

Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler*

Some Evaluations on Commercial Customs as a Source of Commercial Law

Muhammed SULU**

ÖZ

Hitap ettiği kişi topluluğunun müşterek vicdanına bir hukuk kuralı gibi yerleşecek kadar uzun süreden beri uygulanagelen kaideler olan örf ve adet kurallarının, zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırılan hükümlerin kaynağı oldukları düşünüldüğünde ne denli büyük öneme sahip oldukları anlaşılabilir. Buna mukabil örf ve adetin günümüz uygulamasında sahip olması gereken yerden çok geride olduğu, ifade yerinde ise uygulamacılar tarafından unutulduğu ve bu durumun da pek çok soruna sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu itibarla ticari örf ve adetin teorik ve pratik bakımdan yeniden değerlendirilmesi çalışmanın dayanak noktasını teşkil etmektedir. Ticari örf ve adetlerin tespit edilip ilan edilmesi görevi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesi ile ticaret odalarına ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 50. maddesi ile Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'na verilmiştir. Çalışmada ticari örf ve adetin unsurları, önemi, amacı ve işlevi irdelenirken Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hükümlerinden, güncel mukayeseli hukuktan ve uygulama örneklerinden faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk kaynağı, örf, adet, ticari hükümler, ticari örf ve adet

ABSTRACT

Considering that the rules of customs and usages, which have been applied for a long time to settle into the common conscience of the people they address as a rule of law, are the sources of the provisions codified and enacted in time, it can be understood how important they are. On the other hand, it is seen that the customs and usages are far behind where they should be in today's practice, and they are forgotten by the practitioners, and this situation causes many problems. In this

* Makale Gönderim Tarihi: 15.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2022, Muhammed Sulu, "Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022; s. 217-241; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.08>

** Dr. Öğr. Üye., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, msulu@29mayis.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9634-2272>

respect, the theoretical and practical re-evaluation of commercial customs is the mainstay of the study. The duty of determining and declaring commercial customs and usages has been given to the chambers of commerce in accordance with the Article 12 of the Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey and the Law on Chambers and Commodity Exchanges, and to the Ministry of Justice Education Department with the Article 50 article of the Presidential Decree No. 1 on the Presidential Organization. In the study, while examining the elements, importance, purpose and function of commercial customs, the provisions of Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, current comparative law and application examples will be used.

Keywords: The source of law, custom, usage, commercial provisions, commercial customs and usages

Giriş

Hemen her işin, piyasanın ve kurumun birbirleri ve bağluları ile ilgili olan ilişkilerini düzenleyen yazılı-yazısız kuralları mevcuttur. Ticaret hayatını da bu durumdan bağımsız düşünmek mümkün değildir. Ne var ki, ticaret hayatının kurallarına yalnızca ilişkilerin daha nazik, kolay ve menfaat temin edici olması amacıyla değil, ticari örf ve adete Ticaret Kanunu'nun bağladığı sonuçlar sebebiyle de uyulur. Hukuki bir yargının gerekçelendirilmesi için kullanılan her şey hukukun kaynağıdır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde örf ve adet hukuku, yazılı olmayan bağlayıcı hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesine göre, hakim, hukuki uyumsuzluğu çözerken kullanacağı hükmü mevzuatta (yazılı ve bağlayıcı hukuk kaynağında) bulamaz ise örf ve adet hukukuna bakmak zorundadır. Örf ve adet kuralları, genel bir söyleyiş ile; uzun süreden beri uygulanagelen ve böylece ilgili somut uyumsuzlukta uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanışın kişilerde yerleştiği davranış kaideleridir. Tarihsel süreçteki neredeyse tüm hukuk kurallarının örf ve adetlerden türediği, bunların zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırıldığı dikkate alındığında örf ve adetin ne denli büyük önemi haiz olduğu anlaşılabilir. Nitekim topraklarımızda kodifiye edilip pek çok ülke hukukunu yüzyıllar boyunca etkileyen Corpus Iuris Civilis ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, kendi zamanlarına kadarki örf ve adet kurallarının bir nevi derlenmesinden oluşmuşlardır.

Türk Medeni Kanunu'nun *ayrılmaz bir parçası* olan Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret hayatının gereklerine uygun özel, teknik bilgi ve usullerden dolayı TMK'dan farklılaşan bazı düzenlemeler mevcuttur. Örf ve adet hukukunun normlar hiyerarşisindeki yeri de bunlardan biridir. TTK m. 1/2'ye göre, örf ve adet kuralları, ticari bir uyumsuzluğa genel hükümlerden (TBK, TMK vb.)

önce uygulanır. Objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adet kurallarının hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Bu denli büyük önemi haiz olan ticari örf ve adetin günümüzde uygulamacılar tarafından ihmal edilmesi, ticaret mahkemelerimizin ticari örf ve adet kuralı incelemesinden önce genel hükümlere göre kararlar vermesi, ticaret hukukunun önemli bir kaynağı olarak ticari örf ve adeti gündeme almayı elzem kılmaktadır.

Ticari örf ve adetlerin tespit edilip somut uyuşmazlıklara uygulanması da önemli bir meseledir. Kanun koyucu, bu kuralların tespit edilip ilan edilmesi görevini, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesi ile ticaret odalarına vermiştir. Ne var ki, ticaret odalarının da kanun ile kendilerine yüklenmiş bu görevi yerine getirip getirmediikleri hususunda soru işaretleri mevcuttur. Ayrıca yakın dönemde Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi'ne geçilmesinden sonra, 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 50. maddesi ile Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı da bu görev ile yetkilendirilmiştir.

Günümüzde mahkemelerin iş yoğunluğu başta olmak üzere çeşitli sebeplerle yargılamalarda ihmal edilen ticari örf ve adetin teorik ve pratik anlamda yeniden değerlendirilmesi, çalışmanın dayanak noktasını teşkil etmektedir. Bu bakımdan, ticari örf ve adetin unsurları, önemi, amacı ve işlevi eleştirel bir bakış açısıyla yeniden incelenirken Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hükümlerinden, karşılaştırmalı hukuktan ve yargı kararlarından faydalanılacaktır.

I. Genel Olarak Hukukun Kaynakları

Hukuki yargıların gerekçelendirilmesinde kullanılan her şeye hukuk kaynağı denir¹. Bu bağlamda “yazılı hukuk” olarak adlandırılabilir bazı hukuk kuralları yetkili kamu kurumları tarafından konulurken, bazı hukuk kuralları da içtihat hukuku olarak hakimlerin verdikleri kararlarla şekillenir. Bunların dışındaki hukuk kaynaklarından bazıları hukuk kurallarını eleştiren, geliştiren hukukçu bilim adamlarının yazdıkları bilimsel eserlerle yani doktrin ile şekillenirken, nihai olarak çalışmanın konusu bakımından birtakım hukuk kurallarının gelenek ve göreneklerden ortaya çıktığı, yazısız oldukları ve örf-adet hukuku kuralları olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Örf-adet huku-

1 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 16. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 166 vd; Muhammet Özkes, *Temel Hukuk Bilgisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 67 vd; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 35 vd..

ku kuralları; gelenek hukuku², teamül hukuku³, töre hukuku⁴ veya yapılageliş hukuku⁵ gibi isimler ile de adlandırılmaktadır. Dolayısıyla kıta Avrupası hukuk sisteminde; gelenek hukuku, yazılı hukuk, içtihat hukuku ve öğreti olmak üzere dört temel hukuk kaynağının bulunduğu bahsedilebilir. Bu hukuk kaynaklarından yazılı hukuk, yani mevzuat ifade yerinde ise yukarıdan aşağıya, devletten vatandaşa dayatılırken; yazılı olmayan gelenek hukuku aşağıdan yukarıya vatandaştan devlete doğru kendisini kabul ettirmekte ve devletin de ilgili örfü meşru kabul etmesi ile bir hukuk kaynağı mertebesine ulaşmaktadır⁶. Bunlardan içtihat ve öğretiye dayanılmadan verilecek mahkeme kararları hukuken sakat olmazlar. Başka bir deyişle, içtihat veya öğretiye uymamak, ilgili kararın bir üst mahkeme tarafından bozulması için yeterli sebep değildir. Buna mukabil, örf ve adet hukukuna veya yürürlükteki yazılı hukuka uyulmadan verilen kararlar hukuken sakat olacaklarından dolayı üst mahkemeler tarafından bozulabilirler.

Sosyal davranışların tekdüze ve kesintisiz bir şekilde süregelmesi, yaşayan herhangi bir kimsenin o davranışların aksinin yapıldığına şahit olmaması halinde söz konusu davranışların bir hukuk kuralına vücut vermesi mümkün olmaz. Zira bir sosyal davranış kaidesinin ihlali halinde hukuk düzeninin bu aykırılığa nasıl bir karşılık vereceğinin bilinmesi lazımdır⁷. Başka bir deyişle, basit bir akıl yürütmesi ile, kuralların tamamına uyulduğu bir toplumda herhangi bir kuraldan bahsedilemez⁸.

II. Ticaret Hukukunun Temel Kaynakları

Ticaret hayatının gereklerine uygun özel ve teknik bilgiler mucibince ticari faaliyetlerden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hükümler, genel hükümlerden ayrı olarak TTK'nın 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre TTK'da düzenlenen hükümler ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer ka-

2 Aydın Aybay; Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 123 vd..

3 Selahattin Sulhi Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992; Jale G. Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 80; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 104 vd..

