

TİCARET HUKUKU İLMİ *)

III

Anglo - Amerikan Hukuk muhitinde Ticaret Hukuku, Hukuk ilminin bir kısmı olarak kabul edildiği hâlde, yan yana konan Ticaret Hukuku müesseselerinin yekdiğerile olan münasebetleri araştırılmamıştır. Bu meyanda *Brewster*'in gayetle karakteristik bir risalesini zikredebiliriz ³⁶⁾. *Brewster* bu yazısında, Common Law'ın Ticaret Hukukunu alâkadar eden normlarının tedvinini tasvib etmektedir. Fakat yazısında, Ticaret Hukuku normlarını adî Hukuk normlarından ayıracak bir kıstasa tesadüf edilmemektedir. Umumiyetle İngiliz hukuk kitaplarında ve diksiyonerlerinde ayırd edilen normlar için bir sebep gösterilmemektedir. *Smith*'in methalinde şöyle bir mülâhazaya tesadüf etmekteyiz :

"Borçlar Hukukunun diğer kısımlarile Ticaret Hukukunun hududu zarureten biraz keyfî olacaktır.,, ³⁷⁾.

Fakat bu cümleyi takiben bir araya topladığı ortaklık, anonim şirketi, agensy, senedatı ticariye, nakliyat mukaveleleri, navlun mukaveleleri, sigorta, alım satım, terhin, istikraz, kefalet, borç, teminat, konkordato, hacız ve iflâs gibi müesseselerin neden bir araya getirildiğini izah etmiyor. Müellifler de bu hususta sükût ettiklerinden, normların sistematik bir tarzda tanzimi için esas olabilecek direktif bir kaideye de rastgelinmemektedir. Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku olarak telakki edildiğinden, intizama karşı duyulan ihtiyacı tatmin için, münferid borç nevilerinin izahından evvel, umumî bir kısmın başa konmasile iktifa edilmektedir. Mün-

*) Baş tarafı geçen sayıdadır.

³⁶⁾ A Commercial Code (American Law Review 37/1903/348)

³⁷⁾ SMITH-GUTTERIDGE, A Compendium of Mercantile Law (1931)

ferid borç nevilerinin sıraları da oldukça keyfidir. Keyfi olması da zarurîdir. Sistemsizlik kaidesi her halde İngilizlerin, Hukukun mahiyeti hakkında sahip oldukları kanaat, ve bu kanaat yüzünden toplu bir tevhide karşı duydukları ürkeklikle, alâkadardır. Muntazam bir sistemin eksikliği yalnız İngiliz Ticaret Hukukuna has bir hususiyet değildir. Umumiyetle bütün İngiliz hukukunun izahında bu noksanlık hissedilmektedir. Hukukun alfabetik bir surette izahı da bu tarzı telakkiden ileri gelmektedir. ³⁸⁾ Başka şekillerdeki tedkikler ise "Digest," tabirinin başlık olarak intihap edilmesinden de anlaşılacağı veçhile, yabancı bir nümuneyi hatırlatmaktadırlar.

Kontinental Hukuk muhitinde ve kontinental Hukuk muhiti tarafından tesir altında kalan Hukuk muhitlerinde, Hukukun ilmî bir surette ihatası için sistemleşmeğe karşı duyulan temayül, «Pandektlerin» icra ettikleri tesirden dolayı tabii görülmektedir.

Ticaret Hukukunun, Hukuk ilminin müstakil bir kısmı olarak telakki edilmesi ve bilhassa bu telakki tesiri altında tekâmül etmesi ve bir çok tedvinlere mevzu olması, Ticaret Hukuku normlarının tanzimi ve muhtelif normların birbirinden tefriki ihtiyacını doğurmuştur ³⁹⁾ İlmî tedkikler, kanunun vazettiği nizama, - ki bu nizamda ne kadar olsa ilmî bir sistem tarafından tesbit edilmiştir - uymamışlarsa, *Ticaret* mefhumundan hareket ederler. Ticaret, sanati mutade ittihaz edilen mal alım satımı olduğundan, ticaretin ve Ticaret Hukukunun esas âmilleri kolayca istihrac olunabilir. Alım satımı sanati mutade olarak icra eden şahıslar (tüccarlar ve ticarî müessise), alım satıma mevzu teşkil eden mevad, (eşya, kıymetli evrak, para), nihayet alım satımı yapan şahısların hukukî muame-

³⁸⁾ İngiltere ve dominyonları için: HALSBURY, *The Laws of England* (1924), Amerika Birleşik Devletleri için CYCLOPEDIA OF LAW AND PROCEDURE ve bu kitabın CORPUS JURIS başlığı altındaki son tabını tedkik ediniz.

