

**TÜRK HUKUKUNDA ÖRF VE ÂDETLERİN DÜNKÜ VE BUGÜNKÜ YERİ
VE
TİCARİ HAYATTAKİ ÖNEMİ**

Prof. YUSUF ZİYA BİNATLI

I- ÖRF-ÂDET-TEAMÜL

A- TANIM

Sözlük anlamı bakımından «Örf» ile «Âdet», genellikle birlikte söylendiği zaman aynı anlamda kullanılır. Oysa kök bakımından her iki kavram ayrı ayrı anlamlara gelmektedir. Bu anlamları kısaca belirtelim:

a- ÖRF (URF):

Arap dilinde «bilmek, tanımak» anlamına gelen «ref, irfeten, irfanen» köklerinden doğmuştur. Maruf (bilinen), ârif (bilen), muarrif (tarif eden, bilinen bir şeyi anlatan), aynı kökten gelir. Örf, «bilmek», «tanımak» anlamına gelmekle beraber bu, daima **iyi şeyi bilme ve tanımadır**. Yani kötü bir şeyin bilinmesi ve tanınması «örf» olmaz. Herhangi bir şey «maruf» ise bu daima iyi yönden bilinmiş ve tanınmış demektir.

«Örf» sözcüğünün sözlük anlamına kısaca değindikten sonra hukuki açıdan tanımını yapalım:

Eski hukukumuzda «Örf», şöyle tanımlanırdı: Aklın daima iyi görmesiyle beraber kamu vicdanında doğruluğu çok uzun süreden beri kabul edilmiş ve benimsenmiş bir sosyal kuraldır (1).

Bugünkü hukuk anlayışına göre de örf, gücünü yazılı hukuktan değil, geleneklerden alan ve toplum için uyulması zorunlu olan kuraldır.

Burada hemen belirtelim ki eski hukukumuzda olduğu gibi bugünkü hukuk anlayışımızda da değişmeyen husus, örfün daima iyiye, doğruya yönelik olduğudur.

Örf, geçerli olduğu alan açısından değişik adlar alır: Eğer örf, memleketin tamamında uygulanıyorsa buna «Genel örf» belli bir bölgeye özgü kullanılıyorsa «bölgesel örf», ticari alanda uygulanıyorsa «ticari örf», mesleki alanda uygulanıyorsa «mesleki örf» adını alır.

b- ADET :

Âdet, sözcüğü arapçadır ve aynı dilde kullanılan «muavede» sözcüğünden alınmıştır. «Muavede», dönüş, avdet etme, biteviye gide-gelmenin alışkanlık haline gelmesi demektir.

(1) Zeyneddin Ahmet Zebidi (Kâmil Miras), Cilt 5, sh. 60.

Türk Hukuk Lügâtına göre de teamül, halk arasında alışkanlık yaratarak uygulanan işlemlerdir (4).

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, teamül, kişiler arasında sosyal ve hukuki ilişkilerde benimsenen ve benimsendiği biçimde de uygulanan bir gelenektir. Şu halde sosyal bir alışkanlığa «teamül» diyebilmemiz için, bu alışkanlığın topluca benimsenmesi ve sürekli olarak uygulanagelmesi şartlarına sahip olması gerekir.

Yukarıda örf ve âdetin sosyal alışkanlıklarından doğduğunu söylemiştik. Teamül'de böylesine bir alışkanlıktan doğmuş olmasına karşın, her ikisi aynı şeyler değildir:

Örf ve âdet toplum içinde yaşayan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve uyulması zorunlu olan hukukun kaynaklarından biridir. Teamül ise, Kanun güvencesi altında bulunmadığı sürece hukukun kaynağı değildir. Teamül denilen alışkanlıklar, toplum tarafından uyulması zorunlu olarak kabul edilmeyyledir ki bu takdirde örf ve âdete dönüşür. Teamüli eylemler, örf ve âdete dönüşmediği sürece hukukun kaynağı olma vasfına sahip değildir. Başka bir deyişle bu farkı şöyle ifade edebiliriz: Örf ve âdetlerin tohumunu, çekirdeğini teamül teşkil eder. Teamül, toplum içinde uygulanırken öylesine bir uygunluk gösterir ve benimsenir ki artık ona uymak, toplum için zorunlu olur. İşte böyle bir evrede teamül, örf'e dönüşmüştür. Kimi teamüller, yukarıdaki gibi toplumca bir benimseme göstermeyebilir. Bu nitelikteki teamüller, örf olamaz; ancak teamül olarak uygulama alanı bulur. Aşağıda T.T.Kanunumuzdan söz ederken bu uygulamaya ayrıca değineceğiz.

