

T. C.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

TİCARİ İŞ KAVRAMI VE SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

YRD. DOÇ. DR. İBRAHİM ARSLAN

HAZIRLAYAN

ÇAĞATAY DAL

044233001001

KONYA 2007

TEZ ÖZETİ

Tez : Ticari İş Kavramı ve Sonuçları

Yazar : Çağatay DAL

Tezimin konusu olan "Ticari iş kavram ve sonuçları" kavramı, ticari hayatta ticari iş ve adi iş ayrımının önemini ve gerekliliğini vurgulamakta olup, esas olarak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 3. ve 21. maddeleri ile başlangıç hükümlerinde düzenlenmiştir.

Ticari işlere uygulanacak hukuk kuralları ile adi işlere uygulanacak hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Türk ticaret hukukunda ticari işlerin tespiti esas olarak TTK'nın 3. ve 21. maddelerinde yapılmıştır. 3. maddeye göre TTK'da gösterilen hususlarla ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari iş sayılmıştır. 21. madde ile de ticari iş karinesi kabul edilmiştir. Bu çalışmanın amacı, ticari iş kavramını ortaya koyduktan sonra, bu kavrama bal hangi sonuçların ortaya çıktığını inceleyerek ticari iş kavramının tespitidir.

İncelemem giriş, üç ana bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde ticari iş kavramı tespit edildikten sonra, ikinci bölümde bunun sonuçları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise yakın zamanda yürürlüğe girmesi beklenen TTK tasarısının ilk iki bölüm üzerinde getireceği değişiklikler incelenmiştir.

ABSTRACT

Thesis : The concept of the commercial business and its results

Writer : Çağatay DAL

The concept of the commercial business and its results, which is the topic of my thesis, emphasizes the importance and necessity of differentiation of the commercial and ordinary business on trading life. It is basically arranged at the beginning decisions and articles 3. and 21. of The Turkish Commercial Law, counted 6762.

The rules of civil law which are put into practice for the commercial businesses and ordinary businesses are different from each other. Determining of the trading businesses is basically made in articles 3. and 21. of The Turkish Commercial Law. According to item 3.; all the treatments, acts and businesses with the matters shown in The Turkish Commercial Law concerned with a commercial company are considered as a trading business. In item 21., circumstantial evidence of trading business is admitted. Aim of this study is to reveal the concept of the commercial business; afterwards, to determine of the concept of the commercial business examining which results related to this concept occur.

My examination consists of introduction, three main chapter and conclusion. In the introduction phase; the concept of the commercial business is determined, in the second phase; its results are investigated. In the third phase; amendments on the first two sections of the written proposal of The Turkish Commercial Law which are being waited for coming into force are examined.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

GİRİŞ.....	I-III
------------	-------

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ İŞ KAVRAMI

A) GENEL OLARAK.....	1
B) TÜRK TİCARET KANUNUNUN 3. MADDESİNE GÖRE TİCARÎ İŞ.....	6
I. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen İşler.....	6
II. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenmemekle Birlikte Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Muamele, Fiil ve İşler	8
C. TÜRK TİCARET KANUNUNUN 21. MADDESİNE GÖRE TİCARÎ İŞ	12
I. Ticarî İş Karinesi.....	12
a) Genel Olarak	12
b) Gerçek Kişi Tacirler Açısından Ticarî İş Karinesinin Geçerli Olmadığı Haller	14
1. İşlem Sırasında Karşı Tarafa Açıkça Bildirilmesi	14
2. Halin İcabı	15
II. Bir Taraf İçin Ticarî İş Mahiyetinde Olan Sözleşmeler	17
a) Genel Olarak	17
b) Unsurları.....	19
1. Sözleşmeden Kaynaklanma Koşulu.....	19
2. Kanunda Aksine Bir Hüküm Olmaması Koşulu.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ İŞ KAVRAMINA BAĞLI SONUÇLAR

A) MÜTESELSİL SORUMLULUK (TESELSÜL KARİNESİ	23
I. Genel Olarak.....	23
II. Adi İşlerde Müteselsil Sorumluluk	26
III. Ticarî İşlerde Müteselsil Sorumluluk (Teselsül Karinesi).....	27
B) FAİZ.....	35
I. Genel Olarak	35
II. Faiz Türleri	37
a) Niteliğine Göre	37
1. Kapital (Ana para) Faizi.....	37
2. Temerrüt Faizi.....	38
b) Kaynağına Göre	39
1. Kanuni Faiz.....	40
2. Akdi (İradi) Faiz	40
c) Hesaplanma Şekline Göre	41
1. Basit Faiz.....	41
2. Bileşik (Mürekkep) Faiz	41
d) Tazminat Faizi	42
III. Adi İşlerde Faiz.....	44
IV. Ticarî İşlerde Faiz.....	46
a) Genel Olarak	46

b) Ticarî İşlerde Faizin Özellikleri	50
1. Öngörülmemiş Olsa Bile Faize Hak Kazanılması	50
2. Bileşik (Mürekkep) Faiz Uygulaması	51
aa) Genel Olarak.....	51
bb) Kapital Faizi Açısından	52
aaa) Cari Hesap Sözleşmelerinde.....	53
bbb) Borçlu Bakımından Ticarî İş Niteliğinde Olan Ödünç Sözleşmelerinde	53
ccc) Ödünç Para Verme İşleri, Bankalar, Tasarruf Sandıkları ve Tarım Kredi Kooperatifleri Hakkındaki Özel Hükümlerde	54
cc) Temerrüt Faizi Açısından	54
3. Faizin Ana Parayı Geçebilmesi.....	55
c) Faiz Oranları.....	56
1. Kapital Faiz Açısından.....	56
2. Temerrüt Faizi Açısından	57
aa) Genel Olarak	57
bb) Kambiyo Senetlerinde	60
cc) Yabancı Para Borçlarında	61
d) Faizin Başlangıcı	63
C) EN YÜKSEK SINIRI AŞAN TİCARİ İŞLEMLERİN HUKUKİ DURUMU.....	64
D) TİCARİ İŞLERDE ZAMANAŞIMI.....	66
E) TİCARİ HÜKÜMLER	69
I. Genel Olarak.....	69
II. Ticarî Hüküm Çeşitleri	70

a) Türk Ticaret Kanunun'da Yer Alan Hükümler (Mutlak Ticarî Hükümler	70
b) Türk Ticaret Kanunun'da Yer Almamakla Birlikte Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Hükümler (Nisbi Ticarî Hükümler	71
III. Ticarî Hükümlerin Uygulanma Sırası.....	73
a) Emredici Hükümler	73
b) Sözleşme Hükümleri	74
c) Ticarî Hükümler.....	75
d) Ticarî Örf ve Adet	76
1. Genel Olarak.....	76
2. Ticarî Teamül	80
e) Genel Hükümler	81
IV. Bir Hükümün Ticarî Olarak Nitelendirilmesinin Sonuçları	82
F) TİCARÎ DAVALAR	83
I. Genel Olarak.....	83
II. Ticarî Dava Türleri.....	86
a) Mutlak Ticarî Davalar	86
1. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlardan Doğan Hukuk Davaları	86
2. Rehin Karşılığı Ödünç Para Verme İşiyile Uğraşanlar Hakkındaki MK m. 962-969'dan Doğan Davalar.....	87
3. Borçlar Kanunu'ndan Kaynaklanan Ticarî Dava Halleri	87
aa) Bir Malvarlığı veya İşletmenin Devralınması ve İşletmelerin Birleşmesi'nden Doğan Davalar	87
bb) Hizmet Sözleşmesi'nde Rekabet Yasağından Doğan Davalar	88
cc) Yayım (Neşir) Sözleşmesi'nden Doğan Davalar	88
dd) İtibar Mektubu ve İtibar Emri'nden Doğan Davalar	89

ee) Alım Satım Komisyonculuğu'ndan Doğan Davalar	90
ff) Ticarî Mümessiller ve Diğer Ticarî Vekillerden Doğan Davalar	90
4. Marka ve Patent ile İlgili Mevzuattan Doğan Davalar.....	91
5. Ticarete Mahsus Yerlere İlişkin Özel Hükümlerde Düzenlenen Hususlardan Doğan Davalar	91
6. Bankacılık Kanunu ve Ödünç Para Verme İşleriyle İlgili KHK'dan Doğan Davalar	92
7. Diğer Kanunlardaki Özel Hükümler Gereği Mutlak Ticarî Dava Sayılan Haller.....	93
b) Nisbi Ticarî Davalar.....	94
c) Taraflardan Birinin Ticarî İşletmesiyle İlgili Olan Davalar.....	95
III. Ticarî Davalarda Görev	96
a) Genel Olarak.....	96
b) Sulh Hukuk Mahkemeleri.....	98
c) Asliye Ticaret Mahkemeleri	98
d) İhtisas Mahkemeleri.....	100
IV. Ticarî Davalarda Yetki.....	101
V. Ticarî Davalarda İspat.....	102
VI. Ticarî Davalarda Usul.....	103
G) TİCARÎ İŞ KAVRAMININ DİKKATE ALINDIĞI DİĞER HUSUSLAR	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TİCARÎ İŞ KAVRAMI VE SONUÇLARIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

A) GENEL OLARAK.....	107
B) TİCARÎ İŞ KAVRAMI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER.....	108

I. Türk Ticaret Kanunu’nun 3. Maddesi İle İlgili Düzenleme	108
II. Türk Ticaret Kanunu’nun 21. Maddesi ile İlgili Düzenleme	109
C) TİCARÎ İŞ KAVRAMINA BAĞLI SONUÇLAR İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER	111
I. Müteselsil Sorumluluk	111
II. Faiz	111
III. En Yüksek Sınırı Aşan Ticari İşlemlerin Hukuki Durumu	112
IV. Ticari İşlerde Zamanaşımı	112
V. Ticari Hükümler	113
VI. Ticari Davalar	113
SONUÇ	115
KAYNAKÇA	117

KISALTMALAR

3095 sy. Kanun	: Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun
age.	: Adı Geçen Eser
Abi.	: Ayrıntılı Bilgi İçin
B.	: Baskı
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sy.	: Sayılı

T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TKK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	: Türk Lirası
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTKT	: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
vd.	: Ve Devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTL	: Yeni Türk Lirası

GİRİŞ

Ticaret hukuku, ticarî faaliyetleri¹ düzenleyen hukuk dalıdır. Ticaret hukuku, özel hukuk – kamu hukuku ayrımında özel hukuk içerisinde yer alır. Ticaret hukuku, bütün özel hukuk alanında geçerli olan irade serbestisi prensibine dayanır ve ticarî hayatın işleyişini düzenlerken sözleşmenin yanlarının hak ve yükümlölükleri arasında denge bulunmasını ve ticarî hayatın kendi kendine işlemlerini gözetir.

Osmanlı İmparatorluğu zamanındaki ilk ticaret kanunumuz 1850 yılında kabul edilen “Kanunname-i Ticaret”tir. Bu kanun Tanzimat dönemindeki hukukta reform

¹ Burada, ticarî faaliyetlerden amaç, TTK anlamında ticarî işlerdir.

alışmalarının bir görünümüdür ve 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra mevcut kanunları ıslah çalışmaları hız kazanmıştır; bu kapsamda 26 Mayıs 1926 tarihinde 865 sy. Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Hızla gelişen ticarî hayata uyum sağlayamayan bu kanunun da değiştirilme ihtiyacı doğmuş; 29.06.1956 tarihinde halen yürürlükte olan 6762 sy. Türk Ticaret Kanunu (TTK) kabul edilmiştir.²

TTK, 1475 maddeden oluşmuştur. Başlangıç hükümlerinde (m. 1-10) ticarî hüküm ve ticarî iş tanımlanmış, ticarî örf ve adetin uygulanma koşulları gösterilmiş; ticarî davalar, zamanaşımı, teselsül karinesi ve faiz konusunda düzenlemeler yapılmıştır. Ancak gelişen ticarî hayatın gereksinimlerini karşılamayan 6762 sy. TTK'nın da değiştirilmesi gündemde olup yeni TTK tasarısı halen TBMM'de komisyondadır.³ Tasarı'da bir yandan AB hukuku ile uyum sağlanmasına diğer yandan da teknolojik gelişmelerin gereksinimlerini karşılanmasına yönelik hükümler konulmuş; ayrıca ülkemizin uluslararası piyasaların bir parçası olabilmesi için gerekli kurum ve kurallara da yer verilmiştir.⁴

² ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsun: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 7, 8.

³ Esas komisyon, Adalet Komisyonu; tali komisyon ise Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabi Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu'dur. Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=36174, 23.05.2007

⁴ Türkiye'nin AB ile "müzakere eden ülke" konumuna gelmesi karşısında, tasarının sadece AB müktesebatı ile uyumlaştırılmasını zorunluluğunu ortaya çıkarmakla kalmamakta, aynı zamanda ileride çıkacak AB yönergelerine de sağlamak, AB'nin ticaret hukuku alanındaki eylem planını izlemek gibi bir görev yklemetedir.TTKT, evraksız kıymetli evrak, konteynerle taşıma, denizlerde petrol kirliliği, yeni kurtarma araçları ve teknikleri gibi teknolojik gelişmelerin de etkisinde kalmıştır. Türkiye bir taraftan AB yeliğine

Ticarî işlere uygulanacak hukuk kuralları ile adi işlere uygulanacak hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Gerçekten de ticarî işlere ticarî hükümler, adi işlere ise genel hükümler uygulanır. Örneğin ticarî satışlarda uygulanacak satıcının tekeffülü hükümleri ile adi işlerde uygulanacak satıcının tekeffülü hükümleri birbirinden farklıdır. Tacir olmanın sonuçları genelde daha ağır şartlar öngörmektedir; örneğin ticarî işlere uygulanacak faiz hükümleri, adi işlere uygulanacak faiz hükümlerinden farklıdır. Yine ticarî ve adi işlerde sorumluluk hallerinde sorumluluğun paylaşımı farklıdır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Sonuç olarak adi işler ve ticarî işler farklı hükümlere tabi tutulduğuna göre, hangi işlerin ticarî iş olduğunun kesin bir şekilde tespit edilmesi, ticarî hükümlerin hangi olaylara uygulanacağını tespiti açısından bir zorunluluktur.

Türk ticaret hukukunda ticarî işlerin tespiti esas olarak TTK'nın 3. ve 21. maddelerinde yapılmıştır. 3. maddeye göre TTK'da gösterilen hususlarla ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticarî iş sayılmıştır. TTK'nın 3. maddesini tamamlayan 21. maddesiyle de ticarî iş karinesi kabul edilmiştir.

Bir işin ticarî iş olmasının tespit edilmesinden sonra bunun ne tür farklılıklara yol açtığını da incelemek gerekmiştir. Ticarî işler açısından, adi işlere göre müteselsil sorumluluk, faiz, zamanaşımı gibi konulardaki farklılıkların yanı sıra ticarî hüküm ve ticarî dava gibi sonuçlar da incelenmiştir.

hazırlanırken, diğer taraftan da uluslararası ticaret, endüstri, finans, hizmet ve sermaye piyasalarının bir parçası olmak zorundadır. Türk işletmelerinin de uluslararası rekabet gücünü haiz, etkin ve güvenilir aktör olması için, uluslararası finansal raporlama standartlarına (IFRS) göre düzenlenmiş ve uluslararası denetim standartları

Bu çalışmanın amacı, ticarî iş kavramını ortaya koyduktan sonra, bu kavrama bağlı hangi sonuçların ortaya çıktığını inceleyerek ticarî iş kavramının tespitinin ortaya konulmasıdır.

İncelememiz bir giriş, üç ana bölüm ve bir sonuç kısmından oluşmaktadır. Çalışmanın ticarî iş kavramı adını taşıyan birinci bölümünde ticarî iş kavramının tespit edilmesine çalışılmaktadır. Ticarî iş tespit edildikten sonra ikinci bölümde ticarî iş kavramına bağlı sonuçlar incelenecektir. Üçüncü bölümde ise yakın zamanda yürürlüğe girmesi beklenen TTK tasarısının ilk iki bölüm üzerinde getireceği değişiklikler incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ İŞ KAVRAMI

A) GENEL OLARAK

Özel hukukta adi ve ticari iş ayrımı yapılan ülkelerde ve ülkemizdeki sistem gereği ticarî iş ve adi işler farklı düzenlemelere konu olmaktadır. Bu ayrımın önemi, ticarî hükümlerin uygulama alanı ile ilgilidir. Gerçekten aynı işlemin adi veya ticarî olmasından dolayı farklı hükümler uygulandığı takdirde, böyle bir ayrım yapılmasının önemi vardır; yoksa bir hüküm veya bir işin, herhangi bir hukuki sonuç bağlanmadan, sadece ticarî olduğunun belirlenmesi pratik bir fayda sağlamaz.⁵

Ticaret hukukunu düzenlemede belli başlı dört sistem⁶ vardır⁷;

- Bunlardan ilki subjektif sistemdir; bu sisteme göre göre, bir işe uygulanacak hükmün saptanması bakımından, o işin tacir tarafından yapılıp yapılmadığı veya tacirin faaliyeti ile ilgili bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Burada hareket

⁵ İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 17; BAŞTUĞ, İrfan/ ERDEM, H. Ercüment: Ticarî İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara 1993, s. 49.

⁶ Ticari iş ve ticari hükümlerin tespitinde de bu sistemlerden yararlanılmaktadır.

⁷ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 50; ÇEKER, Mustafa: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006, s. 2, 3; KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, B. 5, Ankara 2006, s. 6-8; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, B. 10, Ankara 2007, s. 3-6.

noktası, tacir kavramıdır.⁸ Bu anlamda ticaret hukuku, bir tacirler hukuku veya sınıf hukuku niteliğinde düşünülebilir. Subjektif sistem, ticaret hukukunun tarihsel gelişim süreci içerisinde ilk ortaya çıkan sistemdir. Bu bilgiler ışığında, tacirin yaptığı iş ticari iş, tacirle ilgili dava ticari dava ve tacirle ilgili hüküm ticari hüküm olarak değerlendirilecektir.⁹

- İkincisi ise objektif sistemdir; bu sisteme göre, tacir sıfatı ticarî işlerden hareket etmek yoluyla tespit edilir. Objektif sistem, 1789 Fransız ihtilalindeki bütün ayrıcalıklara yönelik tepkiden doğan bir fikrin eseridir.¹⁰ Buradaki hareket noktası, ticari iş kavramıdır. Öncelikle ticari muamelenin ne olduğu belirlenmekte; daha sonra da bu kavramdan hareketle diğer ticari kurumlar düzenlenmektedir.¹¹ Ticarî davalar, ticarî işlerden doğan anlaşmazlıklardan doğan davalardır. Bu sistem Fransız Ticaret Kanunu sistemidir; bu Kanunda ticarî işler (actes de commerce) ticarî hükümlerin temelini oluşturur.¹²

⁸ Bu sistem, 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu sistemidir. Bu kanun önce belirli faaliyetlerden hareketle tacir kavramını ortaya koymuş, sonra tacirin ticarî faaliyetleri ile ilgili olarak gördüğü her işin ticarî iş olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca bazı faaliyetler tacir tarafından yapıldıkları zaman, o tacirin kendi ticarî faaliyetlerinden olmasa bile, ticarî iş niteliği kazanır. Yine ticarî iş karinesi, subjektif sistem için de geçerlidir. Bkz. BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 50.

⁹ POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, B. 11, İstanbul 2006, s. 12; KAYAR: age., s. 7; KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, B.14 Ek, Konya 2006, s. 1; ÇEKER: age., s. 2.

¹⁰ ÇEKER: age., s. 3; KARAHAN: age., s. 1.

¹¹ KAYAR: age., s. 8; POROY/ YASAMAN: age., s. 12.

¹² Fransız sisteminde, ticarî işler başlıca üç başlık altında düzenlenmiştir;

1. Kanunda sayılan hususlar,

- Üçüncü olarak da hareket noktasının ticari işletme kavramının olduğu, işletme sistemi vardır; bu sistem modern sistem olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre, ticaret hukuku ne tacirlerin hukuku, ne de ticari işlemlerin hukukudur; ticari faaliyetler düzenlenirken ticari işletmeyi hareket noktası olarak benimsemek gerekir. Tacir, ticari iş ve ticari hüküm gibi kavramlar, önceden ayrıntılı olarak belirlenen ticari işletme kavramından hareketle belirlenmektedir. Ticari davalar, bir ticari işletme ile ilgili anlaşmazlıklardan doğan davalardır.¹³

- Son olarak da bu üç sistemin bir sentezi şeklinde karşımıza çıkan karma sistem vardır. Bu sistemde, her üç sistemin de tek başına yeterli olmadığından hareketle bunlardan karma bir düzen öngörülmüştür.

Ülkemizde yürürlükte bulunan 6762 sy. TTK açısından, esas olarak işletme sistemini kabul edilmekle birlikte, bir ticari işletmeyi ilgilendirmese bile Kanun'da sayılan işler ile tacirin yaptığı işleri ticari iş olarak nitelendirilerek kısmen de olsa objektif ve subjektif sistemlere de yer verilerek karma sistem benimsemiştir. Ticaret hukukunun kapsamını belirleme noktasında ticari işletme kavramının yanı sıra objektif

2. Kanunun ticarî olarak kabul ettiği işler (Poliçe keşide etmek, madencilik, fikri haklar gibi),

3. Nisbi ticarî işler (tacir tarafından ticarî faaliyetini ifa ederken yapılan işler). Bkz. BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 51.

¹³ POROY/ YASAMAN: age., s. 13; KARAHAN: age., s. 1; ÇEKER: age., s. 3; KAYAR: age., s. 8; ARKAN: age., s. 4.

ve subjektif sistemlerden etkilenilerek ticari iş ve ticari hüküm kavramlarına da yer verilmiştir.¹⁴

Bazı konular hem TTK'da hem de BK'da düzenlenmiş olabilir ve bu iki düzenleme arasında önemli farklar bulunabilir. Bu nedenle uyumsuzluğun çözümü için, işin niteliği ve o işe uygulanacak hükümlerin seçimi büyük önem taşımakta ve birbirinden oldukça farklı sonuçlar doğurabilmektedir.¹⁵

Bir işin ticarî iş veya adi iş olarak tasnif edilmesi, bu işe hangi hükümlerin uygulanacağını belirlenmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Ticarî işlerin belirlenmesi, hem ticarî hükümlerin uygulama alanı açısından hem de ticarî işlerin adi işlere göre tabi olduğu farklı sonuçlar açısından gereklidir.

Hangi işlerin ticarî iş olduğu, Türk hukuku açısından TTK m. 3, 21, ve 1462'den yararlanılarak tespit edilmektedir. Buna göre ticari işin tespitinde, işin hangi kanunda düzenlendiği ve ticarî işletme ile ilgili olup olmadığı ölçülerinden faydalanılır. Başlangıçta yapılacak doğru bir tespit, bu ayırım için öngörülen farklı düzenlemelerin amacının gerçekleşmesine de aracılık edecektir. Ticarî hükümler, ticaret hayatının gerekleri dikkate alınarak, genel hükümlerden farklı düzenlemelere konu olmuştur. Bu kapsamda işin ticarî olması halinde, işe özgü kurallar uygulanması gerekmekte ve iş ticarî nitelikte olduğu takdirde, özel ticarî kuralları uygulamak zorunlu hale

¹⁴ KARAHAN: age., s. 1 ve 51.

¹⁵ BAHTİYAR, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006, B. 5, s. 40; TEKİL, Fahiman: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1990, s. 68; KAYIHAN, Şaban: Ticaret Hukuku, Sakarya 2003, s. 31; ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticarî İşletme ve Şirketler, C. 1, B. 3, Ankara 2004, s. 209.

gelmektedir. Örneğin ticaret hayatında kredinin büyük önem taşıması alacaklıya adi işlerdeki orana daha fazla güvence tanınmasını gerektirmiş ve TTK'nın 7/1. maddesinde, adi işlerde borçlular arasında teselsül düzenleyen BK m. 141'den farklı olarak "iki veya daha fazla, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar" denerek ticarî alanda, kredi verenin daha fazla korunabilmesi için teselsül karinesi kabul edilmiş olmaktadır. Buna paralel şekilde TTK m. 7/2'de, ticarî bir borca kefalet halinde de bu kefaletin kural olarak müteselsil kefalet sayılacağı belirtilmiştir.¹⁶

Bu farklılığa bir başka örnek de ticarî şirketlere kayyum atanmasının, asliye ticaret mahkemelerinde karara bağlanmasıdır. Ticarî şirketlere kayyum tayininin sulh hukuk mahkemesince yapılacağına dair açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, Yargıtay bu tür davaların işin özelliği de dikkate alınarak asliye ticaret mahkemelerinde incelenip sonuçlandırılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁷ Bu husus görevle ilgili olduğundan, mahkemelerce re'sen dikkate alınması gerekmektedir.¹⁸ Sayıları çoğaltılabilecek bu örnekler, ticarî işlerin adi işlerden kesin şekilde ayırt edilmesinin önemini ortaya koymaktadır.

¹⁶ ARKAN: age., s. 61; İNAL, Tamer; Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 8; KAYAR: age., s. 73; BATTAL, Ahmet: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2005, s. 49.

¹⁷ İNAL, age., s. 8.

¹⁸ İNAL, age., s. 8.

Kanundaki sistematiki dikkate aldığımızda ticarî iş kavramını TTK m. 3'e göre ticarî işler ve TTK m. 21'e göre ticarî işler olmak üzere iki ana başlık altında değerlendirmek mümkündür. Esas olarak, hangi işlerin ticarî iş olduğu, TTK m. 3'de tanımlanmıştır. Ancak bu maddeyi, TTK m. 21 ile tamamlamak gerekir. Söz konusu maddelerde ticarî işler tespit edilmiştir.

B) TÜRK TİCARET KANUNUNUN 3. MADDESİNE GÖRE TİCARÎ İŞ

TTK m. 3'e göre ticari iş; Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticarî işlerdendir şeklinde tanımlanmıştır.

Bu maddeye göre ticarî iş, TTK'da yer alan işler ile bu kanunda yer almasa bile bir ticarethane veya fabrika ya da ticarî şekilde işletilen diğer müesseseyi, kısaca bir ticarî işletmeyi¹⁹, ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işlerdir.

I. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen İşler

TTK'nın 3. maddesinin 1. bölümü gereği, TTK'da düzenlenen tüm hususlar, başkaca bir araştırmaya gerek kalmadan ticarî iş olarak kabul edilir. Bir başka deyişle; TTK'da öngörülmüş olan hususlar, hukuki yapıları itibariyle ister ticarî iş niteliğinde olsun, ister olmasınlar; TTK'da düzenlendikleri için ticarî iştirler; bu nitelik kendi yapılarından dolayı değil, TTK'da düzenlenmeleri nedeniyle söz konusu olmaktadır. TTK'da düzenlenen hususlar çoğu zaman bir ticarî işletmeyle de ilgilidir, ancak ticarî işletmeyi ilgilendirmese bile bir husus TTK'da düzenlenmişse, bu iş ticarî iş olarak kabul edilir.²⁰ Bu düzenleme, aksi ispatlanamayan bir ticari iş kriteri getirmektedir ve

¹⁹ DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, B. 4, İstanbul 1988, s. 16; ARKAN: age., s. 62.

²⁰ MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku İşletme Hukuku, C. 1, Ankara 1970, s. 84; BAKTIR, Selma: Ticarî İşletme Hukuku, B. 4, İzmir 2000, s. 45; AYHAN, Rıza: Ticaret Hukukunun Genel Esasları Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1992, s. 15; BOZER, Ali/ GÖLE, Celal: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara 2000,

bu nitelikteki işler mutlak ticari iş olarak da adlandırılmaktadır.²¹ Örneğin bono, TTK'da hükme bağlanmıştır, dolayısıyla bir bono iki memur arasında düzenlense ve bunlar açısından ticari iş mahiyetinde olmasa bile ticarî iş olmanın hükümlerine tabi olur.²² Yine cari hesap, ticarî senetler ve taşıma sözleşmesi ile ilgili işler aslında ticarî iş değildir; bu işleri tacir olsun veya olmasın herkes yapabilir, herkes cari hesap açtırabilir, bir memur bile çek keşide edebilir, bono imzalayabilir veya taşıma sözleşmesi yapabilir; buna rağmen bu hususları TTK düzenlediği için ticarî iştir.²³ Taşıma işleri TTK'da düzenlenmiş olduğundan, at arabası ile yapılan taşımalar da ticarî iş niteliğindedir ve ticarî iş bağlı sonuçlara tabidir. Orman emvalinin alım satımı da ticarî iştir.²⁴

s. 42; ATALI, Murat: Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), Konya 1993, s. 61.

²¹ KARAHAN: age., s. 51; ÇEKER: age., s. 64.

²² ASLAN, İ. Yılmaz/ ŞENYÜZ, Doğan/ ERGÜN, Mevci: İşletme Hukuku, B. 11, Bursa 2005, s. 24; ARKAN: age., s. 62; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 59; BERZEK, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, B. 7, İstanbul 2004, s. 25; DERYAL, Yahya: Ticaret Hukuku, B. 8, İstanbul 2005, s. 25.

²³ MİMAROĞLU: age., s. 84; KARAHAN: age., s. 52; KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1957, s. 73.

²⁴ “Davacı, dava dilekçesinde açıkça talep ettiği miktara reeskont faizi oranında temerrüt faizi uygulanmasını istemiştir. 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı yasanın 2/3 maddesi uyarınca, ödeme yerinde ve ödeme zamanında banka iskonto faizi yasal faiz miktarından fazla ise arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi Merkez Bankasına kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre istenebilir. Dava konusu orman emvallerinin alım satımı nedeniyle taraflar arasında doğan ilişki TTK'nın 3. maddesi uyarınca ticari bir ilişkidir...” Yargıtay 11. HD. 31.10.1991 T., 1991/3720 E., 1991/5711 K., bkz. İPEKÇİ, Nizam: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, B. 3, Ankara 2003, s. 29.

TTK’da bir takım haksız fiil halleri de düzenlenmiştir. Örneğin haksız rekabet²⁵ (TTK m. 56 vd.) ve çatma (TTK m. 1216 vd.) TTK’da düzenlendiği için bir ticari işletmeyi ilgilendirmese bile, 3. madde gereği ticarî iştir. Bu açıdan haksız rekabet, TTK’da düzenlenmiş olduğundan, iki avukat veya iki doktor arasındaki haksız rekabeti de ticarî iş saymak gerekir.²⁶ Ancak Yargıtay, BK m. 48 yürürlükten kaldırılmadığından, iki avukat veya iki doktor arasındaki haksız rekabetin BK m. 48 hükümlerine tabi olduğu görüşündedir.²⁷

TTK dışındaki ticarî hükümler içeren mevzuatta geçen, “ticarî muamele”, “ticarî hükümler (mevaddı ticarî)” ve “ticarî mukavele” ifadeleri de ticarî iş niteliğindedir (TTK m. 1462). TTK dışında kalan diğer kanunlarda yer alan ve ticarî iş manasına gelen tabirleri yorumlayan TTK m. 1462, m. 3’ü açıklığa kavuşturmaktadır.²⁸ HİRŞ’e göre “ticari mevad (iş)” kavramı, “ticari muamele” kavramından daha geniş bir

²⁵ Haksız rekabet davalarında zamanaşımı süresi genel olarak haksız eylemler hakkında kabul edilen zamanaşımı süresine oranla daha kısa olarak saptanmıştır; azami süre üç yıl olmakla birlikte, davanın, dava hakkının doğumunun öğrenildiği günden itibaren bir yıl içinde açılmış olması zorunludur. Abi, bkz. TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Kitap 5, B. 2, İstanbul 1992-1993.