³⁹⁾ LEVIN GOLDSCHMIDT, *Über die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts und den Zweck der Zeitschrift für Handelsrecht* (Zeitschrift für Handelsrecht I, 1).

ERNST HEYMANN, *Das Handelsrecht und die deutschen Universitäten*, *Juristische Wochenschrift* 1927, 625).

LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III, 2 (1910) 319, 938.

HUVELIN, *L'histoire du droit commercial* (1904)

THALLER, *De la place du Commerce dans l'histoire général et du droit commercial dans l'ensemble des sciences* (*Annales de Droit commercial* 1892, 49, 97, 145, 195, 257).

leleri (muamelâtı ticariye) ⁴⁰⁾. Thöl'ce malûm olan ve bir çok yerlerde tekerür eden bu sistem, Ticaret Hukukunun hususî hukuk normları için, örnek ittihaz edilmiştir. Millî kodifikasyonlarda, iflâs ve ticarî hakkı kazaya dair normlar Ticaret Hukukunun hususî hukuk normları ile birlikte tedvin edilmişlerse, Amme Hukukunu alakadar eden bu normlar için, sistem dahilinde ayrı ayrı fasıllar tahsis edilmiştir. Görünüşte gayetle vazih olan şu sistem :

- 1 — Ticaret Hukukunun şahısları,
- 2 — Ticaret Hukukunun mevzuları,
- 3 — Ticarî muameleler,

münferid bazı müessiselerin şu üç kısımdan birine idhali lâzım-geldiği hallerde, ekseriyetle bizi müşkilâta sokmaktadır. Meselâ ticaret şirketlerine dair hukuk normları birinci kısma mı yoksa üçüncü kısma mı idhal edileceklerdir? Hâl tarzları oldukça muhteliftir. Birinci veya üçüncü kısma idhal etmek istemeyenler, üçlü taksime yeni bir fasıl daha ilâve etmiş olurlar. Deniz Ticareti Hukukunun kapalı ve müstakil bir norm muhitine mâlik olması bu son şıktan istifadeyi mümkün kılmıştır, yani Deniz Ticareti Hukuku umumiyetle hususî bir fasıl dahilinde gösterilmektedir ⁴¹⁾. Fakat buna mukabil iç deniz, nehir ve göllerdeki nakliyata, hava nakliyatına dair normlar, ekseriya kara nakliyatına dair normlarla birlikte, muamelâtı ticariye kısmına idhal olunurlar. Tüccar memurlarının veya mutavassıtlarının hukukî vaziyetleri, ticarî vekil ve ticarî temsile dair normlar, ya şahıslar faslında veyahutta muamelâtı ticariye faslında bulunmakta ve bu suretle birbirine murtabit olan müessiseler keyfi olarak yekdiğerinden ayrılmaktadır ⁴²⁾. Poliçe ve çek, hatta bunlarla birlikte bütün kıymetli evrak bahsi, bazan Ticaret Hukukuna mevzu teşkil eden mevad meyanına, bazan ticarî muamelelerin müstakil bir kısmı veya banka muamelelerinin talî bir faslı olarak muamelâtı ticariye meyanına idhal edilmekte, veyahutta hususî bir başlık altında, Deniz Ticareti gibi, müstakil bir fasıl dahilinde, izah olunmaktadır. Ekseriya Umumî ve Deniz Sigorta Hukukuna ayrılan Sigorta Hukuku aynı akibete uğra-

⁴⁰⁾ EHRENBURG: Handbuch des Handelsrechts I, 24.