Şimdi eski hukukumuzda örf ve âdetin yeri üzerinde kısaca duralım.

II— İSLÂM HUKUKUNDA ÖRF VE ÂDET

A— GENEL AÇIDAN ÖRF VE ÂDET

İslâm hukukunun kaynaklarından biri de örf ve âdettir (5). Örf ve âdetin İslâm hukukunun kaynaklarından birisi olmasının şer'î delili *Abdullah bin Mes'ud*'tan rivayet edilen şu Hadis-i Şerifî: «Müminlerin hoş ve iyi gördükleri şey, Tanrı katında da iyidir».

Bu Hadis'e göre, müslümanlar arasında örf halinde, iyi ve güzel bir iş olarak uygulanagelen şey, hukukten mutlaka geçerli olmalıdır. Bunun aksı düşünülemez. Aksı bir düşünce, toplumun iyiye, doğruya güzel'e yönelik olduğunu bildiği ve inandığı sosyal ilişkileri hukuken geçerli saymayacağından, toplumun genel inancı ile hukuk kuralı birbirine ters düşer. Böylesine bir

(4) T.H.L.; M.E.B. Yayını; 1944.

(5) İslâm hukukunun asli ve fer'î olmak üzere iki kaynağı vardır. Asli kaynaklar, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Muhammed'in sünnetidir. Fer'î (yan) kaynaklar ise İcma, Kıyas, İstihsan ve son olarak da örf ve âdetleridir.

Hukukî açıdan âdet, bir toplum içinde sürekli olarak, işlene işlene vazgeçilmez bir alışkanlık yaratan ve kişiler arasında ilişkileri düzenleyen eylemdir.

Sözlük anlamı bakımından «örf» ile «âdet» arasında şu farklar vardır:

1) «Örf» de daima sağduyu egemendir; âdette sağduyunun mutlaka bulunması gerekmez.

2) Örfün anlamında yukarıda da belirttiğimiz gibi, iyiye doğruya yöneliklik vardır; oysa «âdet»te, mutlaka iyiye yöneliklik aranmaz. Yani fena örf, kötü örf olmamasına karşın kötü, fena âdet olabilir. Örneğin başlık parası istemek örf değil, kötü bir âdettir.

3) Âdet bir eyleme, bir harekete ilişkindir. Yani bir söz, bir deyim «âdet» olamaz; oysa örfte hareketlilik olabileceği gibi, bir söz, bir deyim de örf olabilir.

4) Örflerin mantıkla açıklanabilir bir sebebi olabilir; oysa âdetlerin mantıkla açıklanabilir bir sebebi olmayabilir. (Örneğin kimi meyvaların kimi bölgelerde kilo ile, başka bölgelerde ise sayı ile satılmasının ne gibi bir sebebe dayandığının açıklaması olmadığı gibi.)

Sözlük anlamı bakımından ayrılık göstermesine karşın hukukî açıdan örf ile âdet bir anlamda kullanılmaktadır. Nitekim, Borçlar Kanunumuzun ticari yaşantımızla ilgili 156, 182, 185, 196, 220, 221, 257, 258, 279, 281, 296, 308, 331, 356. maddeleri yalnız «âdet»ten söz ederken 381. maddesinde yalnızca «örf» sözcüğü geçmektedir.

Türk Ticaret Kanunumuzda ise 1. ve 2. maddelerde «örf» ve «âdet» sözcükleri bir arada kullanılırken, 57, 1038/1, 1059/1-2, maddelerinde yalnızca «âdet» sözcüğü kullanılmakta, 975/2. maddede ise yalnız olarak «örf»ten söz edilmektedir.

c— TEAMÜL :

Türk Ticaret Kanununda «örf ve âdet»le birlikte söz konusu edilen sözcüklerden biri de «teamül»dür. Bu sözcük, sözlük anlamı bakımından arapçadaki «amel» kökünden gelmektedir. «Amel» arap dilinde bir işi, bir eylemi ifade eder.

Hukuk dilinde «teamül» toplum içinde bir eylemin aynı biçimde pek çok kez tekrar edile edile itiyat haline getirilmesi yani alışkanlık yaratmasıdır (2). Başka bir tanım da şöyledir: «Teamül», halkın alış-verişlerinde ve başkaca işlemlerinde uygulanagelen bir yöntemdir (3).