4 Rona Serozan, *Medeni Hukuk*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 104 vd..

5 Pazarcı, s. 104 vd..

6 Serozan, s. 105.

7 Munroe Smith, "Customary Law I", *Political Science Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1903, s. 274-275.

8 Bu duruma ilişkin olarak hukukun paradokslar üzerinde temellenen bir sistem olduğu yönünde bkz. Gökçe Çataloluk, *Bir Hukuk Paradoksu Olarak Güven*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 122-123.

nunlarda yazılı özel hükümler ticari hükümler olarak kabul edilmektedir. Yine Ticaret Kanunumuzun ilk maddesi, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, hakim ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar vereceğini belirtmektedir. Tüm bu bilgiler çerçevesinde bir ticari uyumsuzluğa sırası ile uygulanacak hukuk kaynakları şu şekildedir⁹: Öncelikle somut bir ticari uyumsuzluğa hangi kanunda yer alırsa alsın, kanunun emredici hükümleri (âmir kaideler, “*jus cogens*”) uygulanır. Daha sonra taraflar arasında kararlaştırılmış ve hukuken muteber kabul edilen sözleşme hükümleri ve akabinde emredici olmayan tamamlayıcı (ihtiyari) veya yorumlayıcı (tefsir edici) diye tabir edilen yedek ticari hükümler ticari uyumsuzluğun çözümünde hukuki dayanak olarak kullanılır. Somut ticari uyumsuzluğa uygulanacak yedek ticari hükümler Ticaret Kanununda olabileceği gibi, kuşkusuz Faiz Kanunu, Çek Kanunu gibi diğer ticari mevzuatta da bulunabilirler. Bunlardan sonra ise dördüncü sırada, bu çalışmanın da konusunu oluşturan ticari örf ve adet, ondan sonra ise Medeni Kanunumuzun 1. maddesinde sayılan genel hükümler, yani; diğer kanunların emredici olmayan hükümleri, adi örf ve adet hukuku kuralları ile son olarak hakim kendisi kanun koyucu olsaydı vazedeceği kurala göre bir ticari uyumsuzluk çözümlenecektir. Bu sıralamaya uyulmadan karar verilmesi, yani bir üst norm mevcut iken bu normu görmezden gelip ona aykırı alttaki norma göre somut olayın çözümlenmesi, kararın bozulmasını gerekli kılar¹⁰.

Konumuz bakımından bir örf ve adetin hukuk kaynağı olarak kabul edilmesi için de üst normun örf ve adeti “hukuk yaratıcı olay” veya başka bir ifade ile hukuk kaynağı olarak kabul etmesi gerekmektedir¹¹. Roma ve Kilise hukuku dönemlerinde ise örf ve adetlerin kanunu değiştirebilme kuvvetinin olduğu

9 Hüseyin Ülgen; Mehmet Helvacı; Arslan Kaya; Füsun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 117 vd.; Rıza Ayhan; Hayrettin Çağlar; Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 62 vd.; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 99 vd.; Reha Poroy; Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 122 vd..

10 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasındaki, SerPK’ya dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını belirten düzenleme, bu durumun istinası olarak örnek gösterilebilir. SerPK ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri temellerinde yükselen özel ve teknik bir alan olan Sermaye Piyasası Hukuku bağlamında genel prensipten ayrılmak makul karşılanabilir. Bununla birlikte uygulamadaki bazı problemler için bkz. Mehmet Bahtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 17. Yine normlar hiyerarşisinden farklılık gösteren bir diğer düzenleme, sigorta sözleşmeleri hakkında TTK’da hüküm bulunmayan haller bakımından doğrudan Türk Borçlar Kanunu’nun uygulanacağını işaret eden TTK’nın 1451. maddesidir.

11 Bkz. Kemal Gözler, “Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir mi?”, *Türkiye Günlüğü*, S. 56, Yaz 1999, s. 43. (Teamül)

kabul edilmekteydi¹². Osmanlı İmparatorluğu'nun son döneminde kabul edilen Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 45. maddesindeki "Örf ile tayin nass ile tayin gibidir." hükmü de Osmanlı hukukunda örfün gücünü göstermektedir. Bunun yanında Osmanlı döneminde örf ve adetler, hazırlanan kanunnamelerin temelini oluşturmuşlardır¹³.

III. Genel Olarak Örf ve Adet

Ticari örf ve adetin ne ifade ettiğini belirlerken örf ve adet terimlerinin kelime anlamları üzerinde durmak faydalı olacaktır. Örf, Arapça "urf" kökünden gelmekte ve "iyi olan, yadırganmayan, bilinen, tanınan, peşpeşe gelen" veya "aklı selimin iyi gördüğü şey"¹⁴ gibi anlamlara gelmektedir. Günlük dilde sıklıkla kullanılan "arif, maruf" gibi sözcükler de bu kökten türemiştir. Adet ise yine Arapça "avd" kökünden türemiş ve "özel bir çaba harcamaksızın bir işi alışkanlık haline gelinceye kadar tekrar etmek" anlamına gelmektedir¹⁵. Dolayısıyla örf ifadesi, iyi bir alışkanlık, töre, gelenek görenek¹⁶ kavramlarını işaret ederken, adet ise örfün aksine olumsuz gelenekleri de niteleyebilir¹⁷. Buna mukabil hukuki anlamda örf ve adet kelimeleri aynı manayı işaret etmektedir¹⁸. Keza geçmişte de örf ve adet terimlerinin hukuki anlamda aynı manayı belirttiklerini Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 36. maddesi şu şekilde göstermektedir: "Adet muhakkemdir. Yani hükmü şeriyi ispat için örf ve adet hakem kılınır."¹⁹.

12 Şevket Memedali Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri I*, 3. Bası, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s. 66.

13 M. Âkif Aydın, *Osmanlı Hukuku*, İSAM Yayınları, Ankara, 2020, s. 62.

14 Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948, s. 95.

15 İbrahim Kâfi Dönmez, "Örf", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 34, İstanbul, 2007, s. 87; Melikşah Yasin, "Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 2, Yıl 2012, s. 29-30.

16 Örf ve adet kurallarının görgü kuralları olarak kullanıldığı bir inceleme için bkz. Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1937, s. 42-43. "Medeni camialarda en az kuvvet ve ehemmyeti haiz olan içtmai kaideler Yusun (örf ve adet) kaideleridir. Burada yusun tabiriyle kastettiğimiz kaideler, muaşeret ve nezaket kaideleriyle umum bayram, düğün, doğum ve ölüm gibi hadiseler münasebetiyle yapılan merasimlerde riayet olunması lazım sayılan kaidelerdir. Bu yusunlardan bazılarının camianın yaşaması ile uzaktan alakası olabilir. Diğerleri ise ancak hayatı süsleme kaidelerinden ibarettir... Örf ve adetlerden inhıraf çok garip bir şekil aldığı zaman, ihlal eden gülünç olur, onu istihfaf ederler. Fakat örf ve adetleri ihlal eden adama karşı camianın aksülameli hiçbir zaman nefret, husumet derecesine varmaz. Daima o gibi adamı cezalandırmak ihtiyacını da duymaz."

17 "Örf" ve "adet" kavramlarının farklı anlamları ve İslam hukukundaki yeri hakkında bkz. İsmail Hakkı İzmirli, "Örfün İslam Hukukundaki Yeri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 5, Yıl 2005, s. 207 vd..

18 Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 124.

19 İslam hukukunda örf ve adetin bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Mehmet Şener, *İslam Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir, 1987, s. 118 vd..

İnsanoğlunun yeryüzünde tecrübe ettiği ilk şeyler, hayatta kalmak ve mümkün olduğunca rahat içinde yaşamak için gerekenlerdi. Bu hedefin peşinde olan pek çok kişi neyin en iyi ve en verimli biçimde gerçekleştiğini tecrübe etti ve her biri diğerinin tecrübesinden faydalandı. Dolayısıyla bir müddet sonra neyin en iyi ve verimli olduğu yönündeki fikirler örtüştü. Nihai kertede ise herkes aynı amaç için aynı usulü benimsedi ve çeşitli yapılageliş biçimleri geleneklere, örflere dönüştü²⁰. Modern hayattaki en değerli şeyin zaman ve zamandan tasarruf etmenin en kolay yolunun da tecrübelerden faydalanmak olduğu göz önünde bulundurulduğunda örf ve adetin önemi daha kolay anlaşılabilir²¹. Örf ve adetler, belirli kişilerden oluşan kanun koyucu eli ile değil, bizatihi hayatın kendisi tarafından üretilen hukuk prensipleri olmalarından dolayı, diğer bazı hukuk kuralları cebri icra tehditleri ile varlıklarını sürdürürken örfler, ilgili kişi grupları bakımından zaten avantajlı olduğundan dolayı gönüllülük esası ile var olur²². Hobbes da bundan yüz yıllar önce, akla ve mantığa uygun olan örflerin dikkate alınması gerektiğini, hangi örflerin akla uygun olduğuna ise kanun koyucu olan meclisin veya hükümdarın karar verebileceğini belirtmiştir²³.