⁴¹⁾ LEHMANN - HOENIGER'in kitabı bu meyanda nadir biristisna teşkil etmektedir. Zira Lehmann - Hoeniger, eserinde, Deniz Ticaretine ait normları Kara Ticareti normları ile birlikte izah etmiştir.

⁴²⁾ Meselâ, Türk ve Alaman Ticaret Kanunlarında acenta, tellâl, simsar ve komisyunculara dair vaz edilen normlar.

maktadır. Ticaret siciline, ünvanı ticarete, sanayi mürakabesine, ticarî tahditata, resmî müesseselere, borsalara, mağazalara, Ticaret Odalarına, para ve bankalar gibi hususlara dair Amme Hukuku mahiyetindeki normların yukardaki sistem dahilinde tasnifi hususî bir güçlük arz etmektedir. Gayri kanunî rekabete, alâmeti farikaya, ve buna mümasil ticaret ve sanayiîm himayesine matuf hukuk normlarının tasnifteki yerleri pek muhteliftir. Ticarî teşebbüs bazan şahıslar kısmına, bazan ticarî muamelelerin mevzuu grubuna, bazan da muamelâtı ticariye faslına idhal edilmektedir.

Tasnif şekillerinin kesreti karşısında çıkan müşkülâta taaccüb etmemeliyiz. Çünkü herkes, kendi fikrine göre, hukuk kaidelerinin maksat ve gayeleri ve yekdiğerile olan münasebetleri hususunda, başka bir kanaatta bulunabilir.

Kanun vazileri de bu normların tasnifinde pek büyük meharet gösterememişlerdir. Vazii kanunun meharetsizliği bilhassa Alman ve Fransız Hukukunda açık bir surette görülmektedir⁴³⁾. Buna rağmen muhtelif Ticaret Kanunlarında kabulü iddia olunan enfüsî, âfakî ve muhtelit sistemlerden bahsetmek bir itiyad haline girmiştir⁴⁴⁾. Bu tasnif sisteminde hukukî rabıtaya-ki bu rabıtaya istinaden normların Ticaret Hukukuna olan aidiyeti tesbit olunacaktır - pek fazla ehemmiyet verilmektedir. Eğer Ticaret Hukuku, muayyen şahıslara (tüccarlara) mahsus hususî bir hukuk, yani tüccarların hukuku ise, buna enfüsî sistem deniliyor. Eğer Ticaret Hukuku, muayyen hukukî muamelelere, fiillere (ticarî muamelelere) mahsus hususî bir hukuk, yani ticarî muameleler hukuku ise, buna âfakî sistem deniliyor. Nihayet Ticaret Hukukundan, tüccarların ve ticarî muamelelerin hukuku kastediliyorsa buna da muhtelit sistem deniliyor.

Bu taksime karşı bir çok tenkidler yapılabilir. Çünkü her üç sistemde, normların tefrik ve tayininde ittihaz edilen kriteriyum, muamelâtı ticariye mefhumdur. Bu, âfakî sistem için gayrı kabili

43) SCHREIBER, Grundgedanken zum System eines künftigen Handelsrechts (Veröffentlichungen der Vereinigung der Handelsrechtslehrer deutscher Hochschulen 1-1928-44).

44) WIELAND, Handelsrecht 1, 49.

HARTENSTEIN: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil-und Handelsrecht des In-und Auslandes IV (1933) 709.

LYON-CAEN et RENAULT: Traité de Droit Commercial 1 (1921) nr. 87.

BOLLAFFIO-VIVANTE: Il Codice di Commercio Commentato 1 (1922)