(2) Ömer Nasuhi Bilmen. Hukuk-u-İslâmiye ve Istılahat-ı-Fıkhiye. Cilt 4, sh. 292.

(3) Sahih-i-Buhari Muhtasarı-Tecrid-i-Sahih. Cilt 5, sh. 160.

karmaşık durum o toplumu bir darlık, güçlük ve sıkıntı içine sokar. Oysa, yüce Allah, Kur'an-ı Keriminde kullarına, **onların taşıyamayacakları güçlükler yüklemediğini beyan buyurmuştur** (6). Şu halde, örf ve âdet, hukuki işlemlerin kolaylıkla yapılması için uygulanacaksa bu islâm şeriatına da uygun olacaktır (7).

Örf ve âdet islâm hukukunun kaynaklarından olmakla beraber, uygulanacak hukukî meselede öteki aslî ve fer'î kaynaklarda bir hüküm bulunmaması halinde uygulama olanağı vardır. Örneğin Kur'an-ı—Kerimde veya sünnette, uygulanacak mesele hakkında bir hüküm varsa, örf ve âdete itibar olunamaz.

Örf ve âdetin, İslâm hukukunun kaynaklarından biri oluşu; islâm dinini kabul etmiş olan ve değişik kıt'alar içinde yer alan milletlere, islâm dininin genel esaslarına aykırı olmayan örf ve âdetlerini korumak ve bunları hukukî alanlarda uygulamak olanağını vermiştir.

İslâm hukukunda örf ve âdetin önemli bir yer işgal etmesinin başka bir nedeni de şudur:

Bilindiği üzere İslâm hukukunun temel kaynaklarından olan **kur'an** ve **sünnet** hükümlerinin değişmezliği esastır. Yani bu hükümler zamanın akışına göre değiştirilemez ve bu hususta yeni hükümler getirilemez.

«**Kıyas**. İslâm Hukuku prensiplerine bir esneklik getirmesine rağmen, hiç bir zaman temel kaynaklar sınırını aşamaz. Kıyas'ta bir hukukî mesele halli için kur'an veya sünnette açık bir hüküm bulunmaması halinde, halli gereken meseleyi andıran başka meselelere bakılarak ve benzetme yapılarak bir sonuca varılmaya çalışılır. Ama, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu benzetmede kur'an ve sünnet hükümleinin sınırları aşılamaz.

İcma'da İslâm hukukunun kaynaklarındandır. Hz. Muhammed'in vefatından sonra gelen yüzyıllardan herhangi birinde hukukî bir mesele hakkında islâm içtihat sahiplerinin birleşmeleri icma'ı meydana getirir.

İcma'nın delil kaynağı kur'an ve sünnet olduğu gibi, gerektiğinde kıyas, örf ve âdet'te olabilir. İcma'nın kaynaklarından birinin örf ve âdet oluşu, bu yönden hukukî meselelerin halledilmesinde bir genişlik sağlamışsa da dört imam döneminden sonra «**çetihat kapısı kapanmıştır**» yanlış görüşünün benimsenmesi, icma'nın yapılmasını önlemiştir.

«**Örf ve âdet'e** gelince; bu da islâm hukukunun sonuncu kaynağını teşkil eder. Ancak örf ve âdet dinden kaynaklanmadığı için statik bir durum arz

(6) Bakara Suresi; Âyet 286 «İla yükülli Fullahü nefsen illâ vüs'ahâ-Allâh hiç kimseye taşıyamayacağı bir külfet, zorluk yüklemez».

(7) Muhammed Ebu Zehra; Ebu Hanife (O. Keskiöglü) sh. 313. İzmirli İsmail Hakkı; Yeni İlm-i Kelâm; Cilt 1, sh. 37.

etmez; başka bir deyişle zaman içerisinde değişirlik durumu vardır ve bulunduğu dönemin kalıbına kendisini uydurur. Örf ve âdetin böylesine bir esnekliğe sahip oluşu, onun, geçen yüzyıllar içinde değişen iktisadî ve sosyal yaşantı doğrultusunda değişmesine neden olur. Yine zamanın alkışı içinde önemini yitiren örf ve âdetler kaybolup gider ve onların yerini, yenileri alır. Daha kısa bir deyişle, zaman değiştikçe örf ve âdetler de değişir. Bu itibarla hukukî meselelerin hallinde o günün koşullarına uygun olarak meydana gelen örf ve âdetler uygulanır.