²⁶ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 60; DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, B. 4, İstanbul 2004, s. 51; KARAHAN: age., s. 52; ÇEKER: age., s. 64, 65; ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Genel Hükümler, B. 3, İstanbul 1960, s. 78.

²⁷ İMREGÜN: age., s. 18.

²⁸ DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 15; KAYAR, a.g.e., s. 74.

kavramdır; bu noktada “ticari muamele” kavramı, dar olarak sadece “tacir”, “ticari sanat”, “ticari işletme” gibi kavramlar için kullanılmalıdır.²⁹

II. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenmemekle Birlikte Bir Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Muamele, Fiil ve İşler

TTK’da düzenlenmiş hususların yanı sıra, TTK’da düzenlenmemekle birlikte bir ticarî işletmeyi ilgilendiren her türlü muamele, fiil ve işler de ticarî iş sayılır. Ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen müesseseler için bir üst kavram olarak ticarî işletme denildiğine göre, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere ticarî iş denir.³⁰ Ticarî işletme ile ilgili olan işler, ya işletmeye doğrudan doğruya bağlıdır ya da dolaylı olarak bağlanabilen işlerdir.³¹ TTK’nın 3. maddesinde geçen “ticarethane” kavramının tanımı TTK m. 12’de yapılmış olup 12 bend halinde sayılan müesseseler ve mahiyetçe buna benzeyenler ticarethane olarak sayılmıştır.³²

Buradaki kıstas kanuni kıstastan tamamen farklıdır ve subjektif sistemin etkileri ağır basmaktadır. Subjektif sistem de, nasıl bir tacirin ticari faaliyetinde icra ettiği işler

²⁹ Daha geniş bir anlam yüklemek için “ticari mevad” kavramı tercih edilmelidir. Abi. Bkz. HİRŞ, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1948, s. 50 vd.

³⁰ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 24; İMREGÜN: age., s. 18; KAYAR: age., s. 74.

³¹ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 60; KARAHAN: age., s. 52.

³² SEMİZ, Ahmet: Ticarî İş – Ticarî Dava, İstanbul 1959, s. 41, 42.

ticaridir deniliyorsa, burada da bir ticari işletme kapsamındaki faaliyetler ticari iş sayılmıştır.³³

ARSLANLI'ya göre, maddede geçen “iş” ifadesi gereksiz yere kullanılmıştır. Çünkü “ticari işletmeyle ilgili bütün ... işler” ticari iştir demenin pek fazla bir faydası yoktur.³⁴

Ticarî işletme ile “ilgili” olma kavramı bakımından, uygun illiyet bağı, normal ticarî yaşam şartlarında objektif ölçüye göre ve söz konusu ticarî işletme türünden bir işletmenin fonksiyonu açısından, iş doğrudan veya dolaylı olarak işletme ile ilgili sayılabiliyorsa o iş ticarî niteliktedir. Dolayısıyla “ilgi” kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu halde, ticarî işletmeyi ilgilendiren bir uyumsuzluk nedeniyle bir avukata vekalet verilmesi ticarî iş sayılır. Ticari işletmenin birlikte getirdiği muamele, fiil ve işler tek taraflı veya iki taraflı olabilir.³⁵

TTK'nın 3. maddesinde geçen “ilgilendiren” terimi, ticari işletmenin taraf olduğu işlemlerin yanı sıra konu olduğu işlemleri de kapsamaktadır. Örneğin, bir ticari işletmenin ihtiyacı bir yeri kiralaması veya alım satım işiyle uğraşması, BK'da düzenlenmiş olmasına rağmen, bir ticari işletmeyi ilgilendirdikleri için ticari iş sayılacaklardır.³⁶

³³ POROY/ YASAMAN: age., s. 67.

³⁴ Abi. Bkz. ARSLANLI: age., s. 78; KARAYALÇIN: age., s. 73.

³⁵ BERZEK: age., s. 26; BAHTİYAR: age., s. 41; ARSLANLI: age., s. 22; POROY/ YASAMAN: age., s. 68

³⁶ KARAHAN: age., s. 52

TTK'nın 3. maddesinde yer alan "bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen diğ er bir m esseseyi ilgilendiren b t n muamele, fiil ve işler ticar i işlerdendir" ifadesini geniş yorumlamak gerekir.³⁷ Ticar i işletmeyle ilgili bir işin icrasına hazırlık oluşturmak ya da icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan işler de ticar idir. Kısacası, ticar i yaşamda ge erli olan g r şler gereğince ticar i işletmede s rd r len ticar i faaliyet ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkisinin bulunduğu kabul edilebilen her işlem, fiil ve işi, ticar i saymak gerekir. S z konusu iş veya işlemde ticar i işletme taraf olabileceği gibi konu da olabilir.³⁸ Bir işin ticar i olarak değerlendirilmesinde, bu noktada hukuki işlemden veya hukuki işlem benzerinden, vekaletsiz iş g rmeden, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmasının sonuca hi bir etkisi yoktur.³⁹ Ticar i işletmenin kazanç sağlama hedefi kapsamında yaptėı b t n faaliyetlerin ticar i iş niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁰

Ticar i işletmeyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlerin ticar i iş niteliğinde sayılması i in bununla ilgili d zenlemenin TTK'da ya da diğ er kanunlarda yer alması  nemli değildir.  rneğin, BK'da d zenlenen satım, kira, bağışlama ve ariyet gibi s zleşmelerin ticar i işletme tarafından yapılması veya bu s zleşmelere ticar i

³⁷ DOĞANAY, İsmail: Ticar i Alım-Satım Akdi ve Nevileri, B. 2, Ankara 2003, s.17;  LGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 60.

³⁸ İMREG N: age., s. 18.

³⁹ POROY/ YASAMAN: age., s. 68; ARKAN; age., s. 63.

⁴⁰ KAYAR: age., s. 74.

işletmenin ya da bazı unsurlarının konu edilmesi halinde, bunların da ticarî iş niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.⁴¹

Ticarî işletme ile ilgili olarak haksız fiil de, ticarî işletme bakımından ticarî iş niteliğinde olabilir. Bu fiilin karşı taraf için adi iş sayılması veya karşı tarafın tacir olmaması sonucu etkilemez. Mesela ticarî işletmenin aracı, tacir sıfatı taşımayan sıradan birine çarpsa veya ticarî işletmede meydana gelen patlamadan etraftaki binalar ve yapılar zarar görse, bu fiiller ticarî işletme bakımından ticarî iş niteliğindeyken, karşı taraf için adi iş sayılacaktır.⁴² Doktrinde bazı yazarlar ve yeni kararlarında Yargıtay farklı görüştedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, haksız fiil ilişkilerinin ticarî iş niteliğinde kabul edilebilmesi için her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olması gerekir.⁴³

Ticarî işletmeyi ilgilendirmesi nedeniyle ticarî sayılan işlere; bir tacirin ticarî işletmesinde kullanılmak üzere makine, ticarî defterler satın alınması; eczane olarak kullanılmak üzere bir yer kiralanması, ticarî işletmede çalışan işçilerle hizmet

⁴¹ KARAHAHAN: age., s. 52; KAYAR: age., s. 75.

⁴² Dolayısıyla, bir işin taraflardan biri için adi, diğeri için ticari olabileceği böyle durumlarda haksız fiil nedeniyle ticari faiz yürütülmesi için fiilin sadece fail tarafından ticari iş niteliğinde olması gerekli ve yeterli görülmelidir. Buna karşılık mağdurun tacir olması ve işin onun açısından ticari iş olması halinde, yine tek taraflı bir ticari iş söz konusu olmakla birlikte, tacir olan davacının ticari faiz talep edemeyeceğine karar verilmelidir. Bkz. KARAHAHAN: age., s. 52 ve 53.

⁴³ KAYAR: age., s. 75; DERYAL: age., s. 26; BOZER/ GÖLE: age., s. 43, 44.; ATALI: age., s. 64.

sözleşmesi yapılması, sinemanın badana ettirilmesi, ticarî işletmeyi ilgilendiren bir uyuşmazlık dolayısıyla avukata vekalet verilmesi... gibi örnekler gösterilebilir.⁴⁴

⁴⁴ ARKAN: age., s. 63.

C. TÜRK TCARET KANUNUNUN 21. MADDESİNE GÖRE TCAR İŞ

TTK m. 21/1’de “Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır. Şu kadar ki; hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticarî sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adi sayılır” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

TTK m. 21/2’de ise “Taraflardan yalnız biri için ticarî iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticarî iş sayılır” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

TTK’nın 21. maddesinde; 1. fıkrada ticarî iş karinesinden, 2. fıkrada ise bir taraf için ticarî sayılan işlerden bahsedilmiştir. TTK’nın 21. maddesi, 3. maddede ölçüleri verilen ve sınırlandırılan ticarî işlerin ispat usulünü düzenlemektedir.⁴⁵

I. Ticarî İş Karinesi

a) Genel Olarak

Ticarî iş karinesi⁴⁶ TTK’nın 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır, tacirin her türlü işi, işlem ve fiili ticardır. Ancak gerçek kişi tacir söz konusu muameleyi yaptığı anda bu muamelenin

⁴⁵ DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 178.

⁴⁶ Ticaret karinesi de denir. Bkz. ÇEKER: age., s. 65.

ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa bildirir veya muamele, fiil veya işin ticarî sayılmasına olayın icabı imkan vermezse, bu karine uygulanmaz ve borç adi sayılır. Bir başka deyişle, kural olarak, tacirin her türlü eylemi, işlemi, işi ticarîdir. Bu hüküm Eski Ticaret Kanun'undan alınmış ve Eski Ticaret Kanunu zamanında subjektif sistemin etkisiyle konulmuştur.⁴⁷

ARSLANLI'ya göre, ticari işletme yerine tacir sıfatının bu konuda ele alınması eleştirilmesi gereken bir noktadır, ticari işletme işleten kamu tüzel kişilerinin borçları da ticari sayılmalıydı.⁴⁸ POROY/ YASAMAN'a göre ise, iki tarafın tacir olması halinde uygulanacak hükümler açısından bu iddia yerindedir.⁴⁹

TTK'da ticarî işin kriterleri belirlenirken ticarî işletmeyle ilgili olmak ölçüsü yeterli sayılabilirdi; buna ek olarak taciri esas almak suretiyle ticarî işlerin belirlenmesi eleştirilmesi gereken bir durum olarak doktrinde kimi yazarlar tarafından ileri sürülmüştür.⁵⁰ Esas itibarıyla ticarî işletme esasına dayanılarak hazırlanan bir kanunda, tacirlerin borçlarında değil, ticarî işletmenin borçlarında asli niteliğin ticarî

⁴⁷ Burada subjektif sistemin etkisi görülmektedir. Bkz. ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 61; TOKSAL, Baki: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 1986, s. 216 vd.; ARSLANLI: age., s. 25.

⁴⁸ ARSLANLI: age., s. 25.

⁴⁹ POROY/ YASAMAN: age., s. 69.

⁵⁰ KAYAR: age., s. 75; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: AGE., s. 60.

olduğundan söz edilmesi daha doğru olurdu. Bu nedenle TTK m. 21/1'deki ana kuralın kabul edilen sisteme ters düştüğü ve gereksiz olduğu söylenebilir.⁵¹

Tacir aleyhine getirilen karine, sadece tacirin borçlarına münhasırdır; alacaklarının ticarî olup olmaması karine ile ilgili değildir. Bu nedenle, tacirin, mal, para, hak alacakları söz konusu ise, bunların ticarî olup olmadığının ispatında normal kural MK m. 6 uygulanır ve taraflardan her biri iddiasını ispatla yükümlü tutulur. Ayrıca tacirin borcu kavramına, her türlü para, mal, hak ve hizmet⁵² dahil olup, bu borç para borcundan ibaret değildir.⁵³

Kanun burada tüm tacirleri kapsayan, yani tüzel kişi ve gerçek kişi tacirleri kapsayan bir karine getirmiştir. Buna göre tacirin bütün borçları ticaridir, dolayısıyla her türlü işleri de ticarî iştir.⁵⁴ TTK m. 21/1 2. cümlede ise sadece *gerçek kişi tacirler* açısından 1. cümledeki kurala istisna getirilmiştir. Buna göre; gerçek kişi tacir muameleyi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa bildirirse veya somut olayın özelliklerinden muamele, fiil veya işin ticarî olmadığı sonucu anlaşılabiliyorsa, ticarî iş hükümleri uygulanmaz ve borç adi borç kabul edilir.⁵⁵ Bir başka deyişle, tüzel kişi tacirlerin bütün borçları istisnasız olarak ticarî iş

⁵¹ ARKAN: age., s. 63, 64.

⁵² Örneğin acentalık ya da bir binayı yapma ve yıkma veya bir şeyi yapmaktan kaçınma gibi taahhütler.

⁵³ DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 180; DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 29.

⁵⁴ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 25; BAKTIR: age., s. 47.

⁵⁵ SEMİZ: age., s. 44; KARAHAN: age., s. 52; POROY/ YASAMAN: age., s. 68; KAYAR: age., s. 75.

niteliğindeyken, gerçek kişi tacirlerin kural olarak borçları ticarî iş niteliğindedir⁵⁶; ancak *iki halde gerçek kişi tacirlerin yaptığı işler veya borçlar ticarî iş niteliğinde değildir.*

b) Gerçek Kişi Tacirler Açısından Ticarî İş Karinesinin Geçerli Olmadığı Haller

1. İşlem Sırasında Karşı Tarafa Açıkça Bildirilmesi

Gerçek kişi tacir muameleyi yaparken ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirirse, ticarî iş niteliğinde değildir. Bu durum, tacirin işletmesiyle ilgili olabilecek bazı işlemleri yaparken, baştan açıkça işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmesi halidir. Örneğin araba kiralama şirketi sahibi bir tacirin yeni bir araba alması halinde, tacir bu arabayı işiyle ilgili olarak kiraya vermek üzere almış veya kendi kullanımı için almış olabilir. Eğer bu tacir, arabayı alırken, karşı tarafa bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını, özel kullanımı için olduğunu açıkça bildirirse, bu satım sözleşmesi TTK m. 21/1 gereği adi iş sayılacaktır. Bu durumda kendisi için araba alan gerçek kişi tacir, bu işlemi bakımından 4077 sy. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKK) anlamında tüketici sayılacak ve yapılan işleme TTK değil, TKK uygulanacaktır.⁵⁷

⁵⁶ Tacir sıfatı gerçek kişi tacirler bakımından ticarî işletme çevresi ile sınırlıdır; gerçek kişi tacirin ticarî işletme çevresi dışında kalan alanı adi alandır; buna karşılık tüzel kişi tacirlerde adi alan yoktur. Bkz. ÜLGİN: age. s. 61.

⁵⁷ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 52; ARKAN; a.g.e., s. 61, 62; BAHTİYAR: age., s. 43; KUBİLAY, Huriye/ GÖKSOY, Yaşar Can/ AYAN, Özge/ YILDIRIM, Ali Haydar: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Ticarî İşletme, İstanbul 2004, s. 7.

Gerçek kişi tacir aslında ticari işletmesiyle ilgili olan bir hususu, ticari işletmesiyle ilgili olmadığı şeklinde karşı tarafa bildirirse ne olacaktır? TTK m. 21 tacire bu konuda bir g tanı mıştır; bir hususun ticari olduğunu bildirmekle veya bildirmemekle ticari veya adi hmlerin tatbikini sağlayabilecektir. Ancak karşı tarafta bu hususun adi olduğunu her şekilde ispat edebilecektir.⁵⁸ Kanaatimce ticari iş hmleri, tacir açısından daha avantajlı olduğu için, ticari olan bir hususu adi olarak bildirme yoluna başvurması için de önemli bir sebep görülmemektedir. Ayrıca halin icabından da anlaşılamıyorsa, bu da ticari iş olduğu yönünde bir karine olmalıdır.

2. Halin İcabı

Yapılan muamele, fiil veya iş, halin icabı gereği ticarî nitelikte sayılmaya müsait değilse, ticarî iş değildir. Bunlar, evlenme, boşanma, evlat edinme gibi ticarî işletmeyle mantık gereği ilgili olmayan işlerin yanı sıra, aslında işletmeyle ilgili olabilecekken, halin icabı gereği işletmeyle ilgisiz olduğu herkes tarafından anlaşılabilecek muamele, fiil ve işlerdir. Örneğin mobilya mağazası işleten bir tacirin hiçbir açıklama yapmadan eşine hediye etmek üzere bir pırlanta alması halinde veya bir kuyumcunun çamaşır makinesi alması halinde, bu işler halin icabı gereği ticarî nitelikte sayılmaz. Ayrıca bu tür işlemlerin adi iş niteliğinde sayılması için, karşı tarafa bir bildirimde bulunmaya da gerek yoktur.⁵⁹

⁵⁸ ARSLANLI: age. ,s. 26.

⁵⁹ İMREGÜN: age., s. 19; KAYAR: age., s. 76, 77; ÇEVİK, Orhan Nuri: Türk Ticaret Kanunu ve Uygulanmasına İlişkin Mevzuat, B. 2, Ankara 1993, s. 97.

Dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da, TTK m. 21/1'deki kurala getirilen istisnanın sadece gerçek kişiler açısından öngörölmüş olmasıdır. Dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin her türlü işlemi ticarî sayılacak ve buna bağı sonuçlara tabi olacaktır. Tüzel kişi tacirlerin işlemleri ticarî iş olacak ve tüketici sayılmayacaklardır.⁶⁰

Esas olarak burada objektif bir ölçüt belirlemek çok zordur; her olayın şartları kendi içerisinde değerlendirilerek, işin ticari sayılmasının halin icabının müsait olup olmadığına göre tespit edilmesi gerekir.⁶¹

⁶⁰ ARSLANLI: age., s. 79.

⁶¹ KARAHAN: age., s. 53.

II. Bir Taraf İçin Ticarî İş Mahiyetinde Olan Sözleşmeler

a) Genel Olarak

TTK m. 21/2'ye göre taraflardan biri için ticarî nitelikte olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm olmadığı sürece diğer taraf için de ticarî niteliktedir.⁶² Taraflardan biri için söz konusu olan ticari iş adeta diğer tarafa da yayılmaktadır.⁶³ Kanun burada da bir karine getirmektedir. Bu karineye göre, bir sözleşme taraflardan birisi için ticarî iş niteliğinde ise, diğer tarafın tacir olup olmadığına ya da ticarî işletmesiyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, diğer taraf için de ticarî iş sayılacaktır. Böylece, memur, işçi, öğrenci ve ev hanımı gibi ticaretle uğraşmayan kişilerin yaptıkları sözleşmeler de, karşı taraf için ticari iş sayılması koşuluyla ticari iş hükümlerine tabi olacaktır.⁶⁴ Bu sözleşme sadece sözleşmeden doğan ticarî işler için geçerlidir, haksız fiillerden doğan ticarî işler bakımından bu karine geçerli değildir. Örneğin bir tacirin kendisi için ticari nitelikte bir işte, kendisi için ticari nitelikte olmayan tacir olmayan karşı tarafla sözleşme yapmasını düşünelim. Tacirin, tacir sıfatı taşımayan bir kimse ile yaptığı bu satım sözleşmesi; esas olarak sadece tacir olan taraf

⁶² “ Davacı vekili müvekkilinin sebze üreticisini olduğunu, davalı komisyoncuya sebze gönderdiğini ve bedeli anlamadığından bunun tahsilini istemiş, davanın kabulüne ilişkin karar Dairemizce onanmıştır. Davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında gerektirici sebeplere ve TTK'nın 21/2 maddesine göre, taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari sayılacağına ve davalının komisyonculuk yapan bir tacir olduğu da anlaşılmış olmasına göre, % 50 oranında reeskont faiz uygulaması yerinde olduğundan...” Yargıtay 11. HD. 15.02.1991 T., 1990/838 E., 1991/948 K., bkz. İPEKÇİ: age., s. 238

⁶³ KARAHAN: age., s. 54.

⁶⁴ ÇEKER: age., s. 66.

için ticarî iş niteliğinde olmasına rağmen, bu düzenleme sonucunda tacir sıfatı taşımayan diğeri taraf için de ticarî nitelikte sayılacaktır. Ticarî iş niteliğinde olmasına rağmen bu tür uyuşmazlıklar TTK m. 4/1 gereğii, her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili olmadığı için ticarî dava sayılmaz ve Asliye Hukuk Mahkemelerinde özölür. Ticaret mahkemesine gidebilmesi, ancak uyuşmazlığın her iki taraf için de ticarî iş niteliğii taşıması halinde mümkündür.⁶⁵ Yalnız, tacir olan taraf için muamele adi sayılsa bile, diğeri taraf için ticari nitelik arz ediyorsa, muamele TTK m. 21/2 gereğii ticari iş sayılır.⁶⁶

Buna karşılık, sadece bir taraf için ticarî sayılan işler, karşılıklı irade beyanlarından yani sözleşmeden doğmuyorsa, örneğii bir haksız fiil söz konusu ise, bu takdirde her iki taraf için de adi iş sayılacaktır ve adi işlere ilişkin sonuçlara tabi olacaktır.⁶⁷

Kanun koyucu burada kanunun uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla adeta yapay bir ticarî iş kavramı oluşturmuştur.⁶⁸ Örnek olarak kendisi açısından ticari nitelikte sözleşme yapan bir tacir ve normalde kendisi için ticari nitelikte sözleşme yapmayan memuru düşünelim; TTK m. 21/1 gereğii kural olarak tacirin borçları ticaridir, memuru da ayrı düşündüğümüzde işleri normalde adi iştir. Tacir ile memur

⁶⁵ YILMAZ, Pınar: Ticaret Hukuku 1, Ankara 2006, s. 55; şENER, Oruç Hami/ UZUNALLI EROĞLU, Sevilay: Ticarî İşletme Hukuku Uygulamaları, Ankara 2005, s. 23, 24; İMREGÜN: age., s. 19; KAYAR: age., s. 77; ASLAN/ şENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 25; İPEKÇİ: age.,s. 238.

⁶⁶ ARSLANLI: age. ,s. 25.

⁶⁷ İMREGÜN: age., s. 19; KARAHAN: age., s. 52; POROY/ YASAMAN: age., s. 69.

arasında yapılan bir satım sözleşmesinde, sözleşmenin memur olan tarafı için de ticarî nitelikte sayılacaktır. Dolayısıyla TTK m. 21/2’de yer alan bu hüküm tacir olmayan kişilerin aleyhinedir.⁶⁹ Tacir olmayan memur, öğrenci gibi sözleşme tarafları, bu düzenleme göz önüne alındığında adeta tacir olarak kabul ediliyor ve tacir gibi sorumluluklar yükleniyor. Sözleşmenin bir tarafının tacir olduğu sözleşmelerde, tacir olmayan taraf da, sanki tacir gibi eğer borcunu yerine getirmezse temerrüt faizini, adi işlere uygulanan oran üzerinden değil, ticarî işlerde geçerli olan daha yüksek oran üzerinden ödemek zorunda kalabilecektir.⁷⁰ TTK m. 21/2’de sözleşmede normalde kendisi için ticari iş sayılmayacak tarafa yüklenen bu ağır sorumluluğun, tamamen kaldırılmamakla birlikte biraz yumuşatılması ve belli bazı şartlara bağlanması daha uygun olacaktır. Örneğin kendisi işin ticari iş sayılan tarafın, karşı tarafa sözleşmeden önce sorumluluğunu bildirmesi veya karşı tarafın bu durumu önceden bilmesi şartına bağlı olarak bu hüküm uygulanabilir.

Burada, TTK’nın 21. maddesinde 1. ve 2. fıkraları arasında çelişki varmış gibi görülebilir. Gerçekten de tacirler sözleşme yaparken bu sözleşmenin, ticarî işletmeleri ile ilgili olmadığını belirtmek suretiyle ya da halin icabına göre kendileri açısından yapılan işin ticarî olmadığını ileri sürebilecekken, tacir olmayanların böyle bir olanağı

⁶⁸ MİMAROĞLU: age., s. 85

⁶⁹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 61; ARKAN; age., s. 64, 65; ARSLANLI: age., s. 79

⁷⁰ Faiz konusu, ileride ticarî işlere bağlı sonuçlar başlığı altında daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

bulunmamaktadır. Bu durum tacir olmayanlar aleyhinde bir sonuç çıkarmaktadır.⁷¹ Ancak burada 2. fıkra hükmü ile 1. fıkranın sağladığı olanağın oldukça daraltıldığını kabul etmek gerekir. Yani kendisi açısından ticarî iş olmadığını belirten tacirin de sözleşme yaptığı karşı taraf için sözleşme, bir ticarî iş oluşturuyorsa, 2. fıkra nedeniyle tacir 1. fıkradaki olanağı kullanamayacaktır.⁷²

b) Unsurları

1. Sözleşmeden Kaynaklanma Koşulu

Burada altı çizilmesi gereken bir kavram; TTK m. 21/2’de yer alan ilişkinin “sözleşme”den kaynaklanması gerektiğidir. Eğer söz konusu iş, sözleşme niteliği taşımıyorsa; başlangıçta kendisi açısından ticari iş sayılmayan taraf için, diğer taraf için öyle olması sebebiyle, ticarî iş sayılması mümkün değildir. Örneğin, bir tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olan ve bu taraf için ticarî iş sayılan haksız fiiller, sırf bu yüzden diğer taraf için de ticarî iş sayılmaz. Bu husus, madde hükmünün uygulanması açısından bir “önkoşul”⁷³ olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişki sözleşmeden değil de, örneğin sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden kaynaklanmışsa, TTK m. 21/2 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Başka bir

⁷¹ KARAYALÇIN: age., s. 74.

⁷² ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 25, 26.

⁷³ ARKAN; a.g.e., s. 65.

deyişle, bir taraf için ticarî nitelikte olan sözleşmeler, diğer taraf için de ticarîdir. Dolayısıyla ticari iş kavramına bağlı sonuçların hepsi, burada da uygulanır.⁷⁴

Gerçek kişi tacir, yaptığı sözleşmenin ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirse dahi eğer sözleşme karşı taraf açısından ticarî nitelikte ise, bu sözleşme TTK m. 21/2 hükmü doğrultusunda ilk tacir bakımından da ticarî sayılmaya devam eder. Örneğin evi için mobilya satın alan tacir, sözleşmeyi kendisi açısından ticari iş sayılan bir dükkan sahibi ile yapmışsa, bu işlem TTK m. 21/2 hükmü gereğince her iki taraf için de ticarî iş sayılacaktır. Ancak bu durum, evi için mobilya satın alan gerçek kişi tacirin tüketici sayılmasına ve işlemin TTK'nın özel bazı hükümlerine tabi tutulmasına engel olmaz; bu husus, tüketici hukukunun, ticarî hükümlerin uygulama alanını kısıtladığını gösteren bir örnektir. Çünkü bu durumda olan bir tacir aynı zamanda TTK açısından da tüketici sıfatıyla ilişkiye girmektedir.

2. Kanunda Aksine Bir Hüküm Olmaması Koşulu

TTK m. 21/2 hükmünün uygulanması noktasında; “kanunda aksine hüküm olmaması gereği” de olumsuz bir şart olarak göze çarpmaktadır. Bu açıdan, TTK m. 21/1 gereği gerçek kişi tacir sözleşmeyi yaparken diğer tarafa bunun ticarî işletmesiyle

⁷⁴ İNAL: age., s. 13; EFENDİYEYEV, Mehrac: Ticarî İşler Tellalı (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), Konya 2003, s. 42; BERZEK: age., s. 27; EREM, Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipieri, B. 9, İstanbul 1981, s. 60; AYHAN: age., s. 17; ARSLANLI: age., s. 79.

ilgili olmadığını bildirirse dahi, diğer taraf için bu sözleşme ticarî iş niteliğinde ise, gerçek kişi tacir bakımından da ticarî iş niteliğinde sayılacaktır. Eğer kanunda aksine hüküm varsa, bir taraf için ticarî iş özelliği gösteren sözleşmelerin diğer taraf için de ticarî iş sayılacağı hükmü geçerli olmaz.