münakaşadır. Alman Ticaret Kanununca kabulü iddia olunan enfüsi sistem için de aynı mülâhaza carîdir. Alman Ticaret Kanununun birinci maddesi mucibince, muamelâtı ticariyeyi sanâtı mutade olarak icra eden şahıs, tüccardır. Kanun tarafından tasrih edilen muamele nevilerinden birini mevzu ittihaz eden her işletme, ticarî bir işletmedir. Ticarî işletme, Hukuk ilminin ticarî muamelât ile tavsif ettiği müteaddit hukukî muamele ve vakıaların birlikte icrayı tesir etmesinden husule geldiğinden, ticarî muameleler, enfüsi sistemde de merkezî mefhum halindedir. Enfüsi sistemde de, kimin tüccar olduğunu tayin edebilmek için evveleminde, hangi muamelelerin muamelâtı ticariyeden madud olduklarını bilmeliyiz. Zira muamelâtı ticariye, sanâtı mutade olarak icra edildiği takdirde, işletmeye, ticarî işletme, işletene de, tüccar vasfını verirler. Eğer Alman Ticaret Kanununun 343 üncü maddesine istinaden, tüccar mefhumunun, ticarî muamelât mefhumunu tayin ettiği iddia olunuyorsa, bu iddia umumî şekilde tasvib edilemez. Alman Ticaret Kanununun 343 üncü maddesi, 1 inci maddenin ikinci fıkrasında tasrih edilen muamelelerin sanâtı mutade olarak icrası halinde, ticarî muamelâtdan madut olacağını söylemektedir (Ana ticarî muameleler). Bu muameleler, tüccarın başka bir gaye uğrunda işlettiği ticarî müessise dahilinde yapılsalar dahi, ticarî muamelâttan addolunurlar. Demek oluyor ki, bu muamelelere, Fransız sisteminden mülhem olarak, mutlak bir mahiyet atfedilmektedir. Bu muameleler haricinde, bir tüccarın icra ettiği ticarete merbut olan (ferî) veya ticarî muamelelerini teshil eden muameleler de ticarî muamelâttan maduddurlar. Bunlar da Fransız doktrinine yabancı değildir.

Enfüsi sistem ile âfakî sistem arasındaki fark, Ticaret Kanununda tadad edilen muamelelerin mutaden icra edilip edilmemesinde, bulunmaktadır. Sübjektif sistemde Ticaret Kanununun tatbiki, ancak Ticaret Kanununda tadad edilen muamelelerin, mücerred olarak değil de, sanâtı mutade olarak icra edilen bir faaliyet çerçevesi dahilinde yapılması şartına bağlı iken ; objektif sistemde, ticarî muamele olarak tavsif edilen her muamelenin, diğer bir şartın tahakkukuna ihtiyac görülmez, Ticaret Kanununa tâbi olacağı iddia olunmakta, muamelenin iktisadî hususiyeti afakî kriteriyum olarak kâfi görülmektedir. Fakat bu fikir, yalnız istisnâî ve tarihen kabili izah hallerde, doğrudur (Poliçenin imzası). Fakat diğer taraftan, Fransız Ticaret Kanununun 632 inci maddesinin de gösterdiği veçhile, bir tek muamelenin hususiyetinin takdiri, fazlasıyla enfüsi âmiller tahtı tesirindedir (Meselâ âhare bey niyeti). Enfüsi âmiller

kaideten planlı faaliyet = teşebbüs = ticarî işletme = müessise şekilleri dahilinde tezahür etmektedirler 45).

