçları hakkında kanunu ticaret ahkâmı tatbik olunur*”.

⁸⁴ *Ayhan (2013)*, s. 301; *Ayhan (2012)*, s. 33

sonuçlarından biri, ticari hükümlerin tatbik kabiliyetini sağlamak olduğundan, mülga düzenleme ile yürürlükteki düzenlemenin netice itibarıyla birbiriyle örtüştüğü düşünülebilir. Ancak mülga düzenleme, ticari hükümlerden ziyade, münhasıran Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanma önceliğini tayin etmektedir. TK¹⁹²⁶ sistemi tetkik edildiğinde, kanun koyucunun anılan düzenlemedeki gayesi daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır. TK¹⁹²⁶, 6762 sayılı kanun ve meri kanundan farklı olarak, çeşitli sözleşme türlerini özel olarak düzenlemekte ve hükümlerini tayin etmektedir. Bu kapsamda münhasıran ticari hayatta karşılaşılan sözleşme türleri yanında, adi sahada yaygın uygulama alanı bulunan sözleşme türleri de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna örnek olarak satım ve kira sözleşmeleri gösterilebilir. Anılan sözleşme türleri aynı zamanda adi sahayı düzenleyen kanunlar (borçlar kanunu) tarafından da hükümleri tanzim edilmiş sözleşme türleridir. Dolayısıyla, her iki kanun uygulamasında birbirleriyle çelişen hükümlere tesadüf etmek mümkündür⁸⁵. İşte mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun öngördüğü düzenleme, taraflardan biri için ticari nitelik arzeden sözleşmeler bakımından hangi kanun hükümlerini tatbik kabiliyeti bulacağını gösteren bir koordinasyon kuralı olup, ilişkinin farklı kanun hükümlerine tabi tutulma ihtimalinden kaynaklanabilecek farklı uygulamaları başlangıçta bertaraf etmektedir. Taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan bir iş mevcut ise, aksi özel olarak öngörülmediği takdirde, Türk Ticaret Kanunu'nun bu sözleşme hakkındaki hükümleri tatbik edilecektir. Diğer borç kaynakları bakımından benzer koordinasyon ihtiyacı elzem görülmemiştir.

TTK¹⁹⁵⁷ döneminde ise, sözleşmelerin tabi olduğu ikili düzen terk edilerek, Türk Ticaret Kanunu'nun adi sahada da yaygın şekilde karşılaşılan sözleşme türlerini düzenlemesinden sarfınazar edilmiştir. Bununla birlikte mülga 865 sayılı kanun döneminde sözleşmeler hakkında tatbik edilen koordinasyon kuralının benzeri, belki muhafazakar kodifikasyon anlayışından, belki de yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden⁸⁶ istifade edilmesinin yarar taşıyacağı düşüncesinden hareketle 6762 sayılı kanuna aktarılmış olabilir.

⁸⁵ *Bilgili/Demirkapı*, s. 7; Kanunlar arasındaki çelişki örnekleri için bkz. *Hırş* (1937), s. 452 vd.

⁸⁶ Alman hukukunda benzer bir düzenleme bulunmaktadır ve bu düzenlemede sadece “sözleşmeler” değil, bir bütün olarak işlemler hareket noktası olarak kabul edilmiştir (bkz. HGB § 345). 1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu'nun (ADHGB) 277'nci maddesinde amaç daha açık bir şekilde ifade edilmiştir. Anılan hükme göre, “Taraflardan biri için ticari iş (niteliği taşıyan) her hukuki işlemde, (kanunun bu) dördüncü kitap hükümleri her iki taraf için de uygulanır, yeter ki bu hükümlerin muhtevasından, işlemin tarafları ile ilişkili olarak ticari işlem olması gerektiği yönünde bir sonuç çıkarılmasın”.

Düzenleme hangi nedenle 6762 sayılı kanuna aktarılmış olursa olsun, lafzı ve pratik faydası dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi yararlı olacaktır⁸⁷.

B. Ticari İşler Hakkında Diğer Tasnif Kriterleri

Ticari işin mevcudiyeti, Türk Ticaret Kanunu'nda mevcut üç temel kriterin yanında, ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelere, diğer taraf için de ticari nitelik kazandıran, sirayet edici bir kriterle tayin edilmektedir. Bu kapsamda olduğu kabul edilen işlere, teknik anlamda ticari işlere ilişkin hükümler tatbik edilmektedir. Ticari işler, öğretide esas itibariyle kanuni tasnife dayalı olarak sınıflandırılmakla birlikte, kanunun ticari işler hakkında sevkettiği hükümler nazara alındığında, bu işler hakkında farklı tasnif ölçütlerinin kullanılabilceği tespit edilmektedir. Kanun hükümleri incelendiğinde, ticari işler bakımından şu ayrımların yapılması mümkündür;

a. Ticari İş Hakkında Olumlu ve Olumsuz Kriterler Çerçevesinde Yapılan Ayrım

Kanuni kriterlerin muhtevası tetkik edildiğinde, kanun koyucunun teknik anlamda ticari işlerin kapsamını belirleme hedefiyle hareket ettiği görülmektedir. Bahsi geçen hedefe ulaşılması bakımından esas itibariyle olumlu, yani işe ticari nitelik veren kriterlerden hareket edilmekle birlikte, istisnai olarak, işin ticari nitelik taşımasını engelleyen kriterlere de yer verilmiştir.

Bir işin ticari nitelik taşıması, istisnai olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, günlük anlamda ticari nitelik taşısa, yani kazanç sağlama hedefiyle gerçekleştirilse dahi, kural işin adi olduğu yönündedir. Bu nedenle, prensip olarak, işin adi nitelik taşıdığı bu konuda sevkedilecek olumsuz bir kriterle belirtilmesi gerekli değildir. Ticari işe dair kriterlerden biri ile uyumlu olmayan iş, adidir. Ne var ki kanun koyucu işler hakkındaki bu genel kuralı istisnai olarak bertaraf etme yolunu da tercih etmiş ve bazı işlerin ticari nitelik taşımadığına dair özel bazı hükümlere yer vermiştir⁸⁸.

⁸⁷ Bkz. aşağıda IV numaralı başlık altındaki açıklamalar.