Bu bakımdan “aksine hükümler”e örnek olarak TTK m. 7, 8/2 ve 82/2 hükümlerini gösterebiliriz. Alacaklı için ticarî olan bir işten borçluları müteselsil sorumlu tutabilmek için, işin borçlulardan hepsi için ticarî olması gerekir. Eğer iş, borçlulardan hepsi için ticarî değilse, alacaklı için ticarî olduğundan, borçlu için de ticarî sayıp müteselsil sorumluluk hükümlerini uygulamak mümkün değildir. Yine alacaklının bileşik faiz talep edebilmesi için işin, borçlu bakımından da ticarî iş olması lazımdır. Defterlerin özel delil olması için, ihtilafın her iki taraf için de ticarî olan bir işten kaynaklanması gerekir. Bütün bu hallerde borçlular ya da taraflardan biri için ticarî olmayan işi diğer taraf için ticarî olduğundan, onun için de ticarî sayıp söz konusu hükümleri uygulamak mümkün değildir.⁷⁵

Bir görüşe göre örneğin ticarî defterlerin ve kayıtların kesin delil kuvvetinde olması için her iki tarafın da tacir olması şarttır. Yine tacirler arasında, taraflardan birinin diğerini temerrüde düşürmesi, sözleşmeyi feshetmesi veya sözleşmeden dönmesi için, yapılacak ihbar ve ihtarların, noter kanalıyla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması gereğinin yanı sıra, ihtar ve ihbarın konu edildiği şekilde yapılması ve geçerli olması için her iki tarafın tacir olması gerekmektedir. Bu

⁷⁵ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 62; AYHAN: age., s. 17; ÇEKER: age., s. 66, 67.

durumlar da kanunda aksine bir hüküm teşkil eder.⁷⁶

⁷⁶ MİMAROĞLU: age., s. 85; İNAL: a.g.e., s. 14; Bir görüşe göre ise, TTK'da yer alan bazı hükümlerin uygulanabilmesi için, tarafların tacir niteliğine sahip olması şartı aranmıştır. Ancak bu hükümler, işin ticarî sayılıp sayılmayacağı hususu ile ilgili olmayıp, sadece bazı düzenlemelerin uygulanabilmesi için aranan özel koşulları göstermeye yöneliktir. Diğer tarafı temerrüde düşürmek, sözleşmeyi fesih ya da ondan rücu etmek amacıyla yapılacak ihbar, ihtarların noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılmasını öngören TTK m. 20/3'ün uygulanabilmesi için, tarafların tacir olması gerekir; bu örnekte TTK m. 20/3 sadece bu hususa işaret etmiş olup, söz konusu hükümde, bir taraf için ticarî nitelik arz eden sözleşmenin diğer taraf için de ticarî sayılacağı kuralının aksine bir düzenleme getirilmemiştir. Abi. Bkz. ARKAN: age., s. 63.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ İŞ KAVRAMINA BAĞLI SONUÇLAR

A) MÜTESELSİL SORUMLULUK (TESELSÜL KARİNESİ)

I. Genel Olarak

Müteselsil sorumluluk, bir irade beyanı veya kanun hükmü dolayısıyla iki veya daha fazla kimsenin (borçlunun), alacaklıya karşı her birinin borcun tamamından asıl borçlu olarak sorumlu tutuldukları, borçlulardan birinin ifası veya ifa yerine geçen edimi ile diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulacakları birlikte sorumluluk halidir. Bir başka deyişle, birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından şahsen sorumlu olduğu ve içlerinden yalnız birinin borcu ifa etmesiyle diğerlerinin de borçtan kurtulduğu sorumluluk türüne müteselsil sorumluluk denir. Müteselsil sorumluluğu doğuran şey, aynı borçtan dolayı birden çok borçlunun müteselsilen borçlu olma yolundaki iradelerini alacaklıya açıklamış olmaları ve böylece alacaklı ile borçlular arasında teselsülün kararlaştırılmış bulunmasıdır.⁷⁷ Alacaklı, müşterek borçlulardan herhangi birisinden alacağının tamamını talep edebilir. Kendisinden alacağın tamamı talep edilmiş olan borçlu, kendi hissesinin borcun tamamından daha az kısmını kapsadığından bahisle, borcun tamamını ödemekten kaçınamaz; bu kişi borcun tamamını ödemek zorundadır. Borçlulardan her

⁷⁷ AKINTÜRK, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 35; AYHAN: age., s. 18; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 285 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, B. 4, İstanbul 1994, s. 386.

birinin, borcun belirli bir kısmından sorumlu olduğu durumlarda müteselsil sorumluluktan söz edilemez.⁷⁸

Ödemeyi yapan borçlu, alacaklının sahip olduğu hakların halefi olur; daha sonra diğerk borçlulara hisseleri oranında fazla ödediğı miktarı rücu edebilir⁷⁹; eğer asıl alacağı bağı fer'i haklar varsa, bu haklar da ödeyen borçluya geçer. Örneğın borcu temin eden bir rehin verilmiş ise, bu rehin hakkının da ödeyen borçluya alacaklı tarafından devri gerekir. Eğer alacaklı, fer'i hakları, ödemeye yapan borçluya devrini gerçekleştirmezse, bu nedenle ödeyen borçlunun uğrayacağı zararları tazmin etmek zorunda kalabilir. Müteselsil borç, alacaklı için çok elverişli bir borç ilişkisidir; alacaklı, borçlulardan birinin ödeme güçsüzlüğü veya ortadan kaybolması gibi sebeplerle ondan edimi elde etmesi zorlaştığı anda diğerk borçlulara başvurabilecek, isterse hepsini aynı anda takip edebilecektir.⁸⁰

Müteselsil sorumluluğun özellikleri kısaca şunlardır⁸¹;

⁷⁸ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 26; AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000, s. 204 vd.

⁷⁹ “ Davacı ile davalılardan Saray Meşrubat A.Ş. diğerk davalı Celal Ergüleç'in bankadan almış olduğı krediye müteselsil kefil olmuşlardır. Davacının borçluya ait tüm borcu bankaya ödemiş olduğı sabit bulunmaktadır. Bu sebeple davacı, ödediğı miktarın tamamı için esas borçlu Celal'e rücu edebileceğı gibi ödediğı miktarın hissesine düşen miktar kadar diğerk kefil olan A.Ş.'ye rücu hakkını kazanmış olmaktadır...” Yargıtay 11. HD. 11.05.1988 T., 1987/8487 E., 1988/3229 K., bkz. İPEKÇİ: age. s. 98.

⁸⁰ SARIKAMIŞ, Hüseyin: Müteselsil Borçlarda Alacaklı Borçlu İlişkisi (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), Ankara 1996, s. 18; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 26.

⁸¹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 63; Abi. Bkz. AKINTÜRK: age., s. 35-42; SARIKAMIŞ: age., s. 19 vd. ; EREN: age., s. 388.

- 1) Her borçlu niteliği itibariyle bölünebilen edimin tamamından sorumludur.
- 2) Alacaklı, borçlulardan dilediğine müracaat edebilir.
- 3) Alacaklının tatmin edildiği miktarda diğer borçlular dış ilışkide borcundan kurtulur.

BK ve TTK müteselsil sorumluluk konusunda farklı düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla ticarî iş ve adi iş ayrımı, bu noktada hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemede önemli bir rol oynamaktadır.

II. Adi İşlerde Müteselsil Sorumluluk

Adi işler açısından müteselsil sorumluluk⁸², BK m. 141’de düzenlenmiştir. Adi işlerde borçlular arasında teselsül, kural olarak borçluların müteselsilen borçlu olmaları yöndeki iradelerini alacaklıya karşı açıklamalarıyla ya da kanunda açıkça belirtildiği hallerde doğar. Böyle bir irade açıklaması söz konusu değilse, borçlulardan her biri, borcun tamamından değil, sadece kendi payından sorumlu olur. BK’ya göre, adi borçluluk esastır; yani sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, müşterek borçlular arasında adi borçluluğun olduğu, müteselsil borçluluğun olmadığı kabul edilir. Borç, borçlulardan birisi için dahi ticarî iş niteliği taşıyorsa, müteselsil sorumluluk asıldır, meğer ki sözleşmede açıkça aksi gösterilmemiş olsun.⁸³

Bazı istisnai durumlarda ise, kanun koyucu borçluların müteselsil sorumlu olma yönündeki iradelerini aramadan, aralarında yakın bir çıkar ortaklığının bulunduğunu varsayarak borçlular açısından müteselsil sorumluluk öngörmüştür.⁸⁴ Örneğin BK m. 302’ye göre, bir şeyi birlikte ariyet alan kişiler müteselsilen sorumlu olurlar. Yine MK m. 379/2, 641/1; BK m. 179, 395, 469, 534 bu istisnalara örnek olarak gösterilebilir. BK’da birden çok kişinin aynı zarardan, aynı sebepten veya değişik sebeplerden dolayı

⁸² AKINTÜRK’e göre “müteselsil borçluluk” terimi tercih edilmelidir, çünkü bu terim borçluların alacaklı karşısındaki durumlarını göstermek bakımından diğer terimlere oranla daha uygundur. Abi. Bkz. AKINTÜRK : age., s. 31.

⁸³ İMREGÜN: age., s. 20; ARKAN: age., s. 65, 66; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 26; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 63; BERZEK: age., s. 27; UYGUR, Turgut: Borçlar Kanunu Şerhi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 4, Ankara 2003, s. 4216.

⁸⁴ ARKAN: age., s. 65.

sorumlu olmalarında (m. 50, 51), bir malvarlığı veya işletmenin devralınması suretiyle borcun yüklenilmesinde devralan ile eski borçlunun sorumluluğunda (m. 179), birlikte ariyet almada (m. 402), birlikte vedia kabul etmede (m. 469), birlikte vekalet vermede (m. 395), adi şirkette (m. 534) kanundan doğan teselsül halleri mevcuttur.⁸⁵

BK m. 486'ya göre, ticarî niteliği bulunmayan borçlara kefalet halinde alacaklı, kural olarak önce borçluyu takip eder, alacağını borçludan alamazsa kefile başvurabilir. BK m. 487'ye göre ise, alacaklının, borçluyu takip etmeden ya da varsa rehinleri paraya çevirmeden kefile başvurabilmesi, kefilin kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil olma iradesini açıklamış olmasına bağlıdır.⁸⁶

Adi borçlarda, borca birden fazla kişi kefil olmuşsa; kefillerin borcun tümünden borçlu ile birlikte aynı derece ve düzeyde sorumlu tutulması, bu yolda bir irade açıklamasıyla mümkündür. Aksi halde kefillerden her biri sadece, kendi payı tutarınca adi kefil ve diğerlerinin payları hakkında da kefile kefil sıfatıyla sorumlu olurlar.

Kısaca adi işlerde müteselsil sorumluluk ya kanundan ya da sözleşmeden doğar. Adi işlerle ilgili kefalet sözleşmelerinde birden fazla kimsenin kefil olması halinde müteselsil kefaletin doğması için açıkça sözleşmede hüküm bulunması gerekir. TTK m. 7 ise bu kurallara ticarî işler bakımından istisna getirilmiştir.

III. Ticarî İşlerde Müteselsil Sorumluluk (Teselsül Karinesi)

⁸⁵ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 64; KAYAR: age., s. 78; SARIKAMIŞ: age., s. 37.

⁸⁶ ARKAN: age., s. 66.

Ticarî hayatta kredi işlemlerinin taşıdığı önem nedeniyle, bu sistemin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi için kredi verenlere, adi işlerdekine oranla daha fazla güvence sağlanması amaçlanmıştır ve bu nedenle, kanun koyucu, birlikte ticarî borç üstlenen kişilerin müteselsil sorumluluğa tabi tutulmasını kabul etmiştir (teselsül karinesi). TTK, ticarî işlerde güvenliği temin etmek ve alacaklıları korumak amacıyla adi borç ilişkileri için geçerli genel kuralı ticarî işlerde tersine çevirmektedir.⁸⁷ Kanun koyucunun adi iş – ticarî iş ayrımı yaparak ticarî işlerde teselsül karinesi kabul etmesi yerindedir; ticarî işlerde birlikte borç altına girenler arasındaki menfaat birliği sıkı ve alacaklıya teminat sağlama gayesi kuvvetlidir. Diğer taraftan ticarî hayatta işlerin süratli bir şekilde işleyebilmesi için alacaklının kendini güvende hissetmesi gerekir. TTK m. 7, teselsül karinesini sadece müşterek borçlular arasında değil, borçlu ile kefil, birden fazla kefil varsa kefiller arasında da kabul etmiştir. Müteselsil borçluluk ve müteselsil kefaletin pratikteki yararı, alacaklının borçlular, kefiller ya da borçlu ile kefil arasında bir sıra gözetmeksizin borcun tamamı için dilediğine başvurabilmesidir. Adi borçların aksine, ticarî borçlara kefalet halinde, alacaklı sözleşmede böyle bir hüküm olmasa bile, asıl alacaklıya başvurmadan, doğrudan kefile başvurulabilir; buna “müteselsil kefalet” denir.⁸⁸

⁸⁷ BATTAL: age., s. 51; ARKAN: age., s. 66; POROY/ YASAMAN: age., s. 72.

⁸⁸ AYHAN: age., s. 19; SARIKAMIŞ: age., s.38; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 27; Oysa adi kefalette alacaklı önce asıl borçluyu takip eder, ondan alacağını tahsil edemediği takdirde kefile başvurulabilir.

TTK m. 7’de düzenlenen ticarî işlerde müteselsil sorumluluğun özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz⁸⁹;

1) Müteselsil sorumluluğun (borçluluğun) söz konusu olması için öncelikle mukavelenin borçlu tarafında, birden fazla kişinin bulunması gerekir. Bu kişilerin⁹⁰ borçlanma ehliyetine sahip olmaları yeterlidir.

2) Birden fazla kişinin içlerinden biri veya hepsi için ticarî mahiyeti haiz bir işin borçlusu olması gerekir; bir başka deyişle, borcun borçlulardan biri için ticarî nitelikte olması yeterlidir. Ticarî iş kavramının belirlenmesinde TTK m. 3 ve 21 hükümleri esastır.

3) Birden fazla kişinin alacaklı veya alacaklılara karşı müştereken borç altına girmeleri gerekir. Dolayısıyla, ticarî iş sebebiyle birden fazla kişinin borç altına girmesi durumunda müteselsil sorumluluk karinesi, birden fazla kişinin müştereken ve aynı işlem ile borç altına girmesi durumunda söz konusu olur. Doktrinde de, farklı zamanlarda ayrı ayrı yapılan işlemlerle müşterek borçlu sıfatını kazanan kişilerin teselsüle tabi tutulmasının uygun olmadığı belirtilmektedir.⁹¹ Ancak farklı zamanlarda

⁸⁹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 64, 65; BAKTIR: age., s. 56; BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 66.

⁹⁰ Gerçek veya tüzel kişi olabilir.

⁹¹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 64.

ve farklı işlemlerle ticarî bir işe taraf olan borçluların arasında müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü yasal haller de unutulmamalıdır.⁹²

4) İki veya daha fazla kimsenin, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî nitelikte bir iş dolayısıyla borç altına girmesi halinde, aralarında müteselsil sorumluluğun olması için, dış ilişkiyi düzenleyen sözleşmede aksi yönde bir hükmün olmaması gerekir. Borçluların sadece kendi aralarında, yani iç ilişkide, kısmi sorumluluk öngörmüş olmaları, müteselsil sorumluluğa engel teşkil etmez.

Ticarî işlerde de, müşterek borçlular arasında adi sorumluluk kararlaştırılabilir; bunun için sözleşmeye müşterek borçlular arasında, adi sorumluluk olacağına dair bir hüküm konması gerekmektedir.⁹³

İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen sorumlu sayılırlar (TTK m. 7/1). Ticarî borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi hüküm böyledir (TTK m. 7/2). Dolayısıyla içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî niteliğe sahip bir iş nedeniyle borç altına giren kişiler, alacaklıya karşı müteselsil borçlu olma yolunda bir irade açıklamasında bulunmasalar bile, kanundaki bu düzenleme gereği bu borçtan müteselsilen sorumlu olurlar. Ticarî iş

⁹² Örnek olarak TTK m. 636'ya göre, kambiyo ilişkisinde farklı zamanlarda borç altına giren asıl borçlu ile müracaat borçluları hamile karşı müteselsilen sorumludur.

⁹³ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 27.

nedeniyle müteselsil sorumluluğun söz konusu olmaması, sözleşmede aksinin açıkça kararlaştırılmış olması halinde mümkündür.

TTK m. 7/1 hükmünün uygulanabilmesi için borcun, tüm borçlular bakımından ticarî iş niteliğinde olması zorunlu değildir; borcun sadece borçlulardan biri bakımından ticarî iş olması da yeterlidir. Borcun sadece alacaklı bakımından ticarî iş olduğu hallerde, eğer taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunuyorsa, bu borç TTK m. 21/2 maddesi⁹⁴ uyarınca borçlular bakımından da ticarî sayılacağı için müteselsil borçluluk söz konusu olacaktır.⁹⁵

Bir borcun müşterek borçlularının veya kefillerinin kanunen müteselsil sorumlu tutulabilmesi için borcun alacaklı veya borçlulardan birinin ticarî işletmesiyle ilgili olması veya TTK'da düzenlenmiş bir borç olması gereklidir.⁹⁶

Müteselsil kefalette, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, kefiller iç ilişkide eşit paylarla sorumludur. Payından fazla ödeme yapan kefil, ödediği fazla miktar için payları oranında diğer kefillere rücu edebilir. Öncelikle asıl borçluya müracaat zorunluluğu yoktur.⁹⁷

⁹⁴ Taraflardan yalnız biri için ticarî iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticarî iş sayılır (TTK m. 21/2).

⁹⁵ ARKAN: age., s. 66.

⁹⁶ DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 22.

⁹⁷ UYGUR, Turgut: age., C. 8, s. 9375; ERİŞ: age., s. 483.

Ticarî işlerde teselsülün doğumu için, adi işlerden farklı olarak birden çok kimsenin aynı zamanda ve aynı sözleşme ile borç altına girmesi gerekir. Çünkü borçlular, aynı sözleşme ile borç altına girerlerse, borcun ticarî niteliği hakkında fikir sahibi olurlar.⁹⁸

Ticarî borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi hüküm böyledir (TTK m. 7/2). Bir başka deyişle, teselsül karinesi, ticarî borca kefalet halinde hem asıl borçlu ile kefil arasında, hem de kefiller arasında ilişkilerde de uygulama alanı bulur. Buna göre, ticarî bir borca kefalet halinde, dış ilişkideki sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, yani müteselsil kefalet açıkça bertaraf edilemediği sürece, kefil borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Ayrıca kefilin birden fazla olması halinde de durum böyledir. Dolayısıyla, ticarî niteliği bulunmayan kefaletten farklı olarak, alacaklı önce asıl borçluya başvurma veya rehnin paraya çevrilemesi yoluyla takip yapabileceği gibi alacağın tamamı için asıl borçlular ve/veya kefillere başvurabilir.⁹⁹

⁹⁸ SARIKAMIŞ: age., s. 39.

⁹⁹ Ticarî bir borca kefalet halinde, asıl borçlu ile kefiller arasında müteselsil borçluluk kural olmakla birlikte, TTK'nın değişik 10. maddesinde tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldığı kredi olarak tanımlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise, tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi verenin asıl borçluya başvurmadan kefinden borcun ifasını istemeyeceği hüküm altına alınmış, böylece tüketici kredisinin ticarî iş olması varsayımında TTK m. 7/2 hükmüne bir istisna getirilmiştir. Bkz. ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 66.

Ticarî bir borca kefalet halinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, kefil, borçluyla birlikte müteselsil sorumlu tutulur.¹⁰⁰ Dolayısıyla ticarî borçlarda, alacaklı ilk olarak borçluya gitme ya da rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunda kalmadan doğrudan kefile başvurabilir. Ancak TTK'da, teselsül karinesinin uygulanmasını sınırlandıran bir hüküm bulunmaktadır; buna göre TTK m. 10/3'de¹⁰¹, tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, asıl borçluya başvurulmadan kefinden borcun ifasını istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece, TTK m. 21/2 uyarınca kredi alan tüketici bakımından da ticarî iş sayılan tüketici kredisi nedeniyle verilen kefalet müteselsil değil, adi kefalet olacaktır.¹⁰²

TTK, teselsül karinesini bütün ticarî işler bakımından kabul etmiş olduğu halde, bununla yetinmeyerek bir çok maddede borçlular arasında teselsül ilişkisinin doğacağını ayrıca belirtmiştir. Bunlar kısaca şöyledir¹⁰³;

- Ticarî İşletme Hukukunda: TTK m. 65'e göre, tüzel kişilerin işleri görülürken bir "haksız rekabet" fiili işlenirse, 64. maddede öngörülen cezai müeyyideler tüzel kişi

¹⁰⁰ TTK m. 7/2'nin uygulanabilmesi için, borcun alacaklısı veya borçlusu tarafından ticarî olması yeterlidir; ayrıca kefil bakımından da ticarî olmasına gerek yoktur.

¹⁰¹ Kredi veren, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Ancak kredi verenin bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir. Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefinden borcun ifasını isteyemez (TTK m. 10/3).

¹⁰² ARKAN: age., s. 67.

¹⁰³ AKINTÜRK: age., s. 143, 144.

adına hareket etmiş veya etmesi gerekmiş olan organın üyelerine veya ortaklarına da uygulanır; para cezası ve masraflardan tüzel kişi, bu gerçek kişilerle birlikte müteselsilen sorumlu olur.

- **Şirketler Hukukunda:** Kanun koyucu, şirketlerde tescil mükellefiyeti yerine getirilmeksizin işlere başlanmış olması halinde, bu işlere girişenlerin müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir (TTK m. 158, 244, 301/1, 512/2).

- **Kıymetli Evrak Hukukunda:** TTK m. 636/1'e göre, bir poliçeyi keşide, kabul, ciro eden veya o poliçeye aval veren kimseler, hamile karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Bu hüküm bonolarda (emre muharrer senetlerde) ve çeklerde de aynen uygulanır.

- **Deniz Ticareti Hukukunda:** TTK m. 1218/2'ye göre, çarpışan gemideki gemi adamlarının müşterek kusurlarından kaynaklanan çatmalarda, gemide bulunan bir insanın ölümünden veya yaralanmasından ya da sağlığının bozulmasından doğan zararlardan, gemilerin donatanları zarar görene karşı müteselsilen sorumludurlar.

- **Sigorta Hukukunda:** Kanun çifte sigortada ve sigorta edilen şeyin temlikinde, müteselsil sorumluluğu öngörmektedir. TTK m. 1346/1'e göre, bir menfaat aynı rizikoya karşı birden çok sigortacılara sigorta ettirilmiş ve sigorta bedellerinin tutarı sigorta değerini aşmış olursa, sigortacılar sigortalıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar; şu kadar ki; sigortalı, uğradığı zarardan fazla bir para isteyemeyeceği gibi sigortacılardan her biri yalnız kendi sözleşmesine göre ödemekle mükellef olduğu bedele kadar sorumlu olur. TTK m. 1458/1'e göre ise, Sigorta edilen şey sigortalı tarafından başkasına temlik olunursa iktisap eden kimse, mülkiyeti devam ettikçe

sigortalının sigorta münasebetinden doğan hak ve borçlarını üzerine almış sayılır. Prim borcundan, temlik eden ile iktisap eden müteselsilen sorumludurlar.

Eğer ticarî bir borca birden fazla kişi kefil olmuşsa, gerek kefiller, gerek borçlu ile kefiller arasındaki ilişkilerde de teselsül karinesi geçerli olacaktır ve kefillerden her biri, alacaklıya karşı sadece kendi payından değil, borcun tümünden borçlu ile birlikte aynı derece ve düzeyde sorumlu tutulacaktır.

Ticarî işlerde müteselsil sorumluluk esas olsa da, sözleşme ile bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bunun için birlikte borçlanan ya da kefil olan kimselerin, borçtan müteselsilen sorumlu olmayacakları ya da müteselsil kefil olmadıklarını açıkça sözleşmede belirtmeleri gerekmektedir.¹⁰⁴

¹⁰⁴ KAYAR: age., s. 78, 79; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 28.

B) FAİZ

I. Genel Olarak

Ekonomi alanında, faiz konusu önemli bir yer tuttuğu için, bütün devletlerde faiz miktarını sınırlayıcı hukuk kurallarına rastlanmaktadır.¹⁰⁵ Faiz, para alacağının süreye bağlı olarak işleyen semeresidir. Bir başka deyişle, başkası tarafından kullanılan bir miktar paraya kullanma süresi ve kullanılan paranın miktarıyla orantılı olarak ödenmesi gereken, tahsili için zararın veya kusurun zorunlu unsur olmadığı ilave paradır. Faiz, hukuki bakımdan medeni semeredir, iktisadi bakımdan ise, genellikle para olarak düşünülen sermayenin gelirini ifade etmek için kullanılır.¹⁰⁶ Fer'i bir hak olan faizin doğumu ve varlığı asıl alacağa bağlıdır. Bu nedenle, asıl alacak sona ermişse, önceden işlemiş olan faizler, ödenmemiş bile olsalar, kural olarak alacaklı artık bunları talep edemeyecektir. Faiz, kanundan veya hukuki bir işlemde doğabileceği gibi, bir tür hukuki fiilden veya olaydan ya da haksız bir fiilden de kaynaklanabilir.¹⁰⁷ Asıl borç ödeme suretiyle sona ererse, kural olarak faiz borcu da sona erer. Bununla birlikte, birikmiş faizlere ilişkin borcun ana paranın ödenmesiyle

¹⁰⁵ HİRŞ: age., s. 667.

¹⁰⁶ EVREN, Mahmut Tevfik: Faiz Hukuku, İstanbul 1987, s. 27; POROY/ YASAMAN: age., s. 73; KARAHAN: age., s. 56; POROY/ YASAMAN: age., s. 73.

¹⁰⁷ Burada esas itibariyle faiz talebine vesile olan alacağın doğumu söz konusudur, yoksa faiz bu alacak nedeniyle tarafların iradelerinden ya da kanundan doğar. Bkz. ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 66.

sona ermeyeceği kararlaştırılmış ise ya da halin icabından böyle anlaşılıyor ise, faiz borcu devam eder.¹⁰⁸

Faiz alacağının söz konusu olabilmesi için öncelikle bir para alacağının mevcut olması gerekir. Faiz borcu, para borcuna bağlı olarak, zamanla çoğalan bir borçtur. Faizin ortaya çıkabilmesi için, tarafların bu konuda anlaşmaları ya da kanunda özel bir düzenleme bulunması gerekmektedir.

Faiz alacağı, ana paradan ayrı, ancak ona bağlı, fer'i bir alacaktır. Ancak faiz alacağı, asıl alacağın bir parçası değildir; asıl alacağa mahsup edilemez. Verilen meblağın BK m. 84/1 hükmü gereği mahsup edilebilmesi için faiz veya masraf borcunun hen muaccel olmaması gerekir. Ancak bu hüküm emredici olmayıp aksini kararlaştırmak mümkündür. Faiz alacağının bu bağlamda ticaret hukukunda ilginç bir görünümü de hamile yazılı bir senetle (faiz kuponu) bağımsız hale getirilebilmesidir.¹⁰⁹

Faiz alacağı, ana para alacağının zamanaşımı süresine tabidir. Örneğin ticaret işleri tellallığından, taşıma sözleşmesinden doğan ücret alacakları bir yılda; sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar iki yılda; vekalet, komisyon ve istisna sözleşmeleri ile cari hesaptan doğan alacaklar beş yılda zamanaşımına uğradığından, bunlara ilişkin

¹⁰⁸ DEYNEKLİ, Emel/ KISA, Sedat: Faiz Hukuku, Ankara 2003, s. 15; KAYAR: age., s. 79; ATMACA, Abdulkadir Cenap: Tacirin cret ve Faiz İsteme Hakkı, İstanbul 2000, s. 121; BAşTUğ/ ERDEM: age., s. 60.

¹⁰⁹ EVREN: age., s. 55, 56; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 67; TEKİL: age., s. 79

temerrüt faizi alacakları da aynı sürelerde zamanaşımına uğrar.¹¹⁰ Asıl alacağa ait teminatlar esas itibariyle faiz alacağını da kısmen ya da tamamen teminat altına alır.¹¹¹

Kısmi ödemelerde, asıl borç ve faizlerin tamamı karşılanmazsa, yapılan bu ödemeler borcun aslına değil, ilk olarak faiz ve masraflara mahsup edilmelidir.¹¹²

Faiz konusu temel olarak, TTK, 3095 sy. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun, BK, Bankacılık Kanunu ve TCMB Kanunu gibi kanunlarda düzenlenmiştir. Bunların dışında diğer bazı kanunlarda ve ilgili yönetmeliklerde de faize ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Ülkemizde, son yıllarda düşmekle birlikte genel olarak yaşanan yüksek enflasyon oranları, para değerindeki düşme, para borçlarının zamanında ödenmemesi dolayısıyla alacaklıların mağdur olması sorunun ortaya çıkarmıştır. Bu açıdan, borçluyu borcunu zamanında ödemeye teşvik edici ya da zorlayıcı, borcun zamanında ödenmemesini caydırıcı olabilecek etkili bir faiz sistemi kurulmalıdır.

II. Faiz Türleri

¹¹⁰ Ancak kapital faizleri için beş yıllık zamanaşımı süresi öngören BK m. 126 hükmüne istinaden faiz alacağının daha önce zamanaşımına uğraması da mümkündür. Buna göre asıl alacak on yılda zamanaşımına tabi olsa da, kapital faizi beş yılda zamanaşımına uğrar. Fakat, ana para faizinin ödenmesi durumunda işleyecek faizler için ise genel kural geçerlidir.

¹¹¹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 67; EVREN: age., s. 84.

¹¹² KENDİGELEN, Abuzer: Hukuki Mütalaalar, C. 3, B. 2, s. 56-70, İstanbul 2006, s. 64.

Faiz kavramını çeşitli açılardan tasnif etmek mümkündür. Bu başlık altında önemli ayrımlar üzerinde durulacaktır.

a) Niteliğine Göre

Niteliği açısından faizleri, kapital (ana para) faiz¹¹³ ve temerrüt (gecikme) faizi olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bu ayrım faizin gerçekleştiği döneme göre yapılmaktadır.

1. Kapital (Ana para) Faiz

Kapital faiz, bir para tutarını talep hakkına sahip bulunan alacaklıya, bu paradan belli bir süre yoksun kalması nedeniyle, mahrumiyet süresi ve mahrum kalınan paranın miktarı ile orantılı olarak borcun vadesine (geri ödenmesi gereken tarihe) kadar ödenen karşılığı ifade eder.¹¹⁴ Paranın alacaklısına, parayı kullanma imkanından mahrum kalması karşılığında ödenen bir miktar paradır. Faiz alacağı bakımından, para borcunun hangi kaynaktan doğduğu burada önemli değildir. Kapital faizinin oranı genellikle taraflar arasında yapılan karz veya kredi sözleşmelerinde karşılıklı anlaşmayla belirlenir. Kapital faizin en önemli özelliği vadeye kadar yürütülmesidir.¹¹⁵

¹¹³ Resülmal faizi de denir.

¹¹⁴ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 27; ARKAN: age., s. 68; ATMACA: age., s. 117; KARAHAN: age., s. 56.

¹¹⁵ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 40; KAYAR: age., s. 79; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 69, 70; KAYIHAN: age., s. 33.

Kapital faizinde, zamanaşımı süresi, BK m. 126 uyarınca 5 yılken, temerrüt faizi asıl alacak için öngörülen sürede zamanaşımına uğrar.¹¹⁶

2. Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, para borcunu zamanında ödemeyerek temerrüde düşen borçlu tarafından, gecikme müddeti için, ödenmesi gereken faiz olarak tanımlanmaktadır (BK m. 103). Bu açıdan temerrüt faizi, alacağını zamanında alamayan alacaklıya ödenen maktu bir tazminat niteliğindedir. Temerrüt faizinin ödenmesi için, borçlunun temerrüde düşmesinde, kusurunun olup olmaması veya hiçbir zararın meydana gelmemiş olması önemli değildir. Temerrüt faizinin kaynağı esas olarak sözleşmedir, ancak sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan borçlar için de temerrüt faizi istenmesine engel yoktur. Temerrüt faizi talep edebilmek için, borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir, yani alacağını ödemesi gereken tarihte ödememiş olması gerekir. Temerrüt faizi, temerrüt tarihinden itibaren, yani karşı tarafı temerrüde düşürmek için ihtar gerek varsa ihtarın alacaklıya ulaştığı, ihtar gerek olmayan hallerde ise (BK m. 101/2), vadenin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlar.¹¹⁷ Temerrüt faizi asıl alacağın zamanaşımı süresine tabidir. Ayrıca temerrüt faizi oranı, paranın vadesinde ödenmeme ihtimali düşünülerek önceden tespit edilebilir.¹¹⁸

¹¹⁶ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 69.

¹¹⁷ Kural olarak borçlunun temerrüde düşmesi vadenin dolması ile gerçekleşir, bazı hallerde ise borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar çekmek gerekir.