Bir muameleyi, planlı bir faaliyet çerçevesi içine idhal edebilmek ve bununla "ticarî muamelât,, mefhumunun tayinindeki keyfi âmilleri bir dereceye kadar azaltmak için, muhtelif kanun vazilerinin bu mefhumu sarahaten veya zımnen istimâl edişlerine taaccüb edilmemelidir. Wieland, objektif bir sisteme istinad eden Ticaret Hukukunun hiç bir zaman mevcut olmadığını ve böyle bir hukukun gayri kabili tatbik olacağını, pek doğru olarak söylemiştir. Mücerred sübjektif bir sisteme istinad eden Ticaret Hukuku ne mevcut idi ve ne de mevcudiyeti tasavvur olunabilir. Çünkü tüccar mefhumu hususî bir faaliyet tarzına, yani "ticarî muamele,, tabirile tesmiye edilen tipik muamelelerin sanatı mutade olarak icrasına bağlıdır. Alman vazii kanunu dahil olduğu halde, bütün kanun vazileri bu vaziyeti bilerek veya bilmiyerek hesaba katmışlardır 46). Kanun vazileri, derecesi mütefavit olsa bile, maddî bir prensipe değil energetik bir prensipe taraftardır. Bir muamelenin ticarî olup olmadığını tayine mesned olan unsur, hukukî rabıta, ne müşahhas hukukî muamelenin istihdaf ettiği iktisadî gaye ve ne de onu icra eden şahıstır. Ancak ticarî şekilde icrayı sanattır, ticarî işletmedir, yani "stationnaire,, bir organizmdir. "Stationnaire,, tabirinden, haricî şekli nisbetten müstakar olan, fakat hakikatta sükûnet halinde bulunmayan, cüzülerinde daimî bir değişikliğe tâbi olan bir organizm, anlaşılır. (Misal: akan su dalgaları...). Alman kanununa göre, Ticaret Hukuku normları, bir şahsa tüccar olduğu için tatbik edilmez, icra ettiği sanat neticesinde kendisine tüccar vasfı izafe ediliyorsa, tatbik edilir 47). Fransız ve İtalyan Hukukuna göre, Ticaret Hukuku normlarının bir vakaya tatbiki, o vakanın diğer hususlardan alâkası katedildiği halde, muamelâtı ticariyeden madud olmasından ileri gelmez, Ticaret Hukuku normlarının o vakaya tatbiki için, kanunun zımnen kabul ettiği çerçeve içine girmesi lâzımdır 48).

Bu görüşe istinaden, bütün kanunlarda müşterek olan bir hal, yani aynı hukukî muamelenin bir taraf için Kanunu

45) «Gewerbebetrieb» (Alman Ticaret Kanununun 1 ve 2 inci maddeleri), «entreprise» (Fransız Ticaret Kanununun 632 ve 633 üncü maddeleri), «impresa» (İtalyan Ticaret Kanununun 3 üncü maddesinin 6, 7, 8, 9, 10, 13. ve 21 inci fıkraları).

46) SCHREIBER, loc. cit. 45, 46.

47) EHRENBURG: Handbuch des Handelsrechts 11, 13.

48) BOLAFFIO-VIVANTE, loc. cit. 5 ve 120.

Medenî ahkâmına, diğer taraf için ise, Ticaret Kanununa tâbi oluşu, kolayca izah edilebilir. (Bir taraflı ve iki taraflı ticarî muameleler). Bir şahıs tarafından yapılan ve birbirine tamamen benzeyen aynı muamelelerin, bir halde Ticaret Hukukuna, diğer halde ise Medenî Hukuka neden tâbi olduğunu da izah etmek kabildir. (Bir malın âhare bey niyetile veyahut ev ihtiyacı için iştirası). Bir şahsın icrayı sanata başladığı anda tüccar addedilmesi ve bu faaliyeti tatil ettiği zamanda tüccar vasfını zayi etmesi gayetle mantıkî görülmektedir. Küçük Tüccar mefhumu (T. K. M. 13 ALMAN T. K. M. 4) ve kollektif, komandit gibi daha ziyade şahsî olan ticarî şirketlerin tam teşekküllü ticarî işletmelere hasrı, sübjektif sistem ile izah olunamaz. Bu hâl ancak işletme faaliyeti ve bu faaliyetin vüsatı bakımından izah edilebilir. İsbatına çalışılan şu fikirlerde ne bir kelime oyunu ne de *de lege ferenda* mülâhazaları caridir 49). Maksud çoktanberi mevcut olan kaide ve şartlardan zarurî olan neticeyi çıkarmaktır 50). Şimdiye kadar yapılan objektif, subjektif, muhtelit sistem tefriki gayri kabili müdafaadır. Eğer Alman Ticaret Kanunu, ecnebî ve daha evvel neşredilmiş kanunlardan farklı ise, bu fark esas mevzuda mevcut değildir, belki aralarında bir derece farkı vardır. Çünkü evvelki kodifikasyon sistemleri için (sathî bir tedkikte) cüz'î bir kıymeti haiz olan "ticarî işletme mefhumu,, Alman Kanununda daha kat'î bir şekilde tebarüz ettirilmiştir 51). Bu meyanda Alman Ticaret Kanununun 2'inci maddesi büyük bir ehemmiyeti haizdir. Büyüklüğüne ve nev'ine göre, ticarî metotlar dahilinde vücuda getirilmiş bir işletme ve idareye ihtiyac gösteren bir müessesenin müteşebbisi, bir unvanı ticaret intihab ve bunu ticaret siciline kaydettirecektir. Ancak bu müessese, ticaret siciline kaydolduktan sonra, ticarî işletme haline girer. Ticaret Hukuku normlarının tatbiki için ne müteşebbisin şahsı, ne de yapılan muamelelerin nev'i bir ehemmiyeti haizdir. Ticaret Kanununun tatbiki için ehemmiyetli olan yegâne nokta, ticarî metotlar dahilinde idare edilen işletme, ticarî işletmedir. "Ticarî işletme,, tabiri uydurma bir mefhum değildir. Muayyen evsaf ve karakterdeki plânlı faaliyetleri bir tabir altında toplayan ve ekonomik münasebetlerin