⁸⁸ Bazı durumlarda ise kanun koyucu, işin ticari niteliği bulunmadığı yönünde olumsuz bir kriter sevketmemekle birlikte, açık bir düzenlemeyle, ticari olmayan hükümlerin tatbikini öngörebilmektedir. Bu tür durumlarda, iş ticari niteliğini kaybetmemekle birlikte, tatbik edilecek hükümler bakımından, işin ticari nitelik taşımasının ehemmiyeti kalmamaktadır. Bu kabilden bir örnek, İİK m. 196/II hükmünde yer almaktadır. Anılan maddeye göre iflas kararı verilmesi, alacaklar bakımından faiz işlemesine engel olmaz, fakat “*Rehinle temin edilmemiş alacaklarda, ticari olmayan işlerdeki faiz oranı uygulanır.*”

Bahsi geçen olumsuz kritere, tacirin borçları bakımından getirilen istisnada tesadüf edilmektedir. Gerçek kişi tacirin borcunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığı durumlarda, ticari nitelik taşımadığına ilişkin kural (TTK m. 19/1, 2), işin ticari niteliği bakımından sevkedilen olumsuz bir kuraldır. Bu sonuç, tacirin borcuna ilişkin karinenin kurucu fonksiyonu bakımından geçerlidir. Kuralın temelinde, gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olan ve olmayan iki yaşam alanının bulunması hakikati yatmaktadır. Kanun koyucu, tacire bu sıfatı veren, ticari işletme ile ilgili sahadaki borçları ticari addetmekle birlikte, bu sahanın dışında kalan ve genel bir ifadeyle “özel yaşam alanı” olarak nitelendirilecek sahadaki “borçların” ticari olmadığını kabul etmiştir. Adi-ticari iş çatışmasında, kanun koyucunun özel olarak belirtmediği durumlarda işlerin adi olarak nitelendirilmesi gerektiğine yönelik kurala rağmen, bir işin özel olarak adi niteliğinin vurgulanması, kanaatimizce özel bir önemi haizdir⁸⁹. Kanun koyucunun tacirin “borçları” bakımından olumlu ve olumsuz kriterlere yer verirken, “alacakları” bakımından neden böyle bir ayrıma yer vermediği meçhuldür. Yine işin ticari niteliğini kaybetmesinde ticari işletme ile olan ilgi esas alınmasına rağmen, tüzel kişi tacirlerde neden böyle bir istisnaya yer verilmediği de belli değildir.

Ticari işler hakkında olumsuz kriter niteliği taşımamakla birlikte, bunun dayanağı olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme, işin diğer tarafı bakımından bu sonucun doğmasına yol açan sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır (TTK m. 19/2). Yasal düzenleme lafzı, esas itibarıyla sözleşmenin diğer tarafı bakımından olumlu bir ticari iş kriteri sevkmesine rağmen, bu konuda istisnanın bulunabileceğine dair yasa lafzı, aynı zamanda kanunun diğer hükümlerinde ticari işlerin diğer tarafı bakımından olumsuz kriter sevkedilebileceğini vurgulaması nedeniyle, olumsuz bir kriter dayanağı olarak değerlendirilebilecektir. Bu özelliği nedeniyle, ticari iş kriterlerini düzenleyen diğer hükümlerden ayrışmakta ve ticari işlerin olumlu-olumsuz kriterler çerçevesinde tasnif edilebileceğine dair bir dayanak teşkil etmektedir.

b. Taraflara Etkisi Yönünden Yapılan Ayrım

Bir işin ticari olarak nitelendirilmesi, o işin tabii olduğu ya da olacağı hükümler bakımından farklı sonuçları gündeme getirebilmektedir. Bu sonuçların tarafların sadece biri ya da tamamı bakımından etki doğurup doğurmayacağı, işin taraflardan biri ya da tamamı bakımından ticari nitelik

⁸⁹ Bu konuyla ilgili olarak bkz. aşağıda IV-B-1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

taşıyıp taşımamasına bağlıdır⁹⁰. Ticari işler hakkındaki kriterler tetkik edildiğinde, işin ticari niteliğinin taraflara etkisinin başka bir tasnif ölçüsü olduğu tespit edilmektedir. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun karineler dışında ticari işlerin kapsamını tayin eden kriterlerde taraf vurgusu yapılmamıştır. Mesela ticari işletmeyle ilgili işlerin ticari kabul edilmesine dair hüküm, bu işin işletmeyi işleten bakımından mı yoksa her iki taraf bakımından da mı ticari olduğuna dair bir sarahatı içermez. Buradan hareketle, işin herhangi bir ticari işletmeyle ilgili olması halinde, sadece işletmeyi işleten bakımından değil, diğer taraf bakımından da ticari olduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir. Ancak özellikle ticari iş karinelerine dair hükümler tetkik edildiğinde, bu işin sadece bir taraf bakımından, yani ticari işletmeyi işleten bakımından ticari olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁹¹.

Kanunun, ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelerin diğer taraf bakımından işi ticari kılacağına ilişkin düzenlemesi, kriterlerin etkisini esas itibariyle ilgili olduğu taraf bakımından doğurduğuna dalalet etmektedir. Keza tacirin borcuna ilişkin kriter de, işin tarafı bakımından ticari olup olmadığına dair bir kural olarak nitelendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, kanunun ticari iş hakkında sevkettiği kriterin, bu işe taraf olan kişi ya da müessesesyle ilgili olduğunun tespit edilebildiği hallerde, işin münhasıran bu taraf bakımından ticari kabul edilmesi gerekmekte olup, diğer taraf bakımından ticari olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ticari işlerin, tarafları bakımından tasnifinin gerekli olduğunu gösteren dayanak, esas itibariyle ticari iş kriterlerinden ziyade, ticari işlere bağlanan hükümler dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda mesela, teselsül karinesinde, borçlulardan en azından biri bakımından ticari nitelik taşıyan işlerden bahsedilmek suretiyle, işin tarafları bakımından ayrı ayrı ticari olup olmadığı hakkında değerlendirme yapılabileceği sonucu çıkmaktadır (TTK

⁹⁰ İki taraflı muamelelerin bir taraf için ticari iken, diğer taraf için ticari olmayabileceğine dair değerlendirme hakkında bkz. *Arslanlı*, s. 22

⁹¹ Bkz. *Karayalçın*, s. 145; Ticari işletmeyle olan ilgiyi esas alan kanuni düzenleme, tarafla ilgili açık bir düzenleme içermemektedir. Alman hukukundaki düzenlemede ise, tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari olduğu vurgulanmak suretiyle, işte açıkça taraf vurgusu yapılmaktadır (bkz. HGB § 343). Türk hukukunda böyle bir vurgu olmadığından, ticari işletmeyle ilgi mevcutsa, bu işin her iki taraf için de ticari nitelik taşıdığı yönünde yorum yapılabilecektir ve hatta bu yönde yorum yapılması gereklidir. Alman hukukundakine nazaran Türk hukukundaki bu ayrışmanın, kanunun esas aldığı modern sistemin tatbikiyle alakalı olduğu düşünülebilir. Ne var ki, her ne kadar taraf ayırım ve vurgusu yapılmaksızın, ticari işletmeyle ilgili işlerin ticari olduğu hükme bağlansa da, ticari işlere bağlanan sonuçlar dikkate alındığında, ticari işletmeyle olan ilginin, esas itibariyle işleten taraf bakımından bu sonucu doğurduğu kanaatine ulaşılabilecektir.

m. 7). Keza bileşik faize ilişkin düzenleme, her iki taraf bakımından ticari iş niteliği taşıyan ödünç sözleşmeleri hakkında özel bir düzenleme içermektedir (TTK m. 8/2). Bu hükümden hareketle, özellikle ticari işletmeyle olan ilgiyi esas alan düzenlemenin, işletmeyi işleten tarafla alakalı bir ticari iş kriteri olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Kanun koyucunun, ticari işlere bağlanan sonuçlar bakımından taraflar açısından işin ticari olup olmadığını dikkate alır iken, ticari iş kriterlerinin sevinde, işin hangi taraf ya da taraflar bakımından ticari nitelik taşıdığına ilişkin hüküm sevkememesi, Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işlere ilişkin düzenlemelerine yöneltilebilecek bir eleştiridir.

c. Esas Alınan Sistem Bakımından Yapılan Ayrım

Kanunun uygulama sahasının belirlenmesinde “ticari işletme” kriterinden hareket edildiği TTK¹⁹⁵⁷ gerekçesinde açıkça belirtilmesine rağmen, ticari işlerin belirlenmesinde yardımcı olan kriterler incelendiğinde, farklı sistemlerin esas alındığı tespiti yapılmaktadır. Bu durum, esas alınan sistemin, ticari iş tasnifinde bir ölçüt olabileceğini göstermektedir. Münferit ticari iş kriterleri bakımından mesele tetkik edildiğinde;

Kanunda düzenlenen hususlarla ilgili işlerin ticari olduğuna dair düzenlemede esas alınan kriter, tacir, süreklilik, organizasyon gibi ilave unsurları şart kılmayıp, kanundaki işler olduğundan, kriterin hareket noktasının objektif kriter olduğu söylenebilecektir⁹².