Örf ve âdetin, zamanın şartlarına kendisini uydurmuş olması, hukukî meselelerin hallinde onun İslâm hukuku içinde ne kadar önemli bir yer işgal ettiğini gösterir. Bu nedenle İslâm hukukunun en esaslı kuralı olarak **«zamanın değişmesiyle, hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz»** (8), prensibi benimsenmiş ve uygulanmıştır.

B— MECELLE'DE ÖRF VE ÂDET

1868 yılından 1926 yılına kadar memleketimizde Medeni Kanun olarak yürürlükte kalan Mecelle örf ve âdete ilişkin şu önemli maddeleri kapsamaktaydı:

Madde 36— *Adet muhkemdir* (Âdet, hükme esas tutulur).

Bu madde, hakkında şer'î bir hüküm bulunmayan hallerde, örf ve âdetin hakim'e karar verebilmesi için kaynak olacağını belirtmektedir.

Madde 37— *Nâsın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur* (Halkın davranışları, uyulması zorunlu bir hukuk ilkesidir.)

Mecelle'nin bu maddesi, yine hakkında şer'î bir hüküm bulunmayan meselelerde halkın uygulayageldiği kimi davranışların, herkesce uyulması zorunlu bir hukuk kaidesi olduğunu göstermektedir. Örneğin bir alım-satım aktinde, içinde satılan mal bulunan kabin yada ambalajın müşteride kalacağı yolunda bir örf ve âdet varsa satıcı, satıştan sonra onu geri isteyemez. Aksine örf varsa bu kez müşteri kabı elinde tutamaz; geri vermek zorundadır.

Madde 38— *Adeten mümteni olan şey, hakikaten mümteni gibidir* (Âdetler açısından yerine getirilmesi mümkün olmayan şey, gerçekten yerine getirilemez gibidir.)

Bu madde imkânsızlık durumuna ilişkindir ve şu dikkate değer hususu kapsamaktadır: Madde, âdeten mümteni (imkânsız) olan şey, hakikaten mümteni (imkânsızdır) dememekte «mümteni (imkânsız) gibidir» demektedir. Şu hale göre bu madde, aksi ispat edilene kadar geçerli bir karine niteliğindedir.

Madde 39— *Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz* (Zamanın değişmesiyle, hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz.)

(8) Bu hükmün arapça aslı şöyledir : «Lâ yünker tagayyür-ül-ah-kâm bi tagayyür-ül-ezman»

Bu madde metninde "örf ve âdet" sözü geçmemekle beraber madde hükmü ona yöneliktir. Çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi islâm hukukunun temel kaynaklarından olan kuran ve sünnet hükümleri zamanın değişmesiyle değişiklik göstermez. Onların dokunulmazlıkları esastır. Bu bakımdan toplum, değişen zaman içinde ihtiyaçlarına cevap verecek kimi hükümleri, temel kurallara ters düşmemek koşuluyla örf ve âdetlerini değiştirmek suretiyle getirebilmişlerdir.

Madde 40— *Adetin delâletiyle manâ-ı hakiki terk olunur.* (Örf ve âdet bir deyim, gerçek anlamından başka bir biçimde anlamlandırmışsa, o deyim gerçek anlamı geçerli olmaz.) Örneğin bir şeyin yakılması gerçek anlamında yanma eylemine tabi tutulması demek olmasına rağmen, akitten dönülmesi halinde pey alkçesinin yakılması demek, bu alkçenin ateşte yakılıp kül edilmesi demek değildir.

Madde 41— *Âdet, ancak muttariî, yahut galip oldukça muteber olur* (Âdet ancak sürekli yahut düşünülmeden uygulanacak derecede yaygın olduğu takdirde gereçli olur.)

Yukarıda da değindiğimiz gibi, örf ve âdetin toplumun düzenini sağlama da rol oynaması için, uzun süreden beri uygulanana uygulanana alışkanlık yaratması gerekir. Bu uygulama öyle bir alışkanlık yaratır ki, kişiler yaptıkları hukuki işlemlerde otomatik olarak bu kurallara uyarlar.

Madde 43— *Örfe maruf olan şey, şart kılınmış gibidir* (Örf ve âdet nedeniyle herkes tarafından bilinen şey, bir hukuki işlemde şart edilmiş gibidir.) Örneğin Köy büyükbaş hayvanlarını otlatmakla yükümlü çoban, akşam üzeri bu hayvanları köy içine soktuktan sonra örfe görevi sona erer. Çünkü her hayvan köy içinde kendi yolunu bulur ve sahibinin evine gider. Çobanın bu suretle görevi sona erdikten sonra köy içinde bir hayvan kaybolursa, sahibi, çobandan, hayvanı eve teslim etmemesinden ötürü tazminat isteyemez.