49) SCHREIBER, Ehrenberg'in bu husustaki kanaatını karakterise ederken, bu sözleri sarf etmiştir.

50) Zentralblatt für Handelsrecht 1928, 347. Studien zu handelsrec hlichen Neuerscheinungen adlı makalesinde, ECKHARDT da buna benzer bir fikre sahibdir.

51) ECKHARDT, loc. cit. 349.

canlı tedkiki ile elde edilen bir mefhumdur. Alman kanununa göre anonim şirketlere, ve buna benzer sermaye şirketlerine Ticaret Hukuku normlarını tatbik edebilmek için "ticarî işletme mefhumu,, zımnen kriteriyum olarak kabul olunmakta, diğer şirketlerde ise bu mefhumun sarahatan ifadesi istenilmektedir. Buradaki hukukî rabıtada, amme ile hususî, "formel,, ile "matériel,, hukukun tefriki, bir kıymeti haiz değildir. "Ticarî işletme,, hukukî rabıtasına nisbet edilebilen ve bu organizmin şartlarını, tesirlerini, tezahürlerini, Amme ve Hususî Hukuktan ayrı bir tarzda, temin ve tahakkuka yardım eden her hukuk kaidesi, Ticaret Hukukuna dahildir.

Son zamanlarda Alman ve İtalyan doktrini, bu organizmi, müteşebbis tabirine tabi olmaksızın (tek şahıs, şirket, korporasyon), teşebbüs tabiri altında, müstakil bir "sujet,, veya "objekt,, haline getirmeğe çalışıyor. Müellifler, bu tarzda yapılan bir tavsif ile, halihazır, Ticaret Hukuku için olmasa bile, istikbaldeki Ticaret Kanunları için, yeni bir hukukî rabıta bulduklarını iddia ediyorlar⁵²⁾. İtalyada, bu telakki tarzı ile, teşebbüsün muayyen bir meslek sınıfına olan aidiyeti, yani korporatif karakteri, gitgide daha fazla ehemmiyet kespemektedir. Teşebbüs, yeni, otonom, meslekî ve korporatif bir hukukun nüvesi olarak kabul ve tasavvur olunmaktadır. Kurunu vustada, tımar, zeamet, angarya kaideleri eski Germen Hukukundan nasıl tefrik ediliyorsa, bugün de teşebbüse dair hukuk kaideleri, hukukun diğer kısımlarından o şekilde tefrik edilmektedir. Buna mukabil, Almanyada, organizasyonun "aynileşmesine,, daha ziyade ehemmiyet atfediliyor. Teşebbüs, bazan bir küllü fiil olarak (*Universitas facti*), bazan bir küllü hukukî olarak (*Universitas juris*), bazan da Aynı Hakların mütecanis bir mevzuu, müstakil bir "objekt,, si olarak telakki edilmekte ve bilhassa bu son telakki

52) RIUZO MAITANI, System des Unternehmensrechts (Hanseatische Rechts-und Gerichtszeitschrift, Abteilung A, 1985, 337).

