Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Gamze ÇAKI ÇİFCİ

Doktora Tezi

Ankara, 2023

BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Gamze ÇAKI ÇİFCİ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2023

KABUL VE ONAY

Gamze ÇAKI ÇİFCİ tarafından hazırlanan "**Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlüğü**" başlıklı bu çalışma, **07.12.2023** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

PROF. DR. MEHMET EMİN BİLGE (Başkan)

DOÇ. DR. BEŞİR FATİH DOĞAN (Danışman)

PROF. DR. HAYRİ BOZGEYİK (Üye)

DR. ÖĞR. ÜYESİ ELİF CEMRE HAZIROĞLU (Üye)

DR. ÖĞR. ÜYESİ SEMİH SIRRI ÖZDEMİR (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

PROF. DR. UĞUR ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan ***"Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge"*** kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. (1)
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ….. ay ertelenmiştir. (2)
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. (3)

15/12/2023

Gamze ÇAKI ÇİFCİ

1"Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge"

*(1) Madde 6. 1. Lisansüstü tezle ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez **danışmanının** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.*

*(2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez **danışmanının** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.*

*(3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.*

Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

****** Tez **danışmanının** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.***

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **DOÇ. DR. BEŞİR FATİH DOĞAN** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Gamze ÇAKI ÇİFCİ

Bu çalışmayı beni sevgi ve emekle büyüten merhume anneannem Fatma ATICI, merhum dedem Selahattin ATICI ile sevgi ve emekle büyütmeye çalıştığım canım oğlum İlkay Ege ÇİFCİ'ye ithaf ediyorum.

ÖZET

ÇAKI ÇİFCİ, Gamze. *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü,* Doktora Tezi, Ankara, 2023

Çalışma konumuzu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 18/2'de "Tacir Olmanın Hükümleri" kenar başlığı altında düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği oluşturmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının kanunî düzenlemede ve hükmün gerekçesinde tanımı yapılmamış ve hukukî niteliği belirtilmemiştir. Ancak bu soyut kavram yargı kararlarında sıklıkla yer etmektedir. Bu nedenle kavramın tanımının yapılması, hukukî niteliğinin ortaya konulması, sınırlarının belirlenmesi, hukukî kurumların uygulanması bakımından oluşturabileceği farklılığın ve ilişkili hukukî sonuçların tespiti gerekmektedir. Anılan hususların ayrıntılı olarak ortaya konulması ile kavramın etkin bir şekilde uygulanması sağlanabilecektir. Çalışmamızın amacı karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak suretiyle basiretli iş adamı gibi davranma kavramının içeriğinin izahı ve hukukî niteliğinin ortaya konmasıdır. Çalışmamızda bunun yanında uygulamadaki katı yorumun tartışmaya açılarak daha hakkaniyetli bir zemine oturtulabilmesi amaçlanmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma tacirin ticaretine ilişkin faaliyetlerinde herhangi bir kişiye kıyasla daha dikkatli, tedbirli, öngörülü ve yaptığı işin inceliklerine hâkim şekilde davranmasını ifade etmektedir. Tacirin somut olayda basiretli iş adamı gibi davranıp davranmadığının tespiti, aynı alanda faaliyet gösteren ve aynı büyüklükte bir işletmeyi işleten tacirin göstermesi gereken davranış ile karşılaştırılarak objektif bir ölçü ile ortaya konulur.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kavramın tanımı, tarihsel temeli, hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta düzenlenişi, kavrama ilişkin terminoloji, kavramın hukukî niteliği ve işlevi incelenmiştir. İkinci bölümde kavramın kişi, zaman ve faaliyet bakımından uygulama kapsamı ele alınmıştır. Üçüncü bölümde Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında kavramın ilişkili olduğu ve farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılan hukukî kurum ve sonuçlar araştırılmıştır. Son bölümde ise kavramın Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuatı bakımından ilişkili olduğu hukukî kurum ve sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tacir, Basiretli İş Adamı, Basiretli İş Adamı Gibi Davranma, Yükümlülük, Hukukî Sorumluluk, Tacir Olmanın Hükümleri.

ABSTRACT

ÇAKI ÇİFCİ, Gamze. *The Obligation to Act as a Prudent Business Man,* Ph. D. Dissertation, Ankara, 2023

Our subject of study is the requirement to act like a prudent businessman, regulated under the margin heading "Conditions of Being a Merchant" in article 18/2 of the Turkish Commercial Code No. 6102. This abstract concept frequently appears in judicial decisions. For this reason, it is necessary to define the concept, reveal its legal character, determine its boundaries, determine the difference it may create in terms of the application of legal institutions and the associated legal consequences. By revealing the mentioned issues in detail, effective implementation of the concept can be achieved. The aim of our study is to explain the content of the concept of behaving like a prudent businessman and to reveal its legal character. In addition, our study aims to put the strict interpretation in practice on a more equitable basis by opening it up for discussion. Acting like a prudent businessman means that the merchant behaves more carefully, cautiously, foresightfully and having a better command of the intricacies of his business than any other person in his commercial activities.

Determining whether the trader behaves like a prudent businessman in the concrete case is determined by an objective measure by comparing it with the behavior that a trader operating in the same field and running a business of the same size should show. In the first part of our study, general explanations about the concept are given. In the second part, the scope of application of the concept is discussed. In the third chapter, the legal institutions and results related to the concept within the scope of the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations were investigated. In the last part, the legal institutions, and results with which the concept is related in terms of the Turkish Commercial Code and related legislation are examined.

Keywords: Merchant, Prudent Businessman, Behaving Like a Prudent Businessman, Obligation, Legal Responsibility, Provisions of Being a Merchant.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY ..... **i**

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI ..... **ii**

ETİK BEYAN ..... **iii**

ÖZET ..... **v**

ABSTRACT ..... **vi**

İÇİNDEKİLER ..... **vii**

KISALTMALAR ..... **xiv**

GİRİŞ **1**

1. BÖLÜM: BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA KAVRAMINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR **9**

1.1. KAVRAM VE TANIM **9**

1.1.1. Basiret 9

1.1.2. İş Adamı 12

1.1.3. Basiretli İş Adamı Gibi Davranma 13

1.2. KAVRAMIN ROMA HUKUKU BAĞLAMINDA TARİHSEL TEMELİ **23**

1.2.1. Hukukumuz Bakımından Roma Hukukunun Önemi 23

1.2.2. Kavramın Tarihî Kökeni: Kusurun Belirlenmesi Bakımından Davranış Ölçüsü Olarak İyi Bir Aile Babası (Bonus Pater Familias) 24

1.2.3. Değerlendirme 28

1.3. İLGİLİ DÜZENLEMELER **31**

1.3.1. Kavramın Pozitif Hukukumuzda Düzenlenişi 31

1.3.1.1. 865 Sayılı Kanun Dönemi 31

1.3.1.2. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemi 33

1.3.1.3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemi 34

1.3.1.3.1. Temel Düzenleme: Tacirlere İlişkin Türk Ticaret Kanunu m. 18/2 Hükmü 34

1.3.1.3.2. Acenteye İlişkin Türk Ticaret Kanunu m. 110/2 Hükmü 36

1.3.1.3.3. Kollektif Ortaklık Tasfiye Memurlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu m. 286 Hükmü 37

1.3.2. Kavramın Karşılaştırmalı Hukukta Düzenlenişi 39

1.3.2.1. Alman Hukukunda 39

1.3.2.2. İsviçre Hukukunda 44

1.3.2.3. Anglo-Sakson Hukukunda 45
1.3.2.4. Avrupa Birliği Hukukunda 48
1.4. TERMİNOLOJİ 52
1.4.1. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması 52
1.4.1.1. Tedbirli Yönetici 52
1.4.1.2. Düzenli ve Görevinin Bilincinde Yönetici 55
1.4.1.3. İş Adamı Kararı (İlkesi) 57
1.4.1.4. Basiretli Vekil 58
1.4.2. Değerlendirme 61
1.5. HUKUKÎ NİTELİĞİ 68
1.5.1. Genel Olarak 68
1.5.2. Özen Ölçüsü Niteliğinde Olduğu Görüşü 68
1.5.2.1. Öğreti Görüşleri 69
1.5.2.2. Genel Olarak Özen Kavramı 69
1.5.2.3. Özen-Kusur İlişkisi Hakkında 71
1.5.2.3.1. Genel Olarak 71
1.5.2.3.2. Sübjektif Özen (İhmal) - Objektif Özen (İhmal) Teorisi 73
1.5.3. Yükümlülük Niteliğinde Olduğu Görüşü 75
1.5.3.1. Genel Öğreti Görüşleri 75
1.5.3.2. Özen ile Bağlantılı Öğreti Görüşleri 75
1.5.3.3. Borç İlişkisine Yönelik Edim Yükümlülükleri- Yan Yükümlülükler Ayrımı 77
1.5.3.3.1. Edim Yükümlülükleri 77
1.5.3.3.2. Yan Yükümlülükler 79
1.5.3.4. Özen-Yükümlülük İlişkisi Hakkında 82
1.5.4. Külfet Niteliğinde Olduğu Görüşü 84
1.5.5. Tamamlayıcı Hukuk Kuralı Niteliğinde Olduğu Görüşü 84
1.5.6. Değerlendirme ve Görüşümüz 85
1.5.6.1. Kusurun (İhmalin) Tespitinde Objektif Özen Ölçüsü Niteliği 85
1.5.6.2. Sözleşmesel İlişkilerde Özen Yükümlülüğü Niteliği 87
1.5.6.3. Külfete Konu Davranış Kapsamında Kusurun (İhmalin) Tespiti Bakımından Özen Ölçütü Niteliği 89
1.5.6.4. Emredici Hüküm Niteliği 92

1.6. İŞLEVİ 95

2. BÖLÜM: BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULAMA KAPSAMI 97

2.1. KİŞİ BAKIMINDAN 97

2.1.1. Genel Olarak 97

2.1.2. Gerçek Kişi Tacir 97

2.1.2.1. Genel Olarak 97

2.1.2.2. Tacir Sayılma 101

2.1.2.3. Tacir Gibi Sorumlu Olma 102

2.1.2.4. Ticaret Yapması Yasaklananlar 103

2.1.2.5. Küçük ve Kısıtlılar 103

2.1.3. Tüzel Kişi Tacir 106

2.1.3.1. Genel Olarak 106

2.1.3.2. Ticaret Ortaklıkları 108

2.1.3.3. Amacına Varmak İçin Ticarî İşletme İşleten Dernek ve Vakıflar 112

2.1.3.4. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kurulan veya Ticarî Şekilde İşletilen Kuruluşlar 115

2.1.3.5. Tüzel Kişiliğe Kayyım Atanması Durumunda 116

2.1.4. Donatma İştiraki 117

2.1.5. Hâkim Teşebbüs 118

2.1.6. Yardımcı Kişi (TBK m. 116) 120

2.1.7. Çalışan (TBK m. 66) 121

2.2. ZAMAN BAKIMINDAN 123

2.2.1. Genel Olarak 123

2.2.2. Gerçek Kişi Tacir 124

2.2.3. Tüzel Kişi Tacir 126

2.2.4. Donatma İştiraki 128

2.2.5. Hâkim Teşebbüs 128

2.3. FAALİYET BAKIMINDAN 129

2.3.1. Gerçek Kişi Tacir 129

2.3.2. Tüzel Kişi Tacir 131

2.3.2.1. Ticaret Ortaklıkları 131

2.3.2.2. Amacına Varmak İçin Ticarî İşletme İşleten Dernek ve Vakıflar 134

2.3.2.3. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kurulan veya Ticarî Şekilde İşletilen Kuruluşlar 134
2.3.3. Donatma İştiraki 134
2.3.4. Hâkim Teşebbüs 135
3. BÖLÜM: TÜRK MEDENİ KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA İLE İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR……...138
3.1. TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR 138
3.1.1. Dürüstlük Kuralına İlişkin 138
3.1.2. İyiniyete İlişkin 142
3.2. TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR 149
3.2.1. Sözleşmesel Sorumluluk Kapsamında 149
3.2.1.1. Sözleşme Görüşmelerinde 149
3.2.1.2. Sözleşmenin Kurulmasında 154
3.2.1.2.1. Genel Olarak 154
3.2.1.2.2. Sözleşme Öncesi İmkânsızlık Durumunda 157
3.2.1.2.3. İrade Bozukluğu Halleri Durumunda 158
3.2.1.2.3.1. Yanılma 158
3.2.1.2.3.2. Aldatma 163
3.2.1.2.3.3. Korkutma 165
3.2.1.3. Sözleşmenin İçeriğinde 169
3.2.1.3.1. Genel İşlem Koşulları 169
3.2.1.3.2. Haksız Şart 177
3.2.1.3.2.1. Ön Soru(n): Tacir Tüketici Kabul Edilebilir mi? 177
3.2.1.3.2.2. Haksız Şartın Niteliği ve Uygulanma Esasları 182
3.2.1.4. Aşırı Yararlanma Durumunda 183
3.2.1.4.1. Genel Olarak 183
3.2.1.4.2. Karşılıklı Edimler Arasındaki Açık Oransızlık (Objektif Şart) 185
3.2.1.4.3. Orantısızlığın Bilerek Yararlanılmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi (Sömüren Açısından Sübjektif Şart) 188
3.2.1.4.4. Zarar Görenin Düşüncesizliği, Deneyimsizliği veya Zor Durumda Kalması (Sömürülen Açısından Sübjektif Şart) 188

3.2.1.4.5. Bankaların Aşırı Yararlanma Kurumuna Başvurup Başvuramayacağı Hususu 192
3.2.1.5. Sözleşmenin Yorumunda 198
3.2.1.6. Sözleşmenin İfa Aşamasında 201
3.2.1.6.1. Aşırı İfa Güçlüğü 202
3.2.1.6.1.1. Ahde Vefa İlkesi ve Uyarlama Kurumunun Tanıtılması 202
3.2.1.6.1.2. Uyarlama Kurumunun Uygulanma Şartları 204
3.2.1.6.1.2.1. Genel Olarak 204
3.2.1.6.1.2.2. Tacir Bakımından Farklı Yorumu Gerektiren Şartlar 206
3.2.1.6.1.2.2.1. Değişikliğin Taraflarca Öngörülemeyecek Nitelikte Bulunması 206
3.2.1.6.1.2.2.2. Değişikliğin Borçludan Kaynaklanmaması 212
3.2.1.6.2. İfa İmkânsızlığı Durumunda 213
3.2.1.6.2.1. Genel Olarak Sözleşme Sonrası İfa İmkânsızlığı 213
3.2.1.6.2.2. Mücbir Sebep 215
3.2.1.7. Sözleşme Sonrasında 221
3.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında 221
3.2.3. Sebepsiz Zenginleşme Kapsamında 222
4. BÖLÜM: TÜRK TİCARET KANUNU VE İLGİLİ BAZI KANUNLAR KAPSAMINDA BASİRETLİ İŞ ADAMI İLE İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR 225
4.1. TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR 225
4.1.1. Genel Olarak 225
4.1.2. Tacir Olmanın Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin 225
4.1.2.1. Genel Olarak 225
4.1.2.2. Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini Talep Edememe 229
4.1.2.2.1. Genel Olarak 229
4.1.2.2.2. Uygulama Kapsamı 232
4.1.2.2.3. Ahlâk ve Adâba ve Kişilik Haklarına Aykırı Ücret ve Ceza Koşulunun İndirilmesi 235
4.1.2.3. Fatura ve Teyit Mektubu İçeriğine İtiraza İlişkin Süre Sınırlaması 239
4.1.2.4. Ticarî Örf ve Âdetin Uygulanması 242
4.1.2.5. Ticarî Defter Tutulması, Saklanması ve Zayi Belgesi Alınması 243

4.1.2.6. Yetki Sözleşmesi Düzenlenmesi....248
4.1.3. Ticarî İşlere İlişkin....251
4.1.3.1. Faizin Serbestçe Kararlaştırılması....251
4.1.3.2. Bileşik Faiz Uygulaması....257
4.1.4. Türk Ticaret Kanunu m. 1530 Düzenlemesi....258
4.1.5. Taşıma Hukukuna İlişkin....260
4.1.5.1. Genel Olarak....260
4.1.5.2. Taşıyıcının Sorumluluğu Bakımından "En Yüksek Özen" İfadesi....261
4.1.5.3. Taşıma Süresinin Tespit Edilmemesi Durumunda Makul Sürenin Tespiti....267
4.1.5.4. Yükleme ve İstifleme Sebebiyle Sorumluluk....268
4.1.6. Sigorta Hukukuna İlişkin....269
4.1.6.1. Genel Olarak....269
4.1.6.2. Sigorta Sözleşmelerinde Her İki Tarafın Tacir Sıfatı Bakımından Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü....271
4.1.6.2.1. Sigortacı Bakımından....271
4.1.6.2.2. Sigorta Ettiren Bakımından....274
4.1.6.3. Rizikonun Ağırlaşması....279
4.2. İLGİLİ BAZI KANUNLAR KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR....280
4.2.1. Sermaye Piyasası Kanunu....280
4.2.1.1. Genel Olarak....280
4.2.1.2. Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Genel Sorumluluk Düzenlemesi (Sermaye Piyasası Kanunu m. 32)....283
4.2.1.3. İzahnameye İlişkin Özel Sorumluluk Düzenlemesi (Sermaye Piyasası Kanunu m. 10)....285
4.2.2. Çek Kanunu....288
4.2.2.1. Genel Olarak....288
4.2.2.2. Çek Kanunu m. 2 Düzenlemesi....289
4.2.3. Sınai Mülkiyet Kanunu....296
4.2.3.1. Kötüniyete Sonuç Bağlanan Durumlarda....296
4.2.3.2. Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı Durumunda....299
4.2.3.3. Markanın Taklit Olduğunun Bilinmesi veya Bilinmesinin Gerekmesi Durumunda....300

SONUÇ.....302
KAYNAKÇA.....308
EK 1. ORİJİNALLİK RAPORU.....346
EK 2. ETİK KURUL MUAFİYET FORMU.....348

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AER	: The American Economic Review
AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AktG	: Aktiengesetz
Art.	: Artikel
ASEAD	: Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi Kararı
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Batider	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
Beck-Online	: Beck Online Veri Tabanı
BGB	: Bürgerlichersgesetzbuch
BGE	: Schweizerisches Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz./bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BaÜHD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts fot the International Sale of Goods)
CLJ	: Cambridge Law Journal

CLYIB : Comparative Law Yearbook of International Business

CMK : Ceza Muhakemeleri Kanunu

CMR : Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandise

ÇÜHFD : Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Çev. : Çeviren

DCFR : Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : Dipnot

DÜHFD : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E. : Esas

ET : Erişim Tarihi

ESPK : 2499 Sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu

FMR : Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GenG : Genossenschaftsgesetz

GHD : Güncel Hukuk Dergisi

GLJ : The Georgetown Law Journal

GmbHG : Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD : Hukuk Dairesi

HFSA : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi

HGB : Handelsgesetzbuch

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Hukuk Türk	: Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı (www.hukukturk.com)
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İAÜHFD	: İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
JFE	: Journal of Financial Economics
JLE	: Journal of Law and Economics
JPP	: Journal of Political Philosophy
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİTKHK	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
KonTraG	: Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KoopK	: Kooperatifler Kanunu
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LCLR	: Lewis& Clark Law Review
Legalbank	: Legalbank Elektronik Hukuk Bankası- Legalbank Elektronik Bilgi Bankası (https://legalbank.net)

Lexpera	: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (www.lexpera.com.tr)
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
LLR	: Louisiana Law Review
LMHD	: Legal Malî Hukuk Dergisi
LQR	: Law Quartely Review
m.	: Madde
MAEÜSBD	: Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MLR	: Marquette Law Review
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
NEÜHFD	: Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NYULR	: New York University Law Review
OR	: Obligationenrecht
OSLJ	: Ohio State Law Journal
PEICL	: Principles of European Insurance Contract Law
PETL	: Principles of European Tort Law
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SCLR	: South Carolina Law Review
SAÜHFD	: Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SLR	: Stanford Law Review

SPK : Sermaye Piyasası Kanunu

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T. : Tarih

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

TD : Ticaret Dairesi

TDK : Türk Dil Kurumu

TEYD : Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi

TFM : Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi

THD : Terazi Hukuk Dergisi

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TLR : Tulsa Law Review

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

UCC : The Uniform Commercial Code

UGB : Unternehmensgesetzbuch

UMD : Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi

UNCITRAL : Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law)

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

vd. : ve devamı

Vol : Volume

VVG : Versicherungsvertragsgesetz

VWLR : Victoria U. Wellington Law Review

WMLR : William Mitchell Law Review

YBHD : Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

YHD : Yaşar Hukuk Dergisi

YLJ : Yale Law Journal

YÜED : Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

6762 sayılı TTK : 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu

818 Sayılı BK : 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmanın konusu "*Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*" dür. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında TTK[1] m. 18/2'de hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca her tacirin ticaretine ilişkin tüm faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Hukukumuzda ticaret hukukuna ilişkin düzenlemeler ve ticaret hukukunun uygulama alanının tespiti bakımından ticarî işletmeyi esas alan modern sistemin kabul edildiği belirtilse[2] de ticaret hukuku ve ticaret hayatı bakımından tacir kavramı büyük önemi haizdir. Nitekim bu kapsamda TTK'da tacir olmaya bağlanan bir takım özel hükümler öngörülmüştür. Söz konusu hükümlerden biri de tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma gerekliliğidir.

Ticaret hayatında ve ticaret hayatını düzenleyen kanun hükümlerinde esas alınan güven kavramı[3], tacirlerin hukukî ilişkilerinde de ön plândadır. Zira ticaret hayatının düzenli işleyişini sağlamak bakımından hız ve güven önem taşır. Güven ise ancak ehil kişilerce sağlanabilir[4]. Ehil olmak, bir işi en iyi şekilde gerçekleştirecek yetkinlikte olmak anlamına gelir[5]. İşinin ehli gözüken kimseye güven beslemenin hukukî bağlamda da bir karşılığı bulunmaktadır. Bu kapsamda ehil olduğuna güvenilen kişinin hukukî ilişkilerinde göstermesi gereken özen seviyesi de artmaktadır[6]. Eser ve vekalet sözleşmelerinde güven ilişkisinin daha yüksek olduğu gerekçesi ile de yüklenici ve

---

[1] RG. 14.02.2011 S. 27846.
[2] Bkz. **Arkan**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku (Ticari İşletme), 28. Baskı, Ankara 2022, s. 5.
[3] Bu hususta bkz. **Ülgen**, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005, s. 2 vd.
[4] Bu hususta "*experto crede (ehil olana güven)*" ilkesine ilişkin açıklama için bkz. **Helvacı**, Serap/**Topuz**, Murat: Geçmişten Günümze Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 262-263. İşinin ehli kabul edilen kimselere ilişkin benzer yönde "*infirmitas culpae adnumeratur (yeteneksizlik/beceriksizlik kusura eş sayılır)"* ilkesi için bkz. **Helvacı/Topuz**, s. 385.
[5] **Kubbealtı Lugatı** (http://lugatim.com/s/ehil, ET: 26.10.2023).
[6] **Yılmaz**, Süleyman: Hukukî Açıdan İnternet Bankacılığı (İnternet Bankacılığı), Ankara 2010, s. 151-154; 11. HD, T. 08.05.2006, E. 2005/5264, K. 2006/5270 (Hukuk Türk).

vekilin özen ölçüsünün daha ağır (basiretli yüklenici-basiretli vekil)[7, 8] takdir edildiği ifade edilmektedir[9]. TTK m. 18/2'de öngörülen basiretli iş adamı gibi davranma kavramı da öncelikle ticaret hayatında tacire güven duyulması gerekliliği bağlamında anlaşılmalıdır[10].

İşlemesinde hız ve güvenin etkin olduğu ticaret hayatında, tacirin ticaretine ilişkin faaliyetlerinde öngörülü, tedbirli, dikkatli ve özenli olmayı kapsamına alacak şekilde basiretli davranması beklenmektedir. Oldukça kapsamlı olarak değerlendirilebilecek basiretli iş adamı gibi davranma kavramının sınırlarının da belirlenmesi gerekir. Zira sınırları belirlenmediğinde kavram tacire insanüstü bir yükümlülük öngörecek şekilde yorumlanmaya elverişlidir. Çalışmamızın başlıca amacı basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin sınırlarını belirlemek ve uygulamaya da bu kapsamda katkı sunabilmektir.

Basiretli davranma kavramı, hukukumuzda ilk kez 865 sayılı Ticâret-i Berriyye Kânûnu[11] m. 644 hükmünde kullanılmıştır. 865 sayılı Kanun m. 644'te ticarî bir borcun ifasında basiretkâr bir tacir gibi hareket edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. 865 sayılı Kanun uyarınca her durumda ticarî borcun (işin) taraflarının tacir sıfatına sahip olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda basiretli davranmanın, ticarî iş ile bağlantılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Somut olayda ticarî iş kapsamında borç altına giren kişi tacir olmasa dahi basiretkâr bir tacir gibi davranması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu bağlamda 865 sayılı Kanunda tacir olmayan kişiye tacire yönelik bir özen yüklenmektedir. 6762 sayılı TTK[12] m. 20/II'de ise isabetli olarak basiretli davranma ticarî işle değil, tacir ile

---

[7] Eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin işinin ehli kabul edildiğine yönelik bkz. **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) (Borçlar Özel), 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 444-445; 15. HD, T. 13.10.2014, E. 2014/177, K. 2014/5693: "*...Kural olarak işinin ehli ve konusunda uzman olan yüklenicinin...*"; 15. HD, T. 16.04.2018, E. 2018/1985, K. 2018/1561: "*...Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici işinin ehli ve...*"; 15. HD, T. 13.07.2017, E. 2017/907, K. 2017/2889 (Hukuk Türk). Vekalet sözleşmesi bakımından benzer yönde bkz. **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 546-547; **Aslan**, Kemale Leyla/**Güler**, Ahmet Alper: Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı, İAÜHFD, Y. 6, S. 1, 2020, s. 54-55.

[8] Sırasıyla bkz. TBK (RG. 08.12.2001, S. 24607) m. 471/II ve TBK m. 506/III.

[9] **Helvacı/Topuz**, s. 262-263.

[10] TBK m. 471/II ve 506/III'teki özen derecesinin TTK m. 18/2 ile örtüştüğü yönünde bkz. **Doğan**, Beşir Fatih: İstisna Sözleşmesinde Cezai Şart Ediminin Talebi (Cezai Şart), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998, s. 19-20.

[11] RG. 28.06.1926 S. 406.

[12] RG. 09.07.1956 S. 9353.

bağlantılı olarak "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte basiretkâr tacir ifadesi yerine basiretli iş adamı ifadesi kullanılmıştır. Nihayetinde 6102 sayılı TTK m. 18/2'de 6762 sayılı TTK m. 20/II'nin tekrarı niteliğinde tacirin ticarî faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine hükmedilmiştir.

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı pozitif hukukumuzda günümüze değin gelen düzenlemelerde tanımlanmamıştır. Bu kapsamda basiretli iş adamı gibi davranma kavramının neyi ifade ettiği ve hangi şekilde hareket etmenin basiretli davranışa uygun olduğu öngörülmemiştir[13]. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine aykırı davranışının hukukî sonucunun ne olacağı hususu da açık olarak düzenlenmemiştir. TTK m. 18/2'de yalnızca bir fıkra ile düzenlenmesine karşılık yargı kararlarında basiretli iş adamı gibi davranma kavramı sıklıkla yer etmektedir. Yargı uygulamasında da ciddî yeri bulunan bu kavram öncelikle ayrıntılı olarak izah edilmeli ve kavramın hukukî niteliği ortaya konmalıdır. Kavram hukukî niteliğinin ortaya konulması ile işlerlik kazanabilecek ve yargı uygulamasında etkinlik sağlayabilecektir. Zira basiretli iş adamı gibi davranmaya yargı uygulamasında yüklenen anlam tartışılabilir bulunmaktadır[14]. Bu itibarla çalışmamızda tarihsel temelinin araştırılması, pozitif hukukta günümüze değin düzenleniş biçiminin ortaya konulması ve karşılaştırmalı hukuk düzenleme ve öğreti görüşlerinden faydalanılması yolu ile basiretli iş adamı gibi davranma kavramının hukukî niteliğinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk bakımından TTK m. 18/2 hükmünün Alman hukukundaki paralel düzenlemesi Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch) (HGB)[15] § 347/1'dir. Bu bağlamda ilgili hüküm ve hükme yönelik öğreti görüşleri TTK m. 18/2'nin uygulaması bakımından yol gösterebilecektir.

---

[13] Ancak 6762 sayılı Kanunun Gerekçesinde kavramın anlamının Kanundan değil ticaret hayatından ve özellikle de ticarî teamüllerden çıkarılacağı ifade edilmiştir. 6762 sayılı mülga TTK genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Türk Ticaret Kanunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), Devre: X, İçtima: 2, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf, ET: 05.04.2022).

[14] Yargıtay'ın basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü doğrudan sorumluluğun sebebi olarak kabul ettiği, gerekçe ve kurguyu basiretli iş adamı gibi davranılmadığı şeklinde oluşturduğu yönünde eleştiri için bkz. **Pınar**, Hamdi: Özen Borcu ve Tedbirli Yönetici Ölçüsü, Anonim ve Limited Ortaklık Yöneticilerinin Sorumluluğu Sempozyumu, 2. Oturum Sunum Videosu, http://video.bilkent.edu.tr/series_listing.php?category=3&lang=tr&series_id=4 (ET: 29.10.2020).

[15] Tam metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/HGB.pdf (ET:18.01.2021).

Karşılaştırmalı hukukta reasonable man (makul adam) kavramına yüklenen anlam da basiretli iş adamı gibi davranma kavramının izah edilmesinde faydalı olabilecektir.

Hukukî niteliği aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacak olan basiretli iş adamı gibi davranma kavramı esasında hukukî sorumluluğun tespiti bakımından önem taşımaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı, tacirler özelinde hukukî sorumluluğun unsurlarının farklı olarak değerlendirilmesini gerektirir. Kavram temelde tacirin özenli davranmasına yönelik bir anlam ihtiva eder ve özen kavramı da hukukî sorumluluğun tespitinde işlev gösterir[16]. Ancak basiretli (özenli) davranışın hangi ölçüte göre tespit edileceği hususu da önem arz eder. Tacirin somut olayda basiretli iş adamı gibi davranıp davranmadığının tespiti, aynı alanda faaliyet gösteren ve aynı büyüklükte bir işletmeyi işleten tacirin göstermesi gereken varsayımsal davranış ile karşılaştırılarak ortaya konulur[17]. Nitekim tacirin kendi işlerinde gösterdiği özen, basiretli davranıp davranmadığının tespitinde dikkate alınmaz. Bu kapsamda tacirin basiretli iş adamı gibi davranıp davranmadığının tespiti objektif bir ölçü ile yapılacaktır[18].

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının hukukî sorumluluğun tespiti bakımından taşıdığı özel anlam, kişi, zaman ve faaliyet bakımından uygulama kapsamının ortaya konulmasını da gerekli kılmaktadır. Nitekim somut olayda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin bulunduğunun tespit edilmesi, gerekli olan özenli davranışa ilişkin değerlendirmeyi farklılaştırır (ağırlaştırır).

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının önem taşıdığı bir diğer husus ise, TMK[19] ve TBK'da düzenlenen birçok hukukî kurumun uygulanmasında oluşturduğu farklılıktır. Bu farklılık öncelikle hukukî kurumun uygulanmasına yönelik davranışta beklenen özenin tacir bakımından ağırlaşması ve tacirin basiretli davranmasının tacir olmayan bir kişiye

---

[16] **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Vekilin Özen Borcu (Vekilin Özen Borcu), İstanbul 2001, s. 79 vd.
[17] **Arslanlı**, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri- Umumî Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1959, s. 61; **Tekil**, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997, s. 135; **Ünal**, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti I (Basiretli İş Adamı I), Maliye Postası, S. 180, 1988, s. 57.
[18] **Arslanlı**, s. 61; **Tekil**, s. 135; **Ünal**, Basiretli İş Adamı I, s. 57.
[19] RG. 08.12.2001, S. 24607.

kıyasla öngörülü ve dikkatli olmasını gerektirmesi ile açıklanabilir. Belirtilmelidir ki yer verilen tüm hukukî kurumlar ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek nitelik ve derinlikte bulunmaktadır. İlgili hukukî kurumlara ilişkin tüm hususların ifade edilmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle özellikle çalışma konumuzla bağlantılı olan hususların ele alınmasına gayret edilmiştir. Çalışmamızda bu kapsamda esas alınan amaç, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir bakımından hukukî kurumların uygulamasının nasıl farklılaşacağının ortaya konulmasıdır. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin, tek başına tacirin bir hukukî kuruma başvurmasını engeller niteliği bulunmamaktadır. Ancak tacirden basiretli iş adamı gibi davranmasının beklenmesi hukukî kurumlara başvurulmasında farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu değerlendirmenin de sınırları çizilmelidir. Zira çok katı bir yorum taciri ekonomik hayata katılma konusunda çekinceye sürükleyebilir ve ticaret hayatının işlerliğine ve nihayetinde ülke ekonomisine zarar verebilir. Bu itibarla tacirin hukukî kurumlara başvurabilmesine yönelik olarak basiretli iş adamı gibi davranmasının sınırlarının belirlenmesi gerekir.

Basiretli iş adamı gibi davranma, tacir olmanın bir hüküm ve sonucu olmasının yanı sıra, TTK kapsamında birçok düzenleme ile de bağlantılı bulunmaktadır ve çalışmamızın bir amacı da bu bağlantıların tespitidir. Zira basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile bağlantısının tespiti, ilgili düzenlemelerin uygulanmasındaki yorum ve değerlendirmeleri de farklılaştırmaktadır. Tespit ettiğimiz ilgili düzenlemelerin temelinde yatan düşünce tacirin öngörülü, tedbirli ve basiretli davranması gereğidir. İlgili düzenlemeler bu varsayım ve beklentiden hareketle kaleme alınmıştır. Tacir olmanın her bir hükmü ve ticarî işe ilişkin her bir sonuç bağımsız bir çalışmanın konusu olabilecek niteliktedir. Bu kapsamda genel bilgilerin dışında çalışmamızda ilgili düzenlemelerin özellikle basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile bağlantısı özelinde ele alınmasına gayret edilmiştir. İlgili düzenlemelere ilişkin yargı kararlarının da bu bağlamda değerlendirilerek ortaya konmasına ihtiyaç vardır.

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının TTK kapsamında ilişkili olduğu düzenlemeler ortaya konulurken taşıma işlerine ve sigortaya ilişkin düzenlemeler ayrı olarak ele alınmalıdır. Zira belirtilen faaliyet alanlarına ilişkin tacir sıfatı özellik arz etmektedir. Bu kapsamda TTK'nın taşıma işlerine ilişkin düzenlemelerinde öngörülen

taşıyıcının tacir sıfatı tabiidir. Ancak taşımaya ilişkin ticarî faaliyetin tehlikeliliği, gösterilmesi gereken özen derecesini de artırmaktadır[20]. Taşıyıcı alelade bir tacirin göstermesi gereken özenden fazlasını göstermelidir. Taşıyıcının özeni hukukî sorumluluk bağlamında yargı kararlarında da sıklıkla yer etmektedir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuka ilişkin öğreti ve yargı kararlarından da yararlanmak suretiyle taşıyıcının özeninin somutlaştırılması gerekir. TTK'nın sigortaya ilişkin düzenlemelerinde de sigortacının tacir sıfatı sigortacılık faaliyetinin uzmanlık gerektiren bir faaliyet olması ve faaliyetin izne tâbi bulunması gibi gerekçelerle özellik göstermektedir. Sigortacının özen ölçüsü bu bağlamda daha ağır değerlendirilmelidir.

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı TTK kapsamında ilişkili olduğu hukukî sonuçların yanında ticaret hukukunun kaynaklarını oluşturan bazı özel Kanunlar bakımından da farklı değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Hukukî sorumluluğun tespiti bakımından önem taşıyan basiretli iş adamı gibi davranma kavramı bu kapsamda çalışmamızda SPK'da[21] düzenlenen özel sorumluluk hâlleri bakımından da ele alınmıştır. Bunun yanı sıra Çek Kanunu[22] m. 2'de bankaların çekin muhatabı sıfatı ile sorumluluklarına ilişkin olarak basiretli davranmalarına vurgu yapılmıştır. Bu vurgunun TTK m. 18/2 ile ilişkisinin ortaya konularak, Çek Kanunu m. 2 bağlamında bankaların göstermesi gereken özen tartışılmalıdır. Bankaların çekin muhatabı sıfatıyla birçok yükümlülüğü bulunmaktadır ve her bir yükümlülük ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek nitelik ve derinliktedir. Çalışmamızda yalnızca "*basiret*" vurgusu sebebiyle Çek Kanunu m. 2 hükmü ele alınmaktadır. Belirttiğimiz üzere basiretli iş adamı gibi davranma hukukî kurumların tacirler bakımından uygulanmasında farklılık oluşturur. SMK'da[23] da bu kapsamda "*bilme ve bilmenin gerekmesi*" hususuna hüküm ve sonuç bağlanan hâller tacirler bakımından farklı değerlendirilmelidir. Zira tacir olmayan bir kişinin bilmediği veya bilmesinin gerekmediği bir hususun tacir tarafından bilinmesi

---

[20] **Widmer**, Pierre: Principles of Europan Tort Law Text and Commentary, Avusturya 2005, s. 77, N. 8. Bankacılık sektörüne ilişkin aynı yönde bkz. **Yılmaz**, İnternet Bankacılığı, s. 152.
[21] RG. 30.12.2012, S. 28513.
[22] RG. 20.12.2009, S. 27438.
[23] RG. 10.01.2017, S. 29944.

beklenebilir. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, bilinmesi beklenen hususları artırmaktadır.

İNCELEME PLÂNI

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde basiretli iş adamı gibi davranma kavramının genel olarak açıklanmasına çalışılmıştır. Bu bağlamda ilk olarak kavramın tanımı yapılmaya çalışılmış, sonrasında kavramın Roma hukuku bağlamında tarihsel temeli araştırılmıştır. Daha sonra kavramın pozitif hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta düzenlenişi ele alınmıştır. Terminolojiyi ortaya koymak bakımından söz konusu kavramın benzer kavramlarla karşılaştırması yapılmıştır. Bu kapsamda anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen tedbirli yönetici (TTK m. 369), anonim ortaklık tasfiye memurları bakımından öngörülen düzenli ve görevinin bilincinde yönetici (TTK m. 542/1-e), iş adamı kararı ilkesi ve vekile ilişkin öngörülen basiretli vekil (TBK m. 506/III) kavramları incelenmiş ve basiretli iş adamı gibi davranma kavramının terminoloji olarak yerindeliği değerlendirilmiştir. Kavramın hukukî niteliğine ilişkin öğretide birçok görüş öne sürülmektedir. Bu bağlamda öğretide özen ölçüsü niteliğinde olduğu görüşü, yükümlülük niteliğinde olduğu görüşü, külfet niteliğinde olduğu görüşü ve tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğu görüşü ileri sürülmektedir. İlgili görüşler ayrıntılı bir biçimde açıklanmış ve sonrasında görüşümüz ifade edilmiştir. İlk bölümde son olarak kavramın işlevine ilişkin açıklama yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin uygulama kapsamı incelenmiştir. İlk olarak kavramın kişi bakımından uygulanması ele alınmıştır. Daha sonra zaman bakımından uygulama hususu ele alınmıştır. Bu hususta tacir sıfatının kazanılma ve kaybedilme anı önem arz etmektedir. İkinci bölümde son olarak kavramın faaliyet bakımından uygulama kapsamı TTK m. 18/2'de belirtilen "*ticaretine ilişkin tüm faaliyetlerinde*" ifadesinin izahına çalışılarak ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde basiretli iş adamı gibi davranmanın TMK ve TBK uygulaması kapsamında yol açtığı ve ilişkili olduğu hukukî sonuçlar ele alınmıştır. TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve m. 3'te düzenlenen iyiniyet uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmaktadır (TMK m. 5). Öğretide ve uygulamada oldukça önem arz eden söz konusu iki kavramın uygulanması basiretli iş adamı gibi davranması gereken kişi bakımından farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda öğreti ve yargı kararlarından da faydalanmak suretiyle basiretli iş adamı gibi davranmayla ilişkili hukukî sonuçlar ele alınmıştır. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği TBK kapsamında da sorumluluğun dayanağı bakımından farklı hukukî sonuçlara yol açmaktadır. Özellikle sorumluluğun dayanağının sözleşme olması durumunda, basiretli iş adamı gibi davranmanın sözleşmenin kurulmasından önce, kurulma aşamasında, içeriğinde, yorumunda, ifasında ve sonrasında yol açacağı öngörülen farklı hukukî sonuçlar ayrıntılı olarak incelenmiş ve açıklanmıştır. Bunun yanı sıra borcun kaynağının haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olması durumunda da tacir özelinde oluşabilecek uygulama farklılığına temas edilmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği TTK ve ilgili mevzuat kapsamında ilişkili olduğu hukukî sonuçlar bakımından ele alınmıştır. Bu bağlamda ilk olarak tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçlar bakımından etkisi incelenmiştir. İlgili başlık altında özellikle tacirin ücret ve cezanın indirilmesini talep edememesine ilişkin TTK m. 22 düzenlemesi önem arz etmektedir. Sonrasında ticarî işlere ilişkin özellikle faize yönelik düzenlemeler bakımından kavramın etkisi incelenmiştir. TTK'nın dördüncü kitabında düzenlenen taşıma işleri ve altıncı kitabında düzenlenen sigorta kısmına ilişkin olarak da basiretli iş adamı gibi davranma kavramının etki gösterdiği hukukî düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda ilgili düzenlemeler araştırılmıştır. Dördüncü bölümün son kısmında ticaret hukukunun kaynağı olan ilgili diğer Kanunlar (SPK, Çek Kanunu ve SMK) bakımından basiretli iş adamı gibi davranma hususunun yol açtığı farklı hukukî sonuçlar ve özel düzenlemeler ele alınmıştır.