Genel itibarıyla, uzun zamandan beri uygulanagelen ve bunun sonucunda ilgili somut uyumsuzlukta uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanışın yerleşmiş olduğu davranış kurallarına örf ve adet kuralı denir²⁴. Uzun zamandan beri uygulanagelme (süreklilik) ve ilgili kurala uyma zorunluluğu hissine (*Opinio necessitatis*) devlet desteğinin de eklenmesi ile örf ve adet hukuku kuralı tecessüm eder. Hukuk kaynağı gücündeki örf ve adetin üçüncü unsuru olan devlet desteği, örf ve adeti teamülden ayırır. Başka bir deyişle,

20 İlk toplumlarda örf ve adet hukukunun gelişimi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Viktor V. Boçarov, *Hukuk Antropolojisi*, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, 2020, s. 19 vd..

21 “Hukuk”un insanların onu üretip değiştirmesinden önce de var olduğuna dair bkz. Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, 3. Bası, Londra, 1982, s. 73.

22 Gerald J. Postema, “Custom, Normative Practice, And The Law”, *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 3, 2012, s. 709.

23 Thomas Hobbes, *Leviathan*, 6. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 191. Hobbes, örf ve adeti; doğal hukuka aykırı olmadıkları sürece ve imparatorun zımni onayı ile, kanun hükmünde olup yasalara benzeyen toplum kanunları olarak tanımlamaktadır. Bkz. Hobbes, s. 202.

24 Gözler, s. 57; Özekes, s. 77; Gökhan O. Antalya, *Hukuk Metodolojisi II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 282 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 84; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 110.

teamül²⁵, hukuki unsurdan (devlet desteğinden) yoksun alışkanlıklardır²⁶. Mevzuatımızdaki “işlerin olağan akışına göre”, “işin özelliğine göre” gibi ifadeler, ilgili somut olaylarda taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde genel teamülün geçerli olacağına işaret etmektedir. Kanaatimizce devlet desteği unsurunu, ilgili kuralın daha önce devlet tarafından yaptırma bağlanmış olması veya mahkemelerce uygulanması şeklinde değerlendirmemek gerekir. Bu unsur, ilgili örf ve adetin, genel hukuk prensiplerine uygun olup olmadığı hususunda belirleyici rol oynar. Yoksa henüz mahkemelerdeki somut uyuşmazlıklara yansımamış örf ve adetler de pekala mevcut olabilir²⁷. Nitekim 2001 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, devlet müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adet hukuku kurallarının da hakim tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁸. Yine bu noktada örf ve adet hukuku kuralına ilişkin uzun zaman (süreklilik) unsuru üzerinde durmakta fayda vardır. Mecelle’nin 166. maddesindeki “Kadim odur ki evvelini bilir kimse olmaya.” kaidesi dikkate alındığında örf ve adet kuralının çok uzun zamanlarda olduğu akla gelebilir. Oysaki ticaret hukukunu diğer hukuk disiplinlerinden ayıran en önemli özellikler; ticaret hayatının gerektirdiği hızlilik, kolaylık ve güvenlik ihtiyaçlarıdır. O halde hızlılığın bu kadar önemli olduğu bir alanda çok uzun sürede oluşan ve çok yavaş değişen örf ve adetin yerinin olmaması gerekirdi. Fakat bilakis ticari işlerde örf ve adete yüklenilen rol daha büyüktür. Dolayısıyla uzun süre unsurunun; çevreye, ilgili döneme, hayatın akış hızına, ilgili somut olayların sık veya seyrek olarak ortaya çıkışına göre değişkenlik gösterebileceğini belirtmemiz gerekir. Burada önemli olan, herhangi bir örf ve

25 TTK m. 2/1’e göre, “Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.” Nitekim 1956 tarihli Ticaret Kanununun ilgili madde gerekçesine göre, *teamülün objektif hukuk kaidesi seviyesine yükselebilmesi, buna riayetin kanun gibi mecburi olduğu hususundaki inancın tahakkük etmesiyle olur.* Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 157. maddesinde de sözleşmelerin, iyi niyet doğrultusunda teamülün dikkate alınarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD E. 1989/8848 K. 1991/875 T. 12.2.1991 (<http://www.kazanci.com.tr>)(Erişim Tarihi 04.10.2021): “Ticari ilişki ve akitlerin taraflar arasındaki mevcudiyeti yazılı delille ispat edilmek gerekir. Ancak T.T.K.nun 2/II maddesi hükmünce bir bölgede veya bir ticaret şubesinde akitlerin şifahen yapılabileceği yolunda ticari örf ve adet mevcut ise, aktin mevcudiyeti belgeler başka delillerle de ispat edilebilir.”

26 Birçokları yerine bkz. Charles Szladits, *Guide to Foreign Leg Materials: French, German, Swiss*, Oceana Publications, New York, 1959, s. 135.

27 Gözübüyük’e göre “devlet desteği” genellikle kanunlardaki göndermelerle sağlanmaktadır. Bkz. A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 58.

28 “...Davaya bakan mahkemenin kanun boşluklarını doldururken Devlet Müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adeti, bir başka deyişle Örf ve Adet Hukukunu göz önünde tutabilir...” Yargıtay HGK. E. 2001/7-182, K. 2001/242, T. 14.03.2001. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)(Erişim Tarihi 04.05.2021).

adet kuralının ilgililerin şuuruna yerleşmesi için sürenin yeterli olmasıdır. Bu süre bazen yüz sene, bazen de on sene olabilir²⁹. Örfler; kamuya mâl olmaları, uzun süreli olmaları, somut ve içsel olarak birbirlerine bağlı olmaları sebebiyle sıradan alışkanlıklardan ayrılırlar³⁰. Bununla birlikte örf ve adetler de sonsuza kadar varlıklarını sürdüremezler. Açık veya örtülü bir şekilde ortadan kaldırılabilirler³¹. Fakat, bir örf ve adet kuralının yürürlükten kalkması ile yargıçların yürürlükteki örfü tespit etmek adına yapmaları gereken incelemeyi yapmaması arasındaki farkı önemle belirtmek gerekir.

Bir örf ve adet hukuku kuralının hitap ettiği kişilerin şuuruna yerleşmesinden, yani *opinio necessitatis* unsurunun varlığından bahsedebilmek için kişilerin, örf ve adeti oluşturan eylemi veya eylemsizliği gerçekleştirirken bir görevi veya hakkı ifa ettiklerine inanmaları gerekmektedir. Bununla birlikte eylemin veya eylemsizliğin bir yasal norma dayandığına inanmaları şart değildir³². *Opinio necessitatis*in varlığı birkaç şekilde anlaşılabilir: Kanun hükümleri ilgili örf ve adet kuralına atıf yapabilir, belirli yönde müstakar yargı kararları oluşabilir veya bilimsel eserlerde ilgili örf ve adet kuralları hakim görüş olarak ortaya çıkabilir³³. Nihai olarak bir yargılamada ise hakim örf ve adetin tespitini fiilen kendisi yapamayacağından, teknik ve özel bilgi gerektiren bu hususun tespiti için yetkili mercilere başvuracaktır. Bu sorgulama; ticaret ve sanayi odalarından, deniz ticaret odalarından, Borsa İstanbul gibi borsalardan, Bankalar Birliği gibi kuruluşlardan veya herhangi bir meslek sahibi bilirkişiden yapılabilir³⁴.

29 Antalya, s. 282.

30 Postema, s. 726.

31 Postema, s. 726-727.

32 Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952, s. 307.

33 Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 100; Antalya s. 283.

34 "...Somut olayda, mahkemece, zeytinyağının satıcıya teslimi konusunda yöresel örf ve âdet araştırması yeterli değildir. Zira; tek bir kooperatiften uygulama sorulup, tanıklar dinlenmiştir. Bu itibarla, mahkemece, kooperatife emanet makbuzları ile teslim edilen zeytinyağından sonra, satıcıya ihtiyacı nedeniyle teslim edilen zeytinyağı için belge düzenlenip düzenlenmediği, emanet makbuzundan teslim edilen miktarın indirilip indirilmediği hususunun öncelikle, Torbalı Ticaret Odasından sorulmak ve gerektiğinde bu hususta yerel bilirkişi mütalâasına başvurmak ve böyle bir örf ve âdetin mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde, mevcut tanık ifadeleri değerlendirilmek ve yeminin de, yemin teklif edildiği zamanki kooperatif temsilcisine yaptırılmak suretiyle sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir...." Yargıtay 11. HD., E. 2003/11, K. 2003/5784, T. 02.06.2003. (www.lexpera.com.tr)(Erişim Tarihi 04.010.2021).

Örf ve adet hakkında; ticari örf ve adet-adi (alelade) örf ve adet, genel (umumi) örf ve adet-yerel³⁵ (bölgesel) örf ve adet³⁶ gibi ayrımlar yapılmaktadır. Ticaret Kanunumuzun 2. maddesinin 3. fıkrası da bir bölgeye³⁷ veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve adetlerin genel olanlara üstün tutulacağını, şayet taraflar aynı bölgede değilse ve aksi de kararlaştırılmamışsa ifa yerindeki ticari örf ve adetin uygulanacağını vurgulamaktadır. İlgili bölgenin çoğunluğunun belli yöndeki alışkanlığı takip etmesi ile yerel adet meydana gelir ve mahkemelerce kendisine devamlı olarak hukuk kaynağı olarak başvurulması halinde alışkanlık güçlü bir örf olarak tecessüm eder³⁸.