OPPIKOFER: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung (1927) ve yapılan aşağıdaki tenkidler :

ECKHARDT (Zentralblatt für Handelsrecht 1929, 171) .

HERBERT MEYER (Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte; germ. Abteilung 48-1928-540) .

RUTH (Archiv für die zivilistische Praxis 129-1928-106) .

LORENZO MOSSA (Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 111-1929-426) .

LORENZO MOSSA (Rivista Diritto Commerciale 26-1928-1-16) .

LORENZO MOSSA (Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi 1-1928-170) .

neticesi olarak da teşebbüse bazan gayri menkul vasfı, bazan da, Fransız *fonds de commerce* nazariyesine intibaken, menkul vasfı atfedilmektedir ⁶⁸⁾.

Bu nazariyeler burada münakaşa edilmeyeceklerdir. Yalnız mevzuumuzu derinleştirmek için "teşebbüs mefhumunun,, hukukî rabıta olarak intihabile, Ticaret Hukuku sisteminin değişip değişmediği veya değişmesi lâzım gelip gelmeyeceği araştırılacaktır. Bu suale kanaatımca menfi bir cevap vermek icab eder. Şimdiye kadar kabul olunan sistemler, "ticarî işletme,, mefhumu (stationnaire organizmi), etrafında toplanmakta idiler. Ticarî işletmenin teşebbüs, işletme, müessise veya başka şekilde tesmivesi sistem bakımından bir ehemmiyeti haiz değildir. Çünkü esas, kullanılan tabir değil, bu tabir arkasında gizlenen ve kasdolunan vakıadır. İş sahasına dahil olan "*fonctionel*,, taraf, işletme ; mâlî hukuka dahil olan "*instrumental*,, taraftan, teşebbüsten tefrik edilse bile yukarıdaki vaziyetlerde bir değişiklik husule gelmez. *Kullanılan tabirlerin bir ehemmiyeti olmadığını gördük. Fakat yapılan "construction'lara,, da ehemmiyet atfedilmemelidir.* Ticarî işletme mefhumu devlete benzer bir topluluk halinde (in nuce) şahsileştiriliyorsa veya küllü hukukî, küllü fiil olarak maddileştiriliyorsa, bunlardan maksad hukukî mahiyetini karakterize etmektir. İstihdam edenle istihdam edilenin, iş sahibi ile iş sermayesinin, müteşebbisle üçüncü şahısların, (müşteriler, diğer müteşebbisler), hukukî münasebetlerini aydınlatmak ve bunları sarih bir formül haline sokmak isteniliyor. Fakat bu tarzı tedkik ile hukuk kaidelerine ve bilvasıta Ticaret Hukuku heyeti mecmuasına başka bir karakter atfedilse bile sistem değişmez : Evvelce olduğu gibi şimdi de "stationnaire teşekkül,, ticarî işletme mefhumunun şartlarını, tesirlerini, tezahürlerini, Amme ve Hususî Hukuktan ayrı bir tarzda temin ve tahakkuka yardım eden her hukuk kaidesi, Ticaret Hukukuna dahildir.

Bilhassa Mossa tarafından İtalyan Ticaret Kanunu taslağına yapılan itirazların sebepleri, münferiden tedkik olunursa, yukarıdaki fikirler daha açık bir surette tebarüz ederler.

Taslağı ihzar eden komisyonun Ticaret Hukukunun ana kaidelerini kâfi derecede tedkik etmedikleri ve bu hususta tam bir kanaat edinmedikleri Mossa tarafından iddia olunmaktadır. Hukukî

⁶⁸⁾ İtalyan ve Rumen Ticaret Kanunlarını projeleri buna beuzer normları ihtiva etmektedirler.

rabita olarak "teşebbüs,, yerine "ticarî muamele,, mefhumu intihab edilmiştir deniliyor. Bu itiraz, yukarıda meriyette bulunan kanunlar hakkında yapılan tenkidlere benzer. Yalnız zahirî görünüşe aldanmamalıdır. Kanun taslağını ihzar eden komisyon, belki bilmeyerek, fakat teklif ettiği normlarla hakikatta ticarî işletmeyi hukukî rabita olarak idame ve muhafaza etmiş, hatta ticarî işletme mefhumunun hususî bir mal birliği vasfını kabul ederek bu noktaya büyük bir ehemmiyet atfetmiştir. Aynı mülâhaza Romen Ticaret Kanunu taslağı için de carîdir. İtalyan Ticaret Kanunu taslağının 3 üncü maddesinde "imprese,, den bahsedilmeyip bunu yerine "operazione ,, den bahsediliyorsa bununla da hukukî vaziyet değişmiş olmaz⁵⁴⁾.