Ticari işletmeyle ilgili işleri esas alan kriter ise modern sistemin bir yansımasıdır. Buna karşın tacirin borçlarını esas alan düzenleme karma karakterlidir. Düzenleme subjektif görüşün bir yansıması olsa da, gerçek kişi tacir sıfatının dayanağı ve konu hakkında getirilen istisna birlikte değerlendirildiğinde, tacirin yanında ticari işletmenin de düzenlemeyi ikmal eden bir kriter olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Taraflardan biri için ticari nitelikteki sözleşmeleri düzenleyen, tamamlayıcı nitelikteki kriter ise, objektif bir işlem olan sözleşmeyi esas aldığından, objektif kriterden hareket edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Mevcut değerlendirmeler ışığında, esas alınan sistem bakımından ticari işlerin kendi içerisinde kanuni tasniften bağımsız olarak sınıflandırılmasının mümkün olduğu tespit edilmektedir. Bu tasnif, özellikle kanun gerekçesinde vurgulanan ticari işletme temelli modern sistemin yanında, diğer sistemlerden de ticari işin kavramsal çerçevesinin çizilmesinde yararlanıldığını göstermesi

⁹² Bkz. *Arslanlı*, s. 7, 12

bakımından önem taşımaktadır. Yapılan tasnifle, ticari işler hakkında sadece modern sistem değil, ticaret kanunlarının uygulama alanını belirleyen kriterlerin hemen tamamından istifade edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

d. Ticari İşin Doğumuna Sebebiyet Veren Unsur Bakımından Ayrım

Ticari işin mevcudiyeti bakımından, işin bir işlem ya da fiilden kaynaklanması arasında kural olarak herhangi bir fark yoktur. Bu durum her üç ticari iş kriteri bakımından geçerlidir (TTK m. 3, 19/1). Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususların bir işlem ya da fiil olması önem taşımadığından, ticari işletmeyle ilgili olan işler ve kanunda düzenlenen hususlar, ticari işin doğumu bakımından benzerlik arz etmektedir. Tacirin borçları bakımından da durum farklı değildir. Ancak burada işlem ya da fiilin tacir açısından borç teşkil etmesi gereklidir. Taciri alacaklı konuma getiren işlem ve fiiller, müstakil bir ticari iş kriteri niteliği taşımamaktadır.

İşe karşı taraf bakımından ticari nitelik veren tamamlayıcı ticari iş kriterinde ise, mevcut bir ticari işin diğer taraf açısından etkisi düzenlenmekte ve işin dayanağına ilişkin unsur bakımından ana kuraldan ayrılmaktadır. Bu tür işlerde, sözleşmeler işin ticari nitelik kazanması bakımından önem taşımaktadır.

Ticari işin doğumuna bazı durumlarda bir hukuki işlem, bazen bir eylem, bazen bir sözleşme, bazen de işin borç doğuran karakteri sebebiyet vermektedir. Bu nedenle doğumuna sebebiyet veren unsur yönünde ticari işler hakkında ayırım yapılması mümkündür ve bunun ticari işler hakkındaki bir diğer tasnif ölçütü olarak mütalaa edilmesi mümkündür. Sınıflandırma ölçütünün değiştirilmesi suretiyle ticari işler hakkında daha fazla ayırım yapılması mümkündür. Ancak özellikle aşağıdaki başlıktaki açıklamalar bakımından yeterli olduğundan, makalenin amacını aşacağından, daha fazla sınıflandırmaya gerek bulunmamaktadır.

IV. TİCARİ İŞ KRİTERLERİ VE TASNİFİ KAPSAMINDA MÜNFERİT SORUNLAR

Mevcut kanun sistemi ve lafzı dikkate alınarak ticari işler hakkında yapılan tasnif, ticari işlerin kapsamına dair münferit meselelerin çözümü bakımından önem taşımaktadır. Aşağıda önce ticari işlerin kapsamına dair bazı meselelere değinilecek ve son dönemde tartışmalara sebebiyet veren faiz meselesi bağlamında ticari işlerin kapsamı hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

1. Ticari İş Kriterleri Arasında “Etkileşim” Sorunu

Mevcut yasal düzenleme tarzına göre, olumlu-olumsuz, tek taraflı-çok taraflı, doğumuna sebebiyet veren unsur gibi farklı ölçütler çerçevesinde bir işin ticari niteliği hakkında değerlendirme yapılması mümkündür. Bu kriterler çerçevesinde, bir iş taraflardan biri için ticari nitelik taşıırken, diğeri bakımından adi olarak nitelendirilebilecektir. Özellikle olumsuz ticari iş kriterinin tatbik kabiliyeti bulabileceği hallere, işin ticari olmadığı hususu, bir kanun hükmüne dayalı olarak ortaya çıktığından, işin iki taraf açısından ticari olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran kriterin tatbik kabiliyeti sorgulanabilir hale gelmektedir. Bu durum, ticari iş kriterlerinden hangisinin diğere nazaran uygulama önceliğine ya da üstünlüğe sahip olduğu gibi bir sorunun doğumuna yol açmaktadır.

Sorunun çözümü bakımından kanunun işe ticari nitelik vermek için öngördüğü olumlu kriterlerin esas itibariyle birbirinin alternatifi olduğu, bunlardan biri bakımından işin ticari olarak nitelendirilmesi halinde, işin ticari nitelik taşıdığı ve ticari işlere dair hükümlerin tatbik kabiliyeti bulacağı yönünde genel bir kabulden hareket edilebilir. Ne var ki, bu genel kabulün isabeti tartışmaya açıktır. Zira ticari iş kriterleri, hem işin tarafları bakımından işin niteliği konusunda ayırım yapmakta, hem de sadece işin ticari nitelik taşımasına ilişkin olumlu değil, aynı zamanda ticari nitelikte olmadığına dair olumsuz hükümleri de içermektedir. Bu ihtimal özellikle tacirin borçları ile ilgili kriterde karşımıza çıkmaktadır. Olumlu ve olumsuz kriterlerin aynı anda bir arada bulunduğu durumlarda, bunlardan hangisinin diğere nazaran üstünlük taşıdığıın belirlenmesi gerekir.