Kanun olmaksızın bir suç ve ceza belirlenemeyeceği, veya vergi ihdas edilemeyeceği hakikatleri göz önünde bulundurulduğunda klasik anlayışa göre, ceza ve vergi hukuku gibi kamu hukuku disiplinlerinde örf ve adet kural olarak bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmez³⁹. Buna karşılık, örneğin Ceza Kanunundaki hükümlerin yorumlanmasında örf ve adete –kuşkusuz hukuka aykırı bir yoruma izin vermeden– başvurmak kaçınılmazdır⁴⁰. Örf ve adet pek çok ceza normundaki davranışların anlamını, kapsamını ve sınırlarını belirler⁴¹. Keza Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu’nun vergiden istisna tutulan intikallerin belirtildiği 4. maddesindeki örf ve adete yapılan gönderme, örf ve adetin öneminin özel hukuka münhasır olmadığını göstermektedir. Bahsi geçen ve uygulaması da sık olan hükme göre, gayrimenkuller hariç olmak üzere, örf ve adete göre verilmesi mutlak bulunan hediye, cihaz, yüzgörümlüğü ve drahomalar veraset ve intikal vergisinden muaftır. Bu hükmün yorumlanıp uygulanmasında örf ve adete bir hukuk kaynağı olarak başvurulması şarttır.

35 Mevzuatımızda yerel örf ve adetlere yapılan göndermeler için bkz. TMK m. 650, m. 653, m. 684, m. 815 ve TBK m. 357.

36 Mecelle m. 36: “Âdet muhakkemdir. Yani hükm-i şer’iyi ispat için örf ve adet hakem kılınır. Gerek âmm olsun ve gerek hâs olsun.”

37 Yerel örf ve adet ile ilgili bir çalışma için bkz. Tevhit Kahraman, “Erzincan İli ve Yakın Çevresinde Uygulanan Ticari Örf - Adet ve Teamüller”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s. 92-102.

38 Szladits, s. 134.

39 Kamu hukukunda örf ve adetin rolü ve önemi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yasemin Işıқтаç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, 4 Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 59 vd..

40 Bkz. Işıқтаç s. 61 vd.; Salih Özkan, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 214 vd.; Abdullah Batuhan Baytaş, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 124 vd..

41 Hüsamettin Uğur, “Kanunların Ruhu veya Ruhunu Arayan Kanunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 17, Ocak 2008, s. 161.

IV. Ticari Örf ve Adetin Önemi

Ticari iş ile iştigal edenlerin zihninde o yönde bir hukuk kuralı mevcutmuş gibi sürekli olarak gerçekleştirilen ticari alışkanlıklar, ticari örf ve adet olarak tanımlanabilir. Alışkanlıklar, kişilerin hayatını kolaylaştırarak onları her durumda yeniden tercih yapmak külfetinden kurtarır⁴². Hirsch'e göre, "Ticarî örf ve teamül, fiilî bir ticarî itiyattır ki ya mahdud ve şahsan muayyen bir zümre ve muhitteki ticaret münasebetlerinden doğar veyahutta umumî bir şekilde meydana gelir ve ait olduğu ticarî muamelâtta kendisile amel olunur."⁴³ Yine Hirsch'e göre, Roma hukukundan bu yana ticari örf ve adet hukuku, sistemli bir tasnif ve bilimsel eserler sayesinde kanunlaştırılmışlardır⁴⁴. Günümüzde de örf ve adet hukuku kurallarının, yasama organını kanun hükmünü değiştirmeye veya yeni bir kanun hükmünü kabule zorlamaya muktedir olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

Kıta Avrupası hukukundaki ticari örf ve adetin mahiyetine bakıldığında İsviçre Borçlar Kanunu'nda doğrudan ticari örf ve adete ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, Kanuna serpiştirilmiş çeşitli hükümlerin olduğu⁴⁶; Alman Ticaret Kanunu'nda ise⁴⁷ –hukukumuzdaki teamül düzenlemesinde olduğu gibi- taraf iradelerinin yorumunda ticari örf ve adetin dikkate alınacağı düzenlendiği görülmektedir. Bunlara mukabil Amerikan doktrininde taraflar arasındaki ticari ilişkileri belirsizleştireceği, sözleşmelere uyulmasını engelleyeceği, kanunun her halükarda yeterli olduğu gibi gerekçelerle ticari örf ve adetin uygulanmaması gerektiği yönünde görüşler⁴⁸ öne sürülmeye başlasa da⁴⁹, Anglosakson hukuku da temellerini örf ve adetlerde bulmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunlaştırılmamış örf ve adetin sözleşmeyi bertaraf edici bir gücünün olması beklenemez⁵⁰.

42 Işıқтаç, s. 21.

43 Ernst E. Hirsch, *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1935, s. 24-25.

44 Hirsch, s. 24.

45 Oğuzman, Öz, s. 117.

46 Örneğin OR Art. 14/2, 81/2, 124/3, 211, 212, 240, 257c, 266b, 266c, 266d, 296, 302, 303, 304, 321c, 327c, 364, 398, 418n, 418t, 432, 485, 1122. Doğrudan ticari teamüle yapılan göndermeler için bkz. OR Art. 212/3, 429, 430, 1031, 1122.

47 HGB § 346.

48 Pek çokları yerine bkz. Lisa Bernstein, "The Myth of Trade Usages: A Talk", *Barry Law Review*, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 119 vd..

49 Ticari örf ve adetin taraflar arasındaki sözleşmeyi manipüle edebileceği yönündeki bazı ilk dönem Amerikan yargı kararları için bkz. *Mutual Safety Insurance Co. v. Hone, Receiver, etc* ((1849) 2 N. Y. 235, 241.), *Vail v. Rice*, (1851) 5 N. Y. 155.

50 "...Ticaret ve Sanayi Odasının 19/12/2013 havale tarihli yazısında depolara bırakılan malların sahipleri ile alıcıların anlaştığı, bu anlaşmalar üzerine mal sahiplerince verilen sözlü talimat doğrultusunda depo sahipleri tarafından malların alıcılara teslim edildiği ve teslimine dair yazılı

Örf ve adetin ticaret hukukundaki yeri TMK'nın *ayrılmaz bir parçası* olan TTK'yı TMK'dan ayıran hususlardan biridir. Öncelikle TTK m. 1/2'ye göre, örf ve adet kuralı ticari bir uyumsuzlığa ticari mevzuat dışındaki diğer mevzuat hükümlerinden önce uygulanır⁵¹. Objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adet kurallarını hakimnin kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir⁵². Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33 uyarınca hakim, Türk hukukunu re'sen uygular⁵³. Ticaret hukukunda örf ve adetin diğer alanlara göre daha öncelikli olmasının sebepleri; tacirlerin ticaretteki menfaatlerini herhangi bir kanun koyucudan daha iyi bilmelerine ilişkin inancı, ticari ilişkilerin imkan dairesinde "kanuni vesayetten" kurtarılacak günün şartlarına kolay adapte olmasının sağlanması ve iktisadi ilişkilerin geliştirilmesi gibi hususlardır⁵⁴. Kaldı ki, tüm ticaret hukuku da ilk başta örf ve adet hukuku olarak doğup gelişmiştir⁵⁵. Öte taraftan zaten tacirlerin hukuki bilinçlerinde var olan kaideler, TTK m. 1/2 uyarınca doğrudan bir hukuk kuralına dönüşmekte, başka bir deyişle tacirlerin yaşadıkları usuller, pek çok kanun hükmünden daha önce uygulanması gereken bir hukuk kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim uluslararası ticaret hukukunda da ticari örf ve adetin *lex mercatoria* bağlamında hukukun asli

belge verilmesinin bir istisna olduğu, belge verilmemesinin gelenek haline geldiği belirtilmişse de bir örf ve adet kuralının doğması için maddi ve manevi unsurların bir arada gerçekleşmesi zorunludur. Maddi unsur, aynı tip olaylarda olaya katılanların benzer davranması ve bunun süreklilik arz etmesidir. Manevi unsur ise aynı tip olaylarda olaya katılanların benzer davranması konusunda ortak bir kanaatin olmasıdır. Dosya kapsamından davalı tarafça giriş ve çıkışlarda imzalı belge tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda sözlü talimat ile teslim yapıldığına dair bir örf adet kural olduğunun kabulü yerinde değildir..." Yargıtay 11. HD. E. 2016/11771 K. 2018/3811 T. 22.5.2018 (www.lexpera.com.tr)(Erişim Tarihi 05.12.2021).

- 51 Bu kuralın Ticaret Kanunundaki tek istisnası TTK m. 1451/1 hükmüdür. Bu hükme göre, sigorta sözleşmeleri ile ilgili olarak ticari örf ve adetten önce TBK hükümleri uygulanır.
- 52 Bu durumun tek istisnası TTK m. 2/3 hükmüne göre, ticari örf ve adeti bilmeyen/bilmesi gerekmeyen ve tacir olmayanların dahil olduğu ticari uyumsuzlıklarda söz konusu olur.
- 53 Uluslararası ticaret hukuku bağlamında bu ilkenin geçerli olmadığı ve ticari adetin varlığını iddia eden tarafın bunu ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz. Ayoğlu s. 166. Uluslararası ticari örfün varlığının mahkemelerce, uzman bilirkişilerden, uluslararası sözleşmelerden, uluslararası organizasyonların yeknesak kurallarından, standart sözleşmelerden veya doktrinden tespit edileceği yönünde bkz. Roy Goode, "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1997, s. 15. Ayrıca uluslararası ticaretteki örf adetlerin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Harold J. Berman, "Law of International Trade: Contract, Custom and Codification", *Harvard International Review*, Vol. 6, No. 3, 1983, s. 44.
- 54 Hirsch, s. 25; Erol Ulusoy, *Ticari Örf ve Adet Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 69-70.
- 55 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 115.

kaynaklarından⁵⁶ olmasının sebebi budur⁵⁷. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 9. maddesinde de tarafların, kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlı oldukları belirtilmekte, ilgili ticari sektörde yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamülleri sözleşme akdedilirken tarafların zımnen kabul ettikleri varsayılmaktadır.