Modern telâkkilere göre, ticarî faaliyet muayyen mevzular üzerinde yapılan alış veriş olmayıp, kazanç kasdile muayyen metodların istimâli olduğu halde, kanun taslağını ihzar edenlerin afakî ticarî muameleleri tadat etmek suretile hatalı bir metoda bağlandıkları, Mossa tarafından tenkid edilmektedir. Lâyihada Alman Ticaret Kanununun 2 inci maddesindeki umumî kaideye benzer bir normun mevcut olmadığı doğrudur. Eğer umumî kaidenin vazettiği hukukî rabita, ticarî faaliyetin esas kriteriyomu olarak umumen tanınmış ve herkes tarafından kabul edilmiş bir kanaata istinad ediyorsa, umumî kaidenin mevcut olmaması bir noksanlık telakki edilebilir. Fakat hakikî vaziyet bunun aksini gösterdiğinden, umumî kaideler vazını terviç eden kanun tekniğinden sarfı nazar edilerek tadat usulünü - yalnız bu usulün birlikte getirdiği «rigidité,, tehlikesinin mantikî bir tefsir ile bertaraf edileceği ümidile - şimdilik muhafaza etmeliyiz. Bir memleketin hakikî bünyesine tamamen vakıf olan bir kimsenin cevab verebileceği bu sual, sistematik mahiyette değildir, daha ziyade teknik mahiyettedir. Aynı hal İspanyol Ticaret Kanunu lâyihasında tekerrür etmektedir. Bu lâyiha da mer'î olan Ticaret Kanundaki sisteme uyarak, Ticaret Kanununda mevzu bahsedilen ve bunlara makes olan hukukî muameleleri ticarî muamelâtan addetmekle iktifa etmiştir: Muğlak olduğu kadar gayrı muayyen olan umumî bir kaide !.

Kanun layihasını ihzar edenlere yapılan son bir tenkid de, modern muamelât için büyük bir ehemmiyeti haiz olan "teşebbüs,, ornanizasyon şeklinin dahilî nizamını ve haricî tesirlerini kafi derecede

⁵⁴⁾ MARTIN WOLFF : Studien zum italienischen Vorentwurf eines Handelsgesetzbuchs von 1925 (Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht 1-1927-511) .

gözetmemiş olmalarıdır. Fakat bu itiraz ile de sistem meseleleriyle hiç bir alâkası olmayan, hakikat halde mevzuda bulunan bir noksanlık tenkid edilmiş oluyor.

İsviçre Borçlar Kanunu gibi korporatif hukuka tamamen muarız olan bir kanunun, Alman Ticaret Kanununun 2 inci maddesine tekabül eden 865 inci maddesinde vazettiği şartların tahakkuku halinde, Ticaret Hukuku normlarının tatbikini istemesi, "ticarî işletme" fikrinin merkez mefhum olarak kabulündeki isabeti bir defa daha teyit etmiş oluyor. İskandinavya gibi modern bir kodifikasyona malik olmayan ve muhtelit mevzulardaki münferid kanunlarla iktifa eden memleketler için de aynı mülâhaza caridir. Ticarî addedebilen muayyen vakalar için hususî hükümler vaz etmekle, İskandinavya kanun vazileri de, ticarî işletmenin hususî bir norm sahasına olan ihtiyacını, bu hususta edindikleri tecrübenin tesiri altında kalarak, kabul etmişlerdir. (Arkası var)

Türkçeye çeviren: T. Hukuk asistanı

HALİL ARSLANLI

Dr. ERNST E. HIRSCH

Ticaret Hukuku Ord. Profesörü