1. BÖLÜM

BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA KAVRAMINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

1.1. KAVRAM VE TANIM

1.1.1. Basiret

Çalışmamızda ilk olarak basiret kavramının neyi ifade ettiği hususunun açıklanması gerekmektedir. Hukukî olarak açıklığa kavuşturabilmek bakımından kavramın sözlük karşılığının yanında dinî ve felsefî kökeni de belirtilmelidir. Nitekim ilgili hususlar ortaya konulmadan kavramı hukukî bir kavram olarak belirlemek güçtür. "*Basiret*" kelimesinin sözlükte birçok anlamı yer almaktadır. TDK basiret kelimesini, "*gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, seziş, uzağı görüş, anlayış, kavrayış, sağgörü ve vizyon*" olarak tanımlamaktadır[24]. Kavram Arapça basar (görme) isminden türemiştir[25].

Basiret kavramı dinî bakımdan önem ihtiva etmektedir. Dinî bağlamda kavramın, görme, idrak etme, gerçeği keşfetme, gerçeği yanlıştan ayırma, doğru yolu tanıma, kalp gözü, bilgi ve kesin delil anlamları bulunmaktadır[26]. Kavram yalnızca göz ile görmeyi değil, manevî ve sezgisel olarak da idrak etmeyi ve gerçeği keşfetmeyi kapsayan bir anlama

---

[24] **TDK**: Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr, ET: 07.04.2020). Ayrıca bkz. **Demir**, Abdullah: Hukukî Terimler Sözlüğü, Ankara 2017, s. 122; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü (Sözlük), 7. Baskı, Ankara 2002, s. 135.

[25] **Kubbealtı Lugatı** (http://lugatim.com/s/BAS%C3%8ERET, ET: 07.07.2023).

[26] Dinî bakımdan "*basiret*" kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Uludağ**, Süleyman: Basîret, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 5, İstanbul 1992, s. 103 (islamansiklopedisi.org.tr/basiret, ET: 05.07.2023); **Gezgin**, Ali Galip: Kur'ân'da "Düşünme" Anlamına Gelen Bazı Kelimeler Üzerine Değerlendirmeler II, Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 33, 2014, s. 19 vd.; **Ergül**, Adem: Öz Denetim Güçlendirici Bir Vasıta Olarak Kur'an'da Şehâdet, Ru'yet, Basîret ve Murâkabe, İslam Araştırmaları Dergisi, S. 36, 2021, s. 7; **Erdoğan**, Hatice: İslâm Düşüncesinde Basîret ve Firâset Kavramlarının Din Psikolojisi Açısından İncelenmesi (İslam Düşüncesinde Basiret), Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s. 3-8; **Acaroğlu**, Büşra: Kur'ân'da "Basîret" Kavramı, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2020, s. 4 vd.

sahiptir[27]. Bu bağlamda basiret, olayları, nesneleri ve herhangi bir işin sonucunu kavrama yeteneğini ifade eder[28]. Basireti ifade eden kavrama ve doğru yolu bulma yeteneği aklı kullanarak[29] sezgisel olarak mümkün olur[30]. Bu bakımdan basiret kavramının duyusal, zihinsel ve sezgisel bağlamda geniş bir anlam çerçevesi bulunmaktadır[31]. Basirete sahip olan kişinin yanlış düşünmesi ve karar vermesi olası görülmemektedir. Kişinin basiretli kabul edilebilmesi için yalnızca gerçekleri yanılmadan görebilmesi yeterli bulunmaz; öngörüsüne dayalı olarak ileriye yönelik tedbirleri de eksiksiz olarak alacağı varsayılır[32].

Basiret kavramı felsefî olarak da anlam ihtiva etmektedir. Bu bağlamda Latince "*prudentia*" veya "*phronesis*"[33] olarak ifade edilen basiret kavramının temel anlamı "*öngörü*" olarak belirtilebilir[34]. Öngörü, zihnin, bir durumun gelecekte nasıl şekilleneceğini önceden algılama gücünü ifade eder[35]. Ancak basiretli olabilmek bakımından öngörülü olmak yeterli olmaz; öngörüye dayalı doğru muhakeme kurulması gerekir[36]. Temel karşılığı öngörü olmakla birlikte, basiret kavramı öngörü ile bağlantılı olarak takdir gücü, pratik muhakeme ve sağduyu olarak da anlam ifade etmektedir[37]. Basiret kavramının önceki deneyimlerin gelecekteki olasılıkların öngörülmesine

---

[27] Gündelik dilde doğru düşünmeyip, gerçeği göremez durumda olmak "*basireti bağlanmak*" olarak ifade edilmektedir [**TDK**: Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr, ET: 05.07.2020)].
[28] **Erdoğan**, İslam Düşüncesinde Basiret, s. 4. Ayrıca bkz. **Beydeba** (Çev. **Doğrul**, Ömer Rıza): Kelile ve Dimne, 3. Baskı, İstanbul 2021, s. 154-155.
[29] **Beydeba** (Çev. **Doğrul**), s. 142, 154, 155.
[30] **Acaroğlu**, s. 40 vd.
[31] **Erdoğan**, İslam Düşüncesinde Basiret, s. 4.
[32] **Uludağ**, s. 103.
[33] Kavramın İngilizce karşılığı olarak "*Prudence*" kavramı ifade edilebilir. Bkz. **Bayram**, Ali/**Çankaya**, Birsen/**Jones**, Gordon: Fono İngilizce Büyük Sözlük, İstanbul 2006, s. 692; **Akgülen**, Alper Tunga: İngilizce Türkçe-Türkçe İngilizce Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 174. Prudentia, phronesis ve prudence kavramları Türkçe'ye ihtiyat olarak da çevrilmektedir. Bkz. **Aristoteles** (Çev. **Özcan**, Zeki): Nikomakhos'a Etik, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 280 vd. İhtiyat temkinli olmayı ifade eder, ancak kanaatimizce öngörülü olmayı da kapsayan geniş bir anlam çerçevesine sahip olan basiret kavramını tam anlamıyla karşılamamaktadır.
[34] **Cook**, Brendan: Prudentia in More's Utopia: The Ethics of Foresigt, Renaissance and Reformation, Vol. 36, N. 1, 2013, s. 32.
[35] **TDK**: Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr, ET: 19.10.2023).
[36] **Aristoteles** (Çev. **Özcan**), s. 280 vd.; **Cook**, s. 32.
[37] **Cook**, s. 32.

yardımcı olacağından hareketle tecrübeye dayalı bir beceri ve yetkinlik olarak da anlam kazanabileceği öne sürülmektedir[38].

Temeli antik dönem felsefesine kadar uzanan basiret kavramı, "*erdem*" olarak kabul edilmiştir[39]. Erdem ise bir kişilik özelliği olarak sürekli biçimde haklı olana yönelim, doğru ve ideal olanı gerçekleştirmeye uygun tutum olarak tanımlanmaktadır[40]. Basiret pratik bilgelik olarak kabul edilmektedir[41]. Bu bağlamda basiret, somut olayın özellikleri çerçevesinde davranışı yönlendiren erdem olarak ifade edilmektedir[42]. Basiretle sergilenen davranışın ahlâka da uygun olduğu kabul edilmektedir[43].

Görüldüğü üzere hem sözlük karşılığı ile hem dinî ve felsefî kökeni ile basirete yüklenen anlam olumludur. Özet ve sonuç olarak basiretin, doğru davranış şeklinin tespiti ve uygulanması bağlamında somut durumlara uygulanan doğru muhakeme yeteneği anlamını taşıdığı söylenebilir[44]. Muhakeme yeteneği akılsal ve sezgisel olarak öngörüye ve öngörüye dayalı dikkat ve tedbire bağlı olarak etkinlik gösterir.

---

[38] **Cook**, s. 32; **Çebi**, Sezgin Seymen: Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 6, 2015**,** s. 2.

[39] **Aristoteles** (Çev. **Özcan**), s. 282; **Garnett**, A. Campbell: Good Reasons in Ethics: A Revised Conception of Natural Law, Mind, Vol. 69, N. 275, 1960, s. 356; **Hariman**, Robert: Theory Without Modernity *içinde* Prudence: Classical Virtue, Postmodern Practice (Editör: Hariman, Robert), Pensilvanya 2003, s. 2-3.

[40] Erdem kavramına ilişkin bkz. **Aral**, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. Basım, İstanbul 2021, s. 36.

[41] **Aristoteles** (Çev. **Özcan**), s. 300. Öğretide *Çebi*, çeviri olarak "*basiret*" kelimesini kullanmasa da "*basiret*" kavramının İngilizce karşılığı olan "*prudence*" kavramını "*pratik bilgelik*" olarak Türkçeye çevirmiş ve modern hukuk bakımından özellikle muhakeme yeteneği bağlamında kavramın önemini açıklamıştır. Bkz. **Çebi**, s. 1-19.

[42] **Cook**, s. 32. Basiretin temel özelliği iyice düşünüp taşınma olarak ifade edilebilir [**Aristoteles** (Çev. **Özcan**), s. 287].

[43] **Garnett**, s. 356. Basiretli davranmanın ahlâkla bağlantılı olduğu yönünde ayrıca bkz. **Atalay**, Hatice: Hukuk-Ahlâk İlişkisi Bağlamında İslâm ve Türk Hukukunda Ticarî Ahlâk İlke ve Kuralları, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023, s. 126.

[44]**Aristoteles** (Çev. **Özcan**), s. 287; **Madsen**, Peter: Dynamic Transparency, Prudentiaş Justice, and Corporate Transformation: Becomin Socially Responsible in the Internet Age, Journal of Business Ethics, C. 90, 2009, s. 640-641.

1.1.2. İş Adamı

TTK m. 18/2 düzenlemesinde tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine hükmedilmiştir. İlgili hüküm "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında düzenlenmesine rağmen, hükümde basiretli tacir yerine basiretli iş adamı ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Kavram tercihine ilişkin TTK'da ve TTK Gerekçesinde[45] bir açıklamaya rastlanmamıştır.

"*İş adamı*" kavramı sözlük anlamı ile; kazanç sağlamak amacıyla ticaret ve sanayiye yatırım yapan kişi olarak tanımlanmaktadır[46]. Bununla birlikte iş adamı kavramı, mesleği tacirlik olan kişi, profesyonel yönetici, işinin uzmanı tacir olarak da ifade edilmektedir[47].

"*İş adamı*" kavramının kullanılması, basiretli davranma kavramına özel bir anlam katmamakta ve uygulama bakımından belirgin bir farklılığa yol açmamaktadır. Zira TTK m. 18/2 hükmü "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında düzenlendiğinden, basiretli davranması gereken ve beklenen esasında tacir olacaktır. Bu bağlamda "*basiretli iş adamı*" kullanımı ile "*basiretli tacir*" kullanımı arasında uygulama bakımından bir fark bulunmadığı kanaatindeyiz[48]. Nitekim yargı kararlarında iki ifade de aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır[49].

---

[45] TTK'nın genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 96, s. 7-570 (https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf, ET: 21.01.2021).
[46] Bkz. **TDK** (www.tdk.gov.tr) (ET: 07.04.2020).
[47] **Yılmaz**, Sözlük, s. 585.
[48] Bu hususta açıklama için ayrıca bkz. aşağıda 1.4.2., s. 61 vd.
[49] Basiretli iş adamı ifadesinin kullanımı için bkz. 11. HD, T. 20.03.1978, E. 1978/526, K. 1978/1283: "*...bankanın... basiretli iş adamı gibi hareket ederek...*" (Legalbank); HGK, T. 11.10.2000, E. 2000/1255, K. 2000/1249 (Hukuk Türk). Basiretli tacir ifadesinin kullanımı için bkz. HGK, T. 21.11.2012, E. 2012/550, K. 2012/820: "*TTK'nun 20. maddesi hükmüne göre, banka basiretli tacirden beklenen özen derecesini de göstermek zorundadır*"; 11. HD, T. 12.10.2015, E. 2015/3801, K. 2015/10336 (Hukuk Türk).

1.1.3. Basiretli İş Adamı Gibi Davranma

Çalışma konumuz bağlamında basiret kavramı hukukî olarak tek başına anlam ifade etmemektedir[50]. Nitekim kavram "*basiretli*" olarak ifade edilebilecek sıfat hâli ile ve yanında belirttiği isim ile hukukî bağlamda anlam kazanacaktır. Bu kapsamda TTK m. 18/2 düzenlemesinde tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine hükmedilmiş ancak basiretli iş adamı gibi davranma kavramının tanımı yapılmamıştır. Kavramın tanımı öğreti ve yargı kararlarına bırakılmış durumdadır. Öğretide kavrama ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır.

Bir tanıma göre basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin ticarî faaliyetlerinde tedbirli ve tecrübeli bir iş adamı gibi hareket etmesi olarak açıklanmaktadır[51]. Bir başka tanımda ilgili kavram ticarî faaliyetlerinde tedbirli, ileri görüşlü ve yaptığı işin inceliklerini bilir şekilde davranma olarak ifade edilmektedir[52]. Basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde herhangi bir kişiye kıyasla öngörülü olması, yaptığı işin sonucunu öngörerek iş yapması olarak da tanımlanmaktadır[53]. Yine bir başka tanıma göre basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin dikkatli, özenli, gerçeği görür ve sağduyulu hareket etmesi anlamına gelmektedir[54]. Bir diğer tanım uyarınca basiretli iş adamı gibi davranma, hukukî ve fiilî durumu dikkate alarak öngörülü şekilde hareket etmek, hukukî veya fiilî bir aykırılık veya imkânsızlığa sebep olabilecek işlem ve tasarruflardan

---

[50] Bununla birlikte "*basiretsizlik*", TTK m. 219'da ortaklık sözleşmesi ile yönetim işleri verilen kollektif ortağın yönetim yetkisinin sınırlandırılmasında veya geri alınmasında haklı bir neden olarak ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. ve karş. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (RG. 01.11.2005, S. 25983 Mükerrer) m. 67/1-g.
"*Basiretsizlik*" ifadesinin yorumunda da esasında basiretli iş adamı gibi davranma kavramından hareket edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Ulusoy**, Yılmaz: Mukayeseli Şahıs Şirketleri, Ankara 1977, s. 319-320. "*Basiretsizlik*" kavramının TTK m. 364 Gerekçesinde anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin haklı sebeple görevden alınmasına ilişkin olarak belirtilen "*yönetimde yetersizlik*" ifadesi ile ve limited ortaklık müdürlerinin azline ilişkin TTK m. 630/3'de öngörülen "*yeteneğin kaybı*" ifadesi ile benzer içeriğe sahip olduğu yönünde bkz. **Özdemir**, İbrahim Akan: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Görevden Alınması Açısından Haklı Sebep Unsurunun Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri Bakımından Değerlendirilmesi (Haklı Sebep), SAÜHFD, C. 11, S. 1, 2023, s. 307.
[51] **Nomer Ertan**, N. Füsun (**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan): Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2022, s. 153.
[52] **Kayar**, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022, s. 156.
[53] **Bozkurt**, Tamer: Ticarî İşletme Hukuku (Ticari İşletme), 5. Baskı, Ankara 2023, s. 222.
[54] **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan/**Özboyacı**, Alper: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Bursa 2022, s. 159-160.

kaçınmak demektir[55]. Bu hususta bir Yargıtay kararında basiretli iş adamı gibi davranma, kurduğu hukukî ilişkiyle bağlantılı olarak "*ticaretinin özelliğini göz önünde tutan tedbirli ve ileriyi makul ve mutad bir oranda gören bir tacir gibi davranma*" olarak ifade edilmiştir. Araştırma yapmaksızın tedbirsiz bir şekilde hareket eden kişinin basiretli iş adamı gibi davranmadığı vurgulanmıştır[56]. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının açıklaması yapılırken "*basiretsiz davranma*" tanımı üzerinden de hareket edilmiştir. Belirli bir yer ve zamanda mevcut koşulları dikkate almayan bir karar, eylem veya makul olmayan davranış basiretsizlik olarak ifade edilmiştir[57].

Basiretli davranılıp davranılmadığı hususu her somut olay bakımından ayrı olarak değerlendirilecektir. Nitekim basiretli iş adamı gibi davranma somut bir kavram değildir. Kavrama ilişkin her türlü hukukî ilişki bakımından geçerli olabilecek açık bir tanım vermek mümkün bulunmamaktadır. Zira basiretli davranış, her somut olay bakımından farklılık arz edebilecektir. Bir somut olay bakımından basiretli kabul edilebilecek bir davranış biçimi, bir başka olay bakımından basiretli kabul edilmeyebilecektir. Her bir özel durum için en uygun değerlendirmeyi yapabilmek bakımından ayrıntıların her zaman dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerekir. Bu bakımdan basiretli davranma değişken ve soyut bir kavramdır[58]. Bununla birlikte hukukta katı ve mutlak tanıma yer vermek, ihtiyaçları değişebilen toplum düzeninde yerinde bulunmamaktadır. Toplumun ihtiyaçlarının değişmesine karşılık hukukî kavram ve kurumlara verilen tanımların da esnek olması aranır[59]. Bu nedenle basiretli iş adamı kavramının TTK'da ve Gerekçesinde tanımının yapılmaması esasında yerindedir. Ancak kavramın tanımının yapılmaması

---

[55] **Mimaroğlu**, S. Kemal: Ticaret ve İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1970, s. 209.
[56] Bkz. 15. HD, T. 19.04.2018, E. 2018/17, K. 2018/1642 (Hukuk Türk). Aynı tanım için bkz. **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022, s. 179. Basiretli bir iş adamı olmanın göstergesinin makul bir insandan daha ileri görüşlü olma olduğu yönünde bkz. **Eriş**, Gönen: Açıklamalı İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler (Ticari İşletme), C. 1, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 725.
[57] **Mimaroğlu**, s. 209; **İnal**, H. Tamer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer İlgili Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticarî İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 406.
[58] Kavramın esnek bir kavram olduğuna ilişkin bkz. **Millenet**, Robert: Der Einfluss des KonTraG und weiterer gesetzlicher Bestimmungen zur Risikominderung in Unternehmen auf die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 I HGB, Hochschule Furtwangen University, Masterarbeit Furtwangen 2007, s. 46; **Joachim**, Willi E.: The "Reasonable Man" in United States and German Commercial Law, CLYIB, C. 15, 1992, s. 352-353, 360.
[59] **Helvacı/Topuz**, s. 461.

hukukî belirliliğe[60] gölge düşürebilecektir. Bu nedenle kavramın muhtevasının en azından temel anlamı ile ortaya konulması gereklidir.

TTK m. 18/2 bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma kavramının anlamının ortaya konulması bakımından basiret kelimesinin kullanım sebebi de düşünülmelidir. Basiret kavramının dinî ve felsefî bakımdan taşıdığı önem ve anlam, tacire yüklenen basiretli davranma gerekliliğinin içeriği yorumlanırken yol gösterici olabilecektir. Zira benzer birçok kavram yerine, örneğin müdebbir, tedbirli, itinalı, ihtiyatlı, dikkatli veya özenli kavramları yerine niçin basiretli kavramının kullanıldığı sorusunun cevabı, kavramın taşıdığı geniş ve derin anlamda aranabilir.

Geniş anlam çerçevesinden düşünüldüğünde, basiretli kişi öncelikle öngörülü olmalıdır. Öngörülü olma, gelecekte gerçekleşebilecek olayların idrakinde olabilmeyi ifade eder. Kişinin basiretli kabul edilebilmesi için yalnızca öngörülü olması yeterli bulunmayıp, öngörüsüne dayalı olarak gerçekleşebilecek olumsuz durumlara ilişkin olarak tedbirli de olması gerekir[61]. Zira tedbirli olmak da önceden düşünme sonucu önlem almayı gerektirir[62]. Doğru ve ölçülü bir idrakin verdiği uyanıklık olarak da tanımlanan basiret[63], dikkatli olmayı da gerektirmektedir. Kavramın, hukukî niteliği aşağıda tartışılacak olmakla birlikte, burada özellikle özen kavramı ile ilişkilendirildiğinin belirtilmesi gerekir[64]. Basiretli davranış elbette özenli olmayı da içerir. Ancak özen kavramı, basiret kavramının aksine hukukî bakımdan daha belirgin ve geniş bir anlama sahiptir. Zira özen kavramı, hukukî sorumluluk bağlamında hem bir yükümlülük hem de kusurun tespiti bakımından bir ölçü olarak özel anlam taşır[65]. TTK m. 18/2'de basiretli yerine özenli

---

[60] Hukukî belirlilik, mevzuatın açık ve uygulamanın da öngörülebilirliğini ifade etmektedir. Bkz. **Gülçür,** Abdülkadir: AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi, MÜHFHAD, C. 24, S. 1, 2018, s. 153.

[61] Basiretli davranmanın içerik olarak tedbirli davranmayı da kapsadığı; tedbirli davranmanın karar alma sürecine ilişkin olduğu, ancak basiretli davranmanın karar alma sürecinin yanında kararın ifası ve sonuçlarının oluşturulması aşamasında da etki gösterdiği yönünde bkz. **Özdemir**, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği (İş Adamı Kararı), İstanbul 2017, s. 126-127.

[62] **Kubbealtı Lugatı** (http://lugatim.com/s/BAS%C3%8ERET, ET: 07.07.2023).

[63] **Kubbealtı Lugatı** (http://lugatim.com/s/BAS%C3%8ERET, ET: 07.07.2023).

[64] Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı hukukî niteliği bağlamında özen kavramı ile sıkı ilişki içerisinde bulunmaktadır. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 1.5.2, s. 68 vd.

[65] Ayrıntılı açıklama için bkz. **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 79 vd.

kelimesinin kullanılabilmesi bakımından bir engel bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce özenli kelimesinin kullanılmaması yerinde olmuştur. Zira özen kavramının hukukî sorumluluğun tespitindeki işlevi düşünüldüğünde, özenli kavramının kullanılması durumunda TTK m. 18/2 hem özen ölçüsü olmak bakımından anlam taşıyacak, hem de bu durumda esas alınacak özen ölçüsü özenli iş adamı gibi davranmak olacaktır[66]. Bu duruma ilişkin kavramın kullanım tekrarı kanaatimizce terminolojik olarak uygun değildir.

Kavramın dinî ve felsefi kökeni ile TTK bağlamında öğretide ve Yargıtay uygulamasında verilen birbirine benzer tanımlar ışığında bir tanım vermek gerekirse bize göre de TTK m. 18/2 bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma, ticarete ilişkin faaliyetlerde, faaliyetin özelliklerine hâkim olarak gerçeği ve doğruyu idrak etme ve buna uygun hareket etme hususunda makul sınırlar içerisinde öngörülü, dikkatli, özenli ve oluşabilecek olumsuz durumlara karşı tedbirli şekilde davranmayı ifade etmektedir. Belirttiğimiz üzere kavram birçok davranış özelliğini içinde barındıran geniş bir anlam çerçevesine sahiptir[67]. Basiretli iş adamı gibi davranma, verdiğimiz geniş tanımda belirtilen tüm özellikleri kümülatif olarak içermelidir. Zira basiret, tek bir sıfatla ifade edilemeyecek olası eklemlenmeler ile etkinleştirilebilecek bir kavram olarak karşımıza çıkar[68]. Anılan husus kavramın değişkenliğini de açıklamaktadır. Bu bakımdan kavram tercihi kanaatimizce yerindedir. Ancak verilen tanımdaki sübjektif kavramların varlığının tespitinde objektif ölçüler kullanılmalıdır[69]. Tacirden beklenilen basiretli davranış, aynı faaliyet alanında çalışan ve aynı büyüklükte işletme işleten (aynı sınıfa dahil) tedbirli ve muktedir bir tacirin göstermesi gereken hareket tarzı esas alınarak tespit edilecektir[70].

---

[66] Basiretli iş adamı gibi davranmanın özen ile ilişkili hukukî niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda s. 68 vd., 85 vd.
[67] **Hariman**, Theory Without Modernity, s. 3.
[68] **Hariman**, Theory Without Modernity, s. 3.
[69] **Arslanlı**, s. 61; **Tekil**, s. 135; **Ünal**, Basiretli İş Adamı I, s. 57.
[70] **Arslanlı**, s. 61-62; **Ünal**, Basiretli İş Adamı I, s. 57; **Tekil**, s. 135.

Belirtilmelidir ki, tacirin sorumluluğuna hükmedilirken tecrübeli, alanında uzman, öngörülü ve tedbirli olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır[71]. Ancak hukukumuzda tacir sıfatının kazanılması en azından gerçek kişiler bakımından yalnızca ticarî işletme işletme şartına bağlı tutulmuştur[72]. Tacir olmak bakımından tam ehliyetli olma[73] şartı dahi aranmamaktadır. Bu durumda ticaret hukukumuzda karşılığını bulan hukukî görünüşe güven prensibi[74] gereğince tacirin ortalamanın üzerinde olan belirli bir davranış standardını karşılaması gerekliliği söz konusudur. Bu kişi yalnızca ekonomik durumu ticarî işletme işletmeye elverişli ancak faaliyet alanına ilişkin tecrübe ve bilgi sahibi olmayan bir kişi de olabilir; alanında uzman, tecrübeli ve mevzuata hâkim bir ticaret hukuku profesörü de olabilir. Aynı faaliyet alanı ve aynı büyüklükte işletme söz konusu ise bu iki kişiden beklenen özen ölçüsü aynı olacaktır. Ancak bu durumda ikinci örnekteki kişi lehine bir yorum yapılıp yapılmadığı sorusu akla gelmektedir. Eğer ikinci örnekteki kişi aynı alanda faaliyet gösteren ve aynı büyüklükte işletme sahibi bir kişiden beklenen tecrübe ve davranış standardından fazlasına sahipse, o kişiden sahip olduğu oranda davranış ölçüsü beklenmelidir. Olması gerekenden azına sahip olmak sübjektif kusur ilkesi[75] kabul edilmediğinden kişiyi kusursuz kılmaz, ancak olması gerekenden fazla niteliklere sahip olmak kişiyi bu anlamda kusurlu kılabilir. Öğretide *Eren*, kusur tespit edilirken objektif ölçünün gerektirdiğinden fazla düzeyde bilgi, tecrübe ve yetenek sahibi kişinin daha yüksek düzeyde özen göstermesi gerektiği, bu durumda ortalama davranışın

---

[71] 11. HD, T. 05.12.2013, E. 2012/8393, K. 2013/22196: "*... bu konuda tecrübeli bir firma olan davalının basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek...*"; HGK, T. 20.02.2020, E. 2017/11-410, K. 2020/189; HGK, T. 07.05.2003, E. 2003/332, K. 2003/340; (Hukuk Türk).

[72] TTK m. 12/1.

[73] Tam ehliyetli olma, kişinin herhangi bir yasal temsilciye ihtiyaç duymaksızın, doğrudan kendi isteği ve eylemiyle kendisi için hukukî olarak hak kazanma ve sorumluluk üstlenme yeteneği olarak tanımlanmaktadır [**Serozan**, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Medeni Hukuk), 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 421].

[74] Bu hususta açıklama için bkz. **Ülgen**, s. 1 vd.

[75] Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 1.5.2.3.2., s. 72-73.

ölçüt alınamayacağı, ortalama davranış ölçütünün yetenekli kişilere zarar verme ayrıcalığı tanınmasına yol açabileceği yönünde görüş belirtmektedir[76, 77].

Basiretli davranmaya ilişkin öngörülebilirlik ve buna dayalı olarak dikkatli, özenli ve tedbirli olmak makul sınırlar içerisinde mümkündür. Her somut olay bakımından makul sınırların belirlenmesi ve bu kapsamda bir değerlendirme yapılması gerekir. Basiretli davranma nihayetinde insana özgü bir özellik olup, kişiye insan-üstü bir davranış ölçüsü yüklemek suretiyle makul sınırları aşan bir öngörü yeteneği beklentisi yerinde değildir.

Basiretli iş adamı gibi davranmanın tespitinde makul sınırların belirlenmesine ilişkin olarak idare ile ilişkili hususlarda makul (meşru-haklı) beklentilerin korunması ilkesinin, özel hukuk sözleşmelerinde ise güven teorisinin etkili uygulamasının faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Makul (meşru-haklı) beklenti[78] kavramının net bir tanımı yapılamamakla birlikte, hayatın olağan akışı gereğince kişinin kendi lehine hukuk düzenindeki bir kurala, hukukî işleme, mahkeme kararına veya sözleşmeye dayanan beklentisi olarak tanımlanabilmektedir[79].

---

[76] **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s. 663. Aynı yönde bkz. **Roth,** Wulf Henning: HGB §§ 343-354 *içinde* Handelsgesetzbuch (Editörler: Koller, Ingo /Kindler, Peter/Roth Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter/Bach, Nina), 9. Auflage, 2019, HGB § 347, N. 2; **Lehmann-Richter**, Arnold: HGB § 347 *içinde* BeckOK HGB (Editörler: Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland), 40. Edition, München 2023, HGB § 347, N. 8; **Hacımahmutoğlu**, Sibel: Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, Batider, C. XXXI, S. 3, 2015, s. 33, 35-36.

[77] Ancak karşıt görüş olarak ilgili yorumun yetenekli kişiyi yeteneğinden ötürü cezalandırmak anlamına gelebileceği öne sürülebilir.

[78] Makul beklenti öğretide ve uygulamada meşru ve haklı beklenti olarak da ifade edilmekte ve hukukî bağlamda kavrama anlam yüklenmektedir. Öğreti ve uygulamada terminolojik olarak makul beklenti kavramından ziyade meşru ve haklı beklenti kavramları kullanılmaktadır. Bkz. **Gişi**, Selçuk: Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi, İstanbul 2017, s. 9 vd.; **Uçaryılmaz**, Talya Şans: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Mülkiyet Hakkı: Thaleia Karydi Kararı Işığında Bir İnceleme (Mülkiyet Hakkı), İÜHFD, C. 5, S. 1, 2014, s. 403-404; **Erguvan**, Derya Deviner: Türk İdare Hukuku'nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1711-1765; **Ocakhan**, Özgür: Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler, İstanbul 2021, s. 5 vd. Makul beklenti kavramının kullanımına ilişkin bkz. **Gemalmaz**, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı (Mülkiyet Hakkı), 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 139 vd.

[79] Kavrama ilişkin tanım ve ayrıntılı açıklama için bkz. **Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı, s. 139 vd.; **Gişi**, s. 9 vd.; **Uçaryılmaz**, Mülkiyet Hakkı, s. 403-404; **Erguvan**, s. 1711-1765; **Ocakhan**, s. 5 vd.; **Craig**, Paul P.: Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law, CLJ, Vol. 55, N. 2, 1996, s. 289-312; **Brown**, Alexander: A Theory of Legitimate Expectations, JPP, Vol. 25, N. 4, 2017, s. 435–460.; **Gülçür**, s. 152-153.

Makul (meşru-haklı) beklenti kavramı hukukî belirlilik[80] ve hukukî güvenlik[81] ilkeleri ile ilişkilendirilmektedir[82]. Esasında tüm hukuk dallarını etkilemekle birlikte daha ziyade idare hukuku bakımından karşılık bulan makul (meşru-haklı) beklenti kavramı, AİHM içtihatlarına yönelik çalışmasında *Gemalmaz* tarafından bizzat basiretli iş adamı gibi davranma kavramı ile ilişkilendirilmiştir[83]. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramını iyi niyetin bir uzantısı olarak da değerlendiren Yazar ilgili çalışmasında, tacirin basiretli iş adamı gibi davranarak gerekli özeni göstermesi durumunda meşru beklentisinin de söz konusu olabileceği ve meşru beklentisinin korunması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. AİHM içtihatlarında yalnızca başvurucu tacirin basiretli iş adamı gibi davranarak gerekli özeni göstermesi değil, aynı zamanda idareden de tasarruflarında özenli olması ve kanunî süre ve usul hususlarında taciri öngörülemeyecek bir hataya düşürmemesi beklenmektedir[84]. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği öngörülebilirliğin yorumu bakımından farklı bir değerlendirmeyi elbette gerektirecektir. Tacir olmayan bir kişi bakımından öngörülemez durumlar basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir bakımından öngörülebilir olabilmektedir. Ancak yine de bu durum tacirin meşru bir beklentisi olamayacağı ve bu meşru beklentinin korunamayacağı anlamına gelmemektedir[85].

Örneğin X ürününe ilişkin olarak ihraç izni alan tacir, ürünün ihracına ilişkin sözleşme imzalamış ve taahhüt altına girmiş olabilir. Ürünün ihraç aşamasında herhangi haklı bir gerekçe belirtilmeksizin ihracın yönetmelikle yasaklanması ve bu hususta bir geçiş

---

[80] **Gülçür**, s. 153.

[81] Hukukî güvenlik ilkesi, hukukun uygulanmasında oluşabilecek belirsizliği ve anî değişiklik riskini engellemeye yönelik koruma olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Çaptuğ**, Mehpare: Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi, UMD, Y. 9, S. 17, 2021, s. 139.

[82] **Gülçür**, s. 153. Kişi ile idare arasındaki hukukî ilişkiler karşılıklı güvene dayanır ve bu güven haklı olduğu takdirde korunur [**Patry**, Robert (Çev. Burcuoğlu, Haluk): Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler, İÜMHAD, S. 18, 1990, s. 23]. Hukuk devletinin bir gereği olarak kişilerin idareyle ilişkilerinde güvenin korunmasının önemine ilişkin vurgu için bkz. **Çaptuğ**, s. 152-153.

[83] **Gemalmaz**, H. Burak: Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yukos ve Soros Kararı Üzerine Düşünceler (Basiretli İş Adamı), GHD, S. 95, 2011, s. 60-64.

[84] Tacirin yanında idarenin de tasarruflarında özenli davranması gerektiğine ilişkin bir başka karar için bkz. AİHM, Kurban/Türkiye, T. 24.11.2020, Başvuru No: 75414/10 (Hukuk Türk). Karara ilişkin açıklama için bkz. aşağıda dn. 996.

[85] **Gemalmaz**, Basiretli İş Adamı, s. 60-64.

düzenlemesi de öngörülmemesi durumunda tacirin makul beklentisinin söz konusu olduğu ve bu beklentinin ihlâl edildiği söylenebilir[86]. Bu durumda tacire basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden hareketle öngörülü olması ve zararının tazmin edilemeyeceği yönünde bir savunmada bulunulamamalıdır. Hukukî güvenlik ve hukukî belirlilik ilkeleri basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir bakımından da işlemelidir[87]. Zira aksi Anayasa'nın[88] m. 10'da öngörülen eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil eder. Ancak meşru beklentinin korunabilmesi için somut olayda tacir basiretli iş adamı gibi davranarak gerekli özeni göstermelidir.

Meşru beklentilerin korunması ilkesinin özel hukuk sözleşmeleri bakımından karşılığının dürüstlük kuralından kaynaklanan güven teorisinin olabileceği kanaatindeyiz. Güven teorisi, irade beyanının yorumunda beyan muhatabının beyana dürüstlük kuralı gereği verdiği anlamın araştırılmasını ifade eder[89]. İrade açıklaması, muhatabın gereken özeni göstererek verebileceği ve vermesi gerektiği anlamda yorumlanır[90]. Muhatabın tacir olması durumunda bu hususta göstermesi gereken özen seviyesi elbette ki basiretli iş adamı gibi davranmak olacaktır. Sözleşmelerin ve irade açıklamalarının yorumunda esas alınan güven teorisinin uygulanması[91] tacir bakımından farklılık arz edecektir. Ancak tacir basiretli iş adamı gibi davranarak gereken özeni göstermiş ve bu doğrultuda hareket etmişse, sözleşmeye ilişkin makul beklentisinin (haklı güveninin) de korunması gerekir. Tacir basiretli bir iş adamı gibi davranarak sözleşmesel bağlamda üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiği sürece karşı tarafa yönelik makul beklentileri korunacaktır. Bu hususta Yargıtay kararına konu bir olayda, davacı ortaklık ile davalı ortaklık arasında on yıl süreli bir bayilik sözleşmesi bulunmaktadır. Sözleşme gereği bayi her yıl için satabileceği asgarî bir ürün taahhüdünde bulunmuştur. İlk yıl asgarî taahhüdün altına düşen ve davacı tarafından ihtar edilen davalı, noter aracılığıyla gönderdiği cevapta

---

[86] Örnek için bkz. **Gişi**, s. 27 vd.
[87] Hukukî güvenliğin, öngörülebilirliği sağlamak suretiyle ekonomik ilişkiler üzerinde de önemli etkisi bulunduğu yönünde bkz. **Çaptuğ**, s. 153-155.
[88] RG. 09.11.1982, S. 17863 m. 10.
[89] Güven teorisine ilişkin açıklama için **Eren**, s. 157-164.
[90] **Patry** (Çev. Burcuoğlu), s. 19-20 ve dn. 23.
[91] Güven teorisi güven ilkesi olarak da belirtilmekte ve bu ilkenin hukukun tüm dallarında geçerli genel bir ilke olduğu, hem kamu hukuku sözleşmelerinin hem özel hukuk sözleşmelerinin bu bağlamda yorumlanacağı ifade edilmektedir [**Patry** (Çev. Burcuoğlu), s. 24].

mevcut coğrafî konumu itibariyle yükümlülük altına girdiği asgarî satım tutarının gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığını, davacı ortaklığın bu durumu kabul etmemesi durumunda fesih şartlarına ilişkin görüşme yapabileceğini bildirmiştir. Buna cevap vermeyen davacı ortaklık sözleşme ilişkisini on yıl boyunca sürdürmüştür. Davacı ortaklık, sözleşme süresinin bitiminin ardından asgarî satım tutarının karşılanamaması durumunda taahhüt edilen ceza koşulunun ödenmesini talep etmektedir. Kararda davacının somut olayın şartlarında susmasının[92], noterden gönderilen cevabın örtülü olarak kabul edildiği anlamına geldiği, zira dürüstlük kuralına dayalı güven teorisi uyarınca karşı tarafta ceza koşulunun ödenmemesinin kabul edildiğine yönelik haklı bir güven oluşturduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir. Kararda davacının tacir sıfatına da atıf yapılmakta, ticarî ilişkilerin güven üzerine kurulduğu, bu kapsamda tacirlerden ticarî işlemlerinde beklenen basiretin alelade vatandaştan fazla olacağı belirtilmektedir[93]. Belirtilen karar esasında tacirin makul beklentisinin olabileceğine yönelik anlam taşımaktadır. Zira davalı tacirdir. Davalı tacirin basiretli bir iş adamı gibi noter aracılığı ile ilettiği açık irade beyanına karşılık, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeyi sürdürmesi durumunda, ceza koşulunun talep edilmeyeceğine yönelik makul ve korunması gereken bir beklentisi bulunmaktadır.

Basiretli iş adamı gibi davranmanın sınırları belirlenirken, sözleşmenin gerçekleştirilmesinde yalnızca basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir tarafın değil, idare veya özel hukuk kişisi olan karşı tarafın da gereken özeni göstermesi gerekir. Bu husus haksız fiile yönelik durumlarda da geçerli olmalıdır. Yargıtay kararına konu bu hususta bir olayda davacı dinlenme tesisi işletmeciliği yapmakta ve işletmesinde çeşitli nişan düğün organizasyonlarını da gerçekleştirmektedir. Davacının gerçekleştirdiği bir düğün organizasyonu sırasında bir saati aşkın bir süre ile elektrik kesintisi meydana gelmiştir. Davacı elektrik kesintisinin bildirilmemesi nedeniyle davalı kuruma dava açmış, zarara uğradığını beyan etmiştir. Ancak Yargıtay davacının tacir sıfatını haiz olduğu, ticaretine ait tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi

---

[92] Basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin susmasının irade beyanının yorumu bakımından taşıdığı anlam aşağıda incelenmiştir. Bkz. s. 34-36.
[93] HGK, T. 16.01.2013, E. 2012/670, K. 2013/171 (Hukuk Türk).

gerektiği, işlettiği ve düğün organizasyonları yapılan dinlenme tesislerinde elektrik kesintisi durumunda devreye girebilecek bir jeneratör bulundurmadığı, davacının meydana geldiğini iddia ettiği zarara kendi basiretsiz davranışı ile sebebiyet verdiği ve bu nedenle tazminat taleplerinin reddi yönünde hüküm tesis etmiştir[94]. Kararda elektrik piyasasında faaliyet gösteren bir ortaklık söz konusudur ve basiretli iş adamı gibi davranması gereken yüklenici ortaklığın meydana gelen zararda kusurunun bulunup bulunmadığı tartışılmamıştır. Basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin tesisinde jeneratör bulundurması gerektiği kabul edilebilirdir. Ancak somut olay bakımından elektrik kesintisine ilişkin bildirim yapılmaması, bildirim yapılmamasının nedeninin ortaya konmaması tartışılmalıdır. Basiretli iş adamı gibi davranması gereken yüklenici ortaklığın gereken özeni göstererek elektrik kesintisine yönelik bildirim yapmamasının kusurlu bir davranış olduğu kanaatindeyiz. Sözleşmenin karşı tarafı idare de olsa bu kabul değişmemelidir. İdare de işlemlerinde özenli olmalıdır. Davacı tacirin, elektrik kesintisinin kendisine bildirileceğine yönelik makul bir beklentisi bulunmaktadır. Kaldı ki elektrik hizmetinin sunulmasının uzmanlık gerektiren bir işlem olması ve izne tâbi tutulması (Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan alınacak lisans ile faaliyet gösterilebilmesi)[95] esasında ortaklıktan beklenen özeni artırmaktadır ve ortaklığın güvenilen sıfatını[96] güçlendirmektedir. Açıkladığımız nedenlerle kararın yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Belirtilenler dışında öğretide kavram tanımlanmaktan ziyade hukukî niteliği belirtilerek ifade edilmektedir. Bununla birlikte kavram uygulamaya ilişkin örnekler üzerinden açıklanmaktadır. İlgili kararlarda somut olaydaki davranışın basiretli bir iş adamı davranışı sayılıp sayılamayacağı hususuna hükmedilmektedir. Kavram özellikle hukukî niteliğinin izahı ile işlerlik kazanabilecektir.