Uzun⁵⁸, kesintisiz ve yeknesak uygulamalar neticesinde hukuk kaidesi haline gelen alışkanlıkların ticaret hukuku bakımından öneminin kayda değer bir boyutu, ticaret hayatındaki güvenin korunması ile ilgilidir. Bu konuda Amerikan mahkemelerinde verilmiş ve daha sonra pek çok karara örnek teşkil eden *Ghen v. Rich*⁵⁹ davasında Massachusetts Körfezinde balina avcılığı ve ticareti hususunda mahkeme, balınayı ilk vuran kişinin balinanın sahibi olacağına karar vermiştir. İlgili karara göre, balınayı vuran balıkçı onu ele geçirememiş olsa ve balina kıyıya vursa veyahut başka bir balıkçının eline geçse dahi malik yine balınayı ilk vuran balıkçıdır. Massachusetts Mahkemesi, bu örfün uzun yıllardır herkesçe bilindiğini ve kabul edildiğini, ticari piyasaların böyle alışkanlıklara dayandığını ve nihai olarak ilgili örfе duyulan güvenin korunması gerektiğini vurgulamıştır.

Ticari uyumsuzluklarda tahkimin yoğun olarak tercih edilme sebeplerinden biri de uyumsuzluğun ilgili alandaki ticari örf ve adeti bilen, uzmanlaşmış kişiler marifetiyle çözümlenmesi amacıdır. Hakikaten çoğu tahkim merkezinin kuralları incelendiğinde örf ve adete yapılan göndermelerin sıklığı dikkat çekmektedir. Bunlara örnek olarak; İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları m. 29, ICC Tahkim Tüzüğü m. 17 (2), Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları m. 33 (3), Milano Ticaret Odası Tahkim Kuralları m. 3 (4), Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi Kuralları m. 13 (1), Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi Kuralları m. 31 (3) zikredilebilir. Yazılı hukuk kaynaklarındaki hükümlerin sınırlı, buna mukabil hayat olaylarının sınırsız olduğu düşünüldüğünde örf ve adet hukukuna düşen/düşmesi gereken rol daha iyi anlaşılabilir.

56 Bkz. Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 163 vd..

57 Örnek olarak bkz. ICC Tahkim Kuralları m. 21 ile UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu m. 28/4.

58 Ticari örflerin hukuk kuralı olması için uzun zaman şartının bulunmadığı yönünde bkz. B. A. Wortley, "Mercantile Usage And Custom", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Jahrg. 24, H. 2, 1959, s. 261.

59 F. 159 (D. Mass. 1881). (<https://cite.case.law/f/8/159/>)(erişim:10.03.2022).

V. Günümüzde Ticari Örf ve Adete İlişkin Bazı Meseleler

Modern toplumlarda ticari örf ve adetlere örnek bulmanın zor olduğu sıklıkla dile getirilmektedir⁶⁰. Oysaki modern ticari hayatta da her şeyin yazılı olmadığı ve yargı mercii tarafından kendisine hukuk kaynağı olarak başvurulmadığından dolayı unutulmaya yüz tutmuş pek çok ticari örf kuralının mevcut olduğu gözlemlenebilir. Örneğin, İstanbul'da geçerli olan bir ticari örf ve adet olarak; *"Akaryakıt piyasasında yakıt bedeli 15 gün içinde ödenmediği takdirde vade farkı uygulanır."*⁶¹ kuralı, doğrudan doğruya modern toplum için geçerli olabilecek bir kaidedir. Bundan uzun yıllar önce bir akaryakıt piyasasının mevcut olduğundan bahsedilemez. Veyahut *"Kuyumculuk sektöründe, işveren tarafından işçisine genel olarak senetsiz, elden altın veya nakit olarak borç verilmesinin örf'e uygun olduğu"* İstanbul Ticaret Odası tarafından ilan edilmiş usul hukukuna ilişkin bir ticari örf ve adet kuralı örneği olarak mevcuttur.

TOBB'un internet sitesindeki örf ve adetlere ilişkin veri tabanında ilan edilen kararların çoğunluğunun ticari malların fire ve zayıat oranları ile ilgili olduğunu belirtmek gerekir⁶². Bu kararlardan biri olarak; İzmir Ticaret Odası *ihraç edilen kutulu incirlerin yolda yüzde 1 oranında fire vermesinin teamül icabı* olduğunu belirtmiştir⁶³. Bunların yanında bononun üstünün çizilmesi veya büyük harfler ile iptal yazılması, bonodaki imza kısmının yırtılması, faturanın alt kısmının kapatılarak imzalanması öğretide ve içtihatla borcun ödendiğini gösteren teamül kuralları olarak kabul edilmektedir⁶⁴.

TTK m. 2/3 hükmüne göre, ticari örf ve adet tacirler bakımından mutlak olarak, tacir olmayanlar bakımından ise ilgili kuralın bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi şartı ile uygulanır. Dolayısıyla uyumsuzluğun tacir olan taraflarınca bilinmeyen ticari örf ve adet kurallarına da objektif bir hukuk kuralı olarak genel hükümlerden önceki hukuk kaynağı olarak başvurulmalıdır. Önceki hukukumuzda, Mecelle'nin 43 ve 44. maddeleri⁶⁵ tacirler arasında örf niteliğinde olan bir hususun, tacirler arasında şart koşulmuş, anlaşılmış gibi olduğunu belirtmektedir. Tespitlerimize göre örf ve adetin mahiyetine ve hükümlerine ilişkin hükümler Mecelle'nin 36 ila 45. maddelerinde düzenlenmiştir. Mecel-

60 Pek çokları yerine bkz. Serozan, s. 105-106.

61 <http://sanayi.tobb.org.tr/orf2.php> (Erişim Tarihi 05.01.2022).

62 Ticari Örf, adet ve teamüller ile fire ve zayıat kararlarından önemli örnekler için bkz. Ulusoy, s. 114 vd..

63 Hepsini için bkz. <http://sanayi.tobb.org.tr/orf1.php> (Erişim Tarihi 05.01.2022).

64 Oğuzman, Barlas, s. 114 vd.; Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s. 57.

65 Mecelle m. 43: "Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir." Mecelle m. 44: "Beynet-tüccar mâruf olan şey, beyenlerinde meşrut gibidir."

le'deki, örf ve adetin hakem kılınacağına dair 36.; insanların alışkanlıklarının kendileriyle hareket edilmesini gerektiren deliller olduğuna dair 37.; adet olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan şeylerin, hakikatte de gerçekleşmesinin imkansız olduğuna dair 38.; örflerin zamanın değişmesiyle değişebileceğine ilişkin 39.; bir sözün, ifadenin örfen başka bir anlamda yerleşmesiyle o konudaki gerçek anlamın terk edileceğine ilişkin 40.; adetin muteber olabilmesi için, devamlılık arz eder şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin 41. maddeler günümüz uygulamalarına da ışık tutabilecek hükümlerdir.

Çalışmanın başında teamülün hukuki unsurdan (devlet desteğinden) yoksun örf olduğu belirtilmişti. Bununla birlikte, Borçlar Kanununda teamül ifadesinin örf ve adet yerine kullanıldığı görülmektedir. Bazı malların daralı satışına ilişkin TBK m. 233/3'te, komisyoncunun malı veresiye satışında ilişkin TBK m. 536'da ve komisyoncunun garantisine ilişkin TBK m. 537'de ticari teamüle yapılan göndermelerde kanaatimizce "ticari teamül" ifadesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmayıp belirtilmek istenen ticari örf ve adettir. Nitekim pek çok yargı kararında da⁶⁶ "ticari teamül" ifadesinin "ticari örf ve adet" yerine kullanıldığı gözlemlenebilir.

2004 Tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesinin f bendine göre *çalışma alanları içindeki ticarî ve sınâî örf, adet ve teamülleri tespit etmek, Bakanlığın onayına sunmak ve ilân etmek* görevi, ticaret odalarına yüklenmiştir. Dolayısıyla hakimlerin somut olaya uygulanacak ticari örf ve adetlerin tespiti için öncelikle ticaret odalarına başvurmaları gerekir. Ticaret odalarından gelen cevabi yazı ise kesin deliller gibi mutlak surette hakimî bağlayıcı olmasa dahi, bilirkişi delilinden daha kuvvetli bir dayanaktır. Poroy/Yasaman'a göre, hakim gelen cevaba göre karar vermek zorundadır⁶⁷. Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken, ticaret odasından gelen cevabın mutlak surette ticari örfün karşılığı olup olmadığı hususunda hakimde uyandırdığı inanıştır. Hakim kendi değer yargılarından veya olması gereken hukuka dair düşüncelerinden bağımsız bir şekilde hukuka uygun örf kuralını somut olaya uygulamak durumundadır. Başka bir deyişle, hakim ticari örfün doğru tespit edildiği yönünde kanaat sahibi oldu ise ilgili cevaba göre karar vermek zorundadır. Aksi halde ilgili ticari örf ve adetin tespitine dair araştırmalarına devam etmek durumundadır. Gelen cevabın; hayatın olağan akışına uygun olması, aynı piyasadaki tacirler tarafından teyit

66 Örnek olarak bkz. Yargıtay 23. HD. E. 2016/5906 K. 2019/1553 T. 29.4.2019; Yargıtay 11. HD. E. 2019/3467 K. 2019/6798 T. 4.11.2019; Yargıtay 19. HD. E. 2017/2169 K. 2019/2384 T. 9.4.2019; Yargıtay 19. HD., E. 2017/2432 K. 2019/139 T. 15.1.2019 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi 05.01.2022).