¹¹⁸ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 24; DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 41; UYGUR: age., C. 3, s. 3331.

BK m. 104/1'e göre kapital faizlerinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt faizi kural olarak icraya veya mahkemeye başvuru tarihinden itibaren talep edilebilir. BK m. 104/2'ye göre, taraflar, ana para faizlerine işletilecek temerrüt faizinin başlangıcını, cezai şart koşullarına tabi olmak şartıyla belirleyebileceklerdir; yani, belirlenen tarihten itibaren ana para faizine işletilen temerrüt faizi, BK m. 161/3'e göre fahiş miktarda ise, hakim tarafından indirilebilecektir. Ancak tacirler TTK m. 24 gereğince bu indirimden yararlanamayacaklardır. Temerrüt faizinin geç ödenmesi halinde ise, temerrüt faizi talep edilemez. Kanun koyucu bazı hallerde temerrüdün hangi andan itibaren başlayacağını ayrıca düzenlenmiştir; TTK'nın 126, 141, 166, 407 ve 529. maddeleri bunlara örnek olarak gösterilebilir.¹¹⁹

Genellikle kapital faizi vadeye kadar, temerrüt faizi vadeden sonra işler.¹²⁰

b) Kaynağına Göre

Faizi kanuni faiz ve akdi faiz olarak da ikiye ayırmak mümkündür.

1. Kanuni Faiz

Kanuni faiz, miktarı kanunda belirlenen, kapital faizi ve temerrüt faizi anlamında kullanılır; ayırıcı unsuru kanunla belirlenmesidir; faiz oranı sözleşmede

¹¹⁹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 70.

¹²⁰ KAYAR: age. s. 79.

gösterilmemiştir. Kanun gereği doğan veya faizle ilgili olarak beliren iradenin faizin türünü, miktarını, başlangıç tarihi ile oranını açıkça belirlememiş olması halinde, söz konusu olan faiz türüne, kanuni faiz denir. Bu anlamda temerrüt faizi, bir kanuni faiz olduğu gibi, TTK m. 22 ve 307’de düzenlenmiş ana para faizi ile BK’da düzenlenmiş diğer faizler de kanuni faize örnek teşkil eder.¹²¹

Bu kanunda ve diğer ticarî hükümlerde geçen (Kanuni faiz) veya (Nizami faiz) tabirleri, temerrüt durumu mevcut olduğu takdirde 9 uncu maddenin ikinci fıkrasında, diğer hallerde ise birinci fıkrasında tanzim olunan faiz manasına gelir (TTK m. 1461/1).

TTK m. 1461’de kanuni ve akdi faiz ayrımı dikkate alınmıştır; buna göre, kanuni faiz terimi ile, temerrüt faizinin ve sözleşmeyle öngörülmüş olmakla beraber oranı belirlenmemiş faizin ifade edildiği görülmektedir. Kanun koyucu bu hükmü koymakla uygulamada tereddütlere yol açan kanuni faiz ve akdi faiz terimlerinin anlamını belirtmiştir.¹²²

2. Akdi (İradi) Faiz

Akdi faiz ise, adından da anlaşılacağı üzere oranı, türü, başlangıcı, tediye şekil ve zamanı ile sona erdiği gün ve şekli sözleşme ile kararlaştırılmış olan, borcun doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlayan faiz türüdür. Faize yön ve şekil veren tarafların

¹²¹ ŞİRİN, Şerafettin: Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması, İstanbul 1994, s. 64; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 68; TEKİL: age., s. 83.; KARMIŞ, Enver: Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku, C.1, B. 1, Ankara 2007, s. 7 ve 8.

¹²² DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 276, 277; BOZER/ GÖLE: age., s. 202.

serbest iradesidir; bu nedenden dolayı buna serbest faiz de denir.¹²³ Akdi faiz oranı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Uygulamada ise, sözleşmeyle belirlenen faiz oranının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması halinde bu oranlara müdahale edilmektedir.¹²⁴

Kanuni faiz ve akdi faize ilişkin tanımlar 3095 sy. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile değiştirilmiştir. 3095 sy. Kanun'un 1. maddesinde, kanuni faiz terimi sadece miktarı sözleşme ile belirlenmemiş olan kapital faizini ifade etmek üzere kullanılmıştır. 3095 sy. Kanun'a göre miktarı sözleşme ile gösterilmemiş olan temerrüt faizi, kanuni faiz tabirine dahil değildir.

c) Hesaplanma Şekline Göre

Faizi hesaplanma şekli açısından basit faiz ve bileşik faiz olarak ikiye ayırabiliriz.

1. Basit Faiz

Basit faiz, belirli bir miktar para alacağına belirli bir süre için faiz oranı dikkate alınarak faiz işletilmesi ve hesaplanmasıdır. Hukukumuzda kural olarak benimsenen sistem, basit faiz sistemidir.¹²⁵

2. Bileşik (Mürekkep) Faiz

¹²³ ŞİRİN: age., s. 62.

¹²⁴ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 41; EVREN: age., s. 189.

¹²⁵ ŞİRİN: age., s. 73.

Bileşik faiz ise, ana para için işleyen faizin belirli dönemler sonunda ana paraya eklenmek suretiyle tekrar faiz işletilmesidir. Bileşik faiz, kötüye kullanılmaya müsait olduğundan ve ekonomik açıdan yıkımlara yol açması mümkün olduğundan adi işlerde tamamen, ticarî işlerde ise birkaç istisna dışında yasaklanmıştır.

Basit faiz ile bileşik faiz arasındaki en önemli fark; basit faizde süre boyunca yalnızca ana paraya faiz işletilmesi, faiz hesabıyla ana para hesabının ayrı tutulmasıdır. Bileşik faizde ise, belirli hesap dönemleri sonunda işlemiş faizin ana paraya eklenerek, yeni dönemde tamamının ana para olarak kabul edilerek yeniden faiz hesaplanmasıdır. Bir başka deyişle, basit faizde, bileşik faizden farklı olarak, işletilen faizin ana paraya ilave edilerek tekrar faiz yürütülmesi mümkün değildir.¹²⁶

d) Tazminat Faizi

Kanunlarda yer almamakla birlikte, uygulama ve doktrinde tazminat faizi adı altında bir faiz çeşidinden de bahsedilmemektedir. Tazminat faizi esas itibariyle bir haksız fiil sonucunda veya sebepsiz zenginleşmeden doğan ve bir para alacağı olarak ifade edilen tazminat ödeme borcuna, zararın gerçekleştiği tarihten itibaren yürütülen faizi ifade eder.¹²⁷ Aslında bir temerrüt faizi olup, haksız fiillerden doğan para

¹²⁶ KAYAR: age., s. 80.

¹²⁷ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NÖMER ERTAN: age., s. 71; POROY/ YASAMAN: age., s. 79 ARKAN: age., s. 68. Tazminat faizinin ödenmesinin gerekçesi şöyle açıklanabilir; haksız fiil sonucunda zarara uğrayan alacaklının bu zararın tam olarak giderilebilmesi, gerekli tazminatın zararın doğumu anında (olay tarihinde) derhal ödenmesine bağlıdır. Tazminatın olay tarihinde ödenmemiş olması, olay tarihi ile ödeme tarihi arasında para alacağından yoksun kalınmış olması nedeniyle ek bir zararın doğumuna yol açar. İşte tazminatın faizi, bu ek zararı gidermeye yöneliktir.

borçlarına uygulanan bir faiz türüdür. En önemli özelliği, taraflar arasında bir nakdi el değiştirmenin söz konusu olmamasına, yani verilen bir nakdi borcun ortada olmamasına rağmen, bir haksız fiil sonucu hak kazanılmasıdır. Örneğin BK m. 171’de yer alan alacağın temlikinden vazgeçilmesi nedeniyle temlik edilenin iadesi halinde söz konusu olan faiz ve m. 192 ve 205’te yer alan bozulan satımdan dolayı geri alınan mal bedelinin faizi bir tür tazminat faizidir.¹²⁸

Tazminat faizinin, hukuki niteliği, faizin türü ve başlangıç zamanı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, haksız fiilden doğan borçlarda borçlu zararın doğduğu anda ayrıca ihtarla gerek kalmadan mütemerrit duruma düşer; bir başka görüşe göre ise, borçluyu temerrüde düşürmek için alacaklının ihtarı zorunludur.¹²⁹ Temerrütten söz edilebilmesi için, ayrıca borcunun ifasının mümkün olması, yani borç miktarının belirli veya belirlenebilir olması da gerekir. Haksız fiilin meydana geldiği tarihte tazminat borcunun miktarının borçlu tarafından bilinmesi veya belirlenebilir olması mümkün olmadığından, haksız fiil tarihinden itibaren yürütülecek tazminat faizini, temerrüt faizi niteliğinde değerlendirmek yanlış olur. BK’da, haksız fiil tarihinden itibaren faiz yürütülmesini düzenleyen özel bir hüküm de bulunmadığından, ortaya çıkan bu boşluğun, kapital faizi hakkındaki genel hükümlere göre¹³⁰ doldurulması gerekir.¹³¹

¹²⁸ ATMACA: age., s. 120; ŞİRİN: age., s. 63; KAYAR: age., s. 81.

¹²⁹ ARKAN: age., s. 68, 69.

¹³⁰ BK m. 72, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m.1.

¹³¹ ARKAN: age., s. 69.

Doktrinde karşıt fikirler olsa da¹³², kanaatimce burada birinci görüş geçerli olmalıdır. Dolayısıyla haksız fiilden doğan borçlarda, ihtara gerek kalmadan zararın doğduğu andan itibaren borçlu müttemerrit duruma düşecektir. Haksız fiil durumlarında ayrıca bir ihtar şartı aramak hakkaniyete aykırı olacaktır.

Uygulamada Yargıtay, haksız fiilde olduğu gibi sebepsiz zenginleşmede de, olay tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.¹³³

Haksız fiillerde istenecek temerrüt faizinin, ticari işlerde uygulanan temerrüt faizi oranı üzerinden istenip istenemeyeceği, kişinin ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığına göre belirlenecektir. TTK m. 21/1'e göre, kural olarak tacirin borçları ticaridir. Tacirin borcunun ticari olması için sözleşmeden doğması zorunlu olmadığı gibi karşı tarafın tacir olması şartı da yoktur. Ticari borcun para niteliğinde olması ve geç ödenmesi halinde ticari işlerde uygulanan temerrüt faizi oranına göre temerrüt faizi istenebilir.¹³⁴

¹³² Tazminata esas alınacak miktarın belirlenmesinde, hüküm anına itibar edildiği zaman, aslında tazminat faizinin işletilmesine gerek kalmayacaktır. Ancak uygulamada, tazminatın hesaplanmasında, olay tarihi esas alınmakta, olay tarihinden hüküm tarihine kadar faiz işletilmektedir. Tazminat faizi görüşünü ve temerrüt faizi görüşünü ileri sürenler, hakkaniyet duyguları ile hareket etmektedir. Temerrüt faizi görüşünü savunanların en önemli dayanağı, 3095 sy. Kanun m. 2/2'de yer alan ve ticarî temerrütte TCMB'nin kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranının uygulanabilme olasılığıdır. Ancak bu hakkaniyet duygusu, kanuni düzenleme ile bağdaşmamaktadır. Bir kere haksız fiilde her zaman tazminat alacağı baştan belirli veya belirlenebilir durumda değildir. İkinci olarak zararın doğumu her haksız fiilde mutlaka olayın meydana geldiği an olarak kabul edilemez. Abi. Bkz. ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 71.

¹³³ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 72.

¹³⁴ ŞENER/ UZUNALLI EROğLU; age., s. 31, 32.

Faiz konusunu düzenleyen hükümler oldukça dağınık olup, çeşitli kanunlara serpiştirilmiş durumdadır. Faiz konusunu düzenleyen temel kanunlar MK, 3095 sy. Kanun, BK ve TTK'dır.

III. Adi İşlerde Faiz

Adi işlerden maksat, ticarî olmayan işlerdir. TTK m. 21'e göre bir taraf için ticarî olan işler, diğer taraf için de ticarî sayıldığından, adi işler alacaklı veya borçludan hiçbirinin ticarî işletmesiyle ilgili olmayan ve kanunen de ticarî sayılmayan işlerdir.¹³⁵

Adi işlerde kapital faizi ancak iradi olabilir. Eğer taraflar sözleşmede bir kapital faizi ödeneceğine dair bir hüküm koymamışlarsa, kanunen faiz hakkı tanınmamıştır. Ancak taraflar faiz ödeneceği konusunda anlaşmışlar fakat oranı belirlememişlerse 5335 sy. Kanun ile değişik 3095 sy. Kanun'un 1/1 maddesine göre kanuni faiz oranı % 12 olarak belirlenmişti. Yine aynı maddede, Bakanlar Kuruluna, bu oranı aylık olarak belirlemeye, % 10'una kadar indirmeye veya bir katına kadar arttırma yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu da bu yetkisini kullanarak 2005/9831 sy. Kararı¹³⁶ ile 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere bu oranı yıllık % 9'a indirmiştir. Dolayısıyla artık 3095 sy. Kanun'un 1. maddesindeki oranı artık % 9 olarak anlamak gerekecektir. Bu indirim yapılırken 5335 sy. Kanun çıktıktan sonra enflasyonda yaşanan düşüş dikkate alınmıştır.

¹³⁵ ANKARALI, Egemen Gürsel: Adi ve Ticarî İşlerde Faiz (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), İstanbul 1986, s. 47.

¹³⁶ RG, 30.12.2005, S. 26039.

Yine 3095 sy. Kanun m. 2/2'ye göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticarî işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Dolayısıyla adi işlerde ancak sözleşmede hüküm bulunması halinde, bu oran üzerinden faiz istenebilir.

Adi işlerde münhasıran iradi olabilen kapital faizi anlaşmada gösterilen tarihte başlar. Özel bir tarih kararlaştırılmamışsa, sözleşme tarihi başlangıç anıdır. Adi işlerde, temerrüt faizi ise, temerrüt tarihinden itibaren işlemeye başlar. Gecikme faizi veya geçmiş günler faizi olarak da bilinen temerrüt faizinin işlemeye başlaması için mahkemeye veya icraya başvurulmuş olması da şart değildir.¹³⁷

IV. Ticarî İşlerde Faiz

a) Genel Olarak

Faizde, ticarî iş hükümlerinin uygulanması için paranın ya bir ticarî işletmeden çıkmış ya da ticarî bir işletmeye gitmiş veya bir işletme ile ilgili olamamakla birlikte,

¹³⁷ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 51; ANKARALI: age., s. 48.

kanunen ticarî iş sayılan bir muamele ve münasebetten doğmuş olması gerekli ve yeterlidir.¹³⁸

Türk parasının geçmiş dönemlerde hızla değer kaybetmesi, BK ve TTK'da öngörülen kanuni kapital ve temerrüt faizlerinin fonksiyonlarını yerine getirmesini engellemiş ve bu durum, borcunu zamanında ödemeyen borçluların kazançlı çıkmalarına neden olmuştur. Bunun sonucunda da, girişilen icra takipleri ile açılan dava sayıları artmış ve mahkemeler büyük bir yük altına girmiştir.¹³⁹ Kanuni faiz oranı 1984 yılına kadar, adi işler açısından BK m. 72 ve 103, ticari işler açısından ise TTK m. 9'dan yararlanılarak belirlenmekteydi. Ancak söz konusu olumsuzlukları gidermek amacıyla, adi ve ticarî işlerde kanuni faiz ve temerrüt faizinin zamanın ihtiyaçlarına cevap vermesini sağlamak amacıyla, 1984 yılında 3095 sy. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun kabul edilmiştir. Bu Kanun'un 5/2 maddesiyle, BK ve TTK'daki kanuni kapital faizi ve temerrüt faizine oranlarını belirleyen hükümlerin artık uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Yine bu Kanunla 22 Mart 1303 tarihli "Murabaha Nizamnamesi"nin adi işlerde faiz konusunu düzenleyen hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁴⁰

3095 sy. Kanun'un ilk halinde, kanuni kapital ve temerrüt faizi oranı yıllık % 30 olarak belirlenmiş ve Bakanlar Kurulu'na, ekonomik koşulları dikkate alarak, bu oranı % 80'ine kadar arttırma ve eksiltme yetkisi verilmişti. Yine bu Kanun'un ikinci

¹³⁸ ANKARALI: age., s. 57.

¹³⁹ BAHTİYAR: age., s. 46; ARKAN: age., s. 70.

¹⁴⁰ ARKAN: age., s. 70; ÇEKER: age., s. 68, 69.

maddesiyle de ödeme yer ve zamanındaki banka iskontosunun, bu orandan fazla olması halinde, ticarî işlerde temerrüt faizinin, T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranı üzerinden istenmesi imkanı da tanınmıştı. Bu % 30'luk yasal faiz oranı 1984 yılından 1998 yılına kadar geçerliliğini korumuştur. Bakanlar Kurulu Kanun'da kendisine tanınan yetkiyi kullanarak kanuni faiz oranını 1.1.1998'den itibaren geçerli olmak üzere % 50'ye yükseltmiştir. Ancak bu artırıma rağmen kanuni faiz oranları, enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, hazine bonosu ve devlet tahvil faizi, oranlarının çok gerisinde kalmış; sabit oran sistemi ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullara göre alacaklıların zararına olmuştur. Sonuçta ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilenmiş ve hukuk devleti ilkesini zedelenmiştir.¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.1998 tarihli kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunan 3095 sy. Kanun'un 1. ve 2. maddeleri iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra ortaya bir hukuksal boşluk çıkmıştır. Bu boşluğu doldurmak, alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasını ve ticarî hayatta güvenin korunmasını sağlamak gibi düşüncelerle 15.12.1999 tarihinde 4489 sy. Kanun ile 3095 sy. Kanun'un iptal edilen 1. ve 2. maddeleri yerine yeni hükümler getirilmiştir. Buna göre sabit bir faiz oranı belirlenmesinden vazgeçilerek, değişken bir yapıya geçilmiştir. TCMB'nin kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı faiz oranı ile kanuni faiz ve temerrüt faizi arasında bağlantı kurularak, para değerindeki değişimleri yakından izleyebilecek esnek bir

¹⁴¹ ÇEKER: age., s. 69; ARKAN: age., s. 71; KAYAR: age., s. 82, 83; POROY/ YASAMAN: age., s. 84, 85.

sistem oluşturulması amaçlanmıştır. Buna göre, adi işler açısından kanuni faiz oranı olarak TCMB'nin kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranı uygulanır; ticari işlerde ise alacaklının talebi halinde TCMB'nin kısa vadeli krediler için öngördüğü avans faiz oranı geçerli olur.¹⁴²

Son olarak 3095 sy. Kanun'da 21.04.2005 tarihinde 5335 sy. Kanun'un 14. maddesi ile 01.05.2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişiklik yapılmış ve Kanun'un 1. maddesine göre; BK ve TTK hükümlerine göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmeyen durumlarda yıllık % 12 olarak faiz ödeneceği düzenlenmiştir. Böylece 1998 yılından sonra tekrar sabit oran sistemine geçilmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulu'na bu oranı aylık olarak belirleme, % 10'una kadar indirmeye veya bir katına kadar artırma yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu da bu yetkisini kullanarak 2005/9831 sy. Kararı ile 01.01.2006'dan itibaren geçerli olmak üzere yıllık kapital faiz oranını % 9'a indirmiştir. 3095 sy. Kanun m. 2/1'deki atıf nedeniyle temerrüt faizi oranı da kural olarak % 9'a indirilmiştir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticarî işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı¹⁴³, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan

¹⁴² ARKAN: age., s. 71; ÇEKER: age., s. 69; POROY/ YASAMAN: age., s. 85.

¹⁴³ 20.12.2006 tarihinden itibaren avans işlemlerinde uygulanan faiz oranı yıllık % 29'dur. Önceki yıllarda uygulanan avans faiz oranı için bkz. <http://www.tcmb.gov.tr>.

veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.¹⁴⁴ Dolayısıyla ticari işler bakımından alacaklının talebi halinde TCMB avans oranlarının uygulanması olanağı halen geçerlidir.¹⁴⁵ Temerrüt faizi konusunda ise herhangi bir değişikliğe gidilmemiş ve 4489 sy. Kanun ile yapılan değişiklik korunmuştur. 5335 sy. Kanun ile tekrar sabit faiz oranı belirlenmesi, son yıllardaki ekonomik istikrar düşünüldüğünde olumlu olarak düşünülebilir, ancak istikrar bozulduğunda tekrar değişiklik yapılması gereğinin ortaya çıkması ihtimali, esnek bir sistemin daha yerinde olacağına işaret etmektedir.

Ticarî işlerde, taraflar arasında ister sözleşme olsun, ister olmasın avans faiz oranı istenebilir. Avans, teminat olarak alınan ticarî senetler ve vesikalar ile borsada kayıtlı belgelerin ödünç alma işlemidir. Avansla sürenin sonunda faiz tahakkuk ettirilmektedir.¹⁴⁶

Faiz konusuyla ilgili olarak diğer kanunlarda da düzenlemelere yer verilmiştir. 5411 sy. Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesinde mevduata verilecek faiz ve kredi faizine ilişkin düzenlemeler ve Ödünç Para Verme İşleri Hakkında 90 sayılı KHK ile banka, sigorta şirketi ve özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar dışında, faiz veya diğer adlar altında bir ivaz karşılığı sürekli olarak ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek kişi (ikrazatçı) ve şirketlerin (finansman şirketi ve faktoring şirketi) ile ilgili düzenlemeler bunlara örnek olarak gösterilebilir. 90 sy.

¹⁴⁴ UYAR, Mustafa: Temerrüt Faizi (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), İstanbul 2001, s. 28.

¹⁴⁵ ÇEKER: age., s. 69, 70.

¹⁴⁶ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 52.

KHK ile uygulanacak faiz oranları ile alınacak diğer masraf ve gelirlerin üst sınırını tespit veya serbest bırakma konusunda Hazine Müsteşarlığı yetkili kılınmıştır. Yine banka ve kredi kartları hakkında 5464 sy. Kanun ile TCMB faiz oranlarının üst sınırını belirleme de yetkili kılınmıştır.¹⁴⁷

b) Ticarî İşlerde Faizin Özellikleri

1. Öngörülmemiş Olsa Bile Faize Hak Kazanılması

Adi iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde, ödünç alanın vadeye kadar geçen süre için kapital faizi ödemesinin söz konusu olması için, bunun sözleşmede öngörülmesi gerekir. Buna karşılık eğer ödünç sözleşmesi, adi iş değil de ticarî iş kapsamında ise, sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile ödünç alanın kapital faizi ödemesi gerekir. Bu durumda uygulanacak olan faiz oranı, 3095 sy. Kanun hükümlerine göre tespit edilir. Ancak kanunkoyucu tarafların ticari nitelikteki bir ödünç sözleşmesinde, kararlaştırılmasa bile faiz verileceğini öngörürken, bunu ödünç veren tacirin talep etmemesi halinde bile yerine getirilmesi gereken bir zorunluluk olarak görmemiştir.¹⁴⁸ Bu hususlar BK m. 307’de düzenlenmiştir.

Tacir sıfatına bağlı hükümlerden olan ve TTK m. 17 uyarınca esnafa da uygulanan TTK m. 22 ise, tacir veya esnafın ticari işletmesi veya faaliyetiyle ilgili bir işte bir kimse için verdiği avans veya yaptığı masraflar üzerinden, ödeme tarihinden

¹⁴⁷ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 52 vd.; ARKAN: age., s. 71, 72.

¹⁴⁸ TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Kitap 8, İstanbul 1997, s. 6; ARKAN: age., s. 71, 72; ÇEKER: age., s. 71.

itibaren faize hak kazanacağını öngörmektedir. Bu iki halde de, faiz oranı kanuni faiz esaslarına göre belirlenecektir.¹⁴⁹

TTK m. 1462 uyarınca, BK m. 307/2'deki "ticaret muameleleri" terimini ticarî iş olarak anlamak gerekmektedir. Bu itibarla, bir işin ticarî olarak nitelendirilmesinin faiz yönünden ilk sonucu, taraflar arasında önceden kararlaştırılmamış olsa bile, alacağa faiz yürütülmesi gerekeceğidir. BK bu hüküm ile ticari işlerde faizin zımnen kararlaştırılmış olduğu yönünde bir karine olduğunu kabul ederek, ticari işleri adi işlerden ayırmıştır.¹⁵⁰

Benzer bir hüküm TTK m. 22'de de yer almaktadır. Buna göre, tacir olsun veya olmasın bir kimseye karşı ticarî işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet gören tacir, bunun karşılığında bir ücret isteyebilir. Bunun dışında verdiği avans veya yaptığı hizmetler için ödeme tarihinden itibaren faize de hak kazanır. Bu hükme göre, ticarî işletmesiyle ilgili iş yapan tacirin ücret veya faiz talep edebilmesi için önceden kararlaştırılmış olmasına gerek yoktur. Tacirler bu bakımdan diğer şahıslara göre ayrıcalıklı ve avantajlı hale getirilmiştir. Bu gibi durumlarda önceden faiz kararlaştırılmadığı için faiz oranı da belirlenmemiş olacağından kanuni faiz oranları dikkate alınacaktır.¹⁵¹

2. Bileşik (Mürekkep) Faiz Uygulaması

aa) Genel Olarak

¹⁴⁹ POROY/ YASAMAN: age., s. 82.

¹⁵⁰ İMREGÜN: age., s. 21; KARAHAN: age., s. 56.

¹⁵¹ KAYAR: age., s. 84, 85.

Faizin belirli devreler sonunda ana paraya eklenmesi ve bundan sonra ana para ve faizlerden oluşan yeni tutara tekrar faiz yürütülmesi halinde, bileşik (mürekkep) faiz söz konusu olur.¹⁵² Adi işler açısından bileşik faiz uygulaması kabul edilmemiştir, bu durumda işlemin batıl olacağı BK m. 308/3’de hükme bağlanmıştır.

Ancak TTK m. 8/2’ye göre, cari hesaplarla ve borçlu bakımından ticarî iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde, bileşik faiz yasağı geçerli değildir. Ayrıca BK m. 104/3’e göre, TTK’da düzenlendiği için ticarî iş sayılan kambiyo senetlerinde de, müracaat hakkının kullanılması dolayısıyla, temerrüt faizi üzerinden bileşik faizi uygulanabilecektir.¹⁵³

Faize faiz yürütme işlemi olarak bilinen bileşik (mürekkep) faiz uygulaması, sonuçta borçluyu, önceden öngöremeyeceği oranda ağır bir faiz yükü altına sokabilir. Bu nedenle, hemen hemen her hukuk sisteminde, tarafların bileşik faiz konusunda anlaşma yapmaları, yasaklanmış ya da sınırlandırılmıştır.¹⁵⁴ BK’nın ödünç sözleşmelerine ilişkin 308/3 maddesinde, faizin ana paraya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi konusunda önceden yapılan sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmiştir. 3095 sy. Kanun’un 3. maddesinde de, kapital faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken bileşik faizin yürütülemeyeceği düzenlenmiştir; maddenin devamında ise TTK hükümlerinin saklı tutulduğu düzenlenmiştir. Kısaca adi işlerde bileşik faiz

¹⁵² DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 233; ŞENER / UZUNALLI EROĞLU; age., s. 28; ARSLANLI: age., s. 447.

¹⁵³ ARKAN: age., s. 73; KARAHAN: age., s. 58.

¹⁵⁴ ARKAN: age., s. 81, 82.

yasaklanırken, TTK açısından ticarî işlerde istisnai olarak bileşik faizin uygulanabileceği düzenlenmiştir.¹⁵⁵

bb) Kapital Faizi Açısından

3095 sy. Kanun'un 3/2. maddesi uyarınca saklı tutulan¹⁵⁶ TTK hükümleri şunlardır:

aaa) Cari Hesap Sözleşmelerinde

TTK m. 87/1'deki tanıma göre; iki kimsenin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı birbirlerindeki alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip, bunları kalem kalem zimmet ve matlup şekline çevirerek, hesabın kesilmesinden sonra çıkarılacak bakiyeyi isteyebileceklerine ilişkin sözleşmeye cari hesap sözleşmesi denir. TTK m. 8/2 ve 94 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, Cari hesap sözleşmelerinde taraflar üç aydan aşağı olmamak üzere periyotlar için faizi ana paraya ekleyerek tekrar faiz yürütebilirler. TTK m.92/2'ye göre; cari hesap sözleşmelerinde, hesap devresinin sonunda çıkarılan bakiyenin kabulü ile borç yenilenmiş olduğundan, aslında ortada tam olarak bir bileşik faiz uygulaması yoktur. Çünkü yenilemenin ardından ortaya ana para ve faizden oluşan yeni bir kapital alacağı

¹⁵⁵ ŞENER/ UZUNALLI EROĞLU: age., s. 28; AYHAN: age., s. 26.

¹⁵⁶ Kapital faizi ile ilgili olarak bileşik (mürekkep) faizi uygulamasının yapılmasına izin verilen haller.

çıkacaktır. Dolayısıyla, yeni hesap devresinde faiz, bu yeni tutar üzerinden hesaplanır; bu nedenle teorik anlamda faize faiz yürütülmesinden söz edilemez.¹⁵⁷

bbb) Borçlu Bakımından Ticarî İş Niteliğinde Olan Ödünç Sözleşmelerinde

Borçlu bakımından ticarî iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde¹⁵⁸; taraflar, faize faiz yürütülmesine kararlaştırabilirler. Eğer ödünç sözleşmesi borçlu bakımından ticarî iş niteliğinde değilse, bileşik faiz şartı geçerli olmaz. TTK m. 8/2'ye göre, borçlu bakımından ticarî iş sayılan ödünç sözleşmelerinde de, üç aydan önce faize faiz yürütülemez. Borçlu bakımından ticarî iş sayılan ödünç sözleşmelerinde bileşik faiz uygulamasına izin verilmesi, tüm ticarî faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorunda bulunan tacirlerin, bileşik faiz şartını kabul ederken bunun getireceği yükü de değerlendirecekleri düşüncesine dayanmaktadır.¹⁵⁹

ccc) Ödünç Para Verme İşleri, Bankalar, Tasarruf Sandıkları ve Tarım Kredi Kooperatifleri Hakkındaki Özel Hükümlerde

TTK m. 8/3'e göre, ödünç para verme işleri, bankalar, tasarruf sandıkları ve tarım kredi kooperatifleri hakkındaki özel hükümlerin bileşik faiz uygulamasından saklı tutulduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu kuruluşlara ilişkin özel kanunlarda yer alan ve faiz serbestisini sınırlandıran hükümler bulunması halinde, bileşik faiz konusunda

¹⁵⁷ ÇÖL, Hüseyin Cem: Cari Hesapta Faiz (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), Ankara 2002, s. 30; ARKAN: age., s. 82; UYAR: age., s. 147; DOMANIÇ, Hayri: Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler, Ankara 1998, s. 48.