---

[94] 3. HD, T. 17.04.2017, E. 2015/18297, K. 2017/5354 (Hukuk Türk).
[95] Bu hususta bkz. **Doğan**, Beşir Fatih: Elektrik Piyasasında Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulaması (Mücbir Sebep), AHBVÜHFD, C. XXVI, S. 4, 2022, s. 38-39.
[96] Bu hususta bkz. yukarıda s. 1, aşağıda s. 195, dn. 871, s. 275.

1.2. KAVRAMIN ROMA HUKUKU BAĞLAMINDA TARİHSEL TEMELİ

1.2.1. Hukukumuz Bakımından Roma Hukukunun Önemi

1926 yılında kabul edilen 865 sayılı Ticâret-i Berriyye Kânûnu'ndan başlamak üzere Ticaret Kanunlarımız yabancı hukuk sistemlerine ilişkin düzenlemelerden etkilenmiştir[97]. Özellikle Alman ve İsviçre hukuku Ticaret Kanunlarımız üzerinde önemli etki yaratmış olup, birçok hükmün esin kaynağını oluşturmaktadır[98]. Söz konusu Alman ve İsviçre hukuku da Roma hukukunun etkisinde olan, özellikle özel hukuk temel kurumlarını Roma hukukundan alan hukuk sistemleridir[99]. Roma hukukunun anlaşılması, söz konusu ülkelerin hukuk sistemlerini kavramayı da kolaylaştıracaktır. Zira Roma hukuku, Kıta Avrupası'nda yürürlükte olan birçok özel hukuk sistemine kaynaklık etmektedir[100]. Söz konusu çağdaş özel hukuk sistemlerinin bilimsel olarak açıklanması ve anlaşılabilmesi, Roma hukukundan da faydalanmayı gerekli kılmaktadır[101]. Çalışma konumuzu oluşturan "*basiretli iş adamı gibi davranma*" kavramının temeli ve hukukî niteliği, tarihçesinin araştırılması ile, bu itibarla Roma hukukundan faydalanılması ile açıklığa kavuşturulabilecektir[102].

---

[97] **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme (Ticari İşletme), Ankara 1957, s. 41, 44-45, 48; TTK Genel Gerekçe s. 5 vd.

[98] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 41, 44-45, 48; TTK Genel Gerekçe s. 5 vd.

[99] **Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Söğütlü**, Özlem: Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri, Ankara 2022, s. 8-9; **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihî Giriş- Kaynaklar-Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, 15. Baskı, Ankara 2012, s. 30; **Söğüt**, İpek Sevda: Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları, AÜHFD, C. 69, S. 2, 2020, s. 764-765, 788;

[100] **Koçhisarlıoğlu/Söğütlü**, s. 8-9; **Karadeniz Çelebican**, s. 30-31; **Söğüt**, s. 764-765, 788.

[101] **Karadeniz Çelebican**, s. 33.

[102] Roma hukukundan faydalanılmasının hukuk sistemimiz bakımından gerekliliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Söğütlü**, Özlem: Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 38-51, 145 vd.; **Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 1 vd. Özellikle ortaklıklar hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Şener**, Oruç Hami: Roma Hukukunda Ortaklık Akdi ve Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri (Roma Hukukunda Ortaklık), Makaleler C. I, İzmir 2006, s. 63.

1.2.2. Kavramın Tarihî Kökeni: Kusurun Belirlenmesi Bakımından Davranış Ölçüsü Olarak İyi Bir Aile Babası (Bonus Pater Familias)

Roma hukukunda haksız fiil sorumluluğu bakımından kişinin, sözleşme sorumluluğu bakımından borçlunun sorumlu olup olmadığının tespit edilmesi hususunda kusurun varlığı[103] önem taşımaktaydı[104, 105]. Kusur, hukuka aykırı sonucu istemeyi (kast) ya da bu sonucu istememiş olmakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için yeter derecede irade kullanmamayı (ihmal) ifade etmektedir[106].

Roma hukukunda kusur ağırlık derecesi bakımından kast (dolus) ve ihmal (culpa) olarak ikiye ayrılmaktaydı[107]. Borcu yerine getirme iradesi (isteği) yoksa, bilâkis aksi irade söz konusu olup bilerek ve isteyerek borca aykırı hareket ediliyorsa kast (dolus) söz konusudur[108]. İrade borcun özenle yerine getirilmesi bakımından kuvvetli değilse, bu irade eksikliği ise ihmal *(*culpa) anlamına gelmektedir[109].

İhmal durumunda davranışta hukuka aykırılık iradesi bulunmasa dahi yeterli dikkat ve özen gösterilmemesi ve sonucun meydana gelmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması söz

---

[103] Iustinianus Dönemi'nde geçerli olan kusur ilkesinin günümüze kadar gelerek çağdaş hukukları da etkilediği yönünde bkz. **Oğuz**, Arzu: Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989, s. 2.

[104] Kusur, kusura bağlı hukukî sorumluluğun doğup doğmadığının tespiti bakımından bir unsur (şart) niteliğindedir. Roma hukukunda sorumluluğun unsurlarına ilişkin açıklama için bkz. **Zilelioğlu**, Hilâl: Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, C. 39, S. 1, 1987, s. 241 vd.; **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 115 vd.

[105] Kusur sorumluluğunun yanı sıra Roma hukukunda kusursuz sorumluluğun da geçerli olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda özellikle sorumluluk ölçütü olarak *custodia* (gözetim) kavramı öne çıkmaktadır. Anılan hususta açıklama için bkz. **Söğütlü Erişgin**, s. 135 vd.; **Zilelioğlu**, s. 242.

[106] Kusurun çeşitli tanımları ve açıklaması için bkz. **Eren**, s. 653 vd.; **Kaneti**, Selim: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1989, s. 40 vd.; **Tandoğan**, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, 1961 Yılı Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul 2010, s. 45 vd.; **Rado**, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2022, s. 24 vd.; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. 2), C. 2, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 54 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2022, s. 407 vd.; **Gönül Koşar**, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020, s. 5 vd.; **Korkmaz**, Fırat: Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2021, s. 58 vd.

[107] **Karadeniz Çelebican**, s. 258-259.

[108] **Karadeniz Çelebican**, s. 259.

[109] "*Culpa*" kavramının Roma Hukukundaki gelişimine ve yorumlanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Oğuz**, s. 30 vd.; **Söğütlü Erişgin**, s. 181 vd.

konusudur[110]. Kişilerin hangi ölçüde dikkat ve özen gösterirlerse davranışlarının ihmal niteliği taşıyıp taşımadığının tespitine çalışılması, ihmal kurumunun çeşitlendirilmesine sebep olmuştur. Temel anlamda sorumluluğun tespitine ilişkin olarak ihmal (culpa) de, ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis) olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur[111]. Ağır ihmal (culpa lata), herkesin bildiği ve yaptığını bilmemek ve yapmamak, olağan bir kişinin benzeri durumda göstereceği dikkat ve özeni göstermemek olarak ifade edilmektedir[112].

Davranışta ağır ihmalin (culpa lata) varlığının tespitine nazaran hafif ihmalin (culpa levis) varlığını tespit etmek güçtür. Roma hukukunda hafif ihmalin (culpa levis) tespiti bakımından bir davranış ölçüsü belirlenmişti[113]. Bu hususta iyi bir aile babasının her zaman gösterdiği dikkat ve özen (diligentia boni patris familias, diligens bonus pater familias, bonus pater familias)[114] ölçü alınmıştı[115]. Hak ehliyetine sahip olabilen kimse aile babası (pater familias) olduğundan gerek evinde gerekse dışarıdaki işlerinde özen gösteren aile babası, düzenli ve tedbirli bir kimsenin soyut tipi olarak görülmektedir[116]. İyi bir aile babası, namuslu, dürüst, makul bir vatandaş tipidir[117]. İyi bir aile babasının özeni, olağan, tedbirli ve dürüst bir kimsenin göstereceği dikkat ve özene karşılık gelmektedir[118]. Bu itibarla iyi bir aile babasının gösterdiği özeni göstermiş olan kimsenin davranışının ihmal niteliği taşımadığı; iyi bir aile babasının özeni gösterilmemiş, somut

---

[110] **Rado**, s. 24 vd.
[111] **Hoffmann**, Hans Joachim: Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968, s. 4 vd.
[112] **Rado**, s. 24 vd.
[113] **Karadeniz Çelebican**, s. 259.
[114] Genellikle bu ifadeler kullanılmakla birlikte, kaynaklarda "*basiretli aile babası (prudens pater familias)"*, "*çalışkan aile babası (studiosus pater familias)*" ve "*yeterli aile babası (idoneus pater familias)"* kavramlarının da kullanıldığı görülmüştür. Bkz. **Hoffmann**, s. 9.
[115] "*Culpa*" kavramının tanımına ve içeriğine ilişkin öğretide tartışmalar olsa da kavramın bonus pater familiasın göstereceği dikkati göstermemek olarak anlaşıldığı hususunda tartışma bulunmadığı, özellikle Klasik Sonrası Dönemde culpanın özeni gerektiren bir davranış biçiminin (bonus pater familias'ın olağan davranışı) yokluğu şeklinde sorumluluk ölçütü niteliğinde kabul edildiği yönünde bkz. **Oğuz**, s. 32, 37-38.
[116] **Savaş**, Abdurrahman: Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi, İÜHFM, C. 80, S. 2, 2022, s. 561, 564.
[117] **Savaş**, s. 561.
[118] **Oğuz**, s. 65-66.

bağlamda öngörülü hareket edilmemiş ise kişinin davranışının ihmal niteliği taşıdığı kabul edilmektedir[119]. Bu ölçü objektif bir nitelik taşımaktadır[120].

Roma hukuku kaynaklarında temel ayrım olan ağır ihmal (culpa lata*)* ve hafif ihmal (culpa levis*)* dışında en hafif ihmal (culpa levissima*)* ayrımı da yapılmaktadır[121]. En hafif ihmal *(*culpa levissima*)* kavramı özen (diligentia*)* kavramının alt ayrımlarını oluşturan en yüksek/olağanüstü özen *(*exactissima diligentia*)* kavramı ile bağlantılı bulunmaktadır[122]. Burada en yüksek özen olarak ifade edilen ve beklenmeyen hâlleri de kapsayan bir sorumluluk ölçütü söz konusudur[123].

Roma hukukunda sorumluluk ölçütü olarak imperitia kavramı da kullanılmaktadır. Söz konusu kavram borçlanılan edimin yerine getirilmesi sırasında, yeteneksizlik veya tecrübesizlik nedeniyle bir başkasının malına zarar verilmişse, bu zarardan sorumlu olmayı ifade etmektedir[124]. Burada zanaatkârlara özgü bir sorumluluk ölçütü söz konusudur[125]. Zanaatkârların belirli bir bilgi düzeyine sahip olması gerektiği, aksi durumda ihmal (culpa) kapsamında değerlendirilen imperitia gereğince sorumlu tutulacağı belirtilmektedir[126]. İşin uzmanı olarak kabul edilen kişi, sözleşmeden doğan edimini yerine getiremezse yeteneksizliği kusur olarak kabul edilmektedir[127]. Dahası bu kapsamda dikkatli ve özenli iyi bir aile babasının özeni değil; yetenekli, donanımlı, eğitimli bir zanaatkârın özeni aranmaktadır[128]. Bununla birlikte borçlanılan edimin usûlüne ve gereklerine uygun yürütülmesi de gerekmektedir. Paralel olarak tacirden de

---

[119] **Söğütlü Erişgin**, s. 193.
[120] **Rado**, s. 24 vd.; **Savaş**, s. 570.
[121] **Hoffmann**, s. 11.
[122] **Söğütlü Erişgin**, s. 196.
[123] En hafif ihmal (culpa levissima) kavramına ilişkin açıklama için bkz. **Söğütlü Erişgin**, s. 196. Taşıyıcının özenini ve sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 876 ve m. 914 hükümlerinde de "*en yüksek özen*" ifadesi kullanılmıştır. Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 4.1.5.2., s. 267 vd.
[124] **Söğütlü Erişgin**, s. 197; **Mındız**, Emine: Roma Hukukuna Göre Sorumluluk Ölçütleri İçerisinde Imperitia'nın Yeri, TBBD, S. 157, 2021, s. 385-386.
[125] **Söğütlü Erişgin**, s. 198; **Mındız**, s. 384.
[126] **Zilelioğlu**, s. 257.
[127] **Söğütlü Erişgin**, s. 198.
[128] **Söğütlü Erişgin**, s. 198-199.

meslekî faaliyetine ilişkin olarak sahip olması gereken bilgi ve tecrübeyle bağlantılı daha yüksek bir özen ölçüsü beklenmesi olağandır.

Roma hukukunda sorumluluk ölçütü bağlamında son olarak özen yükümü (diligentia) kavramından bahsedilmesi gerekmektedir. Özen yükümü (diligentia) hem ihmalin (culpa) karşıt kavramı olarak ifade edilmekte, hem de pozitif bir davranışı gerektirdiği de belirtilerek sorumluluk ölçütü olarak kabul edilmektedir[129]. Sözleşme kapsamında kabul edilen bu sorumluluk ölçütünün, borçlunun mücbir sebep dışındaki durumlardan en özenli aile babasının (diligentissimus pater familias*)* göstermesi gereken özen [olağanüstü özen (exactissima diligentia)] kapsamında sorumlu olacağına yönelik uygulaması da bulunmaktaydı[130].

Özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi hususunda objektif özen (diligentia diligentis*)* ve sübjektif özen (diligentia quam in suis*)* olmak üzere ikili bir ayrım yapılmıştır[131]. Objektif özen (diligentia diligentis*)* soyut, objektif bir ölçü olup dikkatli ve özenli ideal insanın göstermesi gereken özeni esas almaktadır[132]. Yukarıda da belirtildiği üzere ideal insan, iyi ve dikkatli bir aile babasına karşılık gelmektedir. Somut olay bakımından sorumluluk, iyi bir aile babasının göstermesi gereken özenin gösterilip gösterilmediği tespit edilerek belirlenmektedir. Sübjektif özen (diligentia quam in suis*)*

---

[129] Culpa'ya "*ihmal etme*" anlamında pasif bir anlam yüklenirken, diligentia'da "*özen gösterme*" şeklinde aktif bir davranış yüklendiği yönünde bkz. **Zilelioğlu**, s. 262. Bunun yanı sıra, "*culpa*" ve "*diligentia*"nın aynı sorumluluğu ifade eden iki ayrı kavram olarak görüldüğü yönünde bkz. **Zilelioğlu**, s. 262.
[130] **Söğütlü Erişgin**, s. 205; **Dinçer Araz**, Nilgün: Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak "Özen Yükümü (Diligentia)", DEÜHFD, C. 22, S. 1, 2020, s. 186.
[131] **Söğütlü Erişgin**, s. 206 vd.; **Dinçer Araz**, s. 187 vd.
[132] **Söğütlü Erişgin**, s. 206-207; **Dinçer Araz**, s. 187-190.

ise kişinin kendi işlerinde göstermesi gereken özenin ölçü alındığı somut ve sübjektif bir esası ifade[133,] etmektedir[134].

1.2.3. Değerlendirme

Özellikle sorumluluk hukuku bakımından ifade etmek gerekirse, Roma hukukçuları tarafından oluşturulan hukuk kurum ve ilkeleri günümüze ışık tutar niteliktedir. Söz konusu özel hukuk kurum ve ilkelerinin günümüzde ve bizatihi hukukumuzda karşılığı bulunmaktadır. Nitekim kanunlaştırma çalışmaları sırasında bu kurumlar Kıta Avrupası Hukuk sistemini etkilemiştir[135]. Dahası "*iyi ve dikkatli bir aile babasının özeni*" ifadesi

---

[133] Roma Hukukunda bazı durumlarda hafif ihmalin (culpa levis) varlığını tespit etmek bakımından söz konusu soyut ve objektif ölçü dışında sübjektif bir ölçü de esas alınmıştır. Somut ölçü olarak ifade edilen bu ölçüde ise, kişinin hafif ihmalinin varlığını tespit bakımından kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen esas alınmaktadır. Bu ölçü niteliği itibariyle sübjektif ve nispî niteliktedir (**Rado**, s. 24 vd.; **Söğütlü Erişgin**, s. 207-210; **Dinçer Araz**, s. 190-192). Örneğin Roma ortaklıklar hukukunda söz konusu somut ölçü kullanılmıştır. Şöyle ki, ortaklığın ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluklarına yol açacak bir davranışta ihmallerinin bulunup bulunmadığı, kendi işlerinde gösterdikleri özeni (diligentia quam in suis) gösterip göstermedikleri araştırılarak tespit edilmektedir. Bu kabulün gerekçesi, kendisinden daha az özen gösteren ortağı seçen kimsenin bizzat kendisine karşı kusurlu bulunduğu düşüncesidir (**Oğuz**, s. 153-154; **Söğütlü Erişgin**, 207-208). Bu husus günümüzde adi ortaklıkta ortakların ve ücret almayan yönetici ortağın sorumluluğu bakımından da öngörülmüştür (TBK m. 628). Burada ihmalin tespiti bakımından sübjektif bir ölçü öngörülmüş olmaktadır. Bu hususun eleştirisi için bkz. **Şener**, Roma Hukukunda Ortaklık, s. 95, dn. 142 ve 144. Adi ortaklıkta sadece ücret alan yönetici ortak bakımından farklı bir ölçü esas alınmıştır. Söz konusu ölçü objektif niteliktedir. Ortaklık işlerini ücret karşılığında yürüten ortak, vekalet hükümlerine göre sorumlu olmaktadır (TBK m. 628/III). Bu bağlamda ortağın sorumluluğu bakımından kusurunun belirlenmesinde benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin davranışı esas alınmaktadır (TBK m. 506/III). Bu ayrım genişletilmiş anlamda günümüzde de geçerliliğini koruyan objektif kusur-sübjektif kusur teorisi veya objektif özen-sübjektif özen teorisi ayrımını ifade etmektedir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 1.5.2.3.2., s. 73 vd.

[134] Açıklananların yanı sıra burada bonus vir kavramı da zikredilmelidir. Çevirisi erdemli, dürüst insan olarak yapılabilecek olan kavramın bonus pater familias ile aynı anlama geldiği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bir başka görüşe göre bonus pater familias bonus vir kavramından türemiştir. Bonus vir dürüstlük kuralının (bona fides) etik boyutuna karşılık gelmekte ve iyiliğin ve doğruluğun adamı olarak ifade edilmektedir. Bu hususta bir başka görüş uyarınca ise bonus vir dürüst taciri tipleştiren, bonus pater familias ölçüsünden daha ağır bir soyut davranış standardını ifade etmektedir. Bonus vir kavramının bonus pater familias kavramı kadar belirli ve üzerinde fikir birliği bulunan bir kavram olmadığı gerekçesiyle çalışmamızda bu açıklamalar ile yetinilmektedir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Işık**, Yunus: Roma Hukukunda Bonus Vir, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 4 vd.; **Kozolchyk**, Boris: The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law, LLR, C. 40, S.1, 1979, s. 29; **Uçaryılmaz**, Talya Şans: Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2019, s. 81-83; **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 23-24.

[135] **Söğütlü Erişgin**, s. 207.

bire bir alınmak suretiyle, genel bir sorumluluk ölçütü olarak, bazı Kıta Avrupası ülkelerinin Kanunlarında[136] yerini almıştır[137].

Bugün Anglo-Sakson hukukundaki makul bir insan (reasonable man)[138] veya olağan olarak dikkatli bir insan *(*ordinarily prudent man) ölçüsünün de, Roma hukukundaki ihmale ilişkin objektif ölçüyü ifade eden iyi bir aile babasının (bonus pater familias) göstereceği özen ölçüsünün günümüzdeki yansıması olduğu kabul edilmektedir[139]. Ticaret Kanunlarının varsayımsal kişiler esas alınarak hazırlandığı, bu kapsamda Amerikan Ticaret Kanunu'nda [The Uniform Commercial Code (UCC[140])] düzenlenen "*reasonable man*" ve İngiliz hukukunda yer alan "*reasonable person*" [141] kavramlarının bu kapsamda kullanıldığı öne sürülmektedir[142].

Yukarıda açıklandığı üzere hukuk sistemimizin içinde bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin de Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nin de özel hukuk kurumları bakımından Roma hukukundan etkilendiği genel kabul olarak ifade edilmekte ve kanunlaştırma çalışmalarında görülmektedir. Roma hukukunda kusura dayanan sorumluluk bakımından kast ve ihmal ayrımı yapılmakta, ihmal kavramının (özellikle hafif ihmalin) tespit edilmesi bakımından objektif nitelikte, varsayımsal kişi esas alınmaktadır. Kişinin uzmanlık derecesinin artması durumunda ise gösterilmesi gereken özen bakımından

---

[136] Örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 1137 (bon pére de famille), İspanya Medeni Kanunu m. 1104 (buen padre de familia), Portekiz Medeni Kanunu m. 487 (bom paide familia) **(Söğütlü Erişgin**, s. 207, dn. 509 naklen). Fransız Medeni Kanununda "*iyi bir aile babası*" ifadesinin pek çok hükümde zikredildiği, ancak cinsiyetçi çağrışımda bulunduğu gerekçesi ile kadın erkek eşitliğini gerçek anlamda sağlayabilme amacıyla 2014'te yapılan Kanun değişiklikleri ile "*iyi bir aile babası*" ifadesi yerine "*makul kişi*" ifadesinin kullanıldığına ilişkin bkz. **Gönül Koşar**, s. 43.

[137] Ticaret hukukunun kanunî olarak gelişimi sadece işleyen ticaret hukuku kurumlarının değil ticarî ahlakın da gelişimini ifade etmektedir. Bu bağlamda sadece Avrupa hukuk tarihi açısından değil modern ticaretin yükselişi açısından Roma hukukunun ticarî toplumun bazı davranışsal temellerini oluşturduğu yönünde ayrıntılı tartışma için bkz. **Whitman**, James Q.: The Moral Menace of Roman Law and Making of Commerce: Some Dutch Evidence, YLJ, C. 105, S. 7, s. 1843-1844, 1845 vd.

[138] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 1.3.2.3., s. 45 vd.

[139] **Oğuz**, s. 195; **Gönül Koşar**, s. 60.

[140] UCC metni için bkz. To enact the Uniform Commercial Code for the District of Columbia, and for other purposes., Public Law 88-243, 88 Congress. 77 Stat. 630 (1963).

[141] Kavramın İngiliz hukukundaki ilk görünümüne ilişkin bkz. **Parker**, Wendy: "The Reasonable Person: a gendered Concept?", VWLR, 23, 1993, s. 105 vd.

[142] **Kara**, Etem: Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir (Basiretli Tacir), DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 2127 vd.

aranan varsayımsal kişinin nitelikleri artmaktadır. Nitekim imperitia kurumu bakımından, zanaatkârlardan alanında uzman, yetenekli kişiler olduğu varsayımı ile iyi bir aile babasına (bonus pater familias) kıyasla daha yüksek bir özen beklenmektedir. Özen yükümü (diligentia*)* kurumu bakımından da iyi bir aile babası değil en özenli aile babası ölçüsü esas alınmaktadır.

TTK m. 18/2 uyarınca tacirin "*ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi"* gerekmektedir. TTK bakımından da basiretli iş adamı ifadesinin tacire ilişkin bir davranış ölçüsü olarak belirtildiği görülmektedir. Basiretli iş adamı varsayımsal soyut bir kişidir. Hukukî niteliğini çalışmanın ilerleyen bölümlerinde tartışacağımız[143] kavram esasında tacirler bakımından bir davranış standardı olarak getirilmiştir. Tacir varsayımsal olarak kurgulanan basiretli iş adamı gibi davranmalıdır. Varsayımsal kişinin esas alınması ve bu yolla objektif bir ölçünün kabulü Roma hukukundan bu yana söz konusudur. Roma hukukunda da kişilerden varsayımsal olarak belirlenen iyi bir aile babası (bonus pater familias*)* gibi davranmaları beklenmektedir. İyi bir aile babası gibi davranmayan kişi, somut olay bakımından ihmalî davranmış olup, kusuru bulunmaktadır. Roma hukukuna ilişkin açıklamalarımız doğrultusunda, ilk olarak basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kökenini, Roma hukukunda kural olarak sorumluluğun kurucu unsuru kabul edilen kusurun tespiti bakımından esas alınan varsayımsal objektif ve soyut ölçünün oluşturduğu söylenebilmektedir. Tarihsel kökenin belirlenebilmesi bağlamında ilk olarak iyi bir aile babasının özeni *(*diligentia bonus pater familias) ölçüsü bize yol göstermektedir. Sonrasında ise Roma hukukunda zanaatkârlardan alanında uzman kabul edilmeleri nedeniyle daha yüksek bir özenin beklenmesi, tacirler bakımından öngörülen basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün niçin yüksekte tutulduğuna tarihî gerekçe oluşturabilmektedir[144]. Zira tacirlerden tacir olmayan bir kişiye kıyasla faaliyet alanlarına özgü bir tecrübe, tedbir ve uzmanlık bir

---

[143] Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının hukukî niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 1.5., s. 68 vd.

[144] Benzer yönde bkz. **Bingöl**, Muhammet Emin: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi (Basiretli İş Adamı), İstanbul 2018, s. 14-15.

başka ifadeyle yetkinlik beklenmektedir. Bu bağlamda tacirin ticarî faaliyetlerine ilişkin olarak tacir olmayan bir kişiye kıyasla daha özenli olması gerekmektedir[145].

Sonuç olarak "*basiretli iş adamı gibi davranma*" gerekliliğinin günümüzdeki hukukî niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar çalışmanın ilerleyen bölümünde yapılacak olmakla beraber; söz konusu gerekliliğin tarihsel temellerini oluşturduğu söylenebilecek olan kavramların, sorumluluğun kurucu unsuru olarak ifade edilen kusurun bir çeşidi olan ihmalin tespiti bakımından bir özen ölçüsü olarak kabul edildiği vurgulanmalıdır.

1.3. İLGİLİ DÜZENLEMELER

1.3.1. Kavramın Pozitif Hukukumuzda Düzenlenişi

1.3.1.1. 865 Sayılı Kanun Dönemi

Basiretli davranma kavramı, hukukumuzda ilk kez 865 sayılı Ticâret-i Berriyye Kânûnu'nda kullanılmıştır. 865 sayılı Kanun'da m. 642 ve devamında "*Taahhüdatı ticariye*" başlığı altında düzenlemeler öngörülmüştür. Taahhüt, kişinin bir işin yapılmasını veya bir şeyin teslimini yüklenmesi olarak açıklanabilir[146]. "*Taahhüdatı ticariye*" başlığı "*Ticarî Borçlar*" olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda m. 642 ve devamında yer alan düzenlemelerin uygulanabilmesi için taahhüdün (borcun) ticarî olması asıldır. Taahhüdün ticarî olup olmadığı hususu ise ticarî işi ifade eden "*Muamelatı ticariye*" başlığı altında m. 15 ilâ m. 25 arasında yer alan düzenlemelerden hareketle tespit edilecektir. İlgili düzenlemeler ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır. Bu kapsamda bir işin ticarî iş olarak kabul edilebilmesi bakımından bazı durumlarda tarafların tacir sıfatına

---

[145] Basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün köklerinin Roma Hukukuna dayandığını ifade eden *Savaş*, bu hususta "*familia*" kavramı ile ilişki kurulması gerektiğini savunmaktadır. Roma Hukukunun tarihsel sürecinde familia kavramı hem aileyi hem de tüm malvarlığını ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Familia kavramına dahil olan tüm unsurların yönetiminde pater familias yüksek bir özen ölçüsü ile hareket etmelidir. Bu sorumluluk aile hayatı bakımından aile başkanının sorumluluğunu etkilerken, ticaret hayatı bakımından da tacirin sorumluluğunu etkilemiştir. Ticaret toplumuna geçerken familia için gösterilmesi gereken özen tüm malvarlığı ve ortaklıklar için gösterilmesi gereken özene evrilmiştir. Bkz. **Savaş**, s. 575.

[146] **Yılmaz**, Sözlük, s. 1158.

sahip olması aranırken, bazı durumlarda tarafların tacir sıfatının bulunması zorunlu tutulmamıştır[147].

Ticarî borçlara uygulanacak genel hüküm niteliğindeki m. 644'te "*bir taahhüdü ticarinin ifasında müteahhidin basiretkâr bir tacir gibi hareket etmesi lazımdır*" öngörülmüştür. Burada müteahhit ifadesi ile ticarî borcu yüklenen kişi kastedilmektedir. "*Taahhüdü ticari*" ifadesi ise kanaatimizce ticarî iş kavramına karşılık gelmektedir[148]. İlgili düzenlemenin lafzî yorumu gereğince basiretli bir tacir gibi davranması gereken kişi, m. 15 ilâ m. 25 arasındaki hükümler uyarınca tespit edilen ticarî iş kapsamında borç altına giren ve her durum bakımından tacir olması zorunlu olmayan bir kişidir. Nitekim m. 644 hükmü tacir olmaya bağlanan bir sonuç olarak düzenlenmemiştir. Görüldüğü üzere ilgili düzenlemede her durum bakımından tacir olması zorunlu olmayan kişiye basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak öğretide ilgili lafzî yorumun kabul edilemeyeceği, m. 644 düzenlemesinin ağır bir sorumluluk hükmü teşkil ettiği, ilgili düzenlemenin kanunun amacına uygun yorumunda yalnızca tacirler bakımından uygulanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmektedir[149]. Biz de bu görüşteyiz. Yalnızca TTK'da düzenlendiği için ticarî iş kabul edilen bir hususa ilişkin olarak, örneğin memurun bono düzenlemesinde, memura yalnızca ticarî iş tespitinden hareketle basiretli tacir gibi davranmaya ilişkin bir özen derecesi yüklenememelidir[150].

865 sayılı Kanunda basiretli tacir gibi davranmanın tam anlamıyla hangi davranışa karşılık gelebileceği veyahut nasıl tespit edilebileceği hususu düzenlenmemiştir. Bunun yanı sıra ilgili Kanunun çeşitli hükümlerinde benzer kavramların kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin m. 108'de tellâlın (simsarın) müdebbir ve müstakim bir tacir gibi hareket etmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Benzer olarak m. 880'de nakliyat

---

[147] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Hirş**, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1948, s. 39 vd.; **Belgesay**, Reşit Mustafa: I- Hukuk Tetkikatına Umumi Methal II- Ticaret Hukuku ve Hukuki Medeniye ve Borçlar Hukuku ile Arasındaki Münasebet, C. 1, İstanbul, s. 37 vd.; **Bilgişin**, Şevket Memedali: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 69 vd.

[148] Benzer yönde bkz. **Hirş**, s. 580, 653.

[149] **Hirş**, s. 654.

[150] Öğretide ticarî işin tespitinin yerindeliğine ilişkin de tartışmalar bulunmaktadır. Bu hususta bkz. **Kırca**, İsmail: Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair (Ticarî İş), Batider, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 5-17.

(taşıma) komisyoncusunun müdebbir bir tacir gibi basiretle hareket etmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Müdebbir, tedbirli olmayı[151]; müstakim ise dürüst ve namuslu olmayı ifade etmektedir[152].

1.3.1.2. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemi

6762 sayılı mülga TTK ise "*basiretli iş adamı*" kavramını kullanmıştır. Söz konusu Kanun m. 20/II, "*her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lâzımdır*" şeklinde öngörülmüştür. 865 sayılı Kanundan ifade farklılığı olarak 6762 sayılı TTK'da, tacirin sadece ticarî taahhütlerinin ifasında değil ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli davranması beklenmektedir.

Kanaatimizce esas farklılık basiretli davranmanın "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır. Böylelikle isabetli olarak basiretli davranma ticarî işle bağlantılı değil tacir ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra 865 sayılı Kanunda "*basiretkâr tacir*" ifadesi kullanılmasına rağmen 6762 sayılı TTK'da "*basiretli iş adamı*" ifadesi kullanılmıştır. İş adamı ifadesinin kullanım nedeni 6762 sayılı TTK'da ve Gerekçesinde ifade edilmemiştir. 6762 sayılı TTK'nın çeşitli hükümlerinde benzer olarak tedbirli tacir kavramının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin taşıma işleri komisyoncusu bakımından tedbirli tacir (m. 809) ve taşıyan bakımından tedbirli taşıyıcı (m. 1061) kavramları kullanılmıştır.

6762 sayılı TTK'da basiretli iş adamı kavramının tanımı, başka bir deyişle tam anlamıyla neyi ifade ettiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak Gerekçe'de tacirden beklenilen basiretin anlamının Kanundan değil, ticaret hayatından ve özellikle de ticarî teamüllerden çıkarılacağı ifade edilmiştir.

---

[151] **Yılmaz**, Sözlük, s. 863.
[152] **Yılmaz**, Sözlük, s. 879.

1.3.1.3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemi

1.3.1.3.1. Temel Düzenleme: Tacirlere İlişkin Türk Ticaret Kanunu m. 18/2 Hükmü

6762 sayılı (mülga) TTK m. 20/II hükmünü tekrarlayan TTK m. 18/2 uyarınca tacirin "*ticaretine ait bütün faaliyetlerinde*[153] *basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi*" gerekmektedir[154]. Düzenleme "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında yer almaktadır. "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında tacir olmaya birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği de bu sonuçlardan bir tanesidir. Bu bakımdan hükmün düzenlenme yeri uygundur. Öğretide tacir olmaya bağlanan hukukî sonuçlara atfen tacir olmanın hem nimetinin hem külfetinin bulunduğu ifade edilmektedir[155]. Basiretli iş adamı gibi davranma da tacir olmanın bir külfeti niteliğindedir[156].

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı kanaatimizce soyut ve değişken niteliğinden dolayı TTK m. 18/2'de ve TTK Gerekçesinde tanımlanmamış ve tanımın ticaret hayatından ve ticarî teamüllerden çıkarılacağı belirtilmiştir[157]. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ifade edeceğimiz üzere basiretli iş adamı gibi davranma kavramı, hukukî sorumluluğun tespiti bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda hükmün bir fıkra ile

---

[153] "*Ticaretine ait bütün faaliyetlerinde*" ifadesi ile neyin kastedildiği hususu basiretli iş adamı gibi davranmanın faaliyet bakımından uygulama kapsamına ilişkin yapılacak açıklamalarda incelenmiştir. Bkz. aşağıda 2.3., s. 129 vd.

[154] TTK dışında başka Kanun ve ikincil mevzuatta da basiretli iş adamı gibi davranma kavramı kullanılmıştır. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) (RG. 28.11.2013, S. 28835) m. 35/3'te konut finansmanı kuruluşunun konutun satışını basiretli tacir gibi davranma suretiyle gerçekleştireceğine hükmedilmiştir. "*Makul ve basiretli bir tacir gibi*" ifadesi için bkz. Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 31/I-i. Ayrıca bkz. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (RG. 30.03.2013, S. 28603) m. 5/4-ç; Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 29/4-b; Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi ve Desteklenmesine İlişkin Yönetmelik m. 23/2. Bu kapsamda SPK ve ilgili mevzuatındaki düzenlemelere ilişkin bkz. aşağıda 4.2.1., s. 280 vd.

[155] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 146.

[156] Buradaki külfet ifadesi hukukî kurum olarak külfeti karşılamamaktadır. Külfet ifadesi burada tacir olmanın faydasının yanında zorluğunun da bulunduğu anlamında kullanılmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının hukukî bir kurum olarak külfet niteliğinde olup olmadığına ilişkin açıklama için aşağıda sırasıyla bkz. 1.5.4., s. 84, 1.5.6.3., s. 89 vd.

[157] Bkz. 6762 sayılı TTK m. 20 gerekçesi.

değil müstakil bir madde ile öngörülmesi düşünülebilirse de uygulama bakımından müstakil bir madde ile düzenlenmemesi bir farklılık arz etmemektedir[158].

TTK m. 18/2 bağlamında basiretli iş adamı gibi hareket etme lafzî olarak ele alındığında aktif bir davranış şeklinde yorumlanabilir. Ancak kanaatimizce basiretli iş adamı gibi hareket aktif bir davranış olarak söz konusu olabileceği gibi somut olay özelinde kaçınma davranışı veya pasif bir davranış olarak da söz konusu olabilir. Örneğin rekabet etmemek, somut olayın özelliklerine göre basiretli iş adamı gibi davranma niteliği taşıyabilir. Sözleşmenin kurulma aşamasında susmaya ilişkin hukukî düzenlemeler basiretli iş adamı gibi davranma ile ilişkilendirilerek farklı bir yoruma sebep olabilir. Kural olarak susma bir irade beyanı olarak kabul edilmemekte ve cevap vermeyen taraf öneriyi kabul etmiş sayılmamaktadır[159]. Bu husus tacirler bakımından da geçerlidir. Tacirin susması (sükûtu) kabul (ikrar) anlamına gelmemektedir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tek başına bu anlama gelebilecek bir sonucu doğurmamaktadır. Ancak bu hususta bir düzenleme içeren TBK m. 6 hükmü incelenmelidir. "*Örtülü kabul*" başlığı altındaki ilgili hükme göre susmanın irade beyanı olarak kabul edilebilmesi için önerinin uygun bir sürede reddedilmemesi gerekir. Uygun bir sürede reddedilmeyen öneriye ilişkin olarak bazı hâllerde susma kabul sayılır. Bu bağlamda kanun açık bir kabulü gerekli görmüyorsa, işin niteliği açık bir kabulü gerektirmiyorsa veya durumun gereği açık bir kabulü zorunlu kılmıyorsa susma kabul olarak sonuç doğurmaktadır. Burada işin niteliği ve durumun gereği hususları incelenirken basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin durumu farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılarak, tacir olmayan bir kişi için kabul anlamına gelmeyecek bir susma davranışının tacir bakımından kabul anlamına gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu hususta ticarî örf ve âdetler de belirleyici rol oynayabilir. Anılan bağlamda bir sözleşme bakımından ticarî örf ve âdet gereği susma kabul anlamına

---

[158] Genel bir düzenleme olması gerekçesi ile hükmün Başlangıç Hükümleri içerisinde üçüncü maddeye ikinci fıkra olarak eklenmesinin ya da müstakil bir madde olarak öngörülmesinin yerinde olabileceği yönünde bkz. **Karaahmetoğlu**, İsmail Özgün: Bir Oksimoron Denemesi TTK m. 18/2 Bağlamında 'Basiretli Tacir' (Basiretli Tacir), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Cumhuriyetimizin 100. Yılına Armağanı, İstanbul 2023, s. 138-139, dn. 8. Hüküm temel olarak tacirler bakımından öngörüldüğünden TTK m. 3'e ikinci fıkra olarak eklenmesi kanaatimizce yerinde değildir. Müstakil bir madde olarak ihdas edilmesi düşünülürse de "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında düzenlenmelidir kanaatindeyiz.

[159] **Eren**, s. 140.

gelebilir. Bu hususta kanundan kaynaklı bir örnek verilecek olursa, öncesinde yapılan sözlü sözleşme ile içeriği uygun olan teyit mektubuna sekiz gün içerisinde itiraz edilmemesi hâlinde teyit mektubu kabul edilmiş sayılır (TTK m. 21/3). Burada TTK susmayı kabul anlamında hükme bağlamıştır.

Öğretide bu hususta irade beyanının varlığının yorumunda güven teorisinin esas alınması gerektiği yönündeki hâkim görüş uyarınca irade beyanı somut olayın tüm özellikleri hesaba katılarak objektif olarak en makul anlamın belirlenmesi ile yorumlanır[160]. Dürüstlük kuralı ile de ilişkilendirilen güven teorisinin tacirler bakımından yorumu basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle farklılık arz edebilecektir. Bu bağlamda susan kişi susmasının somut olayın özelliklerine göre karşı tarafça kabul şeklinde yorumlanacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen susmuşsa, susma kabul anlamına gelmektedir[161]. Bu durumda susan kişinin tacir olması değerlendirmede bir farklılığa sebep olabilecektir. Tacir olmayan bir kişiden farklı olarak somut olayın özellikleri çerçevesinde tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, susmasının karşı tarafça kabul anlamında yorumlanacağını bilme ve bilmesinin gerekmesine yol açabilir[162].