Kanaatimizce bu konuda ticari iş kriterleri arasında bir ayırım yapmak gerekir. Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olmasıyla ticari nitelik taşıyan işler, diğere kriterlere nazaran mutlak niteliği ve işi hareket noktası kabul etmesi nedeniyle üstünlük taşımaktadır. Bu tür işler bakımından tarafların sıfatı, işletmeyle olan ilgi gibi nisbi kriterlere yer verilmeyip, kim tarafından ne surette gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, söz konusu işlerin ticari olduğu kabul edilmiştir. Borçlu konumundaki şahıs, tacir sıfatına sahip olmasa bile, netice değişmeyecektir. Başka bir deyişle, bu tür işlerin taraflarından biri ya da diğeri bakımından ticari olup olmadığı yönünde bir tartışmaya girilmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, işin Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olması nedeniyle ticari nitelik taşıdığı durumlarda, tacirin borcunu belirli koşullarda adi kabul eden hükmün uygulanma önceliği bulunmadığını kabul etmek gerekir.

İşin ticari işletme ile ilgili olması nedeniyle ticari nitelik taşıdığı durumlarda, gerçek kişi tacirin işletmesiyle ilgili olmayan borçlarının ticari iş niteliği taşımadığına ilişkin kural uygulama kabiliyetini yitirmez. Zira her iki kriter birbirinden bağımsızdır ve Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işlere ilişkin hükümleri tetkik edildiğinde, işlerin tarafları bakımından ticari olup olmadığının hususi olarak tetkik edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde her ne kadar taraf vurgusu yapılmaksızın, ticari işletme ile ilgili işlerin ticari olduğu hükme bağlanmışsa da⁹³, bu hükmün ticari işletmeyi işleten taraf bakımından işi ticari kıldığı, diğer taraf bakımından böyle bir etkisinin bulunmadığı sonucu kanunun başkaca hükümlerinden çıkmaktadır⁹⁴. Bu nedenle gerçek kişi tacirin adi borcunun, diğer tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu takdirde, kriterlerden birinin diğerini ticari yapmasından ziyade, her iki kriterin müstakil olarak tatbik edileceği ve taraflardan biri için ticari nitelik taşıırken, diğer taraf için ticari nitelik taşımadığı yorumu yapılması, kanun sistemine uygun bir çözüm tarzı olacaktır. Böyle bir durumda, sözleşmelere diğer taraf için ticari nitelik tanıyan düzenlemenin, ticari iş kriterlerine dair diğer düzenlemelerle, özellikle de tacirin borcu bağlamındaki olumsuz kriterle ilişkisinin tetkiki gereklidir.

2. İşin İki Taraf Bakımından Ticari Olması Sorunu

A. Türk Ticaret Kanunu Bağlamında

Ticari işlerle ilgili Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında, ticari iş kriterlerinin, kural olarak, taraflardan biri için işe ticari nitelik verdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir ticari işin, diğer taraf bakımından etkisine dair düzenleme (19/2), böyle bir sonuca ulaşılmamasını haklı kılan temel gerekçedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2'nci maddesi, bir işin diğer taraf için de ticari olabilmesini iki koşula bağlamaktadır. Bunlardan birisi işin sözleşme niteliğine sahip olması, diğeri ise kanunda aksine bir hüküm bulunmamasıdır.

Türk hukuk öğretisinde, kanunda aksine hüküm örneği olarak, bazen iki tarafı tacir olan ilişkilere dair hükümler⁹⁵ (ör. TTK m. 23), bazen de

⁹³ Yukarıda belirtildiği üzere, Alman hukukunda böyle bir soruna mahal verilmemesi bakımından, ticari iş kriteri tayininde açıkça taraf vurgusuna yer verilmiş ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari olduğu hükme bağlanmıştır. Bkz. HGB § 343

⁹⁴ Bkz. yukarıda III-B-2-c başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁹⁵ Bkz. *Arslanlı*, s. 24. Krş. *Arkan* s. 67; *Arslanlı* eserinin anılan sayfasında mülga 6762 sayılı TTK'nın 21/2'nci maddesi ile ilgili açıklamalarında şu ifadeleri kullanmaktadır: “21 inci maddenin 2. nci fıkrası gereğince, hilafına kanunda hüküm varsa, akit ticari mahiyette telakki edilse dahi ticari iş sayılmaz ve ticari hükümler tatbik edilmez. Yek nazarda mezkûr

tarafardan biri ya da her ikisi için işin ticari olmasını arayan bazı kanun hükümleri gösterilmektedir⁹⁶ (ör. TTK m. 8/2). Ancak lafzi olarak yapılan bir değerlendirmede, öğretide savunulan bu sonuca ulaşılması mümkün değildir. Zira anılan hükümler, işin özel olarak bir taraf ya da her iki taraf bakımından ticari olmasını engelleyen hükümler olmayıp, sadece tatbikini bu koşula bağlayan hükümlerdir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini tayin eden kriter, esas itibarıyla TTK'nın 19/2'nci maddesidir⁹⁷. Mesela taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan bir ödünç sözleşmesi, TTK m. 19/2 hükmü uyarınca diğer taraf için de ticari nitelik taşıyor ise, TTK m. 8/2'nin koşul olarak aradığı, iki taraf bakımından ticari iş niteliğinde olan bir ödünç sözleşmesi, kanun lafzına göre mevcuttur. TTK m. 8/2, bu sözleşmenin diğer taraf için ticari olmasını engelleyen bir kanun hükmü olmamasına rağmen, öğretide bu nitelikte bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁸.

Örnek verilen TTK m. 8/2 ve 19/2 hükümlerine dair öğretideki değerlendirme, kanaatimizce Türkiye'de ticaret kanunlarının tarihi gelişim süreci ile açıklanabilir. Türk ticaret kanunlarındaki hükümler büyük ölçüde, iktibas suretiyle oluşmuştur⁹⁹. Bu nedenle, hükümlerin yabancı orijinaline uygun şekilde anlaşılması ve yorumlanması, müellifler tarafından isabetli bir çözüm tarzı olarak telâkki edilebilir. Bu bağlamda, TTK m. 19/2 hükmünün tam olarak menşei tespit edilemese de, düzenlemenin Alman hukukundaki muadili dikkate alındığında, Türk öğretisindeki değerlendirmenin, neden madde lafzı ile uyumlu olmadığı anlaşılabilir. Alman Ticaret Kanunu HGB'nin 345'inci maddesi "*Taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan*

istisnaya binaen, yani aksine hüküm varsa bir taraf için ticari olup diğer taraf için gayri ticari olan muamelelerde, kanunun, umumi hükümlerin tatbikini derpiş ettiği mülâhaza edilebilir. Hakikati halde kanun bu istisna ile muamelenin mahiyetinden ziyade tarafların sıfatını göz önünde tutmuştur. Mesela (tacirler arasındaki satış ve mal değişimi sözleşmesini düzenleyen) 25. inci maddenin tanzim ettiği hükümler sırf tacirler arasındaki münasebetlere tatbik olunur".