Madde 44— *Beynet-tüccar maruf olan şey, aralarında şart edilmiş gibidir.* (Tüccarlar arasında bilinen örf ve âdetler, aralarında şart edilmiş gibidir.)

Mecellenin 43 ve 44. maddeleri aynı şeyi anlatmaktadır: Akit yapan taraflar ister tüccar olsunlar, ister olmasınlar yapmış oldukları aktilerde, Kanda açık bir hüküm bulunmayan ve mukavelede de aksi kaarlaştırılmayan bir hususta anlaşmazlığa düşerlerse, böyle bir durumda anlaşmazlığın giderilmesinde örf ve âdet kuralları rol oynar. Taraflar yaptıkları mukavelelerde örf ve âdet kurallardan söz etmeseler bile, yukarıdaki şartların varlığı halinde örf ve âdet, yapılan mukavelede söz edilmişcesine geçerlilik kazanır.

Madde 45— *Örf ile tayin, nass ile tayin gibidir* (Şer'i hükümlerde bir açıklık olmadığı yerde örf ve âdetin uygulanması, şer'i hükmün uygulanması gibidir.)

Mecellenin 45. maddesi hükmü, islâm hukukunun uygulanmasında örf ve âdetin yerini belirtmektedir İki, bu hususu geniş olarak yukarıda açıklamıştık.

III— BUGÜNKÜ ÖZEL HUKUK MEVZUATIMIZDA ÖRF VE ÂDETİN YERİ

A— Türk Borçlar Kanununda Ticari Hayata Uygulanabilen ve Örf ve Âdete Atıfta Bulunan Hükümler :

Yukarıda örf ve âdete ilişkin hükümlerini çok kısa olarak belirtmeye çalıştığımız *MECELLE*, yürürlük tarihi; 4 Ekim 1926 olan 864 sayılı «Kanun-u Medeni'nin Suret-i Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki Kanun» un 43. maddesi hükmü ile ilga edilmiştir. Bununla beraber örf ve âdet, Türk Medeni Hukuku içinde, bu kanuna kaynak olma niteliğini korumuştur. Medeni Kanunumuzun 1. maddesi hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan mes'elede Hâkimin, örf ve âdete göre karar vereceği hükmünü taşımaktadır. Türk Medeni Kanununun mütemmimi olduğu 544. maddesinde açıklanan Türk Borçlar Kanunu ile yine Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçası olduğu 1. maddesinde açıklanan Türk Ticaret Kanunu da örf ve âdete oldukça önemli bir yer ayırmıştır.

Türk Borçlar Kanununda pey akçesi (m.156); alım-satım aktünde alıcı ve satıcının borçluluklarının yerine getirilmesi (m.182); ölçme ve tartma ve nakil masraflarının kime ait olacağı (m.185, 186); satılan malın bedelinin ne zaman tahsil olunacağı (m.210); alıcı ve satıcı nezdinde muayenenin ne kadar zaman içinde yapılması gerektiği (m. 220, 221); kira bedellerinin ne zaman ödeneceği (257); kiralanan şeyin temizlenmesi ve islâh masrafları (m. 258); tarımsal kiralarda ufak tefek tamiratın nelerden ibaret olduğu (m. 279); hasılat kirasının feshini ihbar müddeti (m. 285); hayvan kirasında hayvanın haslâtının kime ait olacağı (m. 296); ödünç parada faiz miktarı (m. 308); iş sahibinin işçiye alet ve malzeme verip vermeyeceği (m. 356); eser sahibinin yayımlanan eserinden ne kadar nüshayı parasız alabileceği konularına ilişkin hükümler örf ve âdetle ilgili bulunmaktadır.

B— Türk Ticaret Kanununda Örf ve Âdete İlişkin Hükümler

6762 sayılı olup 29 Haziran 1956 tarihinde kabul, 9 Temmuz 1956 tarihinde yayınlanıp 1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanununun 1. maddesi, mahkemelerce verilecek kararlarda örf ve âdetin yerini, aynı kanunun 2. maddesi, örf ve âdetlerle teamüllerin diğer ölçüsünü ve uygulama alanlarını belirtmektedir.

a— Ticaret Kanunundaki Hükümlerin Uygulanmasında Gözetilecek Sıra ve Bu Sıra İçinde Örf ve Âdetin Yeri

Tüccarlar arasında bir hukuiki işlem yapılırken ilk önce uygulanacak olan Kanunun emredici hükümleridir.