1.3.1.3.2. Acenteye İlişkin Türk Ticaret Kanunu m. 110/2 Hükmü

TTK m. 110/2'de acentenin müvekkilin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebileceği; ancak, işin acele nitelik taşıması nedeniyle durum müvekkilinden talimat almaya müsait olmazsa veya acente en yararlı şartlar çerçevesinde harekete yetkiliyse, işlemi basiretli bir tacir gibi kendi görüşüne göre yapacağı öngörülmüştür. Acentenin tacir olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim acente ancak TTK m. 12'deki şartları sağlaması hâlinde tacir sıfatına sahip olacaktır. Bu

---

[160] Güven teorisine ilişkin açıklama için bkz. **Eren**, s. 157-164.
[161] **Canarslan**, Gökçe: Vekalet Sözleşmesinin Örtülü Kabul ile Kurulması, EÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 317-318; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 395; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. 1), C. 1, 20. Baskı, İstanbul 2022, s. 148.
[162] Bu hususta bir karar için bkz. HGK, T. 16.01.2013, E. 2012/670, K. 2013/171 (Hukuk Türk). Karara yönelik açıklama için bkz. yukarıda s. 20-21.

kapsamda acentelik işletmesi esnaf işletmesi sınırları içerisinde kalırsa acente tacir kabul edilmeyecektir. Düzenlemede tacir olması zorunluluğu bulunmayan acentenin, basiretli tacir gibi davranması gerektiğine hükmedilmiştir. Acente, TTK m. 110/2 düzenlemesinin şartlarını taşıyan bir somut olay özelinde müvekkili tacirin göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlü tutulmuştur. Zira burada müvekkili tacirin yerine geçerek, tacirin farazî iradesi ile işlem gerçekleştirmektedir[163]. Bu durumda göstermesi gereken özen ölçüsü de tacirin özen ölçüsü ile eş tutulmuştur[164].

TTK m. 110/2 düzenlemesinde "*basiretli iş adamı*" ifadesi yerine "*basiretli tacir*" ifadesi kullanılmıştır. Kavram birliğinin sağlanması bakımından bu ifade farklılığı eleştirilebilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere basiretli iş adamı ifadesi ile basiretli tacir ifadesi kanaatimizce uygulama bakımından bir farklılık arz etmeyecektir.

1.3.1.3.3. Kollektif Ortaklık Tasfiye Memurlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu m. 286 Hükmü

Kollektif ortaklık tasfiyesini düzenleyen hükümlerden TTK m. 286 uyarınca tasfiye memurları, "*tasfiye hâlinde bulunan ortaklığın bütün mal ve haklarının korunması için basiretli bir iş adamı gibi gerekli önlemleri almakla ve tasfiyeyi olabildiğince en kısa zamanda bitirmekle yükümlü*" bulunmaktadırlar. Hüküm 6762 sayılı TTK m. 225'in tekrarı niteliğindedir. 6762 sayılı TTK m. 225 gerekçesinde ise, tasfiye memurlarının genellikle tasfiye işlemlerini sürüncemede bıraktıkları ve bu yolla ortakları ve ortaklığı zarara uğrattıkları, bu nedenle tasfiyenin olabilecek en kısa sürede bitirilmesi

---

[163] **Cengiz**, Ali: Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları, HÜHFD, C. 1, S. 2, 2011, s. 147.

[164] Bu hususta öğretide bir görüşe göre, acentelik faaliyetinin niteliği gereği acente esnaf da olsa tacir de olsa basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır. TTK m. 110/2 de bu hususu teyit eder niteliktedir. Nitekim HGB § 86/3'te ve İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht) (OR) Art. 418c'de de acentenin basiretli iş adamının özenini göstermesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir. Bu görüş için bkz. **Kaya**, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 170-171. OR tam metni için bkz. https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf (ET: 18.01.2021). Biz yazarın görüşüne katılmıyoruz. Zira Kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı HGB ve OR'da olduğu gibi bu hususta açık bir kanunî düzenlemeye giderdi kanaatindeyiz. Kanun koyucu yalnızca TTK m. 110/2'de belirtilen durumda acentenin kendi tacir sıfatından bağımsız olarak basiretli tacir gibi davranması gerektiğine hükmetmiştir. Üstelik TTK m. 110/2 de özellik arz eden bir düzenlemedir. Bu düzenlemede acente, tacirin farazî iradesi ile işlem gerçekleştirmektedir.

gerekliliğinin açık bir kanunî düzenlemeye bağlandığı ve sorumluluklarına dikkat çekildiği belirtilmiştir.

TTK m. 286 hükmünde tasfiye memurları bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün öngörülmesi hususunda iki ayrı yorum geliştirilebilir. İlk yoruma göre tacir olmayan tasfiye memurları bakımından beklenen davranış ölçüsü, tacirler için beklenen ölçü ile aynı tutulmuş olabilir[165]. 6762 sayılı TTK m. 225 Gerekçesi esasında bu yorumu güçlendirebilir. Zira tasfiye aşaması, ortakların, ortaklığın ve alacaklıların özellikle korunması gereken kritik bir süreçtir. Nitekim ilgili süreçte menfaat sahipleri arasında çıkar çatışmaları artabilmektedir. Bu bağlamda sürecin özelliği göz önünde bulundurulduğunda, tasfiye memurlarının sorumluluğu ağırlaştırılarak sürecin ehemmiyetini vurgulamak amaçlanmış olabilir.

İkinci yoruma göre tacir olan ortaklığın göstermesi gereken basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ortaklığın organı niteliğindeki tasfiye memurları[166] özelinde somutlaştırılmış olabilir. TTK m. 286 hükmü ortaklığın korunması olduğu kadar, esasında ortakların ve alacaklıların korunması amacıyla da öngörülmüştür. Tüzel kişi olan ortaklık iradesini organları aracılığıyla ortaya koymaktadır. Burada tüzel kişi ortaklığın göstermesi gereken basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, iradesini ortaya koyan organı özelinde somutlaşacaktır[167]. Bu itibarla TTK m. 286 düzenlemesi, ortaklığın basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tasfiye aşamasında tasfiyeye ilişkin işlemler bakımından yetkili organ olarak kabul edilen tasfiye memurları özelinde somutlaştırılmasının kanunî olarak hükme bağlanmasını ifade edebilir.

---

[165] TTK m. 219/1 hükmünde de "*basiretsizlik*", ortaklık sözleşmesi ile yönetim işleri verilen kollektif ortağın yönetim yetkisinin sınırlandırılmasında veya geri alınmasında haklı bir neden olarak ifade edilmiştir. Benzer bir yorumla "*basiretsizlik*" ifadesi ile, kollektif ortaklık yöneticilerinin de esasında basiretli iş adamı gibi davranmalarının arandığı, basiretli iş adamı gibi davranmanın organ sıfatı ile yöneticiler bakımından da söz konusu olduğu yönündeki görüş için bkz. **Ulusoy**, s. 319-320.

[166] Anonim ortaklıklar bakımından bu hususta ayrıca bkz. aşağıda 1.4.1.2., s. 55 vd.

[167] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 2.1.3, s. 106 vd.

1.3.2. Kavramın Karşılaştırmalı Hukukta Düzenlenişi

1.3.2.1. Alman Hukukunda

Hukukumuzdaki "*basiretli iş adamı gibi davranma*" gerekliliğine ilişkin TTK m. 18/2 düzenlemesinin Alman hukukundaki paralel düzenlemesi HGB § 347/1'dir. HGB § 347/1'de basiretli iş adamı kavramına karşılık "*ordentlichen Kaufmanns*" kavramı kullanılmıştır. "*Kaufmann*" taciri ifade etmekle birlikte[168], "*ordentlich*" kelimesi Türkçe'ye olağan, düzenli, namuslu, dikkatli ve özenli olarak çevrilmektedir[169].

HGB § 347/1 hükmünde "*kendisi için ticarî olan bir işten dolayı, başka bir kişiye özen gösterme yükümlülüğü altında olan bir kişi, basiretli (olağan-ihtiyatlı- dikkatli-özenli) bir tacirin (eines ordentlichen Kaufmanns)*[170] *özenini göstermek zorundadır*" demektedir[171, 172]. İlgili hüküm, "*Ticarî İşler (Handelsgeschäfte)*" ana başlığı altında "*Genel Hükümler*" alt başlığı altında düzenlenmiştir. Hükmün lafzî yorumu ile basiretli tacir gibi davranması gereken kişinin tacir olmasına ilişkin bir zorunluluk olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

---

[168] **Önen**, Yaşar/**Şanbey**, Cemil Ziya: Almanca-Türkçe Sözlük 1 (Almanca-Türkçe Sözlük 1), A-N, Ankara 1993, s. 546.

[169] **Önen**, Yaşar/**Şanbey**, Cemil Ziya: Almanca-Türkçe Sözlük 2 (Almanca-Türkçe Sözlük 2), 0-Z, Ankara 1993, s. 749.

[170] Ordentlichen Kaufmann ifadesinin tedbirli tacir olarak çevirisi için bkz. **Türkel**, Doğuş Taylan: Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m. 876), DEÜHFD, C. 22, S. 1, 2020, s. 264.

[171] Bkz. HGB § 347/1: "*Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kuafmanns einzustehen.*". Hükmün İngilizce çevirisi için bkz. "*A person who, in respect of a transaction which is, as to himself, a commercial transaction, is under a duty of care to another person, must exercise the care of a prudent Merchant*". Avusturya Hukukunda da aynı hüküm bulunmaktadır. Yalnızca Avusturya Hukukunda 2007'de yapılan köklü bir reformla Ticaret Kanununun adı İşletmeler Kanunu (Unternehmensgesetzbuch) (UGB) olarak değiştirilmiş, merkez kavram tacir yerine işletmeci olarak ifade edilmiştir. Bu hususta özellikle "*işletmeci*" kavramının içeriğine ve kullanılma gerekçesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Aker**, Halit: Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, Batider, C. 25, S. 3, 2009, s. 226-231. Avusturya İşletmeler Kanunu m. 347'de de işletmeciye basiretli davranma gerekliliği yüklenmiştir. Avusturya İşletmeler Kanunu tam metni için bkz. https://www.jusline.at/gesetz/ugb (ET: 20.01.2022). İlgili hüküm olan UGB § 347/1 için bkz. https://www.jusline.at/gesetz/ugb/paragraf/347 (ET: 20.01.2022).

[172] 1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu m. 282'de aynı yönde bir düzenleme mevcuttur. Bkz. 1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu m. 282: "*Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, muß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden.*". 1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu tam metni için bkz. https://www.koeblergerhard.de/Fontes/AllgemeinesDeutschesHandelsgesetzbuch1861.htm, ET: 27.10.2023).

Ancak ticarî işin tanımının yapıldığı HGB § 343 düzenlemesi incelendiğinde, ticarî işin tacirin ticarî işletmesinin işletilmesiyle ilgili bütün işler olarak ifade edildiği görülmektedir[173]. HGB'de yalnızca tacirin ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemlerinin ticarî iş sayılacağına ilişkin nispî ticarî iş ölçütü esas alınmıştır[174]. Bu durumda HGB § 347 düzenlemesinin esasında tacirler bakımından öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır[175].

Öğretide HGB § 347/1 hükmünün, Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) (BGB)[176] § 276/2 hükmü ile bağlantılı olduğu ileri sürülmektedir[177]. BGB § 276 hükmünde, kişinin gerekli özeni (erforderlichen Sorgfalt) göstermemesi durumunda davranışının ihmalî nitelikte olduğu belirtilir[178]. BGB'de ihmal gerekli özenin gösterilmemesi olarak ifade edilmiştir. Kişinin gereken özenle hareket edip etmediğine karar vermek ve kararı temellendirmek için ise genellikle varsayımsal makul bir kişinin davranış ölçüsü esas alınmaktadır[179]. Hâkim, tarafların davranışlarını bu varsayımsal ölçüyle karşılaştırdıktan sonra, gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle davranışı ihmal olarak nitelendirebilir. Makul insan, belirli, değişmez bir anlamı olan öncül olarak kabul edilmemekte, bu nedenle kavramdan doğrudan bir sonuç çıkarılamamaktadır[180].

---

[173] Bkz. **Maultzsch,** Felix**:** HGB §§ 343-354 *içinde* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, §§ 343-406 HGB CISG (Editörler: Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten), 5. Auflage, München 2021, HGB § 343, N. 2; **Leyens**, Patrick C.: HGB §§ 343-372 *içinde* Beck'iche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch (Editörler: Hopt, Klaus J./Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Merkt, Hanno/Roth, Marcus), 42. Auflage, München 2023, HGB § 343, N. 2.

[174] TTK m. 3'te ise nispî ticarî iş ölçütü ile birlikte TTK'da hususların ticarî iş sayılacağına ilişkin mutlak ticarî iş ölçütüne de yer verilmektedir. Bkz. **Kırca**, Ticari İş, s. 5-6.

[175] HGB § 347/1'in tacirin özen yükümlülüğünü düzenlediği yönünde bkz. **Lehmann-Richter**, HGB § 347, N. 1.

[176] Tam metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (ET: 18.01.2021).

[177] **Pamp**, Rüdiger: HGB §§ 343-354 *içinde* Handelsgesetzbuch (Editör: Oetker, Hartmut), 7. Auflage, 2021, HGB § 347, N. 1; **Jung**, Peter: Handelsrecht, 11. Auflage, München 2016, s. 214; **Brox**, Hans/**Henssler**, Martin: Handelsrecht, 22. Auflage, München 2016, s. 202; **Lehmann-Richter**, HGB § 347, N. 2.

[178] Bkz. BGB § 276/1-2: "*Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.*
(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt."

[179] BGB § 276 hükmüne ilişkin açıklama için bkz. **Grundmann**, Stefan: BGB §§ 276-279 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2022, BGB § 276, N. 1 vd.

[180] **Gönül Koşar**, s. 30-31; **Joachim**, s. 352-353. *Joachim*, Anglo-Sakson hukukunda ve Alman hukukunda ihmalin varlığının tespit edilmesi, bunun için özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin

Tacirin göstermesi gereken özenin de objektif olarak BGB § 276/2'ye dayandığı, HGB § 347/1'in bu anlamda açıklayıcı bir işleve sahip olduğu ve BGB § 276 hükmünü tamamladığı öne sürülmektedir[181]. Bir başka ifadeyle HGB § 347/1 hükmü, BGB § 276/2 hükmünü tacirler bakımından somutlaştırmakta ve bu somutlaştırmada esas alınacak varsayımsal kişinin basiretli tacir olduğu belirtilmektedir[182]. Burada BGB § 276 hükmünün genel düzenlemesinin, ticarî işlemlere ilişkin olarak özel insan grubunun (tacirlerin) özelliklerinin gerekli özenin tespitinde belirleyici olduğu anlamında netleştirilmesi söz konusudur[183]. Öğretide basiretli (ihtiyatlı) tacirin, sıradan makul insandan daha fazla özen (dikkat) göstermek zorunda olduğu vurgulanmıştır[184].

Öğretide BGB § 276 hükmü gibi HGB § 347/1 hükmünün de hak ve yükümlülük öngören bir düzenleme olmadığı, sadece tanımlanmayan bir sorumluluk standardı belirlediği ifade edilmektedir[185]. Bu kapsamda somut olayda kusurun (ihmalin) söz konusu olup olmadığı hususunda esas alınacak varsayımsal kişi basiretli tacirdir (*ordentlichen Kaufmanns*). HGB § 347/1 kapsamında somut olayda kişi basiretli tacir gibi davranmışsa kusuru (ihmali) de söz konusu değildir ve hukukî olarak sorumluluğu bulunmamaktadır. HGB § 347/1 kapsamında basiretli tacir davranışı, tacirin faaliyet gösterdiği sektöre, işletmesinin büyüklüğüne ve sözleşmenin türüne göre değişmektedir[186]. Örneğin basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özen ile basiretli bir bankanın göstermesi gereken özen farklı olacaktır[187].

HGB § 347'nin ikinci fıkrasında ise, kuralın BGB kapsamındaki hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğine veya özen ölçüsü olarak kişinin kendi işlerinde

---

belirlenmesi bakımından kullanılan ölçülerin paralel olduğunu öne sürmektedir. Bu kapsamda makul insan (reasonable person) ölçüsünün esas alındığını belirtmektedir. Bu ölçüye ilişkin açıklama için bkz. aşağıda 1.3.2.3., s. 45 vd.

[181] **Jung**, s. 214; **Brox/Henssler**, s. 202.

[182] **Jung**, s. 214; **Brox/Henssler**, s. 202.

[183] **Pamp**, HGB § 347, N. 1.

[184] **Brox/Henssler**, s. 203; **Joachim**, s. 356.

[185] **Pamp**, HGB § 347, N. 1; **Fest**, Timo: HGB §§ 343-348 *içinde* Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht (Editörler: Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz), 4. Auflage, 2020, HGB § 347, N. 1; **Roth,** HGB § 347, N. 1; **Leyens**, HGB § 347, N. 1.

[186] **Roth**, HGB § 347, N. 4; **Jung**, s. 214-215; **Brox/Henssler**, s. 203.

[187] **Jung**, s. 214-215.

gösterdiği özenin esas alındığı düzenlemelerin uygulanmasına engel oluşturmayacağı öngörülmüştür. TTK m. 18/2 düzenlemesinde ise bu hususta bir açıklamaya yer verilmemiştir.

"Basiretli (olağan-ihtiyatlı-dikkatli-özenli) (ordentlich)" olma ölçüsü, ortaklıkların yöneticileri bakımından da öngörülmüştür[188]. Bu bağlamda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz) (AktG)[189] § 93/1 hükmünde yönetim kurulu üyelerine ilişkin olarak "*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*" kavramı kullanılmıştır. HGB § 347 hükmünün bir başlığı bulunmamasına rağmen, AktG § 93/1 "*Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Sorumluluğu*" başlığı altında kaleme alınmıştır. "*Gewissenhaft*" kelimesi Türkçe'ye vicdanlı, titiz, özenli olarak çevrilmektedir[190]. Komandit ortaklıklar hükümlerinde sorumluluğa ilişkin özen ölçütü bakımından anonim ortaklık hükümlerine atıf yapılmaktadır (AktG § 283). Kooperatifler Kanunu (Genossenschaftsgesetz) (GenG) §34/1 hükmünde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin özen yükümlülüğü başlığı altında ölçüt olarak "*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*" ifadesi kullanılmıştır[191]. Yine limited ortaklıklarda müdürlerin sorumluluğunu düzenleyen Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) § 43/1 hükmünde "*die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes*" ifadesi kullanılmıştır[192]. Burada yönetim organının sorumluluğu bakımından tacirin sorumluluğu ile aynı ölçünün arandığı görülmektedir[193].

HGB ve AktG'nin birçok hükmünde kişilerin göstermesi gereken özeni (Die Sorgfalt) ifade etmek için bu kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bazı hükümlerde yalnızca "*ordentlich*" kavramının[194], bazılarında ise "*ordentlichen und gewissenhaften*" kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Ki "*ordentlichen und gewissenhaften*" kavramı

---

[188] **Leyens**, HGB § 347, N. 4.
[189] Tam metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/index.html (ET: 18.01.2021).
[190] **Önen/Şanbey**, Almanca-Türkçe Sözlük 1, s. 418.
[191] GenG tam metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/geng/GenG.pdf (ET: 09.06.2021).
[192] Tam metin için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/GmbHG.pdf (ET: 09.06.2021).
[193] **Ziemons,** Hildegard: GmbHG § 43 *içinde* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 2 (Editörler: Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica), 4. Baskı, Münih 2023, GmbHG §43, N. 409.
[194] Bkz. acenteye ilişkin HGB § 86, § HGB 90; komisyoncuya ilişkin HGB § 384/1.

daha ziyade yöneticilere ilişkin hükümlerde kullanılmıştır[195]. Bu kapsamda Alman hukukunda büyük oranda terim birliğinin sağlandığı görülmektedir.

Öğretide HGB § 347 hükmünde kullanılan "*ordentlichen Kaufmanns*" kavramı ile yöneticilere ilişkin kullanılan kavramların ilişkisi tartışılmıştır. Öncelikle yöneticilere ilişkin AktG § 93, GmbHG § 43/1 ve GenG § 34/1'teki kavramların aynı kavram olduğu, aynı anlamı ihtiva ettiği ve bu kavramların BGB § 276'da düzenlenen herkes tarafından uyulması gereken özen standardının üzerine çıktığı belirtilmektedir[196]. HGB § 347 ile ilişki bağlamında ise bir görüşe göre her iki özen standardı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır[197]. Diğer görüşe göre ise yönetim kurulu ve müdürler için öngörülen özen ölçüsü HGB § 347'den daha ağır bir ölçüyü ifade etmektedir[198]. Zira tacir kendi varlığını yönetirken, yönetim kurulu ve müdürler tüzel kişiliğin varlığını yönetmektedir ve yönetim kurulu ve müdürlerin daha fazla özen göstermeleri gerekir[199]. Yönetim kurulu üyelerinin yabancı bir malvarlığını yönetiyor olması, kendi malvarlığını yöneten bağımsız bir girişimci ile karşılaştırıldığında daha ağır bir özen ölçüsüne tâbi olmalarını gerektirmektedir[200]. Bununla birlikte ortaklık işleri de tacirin ticarî işlerinden daha kapsamlıdır. Ortaklık işlerine, ticarî işlerle birlikte ortaklığı ilgilendiren tüm iç ve dış işler dahil bulunmaktadır[201]. Görüldüğü üzere Alman Hukukunda ortaklık organı olan yöneticinin özen standardı HGB § 347'den aşağı görülmemekte, HGB § 347'ye eş veya artan bir özen yükümlülüğü olarak görülmektedir[202, 203].

---

[195] Bkz. HGB § 130a, AktG § 92.

[196] **Ziemons,** GmbHG § 43, N. 408; **Pörschke**, Moritz: GmbHG § 43 *içinde* BeckOKGmbhG (Editörler: Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pörschke, Moritz), 55. Baskı, Münih 2023, GmbHG § 43, N. 287.

[197] **Millenet**, Robert: Der Einfluss des KonTraG und weiterer gesetzlicher Bestimmungen zur Risikominderung in Unternehmen auf die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 I HGB, Hochschule Furtwangen University, Masterarbeit Furtwangen 2007, s. 45; **Leyens**, HGB § 347, N. 4.

[198] **Hillebrand**, Klaus- Peter/**Kessler**, Jürgen: Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, Hamburg 2001, s. 391, 396.

[199] **Ziemons**, GmbHG § 43, N. 409.

[200] **Sevi**, s. 207.

[201] **Millenet**, s. 56.

[202] **Pamp**, HGB § 347, N. 10.

[203] 1990'lı yıllarda birçok ülkede olduğu gibi Almanya'da da meydana gelen sansasyonel krizler büyük ortaklıkların yönetim yapılarının sorgulanmasına sebep olmuştur. İlgili tartışmaları dikkate alan Kanun koyucu 1998 yılında ortaklık yönetimine yönelik bazı değişiklikler öngören İşletme/Teşebbüslerde Kontrol

1.3.2.2. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda ayrı bir Ticaret Kanunu bulunmamakta, OR ticaret hukukuna ilişkin de düzenlemeler içermektedir. Ancak OR'da tacirin basiretli iş adamı gibi davranmasına yönelik paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca OR Art. 418c hükmünde acentenin özenine ilişkin olarak "*ordentlichen Kaufmannes*" ifadesi kullanılmıştır. İlgili düzenlemede acentenin, müvekkilinin çıkarlarını basiretli bir tacirin özeni ile koruması gerektiğine hükmedilmiştir. Öğretide OR'da tacirlere ilişkin bu yönde özel bir düzenleme bulunmuyorken, OR Art. 418c düzenlemesinde basiretli tacirin özeni ifadesinin kullanılması eleştirilmektedir[204]. Bu hususta bir yargı kararında, OR Art. 418c düzenlemesi sadakat yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir[205]. Sadakat yükümlülüğü kapsamında acente müvekkilinin çıkarlarını basiretli bir tacirin özeni ile korumalıdır. Kararda sadakat yükümlülüğünün, acentenin müvekkilinin bir rakibi için çalışmasının veya müvekkili ile rekabet etmesinin önüne geçer nitelikte olduğu belirtilmektedir[206]. OR Art. 418c düzenlemesi ihmale ilişkin OR Art. 398/2 düzenlemesi ile de ilişkilendirilmektedir[207]. OR Art. 398/2 düzenlemesinde, verilen işin sadakatle ve özenli bir şekilde yürütülmesinden sorumlu olunduğuna hükmedilmektedir.

OR'da hüküm altına alınmasa da öğreti ve uygulamada objektifleştirilmiş kusur ölçüsü benimsenmektedir[208]. Tacir de bu bağlamda bir meslek sahibi olarak kabul edilmekte ve tacirin ticarî faaliyetlerinde göstermesi gereken özen ve ihmalinin bulunup bulunmadığı

---

ve Şeffaflık Hakkında Kanun'u [Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)] yürürlüğe koymuştur. Yönetim kurulunun göstermesi gereken özen derecesi ile tacirin göstermesi gereken özen derecesini ayırmayan (eşdeğer gören) bir görüş, özel birtakım düzenlemeler ile HGB § 347 hükmündeki basiretli iş adamının göstermesi gereken özenin somutlaştırıldığı ve genişletildiğini öne sürmektedir. Bu hususta KontTrag'ın ilgili düzenlemeleri örnek gösterilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. **Millenet**, s. 4 vd.

[204] **Badertscher**, Beat/**Spoerri**, Thomas, Art. 418c *içinde* OR Kommentar (Editörler: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Baskı, Zürich 2009, Art. 418c, s. 956.

[205] Aynı yönde bkz. **Badertscher/Spoerri**, Art. 418c, s. 956.

[206] BGE 136 III 518, 07.10.2010 (https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-III-518%3Ade&lang=de&type=show_document, ET: 28.07.2023)

[207] BGE 103 II 129, 05.04.1977 (https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-II-129%3Ade&lang=de&type=show_document, ET: 28.07.2023).

[208] **Gönül Koşar**, s. 49-50.

objektifleştirilmiş soyut tacir tipinin davranışları esas alınarak tespit edilmektedir[209]. Bu hususta bir yargı kararında kusurun (ihmalin) tespiti bakımından objektif bir ölçünün esas alındığı, bu objektifliğin de aynı şartlar altında bulunan özenli iş adamı bakımından makul olan özenin gösterilip gösterilmediğinin tespiti ile sağlanacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir[210]. Yine bir başka yargı kararında bizzat basiretli bir tacirin özeni (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns) ifadesi kullanılmıştır[211].

1.3.2.3. Anglo-Sakson Hukukunda

Roma hukukunda kusurun bir türü olan hafif ihmalin belirlenmesinde bir ölçüt olarak kabul edilen objektif, soyut, ideal bir kişiyi belirten iyi bir aile babası (bonus pater familias) veya iyi bir aile babasının özeni (diligens bonus pater familias) ölçüsünün Anglo-Sakson hukukundaki yansıması, "*prudent man*", "*reasonable man*" veya "*reasonable person*" kavramlarıdır[212]. Ancak kanunî düzenlemelerde tacirlere ilişkin olarak doğrudan basiretli davranma gerekliliğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır[213].

Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak geleneklere ve bunlara uyularak verilen mahkeme kararlarına dayanan Anglo-Sakson hukuk sistemi (Common Law)[214] içerisinde yukarıda belirtilen kavramlara ilişkin ilk olarak 1837 yılında "*the man of ordinary*

---

[209] **Gauch**, Peter: Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, Recht, S. 6, 1996, s. 16 ve dn. 104 (file:///C:/Users/serta/Downloads/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf, ET: 27.07.2023).

[210] BGE 85 I 66, 24.03.1959 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F85-I-66%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, ET: 18.04.2023).

[211] BGE 93 I 265, 03.05.1967, s. 287 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F93-I-265%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, ET: 27.07.2023).

[212] **Kara**, Basiretli Tacir, s. 2143; **Sanlı**, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, s. 196. Kavramın Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde paralel bir anlam taşıdığı yönünde bkz. **Joachim**, s. 341. "*Reasonable man/person*" kavramının hukukumuzda "*basiretli iş adamı*" kavramı ile ilişkilendirilmesine ilişkin bkz. **Kara**, Basiretli Tacir, s. 2129 vd.

[213] Ticaret hukuku bağlamında İngiliz hukuku ile Amerikan hukuku arasındaki temel farkın Amerikan ticaret hukukunun UCC olarak kodifiye edilmesi olduğu yönünde bkz. **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 39.

[214] **Özden Merhacı**, Selin: Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, ABD, 2012/4, s. 180-181.

prudence" ifadesi ile "*Vaughan v Menlove*" davasından bahsedilmektedir[215]. Daha sonra "*Blyth v Birmingham Waterworks*" davasında "*prudent and reasonable man*" ifadesi kullanılmıştır. Davada ihmal, insan ilişkilerinde gerçekleştirilen günlük davranışa ilişkin genel kanı çerçevesinde hareket eden makul kişinin yapacağını yapmamak ya da tedbirli ve makul kişinin yapmayacağını yapmak olarak tanımlanmıştır[216]. Basiretli iş adamı ifadesinin İngilizce karşılığı "*prudent business man*" ifadesidir. "*Reasonable person*" ifadesinin birebir Türkçe karşılığı ise "*makul kişi*" kavramıdır. Bu hususta öğretide ilk olarak "*prudent*" ifadesinin kullanıldığı, belirli bir sürecin sonunda bu ifadenin "*reasonable man*" veya "*reasonable person*" ifadesine dönüştüğü öne sürülmektedir[217, 218].

Hukukî sorumluluk bağlamında ihmalin varlığı makul kişi testi yapılarak tespit edilmektedir[219]. İhmal, makul bir kişinin ilgili şartlar altında yapmayacağı bir fiilin yapılmasından veya yapacağı bir fiilin yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda makul kişi, farklı içeriklerle doldurulabilen hukukî bir kavramdır[220]. "*Makul*" olmak, akıl yetisine sahip olmak, rasyonel olarak akla göre hareket etmek anlamına

---

[215] *Vaughan v Menlove*, 3 Bing (NC) 468, 132 ER 490 (1837). Davaya ilişkin bkz. English Reports Full Reprint Vol. 132- Common Pleas (1486-1865).

[216] *Blyth v Birmingham Waterworks*, 11 Ex 78, 156 ER 1047 (1856). Bkz. English Reports Full Reprint Vol. 156 – Exchequer.

[217] **Kara**, Basiretli Tacir, s. 2143.

[218] UCC kapsamında tanımlanan tacir kavramının da reasonable person ölçüsünü içeriklendirdiği, uygulamada da tecrübeli, tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen davranış modelini somutlaştırdığı yönünde bkz. **Kara,** Basiretli Tacir, s. 2144. UCC § 2-104 düzenlemesinde tacir tanımı şu şekilde verilmiştir: "*Tacir, mallarla uğraşan veya işinden dolayı ticarete ilişkin mallara dair özel bilgi ve beceriye sahip olduğu yönünde kendisini tanıtan veyahut kendisine bağlı işten dolayı kendisini o konuda bilgi ve beceri sahibi olarak tanıtan veya bu niteliklere haiz acente, broker ve diğer aracı kişileri kendisini temsilen atayan kişiye denir.*". Görüldüğü üzere verilen tacir tanımının anlaşılması oldukça güç bulunmaktadır. Tanımın karmaşıklığının eleştirisi için bkz. **Hillinger**, Ingrid Michelsen: The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve the Good, the True, the Beautiful in Commercial Law, GLJ, C. 73, S. 4, 1985, s. 1141-1143. Karışık tacir tanımının özetle yaptığı işte tecrübeli ve faaliyet gösterdiği alanda da uzman olan kişi olarak ifade edilebileceği yönünde bkz. **Kara**, Basiretli Tacir, s. 2136-2137. Tacir tanımının TTK'da verilenden farklı olduğu görülmektedir. TTK'daki tacir tanımı için bkz. TTK m. 12/1 vd. Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 2.1.2., s. 97 vd.

[219] Makul kişinin ihmalin tespitinde özen standardının merkezini oluşturduğu yönünde bkz. **Moran**, Mayo: The Reasonable Person: The Conceptial Biography in Comparative Perspektive, LCLR, Volume: 14, Number: 4, 2010, s. 1235.

[220] **Miller**, Alan D./**Perry**, Ronen: The Reasonable Person, NYULR Volume: 87, Number: 2, 2012, s. 325. Makul kişi kavramının ihmalin tespitinin yanı sıra özel hukukun ve kamu hukukunun birçok alanında işlev gösterdiğine ilişkin bkz. **Gardner**, John: The Many Faces of the Reasonable Person, LQR, 131 (1), 2015, s. 2-3; **Moran**, s. 1233-1234.

gelmektedir[221]. Davranış adil, dürüst veya hakkaniyetli olarak değerlendirilebiliyorsa, "*makul*" olarak adlandırılabilir. "*Makul olma*", belirli bir değerleme ölçüsünü ifade etmekte olup, davranışı yönlendirmek için bir ölçü niteliğindedir[222]. Makul insan kavramı, kişilerin dürüst, ölçülü, bilgili, akıllı, sağduyulu ve hoşgörülü olma zorunluluğunun kişiselleştirilmesi amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda makul insan, toplumun, kendi çıkarlarını ve toplumdaki diğerlerinin çıkarlarını korumak için üyelerinden talep ettiği varsayılan dikkat, bilgi, zekâ ve yargı niteliklerini kullanan kurgusal bir kişiyi ifade etmektedir. Bir diğer deyişle makul insan toplumun beklediği düzeyde dikkatli, sağduyulu, bilgili, kendisinin ve başkalarının haklarını gözeten varsayımsal bir kişiyi belirtmektedir[223]. Söz konusu kavram ile ilişkili olarak makul özen kavramı ise, olağan bir kişinin aynı veya benzer koşullarda uygulayacağı özen derecesi anlamına gelmektedir[224]. Ancak kişi meslekî uzmanlığı bulunan bir kimse ise ya da başka özel bir beceri sahibi ise bu durumda, makul kişi, söz konusu bilgi ve beceri sahibi soyut ve makul kişi olarak belirlenir[225]. Bu durumda, ilgili meslek grubunun fiilin işlendiği sıradaki olağan faaliyeti ve meslek kuruluşlarının bu hususlaki ilkeleri dikkate alınır[226].

Makul kişi ölçüsü somut olayın özelliklerine göre oluşturulmaktadır[227]. Hem haksız fiil hem sözleşmesel ilişkilerde makul kişi ölçüsüne başvurulmaktadır. Amerikan yargı kararlarında makul kişi ölçüsü somut olay bakımından zararın öngörülebilirliği, alınabilecek makul önlemler, basiretli bir kişinin davranışı gerçekleşseydi zararın oluşmasının öngörülüp öngörülemeyeceği hususları bağlamında incelenmiştir[228]. Bu bağlamda somut uyuşmazlıkta ilgili kişinin reasonable man ölçüsünü karşılayıp

---

[221] **TDK**, www.tdk.gov.tr (ET: 20.01.2020); **Demir**, s. 739-740.
[222] **Joachim**, s. 342.
[223] **Kara,** Basiretli Tacir, s. 2147; **Dimatteo**, Lary A.: Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment, SCLR, Vol. 48, 1996, s. 301.
[224] **Joachim**, s. 343.
[225] **Joachim**, s. 343; **Gönül Koşar**, s. 60.
[226] **Gönül Koşar**, s. 60. Gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tespitinde yalnızca ilgili mesleğe ilişkin yerleşmiş geleneklere bakılmasının yerinde olmadığı, hâl ve şartın mevzuatta düzenlenenden daha fazla özen gösterilmesini gerektirmesi durumunda özen borcunun takdirinin buna göre yapılması gerektiği yönünde bkz. **Battal**, Ahmet: Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu (Güven Kurumu Banka), Ankara 2001, s. 145.
[227] **Dimatteo**, s. 301.
[228] **Joachim**, s. 347-351.

karşılamadığı, bu ölçünün altına düşüp düşmediği araştırılmaktadır[229]. Somut olaydaki ilgili kişinin karakteri ve yeterliliği dikkate alınmaksızın somut olayda makul/basiretli varsayımsal kişinin nasıl davranacağı sorusuna cevap aranmaktadır. Mahkeme kararlarında makul insan kavramının yanı sıra, "*mantıksız beklentiler*", "*makul değer*", "*makul süre*", "*iyi niyet*", "*makul iş*", "*makul davranış*", "*makul çaba*", "*adil davranış ve iyi niyet*", "*makul bir takdir yetkisi*", "*makul ölçüde*", "*makul ölçüde öngörülebilir rakam*", "*makul özen*", "*makul iş adamı*" ve "*belgenin makul yorumu*" ifadelerine de yer verilmiştir[230].

Makul insan ölçüsü ticaret hukuku bağlamında insan davranışlarını değerlendirmek için kullanılmaktadır. Bu itibarla sözleşmeleri yorumlamak için kullanılmakta olup; makul adam (reasonable man) veya sağduyulu kişi (prudent person) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Makul kişinin davranışının ölçü olarak alınması, hâkime, sözleşmenin hangi tarafının görüşünün nesnel olarak doğru olduğunu belirlemesi için bir araç sağlamaktadır[231].

1.3.2.4. Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Birliği[232] genelindeki uyumlaştırma çalışmaları bağlamında çalışma konumuzla bağlantılı olarak kusurun tespitine ilişkin hususları ifade etmek gerekli görülmektedir.

---

[229] **Joachim**, s. 347-351.
[230] Bu hususta örnek Amerikan yargı kararları incelemesi için bkz. **Joachim**, s. 347-351.
[231] **Dimatteo**, s. 353.
[232] Burada Birleşmiş Milletler nezdinde ticarî sözleşmelere uygulanan birtakım uluslararası kurallarda da çalışma konumuz olan kavramın izleri sürülmelidir. 17.12.1996 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law) (UNCITRAL), ticaret hukuku alanında uyumlaştırma faaliyetleri yürütmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu UNCITRAL tarafından hazırlanmış Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasında (United Nations Convention on Contracts fot the International Sale of Goods) (CISG) tacir tanımı yapılmamaktadır. Üstelik sözleşme taraflarının tacir sıfatına sahip olması gerekliliği de aranmamıştır. Ancak uygulamada antlaşma kapsamındaki sözleşme taraflarının (özellikle hukukumuz bakımından) çoğunlukla tacir sıfatına sahip olacakları aşikardır. Söz konusu antlaşmanın birçok hükmünde "*makul*" ifadesine yer verilmiştir. Özellikle genel hükümlere ilişkin m. 8'de, sözleşme ihlâline ilişkin m. 25 hükmünde de "*makul kişi*" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Antlaşmanın Türkçe metni için bkz. RG. 07.04.2010, S. 27545. Bkz. CISG m. 8: "*(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın. (2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır. (3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş*

Zira özel olarak tacirlere ilişkin bir davranış gerekliliği düzenlenmemiştir. Bu hususta ilk olarak Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (Principles of European Tort Law) (PETL)[233] ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'ndan (Draft Common Frame of Refrence) bahsedilebilmektedir.

PETL m. 4:101'de kasten veya ihmalen gerekli davranışı göstermeyen kişinin kusurundan dolayı sorumlu olduğu belirtilmiş olup, kasıt ve ihmal kusurun dereceleri olarak ifade edilmiştir. "*Gerekli davranış ölçütü*" başlıklı PETL m. 4:102/1 uyarınca gerekli davranış standardı aynı şartlar altında bulunan kişinin göstereceği davranış olup özellikle;

- korunan menfaatin niteliği ve değeri,
- faaliyetin tehlikeliliği,
- faaliyete ilişkin kişinin sahip olması gereken uzmanlık,
- zararın öngörülebilirliği,
- ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özen güven ve
- zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemleri maliyeti

şeklinde örnek niteliğinde sayılan kıstaslar gereğince belirlenmektedir. PETL m. 4:102/2 uyarınca ise gerekli davranış standardının, yaş, zihinsel veya fiziksel engellilik nedeniyle veya olağanüstü durumlar nedeniyle kişinin buna uymasının beklenemeyeceği durumlarda ayarlanabileceği öngörülmektedir. Açıkça belirtilmemekle birlikte kusura ilişkin değerlendirmede ayırt etme gücünün varlığının aranacağına ilişkin tereddüt

---

alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.". Bkz. CISG m. 25: "*Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.*". Benzer yönde bkz. CISG m. 79/1: "*Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.*".

[233] Bkz. http://www.egtl.org/PETLEnglish.html (ET: 08.02.2021).

bulunmamaktadır[234]. Burada kişiye ilişkin kişisel birtakım durumların dikkate alınabileceği düzenlenmiştir. Devamında PETL m. 4:102/3 hükmü uyarınca ise gerekli davranış ölçüsü oluşturulurken belirli bir davranışı öngören veya yasaklayan düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bazen somut durumda somut koşullar altında beklenen davranış öngörülmüş kurallarla belirlenmiştir. Trafiğe ilişkin ya da inşaat hukukuna ilişkin düzenlemeler bu duruma örnek gösterilebilir. Bu husus da gerekli davranış ölçüsünün somutlaştırılması bakımından yardımcı olacaktır. Diğer durumlarda mahkeme (hâkim) "*makul kişinin (reasonable man*)" davranışının ne olması gerektiğine tespite çalışacaktır.

PETL'de kabul edilen kusur ölçüsü objektifleştirilmiş kusur ölçüsüdür. Bu, Roma hukukundaki "*bonus pater familias*"'ın modern tipidir[235]. Ayrıca, standart olarak hizmet eden davranış, somut olayın özel koşullarına göre belirlenmelidir[236]. Makul kişi, sorumlu kişinin bireysel kişiliğine değil, temsil ettiği kategoriye göre değişebilir ve uyarlanabilir.

Vurgulanması gereken başka bir unsur "*faaliyetin tehlikeliliği*" dir. "*Tehlike*", herkesin olağan yeteneklerinden fazlasını gerektiren bir faaliyetin her unsurunu, yani belirli bir "*uzmanlığı*" kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılmalıdır[237]. Ancak özen ölçüsünün ilgili faaliyetin tehlikeliliği ile arttığına ilişkin ilke, kişinin bütün önlemleri almasının gerektiği kabulü çok katı bir yorum teşkil etmektedir. Bu durumda kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasındaki çizgi silikleşmektedir[238].