⁹⁶ Bkz. *Karayalçın*, s. 146

⁹⁷ Kısmen aynı yönde bkz. *Arkan* s. 69. Yazar anılan sayfada teselsül karinesi ile ilgili olarak, borçlu bakımından işin ticari olmasını arayan düzenlemedeki koşulun, alacaklı bakımından ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler vasıtasıyla (TTK m. 19/2) sağlanabileceğini belirtmekte; bileşik faiz hükümlerinin tatbik kabiliyeti bulabileceği ödünç sözleşmeleri (TTK m. 8/2) bakımından ise TTK m. 19/2 vasıtasıyla işin diğer taraf için ticari mahiyet kazanamayacağını belirtmektedir. Bkz. s. 85. Krş. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s.66

⁹⁸ Bkz. çoğu yerine *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s.66

⁹⁹ Tarihi gelişim ile ilgili olarak bkz. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 7 vd.; *Bilgili/Demirkapı*, s. 6 vd.; Türk Ticaret Kanunu'nun kaynakları ile ilgili olarak bkz. *Ayhan/Özdamar/Çağlar*, s. 56 vd. TTK¹⁹⁵⁷ bakımından *Karayalçın*, s. 112 vd.

hukuki işlemler hakkında, ticari işlere dair hükümler her iki taraf için de uygulanır; yeter ki bu (ticari işlere dair) hükümlerin muhtevassından aksine bir sonuç çıkmassın.” hükmünü içermektedir¹⁰⁰. Alman Ticaret Kanunu, ticari işlere dair hükümler aksini öngörmediği müddetçe, taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan hukuki işlemler bakımından, ticari işlere dair hükümlerin tatbikini öngörmesine rağmen; Türk Ticaret Kanunu, taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelerin, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, diğeri için de ticari olduğunu öngörmektedir. Türk Ticaret Kanunu, ticari işleri düzenleyen hükümlerin muhtevasına bir atıf içermeyip, doğrudan tamamlayıcı mahiyette ticari iş kriteri sevkederken, Alman Ticaret Kanunu ticari işlere dair hükümlerin uygulama sahasını ve koşullarını tayin etmektedir. Öngörülen koşul, ticari işe sonuç bağlayan hükmün muhtevasıdır. Türk Ticaret Kanunu ticari işe sonuç bağlayan hükmün muhtevası ile ilgili olmayıp, doğrudan işi ticari olmaktan çıkaran aksine bir hükmü koşul olarak aramaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, Türk öğretisi, Türk Ticaret Kanunu hükmünü, Alman hukukundaki lafza uygun olarak değerlendirmektedir.

Türk öğretisindeki değerlendirme hakkında yapılan bu tespit, öğretilerdeki değerlendirmenin isabetsiz olduğu şeklinde değil, belki olması gereken hukuk bakımından, kanun lafzının isabetli olmadığı ve öğreti tarafından düzeltme çabası şeklinde anlaşılabilir. Ne var ki, kanun lafzı halen açık biçimde, kanunda aksine hüküm bulunan hallerde, bir sözleşmenin diğeri için ticari olmayacağına dair bir kuralı içermektedir. Yasa lafzından hareket edildiğinde, kanunda bir işin ticari olmadığına dair bir hükmün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Başka bir deyişle, ticari işlere dair olumsuz bir kriterin bulunup bulunmadığı tetkik edilerek, böyle bir kriter bulunduğu TTK m. 19/2’de yer alan tamamlayıcı kriterle ilişkisinin değerlendirilmesi gereklidir.

Yukarıda ticari işlere dair olumsuz kriterler tetkik edilirken, Türk Ticaret Kanunu’nun tacirin borcuna ilişkin düzenlemesinde (TTK m. 19/1, 2), tacirin borcunun belirli koşullar altında ticari olmadığına dair bir hükmü yer verildiği tespiti yapılmıştı. Bu nedenle anılan hükmün, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerin, diğeri için işi ticari hale getiren düzenlemenin (TTK m. 19/2) kanuni bir istisnası olup olmadığı tartışılması gereklidir¹⁰¹.

¹⁰⁰ Anılan düzenlemenin Almanca metni şu şekildedir. “Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt.”

¹⁰¹ Bu tür bir tartışma mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde yaşanmıştır. Bu tartışmanın

Türk hukuk öğretisinde, hangi hükmün diğerine nazaran öncelik taşıdığı konusunda hâkim görüş, Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2 maddesinin, 19/1, 2'ye nazaran üstünlük taşıdığı yönündedir¹⁰². Somut bir örnekle ifade etmek gerekir ise, evi için ihtiyaç duyduğu bir buzdolabını satın alan tacir, bu durumu sözleşmenin akdi sırasında karşı tarafa bildirmiş ise, bu iş kendisi bakımından TTK m. 19/1, 2 hükmüne göre adi nitelikte bir iştir. Buna karşın buzdolabını, bu işlerle meşgul bir ticari işletmeden satın almışsa, TTK m. 3 uyarınca iş ticari işletme bakımından ticari nitelik arz etmektedir. TTK m. 19/2 hükmünün bu tür ihtimaller bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, hâkim öğretisi olumlu cevap vermekte, ticari işletme bakımından ticari nitelik taşıyan bu sözleşmenin, diğer taraf konumundaki tacir bakımından da ticari olduğunu kabul etmektedir.

Hâkim öğretinin bu yaklaşımı, TTK m. 19/2 hükmünün lafzı ile uyumlu görünmemektedir. Zira TTK m. 19/2 hükmü, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerin her halükarda karşı taraf için ticari olmasını öngörmekte, sadece kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde bu sonucun doğabileceğini kabul etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 19/1, 2'nci maddesinde, bu işin ticari mahiyet taşımadığını öngören açık bir düzenleme vardır. Türk öğretisinde azınlıkta kalan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece *Ayhan* tarafından benimsenen bir diğer görüş, tacirin borcunun belirli hallerde ticari olmadığına dair düzenlemenin, TTK m. 19/2 hükmünün kanuni bir istisnası olduğunu, bu tür hallerde arada sözleşme bulunsa dahi, işin karşı

temelinde, mülga kanununun 19 ve 23'üncü maddelerinden hangisinin diğerine nazaran öncelik (üstünlük) taşıdığı meselesi yatmaktadır. 19'uncu maddenin ilk cümlesi, bir arazi sahibi ya da çiftçinin ürünlerinin satışının adi iş olarak nitelenmektedir. Buna karşın kanununun 23'üncü maddesi, taraflardan biri için ticari nitelikteki sözleşmeler hakkında, kanunda aksine hüküm olmadığı takdirde Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Bu iki hükmün çatıştığı somut bir olayda Temyiz Mahkemesi, ihtilafın Ticaret Dairesi tarafından çözümlenmesi gerektiği yönünde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı ile (TMHU 27.02.1929 T ve 8/3 numaralı Tevhidi İçtihat Kararı, RG 01.05.1929, sa. 1181), taraflardan biri için ticari nitelikte sözleşmenin mevcudiyeti halinde, Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmek suretiyle, bu hükmün diğer hükme nazaran önceliğinin bulunduğunu kabul etmiştir. *Hirş* de kanununun 19'uncu maddesindeki düzenlemenin amacından hareketle, karara iştirak ettiğini beyan etmektedir. Kararın tahlili için bkz. *Hirş (1940)*, s. 791 vd. Temyiz mahkemesi kararına konu ihtilafı, konu ile ilgili bir örnek olarak tetkik eden *Arslanlı* da, meri hukuk bakımından karardaki neticeye iştirak etmekle birlikte, olması gereken hukuk yönünden tenkidini dile getirmektedir. Bkz. *Arslanlı*, s. 23