¹⁵⁸ Ödünç alanın tacir olduğu ve ödünçün de ticarî işletmenin ihtiyacı için alındığı hallerde.

¹⁵⁹ ÇÖL: age., s. 64; ARKAN: age., s. 82.

öncelikle bu hükümler uygulanacaktır.¹⁶⁰ BK m. 104/1'e göre, faiz veya mütedahil iratların ya da bağışladığı bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu bunlar için ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Yani faiz borcunu ödemedede temerrüde düşen borçlu, icraya veya mahkemeye müracaat tarihinden önceki dönem için tekrar faiz ödemek zorunda değildir. Mahkeme veya icraya başvuru tarihinden itibaren ise, faiz borcu ana para ile birleştirilerek, toplamı için tekrar faiz hesaplanabilecektir.¹⁶¹

cc) Temerrüt Faizi Açısından

BK m. 104/3 ve 3095 sy. Kanun m. 3/1 bir arada değerlendirildiğinde temerrüt faizinin hesaplanmasında bileşik faiz uygulanamaz. Temerrüt faizine faiz yürütülemeyeceğini düzenleyen BK m. 104/3¹⁶², emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hükme aykırı olarak önceden yapılan sözleşmeler söz konusu olursa, geçersizdir. Ancak tarafların sonradan bir anlaşma yapması halinde, bu yasak uygulanmaz ve bileşik faiz uygulanması mümkündür. Bu tür bir anlaşmayla alacak, faiz niteliğinden sıyrılarak, adeta bir ana para alacağı haline dönüşmektedir. Bu halde borçlu, borç tutarı hakkında bilgi sahibi olacağı için, kanun koyucunun BK m. 104 ile önlemek istediği tehlike ortadan kalkacak ve borçlunun korunmasına gerek kalmayacaktır.¹⁶³

¹⁶⁰ ARKAN: age., s. 82.

¹⁶¹ YILMAZ: age., s. 58; KAYAR: age., s. 85.

¹⁶² Geçmiş günler faizinin tediyesinde temerrüt sebebi ile faiz yürütülemez (BK m. 104/3).

¹⁶³ DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 39; ARKAN: age., s. 83, 84; ARSLANLI: age., s. 448.

Temerrüt faizi üzerinden bileşik faiz uygulaması yasağının bir diğer istisnası da, kambiyo senetlerinde müracaat hakkının kullanılması ile ilgilidir. TTK m. 637/1’de, bir poliçe veya bono hamilinin, vadenin gelmesinden itibaren işleyecek olan temerrüt faizini de, müracaat borçlusundan isteyebileceği düzenlenmiştir. Hamile ödemede bulunan müracaat borçlusu da, kendisinden önce gelen borçlulara müracaat ederek, ödemiş olduğu tutarın tamamı ile birlikte ödeme tarihinden itibaren bu tutar üzerinden hesaplanacak temerrüt faizini de isteyebilir. Bu durumun değerlendirilmesinin sonucunda temerrüt faizi üzerinden temerrüt faizi yürütüldüğü, yani bileşik faiz uygulandığı ortaya çıkmaktadır. Çekler açısından da aynı durum geçerlidir.¹⁶⁴

3. Faizin Ana Parayı Geçebilmesi

TTK m. 1473 ile ticarî işler bakımından; daha sonra da 3095 sy Kanun’un 5/1. maddesi ile tamamen yürürlükten kaldırılan Murabaha Nizamnamesi’nin 4. maddesinde, kaç sene işlerse işlesin, faizin hiçbir şekilde ana parayı geçemeyeceği emredici olarak düzenlenmekteydi. Dolayısıyla gerek adi işlerde, gerekse de ticarî işlerde, kapital faizinin ana parayı geçmesi mümkündür. Faizin, ana parayı geçmesinin mümkün kılınması, ülkemizde yüksek enflasyon oranlarının yaşandığı dönemlerde uzun vadeli kredi işlemlerinin yapılmasını kolaylaştırmıştır. Ancak günümüzde enflasyon oranlarının tek hanelerde dolaştığını düşünürsek, böyle bir düzenlemeye

¹⁶⁴ BAHTİYAR: age., s. 51; ARKAN: age., s. 84.

ihtiyaç olmadığı gibi kaldırılması da yerinde olacaktır. Temerrüt faizinin de, ana parayı geçmesi mümkündür.¹⁶⁵

c) Faiz Oranları

1. Kapital Faiz Açısından

Adi ve ticarî işlerde sözleşmenin tarafları, kapital faiz oranını serbest şekilde belirleyebilirler. Bu serbestinin sınırları, ahlak kuralları ve BK'nın gabin hükümleri ile belirlenmiştir. Dolayısıyla kararlaştırılan faiz, aşırı derecede yüksek olup, borçlu tacirin ekonomik varlığını tehlike altında bırakıyorsa, hakim tarafından indirim tabi tutulabilir. Borçlu, aşırı derecede yüksek faiz ödenmesini öngören bir sözleşmeyi gabin hükümlerine dayanarak da iptal edebilir. Ancak eğer borçlu olan taraf, tacir konumunda ise, tacirin TTK m. 20/2 gereği ticarî işlerinde tecrübesizliği söz konusu olamayacağından sadece müzayaka (zor durumda) halinin varlığına dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür.¹⁶⁶

Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmede, uygulanacak faiz oranını artırma konusunda içlerinden birine yetki tanınması yönünde hüküm bulunması halinde, bu yetki MK m. 2'ye uygun olarak kullanılmalıdır.¹⁶⁷

¹⁶⁵ İMREGÜN: age., s. 23, 24; ARKAN: age., s. 81; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 92; UYGUR: age., C. 3, s. 3337; BOZER/ GÖLE: age., s. 210; KAYAR: age., s. 85.

¹⁶⁶ BERZEK: age., s. 27; ARKAN: age., s. 73, 74; BOZER/ GÖLE: age., s. 206, 207.

¹⁶⁷ ARKAN: age., s. 74; Taraflar arasında bir sözleşmenin olmadığı hallerde, gerek adi iş, gerekse ticari işlerde uygulanacak olan yasal faiz oranları, 3095 sy. Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Bkz. ÇEKER: age., s. 73.

Kapital faiz ödenmesinin kanunen öngörüldüğü hallerde, taraflar sözleşmede uygulanacak faiz oranını göstermemişlerse, adi ve ticarî işlerde kanuni faiz oranı % 9'dur. TTK m. 9'a göre, kanuni kapital faizi belirlenirken, faizin işlemeye başladığı tarihte ödeme yerinde benzer işlemler için daha yüksek bir faiz ödenmekte ise, bu faiz miktarının ödeneceği düzenlenmiştir. Ancak 3095 sy. Kanun m. 5'deki açık hüküm karşısında bu düzenlemenin de uygulama kabiliyetini kaybettiği görülmektedir.¹⁶⁸ Ancak ARKAN'a göre bu sonuç, kanun koyucunun, kanuni faiz ve temerrüt faizinin günün koşullarına uydurulması yolundaki amacına uygun düşmemektedir.¹⁶⁹

2. Temerrüt Faizi Açısından

aa) Genel Olarak

Taraflar para borcunu ilişkin adi ve ticarî işlerde, borçlunun temerrüde düşmesi halinde istenecek temerrüt faizi oranını serbestçe tayin edebilirler. Ancak, taraflar böyle bir tespit yapmamışlarsa, 3095 sy Kanun'un 1 .maddesi devreye girecek ve % 9 oranında temerrüt faizi ödenecektir. Ayrıca ticarî işlerde, TCMB'nin önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranının, % 9'dan daha fazla olması halinde, arada sözleşme olmasa bile, temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. 3095 sy. Kanun'un 2/2. maddesine göre, söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Tacirlerin alacağına

¹⁶⁸ BOZER/ GÖLE: age., s. 212.

¹⁶⁹ ARKAN: age., s. 74.

zamanında kavuşabilmiş olsaydı bu parayı ticarî işlerde bizzat kullanacağı ve böylece sıradan kişilere göre daha verimli değerlendirebilecekleri varsayılarak, ticarî işlerde adi işlere göre temerrüt faizi talebinde daha yüksek bir orandan isteme hakkı tanınmıştır.¹⁷⁰

3095 sy. Kanun'un 2/3. maddesine göre, taraflar temerrüt faizi miktarını sözleşmede kararlaştırmaları bile, akdi faiz miktarı 2. fıkra da gösterilen orandan daha yüksek olarak belirlenmişse, temerrüt faizi, akdi faiz oranı üzerinden hesaplanacaktır. Bir başka deyişle; taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede kapital faizini % 9'dan veya TCMB'nin kısa vadeli avanslar için belirlediği orandan daha fazla belirlemişler ve temerrüt faizi oranını belirlememişlerse, temerrüt faizi de aynı oran üzerinden hesaplanır. Burada alacaklı lehine bir düzenleme yapılmıştır.¹⁷¹

3095 sy. Kanun'un 5/2. maddesinde, BK ve TTK'da kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TTK'nın 1461/2. maddesine dayanarak TCMB'nin reeskont ya da avans faiz oranından daha yüksek olan banka iskontosu üzerinden temerrüt faizi talep edilemeyecektir. Buna karşılık, 3095 sy. Kanun'un 4. maddesiyle, diğer kanunların bu Kanun'da öngörülen orandan daha fazla temerrüt faizi ödenmesine ilişkin hükümlerinin saklı olacağı düzenlenmiştir. Örneğin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20/2. maddesinde, gider veya avans payını ödemeyen kat malikinin, ödemedede geciktiği günler için aylık % 10 hesabıyla gecikme faizi ödenmesi öngörülmektedir ve bu

¹⁷⁰ BATTAL: age., s. 54; ARKAN: age., s. 75; ÇEKER: age., s.73; KAYAR: age., s. 83.

¹⁷¹ ARKAN: age., s. 75; BOZER/ GÖLE: age., s. 214.

düzenleme 3095 sy. Kanun m. 4/2 hükmü gereği uygulama alanı bulacaktır. öngören 20/2 maddesinin uygulanmasına devam olunacaktır.¹⁷²

TTK m. 21/2 gereği, taraflardan biri açısından ticarî iş niteliğinde olan sözleşmeler, kural olarak, diğer taraf için de ticarî iş niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin tacir olmayan tarafı da, şartların oluşması halinde 3095 sy. Kanun'un 2/2. maddesine göre kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranına göre temerrüt faizi ödemesi söz konusu olabilecektir.¹⁷³

Ticarî işin mutlaka bir sözleşmeden doğmuş olmasına gerek olmadığını, yerine göre bir haksız fiilin de, ticarî iş niteliğinde olabileceğini daha önce incelemiştik. Haksız fiiller nedeniyle ödenecek temerrüt faizinin, avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanıp hesaplanamayacağı konusunda tereddüt olabilir. ARKAN'a göre, böyle bir durumda, temerrüt faizinin kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanması, TTK m. 21/2 hükmünün anlamının yitirmesine neden olacaktır; dolayısıyla bu halde, ödenmesi gereken temerrüt faizi, 3095 sy. Kanun'un 2/1. maddesine göre hesaplanmalıdır.¹⁷⁴ Kanaatimce, burada duruma göre değerlendirme yapılmalıdır; bir ticari işletme ile ilgili haksız fiilden kaynaklanan ticari iş söz konusuysa, 3095 sy. Kanun'un 2/2. maddesi uygulanmalı; TTK m. 21/2 hükmü anlamında bir haksız fiil söz konusuysa, bu durumda adi iş gibi değerlendirilmeli ve 3095 sy Kanun'un 2/1. maddesi uygulanmalıdır. Tacir

¹⁷² BERZEK: age., s. 27; ARKAN: age., s. 76; DERYAL: age., s. 32.

¹⁷³ ARKAN: age., s. 75, 76.

¹⁷⁴ ARKAN: age., s. 76.

konumunda olan kişi, temerrüt faizini aşan zararını, BK m. 105'e dayanarak ayrıca talep etme hakkına da sahiptir; buna munzam zarar denir.¹⁷⁵

bb) Kambiyo Senetlerinde

TTK'nın 637. ve 690/1. maddelerine göre, bir poliçe veya bononun vadesinde ödenmemesi halinde senedin hamili, müracaat borçlularına başvurabilecek ve senedin bedelini, vadeden itibaren gelmesinden itibaren işleyecek % 10 faizini, protesto – ihbar masraflarını ve komisyon ücretini talep edebilecektir. Yine TTK 722. maddesine göre, çekler açısından, hamil müracaat yoluyla çekin bedelini, ibraz gününden itibaren % 10 faizini, protesto – ihbar masrafları ile komisyon ücretinin ödenmesini talep edebilecektir. Ödemede bulunan müracaat borçluları da, kendilerinden önce gelen borçlulara başvurarak, ödediğı tutar ile birlikte ödeme gününden itibaren bu tutarın % 10 faizini, masraflarını ve komisyon ücretini talep edebilecektir. Hamile ödeme yapan çek borçlusunun müracaat hakkının kapsamı da, TTK m. 638'e göre tespit edilecektir.¹⁷⁶

ARKAN'a göre bu hükümlerde sözü edilen “vadenin gelmesinden ya da ibraz gününden itibaren % 10 oranı üzerinden işleyen faiz” ile “ödeme tarihinden itibaren ödenen tutarın % 10 hesabıyla faiz” ifadeleri, temerrüt faizine işaret etmektedir.

¹⁷⁵ POROY/ YASAMAN: age., s. 74.

¹⁷⁶ ARKAN: age., s. 78.

TTK'da % 10 olarak belirlenen bu faiz, 3095 sy. Kanun m. 2/1 gereği % 9 olarak uygulanmalıdır.¹⁷⁷

Kambiyo senetlerinin de TTK'da düzenlenmesi sebebiyle ticari iş olduğundan bahsetmiştik. Bu durum karşısında, müracaat hakkının kullanılması nedeniyle 3095 sy. Kanun'un 2/2. maddesine dayanarak TCMB'nin kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı üzerinden temerrüt faizi talep edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. 3095 sy. Kanun'daki açık hükümler değerlendirildiğinde, müracaat hakkı sahibinin talep etmesi halinde kambiyo senetlerinde de temerrüt faizinin kısa vadeli avans faizi üzerinden hesaplanması uygun olur. Bu halde, müracaat borçlusunun ağır bir yük altına gireceği iddiasına katılmak mümkün değildir; ödeme yapan müracaat borçlusu, esasen ödediği tutarın tamamını senedi vadesinde ödememek suretiyle müracaat hakkının kullanılmasına yol açan keşideciden talep etme imkanına sahiptir.¹⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, kambiyo senetleri düzenleme işinin ticarî bir iş olduğunu; bu nedenle de talep halinde 3095 sy. Kanun'un 2. maddesinde öngörülen oranda faiz istenebileceğini kabul etmiştir.¹⁷⁹

cc) Yabancı Para Borçlarında

Yüksek enflasyon nedeniyle TL'deki değer kaybı ve faiz oranlarının güncel kalmasını sağlama gibi endişeleri bertaraf etmek amacıyla 1984 yılında 3095 sy.

¹⁷⁷ ARKAN: age., s. 75.

¹⁷⁸ ARKAN: age., s. 78, 79.

¹⁷⁹ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 55.

Kanun yürürlüğe konulmuştur. Ancak 3095 sy. Kanun'un yabancı paralar açısından da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında bazı belirsizlikler vardı. Bu belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla 14.11.1990 tarihinde 3678 sy. Kanun kabul edilmiş ve bu Kanun'un 30. maddesiyle 3095 sy. Kanun'a 4a maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre, "sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır". Maddede belirtilen en yüksek faiz şöyle tespit edilecektir; birden fazla devlet bankasından bir yıllık mevduata uyguladığı faiz oranı sorulacak ve en yüksek faizi uygulayan bankanın faiz oranı esas alınarak hesaplama yapılacaktır.¹⁸⁰

Doktrinde 3095 sy. Kanun'un 4a maddesinin, taraf iradelerini dikkate almayan yasaklayıcı bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.¹⁸¹

Ancak 3095 sy. Kanun'un 4a maddesinde, devlet bankalarında o tür yabancı para için mevduat hesabı açılmıyorsa, durumun ne olacağı belirtilmemiştir. ARKAN'a göre, bu halde temerrüt faizinin, yabancı paranın ait olduğu ülkede uygulanan kanuni temerrüt faizine göre belirlenebilir.¹⁸²

BK m. 83'e göre, yabancı para borçları ya aynen ödeme şartlıdır ya da borçlu ödemeyi vadedeki kur üzerinden Türk parasıyla yani YTL ile yapabilir ve yabancı para

¹⁸⁰ DEYNEKLİ/ KISA: age., s. 54; ARKAN: age., s. 80.; KARMIŞ: age., s. 77.

¹⁸¹ UYAR: age., s. 32.

¹⁸² ARKAN: age., s. 80; BAHTİYAR: age., s. 52.

borcu vadesinde ödenmemişse, alacaklı, borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre YTL ile ödenmesini isteyebilir. 3678 sy. Kanun ile BK m. 83'e böyle bir hükmün eklenmesinin nedeni, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklının, meydana gelebilecek kur değişikliklerinden zarar görmemesini sağlamaktır.¹⁸³

BK m. 83/2'de öngörülen yabancı para borcunu YTL ile ödeme yetkisinin kullanılması, borcun yabancı para borcu niteliğini ortadan kaldırmayacağı için, temerrüt faizinin söz konusu olması halinde, bu tutar 3095 sy. Kanun'un 4a maddesine göre yabancı para ile üstlenilen borç miktarı üzerinden hesaplanacaktır.¹⁸⁴

d) Faizin Başlangıcı

TTK m. 10'da "Aksine mukavele yoksa, ticarî bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Ticarî İşlerde faizin başlangıç anı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Ticari işlerde faizin başlangıcı, adi işlerdeki faizin başlangıcına uygun bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁸⁵ Örneğin taraflar, kredinin verildiği günü izleyen günden itibaren faizin başlayacağını kararlaştırabilirler. Temerrüt faizinin istenebilmesi için, borçlunun mütemerrit duruma düşmüş olması gerekir; haksız fiil durumlarında ayrıca ihtara gerek

¹⁸³ ARKAN: age., s. 80; KAYAR: age., s. 84.

¹⁸⁴ ARKAN: age., s. 80, 81; DERYAL: age., s. 33; KAYAR: age., s. 84.

¹⁸⁵ BOZER/ GÖLE: age., s. 215.

yoktur; temerrüt faizi olay tarihinden itibaren başlar. Ticarî nitelikteki para borçları için bir vade kararlaştırıldığı zaman, bu vade sadece o borcun muacceliyeti bakımından değil, temerrüt faizinin başlama tarihi bakımından da dikkate alınır. Eğer alacaklı, takip talebinde sadece temerrüt faizi isteyip, başlangıcını belirtmemişse, faiz takip talebi tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Eğer taraflar faizin başlangıç anını belirlememişlerse, TTK m. 10 hükmü devreye girer. Buna göre kanunen ticarî faiz, vade varsa vadenin bitiminden itibaren, vade yoksa, ihtar gününden itibaren işlemeye başlar.¹⁸⁶

¹⁸⁶ BERZEK: age., s. 31; DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 272; UYGUR: age., C. 3, s. 3337; İMREGÜN: age., s. 23; KARAHAN: age., s. 59.

C) EN YÜKSEK SINIRI AŞAN TİCARİ İŞLEMLERİN HUKUKİ DURUMU

BK m. 19/2 ve 20/1'e göre emredici hükümlere aykırı sözleşmeler geçersizdir. Ancak BK m. 20/2 hükmüne göre; geçersiz sayılan koşul olmadan, tarafların sözleşmeyi yapmak istemediklerinin belli olduğu durumlar istisna olmak üzere, sözleşmenin içerdiği koşullardan bir kısmı emredici hükümlere aykırı ise, sözleşme tümüyle geçersiz hale gelmez; sadece ilgili koşul geçersiz sayılır.

TTK m. 1466'da öncelikle BK m. 19 ve 20 tekrarlandıktan sonra, “şu kadar ki bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olsa dahi geri alınır. Bu hallerde BK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz” hükmü yer almıştır. Bu düzenleme ile sözleşmenin tamamen geçersiz olmasının önü kesilmiştir. Bu düzenlemenin adi işlerden farklılık yönü, ticari işlerde, taraflardan biri kanun tarafından veya yetkili makam tarafından belirlenen sınırın üzerinde ödeme yapılmasaydı, bu sözleşmenin yapılamayacağını ileri sürerek sözleşmenin tamamen geçersiz sayılmasını sağlayamayacaktır.¹⁸⁷ Sözleşmenin en yüksek sınırı aşan kısmı batıl olduğundan, bu kısma ilişkin fazla ödemenin iadesi de

¹⁸⁷ ÇEKER: age., s. 74.

BK m. 61 hükümlerine göre gerçekleştirilecektir. Ayrıca iade talebinde bulunan tarafın, kendisini hatalı olarak borçlu sandığını ispat etmesine gerek yoktur.¹⁸⁸

TTK m. 1466 hükmünün önemi, BK m. 20/2'nin son cümlesinin uygulanmayacağının düzenlenmiş olmasından gelmektedir. Dolayısıyla yetkili makam tarafından belirlenen satış fiyatından daha yüksek bir bedelle sözleşme yapılması durumunda, bu sözleşme yetkili makam tarafından belirlenen bedel üzerinden yapılmış sayılır. Geçersiz sayılan koşul olmadan, tarafların sözleşmeyi yapmak istemediklerinin belli olsa bile sözleşme tamamen geçersiz olmaz.¹⁸⁹

TTK m. 1466, özellikle savaş, ekonomik bunalım gibi nedenlerle, üretimin, ithalatın kısıtlandığı dönemlerde belirli bir takım mal veya hizmetlere ihtiyaç duyanların¹⁹⁰ çıkarlarını korumak amacıyla kabul edilmiştir. Örneğin, bir malın satış fiyatının usulüne uygun ve emredici şekilde belirlendiği durumlarda, belirlenen fiyatın üzerinde satılması halinde, satışın resmen belirlenen fiyat üzerinden yapıldığı kabul edilecektir. Yapılan fazla ödeme hata ile yapılmış olmasa bile sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi talep edilebilecektir. Satıcının, bu fiyatlar üzerinden satışın geçerli olacağını bilseydi satışı yapmayacağı inancının da bir önemi yoktur.

¹⁸⁸ ARKAN: age., s. 84, 85.

¹⁸⁹ ARKAN: age., s. 85.

¹⁹⁰ Ekonomik bakımdan zor durumda bulunanların.

Sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelmiş hukuka aykırılığın butlan sonucunu doğurup doğurmayacağı söz konusu hükmün anlam ve amacına göre tayin olunur.¹⁹¹

¹⁹¹ KAYAR: age., s. 88; ARKAN: age., s. 85; BAKTİR: age., s. 65; BAHTİYAR: age., s. 53, 54; DERYAL: age., s. 34.

D) TİCARÎ İŞLERDE ZAMANAŞIMI

TTK m. 6'da “Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticarî hükümler koyan kanunlarla tayin olunan müruruzaman müddetleri mukavele ile değiştirilemez” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir. Zamanaşımı alacak hakkını sona erdirmemekte, sadece onu eksik bir borç haline getirmektedir. Zamanaşımı sadece alacaklının alacağı için dava açma hakkını ve cebri icra yoluyla talep etme hakkını ortadan kaldırır. Zamanaşımına uğramasına rağmen alacak hakkı yaşamaya devam eder; borçlu zamanaşımına uğrayan borcunu ifa ederse, bu geçerli bir ifadır. Zamanaşımından, başlangıçta feragat etmek batıldır.¹⁹²

BK'da hangi hakların zamanaşımına uğrayacağı, hangilerinin uğramayacağı belirli bir sistem halinde düzenlenmiş değildir. Kural olarak bütün alacak hakları zamanaşımına bağlanmıştır. Alacak hakları, alacaklıya, borçludan bir edimi yerine getirmesini isteme yetkisini veren haklardır.¹⁹³

¹⁹² TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, B.2, Ankara 2001, s. 25; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP: age., s. 1030 vd.; AKINCI: age., s. 230, 231.; EREN: age., s. 482, 483.

¹⁹³ TUTUMLU; age., s. 31; TURGUTTOPBAŞ, Ayşe: Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), Konya 1999, s. 14.

TTK teselsül açısından BK sisteminden ayrılırken, zamanaşımı açısından BK sistemini aynen devam ettirmektedir. BK’da zamanaşımına ait 127. madde¹⁹⁴ hükmünün Borçlar Hukuku dışında uygulama alanı bulup bulmadığı sorusu tartışmalara neden olduğu için, TTK hazırlanırken bu genel hükmün TTK içinde¹⁹⁵ bir kere daha tekrar edilmesi yararlı görülmüştür.¹⁹⁶

TTK m. 6’ya göre, kanunda aksine hüküm olmadıkça, ticarî işlere ilişkin olarak kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinde değişiklik yapılamaz. Değiştirilemeyecek zamanaşımı süreleri hem TTK’da, hem de ticarî işlerle ilgili diğer hükümlerde yer alan zamanaşımı sürelerini kapsar. Değiştirme yasağı, öngörülen zamanaşımı sürelerini hem arttırma, hem de azaltma yasağı şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁹⁷

TTK m. 6’da yer alan “kanunda aksine hüküm olmadıkça” ifadesi nedeniyle ticarî işlere ilişkin hükümlerde yer alan zamanaşımı sürelerinde, ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde değişiklik yapılması mümkündür. Örneğin TTK m. 25/4. hükmüne göre, tacirler arasındaki ticarî satışlarda ayıba karşı tekeffülden doğan davalar altı aylık zamanaşımı süresine tabi kılınmış ve bu sürenin tarafların anlaşması halinde kısaltılabileceği düzenlenmiştir.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Bu üçüncü bapta tayin olunan müruru zaman müddetleri, mukavele ile tadil olunamaz (BK m. 127).

¹⁹⁵ TTK m. 6.

¹⁹⁶ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 67.

¹⁹⁷ BERZEK: age., s. 32; KAYAR: age., s. 86; BOZER/ GÖLE: age., s. 197.

¹⁹⁸ ARKAN: age., s. 85; ÇEKER: age., s. 74; KARAHAN: age., s. 59.

Bu hüküm, adi satımlarda satıcının ayıba karşı tekeffül borcu ile ilgili BK m. 207'deki bir yıllık zamanaşımı süresini ticarî satımlarla (işlerle) ilgili olarak önce altı aya indirmekte, sonra da bu sürenin sözleşme ile daha da kısaltılabileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm yalnızca azaltma yönünde bir izin içermekte olup, ticarî satımlar açısından belirlenen altı aylık sürenin anlaşılmayla arttırılması mümkün değildir.¹⁹⁹

TTK m. 6 hükmü değerlendirildiğinde, muacceliyet anı da önemlidir. Taraflar, muacceliyet tarihini değiştirmek suretiyle, zamanaşımı süresini uzatabileceklerdir. Bunun için sözleşme ile muaccel olmuş bir alacağın muacceliyet tarihini daha sonraya bırakmaları yeterlidir. Kanunlarda bazı zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile uzatılıp kısaltılmasına, bazılarının sadece uzatılmasına, bazılarının ise sadece kısaltılmasına izin verilmiştir.²⁰⁰

Ana para için uygulanan zamanaşımı süresi, bu ana para için istenilen faiz için de uygulanır.²⁰¹

Zamanaşımı ancak bir def'i olarak ileri sürülebilir; yani borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürmezse hakim bu konuyu re'sen dikkate alamaz ve taraflara bunu

¹⁹⁹ KAYAR: age., s. 87; ARKAN: age., s. 83, 84; TEKİL: age., s. 72.

²⁰⁰ ARKAN: age., s. 86; TTK m. 25/4 ve BK m. 207 bunlara örnektir. Abi. Bkz. BOZER/ GÖLE: age., s. 197.

²⁰¹ İMREGÜN: age., s. 24.

hatırlatamaz. Zamanaşımına uğrayan bir borç ödenirse, normal bir ifa sayılır ve geri alınamaz; geçerli bir ifanın bütün sonuçlarını doğurur.²⁰²

TTK m. 6 hükmünde, sadece zamanaşımından söz edilmiş, hak düşürücü süre ifadesine yer verilmemiştir. Hak düşürücü süreler emredici nitelikte olduklarından , zaten sözleşme ile değiştirilemezler. Hak düşürücü süreye ilişkin açık bir hüküm olamamakla birlikte, doktrin ve Yargıtay içtihatlarına göre, hak düşürücü süreler evleviyetle TTK m. 6 kapsamındadır.²⁰³

TTK m. 6, hem TTK'daki zamanaşımı süreleri için, hem de ticarî hüküm içeren diğer kanunlardaki zamanaşımı süreleri için de geçerlidir.

²⁰² TURGUTTOPBAŞ: age., s. 78; BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 67.

²⁰³ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 67.

E) TİCARÎ HÜKÜMLER

I. Genel Olarak

Bir işin ticarî iş olarak nitelendirilmesinin en önemli sonuçlarından biri de bu işlerle ilgili hukuki uyuşmazlıkların çözümünde ticarî hükümlere, adi hükümlere göre öncelik tanınmasıdır. Ticarî iş – adi iş ayrımı, doğal olarak beraberinde, ticarî hüküm – adi hüküm ayrımını da getirmektedir. Ticarî olarak nitelendirilen işler, özel ve ayrı bir alan oluşturduğundan bu alana ticarî hükümler uygulanır. Her ne kadar TTK, MK’nın ayrılmaz bir parçasını oluşturmakta ise de, hukukumuzda ayrılık ilkesi benimsendiğinden ticarî hükümler ayrı bir kategori olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca MK ve BK’da düzenlenmiş birçok konu da, ticarî nitelikte olduğu takdirde, ticarî iş olarak kabul edilmiş ve ticarî hükümlerin uygulama kapsamına alınmıştır.²⁰⁴

TTK m. 1/1’de “Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüzüdür. Bu kanundaki hükümlerle, bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen her hangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere dair diğer kanunlarda yazılı hususi hükümler, ticarî hükümlerdir” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Ticari hükümlerin tanımı da ticari işletme kavramından faydalanılarak yapılmaktadır.²⁰⁵ Ticarî hükümler, ticarî faaliyetleri düzenleyen hükümlerdir. Hangi

²⁰⁴ BATTAL: age., s. 55; BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 49, 50; YETKİN, Mustafa: Şerhli Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1978, s. 2 vd.