Bazı hukuk sistemlerinde, uzmanların sorumluluğu belirli bir şekilde düzenlenir ve bunun objektif bir ölçütün daha da katı bir uygulaması olup olmadığı veya tam tersine sübjektif değerlendirme teşkil edip etmediği tartışılmaktadır. Öte yandan, gerekli yeteneklere sahip olmadığını bilerek "*tehlikeli*" bir faaliyet yürüttüğünü iddia eden bir kişi, yetersiz "*uzmanlığını*" göz ardı ederek bir faaliyet gösteriyorsa, sırf bu nedenle kusurludur. Zira

---

[234] **Gönül Koşar**, s. 66.
[235] **Widmer**, s. 76-78, N. 4 vd.
[236] **Widmer**, s. 76, N. 4.
[237] **Widmer**, s. 77, N. 8.
[238] **Widmer**, s. 77, N. 8.

meslekî bilgi ya da özel yetenek gerektiren bir durumda bu yeteneğe sahip olmayan birinin bu işi üstlenmesi hâlinde, kişinin bizatihi bu üstlenme biçimindeki davranışı kusur teşkil eder[239]. Yine belirtmek gerekir ki bir kişi belirli bir alanda (bankacılık vb.) özel bilgiye sahip olduğunda veya bu tür bir bilginin görünümünü yarattığında ona (açıkça) güvenen kişilere karşı ilgili sorumluluğu üstlenmelidir[240].

Davranış ölçüsünü oluştururken dikkate alınması gereken bir etken de, zararın öngörülebilirliğidir. Kişi, tüm tedbirlere rağmen, bunu öngöremediyse, davranışının sonucundan sorumlu tutulamaz[241].

Açıklanan hususlar haksız fiile ilişkin olsa da tacirlerin sorumluluğu bağlamında esas alınacak özen ölçüsü bakımından temel oluşturacak niteliktedir. Burada da kusurun bir türü olan ihmalin varlığını tespit için gerekli özen ölçüsü bakımından makul kişi (reasonable man) ifadesi temelinde soyut ve aynı şartlar altındaki ortalama bir kişinin özeninin arandığı görülmektedir. Bu kapsamda genel olarak özen ölçüsünün kriterleri belirlenmiştir. "*Tehlikelilik*" kavramının genel tanımı itibariyle tacirlerin faaliyetlerinin bu kapsamda değerlendirilerek özen ölçüsünün farklılaşması (ağırlaşması) ve alınması gereken tedbirlerin artması söz konusu olacaktır[242].

İhmale ilişkin olarak esas alınabilecek bir diğer çalışma olarak "Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları-Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference) (DCFR) belirtilmelidir[243]. Söz konusu çalışmanın "*İhmal*" başlıklı m. VI-

---

[239] **Widmer**, s. 76, N. 5; s. 77-78, N. 9.
[240] **Widmer**, s. 78, N. 12. Aynı yönde bkz. HGK, T. 21.11.2012, E. 2012/550, K. 2012/820: *"...kusur ve özen belirlenirken, borçlunun faaliyet sahası da nazara alınır. Riskli bir saha ise bu kişiden beklenen özen yüksek olacaktır. Bankacılık sektörü gerek banka yönetimi ve gerekse hizmet verdiği kişiler yönünden bir bütün olarak riskli bir alandır. Bankaların özen borcu bu riskin bir gereği olarak ağırlaştırılmalıdır. Bankaların tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranmaları mükellefiyeti, herhangi bir tacirinkinden farklıdır. Bankacılık alanında hizmet verenlerden beklenen basiret ölçüsü, özen vecibesi, şüphesiz daha ağırdır.*" (Hukuk Türk).
[241] **Widmer**, s. 78, N. 11.
[242] Bankaların faaliyetlerinin bu kapsamda değerlendirilmesine ve bu değerlendirmeye dayanarak göstermeleri gereken özen ölçüsünün artacağına ilişkin bkz. **Battal**, Güven Kurumu Banka, s. 151.
[243] Söz konusu çalışma Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (Study Group on a European Civil Code) ve Mevcut Avrupa Topluluğu Özel Hukuku Araştırma Grubu (Research Group on Existing EC Private Law

3:102 hükmü uyarınca, kişinin davranışının, zarar gören kişiyi o zarardan korumayı amaçlayan kanunî düzenlemede öngörülen özen ölçüsüne uymaması durumunda veya kişinin, aynı koşullar altında bulunan makul ve dikkatli bir kişiden beklenen özeni göstermemesi durumunda; kişi zarara ihmalen sebep olmuştur. Burada da ihmal, Roma hukukundaki iyi bir aile babası (bonus pater familias) ya da Anglo-Sakson hukukundaki makul kişi (reasonable man) ölçüsüne dayalı olarak belirlenmektedir[244]. Metinde özen ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınacak faktörler örnek niteliğinde dahi belirtilmemiştir. Nitekim her bir somut olayın şartları altında özenli davranışın neye karşılık geldiği, sınırlı sayım yapmak mümkün olmayan birçok etken bir araya gelerek belirlenmektedir. İhmalin belirlenmesi, her somut olayda farklı koşulların değerlendirilmesi ile hâkimin takdirine bırakılmıştır.

1.4. TERMİNOLOJİ

1.4.1. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1.4.1.1. Tedbirli Yönetici

TTK kapsamında anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluklarının söz konusu olması, belirli şartların bir arada bulunmasına bağlıdır (TTK m. 553). Bunlar Kanundan ve esas sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlâl edilmesi, bu yükümlülüğün kusurla ihlâl edilmiş olması, bir zararın meydana gelmesi ve kusur ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Sorumluluğun unsurlarından olan yükümlülük ihlâlinin ve kusurun bulunup bulunmadığı özen borcu esas alınmak suretiyle

---

-the Acquis Group) tarafından hazırlanmış, 2009 yılında nihaî hâlini almıştır. Metnin amacı Avrupa Birliği kapsamında ve ulusal kanun yapma faaliyetlerinde esas alınabilecek bir referans metin işlevi yerine getirmektir [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (Editörler: von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans), Münih 2009].

[244] **Gönül Koşar**, s. 70.

değerlendirilmektedir[245]. Bu itibarla özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi bakımından TTK m. 369'da yönetim kurulu üyelerinin veya yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini "*tedbirli bir yöneticinin özeniyle*" ifa etme ve ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kuralını esas alarak gözetme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir. 6762 sayılı TTK m. 320'de yönetim kurulu üyelerinin özen derecesi başlığı altında "*basiret*" kavramı kullanılmıştı. Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 369 gerekçesinde ise bu hususta, 6762 sayılı TTK m. 320'de öngörülmüş bulunan basiret ölçüsüne TTK m. 369 hükmünde yer verilmediği, hatta "*basiretli iş adamı*" ölçüsünden uzak durulduğu vurgulanmıştır[246]. TTK Gerekçesinde basiretli iş adamı bir ölçü olarak ifade edilmiştir. TTK Gerekçesi uyarınca 6762 sayılı TTK döneminde anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri bakımından kabul edilen basiretli iş adamı ölçüsü[247], TTK dönemi bakımından kabul edilmemiş ve tedbirli yönetici ifadesi bilinçli olarak tercih edilmiştir[248].

Tedbirli yönetici kavramı, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin özen yükümlüğünün kapsamının ve bu çerçevede ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi

---

[245] **Kırca**, İsmail (**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar): Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 657; **Uzel**, Necdet: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı, Sorumluluk Hukuku, Seminerler-Makaleler (Editör: Baysal, Başak), İstanbul 2017, s. 391, dn. 30.

[246] Bkz. TTK m. 369 Gerekçesi.

[247] 6762 sayılı TTK döneminde yönetim kurulu üyelerinin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Bkz. 11. HD, T. 07.11.2005, E. 2004/12627, K. 2005/10631; 11. HD, T. 17.12.1974, E. 1974/3677, K. 1974/3733; HGK, T. 11.12.2002, E. 2002/993, K. 2002/1052 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 20.07.2011, E. 2009/14844, K. 2011/9103 (Legalbank).

[248] TTK döneminde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak rastladığımız yargı kararlarında TTK m. 369 ve Gerekçesinde yer alan ifadelerin dikkate alınmadığı görülmektedir. İlgili kararlarda yönetim kurulu üyelerinin özenine ilişkin olarak basiretli bir yöneticiden beklenilen özenin arandığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda Kanun koyucunun açık iradesine karşılık uygulamada yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak katı tutumun yumuşatılmasına yönelik bir irade söz konusu değildir. Bkz. 11. HD, T. 05.03.2020, E. 2018/4870, K. 2020/2413: "*... yönetim kurulu üyelerinin iştirak hisseleri alınırken basiretli bir yöneticiden beklenen özeni gösterip göstermedikleri...*"; 11. HD, T. 25.11.2021, E. 2020/6008, K. 2021/6589: "*... şirketi ticari teamüllere uygun olarak ve basiretli bir tüccar gibi yönetmesi gereken davalı yöneticilerin...*" (Hukuk Türk).

bakımından kabul edilen bir ölçütü ifade etmektedir[249]. Ancak bu belirleyici tanım yeterli olmamakta, kavramının içeriğinin izahı gerekmektedir.

Tedbirli yönetici açısından işin gerekli kıldığı özen[250] nesnel (objektif) olarak tespit edilmekte[251], ilgili işe yönelik uzman[252] bilgisi aranmamaktadır[253]. "*Nesnellik*", görevi layıkıyla gerçekleştirebilmek için yetkinliği, ilgili bilgileri değerlendirmeyi[254], uygulamayı ve uygulamadaki gelişimleri takip etmeyi ve denetleme için gerekli yetenek ve öğrenimin bulunmasını ifade eder[255]. Nesnel (objektif) özen ölçüsünde[256], somut olay bakımından işi gerçekleştiren kişi özelinde değil, yapılan işin gerektirdiği özellikler göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılır[257]. Burada temel olarak aynı alanda faaliyet gösteren aynı büyüklükteki ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınmaktadır[258].

---

[249] Bu hususta açıklama için bkz. **Sevi**, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara 2021, s. 213 vd.

[250] Özen yükümlülüğünün kararı almaya yönelik sürece ilişkin olduğu, gereken özenin gösterildiği ancak isabetsiz sonuçlara yol açan kararların sorumluluk doğurmaması ve bu kapsamda kararların yerindelik denetimine tâbi tutulmaması gerektiğine ilişkin bkz. **Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu (Özen Borcu), Batider, C. XXII, S. 3, 2004, s. 88-92.

[251] Ortaklık yöneticilerinin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği, bu standardın nesnel olarak tespit edildiği, mahkemenin önüne gelen somut olayda Kanunda ve sözleşmede bulunan somut bir yükümlülük ihlâli bulunmasa da somut olayda basiretli bir yöneticinin göstermesi gereken davranışın aranacağı ve araştırılacağı yönünde bkz. **Baums**, Theodor: Personal Liabilities of Company Directors in German Law, 1996, s. 5-6(https://core.ac.uk/download/pdf/14504645.pdf, ET: 14.06.2021). Aynı yönde yöneticilerin temsil ettiği ortaklığın ticarî faaliyetlerini yürütürken basiretli tacir gibi davranması gerektiğine ilişkin bkz. **Ercan**, Ümit: Şirketlerin Şeffaflık ve Hesap Verebilirliğinin Vekâlet Kuramı Bağlamında İncelenmesi: Oyak Örnek Olayı, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2016, s. 49-50.

[252] Ancak yine de ortaklık tarafından belirli bir uzmanlık bilgisi aranarak veyahut belirli bir mesleğe mensup olma gözetilerek atama yapılmış olabilir. Bu durumda ilgili uzmanlık alanı ve meslek daha yüksek dikkat ve özen gösterme gerekliliğini doğurabilir. Bkz. **Hacımahmutoğlu**, s. 33, 35-36; **Sevi**, s. 212-213. Ayrıca bkz. yukarıda s. 17.

[253] Bkz. TTK m. 369 gerekçesi. Gerekçedeki ifadenin görevin kabulü konusunda gösterilmesi gereken özeni ortaklık aleyhine etkisizleştirebileceği, zira faaliyet alanlarına bakıldığında (bankacılık, ilaç ve kimya, sağlık) yönetim kurulu üyeliğinin teknik uzmanlık da gerektirebileceği yönünde bkz. **Özdemir**, Haklı Sebep, s. 15.

[254] Öncelikle konuya ilişkin gerekli ve yeterli bilgi toplama araştırmasının yapılıp yapılmadığı incelenmelidir (**Kırca**, Özen Borcu, s. 93).

[255] Bkz. TTK m. 369 gerekçesi.

[256] Nesnel (objektif) özen kıstası ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. **Hacımahmutoğlu**, s. 29-37. Ayrıca bkz. aşağıda 1.5.2.3.2., s. 73-74.

[257] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 657, 660; **Hacımahmutoğlu**, s. 26.

[258] TTK m. 369 gerekçesi.

Tedbirli yönetici kavramı bir yandan kusurun tespit edilmesinde özen derecesi bakımından ölçüt alınmakta, diğer yandan da davranış ve kararlarda nesnel olmayı ifade etmektedir. Ancak tedbirli yönetici olmak, nesnel olarak yöneticinin kontrolü dışında bulunan ve nesnel beklentilerin ötesine geçen tedbiri kapsamaz (TTK m. 553/3)[259].

Sonuç olarak "*tedbirli yönetici*" kavramı, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 369 hükmünde kullanılmış olup; üyelerin veya yöneticilerin hukukî sorumlulukları olup olmadığının tespitinde, sorumluluğun şartlarından olan yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediğini ve kusurun söz konusu olup olmadığını belirlemeyi sağlayan bir ölçütü ifade etmektedir.

1.4.1.2. Düzenli ve Görevinin Bilincinde Yönetici

6762 sayılı TTK döneminde anonim ortaklık tasfiyesine ilişkin düzenlemelerde kollektif ortaklıklara ilişkin hükümlere atıf yapılmaktaydı. Kollektif ortaklık tasfiye memurlarından ise basiretli iş adamı gibi davranmaları beklenmekteydi (6762 sayılı TTK m. 225). Bu kapsamda 6762 sayılı TTK m. 450/I hükmü m. 225'e de atıfta bulunmuş, anonim ortaklık tasfiye memurlarının da basiretli iş adamı gibi davranmaları öngörülmüştü. TTK döneminde anonim ortaklığın tasfiyesi özel hükümlerle ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve TTK m. 286 hükmüne atıf yapılmamıştır.

TTK m. 542/1-e'de anonim ortaklık tasfiye memurlarının özen yükümlülüğü bakımından "*düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici*" olarak hareket etmekle yükümlü olduklarına hükmedilmiştir. Bu kapsamda özen borcunun muhtevasının "*düzenli ve görevinin bilincinde yönetici*" ölçütü temel alınarak belirlenmesi gerekir[260, 261]. Ancak ilgili kavram TTK'da tanımlanmamıştır.

---

[259] TTK m. 369 gerekçesi.

[260] **Karaman Coşgun**, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi (Tasfiye), Ankara 2015, s. 340; **Kervankıran**, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 167, 254, 373.

[261] TTK döneminde verilmiş bir yargı kararında limited ortaklık tasfiye memurunun basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. 11. HD, T. 23.05.2016, E. 2016/4764, K. 2016/5561: "…...

Öğretide bir görüşe göre tasfiye memurlarının özen yükümlülüğüne ilişkin olarak "*düzenli ve görevinin bilincinde yönetici*" ölçütünün yanında; yönetim kurulu üyelerine ilişkin TTK m. 369 hükmünün de uygulanacağı kabul edilmektedir[262]. Zira tasfiye memurları da tasfiye süreci bakımından tasfiye işlerine ilişkin olarak ortaklığın yönetim ve temsil organı konumundadır.

Öğretide bir diğer görüş ise TTK m. 542/1-e'in gerekçesindeki hükmün 6762 sayılı mülga TTK m. 225'in bazı değişiklikler ile tekrarından ibaret olduğu ifadesinden yola çıkmaktadır. 6762 sayılı TTK m. 225'te kollektif ortaklık tasfiye memurunun özen yükümlülüğü açısından "*basiretli iş adamı ölçüsü*" kullanılmıştı. TTK'nın kollektif ortaklık tasfiye memurlarının özen yükümlülüğünü düzenleyen m. 286 hükmünde ve hükmün gerekçesinde de "*basiretli iş adamı*" ölçüsünün devam ettiği anlaşılmaktadır[263]. Bu bağlamda TTK m. 286 hükmü ile öngörülen "*basiretli iş adamı*" ölçüsünün, "*düzenli ve görevinin bilincinde yönetici*" ile aynı anlamda kullanıldığının kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir[264]. Ayrıca düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici olması öngörülen tasfiye memurlarının, işin niteliğine de uygun olarak "*tedbirli bir yönetici*" olması öngörülen yönetim kurulu üyelerine göre daha ağır bir özen yükümlülüğü altında olduğunu vurgulanmaktadır[265].

Sıhhi Tesisat Isı Sistemleri Turizm Gıda San ve Tic. Ltd. Şti'nin tasfiye memurluğuna davalının atandığını... şirketin tasfiyesi ile sorumlu olan davalının bu süreçte üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmediği, basiretli bir iş adamı gibi şirketin menfaatleri için gereken önlemleri alması gerektiği halde tasfiye döneminde verilmesi gereken bir çok beyannamenin verilmediği, ... Aile Mahkemesi'ne ilgili bilgi ve belgelerin gönderilmediği, diğer şirket ortaklarını bilgilendirme yükümlülüğüne uygun hareket edilmediği gerekçesiyle davanın kabulü ile, davalının tasfiye memurluğu görevinden alınarak yerine tasfiye memuru atanmasına karar verilmiştir." (Hukuk Türk).

[262] **Kervankıran**, s. 374; **Şener**, Oruç Hami: Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya) (Ek Tasfiye), s. 140; **Karaman Coşgun**, Tasfiye, s. 340.

[263] Ayrıca bkz. yukarıda 1.3.1.3.3., s. 37-38.

[264] **Demirkapı**, Ertan: Anonim Şirket Tasfiyesinde Süregelen İş ve Yeni İş Kavramları ve Bunlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, YÜHFD, C. XI, S. 1, 2014, s. 144 vd.

[265] Bu hususu tasfiye memurlarının yeni iş yapması bağlamında değerlendiren *Demirkapı*, tasfiye memurlarının özen yükümlülüğünün yeni iş olarak nitelendirilebilecek faaliyette bulunmaya karar vermek bakımından basiretli iş adamı ölçüsü kapsamında ve yeni işi yürütmek faaliyetinde ise yöneticiler bakımından öngörülen daha dar yorumlanan tedbirli yönetici ölçüsü kapsamında esas alınması gerektiğini öne sürmektedir. Bkz. **Demirkapı**, s. 144 vd.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyelerine ilişkin olarak kullanılan "*tedbirli bir yönetici*" ve tasfiye memurlarına ilişkin olarak kullanılan "*düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici*" kavramları aynı kavramlardır[266]. Bu nedenle "*düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici*" kavramı, TTK m. 369'da belirtilen "*tedbirli yönetici*" kavramı ile eşdeğer görülmelidir[267]. Anılan ifadelerin farklılık göstermesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi değildir. Nitekim bu hususun aksine yönelik Kanun'da ya da Gerekçe'de açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özen yükümlülüğü bakımından "*düzenli ve görevinin bilincinde yönetici*" ve "*tedbirli bir yönetici*" gibi içeriği tam anlamıyla somutlaştırılmayan farklı kavramların kullanılması eleştirilebilir bulunmaktadır.

1.4.1.3. İş Adamı Kararı (İlkesi)

TTK m. 369 gerekçesine göre anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen tedbirli yönetici ölçüsü; kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "*iş adamı kararı* (*business judgment rule*)" verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan kaynaklanması durumunda sorumluluğun doğmayacağı esasına dayanır. "*İş adamı kararı*" ilkesi tedbirli yönetici ölçütünü tek başına karşılamamakta, anılan ölçütün yalnızca bir boyutunu oluşturmaktadır.

Anılan ilke Anglo-Amerikan hukuk sistemi kapsamında gelişim göstermiştir. Bu ilke yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin yetkilerini kullanırken iyi niyetle ortaklığın yararına olduğuna inandıklarını gerçekleştirme yükümlülüğü ile özen yükümlülüğünü ve ölçütünü kapsayacak biçimde ifade edilmektedir[268]. Bu kapsamda iş adamı kararı (business judgment rule) ilkesi, anonim ortaklık yöneticilerinin ticarî takdir gerektiren durumlarda aldıkları riskler sebebiyle, belirli koşulların oluşması neticesinde sorumluluktan kurtulmalarını sağlayan hukukî bir kurumdur[269]. Ayrıca anılan ilke yargı

---

[266] Söz konusu kavramların yakın kavramlar olduğu yönünde bkz. **Kervankıran**, s. 374.
[267] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Çakı**, Gamze: Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması, Ankara 2020, s. 238 vd.
[268] İlkenin ortaklıklar hukukunda risk almayı, yeniliği ve diğer yaratıcı ve girişimci faaliyetleri teşvik etmek temel düşüncesine de dayandığı yönünde bkz. **Baums**, s. 8-9.
[269] Bu hususta geniş açıklama için bkz. **Göktürk**, Kürşat: Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi (İş Adamı Kararı), İÜHFD, 2011, C. 2, S. 2, s. 207-247; **Pulaşlı**, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil

uygulamasını da etkilemektedir. İlke yalnızca yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararları kapsamamakta, aksine yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluklarının değerlendirilmesinde mahkemeler tarafından dikkate alınan karineyi ve karineye bağlanan hukukî sonuçları da kapsamaktadır[270]. İlkenin uygulanmasının birçok ayrıntılı yönü bulunmakta ve bu husus ayrıntılı kanunî düzenleme gerektirmektedir. Sadece Gerekçe'de yer alan ifadelerle iş adamı kararı (business judgment rule) ilkesinin temel esaslarıyla bir bütün olarak uygulanmasına imkân bulunmamaktadır[271]. İlke ancak yargı kararlarında atıfta bulunulması yoluyla uygulamaya dolaylı bir katkı sunabilecektir[272].

Görüldüğü üzere iş adamı kararı ilkesinin, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile "*iş adamı*" ifadesinin ortak kullanımı dışında doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır. Öğretide yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından iş adamı kararı ilkesinin esas alınması ile, basiretli davranma gerekliliğinin organ nezdinde değerlendirilmediği, basiretli davranışın tacir anonim ortaklığın dış ilişkideki sorumluluğu bakımından söz konusu olduğunun ortaya konulduğu ifade edilmektedir[273].

1.4.1.4. Basiretli Vekil

TBK m. 502 hükmünde vekâlet sözleşmesi, "*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmaktadır. Vekâlet sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran temel farklılık anılan sözleşmelere kıyasla güven unsurunun özel önem arz etmesidir[274]. Güven unsuru, vekilin üstlendiği iş

Sorumluluğu (Yönetim Kurulu), Batider, C. XXV, S. 1, 2009, s. 55-63; **Bozkurt Yaşar**, Sevgi: Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul 2015, s. 5 vd.; **Özdemir**, Semih: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği (İş Adamı Kararı), İstanbul 2017, s. 7 vd.

[270] Özellikle ABD hukuku kaynaklı olan ilkenin uygulanma koşullarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Özdemir**, İş Adamı Kararı, s. 53-68.

[271] TTK'nın tasarı aşamasından bu yana ilkenin hukukumuzda uygulanabilirliğine ilişkin geniş değerlendirme için bkz. **Özdemir**, İş Adamı Kararı, s. 140-161.

[272] Yargı kararlarında bu kapsamda "*yönetim kurulu kararının başarısız sonuçlara sebep olmasının doğrudan yükümlülüklerin ihlâl edildiği anlamına gelmemesi*", "*yönetim kurulu üyelerine daha geniş bir takdir alanı sağlanması*", "*yönetim kurulu kararlarına yargı müdahalesinin daha sınırlı düzeyde tutulması*" önermelerine dikkat edilmesi dahi, ilkenin bu anlamda katkı sunabileceğinin kabulü için yeterli görülebilmektedir. Bkz. **Özdemir**, İş Adamı Kararı, s. 160-161.

[273] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 71-72.

[274] **Aslan/Güler**, s. 54.

veya işlemi vekâlet verenin haklı menfaatlerini göz önünde bulundurarak ve özen ve sadakatle yerine getirme yükümlülüğünün bir başka ifadeyle vekilin özen borcunun dayanağını oluşturmaktadır[275]. Ancak başarılı bir sonuç elde edilmemesi vekilin bundan sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir. Sorumluluk, faaliyetin özenli olarak yerine getirilmemesi durumunda söz konusu olacaktır[276].

Vekâlet sözleşmesinde ilişkin TBK m. 506/III hükmünde "*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*" denmektedir[277]. Hükümdeki "*basiretli vekil*" ifadesinin vekilin sözleşmesel sorumluluğunun tespitinde "*kusur (ihmal)*" unsurunun belirlenmesi bakımından işlev gördüğü ifade edilmektedir[278]. Buna göre somut olayda kusurun (ihmalin) tespiti bakımından vekilin benzer alanda faaliyet gösteren basiretli bir vekilin davranışından sapan her davranışı ihmal niteliği taşıyacaktır[279]. Basiretli vekil gibi davranmak ölçüsü ile objektif özen ölçüsü kabul edilmiştir[280]. Anılan ölçü en yüksek ölçüde özenli davranış olarak kabul edilmektedir[281]. En yüksek ölçüdeki özenli davranışın tespitinde belirli bir mesleğin veya uzmanlık alanının genel kabul gören kuralları ve bilgi standartları da yol gösterici olacaktır[282]. Basiretli vekil gibi davranmak somut olayda tereddüt durumunda belirsizliği ortadan kaldıracak araştırmaları yapmayı, koruyucu tedbirleri almayı, olayın tüm özelliklerini göz önünde tutmayı, riske ilişkin

---

[275] **Aslan/Güler**, s. 55; 1. HD, T. 18.03.2003, E. 2003/1082, K. 2003/2988: "*Borçlar Kanunu'nun temsil ve vekalet bağıtını düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar. Borçlar Kanunu'nda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş...*" (Hukuk Türk).

[276] **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 547; **Aslan/Güler**, s. 55, 63. Vekilin özen borcunun hukukî niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu hususta bkz. **Aslan/Güler**, s. 58 vd. Özen kavramı ve özen kavramının hukukî sorumluluk bakımından taşıdığı anlam çalışmamızda tartışılmıştır. Bkz. aşağıda s. 68 vd., s. 82-84.

[277] Bkz. 1. HD, T. 23.01.2020, E. 2016/15387, K. 2020/411: "*...Bu sorumluluk BK'de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK'de benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır.*"; 1. HD, T. 24.6.2015, E. 2014/7980, K. 2015/9428 (Hukuk Türk).

[278] **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1235.

[279] **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1235.

[280] **Aslan/Güler**, s. 59.

[281] **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1235.

[282] Basiretli vekil ölçüsünün yalnızca vekilin meslek faaliyeti kapsamında iş görmeyi üstlendiği vekâlet sözleşmeleri için söz konusu olması gerektiği, meslekî ve profesyonel iş görmeye yönelik olmayan vekâlet sözleşmelerinde ihmalin ölçüsü olarak "*ortalama vekilin ortalama davranışının*" esas alınması gerektiği yönünde bkz. **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1235 vd.

tutum ve davranışlardan kaçınmayı ve olayın tüm aşamalarında titiz bir özen ve dikkat gösterilmesini gerektirmektedir[283]. Öğretide TBK m. 506/III hükmü ile Kanun koyucunun TTK m. 18/2'ye paralel şekilde vekilin özen ölçüsünü yükselttiği belirtilmektedir[284]. Görüldüğü üzere basiretli vekil ölçüsü ile vekilin göstermesi gereken özen ölçüsü ağırlaştırılmıştır. Tacirin vekil konumunda olduğu vekâlet sözleşmeleri bakımından basiretli vekil ve basiretli iş adamı ölçüleri aynı anlamı ihtiva edecek şekilde yorumlanacaktır. Tacirin taraf olduğu diğer sözleşmeler bakımından ise basiretli vekil ölçüsü basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün somutlaştırılması bakımından yol gösterici olabilecektir. Bu hususta terim birliğinin sağlanması da yerinde olmuştur[285].

---

[283] Bkz. 13. HD, T. 09.12.2019, E. 2016/30741, K. 2019/12246 (Hukuk Türk); **Aslan/Güler**, s. 63.

[284] Ölçünün yükseltilmesinin yerindeliğinin tartışılmasına ilişkin bkz. **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1236-1237.

[285] Benzer yönde eser sözleşmesinde yüklenicinin özenine ilişkin de basiretli yüklenici ifadesi kullanılmıştır (TBK m. 471/2). TBK m. 471/I ve 506/III'teki özen derecesinin TTK m. 18/2 ile örtüştüğü yönünde bkz. **Türkel**, s. 274; **Doğan**, Cezai Şart, s. 19-20. Ayrıca bkz. 15. HD, T. 13.10.2014, E. 2014/177, K. 2014/5693: "*...Kural olarak işinin ehli ve konusunda uzman olan yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir.*" (Hukuk Türk); 15. HD, T. 03.07.2007, E. 2006/3930, K. 2007/4525 (Legalbank).

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramıyla benzer kavramların karşılaştırması yapılırken Alman hukukunda anılan "*dürüst/onurlu iş adamı (ehrbare Kaufmann)*" kavramına da değinilmesi yerinde olacaktır. Kavram kurumsal yönetim ve compliance (uyum) kavramı ile ilişkili olarak değerlendirilmektedir. Compliance (uyum) kavramı, ortaklıkların bütün işlemlerinin hukuka uygun olması ve hukuka uygunluğun sağlanmasının gözetilmesi olarak tanımlanabilmektedir. Söz konusu kavram bir başka tanımda ortaklığın ve bünyesinde bulunan tüm organ ve kişilerin ulusal ve uluslararası mevzuata uygun hareket etmesinin temin edilmesi olarak ifade edilmektedir. Tanım ve açıklama için bkz. **Yaşar**, Tuğçe Nimet: Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance), İstanbul 2020 s. 9 vd. Alman Kurumsal Yönetim Kodeksinde (Deutscher Corporate Governance Kodex) dürüst/onurlu iş adamı (ehrbare Kaufmann) kavramına yer verilmiştir. Kodekste ilgili kurumsal yönetim ilkelerinin sadece kanuna uygunluğu değil etik temelli sorumlu davranışı (onurlu iş adamı davranışını) gerektirdiği belirtilmektedir. Bkz.https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220517_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex_2022.pdf (ET: 14.04.2023). Öğretide bir görüşe göre potansiyel ekonomik krizlere karşı uygulanabilir bir kurum kültürü ve kurumsal etik arayışında onurlu iş adamı ve compliance kavramlarının ön plâna çıktığı ancak compliance kavramına ilişkin yoğun öğreti ve uygulama faaliyeti olmasına rağmen onurlu iş adamı kavramının gölgede kaldığı, öğretide yeterince üzerinde durulmadığı, kurumun tarihine odaklanmak yerine dinamik olarak yorumlanıp günümüze uyarlanması gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. **Stober**, Rolf: Ist der Ehrbare Kaufmann der Schlüssel für Compliance-Anforderungen?, NJW, Vol. 63, N. 22, 2010, s. 1573-1575. İlgili görüş uyarınca onurlu iş adamı compliance kavramına göre daha kapsamlıdır. Basiretli iş adamı ile bağlantısına gelinecek olursa ilgili görüş uyarınca basiretli iş adamının özeninin gözetilmesi onurlu iş adamının bir unsuru niteliğindedir. Bkz. **Stober**, s. 1573-1575. Dolayısıyla görüldüğü üzere ilgili görüş uyarınca onurlu iş adamı basiretli iş adamı kavramını kapsayan bir niteliktedir. Onurlu iş adamı kavramı ile basiretli iş adamı kavramını karşılaştıran *Milinovic*, eş anlamlı olarak kullanılmadıkları yönünde bir görüş belirtmektedir. Bkz. **Milinovic**, Marija-Jennifer: Rechtshistorische Reihe, Der ehrbare Kaufmann im deutschen Recht, Peterlang 2019, s. 80. Onurlu iş adamı kavramına ilişkin tarihsel gelişimi ile birlikte ayrıntılı açıklama için bkz. **Milinovic,** s. 1 vd. Onurlu iş adamı kavramını kurumsal yönetim ile bağlantılı ve etik temelli değerlendiren bir görüş esasında onurlu bir iş adamının etkili kurumsal yönetim kurallarına da ihtiyacı olmadığı, zira onurlu iş adamının etkili kurumsal yönetimi de kapsadığını öne

1.4.2. Değerlendirme

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramının yerindeliğinin değerlendirilmesinde ilk olarak "*iş adamı*" ifadesi tartışılabilir. Bu hususta öğretide bir görüş, kavramın tacir, ticarî faaliyet ve ticarî işletmeye ilişkin olduğundan bahisle "*basiretli tacir*" ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır[286]. Zira hukukî olarak karşılığı olmayan "*iş adamı*" ifadesinin ne gerekçe ile tercih edildiği anlaşılamamaktadır[287]. Bu hususta bir başka görüş ise "*iş adamı*" ifadesini toplumsal cinsiyet eşitliği nedeniyle yerinde bulmamaktadır[288]. "*İş adamı*" ifadesi toplumsal cinsiyet eşitliğinin ticaret hukukumuz bakımından sağlanması anlamında sakınca teşkil etmektedir. Bunun yerine "*iş insanı*" ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır[289].

865 sayılı Kanunda bu hususta "*basiretkâr tacir*" ifadesi kullanılmasına rağmen 6762 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK'da "*basiretli iş adamı*" ifadesine yer verilmiştir. İlgili ifade kullanımına ilişkin belirtilen Kanunlarda ve Kanunların Gerekçelerinde bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Esasında "*iş adamı*" kavramının kullanılması, basiretli davranma kavramına özel bir anlam katmamakta ve uygulama bakımından bir farklılığa yol açmamaktadır. Zira esas belirleyici olan basiretli davranma hususudur. TTK m. 18/2 düzenlemesi "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında düzenlendiğinden somut olayda

---

sürmektedir. Bkz. **Albach**, Horst: Zurück zum Ehrbaren Kaufmann, WZB Mittelungen, S. 100, 2003, s. 37-40. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacirin sözleşmelerinde ve haksız fiillerinde gözetmesi gereken bir yükümlülüğü ifade etmekte olup, kamuya karşı bir sorumluluğu doğurmaz (**Karasu**, Rauf/**Özdemir**, Semih Sırrı: Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları, AHBVÜHFD, 26(3), 2022, s. 7-9). Kanunî düzenlemelere uyma konusunda da tacirden basiretli iş adamı gibi davranması beklense de kanaatimizce kamuya karşı sorumluluğu da kapsayan kurumsal sorumluluk ve kurumsal sosyal sorumluluk ile de bağlantılı görülen onurlu iş adamı kavramı basiretli iş adamı kavramından farklılık arz etmektedir.

[286] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 132.

[287] TTK'nın temel olarak "*ticarî işletme*" ve "*tacir*" kavramları üzerine inşa edildiğinden hareketle, TTK'ya yabancı "*iş adamı*" kavramının kullanılmasının yerinde olmadığı, bunun yerine "*basiretli tacir*" kavramının kullanılması gerektiği yönünde bkz. **Can**, Ozan: Basiretli Tacir (Basiretli İş İnsanı) Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (Basiretli Tacir), Ankara 2022, s. 20-21.

[288] **Songur**, Damla: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Ticaret Hukuku ve Uygulamasına Genel Bakış, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları (Editörler: Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire), 2. Baskı, Ankara 2019, s. 416; **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme), 7. Baskı, Ankara 2021, s. 108; **Can**, Basiretli Tacir, s. 23-24.

[289] **Songur**, s. 417; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 108; **Can**, Basiretli Tacir, s. 23-24. Basiretli iş insanı kullanımının yanında kavram tercihi olarak basiretli tacir ve basiretli yönetici ifadelerinin de yerinde olabileceği yönünde bkz. **Songur**, s. 417.

basiretli davranması gereken esas olarak tacir olacaktır. Ancak belirtilmelidir ki; iş adamı ifadesi, insan olmaya, bu bağlamda gerçek kişiye özgü bir ifade olarak algılanabilir. Tacir ise hem gerçek hem tüzel kişi olabilir. İş adamı ifadesi gerçek kişiyi kapsayabilecek bir ifade olup, tüzel kişi taciri çağrıştırmadığından kullanımı sakıncalı olabilecektir. Bu bağlamda basiretli iş insanı ifadesi de tüzel kişi tacirleri kapsama bakımından uygunluğu sorgulanabilecek bir tercihtir. Belirttiğimiz üzere bir bütün olarak kavrama özelliğini veren iş adamı-tacir-iş insanı ifadeleri değil, basiretli ifadesidir. Bu nedenle basiretli iş insanı veya basiretli tacir ifadelerinin kullanılmaması uygulama bakımından farklı bir sonuca yol açmamaktadır. Her üç kavramın da kullanılması bakımından bir sakınca bulunmamaktadır. Bu bağlamda üç kullanımın da birbirini karşılayacağı kanaatindeyiz. Nitekim yargı kararlarında da her üç kavramın da kullanıldığı görülmektedir[290].

"*Basiretli iş adamı*" ve benzer kavramlar olarak tespit edilen "*tedbirli yönetici*", "*düzenli ve görevinin bilincinde yönetici*" kavramlarına bakıldığında ise bu kavramların belirli kişiler bakımından davranış, özen yükümlülüğü kapsamında düzenlendiği görülmektedir[291]. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsü bakımından kullanılan "*tedbirli yönetici*" ifadesi ve anonim ortaklık tasfiye memurları bakımından kullanılan "*dikkatli ve görevinin bilincinde bir yönetici*" ifadesinin basiretli iş adamı kavramı ile ilişkisi, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kişi bakımından uygulanması[292] bağlamında açıklığa kavuşturulmalıdır.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, TTK m. 18/2 hükmü gereğince tacirler bakımından öngörülmüştür. Kural olarak gerçek kişi tacirin öncellikle bizzat kendisi basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği bulunan kişidir. Ancak tüzel kişi tacirler

---

[290] Basiretli iş adamı ifadesinin kullanımı için bkz. 11. HD, T. 20.03.1978, E. 1978/526, K. 1978/1283: "*…bankanın… basiretli iş adamı gibi hareket ederek…*" (Legalbank); HGK, T. 11.10.2000, E. 2000/1255, K. 2000/1249 (Hukuk Türk). Basiretli tacir ifadesinin kullanımı için bkz. HGK, T. 21.11.2012, E. 2012/550, K. 2012/820: "*TTK'nun 20. maddesi hükmüne göre, banka basiretli tacirden beklenen özen derecesini de göstermek zorundadır*"; 11. HD, T. 12.10.2015, E. 2015/3801, K. 2015/10336 (Hukuk Türk). Basiretli iş insanı ifadesinin kullanımı için bkz. 11. HD, T. 23.02.2021, E. 2020/1220, K. 2021/1570: "*…davacının TTK 18 /2. maddesi hükmüne göre tüm ticari işlemlerinde basiretli bir iş insanı gibi hareket etmek zorunda olduğu…*" (Hukuk Türk).

[291] Özen yükümlülüğü olduğu hususunda ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 1.5.6.2., s. 87 vd.

[292] Bu hususta ayrıca bkz. aşağıda 2.1.3.2., s. 108 vd.

bakımından bu husus özellik arz etmektedir. Tüzel kişinin iradesinin oluşması ve dış dünyaya açıklanması, tüzel kişinin içerisinde yer alan gerçek kişilerin alacağı kararlar ile mümkün olur[293]. Tüzel kişi kanunî olarak bulunması zorunlu organlarına sahip olması ile fiil ehliyetini kazanmaktadır (TMK m. 49). Organ, kanunî olarak veya tüzel kişinin esas sözleşmesi, tüzüğü ya da iç yönergesi ile yetkili kılınan ve tüzel kişinin hem iradesinin oluşmasında hem de üçüncü kişilerle iradesini ortaya koymaya yönelik ilişkilerinde ve fiillerinde devamlı ve bağımsız olarak ifa yetkisi bulunan kişi veya kişi gruplarını ifade etmektedir[294]. Organlar kanunî düzenleme yoluyla, tüzel kişinin esas sözleşmesi, tüzüğü, iç yönetmelik veya yönergesi yoluyla veya başka bir organın kararı veya mahkeme kararı yoluyla atama veya seçilme suretiyle belirlenir[295]. Her ortaklık türüne göre zorunlu organlar değişebilmektedir. Tüzel kişinin iradesi organı aracılığıyla ortaya konulur (TMK m. 50/I) ve açıklanır. Bu bağlamda organ kendi iradesini değil, tüzel kişinin iradesini açıklamaktadır[296]. Somut olayda tüzel kişi tacirin göstermesi gereken özeni tüzel kişi tacirin organı tüzel kişi adına göstermektedir[297]. Bu itibarla basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği de ancak tüzel kişi tacirin organı özelinde somutlaştırılabilir. Nitekim organın davranışı, tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilmektedir. Organın sözleşmesel veya haksız fiil sorumluluğu bağlamında tüzel kişi adına verdiği zararlar bakımından hukukî sorumluluk tüzel kişide bulunmaktadır. Ancak organın tüzel kişi tacirle iç ilişkisi farklılık arz etmektedir. Herhangi bir zararın oluşması durumunda zararı tüzel kişi tazmin edecektir. Ancak iç ilişki bakımından tüzel kişi aralarındaki ilişki gereği organa rücu edebilecektir (TMK m. 50/III).