¹⁰² Bkz. *Arslanlı*, s. 25; *Ülgen*, (*Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan*), s. 66; *Arkan*, s. 67. Yazar anılan sayfada, işin TTK m. 19/2 uyarınca her iki taraf bakımından ticari nitelik taşıdığını kabul etmekle birlikte, tacirin tüketici sıfatıyla hareket ettiği hallerde, tüketicinin korunmasına dair mevzuatın uygulama önceliği nedeniyle, ticari hükümlerin tatbik sahasının daraldığını vurgulamaktadır.

taraf bakımından ticari olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır¹⁰³. Öğretide *Ayhan* bu görüşünde yalnız olsa da, kanun lafzı dikkate alındığında, Türk Ticaret Kanunu'nun 19/1, 2 maddesinin, 19/2'ye tekaddüm ettiğinin kabulüne dair değerlendirmesinin isabet taşıdığı kanaatindeyiz. Zira ad-ticari iş ikileminde, işe ticari niteliği veren bir yasal kriterin bulunmadığı hallerde, işin adi olduğunun kabul edilmesi kural olmasına rağmen, kanun koyucunun tacirin borcuna ilişkin kriterde özel ve açık bir düzenleme ile işin ticari olmadığını öngörmesi, bu tür işlerin istisnai karakterini göstermektedir. TTK m. 19/2 düzenlemesinin açık lafzı, kanunda aksine bir düzenlemenin bulunması halinde, 19/2 hükmünün uygulanma önceliğini yitireceği yönündedir. Kanaatimizce, aksine düzenleme kapsamına, istisnai nitelikteki bu hükmün girdiğini kabul etmek gerekir.

Ayhan konu hakkında değerlendirmelerini ortaya koyduğu eserinde, meselenin Türk Ticaret Kanunu'nda sadece tacir bakımından dikkate alınmasını tenkit etmekte ve TTK m. 19/1, 2 hükmü çerçevesinde sadece tacir esaslı bir yaklaşımın hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getireceğini dile getirerek, meselenin sadece tacir değil, tüketici bağlamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁰⁴. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu lafzı, belirli koşullar dahilinde tacir bakımından ticari nitelik taşımayan bir işin, TTK m. 19/2 hükmü çerçevesinde, bu sıfatı taşımayanlar bakımından ticari olması gibi çelişkili bir sonucu beraberinde getirmektedir. Bu konuda, Ticaret Kanunu'nun tüketici hakkında bir düzenleme yapmasının beklenemeyeceği, tüketicinin kendi mahsus kanununda himayesinin gerekli olduğu iddia edilebilir. Kanaatimizce bu meselede tüketicinin özel bir kanunla muhafazasına lüzum yoktur. Zira TTK m. 19/1, 2 hükmü en genel anlamıyla, gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan borçlarının, ticari olmadığını hükme bağlamaktadır. Bahsi geçen borçlar, tacirin özellikle tüketime yönelik adi sahasıyla ilgilidir. Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemedeki amacı, tüketime ilişkin bu sahanın, ticari sahadan soyutlanmasıdır. Yoksa tacir sıfatını taşıyanların, bu sıfatı bulunmayanlara karşı imtiyazlı şekilde himayesi değil.

Türk Ticaret Kanunu'nun tacirin borcuna ilişkin düzenlemelerinin, özellikle tüketim sahasına işaret ettiğini bu surette tespit ettikten sonra, tüketici mevzuatının konu hakkındaki hükümlerinin tetkiki gerekir.

¹⁰³ Bkz. *Ayhan* (2012), s. 33

¹⁰⁴ *Ayhan* (2012), s. 34

B. Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bağlamında

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, özellikle ticari işlere bağlanan sonuçlardan biri olan faiz bakımından önem taşımaktadır (bkz. TTK m. 8, 9; 3095 s. K. m. 2). Kanun koyucunun, koruma ihtiyacı içerisinde bulunan tüketici bakımından, özel koruma hükümlerine ve sınırlamalara faiz açısından da yer vermek suretiyle himaye sağlaması, beklenen ve arzu edilen bir neticedir. Ne var ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümlerinde, ticari işler karşısında tüketiciyi koruyan genel bir faiz düzenlemesi yapılmamış, sadece özel bazı hukuki ilişkilerde faizle ilgili koruyucu hükümlere yer verilmiştir¹⁰⁵. TKHK’da yer verilmeyen genel faiz limitleri, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir (bkz. TBK m. 88, 120).

Türk Ticaret Kanunu’nun ticari işler hakkında özel bir kapsam tayin etmesi ve bu tür işler hakkında özel faiz hükümlerinin tatbik kabiliyeti bulması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da, faize ilişkin genel bir koruma hükmünün yer almaması, buna karşın Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) ana para ve temerrüt faizleri hakkında emredici limitlerin getirilmiş olması, öğreti ve uygulamada, hangi hükümlerin hangi durumlarda uygulanacağına dair tereddütleri beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, TBK’daki faiz limitlerinin emredici olması nedeniyle ticari işlerde de uygulanması gerektiği ağırlıklı olarak medeni hukukçular tarafından savunulmaktadır¹⁰⁶. Buna karşın, öğretide ağırlıklı olarak ticaret hukukçuları ve bazı medeni hukukçular tarafından savunulan başka bir görüşe göre, ticari işlerde TTK’nın özel hükümleri tatbik kabiliyeti bulacaktır¹⁰⁷. Konu hakkındaki yasal düzenlemeler dikkate alındığında, bu ikinci görüşün isabetinde tereddüt edilmemelidir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Bkz. Aydoğdu, M./Ayan, S.: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Ankara, 2014, s. 237 vd.

¹⁰⁶ Çoğu yerine bkz. Aydoğdu/Ayan, s. 232 ve aynı sayfada dn. 452’de belirtilen eserler. Ayrıca bkz. 13 HD, 09.12.2013, E.K. 2013/18014-30720 sayılı kararı (Kaynak: Corpus).

¹⁰⁷ Bkz. Poroy/Yasaman, s. 96, 100; Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan), s. 91, 94; Yağcı, K.: Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği, İÜHFY. 2013, C. LXXI, Sa. 2, (s. 421-437), s. 432; Aydoğdu/Ayan, s. 236 ve aynı sayfada dn. 455’de belirtilen eserler. Ayrıca bkz. 19 HD, 18.09.2013, E.K. 2013/10777-14096 sayılı kararı (Kaynak: Corpus).

¹⁰⁸ Meselenin TTK m. 9 ile birlikte değerlendirilmesiyle ilgili olarak bkz. Poroy/Yasaman, s. 97; Orbay Ortaç, N.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz, ABD. Y. 2014, S. 2, (s.117-134), s. 125

Kanaatimizce meselenin nihai çözümünde, ticari iş sahasının nerede hitama erdiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle TKHK'da tüketici ile ilgili genel faiz sınırlarının tayin edilmiş olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira konu ile ilgili normlar, hangi halde hangi hükümlerin tatbik kabiliyeti bulacağına dair kapsam ve sınırları belirlemiştir.