Birinci sırayı oluşturan emredici hükümler, ya bir şeyin yerine getirilmesine ya da bir yasaklığa ilişkin olabilir. Taraflar Kanunun bu emredici hükümlerine kesinlikle uymak zorundadırlar.

Uygulamada **ikinci sırayı** sözleşme hükümleri kapsar. Taraflar arasında yapılacak ahdin mevzuu, Kanunun emredici bir hükmüne aykırı bulunmuyorsa taraflar karşılıklı irade beyanlarıyla mukavele şartlarını saptarlar. Bu suretle meydana gelen ve Kanuna aykırı bulunmayan mukavele hükümleri, her iki tarafı Kanunun emredici bir hükmü imişcesine bağlar.

Uygulamada **üçüncü sıradaki hükümler**, boşluk doldürücü hükümlerdir. Taraflar bu hükümlere uymak zorunda değildirler.

Dördüncü sıradaki hükümler, ticari örf ve âdetlere ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerin uygulanması koşullarını biraz aşağıda açıklayacağız.

Beşinci sıradaki hükümler, ticari bir iş hakkında ticari bir hüküm veya örf ve âdet olmaması halinde uygulanacak olan hukukun genel hükümleridir. Ticari olmayan bütün hükümler genel hükümlerdir (9).

Yukarıdaki sıralamaya göre ticari işlerde, ticari nitelikteki örf ve âdet hükümlerinin, emredici nitelikte olmayan genel kanun hükümlerinden önce yer aldığı görülmektedir (10).

b— Ticari Örf ve Âdetlerin Uygulanması

Türk Ticaret Kanununun 1. maddesinin İkinci Fıkrası hükmüne göre; hakkında kanunda ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde mahkeme, ticari örf ve âdete göre karar verir. Bu örf ve âdetlerin;

- 1) Uzun süreden beri uygulanmış olması
- 2) Uzun süreden beri yapılagelen bu tekrarlamaların, bir rastlantı sonucu meydana gelmemiş olması
- 3) Kamu vicdanında bu kuralara uyma zorunluğu bulunduğu duygusunun yerleşmiş olması,
gereklidir.

Bu üç şartın varlığı halindedir ki örf ve âdet bir hukuk kuralı olarak ve bir kanun hükmü imişcesine uygulanır. Burada, Kanun hükmü ile hukuk kuralı niteliğindeki örf ve âdet hükmü arasındaki (birinin yazılı, ötekinin yazısız olmasından başka), bir farktan söz edelim :

Kişilerin kanuna karşı tutumu genellikle korku yada kaçınma şeklinde görülür. Duygularla, Kanun hükümleri arasında, kişi bencilliği nedeniyle çok kez bir çatışma sözkonusu olur. Kanunun yasakladığı eylemi yapma isteği, ya da Kanunun yerine getirilmesini emrettiği şeyi yapmaktan kaçınma duygusu kişiyi kanuna karşı ters düşürebilir. Oysa örf ve âdetlere karşı böylesine bir çatışma yada ters düşme genellikle olmaz. Yani Kanunlara olduğu gibi örf ve

(9) Ord.-Prof.-Dr. Halil Arslanlı; Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 1960, 3.baskı.

(10) Prof. Dr. Oğuz İmregün. Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 1969.

âdetlere iç dünyamızla isyan etmeyi düşünmeyiz (11). Çünkü örf ve âdetleri yaratan toplumun bizzat kendisidir.

Kanun ile örf ve âdet arasında bir fark da şudur: Kanunları (kanun koyucu koyar, değiştirir, kaldırır. Örfleri ise toplumun kendi yaratır, kendi değiştirir, kendi kaldırır.

Yürürlük alanı açısından da kanun ile örf ve âdetler arasında bir fark daha vardır: Kanun hükmünün, memleketin her yerine yaygın bir alan içinde geçerliliği sözkonusu olduğu halde, kimi örf ve âdetler belli bir bölgenin sınırları içinde geçerli olabilmektedir. Örneğin Türk Ticaret Kanunundaki hükümler, istisnasız yurdun her yerinde geçerli olmasına rağmen, genel olanlar dışında kalan örf ve âdetler sınırı belli bir bölge, hatta bir ilçe sınırları içine girebilecek kadar daralmaktadır.