---

[293] **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 17. Baskı, İstanbul 2022, s. 254.
[294] **Öztan**, Bilge: Tüzel Kişiler, Ankara 1998, s. 34.
[295] **Öztan**, s. 34.
[296] Organ tüzel kişiden bağımsız bir varlık değildir, tüzel kişinin ayrılmaz bir parçasıdır. Organın tüzel kişinin iradesini oluşturma ve açıklama hususunda sahip olduğu, kaynağını organ sıfatının oluşturduğu ve organ sıfatı sona erdirilmeden ondan geri alınamayan yetki, organın davranışının tüzel kişiye yüklenebilirliğini açıklar. Organ tüzel kişinin temsilcisi değil, bizzat kişiliğinin bir unsurudur. Tüzel kişi ile organı arasındaki ilişki organik ve kendine özgüdür. Bu itibarla anonim ortaklık ile yönetim kurulu arasındaki ilişkiyi de organik ve kendine özgü bir ilişki olarak değerlendirmek gerekir. Anonim ortaklık ile ortaklığın organı olan yönetim kurulunun üye veya üyeleri arasındaki ilişki ise sözleşmesel ilişki olarak değerlendirilebilir. Bkz. **Dural/Sarı**, s. 255; **Soykan**, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, s. 16-19.
[297] **Öztan**, s. 38-42.

Organa ilişkin öğretide çeşitli ayrımlar yapılmaktadır[298]. Yapılan ayrımlar kapsamında basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, anonim ortaklığı üçüncü kişilere karşı temsil eden[299] dış organı niteliğindeki yönetim kurulu özelinde somutlaşmaktadır. Nitekim yönetim kurulu, ortaklık adına üçüncü kişilerle hukukî ilişki içerisinde bulunan organdır. İç organ-dış organ ayrımı kesin çizgilerle belirli olmayıp, somut olay bağlamında tasfiye memurları da dış organ pozisyonunda olabilecektir.

Yönetim kurulu ve tasfiye memurları ortaklığın sorumluluğu kapsamında üçüncü kişilerle ortaklık adına gerçekleştirdikleri işlemler bakımından, organ sıfatlarından kaynaklı olarak ortaklık için öngörülen basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin fiilî yükümlüleri olacaklardır. Ancak yönetim kurulu ve tasfiye memurlarının ortaklık ile iç ilişkileri bağlamında özen ölçüsü bakımından basiretli iş adamı gibi davranma kavramından farklı bir kavram kullanılmıştır. Keza anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine ilişkin olarak TTK m. 369 gerekçesinde farklı kavram kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu ifade edilmiştir. Gerekçe'de "*basiretli yönetici*" ifadesi yerine bilinçli olarak "*tedbirli yönetici*" ifadesinin kullanıldığı, Yargıtay kararlarının basiretli iş adamı ölçüsünü katı, hatta aşırı denebilecek beklentilerle tanımladığı, yönetim kurulu üyeleri açısından bu ölçünün kullanılmasının adaletsiz olacağı belirtilmektedir[300]. Ancak tasfiye memurlarına ilişkin farklı kavram kullanılmasına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Gelinen noktada hukukî anlamda genel sorumluluk düzenlemesi olan TTK m. 553 hükmü de anılmalıdır[301]. İlgili düzenlemede yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurlarının pay sahiplerine ve alacaklılara karşı da sorumlu olduklarına hükmedilmiştir. Alacaklılar ve pay sahipleri ortaklığın uğradığı zararın tazmini için zararın ortaklığa ödenmesi üzerine

---

[298] Bu bağlamda karar organı-yürütme organı, zorunlu organ-ihtiyarî organ, fert organ-kurul organ, başka bir organın talimatıyla hareket eden organ-başka bir organın talimatıyla hareket etmeyen organ, iç organ-dış organ, dar anlamda organ-geniş anlamda organ, şekli organ-fiili organ ayrımları yapılmaktadır. Açıklama için bkz. **Öztan**, s. 35 vd.; **Doğan**, Beşir Fatih: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri (Yönetim Yetkisinin Devri), 2. Baskı, İstanbul 2011.

[299] Bu husus borçlar hukuku alanına özgü teknik anlamda bir temsil ilişkisi olmayıp, kaynağını Kanundan alan bir ilişki mahiyetindedir. Bkz. **Dural/Sarı**, s. 255.

[300] Bkz. TTK m. 369 gerekçesi.

[301] İlgili düzenlemeye yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. **Çakı**, s. 235 vd.

yönetim kurulu üyelerine ve tasfiye memurlarına dava açabilmektedirler. Bunun yanı sıra alacaklılar ve pay sahipleri doğrudan kendi malvarlıklarında oluşan zararların tazmini bakımından da yönetim kurulu üyelerine ve tasfiye memurlarına dava açabilmektedirler[302]. Bu durumlarda yönetim kurulu üyelerinin ve tasfiye memurlarının kusurlarının tespitinde öngörüldüğü üzere tedbirli yönetici ve düzenli ve görevinin bilincinde yönetici ölçüleri esas alınacaktır. Burada ikili bir ayrım söz konusu olmaktadır. Alacaklılar ve pay sahipleri ortaklığa dava açtıklarında kusurun tespitinde yönetim kurulu üyelerinin ortaklığı temsil eden organ olarak basiretli iş adamı gibi davranmaları aranır. Ancak yönetim kurulu üyelerine karşı bu yönde bir dava açıldığında tedbirli yönetici ölçüsü esas alınır.

Belirtilenlerin dışında yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün düşürülmesine yönelik tercihin yerindeliği ve bu tercihin uygulanma şekli tartışılabilir. Öğretide bir görüşe göre ortaklığın organı olan, bağlayıcı kararlar alan, üçüncü kişilerle ortaklık adına işlem yapan üye ve yöneticilerin özen ölçüsünün düşürülmesi yerinde değildir[303]. Bir başka görüş, ortaklığın göstermesi gereken özen ölçüsü ile organının göstermesi gereken özen ölçüsünün uyumu için TTK m. 18/2 hükmünün revize edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[304] . Bir başka görüşe göre tedbirli yönetici ve basiretli iş adamı ifadeleri arasında kavramsal bir farklılık bulunmamakta, iki ifade de objektif özen ölçütünü bir diğer deyişle aynı koşullar altındaki ortalama yetkinliğe sahip bir kişinin göstereceği özen derecesini karşılamakta, bu nedenle birbiri yerine kullanılmaları bir farklılık oluşturmamaktadır[305]. Bu bağlamda asıl önem arz eden kavramların içeriğinin yorumudur[306]. Tedbirli yönetici ile basiretli iş adamı kavramının ilişkisi yönünde bir başka görüş ise, tedbirli yöneticiyi basiretli iş adamından ayıran unsurun, tedbirli yöneticinin de basiretli olmakla birlikte, "*iş adamı kararı*" niteliğindeki kararlarından sorumlu olmaması; ancak basiretli tacirin bu nitelikteki kararlarından da sorumlu

---

[302] **Çakı**, s. 254-255.
[303] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 658-662.
[304] **Turanlı**, Hüsnü: A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Business Judgment Rule, TFM, 2016/1, s. 88.
[305] **Sevi**, s. 222.
[306] **Sevi**, s. 222.

tutulması olduğunu iddia etmektedir[307]. Bir başka görüş ise basiretli kavramının esasında tedbirli kavramını da kapsadığı, tedbirli olmanın karar alma sürecine yönelik bir anlam ihtiva ettiği ancak basiretli olmanın kararın uygulanması ve sonuçlarının oluşturulmasında da etki gösterdiğini öne sürmektedir[308]. Alman hukukuna bakıldığında ise tacirin göstermesi gereken özen ölçüsü ile yöneticilerin göstermeleri gereken özen ölçüsüne ilişkin kanunî düzenlemelerde terim birliğinin sağlandığı görülmektedir[309]. Öğretide bu hususta iki farklı görüş bulunmaktadır. Ancak her iki görüşün kabulü durumunda da yöneticilerin göstermeleri gereken özen ölçüsü tacirin göstermesi gereken özen ölçüsünden düşük değildir[310]. Bununla birlikte yöneticilere yönelik sorumluluk rejimini yumuşatmaya yönelik iş adamı kararı ilkesi Alman hukukunda da karşılık bulmuş ve hukukî düzenlemeye de kavuşturulmuş bir ilkedir (AktG § 93/2)[311].

Sonuç olarak TTK m. 369'un Gerekçesinde Kanun koyucunun açık iradesinin yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün düşürülmesi yönünde olduğu görülmektedir. Dahası TTK m. 369 Gerekçesi'nde hükmün kaynağının AktG § 93 olmadığı da vurgulanmaktadır. Kanun koyucunun açık iradesi karşısında tedbirli yönetici ölçüsünün esasında basiretli iş adamından daha aşağıda bir özeni ihtiva etmek amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak bu amaca rağmen TTK'nın bazı hükümlerinde tedbirli tacir ve tedbirli donatan ifadeleri de kullanılmaktadır. TTK m. 369'un Gerekçesinde belirtilen açık iradeye rağmen tacire yönelik düzenlemelerde de tedbirli ifadesinin kullanılması belirsizliğe yol açmakta ve eleştirilebilir bulunmaktadır[312].

---

[307] **Yaşar**, s. 275 vd.
[308] **Özdemir**, İş Adamı Kararı, s. 126-127.
[309] Bkz. HGB § 347, AktG § 93/1, GmbHG § 43/1, GenG § 34/1.
[310] Bkz. **Millenet**, s. 45, 56; **Leyens**, HGB § 347, N. 4.; **Hillebrand/Kessler**, s. 391, 396; **Ziemons**, GmbHG § 43, N. 409; **Pamp**, HGB § 347, N. 10.
[311] **Baums**, s. 8-9; **Göktürk**, İş Adamı Kararı, s. 231-234.
[312] Deniz taşıma hukuku bakımından, taşıyanın özen borcuna ilişkin olarak "*tedbirli taşıyan*" kavramı kullanılmıştır (TTK m. 1178/1). TTK m. 928/2 hükmünde ise basiretli tacir kavramı ile bağlantılı olarak ve basiretli tacir kavramını kasteder şekilde "*tedbirli tacir*" ifadesinin kullanıldığı, farklı ifadelerin terim birliğinin sağlanamamasına ve belirsizliğe yol açtığı yönünde bkz. **Can**, Basiretli Tacir, s. 20. Bkz. TTK m. 928/2: "*Taşıma işleri komisyoncusu, zilyetliğinde bulunan malın zıyaından veya hasarından kaynaklanmayan bir zarardan sadece 918 inci madde uyarınca kendisine düşen bir yükümlülüğü ihlal etmesi hâlinde sorumludur. Tedbirli bir tacirin göstereceği özene rağmen zarar önlenemeyecek ise komisyoncu sorumluluktan kurtulur*.". Karşılaştırmalı hukukta bu hususta terim birliği sağlanmıştır. HGB §461 ve UGB §408'de taşıma işleri komisyoncusunun göstermesi gereken özen bakımından basiretli

Özen ölçüsünün düşürülmesi amacı ile "*tedbirli*" ifadesinin kullanılmasında, TTK m. 369 Gerekçesinde ifade edilen iş adamı kararı ilkesinin gelişiminin ve hukukumuzu etkilemesinin payı olduğu kanaatindeyiz[313]. Ancak basiretli yerine tedbirli ifadesi kullanılarak ve kanunî bir düzenlemeye kavuşturulmaksızın TTK m. 369 Gerekçesindeki ifadeler ile, TTK m. 369 ve m. 553 hükümlerinin yorumuna ve uygulanmasına yön verilmesi kanaatimizce yerinde ve yeterli değildir. Yalnızca terim değişikliği yoluyla bu yönde bir hedefe ulaşılması uygulama bakımından karşılık bulmayabilir. Nitekim TTK döneminde yönetim kuruluna ilişkin alınan bu hususlaki kararlarda basiretli ifadesinin kullanımının devam ettiği görülmektedir[314]. Basiretli ifadesinin değiştirilmesi yerine iş adamı kararı ilkesinin kanunî olarak düzenlemeye kavuşturulması fikrimizce daha yerinde olurdu[315]. Çalışma konumuzun temelini TTK m. 18/2'de düzenlenen tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği oluşturduğundan, kapsamın dışına çıkmamak düşüncesi ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ve bu bağlamda özen ölçüsüne yönelik verdiğimiz bu açıklamalar ile yetinilmektedir.

Sonuç olarak mevcut hukukî durumu tekrar belirtmek gerekirse anonim ortaklığın yürütme organı olan yönetim kurulunun sorumluluğunun belirlenmesi bakımından tedbirli yönetici ölçütü[316] esas alınmaktadır. Bu ölçü, yönetim kurulunun ortaklığa ve TTK m. 553 kapsamında doğrudan zararlar bakımından pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluğunun belirlenmesi bakımından esas alınan bir ölçü mahiyetindedir. Anonim ortaklığın tacir olarak sorumluluğunun doğması durumunda ortaklık zararı tazmin edecek, zarar nedeniyle organı olan yönetim kurulu üyelerine rücu edecektir

---

(ordentlichen) ifadesi kullanılmıştır. "*Tedbirli tacir*" kavramının kullanıldığı yargı kararları için bkz. 11. HD, T. 13.03.2014, E. 2014/1076, K. 2014/4828; HGK, T. 04.06.1997, E. 1997/265, K. 1997/495 (Hukuk Türk).

[313] Hâl böyle olmakla birlikte tedbirli yönetici ifadesinin bütünüyle doğrudan iş adamı kararı ilkesi ile ilişkili olmadığı, iş adamı kararı ilkesinin ticarî takdir gereken hususlarda özen yükümlülüğünün ihlâlinin tespitinde yardımcı olacağı, tedbirli yönetici ölçütünün ise TTK m. 374 ve m. 375'i de kapsayan geniş bir uygulama alanının bulunduğu yönünde bkz. **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 178.

[314] 11. HD, T. 05.03.2020, E. 2018/4870, K. 2020/2413: "*... yönetim kurulu üyelerinin iştirak hisseleri alınırken basiretli bir yöneticiden beklenen özeni gösterip göstermedikleri...*"; 11. HD, T. 25.11.2021, E. 2020/6008, K. 2021/6589: "*... şirketi ticari teamüllere uygun olarak ve basiretli bir tüccar gibi yönetmesi gereken davalı yöneticilerin...*" (Hukuk Türk).

[315] Benzer yönde bkz. **Sevi**, s. 223.

[316] Tedbirli yönetici ölçütüne ve bu ölçütün belirlenmesinde rol oynayan iş adamı kararı ilkesine ilişkin açıklama için bkz. yukarıda sırasıyla s. 52, 57-58.

(TMK m. 50/III). Rücu ilişkisi, organ ile tacir anonim ortaklık arasındaki iç ilişki kapsamında belirlenecektir. Tedbirli yönetici ölçüsü bu kapsamda söz konusu olan bir ölçüyü ifade etmektedir. Basiretli iş adamı ölçüsü ise dış ilişki bakımından anonim ortaklığın davranışı olarak nitelendirilen davranış kapsamında söz konusu olmaktadır[317] ve bu kapsamda tacir anonim ortaklık iradesini organları aracılığıyla ortaya koyduğundan basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği anonim ortaklığın dış organı olan yönetim kurulu ve tasfiye memurları özelinde somutlaşacaktır.

1.5. HUKUKÎ NİTELİĞİ

1.5.1. Genel Olarak

TTK'da basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin hukukî niteliğinin ne olduğuna ilişkin açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Öğretide özen ölçüsü niteliği, yükümlülük niteliği, külfet niteliği ve tamamlayıcı hukuk kuralı niteliği tartışılmıştır. Aşağıda sırasıyla bu görüşlere yer verilecek, ilgili kavramlara ilişkin açıklama yapılacak ve sonucunda değerlendirmemiz ifade edilecektir. Açıklamalar doğrultusunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin hukukî niteliğinin tespitine çalışılacaktır.

1.5.2. Özen Ölçüsü Niteliğinde Olduğu Görüşü

1.5.2.1. Öğreti Görüşleri

Öğretide basiretli iş adamı gibi davranmanın objektif bir özen ölçüsünü ifade ettiği belirtilmektedir[318]. *Memiş*, basiretli iş adamı gibi davranmanın gösterilecek özen

---

[317] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 70.

[318] Bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 153; **Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme), 2. Baskı, Ankara 2020, s. 188; **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 153. *Ayhan/Çağlar/Özdamar*, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğündeki özenin ölçüsünün objektif olduğunu belirtmektedirler. Bkz. **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (Ticari İşletme), 15. Baskı, Ankara 2022, s. 245. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. HGK, T. 20.02.2020, E. 2017/11-410, K. 2020/189: "*Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni*

seviyesini belirttiğini ifade etmektedir[319]. *Gümüş* de, "*basiretli iş adamı gibi hareket*" olgusunun tacirin sözleşmesel veya sözleşme dışı iş görme ve hukukî ilişkilerine dayalı bütün ticarî faaliyetlerinde kusurun tespitine ilişkin özeninin ölçüsünü ifade ettiğini belirtmektedir[320]. Ancak bu hükmün bir kusur karinesi niteliğinde düzenlenmediği özellikle vurgulanmalıdır[321].

1.5.2.2. Genel Olarak Özen Kavramı

Sözlük tanımı ile özen, bir işin elden geldiğince iyi olması için gösterilen çaba, itina, ihtimam olarak tanımlanmaktadır[322]. Özen temel anlamda, insanî bir davranış ölçüsüne karşılık gelmektedir[323]. Hukukî bağlamda ise özen, asıl borcun ifası için, gerekli dikkat, itina, akılsal ve bedensel yetenek gibi, borçludan beklenen özellerin tamamı olarak tanımlanmaktadır[324]. Sözlük ve hukukî tanımı ile özen kavramı genel olarak, "*bir işin iyi olmasına gayret etme, üzerinde dikkatle çalışma*", "*itina*", "*ihtimam*", "*bir işin iyi olması için titizlik gösterme*"; "*dikkatli davranma*", "*bir şey yaparken o işin iyi olması için elden geldiğince çabalama*"; "*bir işte gösterilmesi gerekli dikkat*" gibi ifadelerle açıklanmıştır[325].

"*Özen*" kavramı TTK'da kullanılması bakımından yenilik taşımaktadır. Kavram 818 sayılı BK[326] ve 6762 sayılı TTK'da kullanılmamaktaydı. Bu bağlamda 818 sayılı BK ve 6762 sayılı TTK'da itina (818 sayılı BK m. 55, m. 56), ihtimam (6762 sayılı TTK m. 320 kenar başlığı, m. 359 kenar başlığı, m. 1061 kenar başlığı, 818 sayılı BK m. 256, m. 321), dikkat ve basiret (6762 sayılı TTK m. 320), dikkat ve ihtimam (6762 sayılı TTK m. 1061)

---

göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir." ; HGK, T. 07.05.2003, E. 2003/332, K. 2003/340 (Hukuk Türk). Hükmün konulma amacının tacirin göstermesi gerek özen derecesini tayin olduğu ve bu derecenin objektif ölçülere göre tespit edileceği yönünde bkz. **Doğanay**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi (Şerh), C. 1, Madde 1-398, 2. Baskı, Ankara 1981, s. 131.

[319] **Memiş**, Tekin: Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı –Yargıtay Kararı İncelemeleri-, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s. 349.

[320] **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1224.

[321] **Memiş**, s. 349.

[322] TDK, www.tdk.gov.tr (ET: 01.12.2020).

[323] **Başpınar**, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 124.

[324] **Başpınar**, s. 124.

[325] **Başpınar**, s. 124 vd.

[326] RG. 08.05.1926, S. 366.

kavramları kullanılmaktaydı. "*Özen*" kavramı ise TBK ve TTK'da[327] kullanılmıştır. Kavramın kullanım tarihi eski olmamakla birlikte, hukukî anlamda öğreti ve kanunî düzenlemelerde ifade ettiği anlamın önemi bakidir[328]. Sadece eski Kanunlarda "*özen*" kavramı yerine aynı anlama gelen farklı ifadeler kullanılmıştı.

Türk Hukukunda borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanında "*özen*" ve "*özen yükümlülüğü*" kavramları kullanılmakla birlikte, kavramın tanımı hukukî anlamda açık değildir. Nitekim TBK ve TTK'da kavramın tanımı yapılmamıştır. Kavramın hukukî düzenleme ile tanımının yapılmamış olması, öğretide yerinde bulunmaktadır[329]. Zira belirli bir tanıma yer vermek, kavramın zamanla meydana gelen gelişmeler karşısında sürekli değiştirilmeye muhtaç durumda kalmasına sebep olabilirdi.

Özetle özen, kavram olarak, bir davranışın gerçekleştirilmesinde, bir işin görülmesinde, yapma fiilinin icrasında gösterilen dikkat, itina, çaba, azim, önem, ciddiyet, basiret, tedbir, incelik, düzen, doğruluk, titizlik, vazife ve sorumluluk hissi olarak ifade edilebilmektedir[330].

---

[327] TTK'da "*özen*" kavramı ortaklıklar topluluğuna ilişkin m. 199/4, m. 200, m. 202/1-d; anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine ilişkin m. 369; anonim ortaklık denetimine ilişkin m. 398/1, m. 401/2; anonim ortaklık pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin olarak m. 437/2; anonim ortaklık genel sorumluluk hükmü niteliğindeki m. 553; limited ortaklık müdürlerine ilişkin m. 626, m. 630/3; taşıma hukuku kitabında taşıyıcıya ilişkin m. 869, m. 873, m. 875/3, m. 876, m. 914; taşıma işleri komisyoncusuna ilişkin m. 928/2; deniz ticaretine ilişkin hükümlerde taşıyanı ilgilendiren m. 1141, m. 1178; kurtarma faaliyetine ilişkin m. 1303; gemi müdürüne ilişkin m. 1073; kaptana ilişkin m. 1088, m. 1112 hükümlerinde geçmektedir.

[328] Kanun koyucunun ilgili düzenlemelerde, söz konusu kurumu ifade etmek için kullandığı kavramlar konusunda gerekli özen gösterilmese de ilgili düzenlemelerde ifade edilenin özen borcu olduğu yönünde bkz. **Çamoğlu**, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmren Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 390-391.

[329] **Başpınar**, s. 123.

[330] Özen kavramı ile birlikte, özen kelimesinden türeyen kelimelere de değinmek gerekirse öncelikle özenli kelimesi karşımıza çıkar. Özenli, özenden türemiş olup, sıfat niteliğindedir. Kelime anlamına bakıldığında, "*özen sarf ederek yapılan*", "*itina gösterilen*", "*özen gösteren kimse*" anlamlarına gelmektedir. Özenin karşıt ifadesi ise özensizliktir. Özensiz, "*özen gösterilmeden, baştan savılarak, gelişigüzel yapılan*" anlamına gelmektedir. Bkz. TDK, www.tdk.gov.tr (ET: 16.12.2020).

1.5.2.3. Özen-Kusur İlişkisi Hakkında

1.5.2.3.1. Genel Olarak

Sorumluluk hukukunun konusu, zarar verenin zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermesi, tazmin etmesidir. Geniş anlamda sorumluluk hukuku hem sözleşme dışı sorumluluğu hem sözleşme sorumluluğunu kapsamaktadır[331]. Hukukî bağlamda sorumluluk kapsamında haksız fiil sorumluluğunun unsurları hukuka aykırı fiil, kusur, nedensellik bağı ve zarardır (TBK m. 49). Sözleşmeden doğan sorumluluğun unsurları da haksız fiil sorumluluğunun unsurlarına paralellik göstermektedir. Burada da sorumluluğun unsurları sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi (sözleşmeye aykırılık, sözleşme hükmüne aykırılık, borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması), kusur, nedensellik

---

[331] Sorumluluğun dayanağına ilişkin olarak öğretide geniş anlamda sorumluluk hukuku, dar anlamda sorumluluk hukuku ve en dar anlamda sorumluluk hukuku olarak üçlü bir ayrım yapılmıştır. Dar anlamda sorumluluk hukuku sadece sözleşme dışı sorumluluğunu kapsamaktadır ve öğretide genel olarak sorumluluk hukuku ile dar anlamda sorumluluk hukuku kastedilmektedir. En dar anlamda sorumluluk hukuku ile ise özel kanunlarda düzenlenmiş olan sebep ve tehlike sorumluluğu hâlleri ifade edilmektedir.

Yine öğretide hukukî sorumluluk türlerine ilişkin olarak farklı ayrımlar da yapılmaktadır. Bu bağlamda kusur sorumluluğu (dar anlamda haksız fiil sorumluluğu)- sebep sorumluluğu (objektif sorumluluk-kusursuz sorumluluk) ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk ayrımı bulunmaktadır. Sebep sorumluluğu da olağan sebep sorumluluğu (adam çalıştıranın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu, ayırt etme gücünü haiz olmayan kişilerin verdikleri zarardan sorumluluk, yapı eseri malikinin sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu) ve tehlike sorumluluğu (motorlu araç işletenin sorumluluğu) olarak sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Bkz. **Eren**, s. 594 vd.

Öğretide *Gümüş* ise, davranış sorumluluğu ve nedensellik sorumluluğu olarak sınıflandırma yapmıştır. Davranış sorumluluğunu da kusur sorumluluğu ve özen sorumluluğu olarak sınıflandırmış, nedensellik sorumluluğunu tehlike sorumluluğu, yapı eseri malikinin sorumluluğu ve taşınmaz malikinin sorumluluğu olarak ayırmıştır. Yazar, adam çalıştıranın sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu ve hayvan bulunduranın sorumluluğunu özen sorumluluğu altında sınıflandırmıştır. Burada özen sorumluluğu durumları için sorumluluğun kurucu unsuru olarak ortak unsurun "*objektif bir özen yükümlülüğünün ihlâli*" olduğunu belirtmiştir. Adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın, ev başkanının egemenlik ilişkisi sebebiyle yüklendiği gözetim, denetim ve inceleme ödev ve yükümünün ifasında bir özensizlik söz konusu olur ve meydana gelen zarar ile bu özensizliğin arasında bir nedensellik bağı bulunursa, sorumluluk doğacaktır. İlgili Kanun maddeleri özeni gerektirmekte, ancak gerekli özenin ölçüsünü vermemektedir. Bu kapsamda özen sorumluluğu (öğretideki farklı ayrımda ise olağan sebep sorumluluğu) hâllerinde özenin ölçüsü objektif olarak kabul edilmektedir. Özetle özen kavramı, bizim aşağıda inceleyeceğimiz haksız fiil sorumluluğu (kusur sorumluluğu) ve unsurları paralellik gösteren sözleşme sorumluluğu kapsamında önem ifade etmesinin yanı sıra öğretide farklı isimlendirmelere tâbi tutulan kusursuz sorumluluk (olağan sebep sorumluluğu-özen sorumluluğu) hâllerinde de sorumluluğun kurucu unsuru olmak bakımından önem taşımaktadır. Bu hususta bkz. **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 52-57.

bağı ve zarardır[332]. Sözleşme sorumluluğunda haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak hukuka aykırılık unsuru yerini sözleşmeye aykırılık unsuruna bırakmaktadır.

Özen kavramı sorumluluğun kusur unsuru bakımından önem arz etmektedir[333]. Kusur, kast ve ihmal olarak ayrılır. Kast, hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir[334]. İhmal ise, meydana gelen zarar istenmemekle birlikte, zarara neden olan sonucun meydana gelmemesi için var olan şartlara göre gerekli özenin gösterilmemesi olarak ifade edilmektedir[335]. Burada, zarara sebep olan kişi, zararlı sonucun doğmasını önlemek için gerekli tedbirleri almamakta, gerekli tedbirlerin alınması konusunda özensiz davranmaktadır[336]. Kusurun bir türü olan ihmal bakımından temel unsur özenin eksikliğidir[337]. Somut olayda kusurun bir türü olan ihmalin varlığından söz edilebilmesi için gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tespiti gerekir. Bu tespite ilişkin öğretide sübjektif ve objektif özen (ihmal) teorileri ileri sürülmüştür[338]. Zira gerekli özenin gösterilip gösterilmediği ancak belirli bir davranışın ölçü alınması ile mümkün olacaktır. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı bu bağlamda gerekli olan özenli davranış ölçüsü olarak anlam taşımaktadır.

---

[332] Nitekim TBK m. 114/II hükmünde de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı düzenlenmiştir.

[333] Öğretide özen kavramını sadece kusur başlığı altında ele alan görüş, özen kavramını sadece sözleşme ihlâli veya hukuka aykırılık kavramı altında ele alan görüş, özen kavramını hem kusur hem sözleşme ihlâli veya hukuka aykırılık kavramı altında (çifte doğa) ele alan görüş ve özen kavramının çifte doğası çerçevesinde hem kusuru hem sözleşmenin ihlâlini oluşturan özen kavramlarının iç içe geçtiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bu hususta Alman, İsviçre ve Türk öğretisindeki görüşlerin ayrıntılı açıklaması için bkz. **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 79 vd.

Öğreti görüşlerini açıklamasının ardından *Gümüş*, özen kavramının hem hukuka ve sözleşmeye aykırılık hem de kusur unsurları bakımından önem taşıdığı ve dolayısıyla çifte doğasının bulunduğu yönünde görüş belirtmektedir. Hukuka aykırılık olarak ifade edilen davranış normuna aykırılık ancak özen yükümlülüğü ihlâli olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme hukuku alanında ise özen yükümlülüğü ihlâli olarak yer bulmaktadır. Hukuka veya sözleşmeye aykırılıkta objektif özene aykırılık, kusurda objektifleştirilmiş özene aykırılık söz konusudur. Kusur kavramı normatif değil, psikolojik bir kavramdır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık ile kusur bakımından özen farklı düzlemlerde değerlendirilmelidir. "*Sözleşme ihlâli*" ile "*kusur*" belirli bir davranıştan sapmayı ifade ettiği için benzerdir, aralarında yakınlık bulunur. Ancak sözleşme ihlâlinden farklı olarak kusur, sözleşme hükmünde özel ve soyut olarak emredilen davranışla ölçülmez; bilakis üçüncü bir kişinin somut durumdaki varsayımsal davranışı ile karşılaştırılır. Bkz. **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 101-103.

[334] **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 54 vd.

[335] **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 54 vd.

[336] **Eren**, s. 661.

[337] **Eren**, s. 661.

[338] **Eren**, s. 654 vd.

1.5.2.3.2. Sübjektif Özen (İhmal) - Objektif Özen (İhmal) Teorisi

Hukuk düzeni zararın oluştuğu her somut olayda, zarar verenin davranışının "*bir ölçüte*" göre belirlediği özenli davranış modeline uygun olup olmadığını denetlemekte ve eğer uygun olmadığını tespit ederse, kusurlu olduğuna hükmetmektedir. Bu itibarla somut olayda ihmalin bulunup bulunmadığının tespit edilmesine ilişkin olarak öğretide sübjektif ihmal teorisi ve objektif ihmal teorisi ayrımı yapılmaktadır[339]. Bu ayrım, sübjektif özen ölçüsü ve objektif özen ölçüsü olarak da ifade edilmektedir[340]. Sübjektif ihmal (özen) teorisinde, kişiden bireysel gücü, yeteneği, bilgisi ve tecrübesi ölçüsünde mümkün olan özeni göstermesi beklenmektedir[341]. Kişi, zararı önlemek için sahip olduğu yetenek ve özelliklerin gerektirdiği gücü kullanmamışsa, özeni göstermemişse kusurlu kabul edilmektedir[342].

Objektif ihmal (özen) teorisinde ise, dikkat ve özenin ortalama bir seviyesi esas alınmaktadır[343]. Burada soyut bir yöntemle belirlenen normatif bir özen ölçüsü söz konusudur. Davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, somut olaydaki kişi değil, objektif bir tip esas alınmaktadır[344]. Mevcut şartlara göre, uygun ortalama davranışta bulunmayan kimse, ihmalî davranmış kabul edilmektedir[345]. Burada kıyaslama "*ortalama vatandaş*" esas alınarak yapılmaktadır. Özetle, kişinin davranışı, onunla aynı şartlarda ortalama bir insanın göstereceği ortalama bir davranıştan sapıyor, ona uymuyorsa, bu sapma kusur (ihmal) olarak değerlendirilmektedir[346]. Öğretide hâkim görüş, ihmalin belirlenmesi bakımından objektif bir ölçünün esas alınması gerektiğini kabul etmektedir[347]. Objektif teorinin benimsenmesine yönelik iki gerekçe öne sürülmektedir. İlk olarak özenin ölçüsünün belirlenmesinde kişinin tüm sübjektif özelliklerinin hâkim tarafından dikkate alınması oldukça güç bulunmaktadır. İkincisi ise

---

[339] **Korkmaz**, s. 73 vd.
[340] **Sevi**, s. 200-203.
[341] **Eren**, s. 654.
[342] **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 59.
[343] **Eren**, s. 654.
[344] **Eren**, s. 654.
[345] **Eren**, s. 654-655.
[346] **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 60.
[347] **Tandoğan**, s. 50-54; **Sanlı**, s. 191-192.

toplum içerisinde yaşamanın gerektirdiği güvenlik düşüncesi ile kişilerin asgarî bir özen göstermelerinin beklenmesidir. Herkes yaptığı işin gerektirdiği ortalama bilgi, beceri ve fiziksel özellikleri karşılamalı ve işin gerektirdiği biçimde davranmalıdır. Kişiler, diğer kişilerin ortalama dikkat ve özeni göstereceğini varsayarak davranmaktadırlar. Eğer hukuk düzeni bu beklentiyi karşılamazsa, güvenlik hissi zedelenebilir[348].

Özen kavramının ihmalin varlığının tespiti bakımından işlevi önem taşımaktadır. Burada Roma hukukundan bu yana kabul gören "*diligens pater familias* (özenli aile babası)" ölçüsü esasında, ihmal kavramı objektif ve standart bir temele oturtulmuştur[349]. Bu itibarla ihmal niteliğindeki özen eksikliğinin tespiti için ilk olarak, zarar verenin fiilî davranışı ile ortalama özenli bir insanın varsayımsal davranışı karşılaştırılır. Söz konusu zorunlu ortalama davranıştan her olumsuz sapma durumunda özensizlik ve dolayısıyla ihmalin var olduğu kabul edilir[350]. Özenli davranış, zarar veren kişinin değil, olağan ve makul, objektif bir kişinin becerisi, bilgisi, fiziksel özellikleri esas alınarak belirlenecektir. Roma hukukunda "*iyi bir aile babası (bonus pater familias)*" olarak ifade edilen bu kişi; İngiliz ve Amerikan hukukunda ise "*makul insan (reasonable man)*" olarak isimlendirilmektedir[351]. Ancak bu objektif tip, somut olaydan tamamen bağımsız bir tip değildir. Bu tip, zarar verenin mensup olduğu sosyal grup içerisinde aynı şartlar altında yaşayan olağan ve makul bir insan olup, zarar verenin yaş, eğitim, meslek ve cinsiyet gibi özellikleri dikkate alınmaktadır[352]. Bunun dışında özenli davranış modelinin tespitinde davranış veya faaliyetin risk derecesi de önem taşımaktadır[353].

---

[348] **Tandoğan**, s. 51; **Sanlı**, s. 199; **Eren**, s. 654-655.
[349] **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 60-61.
[350] Ancak öğretide ihmal için aranacak ölçünün sübjektif özen ölçüsü olması gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır. Varsayımsal ve ortalama bir kişiyi esas alan objektif özen ölçüsünün sosyal maliyetleri artırdığı gerekçesi ile etkin bir ölçü olmadığı yönünde ayrıntılı açıklama için bkz. **Benli**, Erman: İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü, MÜHFHAD, C. 26, S. I, 2020, s. 300-316.
[351] **Sanlı**, s. 196; **Benli**, s. 304.
[352] **Eren**, s. 654-655.
[353] Bu hususta bkz. yukarıda s. 50-51.

1.5.3. Yükümlülük Niteliğinde Olduğu Görüşü

1.5.3.1. Genel Öğreti Görüşleri

Yükümlülük; yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, yüküm, mükellefiyet, mecburiyet olarak tanımlanmaktadır[354]. Hukukî anlamda ise yükümlülük kavramı genel olarak, hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve uyulması zorunlu ödevleri ifade etmektedir[355].

Öğretide bir kısım yazarlar basiretli iş adamı gibi davranmayı, niteliğini özel olarak belirtmeksizin bir yükümlülük olarak ifade etmektedirler[356].

1.5.3.2. Özen ile Bağlantılı Öğreti Görüşleri

Öğretide bazı yazarlar ise basiretli iş adamı gibi davranmayı özen ile bağlantılı olarak yükümlülük kapsamında değerlendirmektedir. Bu kapsamda *Tekinalp*, basiretli iş adamı gibi davranmanın objektif bir özen yükümlülüğü ölçüsü olarak getirildiğini

---

[354] **TDK**, www.tdk.gov.tr (ET: 07.04.2020).

[355] **Eren**, s. 27; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 38.

[356] **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 154; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 245; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 109. *Karayalçın*, "*basiretli iş adamı gibi davranma mükellefiyeti*" ifadesini kullanmıştır. Bkz. **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 132. Mükellefiyet, yükümlülük kelimesi ile eş anlamlıdır. Bkz. **TDK**, www.tdk.gov.tr (ET: 07.04.2020); **Kılıçoğlu**, s. 46.

Arkan ve *Şener* de, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğini, yine özel bir tespitte bulunmaksızın basiretli iş adamı gibi davranma yükümü olarak ifade etmektedir. Bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 153; **Şener**, Ticari İşletme, s. 188. Ancak iki Yazarın da "*yüküm*" kavramını kullanırken "*yükümlülük*" kavramından farklı bir anlam ifade etme amacı taşımadığı kanaatindeyiz. Nitekim iki Yazar da aksini belirtmemiştir. Katıldığımız üzere, aynı anlama gelseler dahi, öğretide kimi zaman yükümlülük kavramının, kimi zaman yüküm kavramının kullanılmasının kavram karmaşasına neden olacağı endişesiyle yükümlülük kavramının kullanılması gerektiği görüşü için bkz. **Yücer Aktürk**, İpek: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri (Külfet), Ankara 2012, s. 65-66. Aksi yönde yükümlülük ve yüküm kavramlarının farklı anlamda kullanımı, yüküm kavramının külfet kavramı ile eşdeğer kullanımı için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 46.

belirtmektedir[357]. Alman hukukunda da konunun düzenlendiği HGB § 347 hükmü öğretide "*Özen Yükümlülüğü (Sorgfaltspflicht)*" başlığı altında incelenmektedir[358].

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen özen yükümlülüğünün, tacire yüklenen basiretli iş adamı gibi hareket yükümlülüğü ile aynı nitelikte bir borç olduğu yönünde görüş belirten *Çamoğlu*[359], özen borcunun, Kanun ya da sözleşmenin öngördüğü görevler yanında yüklenmiş talî bir borç (yan edim) olduğunu ileri sürmektedir. Üstelik özen yükümlülüğü sadece Kanun ya da sözleşmenin somut olarak yüklediği görevlerin ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve itinayı değil, başlı başına görevler oluşturan ve yükleyen bir kaynağı ifade etmektedir[360]. Yazara göre terim seçimine bakılmaksızın (ister basiretli ister özenli-tedbirli-düzenli ve görevinin bilincinde hareketten bahsedilsin) anlatılmak istenen kavram özen yükümlülüğü ölçütüdür[361]. Dahası basiretli iş adamı gibi hareket yükümlülüğü, başlı başına bir görev kaynağı olarak yorumlanmaktadır[362]. Yazar, özen yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte özen yükümlülüğü ölçütü ifadesi ile ne kastettiği açıklıkla anlaşılamamaktadır. Aksi yönde bir görüşe göre ise, tacir için bir yan yükümlülük veya koruma yükümlülüğü söz konusu olacaksa, bu yükümlülüğün kaynağının taraflar arasındaki güven ilişkisine dayalı olarak dürüstlük kuralı (TMK m. 2) olduğu ileri sürülmektedir[363].

Öğretide *Çamoğlu*'nun görüşüne aksi yönde *Helvacı*, yan edim olmanın bir sonucunun aslî edimden bağımsız olarak talep ve dava edilebilmek olduğu, özen yükümlülüğünün ifasının tek başına talep ve dava edilemeyeceği, bu nedenle özen yükümlülüğünün yan

---

[357] **Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu Ticarî Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler, 15. Baskı, İstanbul 2014, s. 15.
[358] **Baumbach**, Adolf/**Merkt**, Hanno/**Hopt**, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, 32. Auflage, München 2006, s. 1225 vd.
[359] **Çamoğlu**, Yönetim Kurulu, s. 67 vd.
[360] **Çamoğlu**, Yönetim Kurulu, s. 67 vd.
[361] **Çamoğlu**, Yönetim Kurulu, s. 67 vd.
[362] **Çamoğlu**, Yönetim Kurulu, s. 67 vd.
[363] Bu nedenle TTK m. 18/2'nin yalnızca ihmalin tespiti bakımından ölçü niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1237.

edim niteliğinde olmadığı görüşündedir[364]. Bu tespitin sonucu olarak özen yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü değil, ancak yan yükümlülük olması söz konusudur. *Helvacı*, özen borcunun yan edim yükümlülüğü niteliğinde olmadığı, bunun sonucu olarak da özen borcunun ifasının talep edilemeyeceği, sadece aslî edimle birlikte özen borcuna uymama nedeni ile tazminat talep edilebileceği, sonuç olarak özen borcunun bir yan yükümlülük niteliğinde olduğu görüşündedir[365]. Bunun yanı sıra *Helvacı*, özen borcunun aynı zamanda kanun ve esas sözleşmeden doğan görevlerin ifasında kusurun bir ölçüsü olma özelliğinin de bulunduğu ve bu özelliğinin ağır bastığı görüşündedir[366].