Türk Ticaret Kanunu hangi hükümlerin saklı olduğunu; TKHK hükümleri, hangi kapsamda uygulama kabiliyeti bulacağını ve kendisinin hangi hükümler karşısında öncelik taşıdığını; TBK hükümleri de öngördüğü hükümlerin mahiyetini açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle ticari işlerde Borçlar Kanunu'nun faize ilişkin hükümlerinin tatbik kabiliyetini taşıyıp taşımadığı meselesinden önce, ticari iş sahasının sınırının ne olduğu meselesinin tartışılması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun tacirin borçları bakımından getirdiği, özellikle tüketime yönelik işlerin ticari olmadığına dair (bkz. TTK m. 19/1, 2) sonucun benzerinin, TKHK hükümleri çerçevesinde de çıkartılması mümkündür. Her ne kadar TKHK'da Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120'de olduğu gibi faiz bakımından genel koruyucu bir limite yer verilmemişse de, TKHK'nın kapsamı ve tatbik sahası dikkate alındığında, benzer bir neticeye ulaşılması mümkündür. TKHK'nın 2'nci maddesi, kanunun "tüketici işlemi" ve uygulamalarını kapsadığını öngörmektedir. Anılan kanunun 3'üncü maddesindeki tanımlardan hareketle, tüketici işleminin, ticari ve mesleki amaçla hareket etmeyen şahısların akdettiği sözleşmeler ve yaptıkları hukuki işlemler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁹. TKHK, taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerin, diğer kanunlarla düzenlenmiş olmasının, bu işlemin "tüketici işlemi" olmasını engellemeyeceğini öngörmektedir (TKHK m. 83/2). Belirtilen hal, özellikle ticari iş olarak nitelenen bir işin, taraflarından birinin tüketici olması ihtimali bakımından önem taşımaktadır. Kanun koyucu, işin ticari niteliğinin ortadan kalkmayacağını öngörmekle birlikte, bu durumun tüketici işleminin varlığı hususunda bir etkide bulunmayacağını da kabul etmektedir. Dolayısıyla her ne kadar Türk Ticaret Kanunu tarafından sınır çizilmese de, ticari sahanın belirli bir başka saha ile çatışması durumunda sınır teşkil eden yeni bir ölçüt ihdas edildiğini kabul etmek gerekir. TKHK'nın 83/2 hükmünden, tüketici işleminin varlığının ticari iş olarak nitelendirmeyi engellemeyeceği gibi bir sonuç çıksa da, bu iki tür iş, birbiriyle telif edilebilecek işlerden değildir; bu iki tür işe bağlanan sonuçlar, birbiriyle çelişmektedir. Tüketici işlemleri

¹⁰⁹ Bu tanım, Türk Ticaret Kanunu'nun 19/1, 2'nci maddesindeki istisna hükmüyle büyük ölçüde uyumdadır.

hakkında hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen TKHK m. 83/1 hükmü, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Maddede bahsi geçen genel hükümlerden maksatın, Türk Ticaret Kanunu olmadığına tereddüt yoktur. Özellikle faiz limitinin tayinine ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, bu sonucu teyit etmektedir. Zira ticari işlerde “oran serbestisi ve bileşik faiz” başlığını taşıyan TTK m. 8 hükmü, ticari işlerde faizin serbestçe belirleneceğini hükme bağladıktan sonra, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur (m.8/3). Maddede saklı tutulan tüketicinin korunmasına dair hükümler, genel (anapara-temerrüt) faiz limiti hakkında bir kural içermeyip, konuyu genel hükümlere bırakmaktadır. Burada Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin de genel hükümler kapsamında mütala edilmesi gerektiğine yönelik bir düşünce akla gelebilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin, konu hakkındaki genel hüküm olduğu kabul edilecek olur ise, her iki kanunun karşılıklı olarak birbirine atıf yapması, bir fasid dairenden ibaret kalacak, TTK m. 8/3 hükmünün varlığının bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle TKHK m. 83/1 hükmünde yer alan genel hükmün, faiz bakımından, TBK’nın faiz limitlerine dair 88 ve 120’nci maddelerinin 2’nci fıkralarında yer alan düzenlemeleri olduğunun kabulü gerekmektedir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, Türk Ticaret Kanunu’nun ticari işler hakkında sevkettiği kriterler ve bu işler hakkında öngördüğü hükümler, TKHK hükümleri nedeniyle ciddi şekilde daralmıştır. Bu nedenle ticari saha sınırının, tüketici ile karşılaşılarda hitama erdiğinin kabulü gereklidir. Gerek TTK, gerek TKHK münferit koruma ya da serbesti normları ile değil, kuramsal düzeyde sorunu çözmeyi hedeflemektedir. Her iki kanun kendi tatbik sahalarının sınırını tayin etmiş ve bu saha çerçevesinde meselelerin hallini öngörmüştür. “Ticari iş” – “tüketici işlemi” çatışmasında, “ticari iş”in geniş tatbik sahası, bu ikincisi tarafından artık tahdit edilmiştir. Bu yorum tarzı, özellikle TTK hükümlerine göre adi sahası bulunmadığı kabul edilen bazı tüzel kişi tacirler bakımından da önem taşımaktadır (bkz. TKHK m. 3/1, k).

Sadece faiz limitleri bakımından değil, adi ve ticari işlerde faizi düzenleyen hükümler bakımından da ticari iş-tüketici işlemi ayrımının dikkate alınması ve bu ikincisinin bulunduğu hallerde, artık ticari işlere dair hükümlerin tatbik edilemeyeceğinin kabulü isabetli bir yorum olacaktır. Zira tüketici işleminin bünyesi, ticari işe yabancıdır.

Tüketici işlemi, tüketiciyi koruma anlayışının mahsulü olduğundan, özellikle tüketicinin alacaklı olduğu konumlarda ticari işlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine dair bir düşünce de akla gelebilir. Ancak tüketici işlemi kavramı bağlamında bu tarz bir sınırlama bulunmaması ve ticari işlerde nitelikli faiz hükümlerinin tatbik temelinde, tacirin mahrum kaldığı sermaye karşılığının sağlanması düşüncesinin yatması, tarafını tüketicinin oluşturduğu işlerde, ticari işlere dair hükümlerin uygulanmasının isabetli olmayacağını göstermektedir.

SONUÇ

Ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde, tarihi gelişim süreci içerisinde objektif, subjektif modern ve karma sistem gibi çeşitli sistemler etkili olmakla birlikte, ticari iş kavramı bu kriterlerin yansıtılması bakımından bağlantı noktası ya da araç olarak nitelendirilebilecek bir işleve sahiptir. Ticari iş kavramının, özellikle ticari hükümlerin tatbik sahasını belirleme özelliği, bu işlevin göstergesidir.