²⁰⁵ BOZER/ GÖLE: age., s. 44.

hükümlerin ticarî sayılacağı, TTK'nın 1/1. maddesinde gösterilmiştir. İster kamu hukuku olsun, ister özel hukukla ilgili olsun, ticarî faaliyetlerle doğrudan ilgili hükümler ticarî hükümdür. Örneğin kişilerin hayat ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretenlere verilecek cezaları gösteren TCK'nın 187. maddesinde yer alan hüküm de, kamu hukuku alanında ticarî bir hükümdür.²⁰⁶ Bazen kanunlar ticarî faaliyetler dışında düzenlenmiş olan bir hususu ticarî niteliği dikkate alınmak suretiyle, farklı şekilde yeniden düzenler. Doğrudan ticarî konularla ilgili kanunların yanı sıra ticarî konuları farklı şekilde düzenleyen bu hükümler de ticarî hüküm sayılır.²⁰⁷

II. Ticarî Hüküm Çeşitleri

Ticarî işlere öncelikle ticarî hükümler uygulanır. Bu açıdan hangi hükümlerin ticarî hüküm olduğunun belirlenmesi gerekir. TTK m. 1/1'den hareketle ticarî hükümleri ikiye ayırmak mümkündür.

a) Türk Ticaret Kanunun'da Yer Alan Hükümler (Mutlak Ticarî Hükümler)

TTK'da yer alan hükümler, başka bir şarta gerek kalmadan ticarî hüküm niteliğindedir. Bu tür hükümlerin ticarî nitelikte sayılması için bir ticarî işletmeyle ya da tacirle ilgili olmasına gerek yoktur. Bir konunun TTK'da düzenlenmiş olması, o işin ticari iş niteliği kazanması ve buna ilişkin hükümlerin de ticari hüküm sayılması

²⁰⁶ Ancak böyle bir ceza hükmünün ticarî sayılmasının pratik bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. ARKAN: age., 86.

²⁰⁷ KAYAR: age., s. 90; TEKİL: age., s. 59.

için yeterlidir. Bu nedenle, TTK'da yer alan hükümlere *mutlak ticarî hükümler* denilmektedir. Örneğin, ticarî faaliyette olmayan bir devlet memurunun, kişisel ihtiyacı için satın aldığı bir malın bedelini ödemek üzere çek düzenlenmesi ticarî iş sayılır ve TTK'da yer alan çekle ilgili hükümler bu işe uygulanır.²⁰⁸

Ancak bir hükmün ticarî olması ile o hükmün somut olayda uygulanıp uygulanmaması ayrı şeylerdir. Bir ticarî hükmün uygulanabilmesi için, bazen işin bir ticarî işletme kapsamında yapılması, bazen de bir tarafın ya da her iki tarafın tacir olması gerekir. Bu durumda hüküm TTK'da yer aldığı için ticarîdir, ancak hüküm, düzenlediği iş ticarî işletme kapsamında yapılmadığı veya taraflardan biri ya da her ikisi tacir olmadığı için uygulanmamaktadır. Örneğin bono hükümleri, herhangi bir şart aranmadığı için iki memur veya iki işçi arasında da uygulanabilir; buna karşılık, TTK m. 762'de düzenlenen taşıma hükümleri ticarî hüküm olmasına rağmen at arabası ile yapılan taşımlarda uygulanmaz; çünkü taşıma işi ancak bir ticarî işletme kapsamında yapılırsa TTK hükümlerine tabidir. Yine TTK m. 22'ye göre ücret isteme hakkı, ticarî işletmesiyle ilgili bir iş ya da hizmet görmüş olan tacire tanındığı için bu hükmün uygulanması için işin ticarî işletme kapsamında yapılması ve ilgilinin tacir olması gerekir.²⁰⁹

b) Türk Ticaret Kanunun'da Yer Almamakla Birlikte Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Hükümler (Nisbi Ticarî Hükümler)

²⁰⁸ KARAHAN: age., s. 60; KAYAR: age., s. 90; ÇEKER: age., s. 75.

²⁰⁹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: AGE., s. 96; BAKTIR: age., s. 48.

TTK’da yer alan hükümlerin yanı sıra TTK’da yer almamakla birlikte bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün hükümler de ticarî hüküm niteliğindedir. Örneğin kira ilişkisi BK’da düzenlenmiş olduğu halde, bir ticari işletme için işyeri kiralanması halinde, BK’nın kira sözleşmesine ilişkin hükümleri de, bu uyumsuzlukla sınırlı olarak ticari hüküm sayılacaktır.²¹⁰ TTK m. 1/1’de yer alan “ilgilendiren” ifadesi ile ticarî hükümlerin kapsamı olabildiğince geniş tutulmak istenmiştir; yani ticarî işletmeyle ilişkisi kurulabilen hukuki muamele, haksız fiil ve diğer her türlü işi düzenleyen hükümler ticarî hükümdür. Böylece ticarî hükümlerin kapsamını belirleme bakımından TTK m. 3’e paralel bir düzenleme yapılmıştır. Yine aynı fıkra da yer alan “diğer kanunlarda yer alan hususi hükümler” ifadesiyle de, ticarî nitelikte sayılacak hükümlerin özel hukuk alanının yanı sıra kamu hukuku alanında yer alabileceği belirtilmiştir.²¹¹

TTK dışındaki hükümler, bir ticarî işletmeyi ilgilendirmeleri şartıyla ticarî hüküm sayıldıkları için, bunlara *nisbi ticarî hüküm* denilmektedir. Finansal Kiralama Kanunu, Türk Sivil Havacılık Kanunu, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun, Bankalar Kanunu, Ticarî İşletme Rehni Kanunu, MK²¹² ve BK²¹³ gibi

²¹⁰ ÇEKER: age., s. 75.

²¹¹ KARAHAN: age., s. 60; KAYAR: age., s. 91.

²¹² m. 950/2.

²¹³ m. 91, 179, 187, 212, 307/2, 449 ve 453.

kanunların²¹⁴ ilgili hükümleri ticarî işletmeyi ilgilendiren diğer ticarî hükümlere örnek olarak gösterilebilir.²¹⁵

Hem uygulama sırası geldiğinde ticarî işlere uygulanacak hükümlerin tespiti, hem de ticarî örf ve adetler ile genel hükümlere müracaat edilip edilmeyeceğinin tespiti bakımından hangi hükümlerin ticarî hüküm sayılacağıının belirlenmesi önemlidir.²¹⁶

Ticarî işletme ile ilgili olup da TTK'da düzenlenmeyen diğer hükümlere şu örnekler verilebilir; 556 sy. Markaların Korunması Hakkında Kanun, 3095 sy. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun, 4054 sy. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 1163 sy. Kooperatifler Kanunu.²¹⁷

III. Ticarî Hükümlerin Uygulanma Sırası

TTK m. 1/2'de "Hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde mahkeme, ticarî örf ve adete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verir" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

²¹⁴ Bu kanunlardaki hükümlerin ticarî hüküm olmasının nedeni, bunların bir ticarî işletme ile ilgili olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler olmasıdır.

²¹⁵ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 96; ARKAN: age., s. 87.

²¹⁶ KAYAR: age., s. 92.

²¹⁷ KAYIHAN: age., s. 36, 37

Bir düzenlemenin, ticarî hüküm sayılmasının pratik sonucu, ticarî işlere uygulanacak hükümlerin sırasını belirlemede kendini gösterir. TTK m. 1/2’de ticarî işlere uygulanacak hükümlerin sırası gösterilmiştir. Ticarî işlere öncelikle emredici hükümler, sonra sözleşme hükümleri, sonra da ticarî hükümler uygulanır. Yani bir konuda emredici hüküm ya da sözleşme hükmü yoksa ya da olaya çözüm getirme bakımından bunlar yeterli gelmediği takdirde, ticarî hükümler uygulanacaktır. Ticarî hüküm de yoksa, ticarî örf adet veya genel hükümler uygulanacaktır. Bu başlık altında ticarî hükümler uygulama sırası dikkate alınarak incelenecektir.

a) Emredici²¹⁸ Hükümler

Son yüzyılda ticaret hukukunun sosyalleşmesi ile emredici hükümler, akit özgürlüğü ilkesi aleyhine büyümüştür. Her türlü hukuki işlem ve uyuşmazlıkta olduğu gibi ticarî bir işle ilgili bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında da, ilk olarak emredici hükümler uygulanır. Emredici hükümler, sözleşme ile aksi kararlaştırılamayan ve uyulması zorunlu hükümlerdir. Emredici hükümlerin TTK’da bulunması ile TTK dışındaki diğer kanunlarda bulunması arasında bir fark yoktur. Bir kavram veya kurumu tanımlayan hükümler²¹⁹ de emredici nitelikte olabilir. Emredici kurallara aykırı işlemin akıbeti, geçersizlik olacaktır.²²⁰

²¹⁸ Amir hükümler de denir. Bkz. DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 3

²¹⁹ Örneğin acentanın tanımıyla ilgili TTK m. 116/1 bu şekildedir.

²²⁰ BAKTİR: age., s. 48; ARKAN: age., s. 87; BERZEK: age., s. 33; DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 12; İMREGÜN: age., s. 25.

Doktrinde emredici nitelikte örf ve adet olabileceği de ileri sürülmektedir.²²¹

b) Sözleşme Hükümleri

Özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla yaptıkları düzenlemeler, ticarî uyuşmazlığın çözümünde ikinci sırada yer alır. Ticarî işlerde taraflar, emredici kanun hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, adaba ve kişi haklarına aykırı olmayan sözleşmeler yapabilirler. Ticarî işlerle ilgili uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri, emredici hükümlerden sonra, emredici olmayan ticarî hükümlerden ise sonra uygulanır. Sözleşmelerin yapılması, yorumlanması, uygulanması ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları kural olarak BK'ya tabidir; bununla birlikte TTK m. 2/1'e göre, ticarî işlere ilişkin sözleşmeler yorumlanırken, ticarî teamüller ve ticarî örf ve adet de dikkate alınmalıdır. Türk ticaret şirketleri ile yabancı bir şirket arasında yapılan yabancı dildeki sözleşmeler de geçerlidir.²²²

c) Ticarî Hükümler²²³

²²¹ POROY/ YASAMAN: age., s. 93.

²²² KAYAR: age., 90, 91; DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 4, 5; TEKİL: age., s. 64; BOZER/ GÖLE: age., s. 45.

²²³ Emredici olmayan; tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelikte ticarî hükümler.

Ticarî işlerle ilgili uyuşmazlıklarda üçüncü sırada uygulanacak ticarî hükümler, emredici özelliğe sahip olmayan, aksine sözleşme yapılabilen, ancak aksine sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak, yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümlerdir. Bunlar esas itibariyle ya tarafların yapmış oldukları sözleşmeyi tamamlayıcı ya da tarafların açıkladıkları iradelerini yorumlayıcı bir fonksiyon ifa ederler.²²⁴

Tamamlayıcı hükümler, tarafların sözleşme yapmaması halinde uygulanan veya yapılan sözleşmelerin eksiklerini tamamlayan hükümlerdir. Örneğin kolektif şirket sözleşmesinde şirket işlerinin kimin tarafından yönetileceğinin gösterilmediği hallerde uygulanacak olan TTK m. 160/1 hükmü, tamamlayıcı niteliktedir. Yine TTK m. 7/1'e göre, para borcu zamanında yerine getirilmezse, 3095 sayılı Kanun'un 2/1. maddesine göre borçlu tarafından yıllık % 9 oranında faiz ödenmesi gerekir; bu hükümde tamamlayıcı niteliktedir.²²⁵

Yorumlayıcı hükümler ise, taraflarca yapılan sözleşmede yer alan hükümlerin ne anlama geldiğini açıklayan hükümlerdir. Örneğin, kambiyo senetlerinde vadenin tespiti ile ilgili olarak, tarafların kullandığı “ayın başı, ortası veya sonu”nun, ayın birinci, ayın on beşinci ve sonuncu günlerini ifade ettiğini düzenleyen TTK m. 618/3 hükmü yorumlayıcı bir hükümdür.²²⁶

²²⁴ İMREGÜN: age., s. 26.

²²⁵ YILMAZ: age., s. 60; ARKAN: age., s. 88; DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 12.

²²⁶ KAYAR: age., s. 93.

Özel kanunlarda yer alan ticarî hükümler, aynı konuya ilişkin TTK hükümlerinden önce uygulanır.²²⁷

d) Ticarî Örf ve Adet

1. Genel Olarak

TTK m. 2/1’de “Kanunda aksine bir hüküm yoksa teamül, ticarî örf ve adet olarak kabul edildiği tesbit edilmedikçe hükme esas olamaz. Şu kadar ki; irade beyanlarının tefsirinde teamüllerin dahi nazara alınması esası mahfuzdur” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Ticarî işlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, emredici hükümler, sözleşme hükümleri ve son olarak ticarî hükümler uygulandıktan sonra bir sonuca ulaşılamazsa, ticarî örf ve adetler uygulanacaktır. Kanun koyucu ticari örf ve adetin, ticari hükümlerden sonra uygulanmasını öngörmüştür. Örf ve adet kuralları, yazılı olmamakla birlikte, uzun zamandan beri uygulanan ve bunun sonucunda toplumda ya da en azından ilgili çevrelerde, bunlara uyulmasının zorunlu olduğu yönünde yaygın bir inancın yerleşmiş olduğu davranış kurallarını ifade eder. Örf ve adet kuralının bir hukuk kuralı olarak uygulanabilmesi için süreklilik, genel inanç ve hukuki unsurlarının bir arada bulunması gerekir.²²⁸

²²⁷ ARKAN: age., s. 88.

²²⁸ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: AGE., s. 97; ARKAN: age., s. 89; MİMAROĞLU: age., s. 87; EREM: age., s. 62; İPEKÇİ: age., s. 13; BOZER/ GÖLE: age., s. 47; ÇEKER: age., s. 77; ARSLANLI: age., s. 82.

Ticaret hukukunda, örf ve adetlere Medeni hukuka göre daha fazla önem verilmiştir. Ticaret hukukunda örf ve adetler genel hükümlerden önce uygulama alanı bulurken; Medeni hukuk alanında örf ve adetin uygulanabilmesi için mevzuatta herhangi bir hükmün bulunmaması gerekir. Bunun nedeni, Ticaret hukukunun örf ve adet hukuku olarak doğup gelişmiş olması ve ticarî örf ve adetin gelişmelere daha hızlı ve pratik şekilde uyum sağlayabilmesidir.²²⁹

Örf ve adet kuralları, bir tür objektif hukuk kuralı olduğundan, hakim tarafından re'sen araştırılmalı ve uygulanmalıdır. Bu nedenle, uyuşmazlığın tarafları ticarî bir örf ve adetin varlığını ispat yükü altında değildir. Ancak bütün ticarî örf ve adetleri hakim bilemeyeceği için, 5174 sy. TOBB Kanunu m. 17 ile sanayi, ticaret ve deniz ticaret odalarının bir meclisi olan oda meclislerine, çalışma alanları içindeki ticarî örf ve adet ile teamülleri tespit ve ilan etme görevi yüklenmiştir. Ticarî örf ve adet kurallarının belirlenmesi, uygulama bakımından çok önemlidir ve uzmanlık gerektiren zor ve teknik bir iştir. Dolayısıyla belirli bir hususta ticarî örf ve adet bulunup bulunmadığı konusunda belirsizlik varsa, hakim ilgili odadan sorarak olayı açıklığa kavuşturur. Örneğin, Türkiye'nin bir çok yerinde faturanın altına damga pulu yapıştırılarak kaşe basılması ve imzalanmasının fatura bedelinin peşin tahsil edildiği, kaşe ve imzanın faturanın üst kısmında yer alması halinde de tahsil edilmediği anlamına geldiği yönünde bir ticarî örf ve adet bulunmaktadır.²³⁰

²²⁹ BAKTIR: age., s. 49; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 97.

²³⁰ KAYAR: age., s. 94; BAHTİYAR: age., s. 56; DERYAL: age., s. 36; POROY/ YASAMAN: age., s. 96.

İlgili odanın verdiği cevabın, hakimi bağlayıcılığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki bir görüşe göre odanın cevabı, HUMK m. 275 vd. anlamında herhangi bir bilirkişi mütalaası olarak (takdiri delil) değerlendirilmektedir.²³¹ Diğer bir görüşe göre ise, TTK m. 2’de ticarî işlere uygulanacak hükümlerin sırasının belirlenmiş ve bu sıralama içinde yer alan ticarî örf ve adetin tespitinde de kanunla, sanayi, ticaret, sanayi ve deniz ticaret odalarına verilmiş olmasını dikkate alarak burada mahkemenin gelen cevaba göre karar vermek zorunda olduğu ileri sürülmektedir.²³² Kanaatimce, mahkeme ilgili odadan gelen cevapla en az bir genel hüküm kadar bağlayıcı olmalıdır; eğer bir ticarî örf ve adetin mevcudiyeti açısından şüphe kalmamışsa, ticarî örf ve adetlere kanunda genel hükümlerden önce bir uygulama imkanı tanındığı için, bunlarla da bağlı olmalıdır. Bu açıdan takdiri delil şeklinde değerlendirmek yanlış olur.

Büyük ticarî işletmelerin²³³ müşterileri ile yaptıkları işlemlerde kullandıkları genel şartlar ise, örf ve adet kuralı niteliğinde değildir; çünkü bunlar uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmamışlardır. Ayrıca bu şartların müşteriler bakımından bağlayıcı sonuçlar doğurması, bunların müşteriler tarafından açık veya zımni olarak kabul edilmelerine bağlıdır. Bu açıdan da örf ve adet kurallarından ayrılır.²³⁴

²³¹ DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 8.

²³² ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: AGE., s. 98.

²³³ Bankalar gibi.

²³⁴ BERZEK: age., s. 34; ARKAN: age., s. 89.

Ticarî örf ve adetler, genel olabileceği gibi özel ya da bölge düzeyinde de olabilir. Genel örf ve adet, hem bütün ticaret kollarını ilgilendiren, hem de bütün Türkiye’de geçerli olan örf ve adetlerdir. Özel örf ve adet ise, yalnızca belirli ticaret kollarıyla ilgili örf ve adetlerdir. Bölgesel örf ve adet de, Türkiye’nin genelinde geçerli olmayıp, belirli alan ve bölgelerde geçerli olan örf ve adetlerdir.

TTK m. 2/2’de “Bir bölgeye veya bir ticaret şubesine mahsus olan ticarî örf ve adetler umumi olanlara tercih olunur. İlgililer aynı bölgede bulunmadıkları takdirde, kanun veya mukavelede aksine hüküm olmadıkça, ifa yerindeki ticarî örf ve adet tatbik olunur” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Bu maddeye göre bir bölgeye veya ticaret şubesine özgü ticarî örf ve adetler, genel örf ve adetlere göre öncelikle uygulanır. Bu şekilde bölgesel örf ve adetlere öncelik tanınması, dinamik bir hukuk sisteminin oluşması ve daha adil bir uygulamanın yerleşmesi açısından önemlidir. Ayrıca kanun koyucu bir boşluğa yer vermemek için, tarafların aynı bölgede bulunmaması halinde, ifa yerindeki ticarî örf ve adetlerin uygulanacağını da düzenlemiştir.

TTK m. 2/3’de ise, “Tacir sıfatını haiz olmayanlar hakkında ticarî örf ve adet, ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde tatbik olunur” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

TTK m. 2/3’e göre ticarî örf ve adetler, sadece tacirler arasında doğrudan uygulama alanı bulacaktır; tacir olmayan kişiler açısından uygulanması için onlar tarafından bilinmesi ya da bilinmesinin gerekli olması gereklidir. Dolayısıyla TTK m.

6 gereğince tacir olmayan tarafın, ticarî örf ve adeti bildiği ya da bilmesinin gerekli olduğunu ispat etme yükümlülüğü bunu iddia edene düşer.²³⁵

TTK m. 1/2'deki uygulama sırası dikkate alındığında ticarî örf ve adetin ancak ticarî hükümlerden sonra uygulanabileceği görülmektedir. Kanun'un bu hükmüne dayanarak düzenleyici hükümlere aykırı örf ve adet kuralının oluşamayacağı söylenebilir. Ancak doktrinde, özel hukukta geçerli olan irade muhtariyeti ilkesinden hareketle emredici nitelikte olmayan yazılı hukuk kurallarına aykırı örf ve adetin oluşup uygulanabileceğinin savunulduğu da görülmektedir.²³⁶

2. Ticarî Teamül

Teamül, süre ve zorunluluk inancı bakımından örf ve adet seviyesine ulaşamamış, objektif hukuk kuralı niteliğinde olmayan alışkanlık ve uygulamaları ifade eder. Ticarî faaliyetlerle ilgili olan teamüllere ticarî teamül denir.²³⁷ Örf ve adetler ticarî hükümler sıralamasında yer alırken, teamüller kurala uyulması gerektiğine dair genel inanç unsuru ve henüz kesin bir süreklilik yoktur. Dolayısıyla kural olarak bunlardan taraf iradelerinin yorumlanmasında yararlanılır; ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde, teamüller de ticarî örf ve adet gibi uygulama alanı bulur. Örneğin TTK m. 108'e göre, ticaret işleri tellalının ücretini hangi tarafın ödeyeceği konusunda kanun ya da sözleşmede hüküm yoksa mahallindeki ticarî teamülün dikkate

²³⁵ ÇEKER: age., s. 78.

²³⁶ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 98, 99; ARKAN: age., s. 90, 91.

²³⁷ KAYAR: age., s. 95; BOZER/ GÖLE: age., s. 49.

alınacağı öngörülmüştür. Aynı şekilde, TTK m. 799'a göre, yükün sözleşme veya ticarî teamül ile belirli olan ve bunların yokluğu halinde halin icabına göre uygun görülen süre içinde taşınması lazımdır.²³⁸ Ticarî teamüller de, tacir sıfatını haiz olmayanlar hakkında, ancak bu kişiler tarafından bilindiği ya da bilinmesinin gerekli olduğu hallerde uygulanabilir. Aslında teamül ile örf ve adet sınırlarının bazen belirsizleşmesi, bu ayrımın pratik yararını gözden geçirmemize de neden olmaktadır.²³⁹

Bir ihtilafta, ticari teamülü uygulamak durumunda olan hakim, olaya uygun teamül olup olmadığını bilirkişilere veya ticaret ve sanayi odalarına veya ilgili diğer meslek kuruluşlarına sormalıdır.²⁴⁰

e) Genel Hükümler

Ticarî işlerle ilgili uyuşmazlığın çözümünde, emredici hükümler, sözleşme hükümleri, ticarî hükümler ile ticarî örf ve adetler yeterli değilse, TTK m. 1/2'ye göre, genel hükümler uygulanır. Genel hükümler, TTK ve bir ticarî işletmeyi ilgilendiren hükümler dışında, MK ve BK gibi kanunlarda yer alan diğer hükümleri ifade eder. Bu aşamada uyuşmazlığı çözmek için uygulanacak hükümlerin sırası MK m. 1/2'ye²⁴¹

²³⁸ Diğer örnekler için bkz. TTK m. 88/5, 104/2, 1140/1, 1156; BK m. 209/3.

²³⁹ EFENDİYEV: age., s. 56; KAYAR: age., s. 95; ARKAN: age., s. 91; MİMAROĞLU: age., s. 89; DOĞANAY: Ticarî Alım-Satım, s. 7; EREM: age., s. 63, 64; BAHTİYAR: age., s. 57; KARAHAN: age., s. 60.

²⁴⁰ KARAHAN: age., s. 63.

²⁴¹ Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir (TTK m. 1/2).

göre belirlenir. Buna göre ilk olarak başta MK ve BK olmak üzere ticarî hüküm getiren kanun dışındaki kanun hükümleri uygulanacak, daha sonra ticarî nitelikte olmayan örf ve adetler uygulanacak, son olarak da hakim, kanun koyucu gibi davranarak hukuk kuralı yaratacaktır.²⁴²

TTK 1264/1’de “Bu kitapta hüküm bulunmadıkça sigorta mukavelesi hakkında Borçlar Kanunu hükümleri tatbik olunur” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

TTK m. 1264/1 hükmü, TTK m. 1/2’deki sıralamaya aykırı bir düzenleme öngörmektedir. Bu hükme göre, sigorta hukuku kitabında hüküm bulunmayan hallerde, TTK’nın diğer hükümlerine (kitaplarına) ve MK’ya başvurulmadan BK hükümleri uygulanacaktır.²⁴³

IV. Bir Hükümün Ticarî Olarak Nitelendirilmesinin Sonuçları

Bir hükümün ticarî olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu, ticarî işlere uygulanacak hükümlerin sıralamasında önceliğinin olmasıdır. Eğer bir iş, TTK tarafından düzenlenmiş olduğu için ticari ise, uygulanacak hüküm belirlidir ve hükümlerin uygulama sırasını aramaya gerek yoktur. Ancak, söz konusu işin, o işi ticari yapan hüküm tarafından düzenlenmemiş tarafları varsa veya hüküm dışında bir ölçüt ile ticari nitelik arz etmiş bir iş söz konusuysa, hükümlerin uygulama sırasına

²⁴² ARKAN: age., s. 91; ÇEKER: age., s. 78; ARSLANLI: age., s. 84; POROY/ YASAMAN: age., s. 97.

²⁴³ TTK tasarısında bu “kitapta” yerine “bu kanunda” ifadesi kullanılarak buradaki aksaklık giderilmiştir. Bkz. ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: AGE., s. 100; DOMANIÇ: Ticaret Hukuku, s. 14; TEKİL: age., s. 67.

bakmak gerekir. TTK m. 1/2'ye göre bu sıra; ticari hüküm, ticari örf ve adet, genel hüküm şeklindedir.²⁴⁴

Bir hükmün ticari olmasının ikinci sonucu da, TTK m. 6 gereği başta TTK olmak üzere ticarî hükümler içeren kanunlarda, ticarî işlerle ilgili olarak getirilen zamanaşımı süreleri sözleşme ile veya kanun niteliği olmayan yönetmelik, tüzük gibi ikincil mevzuatla ya da genel şartlarla uzatma veya kısaltma yönünde değiştirilemez.²⁴⁵

²⁴⁴ POROY/ YASAMAN: age., s. 92; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 101.

²⁴⁵ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: AGE., s. 101; POROY/ YASAMAN: age., s. 92.

F) TİCARÎ DAVALAR

I. Genel Olarak

TTK'nın 21 inci maddenin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticarî sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın:

1. Bu kanunda;

2. Medeni Kanunun, rehin mukabilinde ikraz ile meşgul olanlar hakkındaki 876 ila 883 üncü maddelerinde;

3. Borçlar Kanununun, bir işletmenin satılması veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki 179 ve 180, rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352, neşir mukavelesi hakkındaki 372 ila 385, itibar mektubu ve itibar emri hakkındaki 399 ila 403, komisyona dair 416 ila 429, ticarî mümessiller ve diğ. ticarî vekiller hakkındaki 449 ila 456, havale hakkındaki 457 ila 462, vedia hakkındaki 463 ila 482 nci maddelerinde;

4. Alameti farika, ihtira beratı ve telif hakkına mütaallik mevzuatta;

5. Bu kanunun 135 inci maddesinde yazılı ticarete mahsus yerler hakkındaki hususi hükümlerde;

6. Bankalar ve ödünç para verme işleri kanunlarında; tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticarî dava sayılır. Şu kadar ki; her hangi bir ticarî

işletmeyi ilgilendirmiyen havale, vedia ve telif hakkından doğan davalar bundan müstesnadır (TTK m. 4/1).

Ticarî davalarda dahi deliller ve bunların ikamesi Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine tabidir (TTK m. 4/2).

(Ek fıkra: 20/04/2004-5136 S.K. 1.mad) İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, bu Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir (TTK m. 4/3).

Bir işin, ticari nitelik taşıması ile o işten doğan uyuşmazlıkların ticari dava olması arasında doğrudan bir ilgi yoktur. Bir başka ifadeyle, ticari işlerle ilgili her uyuşmazlık, bir ticari davanın konusunu oluşturmayabilir.²⁴⁶

Ülkemizde yürürlükte bulunan sisteme göre ticari davalar; özel hükümle, esas itibariyle de sayma metodu ile ve ticari işletme temeline dayandırılarak belirtilmiştir.²⁴⁷

Bir davanın ticarî dava olup olmaması, davanın görüleceği mahkemenin türü ve usul açısından önemlidir. Ticarî yaşamda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü diğer

²⁴⁶ Nitekim, ticari işler ve ticari davalar ayrı maddelerde farklı esaslara göre düzenlenmiştir. Abi. Bkz. ATALI: age., s. 59; SEMİZ: age., s. 40.

²⁴⁷ POROY/ YASAMAN: age., s. 12

uyuşmazlıklara göre daha fazla uzmanlık gerektirir, ispat usulünde farklılıklar vardır, daha seri çözülmelidir. Ticarî kurallar ve bu kurallardan doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi, özel kuralları gerektirmektedir. Ticarî uyuşmazlıklardan doğan davalar ticarî davalardır ve bu davalara ticarî hükümler uygulanarak ticaret mahkemelerinde uyuşmazlıklar çözülür; adi işlere ise genel hükümler uygulanır.²⁴⁸ Ticaret hukuku önceleri belli bir sınıfın (tacirin) hukuku olarak geliştiğinden, bu sınıfa uygulanacak özel kuralları bilen ihtisas mahkemelerine ihtiyaç duyulmuştur. Bir çok ülkede bu ihtiyaç ihtisas mahkemeleri ile giderilmiştir.²⁴⁹ Her ne kadar günümüzde özellikle politik nedenlerle ihtisas mahkemeleri aleyhine bir akım doğmuşsa da, ticaret mahkemeleri halen Almanya, Fransa, Belçika ve ülkemizde varlıklarını devam ettirmektedirler.²⁵⁰ Davaların ve buna bağlı olarak mahkemelerin ticari olarak vasıflandırılmasının sebebi, yargılamanın diğer davalara göre daha fazla ihtisas ve özen gerektiren olaylara özgü mahkemelerin bakmasını sağlamaktır.²⁵¹

Bu bağlamda, ticarî davaların tanımı şu şekilde yapılabilir; Çözümlerinin özel uzmanlık alanı gerektirmesi sebebiyle, adi hukuk davalarından ayrılan, TTK'da ve diğer özel kanunlarda ticarî olduğu belirtilen davalar, ticarî davadır.²⁵²

²⁴⁸ KURT, Nesibe: Ticarî Yargılama Hukuku (Tez), Ankara 2002, s. 39.

²⁴⁹ HİRŞ: age., s. 85 vd.

²⁵⁰ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 54; BATTAL: age., s. 57; BERZEK: age., s. 35; YASAMAN, Hamdi: Ticarî Dava, İstanbul 1997, s. 3; EREM: age., s. 93 vd.

²⁵¹ YAZICI, Çiğdem: Ticarî Dava (Yayınlanmamış YÜKSEK LİSANS TEZİ), İstanbul 2003, s. 6; KARAHAN: age., s. 67.

²⁵² KURT: age., s. 40.