Ticaret Kanunumuzun 2. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, bir bölgeye veya bir ticaret şubesine mahsus olan ticari örf ve âdetler, genel örf ve âdetlere tercih olunmaktadır. Bu fıkra hükmü genel örf ve âdetleri bölgesel veya bir ticaret şubesine mahsus örf ve âdet karşısında ikinci plânda tutmaktadır. Bu durumda şu çok dikkate değer sonuç çıkmaktadır:

Bölgesel ticari örf ve âdetler, o örf ve âdetlerin yürürlükte olduğu coğrafi yerleşim yeri açısından adeta federal idare tarzındaki bir memleket eyaletinin kendine özgü hukuk kuralları gibi bağımsız durumda bulunmaktadır.

T.T.Kanununun 2. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, tacir sıfatına sahip olmayanlar hakkında, ticari örf ve âdet, ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.

C— Türk Ticaret Kanununa Göre Teamüllerin Hukuki Durumu

T.T.K'nun 2. maddesinin 1. fıkrası aynen şöyledir: «Kanunda aksine bir hüküm yoksa, teamül, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği tespit edildikçe hükme esas olmaz. Şu kadar ki irade beyanlarının tefsirinde teamüllerin dahi nazara alınması esası saklıdır.»

Bu fıkra hükmü açıkça teamüllerin, Hâkimin hüküm vermesine yeter derecede kuvvete sahip olmadığını belirtmektedir.

Bir teamülün hükme esas olabilmesi için şu iki şartın varlığı gereklidir:

1— Türk Ticaret Kanununun teamülli kapsayan herhangi bir maddesinde, o işe özgü teamülün hükme esas olabileceğine ilişkin bir hüküm varsa,

2— Bu işe özgü teamülün örf ve âdet olarak tespit edilmesi halinde.

Şimdi bu iki şartı kısaca açıklayalım:

1— Türk Ticaret Kanununun 1. ve 2. maddeleri dışında «örf» kavramı 95/2-nci; «âdet» kavramı da 57/10, 103B/1, 1950/1—2-nci maddelerinde geçmektedir. «Teamül» kavramı ise T.T.Kanununun 92, 101, 103, 104, 107, 108, 130,

(11) Dr. Cahit Tanyol; Örf ve âdetler sosyolojisi bakımından san'at ve Ahlâk; İstanbul Üniv. Edebiyat Fak. Yayını, No: 577.

Ayrıca Bak. Durkheim; Division du travail social; sh. 392.

623/2, 714/2, 779, 1021, 1031, 1053, 1055/son, 1134/2, 1138/1, 1147, 1155, 1184, 1197, 1282, 1383/3, 1443/4, 1453-ncü maddelerinde olmak üzere yirmi dört maddede geçmektedir. Bu maddelerin kimisinde, hükme esas alınabileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Örneğin T.T.K-nun 104, 109, 623. maddelerinde olduğu gibi.

Bir teamülün hükme esas olabileceği hususu kanunda bir hükme bağlanmamış olmasına rağmen teamüller akit yapan tarafların irade beyanlarının tefsirinde hükme esas olur. Şöyle ki, yapılmış bir ticari muamelede tarafların müşterek maksatlarının ne olduğu anlaşılamiyorsa bu maksadı Hâkim bu husustaki ticari teamüle göre belirtir.

Bir örnekle durumu açıklayalım: Halat, ip ve buna benzer malların toptan satışında metre veya kilo esaslarından hangisinin geçerli olduğu hususu, tarafların yaptıkları sözleşmedeki açık irade beyanlarından anlaşılamiyorsa, bu anlaşmazlık, bu husustaki teamül ile halledilir. Nitekim İstanbul Ticaret Odası yaptığı tespit ile İstanbul'da ip ve halat satışlarının kilo esasından üzerinden yapılmasının teamülden olduğunu belirtmiştir. Aynı Ticaret Odası, beyaz peyminirin toptan satışında kilo esasından değil tenekeli satışın teamülden olduğunu tespit etmiştir.

2— Bir işe özgü ticari teamülün, örf ve âdet olarak nasıl ve hangi örgüt tarafından saptanacağı hususuna gelince: Genel örf ve âdetler yurdun her yanına yaygın, yazılı olmayan ve kanun hükmü bulunmayan hallerde uygulanan ve herkes için uyulması zorunlu olan kurallar olması itibariyle bu kuraların herkesçe bulunduğu farz olunur.