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere öğretide genel kabul basiretli iş adamı gibi davranmanın bir yükümlülük, dahası bir özen yükümlülüğü olduğu yönündedir. Ancak özen yükümlülüğünün hukukî niteliğinin ve muhtevasının da neyi ifade ettiği açıklıkla ortaya konmalıdır. Bu kapsamda yükümlülüğe ilişkin yapılan ayrımlar ve bu ayrımlar içerisinde özen yükümlülüğünün yerinin tespiti önem arz etmektedir. Aşağıda öncelikle yükümlülük kavramına ilişkin yapılan ayrımlarla ilgili genel bilgi verilecek, ardından ilgili hususa ilişkin görüşümüze yer verilecektir.

1.5.3.3. Borç İlişkisine Yönelik Edim Yükümlülükleri- Yan Yükümlülükler Ayrımı

1.5.3.3.1. Edim Yükümlülükleri

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler öğretide temel olarak edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ayrıma tâbi tutulmaktadır[367]. Edim yükümlülükleri kendi içerisinde aslî edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ayrılmaktadır[368]. Aslî edim

---

[364] **Helvacı**, Yönetim Kurulu, s. 48. Edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklere ilişkin açıklama için ayrıca bkz. aşağıda 1.5.3.3., s. 77 vd.
[365] **Helvacı**, Yönetim Kurulu, s. 48.
[366] **Helvacı**, Yönetim Kurulu, s. 48 vd.
[367] **Eren**, s. 31 vd.; **Aydınlı**, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri), Ankara 2004, s. 57 vd.
[368] **Eren**, s. 31 vd.; **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 58 vd.

yükümlülükleri, borç ilişkisinin tipini belirleyen yükümlülüklerdir[369]. Bu yükümlülükler borç ilişkisinin esaslı içeriğini oluşturmakta ve doğrudan doğruya ifası dava edilebilmektedir[370]. Örneğin satım sözleşmesinde satıcının satılan malın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmesi, alıcının ise satıcıya bir bedel ödemesi; kira sözleşmesinde kiracının kira bedeli ödemesi, kiralayanın ise bir şeyin kullanılmasını kiracıya bırakması aslî edim yükümlülükleridir (TBK m. 207/I, m. 299)[371].

Yan edim yükümlülükleri ise, aslî edimlerin (bir başka ifadeyle sözleşmenin) amacına uygun olarak gerçekleştirilmesine ve edim menfaatinden beklenilen amaca doğrudan olmasa bile dolaylı olarak hizmet eden yükümlülüklerdir[372]. Bu kapsamda ilgili yükümlülükler aslî edime bağlı olarak doğmaktadırlar[373]. Sözleşmenin içeriğini oluşturmada ikinci derecede etkilidirler. Söz konusu yükümlülükler, Kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğabilmektedir[374]. Örneğin, kiracının kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödeme yükümlülüğü Kanundan kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğü niteliğindedir (TBK m. 317)[375]. Hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet yasağı da sözleşme ile kararlaştırılan yan edim yükümüne örnek niteliğindedir. Burada taraflar, rekabet yasağı sözleşmesinin aslî edimini hizmet sözleşmesi bakımından yan edim yükümlülüğü olarak düzenlemişlerdir[376]. Hem Kanunda hem sözleşmede yan edim yükümlülüğü öngörülmemiş ise, söz konusu yükümlülüğün tespitinde dürüstlük kuralı devreye girmektedir[377]. Örneğin hizmet sözleşmesi bakımından işçinin, iş görme edimini ifa

---

[369] **Eren**, s. 31.
[370] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 58-59.
[371] **Eren**, s. 31 vd.
[372] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 60.
[373] **Erbek Odabaşı**, Özge: Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması, İBD, C. 85, S. 3, 2020, s. 72.
[374] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 59 vd.
[375] **Kılıçoğlu**, s. 43-45.
[376] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 62.
[377] Dürüstlük kuralı genel bir hukuk ilkesi olup, kişiler bir borç ilişkisine girdikleri andan itibaren doğruluk ve dürüstlük kurallarına uymaları gerekir. Bu kural yalnızca Medeni Hukuk bakımından değil, hukukun uygulanmasında da önemli işlevi olan bir kurum niteliğindedir. Dürüstlük kuralı, özellikle hukukî işlemlerde taraf iradelerinin yorumu, tamamlanması ve yeni şartlara uyarlanması başta olmak üzere kanun maddelerinin somut olaya uygulanmasında, kanunun amacının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Hukukumuzda da TMK m. 2'de hüküm altına alınmıştır. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul 1995, s. 1 vd. Ayrıca bkz. aşağıda 3.1.1., s. 138 vd.

ederken alet ve malzemeler üzerinde meydana gelen doğal ve normal yıpranmalardan sorumlu olmaması, bu tür yıpranmalara işverenin katlanması, dürüstlük kuralı gereği işverene yüklenebilen yan edim yükümlülüğü niteliğindedir[378]. Yan edim yükümlülükleri, borçlu için yerine getirilmesi gereken bir borç olduğu kadar ilgili alacaklı için de alacak hakkının içeriğini oluşturmaktadır. Bu nedenle yan edim yükümlülükleri aslî edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak tek başlarına ifa davasına konu olabilmektedirler[379].

1.5.3.3.2. Yan Yükümlülükler

Yan yükümlülükler dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden doğmaktadır[380]. Yan yükümlülükler de işlevleri itibariyle öğretide ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yükümlülükler (koruma yükümlülükleri) olarak ayrılmaktadırlar[381]. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, aslî edimin ifasına yönelik hazırlık fiilleri ile ifa fiillerine yardımcı olmaktadırlar[382]. Koruma yükümlülükleri ise, edim menfaati ile doğrudan ilişkisi olmayan yükümlülüklerdir. Koruma yükümlülükleri, tarafların ve borç ilişkisi ile temasta olan üçüncü kişilerin edim menfaati dışında meydana gelen risklere karşı korunma menfaatini amaçlayan yükümlülüklerdir[383]. Koruma yükümlülükleri iki şekilde söz konusu olabilmektedir. İlki tarafların hukukî ilişki kurmak amacıyla sosyal bir temas içine girmeleri, ikincisi de hukukî ilişki kurmak amacıyla olmasa bile, dürüstlük kuralının temelini ve sınırlarını oluşturan sosyal temaslardır[384]. Söz konusu her iki sosyal temasta da tarafların karşılıklı mal ve can varlıklarını korumaya yönelik yükümlülükleri, koruma

---

[378] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 65.
[379] **Kılıçoğlu**, s. 45; **Eren**, s. 33; **Erbek Odabaşı**, s. 72.
[380] **Akyol**, s. 43.
[381] **Kılıçoğlu**, s. 45-46.; **Eren**, s. 36 vd.
[382] **Eren**, s. 37.
[383] Taraflar borç ilişkisi içine girdiklerinde; birbirlerine doğru bilgi vermek, birbirlerini aydınlatmak ve birbirlerinin can ve mal varlığını korumak için tedbirli ve dikkatli davranmak zorundadırlar. Zira kişilerin böyle bir borç ilişkisi ile giriştikleri sosyal temas sebebiyle, karşılıklı olarak birbirlerinin mal ve can varlıkları üzerinde etki yapma alanları doğmaktadır. Burada kişiler aralarında doğan güven ilişkisi sebebiyle, karşılıklı olarak birbirlerini zarardan uzak tutmak zorundadırlar. Taraflara bu davranışı yükleyen ise koruma yükümlülükleridir. Koruma yükümlülüklerinin doğması için taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisi doğması zorunlu değildir. Bkz. **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 74 vd.
[384] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 28-29.

yükümlülüğünün içeriğini ve kapsamını oluşturmaktadır. Koruma yükümlülükleri ifa davasına konu olamayıp, tazminat davasına konu olabilmektedir[385].

Koruma yükümlülükleri ortaya çıktığı safhaya göre öğretide üçlü bir ayrımla da incelenmektedir. Buna göre koruma yükümlülükleri, sözleşme öncesi, sözleşme sırasındaki ve sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri olarak ifade edilebilmektedir[386].

Sözleşme öncesi için, yapılan görüşmelerde tarafların kusurlu davranış ile birbirlerine zarar vermeleri durumunda henüz ortada sözleşme olmadığı için sorumluluk bakımından sözleşmeye aykırılığa dayanılamıyordu. Bunun yanı sıra tarafların birbirlerine verdikleri zararın tazmini için haksız fiil hükümlerine dayanmak ise, zarar gören bakımından kusurun ispatı ve zamanaşımı gibi unsurlar yönünden hakkaniyete uymayan sonuçlar doğurmaktaydı[387]. Bu nedenlerle sözleşme öncesi kusurlu sorumluluk sistemi geliştirilmiştir[388]. Buna göre sözleşme kurulmadan önce tarafların görüşme safhasında karşılıklı olarak koruma yükümlülüklerine uymaları gerekmektedir. Taraflar bu yükümlülüklerini kusurları ile ihlâl ederlerse, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk denilen "*Culpa in Contrahendo*" kurumu uygulama bulmaktadır[389]. Culpa in contrahendo, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine karşı güven ilişkisi sonucu gerçekleri açıklama, tehlikelere karşı uyarma, teknik bilgi verme veya yeni gelişen olaylardan haberdar etme gibi yükümlülükleri içermektedir[390]. Bu kapsamda yine aydınlatma ve açıklama yükümlülüğü, gerçeğe uygun olmayan davranışta bulunmama yükümlülüğü ve sosyal temas içinde bulunan kişi ve mal varlıklarına karşılıklı özen gösterme yükümlülüğü öne çıkmaktadır[391]. Culpa in contrahendo kurumunun

---

[385] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 23.
[386] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 75 vd.
[387] **Serozan**, Rona/**Baysal**, Başak/**Sanlı**, Kerem: Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 8. Baskı, İstanbul 2022, s. 346 vd.
[388] **Güvenç**, Özgür: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi (Culpa in Contrahendo), GÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 364.
[389] **Eren**, s. 1275 vd.; **Arıkan**, Mustafa: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, SÜHFD, C. 17, S. 1, 2009, s. 70.
[390] **Arıkan**, s. 72-73.
[391] **Arıkan**, s 72-73.

nitelendirilmesi hususunda öğretide bir görüş birliği olmasa da[392] bir görüşe göre söz konusu kurum koruma yükümlülükleri ile ele alınmalıdır[393]. Zira koruma yükümlülükleri hem doğuş itibariyle hem de işlevsel niteliğiyle edim yükümlülüğünden, dolayısıyla edim yükümlülüğünü doğuran borç ilişkisinden farklı ve ondan ayrıdırlar. Nitekim kurulmak istenen borç ilişkisi geçersiz olsa veya sona erse bile, koruma yükümlülükleri güven ilişkisinin sonucu olarak varlığını devam ettirmektedir[394].

Sözleşme sırasında da koruma yükümlülüğü, edim yükümlülüğünden bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir. Sözleşme sırasındaki koruma yükümlülükleri, daha ziyade özen, sadakat veya gözetme yükümlülüğü olarak doğmaktadır[395]. Koruma yükümlülüğünde gösterilmesi gereken özenin ölçütü ve sınırı dürüstlük kuralı ile belirlenmektedir[396].

Sözleşme sonrasındaki koruma yükümlülüğü ise, sözleşme taraflarının birbirinin ticarî veya özel hayatına ilişkin sırlarına vakıf olma durumları ile ilişkilendirilmektedir[397]. Örneğin işçinin işverene ait ticarî sırları sözleşme bittikten sonra dahi kimseyle paylaşmama ve bu hususta işveren ile rekabet etmeme yükümlülüğü bu kapsamda değerlendirilebilir.

Koruma yükümlülüğünün amacı edimlerin ifası olmayıp sosyal temasa giren kişilerin mal ve can varlıklarının korunmasıdır[398]. Koruma yükümlülüğünden yararlanan kişiler, sadece borç ilişkisi ya da sözleşme kurmak için sosyal temasa geçen kişiler değildir. Borç

---

[392] **Eren**, s. 1277 vd.; **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 224-226.
[393] **Demircioğlu**, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 126 vd.; **Güvenç**, Culpa in Contrahendo, s. 370.
[394] Bu hususta açıklama için bkz. **Serozan**, Rona: "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlâli" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜMHAD, S. 2, 1968, s. 108 vd.; **Gürpınar**, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 139 vd. Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna ilişkin ayrıca bkz. aşağıda 3.2.1.1., s. 149 vd.
[395] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 84.
[396] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 85.
[397] **Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 86-87.
[398] **Eren**, s. 40; **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 349.

ilişkisinin taraflarının hukukî alanları içinde bulunan üçüncü kişiler de koruma yükümlülüğünden yararlanırlar[399]. Koruma yükümlülükleri, sözleşmelerin hazırlık safhası, ifa safhası ve sözleşmenin etkilerinin uzanabildiği çevrede etkili olmaktadırlar. Tekrar vurgulamak gerekir ki, sosyal temas nedeniyle ortaya çıkan koruma yükümlülüklerinin edim ilişkisi olan sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmektedir[400].

1.5.3.4. Özen-Yükümlülük İlişkisi Hakkında

Özenin bir yükümlülük olarak ifade edilmesi, sözleşmesel sorumluluğun unsurlarına ilişkin olarak yükümlülüğün ihlâli (sözleşmeye aykırılık, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi) bağlamında önem taşımaktadır. Bir başka ifadeyle özen kavramı sorumluluk hukuku kapsamında kusurun tespitinin yanı sıra yükümlülüğün ihlâlinin tespitinde de önem arz etmektedir.

Öğreti görüşlerinde basiretli iş adamı gibi davranma sözleşme bağlamında özen yükümlülüğünü kasteder şekilde öne sürülmüştür[401]. Sözleşme ilişkisi bakımından

---

[399] **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 349.
[400] **Eren**, s. 40.
[401] Basiretli iş adamı gibi davranmanın sözleşmesel ilişkilerde özen yükümlülüğünü ifade ettiği öne sürülmüştür. Basiretli iş adamı gibi davranmaya ilişkin öğreti görüşlerinde yükümlülük bağlamında özen haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınmamıştır. Özen kavramının sözleşme ilişkisi ve sözleşmesel sorumluluk unsuru bakımından sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin, bu kapsamda sözleşmeye aykırılık unsurunun tespiti için taşıdığı anlam belirgindir. Ancak özenin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak hukuka aykırılık kapsamında işlev gösterip göstermediği hususu öğretide tartışmalıdır. Hukuka aykırılık unsuruna ilişkin objektif hukuka aykırılık teorisi, sübjektif hukuka aykırılık teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisi öne sürülmüştür. Türk öğretisinde hâkim görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, mutlak hakların ihlâli ve diğer zararlar arasında bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre mutlak hakların ihlâli başlı başına hukuka aykırılık için yeterli görülse de diğer menfaatlerin zarar görmesi durumunda bir hukuk normunun da ayrıca ihlal edilmiş olması aranmaktadır. Ancak Kanunda bu hususta bir ayrım yapılmamıştır (TBK m. 49). Objektif hukuka aykırılık teorisine tepki niteliğinde ortaya çıkan üçüncü hukuka aykırılık teorisi uyarınca ise, her somut olayda, gözetilmiş olması gereken objektif özen yükümlülüğünün araştırılması ve buna göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu teori de hukuka aykırılık ve kusur unsuru arasındaki çizginin silikleştiği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin kabulü durumunda özen, haksız fiil sorumluluğu bağlamında hukuka aykırılık unsuru bakımından da anlam ihtiva edecek ve hukuka aykırılık unsurunun tespiti bakımından objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği araştırılacaktır. Öğretide esasında üçüncü hukuka aykırılık teorisinde söz edilen objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın hukuka aykırılık değil kusur unsuru bağlamında anlam ihtiva ettiği de öne sürülmektedir. Bunun yanı sıra karşılaştırmalı hukukta da hukuka aykırılık unsurunun kalktığı ilgili unsurun kusur unsuru içerisinde değerlendirildiği yönünde eğilim bulunduğu da ifade edilmektedir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından öğreti görüşlerinin açıklanması ve değerlendirilmesi için bkz**. Çağlayan Aksoy**, Pınar: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, 31 vd., 153 vd.; **Kurtulan**, Gökçe: Haksız Fiilde

sözleşmenin ihlâli, bir yükümlülük ihlâlini ifade etmektedir. Bu kapsamda ilk olarak sözleşmenin taraflarınca, kanundan veya hâkimin sözleşmeyi tamamlamasından ortaya çıkarılan borçluya ait bir yükümlülüğün varlığı söz konusu olmalıdır. Bununla birlikte, ilgili yükümlülüğün borçlunun davranışı ile ihlâli gerekir.

Öğretide sözleşmenin ihlâlinde özenin yeri bakımından edim fiili ve edim sonucu ayırımı yapılmaktadır. Edim fiilinde borçlu, edim yükümlülüğüne uygun bir davranışı borçlanmaktadır. Edim fiili esas olarak iş görme borcu doğuran sözleşmeler bakımından, faaliyet yükümlülüklerine ilişkin söz konusu olmaktadır[402]. Örneğin, hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi bu kapsamda sayılmaktadır. Sonuca ilişkin borç ilişkilerinde ise edimin sonucu önem taşımaktadır. Borçlunun faaliyeti (davranış yükümünü gerçekleştirmesi) yeterli bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklının menfaati, belirli bir sonucun gerçekleşmesi ile tatmin edilmekte, borçlu borç konusu sonucu gerçekleştirdiğinde borç ifa edilmiş olmaktadır. Bu tarz sözleşmelerde özen, yalnızca kusurun (ihmalin) varlığı bakımından önem taşımaktadır[403].

Anılan bağlamda özen yükümlülüğü iş görmeye ilişkin tüm edimler bakımından söz konusu olup; işin ayıpsız, nitelik ve nicelik olarak sözleşmeye, sözleşme amacına uygun olarak görülmesini temin etmektedir. Öğretide özen yükümlülüğünün "*doğrudan aslî borcun (aslî ve yan edim yükümlülüğünün) ifasını sağlama ve kolaylaştırmaya hizmet eden..., ifa menfaatini (edimsel tatmini) yerine getirmeye yönelik*" olmakla yan yükümlülük niteliği gösterdiği öne sürülmektedir[404]. Özen, görevlerin yerine getirilmesi sırasındaki dikkat ve itina, sarf edilecek gayretten öte borçluya görevler doğuran ve yükleyen bir kaynağı ifade etmektedir; yapma ediminin borçlusu özen yükümlülüğünün gereği olarak gerekli tutum ve fiillerde bulunacak, tedbirleri alacak ve amaca ulaşmayı

Hukuka Aykırılık Unsuru (Hukuka Aykırılık), MÜHFHAD, C. 23, S.1, 2017, s. 465-503; **Korkmaz**, s. 204 vd. Türk öğretisinde hâkim görüşün objektif hukuka aykırılık teorisi olduğu ve objektif özen yükümlülüğünün ihlâlini hukuka aykırılık olarak kabul eden görüşe ilişkin eleştiriler için bkz. **Kırca**, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk (Bilgi Verme), Ankara 2004, s. 52 vd.

[402] Özen yükümlülüğünün dürüstlük kuralının iş görmeyi amaç edinen sözleşmelerdeki görünümü olduğu yönünde bkz. **Başpınar**, s. 126.

[403] **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 73-74.

[404] **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 122.

engelleyecek her tür fiilden kaçınacaktır[405]. Özen yerine göre dikkatli çalışmak, yerine göre gerekli tedbirleri almak anlamına gelebilmektedir. Kimi işler bakımından işin vaktinde, acil, hızlı, gecikmeden yapılması önem taşır. Bazı durumlarda ise özen, uygun fiil, tutum, hareketin seçilmesidir. Özen yükümlülüğünün içeriği (konusu) somut olayın özelliklerine göre oluşmaktadır. Bu itibarla özen yükümlülüğünün içeriğinin somutlaşmasında hukukî ilişkinin niteliği, faaliyetin (işin) niteliğine, taraf iradeleri ve özellikle sözleşme şartları belirleyici olmaktadır.

1.5.4. Külfet Niteliğinde Olduğu Görüşü

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği TTK'da tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenlenmiştir. Bu itibarla basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacir olmaya bağlanan bir sonuç niteliğindedir. Öğretide tacir olmaya bağlanan sonuçlar, tacir olmanın "*nimeti ve külfetinin mevcut olduğu*" şeklinde ifade edilmiştir[406]. Buna göre tacir olmaya bağlanan bazı hukukî sonuçlar nimet, bazı hukukî sonuçlar külfet olarak değerlendirilmiştir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, tacir olmanın getirdiği külfet niteliğindedir. Ancak buradaki "*külfet*" ifadesinin hukukî nitelik bağlamında hukukî kurum olarak külfeti ifade edip etmediği hususu tartışılabilirdir. Öğretide basiretli iş adamı gibi davranmanın külfet niteliği taşıdığı yönünde görüşler bulunmaktadır[407]. Külfet görüşüne basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin tacirin bazı haklardan yararlanmasını sınırlayıcı sonuçları bulunduğu gerekçe gösterilmektedir[408].

1.5.5. Tamamlayıcı Hukuk Kuralı Niteliğinde Olduğu Görüşü

Öğretide bir görüşe göre basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine ilişkin TTK m. 18/2 hükmü, tacir olan borçlunun diğer taraf ile arasında özel bir anlaşma yoksa borcunu yerine getirmedeki özen derecesini belirleyen, tamamlayıcı bir hukuk kuralı

---

[405] **Başpınar**, s. 157.
[406] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 146.
[407] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 123; **Poroy/Yasaman**, s. 179-182; **Karaahmetoğlu**, İsmail Özgün: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri (Basiretli İş Adamı), LHD, C. 10, S. 116, 2012, s. 90.
[408] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 123.

niteliğindedir[409]. Tamamlayıcı hukuk kuralları, tarafların serbest iradeleri ile belirlenebilen, ancak böyle bir belirleme yoksa uygulanmaları mümkün olan kuralları ifade etmektedir[410].

1.5.6. Değerlendirme ve Görüşümüz

1.5.6.1. Kusurun (İhmalin) Tespitinde Objektif Özen Ölçüsü Niteliği

Tacirin basiretli davranıp davranmadığı hususu somut olayda hukukî sorumluluğunun söz konusu olup olmadığının tespiti gerektiği takdirde değerlendirilecektir. Buradan basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin sorumluluğun unsurları anlamında önem taşıdığı, tacirin ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağının tespiti anlamında rol oynadığı görülecektir. Sözleşmesel sorumluluğun unsurları, yükümlülüğün ihlâli, zarar, kusur ve illiyet bağıdır. Haksız fiil sorumluluğunda ise yükümlülük ihlâlinin yerini hukuka aykırılık unsuru almaktadır. Öncelikle ifade edilmelidir ki TTK m. 18/2 hükmü kapsamında hukukî sorumluluğun tespitinde kusurun (ihmalin) bulunup bulunmadığı basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü ile değerlendirilmektedir[411]. Kusurun (ihmalin) tespiti bakımından basiretli tacir gibi davranma objektif bir özen ölçüsü niteliği taşımaktadır. Bu hususun yukarıda açıkladığımız üzere Roma hukukundaki iyi bir aile babası (bonus peter familias) ölçüsüne değin uzanan sağlam tarihsel bir kökeni bulunmaktadır[412]. Kişinin davranışı eğer basiretli iş adamı davranışı gibi görülüyor ise

---

[409] **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 245; **Memiş**, s. 346; **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 113; **Karaahmetoğlu**, Basiretli İş Adamı, s. 91. Hükmün boşluk doldurucu nitelikte bir hüküm olduğu yönünde bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 179-182; **Karaahmetoğlu**, Basiretli İş Adamı, s. 90.

[410] **Kayıhan**, Şaban: Hukukun Temel Kavramları (Temel Kavramlar), 10. Baskı, Ankara 2022, s. 63-64.

[411] Kusurun (ihmalin) ölçüsünün "*mesleğe/alana özgü makul-ortalama kişinin davranışı*" kıstası üzerinden "*objektifleştirilmesi*"nin basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü getiren TTK m. 18/2 hükmünü gereksiz kıldığı, bu hüküm olmadan da kusurun tespitinde tacirin davranışı bakımından aynı alanda faaliyet gösteren benzer durumdaki tacirin esas alınacağı yönünde bkz. **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1227-1228. Alman hukuku bakımından aynı yönde temel hükmün BGB § 276 olduğu, tacirin özen ölçüsünün yüksekliğinin kaynağının HGB § 347 değil BGB § 276 olduğuna ilişkin bkz. **Maultzsch**, HGB § 347, N. 2, 3. Aksi görüşte hükmün kaynak normu niteliği taşıdığı ve varlığının gerekli olduğu yönünde bkz. **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 150.

[412] Tacir kendi hayatında dikkatsiz ve tedbirsiz olsa dahi, ticarî faaliyetlerinde tedbirli ve iyi bir aile babası, dikkatli bir iş adamı gibi davranmasının zorunlu olduğu, bu bakımdan tacir olmanın kişi bakımından objektif özen ölçüsünü getirdiği yönünde bkz. **Domaniç**, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 124; **Eriş**, Ticari İşletme ve Şirketler, s. 725.

kusuru bulunmayıp, sorumluluğu yoluna da gidilemeyecektir. Ancak kişinin davranışı basiretli iş adamı gibi davranma niteliğinde kabul edilemiyor ise, kişi ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaktadır.

Bir davranışın ne zaman ihmal niteliği göstereceği hususu önemli bir sorundur. Gereken özenin ne olduğu ya da kişinin zararı önlemek için nasıl davranması gerektiği olayın öncesinde bir değerlendirme ile tespit edilemez. Özenli davranış modeli, tamamen somut olayın özellikleri ile ilgili olup, kişinin gereken özeni gösterip göstermediği hâkim tarafından olaydan sonra takdir edilmektedir. Hâkim somut risk açısından özenli olan davranışı belirleyecek; daha sonra zarar verenin fiilinin bu davranıştan sapıp sapmadığını değerlendirecektir. TTK m. 18/2 kapsamında tacir bakımından ise özenli davranış, somut olayın şartlarına sahip varsayımsal basiretli bir iş adamının davranışının tespiti ile belirlenecektir. İlgili davranış, tacirin faaliyet gösterdiği alan ve işletmesinin büyüklüğü başta olmak üzere birçok farklı değişken göz önünde bulundurularak ortaya konulacaktır.

Bu hususta bir Alman Federal Mahkemesi kararına konu olayda, davacı davalı tur operatörüyle sözleşme imzalamış, Dominik Cumhuriyeti'nde bulunan tatil beldesine paket uçuş rezervasyonu yaptırmıştır. Rezervasyon 21 Eylül-6 Ekim tarihleri arasındadır. Ancak tatil beldesine varıldığında kasırga çıkmıştır. Somut olaya ilişkin davalı tur operatörünün 20 Eylül 23:00 tarihinde Alman Hava Durumu servisinden kasırga uyarısı aldığı bilgisi bulunmaktadır. Kasırga birçok ülkeyi etkilemiş olup, Dominik Cumhuriyeti'ni etkileme olasılığı ¼ olarak belirtilmiştir. Davalı kasırgaya ilişkin araştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş gözükse de davacıyı bu hususta bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilse idi davacı söz konusu yolculuğa başlamama yönünde irade gösterebilirdi. Bu bağlamda basiretli bir tur operatörünün göstermesi gereken özen ölçüsü yerine getirilmemiştir. Davacının bu hususta davalıyı bilgilendirmemesinin makul bir açıklaması da bulunmamaktadır. Bu hususta davalının ihmalinin bulunup bulunmadığı objektif bir özen ölçüsü esas alınarak belirlenmiştir. Esas alınan ölçü davalı tur operatörü ile aynı durumda bulunan (aynı büyüklükte ve aynı faaliyet alanına ilişkin işletme sahibi) diğer tur operatörlerinin davranışlarıdır. Burada ¼'lük risk hayata yönelik genel bir risk olarak göz ardı edilmemesi gereken önemde kabul edilmiştir. Davacının akdedildiğinde genellikle

öngörülemeyen belirli bir zarar riski ile bağlantılı olan sözleşme ile bağlı olması beklenemez. Bu durum, zarar veren olayın meydana gelmesinin, yalnızca ağır basan bir olasılıkla beklenmesi durumunda değil, önemli bir olasılıkla beklenmesi durumunda da mevcuttur. Anılan iki durumda da tur operatörünün, gerektiği kadar araştırma yapmadığı için bilgi verememesi, objektif olarak kendisini kusurlu kılmaktadır. Bilgilendirme yükümlülüğünün varlığı somut olay ve sözleşme içeriği esas alınarak tespit edilmektedir. Macera ve keşif gezileri bakımından yolcuların risk alması muhtemel görülebilirken, somut olaydaki her şey dahil pansiyon tatil kulübü rezervasyonu bakımından davacının risk almaya istekli olduğu hayatın olağan akışına uygun değildir[413]. İlgili kararda basiretli iş adamı gibi davranmanın kusurun belirlenmesinde objektif bir ölçü olarak esas alındığı görülmektedir[414].

1.5.6.2. Sözleşmesel İlişkilerde Özen Yükümlülüğü Niteliği

Özen kavramının sorumluluğun kurucu unsurlarından hem kusurun tespiti hem de sözleşme ihlâlini belirleyen çifte bir işleve sahip olduğu tekrar vurgulanmalıdır[415]. Bu bağlamda özen, sözleşmesel ilişkiler bağlamında özen yükümlülüğü olarak da anlam ihtiva eder. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği kusurun tespiti bakımından objektif bir özen ölçüsü olmasının yanı sıra sözleşmesel ilişkilerde özen yükümlülüğü niteliği de göstermektedir. Öğretide bu husus tam olarak vurgulanmadan özen yükümlülüğü, özen borcu, özen yükümlülüğü ölçüsü ve özen ölçüsü ifadeleri kullanılmaktadır. Esasında basiretli iş adamı gibi davranma kusur sorumluluğu bağlamında kusurun tespiti bakımından objektif özen ölçüsü; bunun yanı sıra sözleşmesel ilişkilerde ise özen yükümlülüğü niteliğindedir.

Sözleşmesel ilişki bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma bir özen yükümlülüğü niteliğindedir. Ancak bu özen yükümlülüğünün, yukarıda açıklanan yükümlülükler

---

[413] BGH X ZR 147/01, 15.10.2002 (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=24396&pos=0&anz=1, ET: 10.04.2023).
[414] Aynı yönde basiretli iş adamı gibi davranmanın objektif bir ölçüyü ifade ettiğine ilişkin bkz. BGH ZR 83/12, 28.05.2013, N. 19 (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=65113&pos=0&anz=1, ET: 10.04.2023).
[415] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 656-657; **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1224.

bakımından[416] hangi yükümlülük kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususundaki görüşümüzü ifade etmemiz gereklidir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün aynen ifasının talep edilemeyeceği gerekçesi ile aslî edim ve yan edim yükümlülüğü olmadığı, yan yükümlülük niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir. Yan yükümlülükler, edimin gereği gibi ifa edilmesine (ifa menfaatine) veya alacaklının bütünlük ve korunma gibi ifa menfaati dışında bulunan diğer menfaatlerinin ifa dolayısıyla oluşabilecek zararlardan korunmasına hizmet etmektedir[417]. Bu bağlamda ilk anılan ifaya yardımcı yan yükümlülükler, diğeri koruma yükümlülükleridir. Somut olayın özelliklerine göre basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü özen yükümlülüğü olarak ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak da koruma yükümlülüğü olarak da anlam ihtiva edebilecektir. Ancak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü yan yükümlülük olarak değerlendirmek, özen yükümlülüğünün aslî edim niteliği taşıyacağı sözleşmeler bakımından sakınca doğurabilmektedir. Sürekli borç doğuran sözleşme tiplerinde (vekâlet, hizmet, istisna, kira, adî ortaklık sözleşmeleri gibi), edimin yerine getirilmesinin sürekli olması ve kişisel bağ kurması nedeniyle burada aslî edimin içeriğinde bulunan özen yükümlülüğü söz konusudur. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, aslî edimin içeriğinde bulunan özen yükümlülüğü niteliği de gösterebilir. Özen yükümlülüğünün aslî edim yükümlülüğü niteliği taşıdığı sözleşmeler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü aslî edim yükümlülüğü niteliği de kazanabilmektedir. Örneğin vekâlet sözleşmesi bakımından vekilin özen yükümlülüğü sözleşmeye rengini veren bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar[418]. Bu kapsamda özen yükümlülüğü niteliği taşıyan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesi kapsamında daha belirgin bir etkiye sahip olacaktır. Sonuç olarak, basiretli iş adamı gibi davranmak, yükümlülük niteliğindedir. Ancak basiretli iş adamı gibi

---

[416] Bkz. yukarıda 1.5.3.3., s. 77 vd.
[417] **Erbek Odabaşı**, s. 77, 94.
[418] Vekalet sözleşmesinde özenin edim yükümlülüğünün içinde bulunan bir vasıf olduğu, edim yükümlülüğüne eklemlendiği yönünde bkz. **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 142-143; **Başpınar**, s. 158. Vekilin özen yükümlülüğünün hukukî niteliğine ilişkin öğreti görüşleri ve görüşlerin değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 138 vd.

davranmanın, yükümlülük bakımından türü sözleşmenin tipine ve somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir[419, 420].

1.5.6.3. Külfete Konu Davranış Kapsamında Kusurun (İhmalin) Tespiti Bakımından Özen Ölçütü Niteliği

Öğretide basiretli iş adamı gibi davranmanın külfet niteliğinde olduğu görüşünün olduğunu da belirtmiştik. Külfet kavramı hukukî olarak bir davranışı ifade etmekte olup, Kanun tarafından kendisine yüklenen bu davranışı yerine getirmeyen kişinin, yine Kanun tarafından kendisine tanınan hakkı tamamen veya kısmen kaybetmesi sonucunu doğuran bir kurumdur[421]. Yükümlülükten farklı olarak külfete konu davranışı yapmayan kişiden, bu davranışın yerine getirilmesi ve doğan zararın karşılanması talep edilemez. Külfete konu davranışta bulunulmaması durumunda, bu davranışı yerine getirmesi beklenen kişi kendi yararına olan bir hukukî durumu kaybetme riskiyle karşılaşmaktadır[422].

Basiretli iş adamı gibi davranılmaması durumunda bir hak kaybı söz konusu olmayıp, aksine sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle basiretli iş adamı gibi

---

[419] Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün aslî edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlama hususunda ve sözleşmenin içeriğine, amacına ve ayrıca ilişkinin beklentilerine bağlı olarak ikincil sözleşme yükümlülüklerinin ve genel koruma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi hususunda geçerli olduğuna ilişkin bkz. **Pamp**, HGB § 347, N. 17.

Burada akdin müsbet ihlâli kavramına değinilmesinde de fayda bulunmaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte öğretide sözleşmelerin ihlâli bakımından akdin müsbet ihlâli kurumunun varlığına ihtiyaç duyulup duyulmadığı hususu tartışılmaktadır. Temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan sözleşme ihlâli durumları bakımından akdin müsbet ihlâli kurumunun ihtiyaç karşıladığını öne süren görüşler bulunmaktadır. Özen yükümlülüğü temel olarak vekalet sözleşmesinde düzenlenmekle birlikte akdin müsbet ihlâli kurumu diğer sözleşmeler bakımından da aslî edim niteliğinde olmasa da bir özen yükümlülüğünün bulunduğu temeline dayanmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü somut olay bakımından bu bağlamda akdin müsbet ihlâli kapsamında ihlâl niteliği taşıyan özen yükümlülüğü bağlamında da karşılık teşkil edebilecektir. Akdin müsbet ihlâli kavramına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Şahbaz**, Ali: Akdin Müsbet İhlali, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 54 vd.

[420] Örneğin hizmet sözleşmesi bakımından işverenin tacir olması durumunda iş hukukundan kaynaklı koruma yükümlülüklerinin ve edimden bağımsız koruma yükümlülüklerinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile özdeşleşeceği ve belirginleşeceği yönünde bkz. **Aydınlı**, İbrahim: Tacir Olan İşverenler ve Koruma Yükümlülüklerinin Hukuki Niteliği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 287-288, 296 vd. Benzer yönde iş hukukundan kaynaklı işçilerin güvenliğini sağlama yükümlülüğü hususu ile basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü arasında ilişki kurulan bir karar için bkz. 15. HD, T. 28.02.2007, E. 2006/6860, K. 2007/1270 (Legalbank).

[421] **Eren**, s. 44-45.

[422] **Yücer Aktürk**, Külfet, s. 67-68.

davranma, her ne kadar tacir olmanın nimetleri yanında bir "*külfet*" olarak ifade edilse de hukukî anlamda külfet niteliği taşımamaktadır. Ancak basiretli iş adamı gibi davranma başlı başına hukukî bir kurum olarak külfet niteliğinde olmasa da külfet teşkil eden davranışın özenli bir şekilde yerine getirilmesi bakımından esas alınması gereken bir ölçü mahiyetindedir. Külfet ihlâlinin kusurlu bir davranış olup olmadığı hususu öğretide tartışılmıştır[423]. Külfete konu ihlâlin kusurlu olup olmadığını tespitte basiretli iş adamı gibi davranma yine bir objektif özen ölçüsü olarak esas alınacaktır. Basiretli iş adamı gibi davranma külfete konu davranışın özenle yerine getirilmesi bakımından da etki göstermektedir[424]. Bu bağlamda tacirin özen ölçüsü derecesi örneğin HGB § 377'de düzenlenen tacirin inceleme ve şikâyet yüküne de uygulanacaktır[425]. HGB § 377'ye karşılık gelen TBK m. 223 düzenlemesinde satım sözleşmesi bakımından gözden geçirme külfeti düzenlenmiştir. Öğretide de gözden geçirmede gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tespiti hususunda tacir olan ve tacir olmayan kişiler arasında farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde görüş öne sürülmektedir[426]. Bu itibarla tacir olan alıcının tacir olmayan alıcıya kıyasla göstermesi gereken özen ölçüsü daha fazla olmalıdır ve bunun gerekçesi basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsüdür. Ancak gösterilmesi gereken özen ölçüsü makul sınırları da aşmamalıdır[427]. Bu kapsamda HGB § 377'ye ilişkin bir Alman Federal Mahkeme kararında gözden geçirmedeki özenin basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünde olacağı belirtilmekle birlikte, gözden geçirme külfetinin çok geniş kapsamlı yorumlanmasının da sakıncalı olacağı, zira aksi takdirde satıcının kendi kusurlu ifasından doğan riski alıcıya devretmiş olacağı belirtilmektedir. Gözden geçirmede makullüğe ilişkin sınırlar denetim için gereken maliyetler ve süre, alıcıya sunulan teknik denetim seçenekleri, denetimi gerçekleştirmek için kendi teknik

---

[423] Bu hususta bkz. **Kurt**, L. Müjde: Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 796-800.
[424] **Pamp**, HGB § 347, N. 13.
[425] **Pamp**, HGB § 347, N. 20.
[426] **Yücer Aktürk**, Külfet, s. 94-99; **Adıgüzel**, Burak: Tacirler Arası Ticari Satış (Ticari Satış), Ankara 2020, s. 125.
[427] **Kurt**, s. 796-799.

bilgi gerekliliği veya denetimi üçüncü kişilerce gerçekleştirme ihtiyacı olarak sayılmıştır[428].

Anılan bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü ortak kusurun incelenmesine de uygulanacaktır[429]. Zarar görenin ortak kusuru (müterafik kusur) öğretide külfet niteliğinde değerlendirilmektedir[430]. Zira zarar görene, zararın doğumu ve artmasına yönelik davranışta bulunmama külfeti yüklenmektedir[431]. Zarar görenin ortak kusurunda da zarar görenin özensiz bir davranışı söz konusudur. Burada yine basiretli iş adamı gibi davranma kusur bağlamında özensiz davranışın tespiti hususunda etki gösterir[432], aksi takdirde tümüyle hukukî kurum olarak külfet niteliğinde kabul edilemez. Esasında basiretli iş adamı gibi davranmanın hukukî niteliği yine kusurun[433] belirlenmesi bakımından objektif bir ölçüyü ifade etmektedir[434].

---

[428] BGH VIII ZR 246/16, 06.12.2017, s. 1, 12-13 (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VIII%20ZR%20246/16&nr=80544 ET: 10.04.2023). Bu hususta ayrıca tacirler arası ticarî satışlara ilişkin TTK m. 23'te özel bir düzenleme öngörülmüştür. İlgili düzenlemede ayıp ihbar süresi TBK m. 223'ün aksine belirli bir süre sınırlaması ile belirtilmiştir. Tacirler arası ticarî satış bakımından öncelikle TTK m. 23 hükmü uygulanacak, ilgili hüküm kapsamı dışında kalan durumlar bakımından TBK m. 223 hükmü uygulanacaktır. Bu hususta ayrıca bkz. aşağıda dn. 1003.

[429] **Pamp**, HGB § 347, N. 20. Zarar görenin ortak kusuruna ilişkin Alman hukuku düzenlemesi BGB § 254'tür.

[430] **Baysal**, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur) (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 30.

[431] **Baysal**, Müterafik Kusur, s. 30.

[432] Benzer olarak ortak kusurun tespitinde makul kişinin somut olayda göstereceği davranış ölçüsünün esas alındığı yönünde bkz. **Miller/Perry**, s. 325.

[433] Zarar görenin kusurunun teknik olarak kusur bağlamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Baysal**, Müterafik Kusur, s. 34.