TTK'nın 4. maddesinde hangi davaların ticarî sayılacağı düzenlenmiştir; buna göre ticarî davaların tespitinde 3 farklı ölçü kullanılmıştır. Bir kısım davalar, tarafları ve ticarî işletmeyle bağlantısı araştırılmadan ticarî dava olarak kabul edilmiştir; bunlara “mutlak ticarî davalar” denir. Bir kısım davaların ticarî sayılması için bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi gerekmektedir, yani taraflardan en az birisinin ticarî işletmesiyle ilgili olması gerekir. Son olarak da her iki taraf için de ticarî sayılan hususlardan doğan davalar ticarî dava olarak kabul edilmiştir; bunlara da “nisbi ticarî davalar” denir. TTK sistemindeki ticarî dava nitelendirmesinde “ticarî iş” ten çok “tacir” ve “ticarî işletme” kavramları rol oynamaktadır.²⁵³

II. Ticarî Dava Türleri

a) Mutlak Ticarî Davalar

TTK'nın 4. maddesine göre bazı davalar, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticarî dava sayılmıştır. Bir başka deyişle, uyuşmazlığın taraflarının sıfatı ve konusunun bir ticarî işletme ile ilgisi olsun veya olmasın, kanun gereği ticarî sayılan hukuk davaları mutlak ticarî davalardır. Bunların mutlak ticarî dava niteliği, tarafların sıfatına, uyuşmazlığın konusuna veya ticarî işletme ile ilgili olup olmamasına bakılmaksızın ticarî uyuşmazlık sayılmalarından kaynaklanmaktadır.

²⁵³ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 107; BERZEK: age., s. 37.

Mutlak ticarî davalarda davanın konusunu oluşturan işlem veya fiillerin ticarî olması gerekmez. Bu davalar şunlardır²⁵⁴;

1. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlardan Doğan Hukuk Davaları

TTK'da düzenlenen hususlardan doğan bütün hukuk davaları TTK m. 4/1 gereği ticarî dava sayılır. Bu durumda, tarafların tacir olması, uyuşmazlığın ticarî işletme ile ilgili olması veya alacağın ya da borcun kaynağı önemli değildir; önemli olan TTK'da düzenlenmiş bir husustan doğan hukuk davası olmasıdır. Örneğin bir memurun düzenlediği bono ile ilgili uyuşmazlık bu anlamda bir ticarî dava konusudur. Yine, haksız rekabet davası veya sigorta şirketinin halefiyete dayanan rücu davası da ticarî davadır. Bu tür davalar, kural olarak dava olunan şeyin değerine göre, sulh hukuk veya asliye ticaret mahkemesinde ticarî hükümlere göre çözülür.²⁵⁵

Ancak TTK'da düzenlense bile ceza davaları ticarî dava sayılmaz. Bu kuralın istisnası, TTK m. 35'de düzenlenen tescil zorunluluğunu yerine getirmeyenlere uygulanacak para cezasıdır; bu davalarda asliye ticaret mahkemesi görevlidir.²⁵⁶

2. Rehin Karşılığı Ödünç Para Verme İşyle Uğraşanlar'dan Doğan Davalar

²⁵⁴ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 54-56; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 41, 42; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 107; OĞUZ, İsmail Hakkı, Yöneticiye Hukuk Rehberi, Ticarî İşletme ve İşlevleri, C. 1, İstanbul 1985, s. 85; KURT: age., s. 41 vd.; ÇEKER: age., s. 79; KARAYALÇIN: age., s. 156 vd.; POROY/ YASAMAN: age., s. 103 vd.

²⁵⁵ YAZICI: age., s. 22; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 107.

MK'nın 962-969. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar TTK m. 4/1'de MK m. 876-883 denmiş olsa da, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sy. MK'nın 962-969. maddeleri arasında rehin karşılığı ödünç para verme işiyle uğraşanlar düzenlenmiştir ve atıf esas olarak buraya yapılmıştır. Bu tür uyuşmazlıkların mutlak ticarî dava olarak görülmesi, faaliyetin ancak bir ticarî işletme tarafından yürütülebileceği ve rehin karşılığı ödünç ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözümünün de ihtisas gerektirdiği düşüncesine dayanmaktadır.

3. Borçlar Kanunu'ndan Kaynaklanan Ticarî Davalar

aa) Bir Malvarlığı veya İşletmenin Devralınması ve İşletmelerin Birleşmesi'nden Doğan Davalar

BK m. 179 ve 180'de düzenlenen hususlar, bir malvarlığı veya işletmenin devri ve işletmelerin birleşmesidir; TTK m. 4/1 gereği bu hususlardan kaynaklanan davalar, mutlak ticarî davadır. Bir işletmenin devralınması veya başka bir işletme ile birleşmesine ilişkin işlemler doğrudan ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemler olduğundan, bu hususlardan doğan uyuşmazlıkların mutlak ticarî dava olarak sayılması mantığın da bir gereğidir. Kanunda devralmaya veya birleştirmeye konu olacak işletmenin niteliğinden bahsedilmemiştir. Bu işlemlerden doğan davaların, ticarî dava sayılması için işletmelerin ticarî işletme seviyesinde bulunması gerekir; aksi halde

²⁵⁶ YAZICI: age., s. 23.

esnaf işletmelerinin devralınmasından veya birleşmesinden doğan davaları da ticarî dava saymak gerekecektir.²⁵⁷

bb) Hizmet Sözleşmesi'nde Rekabet Yasağından Doğan Davalar

BK m. 348-352'de hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak düzenlenen rekabet yasağından kaynaklanan davalar da ticarî davadır. Kanun koyucu, rekabet yasağı ihlalinin uzmanlık gerektiren ve daha çok ticarî yaşamla ilgili bir husus olarak gördüğünden böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Buna göre, sadece ticarî işletme değil, esnaf işletmesinde çalışan bir kişinin rekabet yasağı nedeniyle açtığı dava da ticarî dava sayılır.²⁵⁸ Ancak bu hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için iş sahibi ile işçi arasında bu hususta bir sözleşme yapılmış olması gerekir.²⁵⁹

cc) Yayım (Neşir) Sözleşmesi'nden Doğan Davalar

BK m. 372-385'ten kaynaklanmaktadır. Yayım sözleşmesi, genellikle bir eserin çoğaltılmak suretiyle ticaret mevkiine konulması veya çoğaltılmış bir eserin piyasaya sunulması ile ilgilidir. Yayım faaliyetlerinin genel olarak bir ticarî işletme kapsamında yapıldığı ve yayımcının tacir olduğu düşüncesi, bu husustan kaynaklanan davaların ticarî dava kapsamına alınmasında etkisi olmuştur.²⁶⁰

²⁵⁷ KURT: age., s. 43.

²⁵⁸ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 108, 109.

²⁵⁹ YAZICI: age., s. 24.

²⁶⁰ KURT: age., s. 44.

TTK m. 4/1 son cümle hükmüne göre, telif haklarından doğan davalar ancak bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi kaydı ile ticarî dava olarak kabul edilir. Buna göre, örneğin eser sahibinin çoğaltma veya yayma haklarının kullanılmasını konu edinen bir tam veya basit ruhsat, ancak herhangi bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi kaydı ile mutlak ticarî dava sayılır. Buna karşılık, eser sahibi ile yayımcı arasındaki yayım sözleşmesi, ticarî işletmeyi ilgilendirmese bile mutlak ticarî dava sayılacaktır. 5846 sy. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nın 76. maddesinde, 21.02.2001 tarihli ve 4630 sy. Kanun ile yapılan değişiklikte, FSEK'in düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davaların ihtisas mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir.²⁶¹

Yayım sözleşmesinden doğan davalar, mutlak ticarî dava olarak sayıldığından, yayımlayan taraf, ticarî işletme olmasa bile, dava, ticarî davadır.²⁶²

dd) İtibar Mektubu ve İtibar Emri'nden Doğan Davalar

Bu davalar BK m. 399-403'ten kaynaklanmaktadır. İtibar mektubu ve itibar emri, esas olarak bir miktar paranın verilmesi veya kredi olarak sağlanması emrini, geniş anlamda bir havaleyi içerir. Bu tür işlemlerin genelde ticarî faaliyetlere özgü olması, öz ticaret hayatı ile ilgili bulunması ve ticaret hayatında sıklıkla karşılaşılmaması sebebiyle kanun koyucu tarafından ticarî dava sayılmıştır. Özellikle dış ticarete

²⁶¹ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 109.

²⁶² YAZICI: age., s. 25.

kullanılan akreditif muameleleri havale ve kredi emrine dayanır.²⁶³ İtibar mektubunun geçerli olması için ödenecek miktarın tayin edilmiş olması gerekmez.

ee) Alım Satım Komisyonculuğu’ndan Doğan Davalar

BK’nın 416-429. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Menkul eşya ve kıymetli evrakı konu edinen, alım satım işleri komisyonculuğundan kaynaklanan davalar da ticarî hayat ile ilgili görüldüğünden, bu hususlarla ilgili uyuşmazlıklar da ticarî dava konusu olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık diğer komisyon işlerini düzenleyen BK m. 430’dan kaynaklanan uyuşmazlıklar kapsam dışında bırakılmıştır.²⁶⁴

BK m. 416/1’deki tanıma göre; komisyoncu, alım satım işlerinde kendi adına fakat müvekkili hesabına bir komisyon karşılığında menkul eşya veya kıymetli evrak satımı muamelesi yapmayı üstlenen kimsedir.

ff) Ticarî Mümessiller ve Diğer Ticarî Vekillerden Doğan Davalar

Ticarî mümessiller ile diğer ticarî vekillerle ilgili BK’nın 449-456. maddelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile ilgili davalar da mutlak ticarî dava niteliğindedir. BK m. 449/1’e göre ticarî mümessil, işletmenin işlerini idare etmek ve işletme ile ilgili hukuki işlemleri ticaret unvanına “vekaleten” veya benzeri bir ifadeyi ekleyerek müvekkil yerine imza atmak suretiyle yapmaya yetkili kılınan kişidir. BK

²⁶³ KURT: age., s. 45; ARSLANLI: age., s. 175.

²⁶⁴ Taşıma işleri komisyonculuğu da BK m. 430’da sayılmıştır; ancak TTK m. 808 vd.’da da düzenlendiği için bu husustan kaynaklanan davalar mutlak ticarî davadır. Abi., Bkz., ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 110.

m. 453'e göre ticarî vekil, ticarî mümessil sıfatı haiz olmaksızın, bir ticarethane veya fabrika veya ticarî bir şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından, müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı işleri için temsile memur edilen kimsedir.

4. Marka ve Patent ile İlgili Mevzuattan Doğan Davalar

Her ne kadar TTK m. 4/1, 4. bentte alameti farika (marka), ihtira beratı (patent) ve telif hakkına (FSEK) ilişkin mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticarî dava olarak kabul edilmiş olsa da, telif hakkı ile ilgili uyuşmazlıkların ticarî dava sayılması için, aynı maddenin son cümlesinde bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi şartına bağlanmıştır. Günümüzde marka, 556 sy. Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de; patent ve faydalı model ise, 551 sy. Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararname'de düzenlenmektedir. Her ne kadar TTK yürürlüğe girdiği tarihte bu KHK'lar yürürlükte olmasa da, marka ve patentleri düzenleyen mevzuat günümüzde bunlardan ibaret olduğu için, ilgili atıflar bu KHK'lara yapılmış sayılır. Ancak 556 sy. KHK ve 551 sy. KHK'larda yer alan özel hükümler uyarınca, bu KHK'lardan doğan davalar, ticaret mahkemeleri yerine, ihtisas mahkemesi olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nde veya bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde, ihtisas mahkemesi sıfatıyla görev yapacak olan asliye hukuk (ticaret) mahkemelerinde görülecektir.²⁶⁵

5. Ticarete Mahsus Yerlere İlişkin Özel Hükümlerde Düzenlenen Hususlardan Doğan Davalar

TTK'nın 4/1. maddesinin 5. bendinde, TTK'nın 135. maddesinde düzenlenen ticarete mahsus yerlere²⁶⁶ ilişkin özel hükümlerden doğan davalar da ticarî dava sayılmıştır. Buna göre, örneğin TTK m. 135 anlamında ticarete mahsus yerlerden olan ve kendisine tevdi edilen emtia karşılığında makbuz senedi ve varant belgesi düzenlemeye yetkili umumi mağaza işleticilerine aleyhine açılacak sorumluluk davaları, mutlak ticarî dava niteliğindedir. Aynı şekilde, menkul kıymetler borsasını düzenleyen hükümlerden doğan davalar da ticarî davadır.²⁶⁷

Bu hükümlerin kamu hukuku düzenlemelerine konu olması düşünüldüğünde, bu hükümlerden doğan davaların ticari dava niteliği taşımasına çok ender rastlanacaktır.²⁶⁸

6. Bankacılık Kanunu ve Ödünç Para Verme İşleriyle İlgili KHK'dan Doğan Davalar

4389 sy. Bankacılık Kanunu ve ödünç para verme işlerini düzenleyen 90 sy. KHK'dan kaynaklanan davalar da mutlak ticarî davalardır. Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar, ticaret mahkemelerinde çözülür. Ayrıca Bankacılık Kanunu'nun 142. maddesine göre, bankalar ile fon ve bankaların iflas idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılacağı;

²⁶⁵ KURT: age., s. 48; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 111; POROY/ YASAMAN: age., s. 105, 106.

²⁶⁶ Borsa, panayır, pazar yerleri, antrepo ve ticarete mahsus diğer yerler.

²⁶⁷ YAZICI: age., s. 30; ARSLANLI: age., s. 176.

²⁶⁸ POROY/ YASAMAN: age., s. 106.

davaya bakılacak yerde birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması halinde, bu davaların 1 ve 2 numaralı asliye ticaret mahkemesinde görüleceğini düzenlemiştir. BDDK'nın idari tasarrufları aleyhine açılacak davalara idare mahkemelerinde görülecekken, Kurul'un idari tasarruflarına ilişkin hukuki sebebi teşkil eden düzen normlarından kaynaklanan davalar ticari dava olarak kabul edilecektir.²⁶⁹

7. Diğer Kanunlardaki Özel Hükümler Gereği Mutlak Ticarî Dava Sayılan Haller

TTK dışındaki bazı özel kanunlardaki işlerden kaynaklanan davalar, tarafların sıfatına bakılmaksızın ve uyuşmazlığın ticarî işletmeyle ilgili olup olmadığını bakılmaksızın ticarî dava olarak kabul edilecektir. Bu düzenlemelerde, bazen sadece uyuşmazlığın ticarî dava konusu olduğu belirlenmiş, bazen de bunun yanında ayrıca uyuşmazlığın çözümünde mutlak olarak ticaret mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Buna karşılık, uyuşmazlığın ticarî dava konusu olduğu yönünde ayrıca bir niteleme yapmaksızın, ihtilafların çözümünde mutlak olarak ticaret mahkemelerinin yetkili olduğu yönünde hükme yer veren kanunlar da mevcuttur. Örneğin iflas davasında, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi yetkilidir; bu halde yetkili ve görevli mahkeme açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık bazı kanunlarda ayrıca ticaret mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmeksizin davanın ticarî dava olduğu ifade edilmiştir; örneğin, Kooperatif Kanunu m. 99 uyarınca kanunda

²⁶⁹ POROY/ YASAMAN: age., s. 107.

düzenlenen hususlardan kaynaklanan hukuk davaları tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticarî dava sayılır. Bu tür ihtilaflarda dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemeleri ticarî davaya bakmakla görevli olacaktır.²⁷⁰

Finansal Kiralama Kanunu'nun 31. maddesine göre, finansal kiralama sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, sözleşmelerden doğan ticarî dava niteliğindedir.²⁷¹

Dikkat edilmesi gereken bir husus da, TTK m. 4'de bu davalar açısından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir; örnekleme yoluyla bu davalar çoğaltılamaz.

b) Nisbi Ticarî Davalar

TTK'nın gerekçesinde ticarî davalar ile ticarî olmayan hukuk davalarının ayırımında kullanılan kıstasın, “bir yandan her iki tarafın tacir sıfatı ve uyuşmazlığın konusunu teşkil eden işin bu sebepten dolayı ticarî sayılması keyfiyeti, diğer yandan tarafların sıfatına bakılmaksızın sadece işin ticarî mahiyeti” olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan, nisbi ticarî davalar, tarafların tacir sıfatına sahip olduğu ve tarafların ticarî işletmelerini ilgilendiren uyuşmazlıklardan doğan hukuk davalarıdır.²⁷² TTK'nın

²⁷⁰ BAKTIR: age., s. 52; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 113; YAZICI: age., s. 32.

²⁷¹ YAZICI: age., s. 33; KURT: age., s. 49.

²⁷² KURT: age., s. 50.

4/1'de²⁷³, 21. maddeye atıf yapılmıştır. Aslında TTK m. 21/1'in amacı, ticarî iş karinesi adı altında tacirin borçlarının ticarî olduğunu belirtmektir.²⁷⁴ TTK m. 21'de ticarî iş, tarafların tacir sıfatına dayanarak saptandığından, bu hükümden doğan uyuşmazlıklara nisbi ticarî davalar da denilmektedir. Bununla birlikte nisbi ticarî davaların, tacirler arasında olması ve her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili işlerden kaynaklanması aranmaktadır.²⁷⁵ Bir başka deyişle, taraflardan yalnız birinin ticarî işletmesiyle ilgili olan davalar, diğer taraf tacir de olsa, onun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığı için ticarî dava sayılmayacaktır. İki tarafı da tacir olan ve her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olan uyuşmazlıklar ticarî davadır; taraflardan yalnız birinin ticarî işletmesi ile ilgili olan satım, karz, hizmet ve istisna gibi sözleşmelerden doğan ihtilaflar, her iki tarafı tacir olsa bile ticarî dava sayılmayacaktır. Örneğin tüccar terzinin sahibi olduğu taşınmazın bankaya kiraya vermesi durumunda ihtilaf çıkarsa, açılacak dava, kira konusunun, kiraya veren tacirin ticarî işletmesiyle alakalı

²⁷³ TTK'nın 4. maddesi ile ilgili hükümet gerekçesine göre, 4. maddede, ticarî işlerin hangilerinin "ticarî dava" mahiyetini haiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Kıstas olarak bir yandan her iki tarafın tacir sıfatı ve ihtilafın konusunu teşkil eden işin bu sebepten dolayı ticarî sayılması keyfiyeti, diğer yandan tarafların sıfatına bakılmaksızın sadece işin ticarî mahiyeti kabul edilmiştir. Bu suretle örneğin satım, karz, hizmet, istisna gibi akitlerden doğan ihtilaflar yalnız her iki tarafın tacir olması halinde ticarî dava olarak vasıflandırılabilirdiği halde, bir ticaret ortaklığı münasebetinden veya poliçeden ya da bir sigorta sözleşmesinden doğan bütün davaların mutlak olarak ticarî olduğu kabul edilmiştir.

²⁷⁴ Yoksa, hangi konuların her iki taraf için de ticarî dava olacağını düzenlemek değildir.

²⁷⁵ Uyuşmazlığın sözleşme ilişkisinden veya haksız fiilden kaynaklanması önemli değildir.

olmaması, ayrıca halin icabı işletme faaliyetine de bağlanamaması nedeniyle ticarî dava sayılmaz.²⁷⁶

c) Taraflardan Birinin Ticarî İşletmesiyle İlgili Olan Davalar

Taraflardan birinin ticarî işletmesiyle ilgili olan bütün davalar ticarî dava olmayıp, sadece havale, vedia ve telif hakkından doğan davalar ticarî davadır. Buradaki üç durum, yine sınırlı şekilde sayılmıştır. TTK'nın 4/1 maddesinin son cümlesinde, havale, vedia ve telif hakkından doğan uyuşmazlıkların ticarî dava olarak kabul edilmesi için, taraflardan birinin ticarî işletmesiyle ilgili olması koşulu aranmıştır. Kanun koyucu burada, nisbi ticarî davalardan ayrı olarak bu üç durum için daha geniş bir yapı öngörmüştür; mümkün olduğunca ticarî dava kapsamında tutmak istemiştir.

Burada telif hakkı özel bir durum içermektedir. Telif hakkı konusu esas itibariyle FSEK tarafından düzenlenmektedir. FSEK'in düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan hukuk davaları ise ihtisas mahkemelerinde görülür. Ancak telif hakkı, sadece FSEK'de düzenlenmemiştir. Dolayısıyla FSEK dışında bir kaynaktan doğan telif hakkı ile ilgili uyuşmazlıklar ticaret mahkemesinde görülebilir. Örneğin sinema, video ve müzik eserlerinden doğan ve fakat FSEK'in düzenlediği bir hukuki ilişki ile örtüşmeyen bir uyuşmazlığın, ihtisas mahkemesi yerine bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi koşuluyla ticaret mahkemesinde görülmesi mümkündür.²⁷⁷

²⁷⁶ ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN: age., s. 42; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 114; BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 56; OĞUZ: age., s. 86.

²⁷⁷ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 113; YAZICI: age., s. 37, 38; YASAMAN: age., s. 4.

III. Ticarî Davalarda Görev

a) Genel Olarak

TTK m. 5/1’de “Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ticarî davalara dahi bakmakla vazifelidir” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

TTK m. 5/2’de “Şu kadar ki; bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4 üncü maddesi hükmünce ticarî sayılan davalarla hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere ticaret mahkemesinde bakılır” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

TTK m. 5/3’de “İkinci fıkrada yazılı hallerde, munhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticarî veya hukuki mahiyeti itibariyle mahkemenin iş sahasına girip girmediği yalnız iptidai itiraz şeklinde taraflarca dermeyan olunabilir. İtiraz varit görüldüğü takdirde dosya ilgili mahkemeye gönderilir; bu mahkeme davaya bakmaya mecburdur; ancak, davanın mahiyetine göre tatbiki gerekli usul ve kanun hükümlerini tatbik eder. Ticarî bir davanın hukuk mahkemesi, ticarî olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesi hükmün bozulması için yalnız başına kafi bir sebep teşkil etmez” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

TTK m. 5/4’de ise “Vazifesizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi halinde yapılacak muamelelere ve bunların tabi oldukları müddetlere dair usul hükümleri, iş

sahasına ait iptidai itirazın kabulü halinde de tatbik olunur” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Adli yargı ilk derece hukuk mahkemeleri sistemimiz, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sy. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir. Bu Kanun’un 6. maddesine göre, sulh hukuk mahkemeleri, HUMK ve diğer kanunlarda belirtilen görevleri yerine getirir. Sulh hukuk mahkemesinin görevleri, HUMK m. 8 ve bazı özel kanunlarda gösterilmiştir. Asliye hukuk mahkemeleri ise, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar. 5235 sy. Kanun’da, tek hakimli olarak kurulan asliye hukuk mahkemelerinin yanında toplu mahkeme niteliğinde ve bu mahkemelerin bir dairesi şeklinde Asliye Ticaret Mahkemelerinin kurulabileceğini²⁷⁸ düzenlemiştir. Ticaret mahkemeleri başlangıçtan beri ticarî uyuşmazlıklar konusunda ihtisas mahkemesi olarak düşünölmekle birlikte; TTK’ya bakıldığında bu mahkemelerin bütün ticarî uyuşmazlıklarda mutlak yetkili olmadığı görölmektedir. TTK m. 5/1’de kural olarak dava olunan şeyin değerine göre ticarî davalara asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesinin bakmakla görevli olduğu belirtilmiştir. HUMK m. 8’de sulh hukuk ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayırımına ilişkin sınırın miktarı 2007 yılında 5.910 YTL²⁷⁹ olarak uygulanacaktır; bu miktarın altında sulh hukuk

²⁷⁸ Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üyenin bulunacağı ve mahkemenin bir başkan ve iki üye ile toplanacağı düzenlenmiştir.

²⁷⁹ http://www.ordubarsu.org.tr/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=36&Itemid=98, 27.05.2007

mahkemesi, bu miktarın üstünde asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır. Ticarî hayattaki gelişmelere paralel olarak, ticaret hukukunun konusunu oluşturan muayyen hususlarda ihtisaslaşma ihtiyacı doğmuş; bunun sonucunda ihtisas mahkemeleri kurulmuştur. Nitekim son dönemlerde, TTK'nın ticarî dava olarak kabul ettiği konular ticaret mahkemelerinin görev alanlarından çıkartılarak ihtisas mahkemelerine bırakılmıştır.²⁸⁰

b) Sulh Hukuk Mahkemeleri

Her ilçede bulunan bu mahkemeler tek hakimlidir. Hukuk yargılamasına ilişkin mahkeme teşkilatımızda ayrı bir sulh ticaret mahkemesi bulunmamaktadır. Değeri HUMK m. 8/1'de gösterilen miktarı²⁸¹ geçmeyen davalara, ticarî dava niteliğinde olsalar bile kural olarak sulh hukuk mahkemesi tarafından bakılır. Ancak bu davanın ticari niteliği gözden kaçırılmamalı ve sulh hukuk mahkemesi tarafından ticarî hükümlere göre çözümlenmesi gerekir. Asliye ticaret mahkemesi önünde açılması gereken bir ticarî dava, yanlışlıkla sulh hukuk mahkemesinde açılırsa, mahkemenin bu durumu re'sen dikkate alması ve görevsizlik kararı vermesi gerekir.²⁸²

²⁸⁰ Bunlara örnek olarak; marka, patent gibi snai haklar ile ilgili davalar ile ticarî işletmeyi ilgilendirmesi şartıyla telif hakkına ilişkin davaların görüleceği ihtisas mahkemelerini ve TTK'nın dördüncü kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak üzere kurulan ihtisas mahkemeleri gösterilebilir. Abi., Bkz., ÜLGİN/TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 115-117; KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ ALTIN, Mehmet: Kanunlarımızda Müddetler, Ankara 2001, s. 78, 79; KUBİLAY/ GÖKSOY/ AYAN/ YILDIRIM: age., s. 47

²⁸¹ Bu değer 2007 yılı için 5910 YTL'dir.

²⁸² ARKAN: age., s. 104; ÇEKER: age., s. 81; KARAHAN: age., s. 68; KAYAR: age., s. 97; ATALI: age., s. 84; ARSLANLI: age., s. 187; KARAYALÇIN: age., s. 167; POROY/ YASAMAN: age., s. 111.

c) Asliye Ticaret Mahkemeleri

Özel kanun hükümlerinin açıkça ticaret mahkemelerini görevlendirdiği hallerde, davanın niteliğine ve değerine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi önünde görülür. Örneğin İİK m. 154/4'e göre iflas davaları ticaret mahkemelerinde görülür. Değeri HUMK m. 8/1'de gösterilen miktarı aşan ticarî davalara ise o yerde ayrı bir asliye ticaret mahkemesi varsa bu mahkeme tarafından, o yerde ayrı bir asliye ticaret mahkemesi yoksa asliye hukuk mahkemesi tarafından ticaret mahkemesi sıfatıyla bakılır. Ticaret mahkemeleri, esas itibariyle asliye hukuk mahkemelerinin bir dairesi niteliğinde olup, tümü hakim sınıfından olan bir başkan ve iki üyeden oluşan toplu mahkemelerdir.²⁸³

Ticaret mahkemeleri, asliye hukuk mahkemelerinin bir dairesi niteliğindedir. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasında, sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişkiden farklı olarak görev ayrılığı değil, işbölümü ayrılığı ilişkisi vardır. Bir davada iş bölümü uyuşmazlığı çıkabilmesi için o yerde ayrı bir ticaret mahkemesinin var olması şarttır. İşbölümü itirazı ilk itiraz olduğundan, bu itirazın esasa cevap süresi içinde yapılması gerekir. Dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinde açılması gereken bir dava asliye hukuk mahkemesinde açılırsa veya tersi durumda, esasa cevap süresi içinde buna itiraz edilebilir, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınamaz. İtiraz, mahkemece kabul edilirse, dosya ilgili ticaret veya asliye hukuk mahkemesine gönderilir. Gönderme kararı üzerine davacının,

²⁸³ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 57; ARKAN: age., s. 104, 105; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 118,119.

10 gün içinde gönderilen mahkemeye başvurusu gerekir. Dosyanın gönderildiği ticaret mahkemesi, davayı adi nitelikte görse bile bu davaya bakmalıdır; ancak ticarî hükümler yerine adi hükümlere göre uyuşmazlığı çözer. Gönderme kararları ancak mahkemenin esas hakkında verdiği kararlar birlikte temyiz edilebilir. TTK m. 5/3'e göre, esas hakkındaki kararlar birlikte temyiz olursa bile, gönderme kararındaki yanlışlık tek başına hükmün bozulması için yeterli değildir. İşbölümü itirazı reddedilirse, mahkeme davaya bakmaya devam eder; ret kararı da tek başına temyiz edilemez, esas hakkındaki kararlar birlikte temyiz edilebilir. Hükmün bozulması hususunda TTK m. 5/3, son cümle burada da geçerlidir.²⁸⁴

TTK m. 5/3'e göre, münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işlerde, davaya kanunda gösterilen mahkemede bakılır, bu durum hakim tarafından re'sen dikkate alınır ve bu davalara ilişkin itiraz, ilk itiraz niteliğinde olmayıp yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Örneğin iflas davasının mutlaka ticaret mahkemesinde açılması gerekir; eğer sulh hukuk mahkemesinde açılmışsa, mahkeme görevsizlik kararı vererek dosyayı asliye ticaret mahkemesine gönderir. Aynı şekilde, TTK m. 4'e göre, ticarî dava sayılan bir davanın tüketici konumundaki bir kişi tarafından açılması halinde de bu davanın, TTK m. 23 hükmü uyarınca tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir.²⁸⁵

d) İhtisas Mahkemeleri

²⁸⁴ ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 119, 120; ARKAN: age., s. 105-107; BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 57; KAYAR: age., s. 99; ARSLANLI: age., s. 189; POROY/ YASAMAN: age., s. 111.

Asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına giren bazı uyuşmazlıkların çözümü, ticarî yaşamadaki gelişmeler de dikkate alınarak, ayrıca ihtisas da gerektirmesi nedeniyle, özel kanunlarda işaret edilen ihtisas mahkemelerine bırakılmıştır. Örneğin marka, patent ve ticarî işletmeyi ilgilendirmesi şartıyla telif hakkına ilişkin davalar ve TTK'nın dördüncü kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin davalar ticarî dava niteliğindedir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetine başlayıncaya kadar, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine HSYK tarafından belirlenen asliye hukuk (ticaret) mahkemeleri ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilmiş ve yargı çevresi belirlenmiştir. Geline aşamada ise, İstanbul ve Ankara'da ayrıca Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi kurularak yargılama faaliyetine başlamıştır. Ayrıca İstanbul'da deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak üzere asliye derecesinde Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurulmuştur. İhtisas mahkemeleri ile sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri arasında görev ilişkisi mevcuttur. FSEK, marka, patent, tasarım ve coğrafi işaretleri düzenleyen KHK'lerden doğan davalarda dava konusunun miktarına bakılmaksızın ihtisas mahkemeleri yetkilidir.²⁸⁶

IV. Ticarî Davalarda Yetki

Ticarî davalarda yetki konusunda genel bir kural mevcut değildir; yetki konusunda HUMK kuralları geçerlidir ve kural olarak da davalının ikametgahı mahkemesi yetkilidir. HUMK m. 17'ye göre aksine hüküm yoksa, gerçek veya tüzel kişi tacirlerin şubelerinin bulunması halinde, şube muamelelerinden dolayı, şubenin

²⁸⁵ ARKAN: age., s. 107; KARAHAN: age., s. 70, 71.

bulunduğu yerde de dava açılabilir. TTK’da bazı davalarla ilgili özel yetki kuralları da mevcuttur. Örneğın genel kurul kararlarının iptal davası şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Yargıtay’daki çoğunluk görüşe göre, bu kesin yetki kuralıdır.²⁸⁷

V. Ticarî Davalarda İspat

TTK’nın 4/2. maddesine göre, ticarî davalarda deliller bunların ileri sürölmesi HUMK hükümlerine tabidir. Bu atıf, genel anlamda HUMK’a yapılmış bir atıftır.²⁸⁸ Bu düzenlemeye paralel olarak, TTK’nın Mer’iyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki Kanun’un 47. maddesi ile, ticarî muamelelerin ispat vasıtaları hakkında TTK’nın istisnai hükümlerinin mahfuz olduğunu düzenleyen HUMK’un 291. maddesi kaldırılmıştır. Böylece ispat açısından TTK ve HUMK arasında çok fazla fark kalmamıştır. Bununla beraber, TTK’da tacirin taraf olduğu ihtilaflara özgü özel usuli hükümlerden bazıları şunlardır²⁸⁹;

²⁸⁶ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 120, 121.