Bölgesel yada ticari örf âdetlerin, belli bir bölge halkı veya ticaret erbabı tarafından bilindiği kabul edilir. Taraflar arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde örf ve âdet ya da teamül bir rol oynayacaksa, mahkemece bunun araştırılması ve saptanması gerekir. Ticari örf ve âdetlerle ticari teamüller yazılı olmadıkları için bunların tespit edilip deftere kaydetme görevi 5590 sayılı «Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği» kanununun 5. maddesinin «g» bendi ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları ve Sanayi Odalarına verilmiştir. Bu madde hükmüne göre, yukarıda adı geçen kuruluşlar, bölgeleri içindeki ticari örf ve âdetlerle teamülleri tespit etmekle görevlidirler. Aynı kanunun «meclis»lerin görevlerini belirten 17. maddesinin «d» bendinde ise, odalar meclislerine, bölgeleri içindeki ticari ve sınaî örf ve âdetler ile teamülleri tespit etmekle yükümlü kılınmıştır.

3/13070 sayılı «Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Tüzüğü» de adı geçen kuruluşlara, gerek örf ve teamüllerin tespiti, gerek bunların kayda geçirilip defterlerinin tutulması için önemli görevler yüklemektedir.

Yukarıda sözü edilen Tüzüğün 9. maddesine göre Odalar, ticari örf ve âdetlerle teamüllerin defterlerini tutmak zorundadırlar. Bu defterlerin sahifelerinin numaralanmış olması, ilk ve son sahifeleinin Yönetim Kurulu Başkanı ile Genel Sekreter tarafından imzalanmış olması da belirtilen hükümler arasındadır. Aynı Tüzüğün 19/1. maddesine göre de, Odalar ve Borsalar gerektiğinde ilgililerin veya resmi makamların isteği üzerine ticari ve sınai teamüller hakkında belgeler vermekle yükümlüdürler.

5590 sayılı Kanun, bu kanunda sözü geçen kuurluğlara örf ve âdetlerin tespiti hususunda çok önemli bir görev yüklemiştir. Bir Ticaret Odası kendi bölgesinin ticari örf ve âdetini tespit ve tescil ederken adeta bir Kanun hükmü getirmektedir. Bu derece önemli bir görev yerine getirilirken çok dikkatli davranmak gerekir. Hatta bir kanun hükmü yürürlüğünü sürdürürken, yeni bir örf ve âdet meydana gelirse, bu örf ve âdet hukukunun sonradan meydana gelişi nedeniyle kanun hükmünün önüne geçeceğinin düşünülebileceği görüşünde olanlar vardır (12). Böyle bir düşünce tarzı, örf ve âdet hukukunun önemini artırır da Kanun hükümlerinin uygulanması açısından sakıncalıdır. Zira böyle bir görüş, yürürlükte olan bir kanun hükmünü ikinci plâna itecek ve bu kanun hükmü yerine örf ve âdet hukuku uygulanacaktır. Bizim görüşümüze göre örf ve âdetler ne zaman teessüs etmiş olursa olsun, uygulamada onun yeri daima Kanundan sonra olmalı ve kanunun örf ve âdete üstünlüğü prensibi hiç bir zaman zedelenmemelidir.

Yukarıda, Ticaret ve Sanayi Odalarının ticari meselelerde bir hukuk kaynağı olan örf ve âdetleri tespit ederken çok dikkat etmelerine değindik. Ticaret ve Sanayi Odaları aynı zamanda örf ve âdetleri tespit etme hususunda fazla ihmalkâr da davranmamalıdır. Yurdumuzun ticari hayatının ağırlık merkezi olma vasfına sahip olan İstanbul gibi önemli bir vilâyetin Ticaret Odasının bugüne kadar sadece ve sadece üç konu hakkında örf ve âdet tespiti yapması, bu hususta gösterilen ihmalin ya da çekingenliğin açık bir örneğini teşkil eder.

Örf, kuşkusuz ahlâkın kendisi değildir ve olamaz. Bununla beraber örf'e bilerek aykırı bir davranışta bulunmak, her zaman ahlâk kurallarına da aykırı bir davranış sayılmıştır. Bu itibarla ki bir memleketin örflerinin tespiti, milli ahlâk anlayışımızın da tespiti olacaktır. Ticaret ve Sanayi Odaları bu bakımdan milli tarihimize karşı da bir sorumluluk altındadır.

Dileğimiz odur ki Ticaret ve Sanayi Odaları böylesine bir sorumluluğun bilinci ile Türk ticaret örf ve âdetinin ve dolayısıyla Türk ticari ahlâkının bugünkü durumunu yüzyıllar ötesinin tüccarlarına, insanlarına iletmekte azami titizliği gösterebilirler.

(12) Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı; Kara Ticaret Hukuku Dersleri; Umumi Hükümler; 3. baskı; sh. 29; 1960.