67 Poroy, Yasaman, s. 125.

edilmiş olması, uzun zamandan beri o bölgede uygulandığına dair emarelerin bulunması, problemi çözücü bir şekilde etkili ve işlevsel olması, örf ve adetin doğru tespit edildiğine dair deliller olabilir.

2018 Tarihli ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 50/1-f bendindeki düzenlemeye göre, “*Yazılı olmayan hukuk kuralları ile örf ve adetleri ve eski hukuk kaynaklarını araştırmak, toplamak ve yayımlamak*” görevi Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığının görev ve yetkileri arasındadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçilmesinden sonra, ticaret odaları ile birlikte bahsi geçen Daire Başkanlığı da örf ve adetleri araştırma, toplama ve yayınlama görevine sahip olmuştur. Mahkemelerin somut uyuşmazlıklarda uygulamak üzere, ticaret odaları ile birlikte ilgili daire başkanlığından da örf ve adet sorgulamasını yaptırmaları gerekecektir.

5174 sayılı kanunda ticaret odalarına yüklenen, ticari örfleri tespit edip Ticaret Bakanlığının onayına sunmak görevi hatalı anlaşılmaya uygundur. Şöyle ki, bir örf ve adet kuralının varlığı için Ticaret Bakanlığının onayı şart değildir. Bakanlıkça henüz onaylanmamış bir teamülün de örf ve adet mertebesine ulaşması mümkündür. Bununla birlikte, davranış şekillerinin/teamülün Bakanlık tarafından örf olarak kabul edilmeyip reddedilmesi, örf ve adetin yokluğuna işaret eder. Eldeki çalışmanın hazırlandığı zaman itibarıyla, çoğu ticaret odasının kendilerine kanun ile yüklenen; ticari örfleri tespit edip Ticaret Bakanlığının onayına sunup, son aşamada da ilan etmek görevini yerine getirmediği müşahade edilmektedir. Çoğu ticaret ve sanayi odasının internet sitesinde ticari örf ve adetlere ilişkin bilgilendirici bölümler mevcut değildir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin internet sitesindeki⁶⁸ “Örf Adet ve Teamül Kararları Arama” şeklindeki arama motorunun da işlevsel ve amaca uygun olduğundan bahsedilememektedir.

Orta çağ dönemi Fransız hukukunda bazı girift uyuşmazlıklarda, yalnızca ülke sınırları dahilindeki örflerin değil, komşu ülkelerin örflerinin de hükme dayanak yapılabileceği kabul edilmekteydi⁶⁹. Pozitif hukukta rastlanmayan bu uygulamayı, hakimin TMK m. 1/2 bağlamında hukuk yaratırken göz önünde bulundurması faydalı olabilir. Bu noktada yalnızca komşu ülkelerin değil, uygulaması örnek teşkil edebilecek belli başlı ülkelerin gelenek hukukları somut olaya uygulanabilir örf ve adetin tespiti için incelenebilir.

68 <http://sanayi.tobb.org.tr/orf1.php> (Erişim Tarihi 02.05.2021).

69 Alan Watson, “An Approach to Customary Law,” *University of Illinois Law Review*, No. 3, 1984, s. 570-571.

Tarihsel arka plana bakıldığında, hemen tüm temel kaidelerin örf ve adet kurallarından türediği, bunların zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırıldığı hakikati bilindiğinde örf ve adetin ne denli büyük önemi haiz olduğu anlaşılabilir⁷⁰. Topraklarımızda meydana getirilip tüm dünyayı yüzyıllar boyunca etkileyen iki büyük kodifikasyon vardır⁷¹. Bunlardan ilki Doğu Roma İmparatoru Justinianus'un 6. yüzyılda hazırlattığı Corpus Iuris Civilis ve diğeri 19. yüzyılın ikinci yarısında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki komisyonca hazırlanan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyedir. Bu iki kodifikasyon da kendi zamanlarına kadarki örf ve adet hukuku kurallarının bir nevi derlenmesinden oluşmuşlardır. Haddizatında örf, adet ve teamül gibi kavramlar belirsizlik yaratıp hukuk güvenliğini sarsmak adına kötüye kullanılmaya müsaittir⁷². O bakımdan bizim hukukumuzda Mecelle'den önce de bazen çeşitli nizamnameler ve kanunnameler ile bazen de kadı sicilleriyle örf ve adetler yazılı hale getirilip umuma ilan edilmiştir. Örneğin Osmanlı dönemindeki İstanbul Mahkemesine ait 24 numaralı kadı sicilinde⁷³ tacirlere, esnaflara, zanaatkarlara yönelik pek çok örf ve adet kuralına tesadüf etmek mümkündür⁷⁴. Günümüzde de ticari örf ve adetlerin uygulamada yitirdikleri önemi yeniden kazanabilmeleri için hakimlerin ticari mevzuatta ve taraflar arasındaki sözleşmede davaya uygulanacak hüküm tespit edememeleri halinde ilgili ticaret ve sanayi odalarından mutlaka sorgu yaptırmaları gerekmektedir. Kanuni bir zorunluluk olan ticari örf ve adet araştırmaları artırıldıkça somut ticari uyuşmazlıklara hakkaniyete uygun çözümler bulunabileceği veya hiç olmazsa hukuka uygun kararların verileceği beklenmektedir. Zira ticari örf ve adet araştırması yapılmadan genel hükümlere göre kararlar verilen günümüz uygulamasını göz önünde bulundurduğumuzda pek çok ticaret mahkemesi kararının hukuka aykırı olarak verildiği ve sakat olduğu sonucuna varılmaktadır⁷⁵.

70 Özellikle Ticaret Kanunları bakımından bu görüşte olanlar için bkz. Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984, s. 111, Adil İzveren, "Ticari Örf ve Ticari İlişkilerdeki Önemi", *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 37. Günümüzdeki ceza hukuku normlarının önemli kısmının da ilk ortaya çıkışının örf ve âdet kurallarına dayandığı yönünde bkz. Baytaz, s. 125.

71 Örf ve adetlerin kodifiye edilmesinin yabancı sistemlerin "saldırılarına" karşı önemli bir önlem olduğuna ilişkin Afrikalı hukukçu bakış açısı için bkz. T. W. Bennett, T. Vermeulen, "Codification of Customary Law", *Journal of African Law*, Vol. 24, 1980, s. 210.

72 Bkz. Gözler, Teamül, s. 44.

73 <http://www.kadisicilleri.org> (Erişim Tarihi 02.01.2022).

74 Ayrıca ticari uyuşmazlıklar ile ilgili bkz. İstanbul mahkemesine ait 97 numaralı kadı sicili. (<http://www.kadisicilleri.org/veri/gorselx/icn/isto97icn.pdf>) (Erişim Tarihi 02.01.2022).

75 "...Davacılar vekili tahkikat sırasında ... bölgesindeki mısır satışları ile ilgili ticari örf ve adetlerine dayanmış ve bu hususun araştırılmasını 19.10.2017 tarihli dilekçesi ile mısır üreticisinin ürününü tartan mısır alıcısı tüccarın tartım nedeniyle üretici satıcıya kantar fişi vermiş olmasının ürünün satımının

VI. Ticari Örf ve Adet Kurallarına Örnekler

Ticari davalara uygulanacak önemli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmelerine rağmen ticari örf ve adet kurallarına bir bilgi kaynağı olarak erişmek güçtür. Konu ile ilgili doktrindeki çalışmaların azlığı⁷⁶, ticaret odalarının tespitlerinin yetersiz oluşu ve yargılamalarda uygulayıcıların önemli bir kısmının ticari örf ve adete karşı ilgisizliği bu güçlüğün en önemli sebepleridir. Eldeki çalışmanın yapıldığı ana kadar örf ve adetlere ilişkin en kapsamlı veri tabanı olan “<https://sanayi.tobb.org.tr/orf2.php>” adresinde –fazlaca tekrar barındırmakla birlikte- toplamda 596 adet örf ve adet bulunmaktadır. Bunların kayda değer bir kısmı sosyal davranış kurallarını değil, ticari satışlarda makul karşılınması gereken fire ve zayıat olanlarını belirlemektedir. Bahsi geçen veri tabanındaki örf ve adet kararlarını; fire ve zayıat oranlarını belirleyenler, usul hukukuna ilişkin olanlar, ücretin belirlenmesine ve ödeme zamanına ilişkin olanlar şeklinde gruplandırmak mümkündür.