1957 yılına kadar ticari iş kavramına, ticari muameleyle sınırlı bir anlam yüklenilmesi, ticaret hukukunun uygulama alanını, bu tarihten sonrasındaki uygulamaya nazaran oldukça daraltmaktadır. Ancak profesör *Hirş* tarafından hazırlanan 1956 tarihli kanunda, ticari iş kavramının, ticari işletmeyle olan ilgi gibi geniş bir kritere bağlanması ve kanunda ticari mevad, muamele, mesail, mukavele gibi tereddüt doğuran kavramların tamamının ticari iş bünyesinde toplanması, ticaret hukukunun uygulama alanını, adi sahaya nazaran genişletmiştir. Bu genişleme, kanun koyucunun adi-ticari saha ilişkisi bakımından ikincisi lehine bir politik tercihte bulunulması anlamını taşımaktadır. 2011 tarihli ticaret kanununda da, geniş ticari sahaya ilişkin korumacı anlayış devam ettirilmiştir. Meseleye faiz hukuku bağlamında yaklaşıldığında, yapılan tercih, oldukça geniş bir kitlenin, ticari işlerde faize ilişkin hükümlere tabi olması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir.

Geniş ticari iş sahası ve ticari işlerde mümtaz hükümlerle koruma sağlanması, zaman zaman tüketici sıfatıyla hareket edenler bakımından hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle hukuki ve ekonomik açıdan güçsüz konumdaki tüketicinin korunması bakımından ticari sahanın daraltılması yönüne bir eğilim, son dönemde artmıştır. Bu durum neticede, geniş ticari sahanın daraltılması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Keza, bu gerekçeye dayalı olmasa da, borçlar kanunu hükümlerinden hareketle, ticari sahanın daralmasına yönelik yüksek yargı kararlarına da

tesadüf edilmeye başlanılmıştır. Bahsi geçen kararlar, özellikle ticari işlerde faizin serbestçe belirlenebileceğine dair kanun hükmünün uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Öğretide de benzer eğilimlere tesadüf etmek mümkündür.

Borçlar kanununun faiz oranının tayinine ilişkin sınırlamalarının, ticari işlerde faizin serbestçe belirlenebileceğine dair kuralın uygulamasını bertaraf edip etmediği sorusuna verilecek yanıt, kanaatimizce gayet açıktır ve olumsuz yöndedir. Borçlar Kanunu düzenlemesinin emredici karakteri tartışılmaz olduğu gibi, Ticaret Kanunu düzenlemesinin bu düzenlemenin istisnası olduğu da tartışılmazdır. Bu sonuç, kanunların aynı tarihte yürürlüğe girmiş olması ile de teyit edilmektedir. Zira her iki kanunu yapan aynı meclis, yürürlüğe giren bir kanun hükmünü, yürürlüğe girdiği anda yürürlükten kaldırmak gibi bir amaçla değil, olsa olsa vazedilen kurala bir istisna getirmek amacıyla sevk etmiş olabilir.

Borçlar Kanunu düzenlemesi, ticari işlere ilişkin düzenlemelerin geçerliliğini etkilememekle birlikte, kanaatimizce ticari işlere dair kuralların uygulama alanını daraltan pozitif dayanakların bulunup bulunmamasına göre, Borçlar Kanunu düzenlemesinin etki sahası tayin edilebilir. Bu değerlendirme, ticari iş kavramının kapsamını daraltan yasal düzenlemelerin bulunup bulunmadığı tetkik edilmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Konu hakkında, özellikle bir işin aynı anda taraflardan biri için ticari nitelik taşıırken, diğeri için taşımadığı hallerde, ticari işlere dair hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Gerçi bu değerlendirmenin, Türk hukukunda yapılamayacağı, zira her iki taraf için ticari nitelikteki işin arandığı durumların mevzuatta sınırlı sayıda bulunduğu, böyle bir durumun bulunmadığı hallerde, işin taraflardan biri için ticari sayılmasının yeterli olacağı gerekçesi ileri sürülebilir. Ne var ki bu değerlendirme, konunun açık şekilde düzenlendiği bir sistem bakımından isabetli olabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2'nci maddesi kapsamında olmayan, başka bir deyişle, taraflardan biri bakımından işin ticari olmadığı iddia edilebildiği durumlarda ticari işlere ilişkin hükümlerin uygulanma kabiliyeti sorgulanabilir niteliktedir. Eğer kanun koyucu, bir işin taraflardan biri için ticari nitelik taşımadığını açıkça öngörmüş ise, bu iş anılan taraf bakımından ticari nitelik taşımayacak ve ticari hükümlerin uygulama kabiliyeti tartışılabilir hale gelecektir.

Türk hukukunda, işin ticari niteliği bakımından esas itibarıyla olumlu kriterlere yer verilmekle birlikte, tacirin borcuna ilişkin kriterde, işin aynı

zamanda ticari olmaması ile ilgili bir kurala da yer verilmiştir. Anılan kuralla, gerçek kişi tacirin adi sahasını ilgilendiren işlerinin ticari olmadığı yasal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu borcun bir sözleşmeye dayalı olması halinde, diğer taraf için ticari olması, öğretideki hâkim görüşün aksine, işi tacir bakımından ticari hale getiremeyecektir. Zira çift taraflı ticari iş karinesi, kanunda aksine hüküm bulunmaması koşuluna bağlıdır ve gerçek kişi tacirin adi sahasındaki borçlarının ticari olmadığına dair aksine kural, aynı kanunda hükme bağlanmıştır. Adi sahadaki tacir borçlarının ticari olmadığına ilişkin kural, yorum yoluyla, tüketiciler bakımından da uygulanabilecektir. Borçlu konumuyla doğrudan ilişkili bulunan faiz kuralları, bu yoruma göre taraflardan biri için ticari iş olarak addedilemeyeceğinden, ticari işlerde faize ilişkin kuralın, özellikle tacir olmayanlar hakkında uygulanma kabiliyeti tartışılabilir hale gelmektedir. Her ne kadar ticari işlerde faize ilişkin kural ya da kurallar, işin her iki taraf bakımından ticari iş olması gibi bir koşul aramasa da, taraflardan biri açısından işin ticari olmadığına yönelik savunmanın yapılabildiği durumlarda, artık ticari işlere ilişkin kuralın tatbik kabiliyeti tartışmaya açık hale gelmektedir.

Ticari işlere ilişkin sınır çizen Türk Ticaret Kanunu hükmü yanında, tüketici hukuku düzenlemeleri de, ticari sahadaki daralmanın bir başka boyutunu ya da dayanağını oluşturmaktadır. TKHK m. 83/2, taraflardan birinin tüketici olduğu işlemleri, tüketici işlemi olarak değerlendirmektedir. Bir işin aynı anda hem tüketici işlemi hem ticari iş olması, birbiriyle telif edilebilecek bir durum değildir. Zira tüketici işlemi bulunan durumlarda, tüketicinin korunması hakkında kanun hükümleri uygulama kabiliyeti bulmaktadır (m. 2) ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır (TKHK m. 83/1). Bahsi geçen genel hükümlerin, ticari işlere dair kurallar değil, borçlar kanununun adi sahadaki koruyucu hükümleri olduğunu kabul etmek gerekir. Aksine yaklaşım, koruma amaçlı tüketici hukuku ve tüketici işlemi ile bağdaşan bir sonuç değildir.