²⁸⁷ ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 121

²⁸⁸ ARSLANLI: age., s. 37

²⁸⁹ EREM: age., s. 97; ARKAN: age., s. 109, 110; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN: age., s. 122-124; BAHTİYAR: age., s. 65, 66; KARAHAN: age., s. 75; ARSLANLI: age., s. 38, 39; POROY/ YASAMAN: age., s. 113.

- Ticarî defterlerin defteri tutan tacirin lehine veya aleyhine delil olabileceği TTK m. 82 vd'da ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Ticarî defterler, tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda veya tacirin tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta belirli şartlara bağlı olarak özel delil statüsünde kabul edilmiştir.

- Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih ya da ondan rücu etmek maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların geçerli olabilmesi için noter marifetiyle, iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılması şarttır.

- Ticarî işlemlerin tanıkla ispat edilebilmesi imkanının adi işlere göre daha geniştir. HUMK'un 293/4 maddesi, ticarî işler bakımından daha geniş değerlendirilmektedir; maddede ifade edilen "halin icabı" ya da "iki tarafın vaziyetinin" senet düzenlenmesine uygun olup olmadığı değerlendirilirken ticarî işlemlerde, ticarî teamüle de bakılmaktadır.

- Yerine göre, fatura ve teyit mektubunun da ticaret hayatına özgü bir kanıt oluşturacağı söylenebilir. TTK m. 23/2'ye göre, ticarî işletmesi kapsamında mal satan ya da bir hizmet gören tacir tarafından gönderilen faturaya sekiz gün içinde itiraz olunmaması halinde fatura içeriği kabul edilmiş sayılır. Teyit mektubuna da sekiz gün içinde itiraz olunmazsa, bu mektubun yapılan sözleşme ve beyanlara uygun olduğu kabul edilir.

- Anonim şirketlerde sermaye azaltılması işleminde mutlaka mahkemece tayin edilecek üç bilirkişinin müşterek rapor vermesi esası benimsenmiştir.

VI. Ticarî Davalarda Usul

Ticarî davalarda, özel usul kuralları uygulanması, ticaret hukukunun bir sınıf hukuku kabul edildiği zamanlarda büyük önem taşımakta idi; artık pek fazla önemi kalmamıştır. Ülkemizde, ticarî davalara özgü ve özel bir muhakeme usulü mevcut değildir; bu nedenle ticarî davalar hakkında da HUMK'un yargılama ile ilgili hükümleri uygulanır. HUMK'ta kural olarak uygulanan yazılı yargılama usulüne istisnaen bazı ticarî davalarda yarılamanın hızlanmasını sağlayan basit yargılama usulü kabul edilmiştir. Buna göre ticarî davalarda basit yargılama usulünün öngörüldüğü başlıca haller şunlardır²⁹⁰;

- TTK m. 1460'a göre, ticaret şirketlerinde ortakların şirketle veya birbirleriyle olan ilişkilerinde doğan davalarda ve şirketlerin yönetim kurulu üyeleri, müdürleri veya denetçilerine karşı açılacak sorumluluk davalarında basit yargılama usulü uygulanır.

- Kıymetli evrakın kaybindan doğan iptal davaları da basit yargılama usulüne tabidir.

- TTK m. 207'ye göre kollektif şirketlerin tasfiyesinde ortaklarla tasfiye memuru arasında çıkan uyuşmazlıklar basit yargılama usulüne tabidir.

- Kooperatif Kanunu m. 99/2'ye göre bu kanundan doğan davalar da basit yargılama usulüne tabidir.

²⁹⁰ BAŞTUĞ/ ERDEM: age., s. 58, 59; ÜLGİN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NÖMER ERTAN: age., s. 124, 125; ARKAN: age., s. 110; BERZEK: age., s. 38, 39; İMREGÜN: age., s. 29, 30; KAYAR: age., s. 105.

- TTK'nın 20, 1209 ve 1212. maddelerinden doğan davalar da basit yargılama usulüne tabidir.

HUMK ticarî davalarda da uygulanmakla beraber, ticarî davalarda diğer davalardan farklı veya ek şeklinde bazı ispat araçları da kullanılabilir. TTK m. 4/son'a rağmen, TTK m. 23'e göre düzenlenen faturalar ve teyit mektupları, usulünce tebliğ edilir ve süresinde itiraz edilmezse, yazılı delil niteliği kazanır. Yine, TTK m. 82 vd. ile tacirler arasındaki ticarî davalarda, tarafların ticarî defterleri, özel kanıt olarak kanunda öngörülen koşullarda kabul edilmiştir.²⁹¹ Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek, aradaki sözleşme ilişkisini feshetmek ya da sözleşmeden dönmek için yapılacak ihbar veya ihtarların ispatı, noter, iadeli taahhütlü mektup ya da telgraf ile mümkündür.²⁹²

²⁹¹ İMREGÜN: age., s. 30; BAHTİYAR: age., s. 58.

²⁹² DERYAL: age., s. 40.

G) TİCARÎ İŞ KAVRAMININ DİKKATE ALINDIĞI DİĞER HUSUSLAR

Tellallığın bir türü olan ticaret işleri tellallığı , ticarî iş kavramından hareketle tanımlanmıştır. Tellallık esasen BK m. 404 ve 409’da düzenlenmiştir. Ticaret işleri tellallığı ise TTK m. 100 ve 115 arasında düzenlenmiştir. TTK’daki hükümlerin uygulanması için, aracının “ticaret işleri tellallığı” yapması gerekir. Gerçekten de TTK m. 100’e göre, ticarî işlerle ilgili sözleşmelerin yapılması hususunda aracılığı meslek edinen kimseye ticaret işleri tellalı denir. TTK m. 115 ile de ayrı ve munzam bir kıstas koyulmuştur; ve esnaflar arasında aracılık yapanlar kapsam dışında bırakılmıştır.²⁹³

TTK m. 116’da acente tanımlanırken, ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık yapma ölçüsü esas alınmıştır. Tanımda kullanılan “... bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari işletmeyi ilgilendiren akitlerde...” ifadesi ile ticari iş kavramından faydalanılmıştır. Ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler TTK m. 3’e göre ticarî iş niteliğindedir.²⁹⁴

Nisbi ticarî davalar, TTK m. 4/1’de “...her iki taraf için ticarî sayılan hususlardan doğan hukuk davaları” olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, taraflardan her ikisi için de ticari nitelikteki davalar, ticari dava sayılır ve ticaret mahkemesinde görülür.

TTK m. 22’deki ücret veya faiz isteme hakkı “tacirin ticarî işletmesiyle ilgili iş veya hizmetlerde” öngörülmüştür. Buna göre, tacir ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya

²⁹³ KAYAR: age., s. 88; POROY/ YASAMAN: age., s. 91.

hizmet görmüş, avans vermiş ya da masraf yapmış ise, önceden şart edilmemiş olsa dahi ücret ve faiz isteyebilir. Karşı tarafın fatura isteme hakkı, bu tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir iş görmüş olduğu hallerde mevcuttur.²⁹⁵

TTK m. 23/1'e göre, tacir işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görürse, karşı tarafın istemesi halinde, fatura vermek durumundadır.

TTK m. 25 hükmü, tacirler arasındaki ticarî satış ve trampalarda uygulanır; bu konularda BK hükümlerinden farklı bazı özel hükümler geçerlidir. Buna göre, defterlerin özel delil olarak kullanılması, tacirler arasında ticarî işlerden doğan ihtilaflarda mümkündür.²⁹⁶

²⁹⁴ POROY/ YASAMAN: age., s. 91.

²⁹⁵ KAYAR: age., s. 89; POROY/ YASAMAN: age., s. 92.

²⁹⁶ POROY/ YASAMAN: age., s. 91.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TİCARÎ İŞ KAVRAMI VE SONUÇLARIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

A) GENEL OLARAK

01.01.1957 tarihinde yürürlüğe girip yaklaşık 50 yıldır uygulanan, tasarısı Prof. Dr. Hirsch tarafından kaleme alınmış bulunan 6762 sy. TTK, hazırlandığı ve kabul edildiği dönemin öğretileri ile kuram ve yaklaşımlarını iyi bir şekilde yansıtan, sorunlara çağdaş, güvenilir güvenilir ve işleyebilir çözümler getiren; bu alanda Türkiye'nin gereksinimlerini büyük ölçüde karşılayan, menfaatler dengesini hak ve adalete uygun bir tarzda kuran özellikleriyle hazırlandığı dönemin ihtiyaçlarını karşımasına rağmen, TTK artık günümüz ihtiyaçlarına tam olarak cevap verebilecek düzeyde değildir. Bu süreçte, sosyal, ekonomik ve teknolojik bakımdan önemli değişiklikler olmuştur.²⁹⁷ 6762 sy. TTK'yı doğrudan etkileyen gelişmelerin yanı sıra AB'ye tam üyelik için müzakerelerin başlaması, teknolojideki özellikle de internetteki gelişmeler, yeni kanunların çıkması ve uluslararası piyasaların bir parçası olmayı hedeflemek gibi nedenlerle yeni bir Ticaret Kanunu'na ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle bir Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (TTKT) hazırlanmıştır. Ticarî iş kavramıyla

²⁹⁷ MOROĞLU, Erdoğan: Makaleler II - Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, s. 155-216, İstanbul 2006, s. 157

ilgili olarak tasarıda önemli bir değişikliğe gidilmemiştir. Faizin taraflar arasında serbestçe belirlenebilmesi ve özel kanundaki kurallara genel geçerlilik kazandırılması, TTK'ya ise ticaret hukuku yönünden özel sayılabilecek hükümler konulması tercih edilmiştir.²⁹⁸

B) TİCARÎ İŞ KAVRAMI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

I. Türk Ticaret Kanunu'nun 3. Maddesi İle İlgili Düzenleme

Bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticarî işlerdendir (TTKT m. 3).

Bu maddede, gerekli ama uygulama açısından pek önemli olmayacağını düşündüğüm iki değişiklik yapılmıştır.²⁹⁹ İlk olarak birinci maddede olduğu gibi bu maddede de eski metindeki ticarî işletmeyi ifade eden, “ticarethane”, “fabrika” ve “ticari şekilde işletilen diğer bir müessese” olmak üç ticarî işletme türü yerine, “ticarî işletme” kavramı konulmuştur. Bu değişiklik zaten uygulamada söz konusu olan madde yorumunun kanuna yansıtılması şeklinde olmuştur.

İkinci olarak da maddede ticarî iş tanımlandığı için “işler” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik de yine doktrindeki eleştirilerin bir sonucu olarak tasarıda yer bulmuştur ve buradaki anlatım bozukluğu ortadan kaldırılmıştır.³⁰⁰

²⁹⁸ TTKT Genel Gerekçe, s. 1-4.

²⁹⁹ TTKT Madde Gerekçeleri, s. 1.

³⁰⁰ TTKT Madde Gerekçeleri, s. 1.

Ayrıca tasarıda “muamele” sözcüğü işlem olarak Türkçeleştirildiğine göre, “işlem ve fiillere” ifadesi de dil uyumu ve sadeleştirme mantığına göre “işlem ve eylemlere” olarak düzeltilmelidir. Yine tek fıkradan oluşan bu maddenin başına (1) rakamının konulması da gereksizdir.³⁰¹

II. Türk Ticaret Kanunu’nun 21. Maddesi ile İlgili Düzenleme

Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır (TTKT m. 19/1).

Taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticarî iş sayılır (TTKT m. 19/2).

Bekliden maddede yapılan en önemli değişiklik madde numarasının değiştirilmesidir. Madde gerekçesine göre doktrinde, subjektif sistemin bir ifadesi olan bu maddenin 1926 tarihli Kanundan 6762 sy. Kanuna aynen alınması eleştirilmiş, tacirin esas alınmayıp ticarî işletmenin merkez kabul edilmesi gerektiği belirtilmişse de, eleştirilerin, hükümde ticarî işletmenin esas alındığı gerçeğini gözden kaçırdığı düşünülmüştür. Ayrıca ticarî işletmenin borçlarının ticarî olmadığı hükme bağlansaydı,

³⁰¹ MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, B. 2, İstanbul 2005, s. 23, 24.

tacirin ticarî olmayan alanının nasıl belirlenebileceği sorununun çözümü çok güçleşecektir.³⁰²

Gerçekten de madde de anlam açısından hiçbir farklılık göze çarpmamaktadır; TTK m. 21'deki düzenleme, kelimeler günümüzde insanların kullanma sıklığına göre sadeleştirilerek TTKT m. 19'a alınmıştır. Bu husus maddenin her iki fıkrası için de geçerlidir. Birinci fıkrada, 3. maddede olduğu gibi, “ticarethane”, “fabrika” ve “ticari şekilde işletilen diğer bir müessese” olmak üç ticarî işletme türü yerine, “ticarî işletme” kavramı konulmuştur. İkinci fıkrada da kelimeler sadeleştirilmiş olup anlam açısından aynıdır. TTK m. 21/2 açısından söz konusu olan, normalde kendisi açısından ticari nitelikte olmayan sözleşmelerden dolayı ağır sorumluluklar altına sokulan kişilerin durumuna yönelik eleştirilerin de dikkate alınmadığı gözden kaçmamaktadır.

³⁰² TTKT Madde Gerekçeleri, s. 8.

C) TİCARÎ İŞ KAVRAMINA BAĞLI SONUÇLAR İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

I. Müteselsil Sorumluluk

Müteselsil sorumluluğu düzenleyen 7. maddede “müştereken” sözcüğü yanlış anlamalara yol açtığı için bu ifade terk edilerek “birlikte” sözcüğü tercih edilmiştir. Ayrıca madde metnine kanunda ifadesi eklenerek doktrinde eleştirilen bir eksiklik giderilmiştir.³⁰³ Bu madde de yapılan değişiklikler olumludur; “müştereken” sözcüğü yerine “birlikte” ifadesi tercih edilerek tereddütlere yol açan bir husus ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca müteselsil sorumluluğun bertaraf edilmesinde TTK m. 7’de sadece sözleşmeye hüküm koyulması öngörülmüşken, Tasarı’da bunun yanı sıra kanunda aksine düzenleme bulunması halinde de müteselsil sorumluluğun söz konusu olmayacağı düzenlenmiş ve yerinde bir düzenlemeye gidilmiştir.

II. Faiz

Faizle ilgili gerekçede ticarî işlerde faiz oranının serbestçe belirlenmesinin temel bir ilke olduğu vurgulanmıştır. İlkenin tam olarak öngörülebilmesi için daha keskin bir ifade olan “belirlenir” ifadesi yer almıştır. 3095 sy Kanun ve benzeri kanunlarda sık sık değişiklik yapılması nedeniyle TTKT m. 8/2’de bu kanunlara genel bir gönderme hükmü tercih edilmiştir. Mürekkep faize ilişkin hüküm, 9. maddede bağımsızlaştırılmalıdır. Ayrıca 3095 sy. Kanun’un 3. maddesi nedeniyle anlamını yitiren 8. maddenin 3. fıkrasına tasarıda yer verilmemiştir. Yine TTK m. 9/2 de

tasarıya alınmamıştır. Tasarının 8 ila 10. maddesi hükümleri faiz konusunda bir Ticaret kanununun içermesi gereken hükümlere yer vermiştir.³⁰⁴

Tasarı'nın faizle ilgili düzenlemesi yetersiz gibi görülmektedir. Özellikle de son olarak 5335 sy. Kanun ile değiştirilen 3095 sy. Kanun ile yeteri kadar bağlantı kurulmamış; ikinci fıkrada sadece temerrüt faizinden söz edilip, ilgili mevzuta atıf yapılmakla yetinilmiş olması önemli bir eksikliktir. Ayrıca yol gösterici bir niteliği bulunan TTK m. 8/3 hükmünün tasarı da yer almaması da doğru olmamıştır; bu fıkra hükmü, en azından faizin serbestçe belirlenebilmesi kuralının istisnalarını göstermesi bakımından önemini korumaktadır.³⁰⁵

Tasarı'nın 9. maddesinde, TTK'nın 8. maddesinde düzenleme konusu yapılan bileşik faiz düzenlenmiştir. İçerik bakımından iki düzenleme arasında bir fark yoktur; bileşik faizin, yalnız cari hesaplarla, borçlu yönünden ticari iş niteliğindeki ödünç sözleşmelerinde uygulanacağı düzenlenmiştir. Faizin başlangıcını düzenleyen 10. maddede de herhangi değişikliğe gidilmemiştir.

III. En Yüksek Sınırı Aşan Ticari İşlemlerin Hukuki Durumu

TTK m. 1466'da düzenlenen en yüksek sınırı aşan ticari işlemlerin hukuki durumu, Tasarı'da 1530 maddede düzenlenmiştir. İçerik açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu konuda daha önce yapılan açıklamalar geçerlidir.

³⁰³ TTKT Madde Gerekçeleri, s. 3.

³⁰⁴ TTKT Madde Gerekçeleri, s. 3.

³⁰⁵ MOROĞLU: TTKT, s. 26.

IV. Ticari İşlerde Zamanaşımı

Bu konuda da Tasarı'da herhangi bir değişiklik yoktur, daha önceki açıklamalar yeterlidir.

V. Ticari Hükümler

Ticarî hükümleri düzenleyen 1. maddede iki değişiklik yapılmıştır. İlk olarak kavram karmaşasına yol açan üç ifade yerine sadece “ticarî işletme” teriminin konulmasıdır. Bu değişikliğin sebebi, önceki metinde sayılanların ticarî işletmenin uygulamadaki görünüş şekilleri olmalarıdır. Merkez kavram ticarî işletmede olduğu halde, kavramı ifade eden terimi kullanmayıp onun türlerini saymak ve diğer maddelerde aynı yöntemi sürdürmek sistem anlayışı ve kanun yapma tekniği ile bağdaşmaz. İkinci değişiklik olarak 3. madde ile gerekli uyumu sağlamak amacıyla “işlere” sözcüğü yerine “işlemleri” sözcüğünün yer almasıdır.³⁰⁶

Birinci fıkrada, TTK'nın, MK'nın ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilirken, özel hukukun diğer özel kanunu olan BK'nın belirtilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Ayrıca ticari mümessil, ticari vekil ve adi şirketin BK'da düzenlenmiş olduğu da göz önünde tutulmalıdır.³⁰⁷

VI. Ticari Davalar

³⁰⁶ TTKT Madde Gereççeleri, s. 1.

³⁰⁷ MOROĞLU: TTKT, s. 23.

Ticarî davaları düzenleyen 4. maddede, öğretide ve yargı kararlarında kabul gören eleştirilere ve gelişmelere uygun bazı değişiklikler yapılmıştır. TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasında, 21. maddenin 1. fıkrasına yapılan ve karışıklıklara yol açan, bu sebeple de görüş birliği halinde eleştirilen atıf kaldırılmıştır. Aynı fıkranın (d) bendinde dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak “fikri mülkiyet hukukuna” ifadesine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek hükmün kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca (f) bendinin kapsamı da genişletilmiştir; çünkü bugün finans sektöründe bankalar ve ödünç para verme işleriyle uğraşanların yanı sıra finansal kiralama, faktoring, özel ve genel finans şirketleri, fortfaiting şirketleri başta olmak üzere çeşitli finans kurum ve kuruluşları vardır. Bende eklenen “diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara” ifadesi anılan şirketleri ifade etmektedir. 4. maddenin son fıkrası, mahkeme ile ilgili olduğundan değiştirilerek 5. maddenin 2. fıkrasına eklenmiştir. 5. madde bu değişiklik dışında, başlığı içerikle uyumlu hale getirilerek ve dili güncelleştirilerek alınmıştır. Maddenin 3. fıkrasına 11.10.1976 tarihli ve 1976/5 E., 1976/5 K. Sy. İçtihadı Birleştirme Kararına uygun bir değişiklik yapılarak, hükme “kararın sözle bildirimi veya tebliği tarihinden itibaren 10 gün içinde açılacak davaya” ifadesi eklenmiştir. Bu ek ile HUMK'un 193/3. maddesine uyum sağlanmıştır. 5. madde düzenlenirken 5235 sayılı kanun ile öngörülen Bölge Adliye Mahkemelerinin bir kanun yolu olması göz önünde bulundurulmamış ve buna göre bir düzenleme yapılmamış olması önemli bir eksikliktir.³⁰⁸

³⁰⁸ MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, B.

Birinci fıkranın ilk cümlesindeki “her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile...” ifadesi yerine “her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olan hukuk davaları ile...” ifadesi kullanılmalı; böylece öğreti ve Yargıtay kararları dikkate alınmış olur ve madde gerekçesine daha uygun olur.³⁰⁹

4, Ankara 2006, s. 28; TTKT Madde Gerekçeleri, s. 2.

³⁰⁹ MOROĞLU: TTKT, s. 25.

SONUÇ

Ticaret hukukunun doğuşundaki amaç ve yapısal özellikleri dikkate alındığında bir kısım düzenlemelerin farklı sonuçlara tabi olması gerçeğiyle karşılaşmaktayız. Bu noktada özellikleri, sınırları, tabi olacağı sonuçları önceden tespit edilmiş ticarî iş – adi iş ayrımı karşımıza çıkmaktadır. Bu ayrımın en önemli faydası; öngörülen birbirinden farklı düzenlemelerin uygulama alanının tespitinde karşımıza çıkar. Ticarî işlerin belirlenmesi, hem ticarî hükümlerin hangi işlere uygulanacağı hem de ticarî işlerin farklı özellikleri bakımından önemli ve gereklidir.

Türk ticaret hukukunda ticarî işlerin belirlenmesi TTK'nın birbirini tamamlayan 3, 21 ve 1462. maddeleri ile gerçekleştirilmektedir. TTK'nın 3. maddesinde TTK'da düzenlenen hususlar ile ticarî işletmeyi ilgilendiren işler ticarî iş olarak belirlenmiştir. TTK'nın 1462 .maddesinde ise bazı kavramların ticarî iş niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. TTK'nın 21. maddesinde ticarî iş karinesi ve bir taraf için ticarî olan sözleşmelerin diğer taraf içinde ticarî iş olduğunun tespitiyle bu maddeler tamamlanmıştır. Ancak bu maddedeki düzenleme ile ticarî hayatla yakından ilgili olmayanlar bile ticarî iş kavramının daha ağır sonuçlarıyla karşı karşıya kalabilmektedir. Tacirle tacir olmayan taraf arasında tam bir denge sağlanamamıştır. Tasarıda da bu düzenlemede bir değişiklik öngörülememiştir.

Bazı sorumlulukları nedeniyle külfetlerle karşı karşıya kalan tacirlerin, ticarî iş niteliğinde işlemler yapan kişilerin, bu sorumluluğun karşısında adi işlere nazaran daha avantajlı sonuçlara tabi kılınması normal karşılanmalıdır. Nasıl ki tacir ticarî işlerde daha ağır sorumluluklar taşıyorsa, hakkına tecavüz olduğunda da adi işlere

oranla daha iyi korunması gerekmektedir. Ancak TTK m. 21/2 açısından farklı bir düzenleme getirilebilir.

Bu anlamda ticarî işler açısından bir takım farklı sonuçlar öngörülmüştür. Bu farklılıktaki temel amaç, adi işlere göre daha farklı bir yapı gösteren ticarî işlerin, ticarî hayatın daha sağlıklı işleyebilmesi için bir düzen kurulmasıdır. Müteselsil kefalet, faiz, zamanaşımı, gibi konularda farklı düzenlemeler getirilerek ticarî hayatın gereksinimleri karşılanmaya çalışılmıştır. Ayrıca ticarî işler için özel hükümler öngörülmüş ve örneğin ticarî hayatta önemli bir yere sahip olan örf ve adetler genel hükümlerden de önce bir uygulanma imkanı tanınarak ticarî hayatın gereksinimleri karşılanmıştır. Ayrıca çözümü ve hükümleri uzmanlık gerektiren ticarî davaların çözülmesi için asliye ticaret mahkemeleri ve ihtisas mahkemeleri kurulmuştur.

Sonuç olarak ticarî iş kavramının tespiti ve buna bağlı olarak uygulanacak özellikli hükümlerin belirlenmesi, ticarî hayatın sağlıklı ve güvenli olarak sürdürülebilmesi için hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle TTK'da yer alan hükümlerin her açıdan gelişen ticarî hayata uyum sağlaması gereklidir. TTK'nun yürürlüğe girmesinden bugüne kadar geçen süreçte, ülkemizde, AB'de ve Dünya'da toplumsal ve ekonomik koşullar önemli ölçüde değişmiştir. TTK tasarısında ticarî iş kavramının tespiti açısından önemli bir değişiklik olmamakla birlikte en azından yoruma imkan tanınan konularda ve ticarî örf ve adetlerle gelişmelere ayak uydurulabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000.
- AKINTÜRK, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- ANKARALI, Egemen Gürsel: Adi ve Ticarî İşlerde Faiz (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1986.
- ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, B. 10, Ankara 2007.
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Genel Hükümler, B. 3, İstanbul 1960.
- ASLAN, İ. Yılmaz/ ŞENYÜZ, Doğan/ ERGÜN, Mevci: İşletme Hukuku, B. 11, Bursa 2005.
- ATALI, Murat: Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1993.
- ATMACA, Abdulkadir Cenap: Tacirin Ücret ve Faiz İsteme Hakkı, İstanbul 2000.
- AYHAN, Rıza: Ticaret Hukukunun Genel Esasları Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1992.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku, B. 5, İstanbul 2006.
- BAKTİR, Selma: Ticarî İşletme Hukuku, B. 4, İzmir 2000 .
- BAŞTUĞ, İrfan/ ERDEM, H. Ercüment: Ticarî İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara 1993.
- BATTAL, Ahmet: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2005.
- BERZEK, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, B. 7, İstanbul 2004.
- BOZER, Ali/ GÖLE, Celal: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara 2000.

- ÇEKER, Mustafa: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006.
- ÇEVİK, Orhan Nuri: Türk Ticaret Kanunu ve Uygulanmasına İlişkin Mevzuat, B. 2, Ankara 1993.
- ÇÖL, Hüseyin Cem: Cari Hesapta Faiz (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002.
- DERYAL, Yahya: Ticaret Hukuku, B. 5, İstanbul 2005.
- DEYNEKLİ, Emel/ KISA, Sedat: Faiz Hukuku, Ankara 2003.
- DOĞANAY, İsmail: Ticarî Alım-Satım Akdi ve Nevileri, B. 2, Ankara 2003.
- DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, B. 4, İstanbul 2004.
- DOMANIÇ, Hayri: Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler, Ankara 1998.
- DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, B. 4, İstanbul 1988.
- EFENDİYEYEV, Mehrac: Ticarî İşler Tellalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2003.
- EREM, Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, B. 9, İstanbul 1981.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, B. 4, İstanbul 1994.
- ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticarî İşletme ve Şirketler, C. 1, B. 3, Ankara 2004.
- EVREN, Mahmut Tevfik: Faiz Hukuku, İstanbul 1987.
- HİRŞ, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1948.
- İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
- İNAL, Tamer: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2004.

- İPEKÇİ, Nizam: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, B. 3, Ankara 2003.
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, B.14 Ek, Konya 2006.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1957.
- KARMIŞ, Enver: Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku, C.1, B. 1, Ankara 2007
- KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, B. 5, Ankara 2006.
- KAYIHAN, Şaban: Ticaret Hukuku, Sakarya 2003.
- KENDİGELEN, Abuzer: Hukuki Mütalaalar, C. 3, B. 2, s. 56-70, İstanbul 2006.
- KUBİLAY, Huriye/ GÖKSOY, Yaşar Can/ AYAN, Özge/ YILDIRIM, Ali Haydar: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Ticarî İşletme, İstanbul 2004.
- KURT, Nesibe: Ticarî Yargılama Hukuku (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku İşletme Hukuku, C. 1, Ankara 1970.
- MOROĞLU, Erdoğan: Makaleler II - Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, s. 155-216, İstanbul 2006.
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, B. 4, Ankara 2006.
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, B. 2, İstanbul 2005.
- OĞUZ, İsmail Hakkı, Yöneticiye Hukuk Rehberi, Ticarî İşletme ve İşlevleri, C. 1, İstanbul 1985.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, B. 11, İstanbul 2006.
- SARIKAMIŞ, Hüseyin: Müteselsil Borçlarda Alacaklı Borçlu İlişkisi (Yayınlanmamış YLT), Ankara 1996.

- SEMİZ, Ahmet: Ticarî İş – Ticarî Dava, İstanbul 1959.
- ŞENER, Oruç Hami/ UZUNALLI EROĞLU, Sevilay: Ticarî İşletme Hukuku Uygulamaları, Ankara 2005.
- ŞİRİN, Şerafettin: Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması, İstanbul 1994.
- TEKİL, Fahiman: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1990.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993.
- TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Kitap 5, B. 2, İstanbul 1992-1993.
- TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Kitap 8, İstanbul 1997.
- TOKSAL, Baki: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 1986.
- TURGUTTOPBAŞ, Ayşe: Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1999.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, B.2, Ankara 2001.
- UYAR, Mustafa: Temerrüt Faizi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001.
- UYGUR, Turgut: Borçlar Kanunu Şerhi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 4, Ankara 2003.
- ÜLGİN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- YASAMAN, Hamdi: Ticarî Dava, İstanbul 1997.
- YAZICI, Çiğdem: Ticarî Dava (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2003.
- YETKİN, Mustafa: Şerhli Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1978.

■ YILMAZ, Pınar: Ticaret Hukuku 1, Ankara 2006.

■ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=36174, 23.05.2007.

■ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri, <http://www.tcmb.gov.tr>, 06.09.2007.