yapılarak alıcıya teslim edildiği hususunda ticari örf ve adet olarak kabul edilip edilmediğinin araştırılması istenmiş olup, mahkemece bu hususun bölge ziraat odası, ticaret odası ve ticaret borsasından sorularak araştırılması gerekirken bu husus nazara alınmaksızın eksik tahkikatla verilen karar doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 19HD. E. 2018/1482 K. 2019/1273 T. 28.2.2019 “...mahkemece, sigorta ettiren ile davalının ticari defterlerinin incelenerek, aralarında düzenlenen poliçelerin prim ödemeleri sebebi ile nasıl bir ticari örf geliştiğinin de tartışılması ve irdelenmesi gereklidir. Zira sunulan bu belge, prim tahsiline ilişkin olarak taraflar arasında peşin ve makbuz ile ödeme dışında bir ödeme şeklinin kabul edildiğini düşündürmektedir. Bu nedenle sigorta ettiren ile davalı arasında prim ödenmesine ilişkin oluşan ticari örfün de araştırılarak davaya konu olayda prim ödenmemesi sebebi ile poliçe tanziminden 6 gün sonra poliçelerin iptal edilmesinin geçerli olup olmadığının Türk Medeni kanununun 2. maddesi çerçevesinde tartışılması gereklidir...” Yargıtay 17 HD. E. 2019/6423 K. 2020/4594 T. 9.7.2020 “...mahkemece mahalli Ticaret ve Sanayi Odası’ndan bu konudaki uygulama sorulmadan eksik incelemeyle hüküm tesisi doğru değildir...” Yargıtay 15HD E. 1992/1272 K. 1992/1408 T. 19.03.1992 “...Somut olayda, mahkemece, zeytinyağının satıcıya teslimi konusunda yöresel örf ve adet araştırması yeterli değildir. Zira; tek bir kooperatiften uygulama sorulup, tanıklar dinlenmiştir. Bu itibarla, mahkemece, kooperatife emanet makbuzları ile teslim edilen zeytinyağından sonra, satıcıya ihtiyacı nedeniyle teslim edilen zeytinyağı için belge düzenlenip düzenlenmediği, emanet makbuzundan teslim edilen miktarın indirilip indirilmediği hususunun öncelikle, Torbalı Ticaret Odasından sorulmak ve gerektiğinde bu hususta yerel bilirkişi mütalaasına başvurmak ve böyle bir örf ve adetin mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde, mevcut tanık ifadeleri değerlendirilmek ve yeminin de, yemin teklif edildiği zamanki kooperatif temsilcisine yaptırılmak suretiyle sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 11HD E. 2003/11 K. 2003/5784 T. 02.06.2003 “...Bu durumda mahkemece, taşıma sözleşmesinde, her taşıma öncesi ve sonrasında makbuz verilmesi hali ile davalı tarafın imza ve kaşesini taşımayan bu makbuzların ücretin ödenmediğine karine teşkil edip etmeyeceği, makbuzların davalı aleyhine delil teşkil edip etmeyeceği konusunda ticari örf ve adet olup olmadığının TTK.nun 1/2 nci maddesi uyarınca araştırılması gerekirken, bu konuda bir araştırma yapılmadan yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir...” Yargıtay 11HD E. 2003/13566 K. 2004/8290 T. 14.09.2004 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi 02.02.2022).

76 Doktrindeki sınırlı örneklerden bazıları için bkz. Ulusoy, s. 113 vd.; Kahraman, s. 95 vd..

A. Fire ve Zayıat Oranlarını Belirleyen Bazı Örf ve Adet Kuralları

Ticari bir malın saklanması ve taşınması sırasında niceliğinden gerçekleşen azalmalar ile ilgili olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin örf ve adetlere ilişkin veri tabanında pek çok kural bulunmaktadır⁷⁷. Örneğin, Adana Ceyhan Ticaret Borsası tarafından alınan ve veri tabanına işlenen bir kurala göre, preseli pamukların, ihtiva ettiği rutubet nispeti, depolama şekli ve süresi ile hava şartları dolayısıyla yüzde 2'ye kadar fire vermesi teamül icabıdır. İzmir Ticaret Odası'nın belirlediği bir fire kaidesine göre ise, ihraç edilen kutulu incirlerin taşıma sırasında yüzde 1 civarında fire (zayıat) vermesi teamüldendir. Bazı örf kurallarının ise tanımlayıcı mahiyette olduğu görülmektedir. Örneğin, Adana Kozan Ticaret Borsası fireyi, rutubetin sebep olduğu eksilme olarak tanımlamış ve başka bir sebeple malın ıslanmasını hasar olarak nitelendirmiştir. Malatya Ticaret Borsası da, hububat çeşitlerinin depolarda bir sene beklemesi halinde bu ürünlerin yüzde 2 oranında fire vermesinin olağan karşılanması gerektiğini belirlemiştir. Kerestecilik sektörüne özgü bir fire ve zayıat kuralı olarak ise İzmir Ticaret Odası, tomruk uçlarından kereste imal edilirken tomruk uçlarının yüzde 50 oranında zayı olabileceğine karar vermiştir.

Satış sözleşmesinde kararlaştırılan malın niceliği ile teslim sırasındaki nicelik arasında farkın olması önemli uyumsuzluklara sebep olabilmektedir. Bu gibi durumlarda ticari örf ve adet hukukunun uygulama alanı geniş ve işlevseldir. Ticari malların mutad fire ve zayıat miktarları, kanun ile düzenlenmeye elverişli değildir. Bununla birlikte bu oranların belirlenmesi meselesi, her bir somut olay özelinde yargı kararlarına veya öğretiyeye de bırakılmaya uygun olmayıp, doğrudan ticari örf ve adet hukukunu ilgilendirmektedir.

B. Usul Hukukuna İlişkin Bazı Örf ve Adet Kurallar

TOBB'un ülkemizdeki tüm ticaret ve sanayi odaları ile ticaret borsalarından temin ettiği örf ve adet kurallarından oluşan veri tabanında, ticari ilişkinin tarafları arasındaki bazı davranışlara hangi anlamların verileceği, ticari uyumsuzlukların çözümünde kullanılacak ispat araçlarının neler olabileceği gibi çeşitli usul düzenlemelerini içeren örf ve adet kurallarına tesadüf edilmektedir.

Usul hukukuna ilişkin Konya Ticaret Odası'nın belirlemiş olduğu bir örfeye göre, hayvan borsası dışındaki canlı hayvan alım satımları genellikle pazarlık usulü sözlü anlaşmaya göre yapıldığından, pazarlığın veya alım satımın ispatı bakımından şahit dinlenmesi örf ve teamüldendir. Buna mukabil canlı hayvan satışında yazılı bir anlaşma var ise yazılı belgelere itibar edilir. Yine Manisa

⁷⁷ TOBB'un hususen fire ve zayıat oranları için hazırladığı ve daha kapsamlı olan veri tabanı için bkz. <https://sanayi.tobb.org.tr/fire2.php> (Erişim Tarihi 02.03.2022).

Akhisar Ticaret ve Sanayi Odası'nın belirlemiş olduğu bir örf ve adet kuralına göre, fatura istenmeyen ticari satışlardan doğan alacak davalarında şahit dinlenmesi mümkündür. Tacirler arasında vuku bulan ihtilafların çözüm yeri hususunda belirsizlik olması durumunda uyuşmazlıkların hakem vasıtası ile çözümleneceği İzmir Ticaret Odası tarafından kabul edilmiş bir örf kuralıdır. Malatya Ticaret Borsası da, Osmanlı dönemindeki loncaların benimsediği usuldeki gibi, meslek grubuna göre doğacak anlaşmazlıkların ilgili meslek grubu tarafından oluşturulacak üç kişilik hakem heyeti tarafından çözümlendiğini bir yerel örf kuralı olarak tespit etmiştir.

C. Ticari Satışlardaki Ücretin Belirlenmesine ve Ödenmesine İlişkin Bazı Örf ve Adet Kuralları

Uygulamada ticari satışlara ilişkin vuku bulan uyuşmazlıkların istatistiki bakımdan önemli bir kısmı mal ve hizmetin bedelinin belirlenmesi ve ödenmesine ilişkindir. Bununla paralel olarak da TOBB'un örf ve adet veri tabanındaki kayıtların yarısına yakını sözleşmelerdeki ücretin belirlenmesi ve ödenmesine ilişkindir. Örneğin, Alanya Ticaret ve Sanayi Odası'na göre, sabah saat 6'dan önce otele gelen müşterilerden saat 13'e kadar bir gecelik ücret alınması Alanya bölgesine ait bir örf kaidesidir. Yine aynı ticaret odası otel rezervasyonunu 24 saat öncesine kadar iptal ettirmeyen müşterinin otelde kalmasa dahi bir gecelik otel ücretini ödemekle yükümlü olduğunun bir yerel örf olduğunu tespit etmiştir. İzmir Ticaret Odası, İzmir'de bütün alım ve satım işlerinde simsara ödenecek ücreti, satım bedelinin % 2'si olduğunun teamül icabı olduğunu belirtmiştir. *Taraflar arasında yazılı bir anlaşma olmadıkça, emlak alım-satımında, satış bedeli üzerinden alıcıdan ve satıcıdan % 2'ser + KDV, kiralamada yalnız kiracıdan bir defaya mahsus olmak üzere kontrat süresi ne olursa olsun yıllık kira bedelinin % 10'u + kdv oranında komisyon alınmasının teamülden olduğu* İstanbul Ticaret Odası tarafından tespit ve ilan edilmiş bir örf kuralıdır. Aynı odanın bir başka kararında ise, İstanbul kitap yayın piyasasındaki kitap türlerinin ve asgari-azami mutad baskı sayıları şu şekilde belirlenmiştir: *Kültür Kitapları: 1.000-3.000 arası, Aktüel Kitaplar: 1.000-5.000 arası, Dini Kitaplar: 2.000-10.000 arası, Ders Kitapları: 50.000-200.000 arası, Yardımcı Ders Kitapları: 10.000-50.000 arası, Eğitim Kitapları: 1.000-3.000 arası*. Tarsus Ticaret ve Sanayi Odasının tespit etmiş olduğu bir adete göre ise, mısır ticaretinde ücretin vadeli olarak ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu yönde bir anlaşma olmasa dahi, ödeme kambiyo senedi ile gerçekleştirilebilir.

Bahsi geçen veri tabanında, sözleşmede kararlaştırılan ücretin indirilmesine dair yerel örf ve adetlere de rastlanmaktadır. Örneğin, Manisa Akhisar Ticaret ve Sanayi Odası, tam yağlı satılıp da; yağsız çıkan peynirler için mal

bedelinin %40'ının, yarım yağlı çıkan peynirler için mal bedelinin dörtte birinin indirilmesinin örf kuralı olduğunu tespit etmiştir. Afyon Ticaret Borsası, beyaz ve mavi haşhaş tohumlarında, yabancı maddenin %1'den %2'ye kadar fazla bulunması halinde malın fiyatından fazlalık oranında, %2'den %3'e kadar fazla bulunması halinde ise, fazlalığın iki katı kadar indirim yapılmasının örf icabı olduğunu ilan etmiştir.

Sonuç

Kıta Avrupası hukuk sisteminin dört temel hukuk kaynağından biri olan gelenek hukukunu oluşturan hukuk kuralları örf ve adettir. İlgili kişi kesiminin bilincinde oluşan bu kurallar, tüm hukuk kurallarını etkileme gücüne sahiptir. Hakikaten, hukuk örflerden türer. Toplumların hayatında kökleşmiş meşru örflere ve adetlere dayanmayan hukuk kurallarının uzun süre yürürlükte kalması beklenemez. Hukuk, toplumun tekamülünü yansıtan bir ayna olmak durumundadır. Toplumdaki meşru örf ve adetlerden kendini uzaklaştıran hukuk sistemi kendi otoritesini zayıflatır. İlgili kişi topluluğunun müşterek vicdanına bir hukuk kuralı gibi yerleşecek kadar uzun süreden beri uygulanagelen kaide-ler olan örf ve adetin ticaret hukukundaki önemini Türk Ticaret Kanununun 1. ve 2. maddeleri ortaya koymaktadır. Ticari bir uyumsuzluğa genel hükümlerden, yani örneğin TMK ve TBK'dan önce uygulanması gereken ticari örf ve adet, günümüz uygulamasında sıklıkla göz ardı edilmektedir. Bu noktada, yazılı hukuk normlarının zaten örf ve adete dayandığı, pek çok ticari örf ve adet kuralının kanunlaştırılarak ticari hüküm olarak somut olaylara uygulandığı argümanları akla gelebilir. Ne var ki, çalışmada örnek kabilinden paylaşılan Yargıtay kararlarında da görülebileceği üzere, halihazırdaki uygulamamızda ticari mevzuatta hüküm bulunmayan haller için doğrudan genel hükümlere göre karar verilmesi neredeyse mahkemelerimizin teamülü haline gelmiştir. Ticaret hayatına ilişkin tüm yaşam olaylarının çözümüne ilişkin kaideleri ticari mevzuatta bulmak şüphesiz mümkün değildir. Ticari örf ve adet tetkiki yapılmadan genel hükümlere göre verilen kararların ne ölçüde sıhhatli olduğu TTK m. 1/2 hükmü uyarınca bellidir. Ticaret hukukunun en zengin kaynaklarından biri olan ticari örf ve adetin yeniden gündeme alınması, kanaatimizce ticaret hukuku doktrininin en önemli meselelerinden biri olmalıdır. Ticari örf ve adetin doktrinde ve uygulamada hak ettiği değeri bulabilmesi için ilk önce tüm ticaret odalarının kanunla kendilerine verilmiş olan ticari örf ve adetlerin tespiti, onaya sunulması ve ilanı görevlerini *hatırlamaları* ve yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu durum hem ticari örf ve adet ile teamül gibi kavramların hukuk güvenliğini sarsmak adına kötüye kullanılmasını engellemek hem de ticari uyumsuzluklara çok yönlü çözümler bulabilmek adına önem arz eder.

Ayrıca bu husus, her şeyden önce, mahkemelerde verilen pek çok kararın TTK m. 1/2 hükmüne uygun olması sonucunu doğuracaktır. Bir kısmı, çalışmada paylaşılan Yargıtay kararlarında da görülebileceği üzere, uygulamada ticari mevzuatta ilgili somut olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmayan çoğu halde doğrudan genel hükümlere göre kararlar verildiği görülmektedir. Kanuna açıkça aykırı bu halin terk edilerek, ticari mevzuatta çözüm için dayanılacak bir kural bulunulmadığı her durumda mutlak surette ticaret odalarından veya yetkili mercilerden ticari örf ve adet sorgularının yaptırılması hukuk devleti olmanın gereği bağlamında hakimlere düşen vazifelerden biridir. Ticari örf ve adetlerin pek çoğunun –maalesef- unutulduğu günümüzde teorisyenlerin ve uygulamacıların bu mesele üzerinde yoğunlaşmaya başlaması ile birlikte ticari uyuşmazlık çözümlerinin farklı bir boyuta taşınacağı öngörülmektedir.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Akipek, Jale G., *Türk Medeni Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Antalya, Gökhan O., *Hukuk Metodolojisi II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- Arsal, Sadri Maksudi, *Hukukun Umumi Esasları I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1937.
- Aybay, Aydın; Aybay, Rona, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.
- Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Hukuku*, İSAM Yayınları, Ankara, 2020.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Ayoğlu, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Baytaz, Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Bennett, T. W.; Vermeulen, T., “Codification of Customary Law”, *Journal of African Law*, Vol. 24, 1980, s. 206-219.
- Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948.
- Berman, Harold J., “Law of International Trade: Contract, Custom and Codification”, *Harvard International Review*, Vol. 6, No. 3, 1983, s. 44-46.
- Bernstein, Lisa, “The Myth of Trade Usages: A Talk”, *Barry Law Review*, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 119-127.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Bilgişin, Şevket Memedali, *Ticaret Hukuku Prensipleri I*, 3. Bası, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950.
- Boçarov, Viktor V., *Hukuk Antropolojisi*, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, 2020.
- Çataloluk, Gökçe, *Bir Hukuk Paradoksu Olarak Güven*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, “Örf”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 34, İstanbul, 2007.
- Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- Goode, Roy, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1997, s. 1-36.
- Gözler, Kemal, “Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir mi?”, *Türkiye Günlüğü*, S. 56, Yaz 1999, s. 36-44. (Teamül)
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 16. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Turhan

Kitabevi, Ankara 2017.

- Hayek, Friedrich A., *Law, Legislation and Liberty*, 3. Bası, Londra, 1982.
- Hirsch, Ernst E., *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1935.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 6. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, 4 Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- İzmirli, İsmail Hakkı, “Örfün İslam Hukukundaki Yeri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 5, Yıl 2005, s. 207-216.
- İzveren, Adil, “Ticari Örf ve Ticari İlişkilerdeki Önemi”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 31-37.
- Kahraman, Tevhit, “Erzincan İli ve Yakın Çevresinde Uygulanan Ticari Örf- Adet ve Teamüller”, *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s. 92-102.
- Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.
- Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Özkes, Muhammet, *Temel Hukuk Bilgisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Özkan, Salih, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Postema, Gerald J., “Custom, Normative Practice, And The Law”, *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 3, 2012, s. 708-738.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Smith, Munroe, “Customary Law I”, *Political Science Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1903, s. 256-281.
- Szladits, Charles, *Guide to Foreign Leg Materials: French, German, Swiss*, Oceana Publications, New York, 1959.
- Şener, Mehmet, *İslam Hukukunda Örf, Öğrenci Basımevi, İzmir*, 1987.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medenî Hukukun Genel Esasları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Uğur, Hüsamettin, “Kanunların Ruhu veya Ruhunu Arayan Kanunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 17, Ocak 2008, s. 157-166.
- Ulusoy, Erol, *Ticari Örf ve Adet Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

- Watson, Alan, “An Approach to Customary Law,” *University of Illinois Law Review*, No. 3, 1984, s. 561-576.
- Wortley, B. A., “Mercantile Usage and Custom”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Jahrg. 24, H. 2, 1959, s. 259-269.
- Yasin, Melikşah, “Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 2, Yıl 2012, s. 29-44.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>
- <http://sanayi.tobb.org.tr/orfi.php>
- <https://sanayi.tobb.org.tr/fire2.php>
- <http://www.kadiscicilleri.org>
- <http://www.kazanci.com.tr>
- <http://www.lexpera.com.tr>