[434] Bu hususta bkz. 11. HD, T. 30.11.2015, E. 2015/5433, K. 2015/12718: "*...davacının tacir olduğu, ticari ilişkide bulunduğu kişilerin ekonomik durumu ve ödeme kabiliyetini araştırıp sonucuna göre ilişki kurması gerektiğinden takdiren %40 oranında müterafik kusurunun bulunduğu...*"; 11. HD, T. 29.01.1999, E. 1999/245, K. 1999/248 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 04.06.2007, E. 2007/1594, K. 2007/8456: "*Davalı bankanın davacının yazılı talimatı olmaksızın hesabındaki paraları bir başkasına ödemesi kusurlu bir davranış ise de, davacının da, basiretli bir tacir olarak kendi elemanını seçerken gerekli özeni göstermemesi ve çalıştırdığı sırada da, gerektiği gibi kontrolünü yapmaması, hesabını üç ay boyunca kontrol etmemesi, cüzdana işletmemesi ve ekstre tebliğ ettirmemesi sebebiyle davalı banka ile eşdeğer olmasa dahi müterafik kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir.*"; 11. HD, T. 03.06.2004, E. 2003/10599, K. 2004/6262 (Legalbank). Bu hususta bilirkişi raporuna konu bir olayda, taşınan eşyanın gümrüğe teslimi durumunda, gümrüğe teslimin alıcıya ihbarının gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Somut olayda gümrük işlemlerindeki gecikme sebebiyle para cezası tahakkuk edilmiştir. Davacı alıcı ödediği cezayı davalı taşıyıcıdan talep etmektedir. Her ne kadar taşıyıcının yan yükümlülük olarak kabul edilen ihbarda bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılsa da alıcının da basiretli bir tacir olarak bu hususta bilgi almak yoluna gitmesi ve sonucuna göre hareket etmesi gerektiğinden, ortak (müterafik) kusurlu olduğu yönünde rapor düzenlenmiştir. Bkz. **Kendigelen**, Abuzer: Taşıyıcının Sorumluluğu/Gümrüğe Teslim, Hukukî

1.5.6.4. Emredici Hüküm Niteliği

Öğretide yukarıda belirttiğimiz üzere basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğinde olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Lafzen yorum yapıldığında hükmün tamamlayıcı kural olabilmesi için, "*aksi kararlaştırılmadıkça*" veya "*aksi kararlaştırılabilir*" ifadelerine yer verilmesi gerekirdi. Hükmün sonundaki "*gerekir*" ifadesi bizi emredici nitelikte bir hüküm[435] niteliğinde olduğu sonucuna yaklaştırmaktadır. Bu bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 18/2 hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı; bir başka ifadeyle TTK m. 18/2 hükmünün aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı hususu da tartışılmalıdır. Nitekim basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü hukukî sorumluluğun kurucu unsurları bakımından anlam taşımasının yanında birçok medeni hukuk ve borçlar hukuku kurumunun uygulanması bakımından da farklı bir yorumu gerekli kılar. Bu bakımdan hükmün emredici nitelikte olup olmadığı hususu izah edilmelidir. Hükmün lafzından emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğu hususu açıklıkla anlaşılmamaktadır. Bu hususa ilişkin TTK Gerekçesinde de bir açıklamaya rastlanılmamaktadır.

Türk öğretisindede hâkim görüş hükmün emredici nitelikte olmadığı yönündedir[436]. Alman hukukunda ise HGB § 347 düzenlemesinin aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağına ilişkin ikili bir ayrımla görüş belirtilmektedir. Sözleşme bazında yapılan ilk ayrıma göre genel işlem koşulu içermeyen sözleşmelerde HGB § 347/1 düzenlemesinden farklı bir ölçünün belirlenebileceği öne sürülmektedir[437]. Taraflar sözleşmesel ilişkilerinde HGB § 347 kapsamında sorumluluğun sınırlandırılmasına

---

Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. IX, İstanbul 2012, s. 218-225. Yine bu hususta bir yargı kararında, tacirin sözleşmenin belirli bir tarihe kadar ifasını talep etmesi durumunda, bu tarihin geçmesinden sonra sözleşmenin yerine getirileceği düşüncesi ile masraf yapmasının basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile uyuşmadığı, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin masrafların artmaması için gerekli tedbirleri alması gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir [11. HD, T. 06.07.2000, E. 2000/5461, K. 2000/6449 (Hukuk Türk)].

[435] Emredici hüküm, bir hukuksal ilişkinin taraflarınca uyulması zorunlu olan ve aksi kararlaştırılamayan hüküm olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Karasu**, Rauf: Anonim Şirkette Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 45; **Kayıhan**, Temel Kavramlar, s. 223.

[436] **Can**, Basiretli Tacir, s. 43-45; **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 117; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 50.

[437] **Maultzsch,** HGB § 347, N. 28.

yönelik düzenleme yapabilirler[438]. Ancak bu düzenlemelerin de belirli sınırlamaları bulunmaktadır. Bu kapsamda BGB § 276/3 hükmü uyarınca tacirler bakımından da kasta dayalı sorumluluk önceden kaldırılamaz. Bununla birlikte dürüstlük kuralı da bir sınır oluşturabilir[439]. Özellikle sorumluluğun sınırlandırılmasının bir taraf üzerinde olağandışı derecede külfetli bir etkisi varsa ve açıkça uygunsuz bir çıkar dengesi varsa, sorumluluğun sınırlandırılması dürüstlük kuralına aykırı olabilir[440]. Sorumluluk sınırlandırmasına ilişkin düzenlemelere aşırı yararlanma hükmü de bir sınır teşkil etmektedir (BGB § 138)[441]. Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler bakımından ise, sorumluluk sınırlamaları genel işlem koşulu denetiminden geçmektedir. Sorumluluk sınırlandırmaları BGB § 309/7 hükmünde düzenlenmiştir. BGB § 309/7-a hükmüne göre hayata, vücuda ve sağlığa karşı oluşan zararlarda ihmalden sorumlu olunmayacağına yönelik sınırlandırmalar geçersizdir. BGB § 309/7-b hükmünde ise genel işlem koşulu sunan tarafın kasıtlı ve ağır ihmaline dayanan zararlardan sorumlu olmayacağına veya sorumluluğunun sınırlandırılacağına ilişkin düzenlemelerin geçersiz olduğuna hükmedilmiştir[442].

Hâl böyle olmakla birlikte kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından hükmün emredici nitelikte olduğu düşünülebilir[443]. Zira tacirin sözleşme yaptığı karşı tarafın tacir olmadığı ya da ekonomik[444] ve sosyal olarak müzakere gücü düşük konumda olan bir tacir olduğu durumlarda TTK m. 18/2 hükmü kamu yararına yönelik olarak zayıfları koruma amacı ve işlevi gösterebilir[445]. Nitekim taraflardan biri çeşitli sebeplerden ötürü

---

[438] **Fest**, HGB § 347, N. 38 vd.
[439] Bkz. ve karş. BGB § 242.
[440] **Fest**, HGB § 347, N. 43.
[441] **Fest**, HGB § 347, N. 43; **Pamp**, HGB § 347, N. 31. Bununla birlikte sözleşmenin aslî yükümlülüklerinin ihlâli durumunda da sorumluluktan tam muafiyetin mümkün olmadığı, yalnızca sorumluluğun öngörülebilir bir şekilde sınırlandırılmasının geçerli olabileceği belirtilmektedir [**Maultzsch,** HGB § 347, N. 34; BGH VII ZR 220/82, 19.01.1984; BGH VIII ZR 121/04, 20.07.2005 (Beck-Online)].
[442] Bkz. ve karş. TBK m. 115, TTK m. 1530/6.
[443] Basiretli iş adamı gibi davranmanın bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 108.
[444] Sözleşmelerde ekonomik bir dengenin bulunması gerektiği yönünde bkz. 1. HD, T. 06.05.1980, E. 1980/4135, K. 1980/6218: "*... Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde tarafların yükümlülük ve yararları arasında ölçülü ekonomik bir dengenin bulunması gerekir.*" (Kazancı).
[445] Öğretide *Kara*, Amerikan hukukunda olduğu gibi bizim hukukumuzda da basiretli tacir ölçüsünün taraflarca kararlaştırılabilmesi gerektiği, TTK m. 18/2 hükmüne bu yönde cümle eklenmesinin yerinde olacağını ileri sürmektedir. Yazarın bu ifadesi hükmün emredici nitelikte olduğu görüşünde olduğunu teyit eder niteliktedir. Görüşün gerekçelerine ilişkin bkz. **Kara**, Basiretli Tacir, s. 2152 vd. *Kara*'nın TTK m.

zayıf (korunmaya muhtaç) konumda ise hukuk düzeni kuvvetli tarafın zayıfı sömürmesine müdahale etmektedir[446]. Bu kapsamda koruyucu düzenlemelerin bulunduğu söylenebilir. Ancak her somut olay bakımından koruyucu düzenlemelerin[447] yeterli olmayacağı kanaatindeyiz[448]. Taraflarca TTK m. 18/2'nin aksinin kararlaştırılabileceğinin kabulü sözleşmenin güçlü konumundaki tacirin bu hususu kendi lehine kullanabileceği sonuçlar doğurabilecektir. Zira kişinin irade serbestisi ve bağlantılı olarak sözleşme özgürlüğü esasında maddî ve fiilî olanakları ile sınırlıdır[449]. Benzer yönde *Üçer/Meriç* de basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün, tacirin sorumluluklarından gelişigüzel kaçınma fırsatı bulamaması için öngörüldüğü yönünde görüş belirtmektedir[450].

18/2'ye yönelik düzenleme önerisi, "*Her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Ayrıca tacirler arası işlerde taraflar, basiretli iş adamı gibi davranma standardını anlaşma ile de belirleyebilirler*." şeklindedir (**Kara**, Basiretli Tacir, s. 2155). Bu husus sadece özen ölçütünün belirlenmesi değil, çeşitli davranış şekillerinin öngörülmesi olarak değerlendirilebilirse de belirttiğimizin aksine özen ölçüsünün düşürülmesine yol açacak nitelikte de yorumlanabileceğinden ve küçük ölçekli işletme sahibi olan tacirin büyük ölçekli işletme sahibi karşısında korunmasız kalma riski bulunduğundan kanaatimizce yerinde değildir.

[446] **Aslan**, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. md. 21) (Gabin), Ankara 2006, s. 23-24.

[447] Örneğin bkz. TBK m. 115: "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*". Bu kapsamda bankanın sorumluluğuna ilişkin bir karar için bkz. HGK, T. 21.11.2012, E. 2012/550, K. 2012/820: "*TTK'nun 20. maddesi hükmüne göre, banka basiretli tacirden beklenen özen derecesini de göstermek zorundadır, aksi halde hafif kusurundan dahi sorumludur… Bu sorumluluğu kaldırmaya yönelik sözleşmeler de geçerli değildir. Zira; BK'nun 99 ve 100/3 maddesine göre, hile ve ağır kusurun varlığı halinde borçluyu sorumluluktan kurtaran sözleşme şartları ahlak ve dürüstlük kuralına aykırı olduğundan geçersizdir.*

Sorumsuzluk anlaşmalarına getirilen sınırlama daha güçlü durumdaki bankalara karşı daha zayıf durumdaki kişiyi koruma (sosyal adalet) nedenine dayanmaktadır.

Bankalar, bir güven kurumları olup, özel yasa ile kurulan ve kendilerine alanlarında çeşitli imtiyazlar tanınan, topladıkları mevduatı sahteciliklere karşı özenle korumak zorunda olan kuruluşlardır. Objektif özen borcu altında bulunan bankalar, hafif kusurlarından dahi sorumludurlar." (Hukuk Türk).

[448] Örneğin genel işlem şartlarına ilişkin koruyucu düzenlemelerin TBK kapsamına alınmasından önce, bir taraf lehine haksız genel işlem şartlarının bulunması durumunda aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabileceği öne sürülmekteydi (**Aslan**, Gabin, s. 103-106). Aşırı yararlanma düzenlemesine rağmen, ilgili düzenleme korumasının yeterli olduğu düşünülmemiş, TBK'da genel işlem şartlarına ilişkin koruyucu düzenlemeler öngörülmüştür. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün emredici niteliği de bu kapsamda değerlendirilebilir.

[449] **Aybay**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, 15. Baskı, İstanbul 2020, s. 38 vd.

[450] **Üçer**, Mehmet/**Meriç**, Nedim: Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Kapsamı, DÜHFD, C. 24, S. 41, 2019, s. 423.

Alman öğretisinde HGB § 347 hükmünün borçlunun ihmalini belirlemek bakımından genel özen yükümünün düzenlendiği BGB § 276 hükmünü tamamladığı ifade edilmektedir[451]. Öğretide *Memiş* bu görüşe atıf yaparak, TTK m. 18/2 hükmünün tamamlayıcı bir kural olduğunu vurgulamaktadır[452]. Ancak tamamlayıcı hukuk kuralının tanımı dikkate alındığında, buradaki tamamlama ifadesinden farklılık arz ettiği görülecektir. HGB § 347 hükmünün BGB § 276 hükmünü tamamlayıcı nitelikte olduğunun ifadesi, ilgili hükmün tamamlayıcı hukuk kuralı olarak nitelendirilmesine yol açmamaktadır.

HGB § 347 hükmünün ikinci fıkrasında HGB § 347 hükmünün BGB'nin borçlunun sadece ağır ihmalden sorumlu olacağı ya da borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütünde sorumlu olacağına ilişkin hükümlerinin uygulanması bakımından bir sınırlamaya yol açmayacağı belirtilmektedir. Öğretide Kanun koyucunun bu sorumluluk düzenlemelerinin nihayetinde ticarî davranış bakımından da uygun olduğu görüşünde olduğu belirtilmektedir. Yine bu hükmün kanunî olarak öngörülen kusursuz sorumluluk hükümleri bakımından da özel hüküm niteliği taşımadığı ifade edilmektedir[453]. TTK'da bu yönde bir düzenleme de yer almamaktadır.

1.6. İŞLEVİ

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin çeşitli hukukî işlevleri bulunmaktadır. Şöyle ki söz konusu ölçü kusurun (ihmalin) belirlenmesi noktasında bir özen ölçüsü olması bağlamında,

- İnsan davranışlarının hukukî açıdan değerlendirilmesi bakımından gerekli ve yardımcı bir kurgu ve araç olarak[454],

---

[451] **Baumbach/Merkt/Hopt**, s. 1226.
[452] **Memiş**, s. 346.
[453] **Pamp**, HGB § 347, N. 2.
[454] **Joachim**, s. 359.

- Hem Kanun koyucu hem de hâkim tarafından mevzuatın yeterli şekilde uygulanmasını sağlamak için genel ve esnek bir model olarak[455],
- Sosyal gelişmeleri ve bunun yansıması olarak hukuktaki değişiklikleri ifade etmenin, bir başka deyişle sosyal gelişmeleri hukuka yansıtmanın bir yolu olarak işlev görmektedir[456].

Basiretli tacir ölçüsü, hukuk ve toplumsal gerçekler arasındaki bakış açısının sürekli değişmesiyle yorumlanması gereken esnek bir kavram olarak hizmet etmektedir. Ancak bu hususta bir denge gözetilmelidir. Bir yandan, toplumdaki kişilerin davranışlarını hukukî etkiye göre ayarlayabilmeleri için hukuk kurallarının kesin ve öngörülebilir olması gerekir; öte yandan hukuk, hizmet ettiği toplumun değişen sosyal ve ekonomik manzarasına uyum sağlamalıdır. Aksi takdirde kişiler kanunî düzenlemeleri göz ardı edebilir, ihlâl edebilir ya da düzenlemeleri dolanmanın yollarına başvurabilir[457].

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin tacirlerin sözleşmeye bağlılığını sağlayarak hukuk güvenliğine yönelen bir işlevi de bulunmaktadır. Dahası basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği özen ölçüsünü belirleyerek, hukuk güvenliği ve işlem hayatına güvenin sağlanması işlevine katkı sağlamaktadır[458].

---

[455] **Millenet**, s. 46.
[456] **Joachim**, s. 359. Makul kişi için benzer yönde bkz. **Gardner**, s. 4.
[457] **Joachim**, s. 360.
[458] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 82 vd. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin sözleşmeye bağlılığı sağladığına ilişkin bkz. 3. HD, T. 21.05.2021, E. 2020/11349, K. 2021/5244 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 20.11.2003, E. 2003/4353, K. 2003/1172: "*Davacı yüklenicinin basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranarak sözleşme ilişkisi kurması gerekir. Üstlendiği işte çalıştırdığı işçiler gerçekte davalının düşük ücretle çalıştırmayı amaçlayıp da, dönemsel olarak sözleşmeler yaptığı yüklenicilere bağlı çalışıyormuş gibi göstermek istediği işçiler olsa bile, sözleşmeyle kabul ettiği rücu yükümlülüğünden kurtulamaz.*"; 13. HD, T. 21.01.2010, E. 2009/6019, K. 2010/484 (Legalbank). 11. HD'nin verdiği 20.11.2003 tarihli karar kanaatimizce eleştirilebilir niteliktedir. Zira basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, sözleşmenin karşı tarafının hukuka ve ahlaka aykırı olarak kanunî düzenlemeleri dolanır şekilde davranmasını haklı gösteremez.
Yine bu kapsamda hiçbir çekince koymaksızın özgür iradesi ile sözleşmeyi imzalayan tacirin, basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olarak sonradan sözleşme içeriğine itiraz edemeyeceğine ilişkin hüküm tesis edilmiştir [11. HD, T. 12.07.2010, E. 1945/8198 (**Eriş**, Ticari İşletme, s. 729]. Somut olayın tüm şartları etraflıca ele alınmadan yalnızca basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün sözleşme içeriğine itirazın önüne geçeceği yönündeki yorumun isabetine ilişkin çekincemiz bulunmaktadır. Zira

2. BÖLÜM

BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULAMA KAPSAMI

2.1. KİŞİ BAKIMINDAN

2.1.1. Genel Olarak

TTK m. 18/2'nin "*Her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*" ifadesi gereğince hükmün kişi bakımından uygulanması öncelikle tacirler için söz konusudur[459]. Tacir kavramı gerçek kişiler bakımından tanımlanmıştır (TTK m. 12/1)[460]. Bunun yanı sıra "*tacir sayılma*" ve "*tacir gibi sorumlu olma*" kavramlarına da yer verilmiştir. Tüzel kişiler için ise tanım yapılmamış olup, TTK m. 16/1'de kimlerin tacir sayılıp kimlerin tacir sayılmayacağı belirtilmiştir.

2.1.2. Gerçek Kişi Tacir

2.1.2.1. Genel Olarak

Tacir olmaya bağlanan sonuçlar TTK m. 18 ilâ m. 23 arasında düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde belirtilen bazı sonuçlar hak bazı sonuçlar ise yükümlülük teşkil etmektedir. Anılan durum öğretide tacir olmanın "*nimetinin yanında külfetinin de bulunduğu*"

---

somut olayda irade sakatlığı söz konusu olabilir. İfa güçlüğüne ilişkin düzenlemelere başvurulması ihtiyacı bulunabilir. Bu kapsamda somut olay etraflıca değerlendirilmelidir.

[459] Esnafların da kendi faaliyet alanlarına ilişkin olarak objektif bir özen ölçütü altında olmaları gerektiği, hukukî ilişki kurdukları üçüncü kişileri korumak amacıyla "*basiretli esnaf gibi davranma yükümlülüğünün*" de tartışmaya açılabileceği yönünde bkz. **Can**, Basiretli Tacir, s. 56.

[460] Alman Hukukunda da tacir ticarî işletme işleten kişi olarak ifade edilmiştir. Bkz. HGB § 1/1: "*Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.*". Amerikan hukukunda ise UCC § 2-104'te tacir tanımı, "*Tacir, mallarla uğraşan veya işinden dolayı ticarete ilişkin mallara dair özel bilgi ve beceriye sahip olduğu yönünde kendisini tanıtan veyahut kendisine bağlı işten dolayı kendisini o konuda bilgi ve beceri sahibi olarak tanıtan veya bu niteliklere haiz acente, broker ve diğer aracı kişileri kendisini temsilen atayan kişiye denir.*". şeklinde yapılmıştır. Verilen tanım uyarınca her somut olayda tacirin tespitinin zor olduğu yönünde eleştiri için bkz. **Hillinger**, s. 1145-1146.

şeklinde yorumlanmaktadır[461]. Örneğin TTK m. 20'de düzenlenen tacirin ücret talep etme hakkı tacir olmanın bir nimeti niteliğindedir[462]. TTK m. 18/2'de düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ise tacir olmanın külfeti niteliğindedir. Nitekim ilgili yükümlülük tacire tacir olmayan bir kişiye kıyasla daha ağır bir özen ölçüsü yüklemektedir. Kural olarak tacirlere tacir olmaya bağlanan tüm hüküm ve sonuçlar uygulanmaktadır. Ancak tacir olmanın nimetinin yanında külfetinin de söz konusu olması, gerçek kişi tacirler bakımından öngörülen tacir sayılma ve tacir gibi sorumlu olma bakımından önem arz edecek bir farklılığa yol açmaktadır. Şöyle ki tacir sayılan kişi tacir olmanın hem nimetine hem külfetine tâbi olurken, tacir gibi sorumlu olan kişi ancak tacir olmanın külfetine katlanacak nimetinden faydalanamayacaktır[463]. Hangi sonuçların nimet hangi sonuçların külfet niteliğinde olduğuna ilişkin öğretide bir tartışma yürütülebilirse de[464], çalışma konumuz bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tacir olmanın bir külfeti niteliğinde olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda TTK m. 18/2'nin kişi bakımından uygulanması hususunda gerçek kişi tacir (TTK m. 12/1), tacir sayılan (TTK m. 12/2), tacir gibi sorumlu olan (TTK m. 12/3) ve ticaret yapmaktan menedildiği hâlde ticarî işletme işlettiği için tacir sayılan (TTK m. 14) arasında kural olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Sayılan tüm kişiler basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi bulunmaktadırlar.

TTK m. 12/1'de tacir, "*bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi"* olarak tanımlanmıştır. Buna göre bir gerçek kişinin tacir sıfatında kabul edilebilmesi için, bir

---

[461] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 146; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 216.
[462] **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 237.
[463] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 131; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 228; **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 144.
[464] Zira Kanunda hangi sonuçların nimet hangi sonuçların külfet niteliğinde, sorumluluk niteliğinde olduğu hususu açıkça belirtilmemektedir. Bkz. **Battal**, Ahmet: Tacir Gibi Sorumlu Olan Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tabi Tutulmalıdır? (Tacir Gibi Sorumlu Olma), Yargıtay Dergisi, C. 23, S. 4, 1997, s. 540.

ticarî işletmenin var[465] olması[466], bu ticarî işletmenin fiilen işletilmesi[467] ve ticarî işletmenin kısmen de olsa kendi adına işletilmesi gerekmektedir[468]. Bu üç unsurun varlığıyla birlikte tacir sıfatı kendiliğinden kazanılmaktadır[469]. Tacirin ticarî işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesi gerekse de bu husus tacir sıfatının kazanılması bakımından esas alınmamaktadır[470]. Ticaret siciline kaydın önemi TTK m. 12/2 uyarınca ticarî

---

[465] İstisnaî birtakım durumlarda ticarî işletme var olmasa dahi tacir gibi sorumlu olma kavramı ortaya çıkabilmektedir (TTK m. 12/3). Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 2.1.2.3., s. 102-103.

[466] Ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı amaçlayan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır (TTK m. 11/1). Ticarî işletmenin unsurlarına ilişkin olarak ayrıntılı açıklama için bkz. **Kuru**, Özge: Gerçek Kişi Tacir (Tacir), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 4 vd. Evden e-ticaret gerçekleştiren gerçek kişilerin tacir sıfatına sahip olup olmadığı hususunu araştıran *Aksın*, faaliyetin devamlı ve bağımsız şekilde yürütülmesi ve gelir sağlanmasının amaçlanması durumunda organizasyon şartının da sağlandığı; esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşma hususunun da tespiti ile ilgili kişilerin tacir sıfatının bulunduğu yönünde görüş belirtmektedir. Bu hususta ayrıntılı açıklama ve tartışma için bkz. **Aksın**, Saffet Tarık: Evlerinden Elektronik Ticaret Yapan Gerçek Kişi Satıcıların Tacir Sıfatları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2023, s. 91 vd.

TTK m. 11/2 hükmünde ticarî işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın Cumhurbaşkanı kararı ile belirleneceği öngörülmüştür. Ancak halen bu hususta bir Karar çıkarılmamıştır. Bu nedenle 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG. 14.02.2011, S. 27846) m. 10 uyarınca esnaf sınırının belirlenmesine ilişkin 6762 sayılı TTK döneminde uygulanan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı halen yürürlüktedir.

[467] İstisnaî birtakım durumlarda işletme henüz fiilen işletilmeye başlamamış olsa dahi tacir sayılma kavramı ortaya çıkabilmektedir (TTK m. 12/2). Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 2.1.2.2., s. 101-102.

[468] Ticarî işletmenin ihtiyatî tedbir kararı kapsamında yediemin tarafından işletilmesi durumunda yedieminin de basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbi olduğu, aksi durumda hukukî sorumluluğunun bulunduğu yönünde bkz. **Arslan**, Aziz Serkan: Bir Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi, GÜHFD, C. XIV, S. 1, 2010, s. 13 vd. Ayrıca bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) (RG. 04.02.2011 S. 27836) m. 391/1; İcra ve İflas Kanunu (İİK) (RG. 19.06.1932, S. 2128) m. 88, m. 97/a, m. 99, m. 358, m. 363, geçici m. 11; Türk Ceza Kanunu (TCK) (RG. 12.10.2004, S. 25611) m. 289; Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği (RG. 23.08.2016, S. 29810). İşletmeye yediemin atanması durumunda yedieminin hukukî sorumluluğunun tespiti bakımından basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün aranması gerektiği yönünde görüş belirten *Arslan*, yedieminin yönetim kayyımlığı ile eşdeğer bir görev olduğunu ileri sürmektedir (**Arslan**, s. 10-11).

[469] Bkz. 19. HD, T. 02.11.2000, E. 2000/5828, K. 2000/7383: "*...Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalının ticaret sicilinde şahsi kaydı yoksa da R... Kağıt A.Ş, P... A.Ş, P... A.Ş, B... A.Ş., F... A.Ş, L... Gıda A.Ş, A... Kimya A.Ş,... Kimya A.Ş, B... Otomotiv A.Ş, O... Otomotiv A.Ş., B... Otomotiv A.Ş'nin ortağı ve yöneticisi olan ...SİAD adlı kuruluşa sanayici olarak bildirimde bulunan İstanbul Ticaret Odasında yöneticilik yapan davalının tacir olduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün (ONANMASINA), 2.11.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.*" (Legalbank). Yargıtay bu kararında, birden fazla anonim ortaklık pay sahibi ve yöneticisi olan, meslek kuruluşuna sanayici olarak bildirimde bulunan ve Ticaret Odasında yöneticilik yapan kişiyi bu gerekçelerle tacir kabul etmiştir. Tacir kabul etmesi, kişiyi tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü de yapmaktadır. Anılan hiçbir gerekçe kişiyi tacir yapmamaktadır. Gerçek kişi tacir sıfatı, TTK m. 12'de açıkça hüküm altına alınmıştır. Kararda esas alınan ölçütler, TTK m. 12 hükmü ile uygun bulunmamaktadır. Sonuç olarak karar yerinde bulunmamaktadır. Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. **Battal**, Gerçek Kişi Tacir, s. 106 vd.

[470] Bu hususta verilen bir Yargıtay kararında ticaret sicilinden terkinin tacir sıfatının kaybı bakımından tek başına esas alınan bir unsur olmadığına hükmedilmiştir [11. HD, T. 09.01.2014, E. 2013/10054, K.

işletmenin fiilen işletilmeye başlatılmamasında ortaya çıkmaktadır. TTK m. 12/2 kapsamında fiilen işletilmese dahi salt ticaret siciline tescille tacir sıfatı kazanılmaktadır[471].

Tacir sıfatının dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için ticarî işletmenin tümüyle değil, kısmen de olsa kendi adına işletilmesi yeterli kabul edilmektedir (TTK m. 12/1)[472]. Bu hüküm çerçevesinde bir ticarî işletmeyi işletmek üzere adî ortaklık çerçevesinde birleşen ortakların tümü tacir sayılmaktadır. Adî ortaklık bakımından bir ticarî işletme işletilmesi durumunda tacir sıfatı ortaklıkta değil ortaklarda bulunmaktadır. Zira bu durumda ticarî işletme ortaklık işlerini yöneten ortak tarafından kısmen kendi kısmen diğer ortaklar adına işletilmektedir[473]. Ortaklar bu bağlamda tacir olmanın bütün hüküm ve sonuçlarına tâbi oldukları üzere basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne de tâbi bulunmaktadırlar. Bu hususta adi ortaklık ortaklarına ilişkin özen borcunu düzenleyen TBK m. 628 hükmünü incelemek gerekmektedir. Hükmün ilk fıkrasında ortakların, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde bir çaba ve özen göstermeleri gerektiği ifade edilmektedir. Kendi işlerinde gösterilen özen öğretide sübjektif özen ölçüsü olarak adlandırılmaktadır[474]. Ortaklık işlerini ücret karşılığında yürüten ortağın ise vekalet hükümlerine göre sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır (TBK m. 628/III). Vekalet hükümlerine bakıldığında ise TBK m. 506/III düzenlemesinde hüküm altına alınan "*basiretli vekilin*" özen ölçüsü objektif özen ölçüsünü ifade etmektedir[475]. Burada ücret alan ve ücret almayan ortakların özen ölçüsü

2014/361 (Hukuk Türk)]. Bir başka kararda ticaret siciline veya ticaret odasına kayıtlı bulunmamanın tacir olmamanın kesin kanıtı olmadığı yönünde hüküm tesis edilmiştir [11. HD, T. 18.10.2016, E. 2016/10789, K. 2016/8226 (Hukuk Türk)]. Ancak başka bir Yargıtay kararında tacir sıfatının tespitine ilişkin Ticaret Sicil Gazetesi kayıtları esas alınmıştır [11. HD, T. 14.09.2021, E. 2021/5073, K. 2021/5479 (Hukuk Türk)]. Tacir sıfatının tespiti için gerekli araştırma yapılmadan yalnızca Ticaret Sicil Gazetesi kayıtlarının esas alınması kanaatimizce uygun bulunmamakta ve geçmişte verilen kararlar ile çelişki oluşturmaktadır.

[471] Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 2.1.2.2., s. 101-102.

[472] Gizli adi ortaklıkta ortaklık aktif ortak tarafından aktif ortak adına ve hesabına ve pasif (gizli) ortak hesabına işletildiğinden, pasif (gizli) ortağın tacir sıfatı bulunmamaktadır. Zira tacir sıfatı bakımından "*hesabına*" işletme hususu önem taşımamaktadır. Bu hususta bkz. **Kayar**, s. 134-135.

[473] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 129; **Şener**, Ticari İşletme, s. 153; 11. HD, T. 24.12.2002, E. 2002/7112, K. 2002/11937: "*…bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimsenin tacir sayılmasına, bu hükme göre birden fazla gerçek kişinin bir ticari işletmeyi adi ortaklık şeklinde işletmeleri halinde, her birinin tacir sıfatını kazandıklarının kabulü gerekmesine…*" (Hukuk Türk).

[474] **Şener**, Roma Hukukunda Ortaklık, s. 95, dn. 142 ve 144.

[475] **Aslan/Güler**, s. 59.

bakımından bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Ancak ortak bir ticarî işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleterek tacir sıfatını kazanmaktadır ve bu durum ortağa ticarî işletmeye ilişkin işlemlerde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Sorumluluğunun belirlenmesi noktasında özen ölçüsü basiretli iş adamı ölçüsü olacaktır. Bu nedenle TBK m. 628/III'ün varlığına rağmen, TTK m. 18/2 sonraki ve özel kanun olması nedeniyle öncelikle uygulanmalıdır[476].

Gerçek kişi tacir bakımından kazanılan tacir statüsü dinamik bir yapıya sahiptir. Nitekim tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülüklerin (çalışmamız bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün) uygulanması söz konusu olduğunda, ilgilinin bu sıfata gerçekten sahip olup olmadığının her somut olayda ayrıca tespiti gerekmektedir[477].

2.1.2.2. Tacir Sayılma

TTK m. 12/2 uyarınca bir ticarî işletme kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilân araçlarıyla halka bildirmiş veya ticarî işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilân etmiş olan kimse[478], ticarî işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış

---

[476] Aynı yönde tacir sıfatına sahip olan ortağın ücret almaması durumunda da sorumluluğun TTK'daki objektif ölçüye göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Şener**, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 304; **Kırca**, Özen Borcu, s. 206; **Dalgıç Atabaş**, Nuşen Pelin: Adi Ortaklıkta Yönetici Ortağın Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2022, s. 172; **Gökdemir**, Egemen: Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2022, s. 81. Ancak Alman Hukuku HGB § 347/2 düzenlemesine benzer bir düzenleme TTK'da öngörülseydi TBK hükümlerinin öncelikle uygulanacağı sonucuna varılabilirdi. HGB § 347/2 düzenlemesine ilişkin bkz. yukarıda s. 41.

[477] **Aker**, Halit: Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hâkim Teşebbüs", Batider, C. XXV, S. 2, 2009, s. 268. Tacir sıfatının tespiti bakımından yalnızca Ticaret Sicili Müdürlüğü ve Vergi Dairesi Müdürlüğü kapsamında bir araştırma yapılmasının yeterli olmadığı, derinlikli araştırma yapılması, bu bağlamda Ticaret ve Sanayi Odaları, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, meslek odaları, borsa ve zabıta aracılığıyla kişinin tacir sıfatının araştırılması gerektiği yönünde bkz. **Şener**, Oruç Hami: Ticaret Hukukunun Genel İlkelerine (Ticari İşletme Hukukuna) İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (Değerlendirme), Ankara 2022, s. 200-207; 23. HD, T. 02.06.2016, E. 2015/8943, K. 2016/3400 (Hukuk Türk).

[478] Söz konusu tescil ve ilânı kişi bizzat kendisi yapmış olmalıdır. Kişinin bilgisi dışında bir tescil ve ilân durumunda TTK m. 12/2 hükmünün uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bkz. **Şener**, Ticari İşletme, s. 155.

olsa dahi tacir sayılmaktadır[479]. Burada bir ticarî işletme var olmakla birlikte henüz müşterileriyle ilişki kurmamış durumdadır[480].

2.1.2.3. Tacir Gibi Sorumlu Olma

TTK m. 12/3 hükmü gereğince bir ticarî işletme açmış gibi, kendi adına, adî bir ortaklık veya hukuken var sayılmayan bir ortaklık adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olmaktadır. Hüküm ile kanun koyucu, muhataplarını yanıltarak hukukî işlemde bulunan kişilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olmasını öngörmektedir[481]. Bu durum hukukî olarak kendisini tacir olarak tanıtmak, ticaret unvanı kullanmak ya da sözde bir ticarî temsilci aracılığıyla temsil edilmek şeklinde söz konusu olabilmektedir[482].

TTK m. 12/3'te üçüncü kişinin iyi niyetli olması demek, adî ortaklığın, hukuken var sayılmayan bir ortaklığın veya bir ticarî işletmenin bulunmadığını bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması demektir[483]. Bilmeme veya bilebilecek durumda olmamanın mazur görülebilmesi için kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Bu bakımdan esas alınacak ölçü ortalama bir zekaya sahip kişi

---

[479] Alman Hukukunda ise HGB § 5 uyarınca ticaret siciline bir işletme tescil edilmiş ise, tescile dayanan kişiye karşı ticaret unvanı altında işletilen işletmenin ticarî işletme olmadığı ileri sürülemez. Bkz. HGB § 5: "*Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei.*".

[480] Fiilî işletme faaliyetinin henüz başlamadığı ve işletmenin sadece "*çıplak varlığının*" söz konusu olduğu bir dönemde, esnaf faaliyeti sınırlarının aşılıp aşılmadığının nasıl tespit edileceğinin, bu tespitin mümkün olup olmamasının ciddî bir hukukî sorun teşkil ettiği yönünde bkz. **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 251, 259-260. Ancak bu sorun hükmün uygulama alanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olduğundan, hükmün uygulanması için üçüncü kişilerde bir ticarî işletmenin işletilmeye başlandığı algısının oluşturulmuş olmasının yeterli görülmesi gerektiği yönünde bkz. **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 252.

[481] **Battal**, Gerçek Kişi Tacir, s. 100.

[482] **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 275. TTK m. 12/3 düzenlemesinde geçen "*hukuken var sayılmayan bir ortaklık adına*" ifadesi ile, gerçek kişinin, ticarî işletmeye sahip bir tüzel kişinin temsil yetkisine sahip ortağı ya da yöneticisi gibi davranmış olmasının kastedildiği, bu şekilde davranan gerçek kişinin de tacir gibi sorumlu olacağı yönünde bkz. **Battal**, Gerçek Kişi Tacir, s. 101.

[483] **Kuru**, Tacir, 52-53.

davranışıdır[484]. Somut olayda üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması durumunda tacir gibi sorumlu olma ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.

2.1.2.4. Ticaret Yapması Yasaklananlar

TTK m. 14/1 uyarınca "*Kişisel durumları*[485] *ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan*[486] *veya bir yargı kararından*[487] *doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin*[488] *veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi"* tacir sayılmaktadır. "*Tacir sayılma*" ifadesi sebebiyle söz konusu kişi, tacir olmanın bütün hak ve yükümlülüklerinden yararlanacak, tacir sıfatına sahip olacaktır[489]. Bu itibarla söz konusu kişi, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne de tâbi bulunmaktadır. Ancak bu kişinin yasağa aykırı olarak, izinsiz veya onaysız ticarî faaliyette bulunmasından ötürü hukukî veya cezaî sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır (TTK m. 14/2).

2.1.2.5. Küçük ve Kısıtlılar

TTK m. 13 hükmü gereğince küçüğe[490] veya kısıtlıya[491] ait bir ticarî işletmeyi onların adına işleten yasal temsilci tacir sayılmamaktadır. Tacir sıfatı, temsil edilen kısıtlı veya

---

[484] Ancak üçüncü kişinin tacir olması durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle iyi niyetinin tespiti bakımından göstermesi gereken özeninin ölçüsü ağırlaşacaktır. Bu durumda ortalama zekaya sahip bir kişinin iyi niyetli kabul edilebilmesi için göstermesi gereken özenden daha fazla özen gösterilmesi gerekmektedir. Bkz. **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, 1221-1240. İyiniyetin tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün farklı bir hukukî sonuca yol açtığına ilişkin açıklama için bkz. aşağıda 3.1.2., s. 145 vd.

[485] Örneğin bkz. 815 Sayılı Kanun (RG. 29.04.1926, S. 359) m. 2.

[486] Örneğin bkz. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (RG. 23.07.1965, S. 12056) m. 28.

[487] Örneğin bkz. TCK m. 50/1-e.

[488] Yasal temsilcisinden izin almadan ticarî işletme işleten küçük veya kısıtlının durumunun da bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Kayar**, s. 136.

[489] Aynı yönde memurların ticarî faaliyette bulunmalarının yasak olduğu ancak bulunmaları durumunda tacir gibi kabul edilecekleri ve sözleşmelerinin geçerli olduğu yönünde bkz. HGK, T. 12.03.1997, E. 1996/850, K. 1997/186 (Hukuk Türk).

[490] Hukuk düzenimiz gereğince ergin olmayan kişi küçük olarak kabul edilmektedir. Erginlik, on sekiz yaşının doldurulması ile başlamaktadır. Ancak küçük on beş yaşını doldurduğunda, kendi talebi ve velisinin onayıyla mahkeme tarafından ergin kılınabilmektedir (TMK m. 11, m. 12).

[491] TMK m. 405 ve devamı hükümlerinde kısıtlılar belirtilmiştir. Buna göre akıl hastalığı veya akıl zayıflığı; savurganlık, madde bağımlılığı, kötü yaşam veya yönetim, bir yıldan uzun süren hapis cezasına

küçüğe aittir. Öncelikle ifade edilmelidir ki tacir sıfatı bakımından tam ehliyetli olma şartı aranmamaktadır. Anılan yeteneğe sahip olmayan bir kişinin özel birtakım düzenlemelere tâbi tutulan, birçok hak ve yükümlülük içeren tacir sıfatına sahip olabileceğini kabul etmenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Ancak ilgili düzenlemede küçük ve kısıtlının tacir sıfatına sahip olduğu öngörülmüştür.

Yasal temsilci, cezaî düzenlemelerin uygulanması bakımından tacir gibi sorumludur. Örneğin yasal temsilci tarafından işletilen ticarî işletme kapsamında küçük veya kısıtlı kişi iflâs edebilmektedir, iflâs küçük veya kısıtlı bakımından sonuç doğurmaktadır. Ancak hileli iflâs durumunda öngörülen ceza (İİK m. 311) yasal temsilci hakkında uygulanacaktır.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tacir sıfatına sahip küçük ve kısıtlıda mı yoksa ticarî işletmeyi onun adına işleten yasal temsilcide mi olacağı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü özel özen gerektiren, alana ilişkin birçok bilgiye hâkimiyet gerektiren bir yükümlülüktür. Tam ehliyetli olmayan küçük veya kısıtlıdan bu yükümlülüğü yerine getirmesinin beklenmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz[492]. Bununla birlikte tam ehliyetli olmayanlar bakımından tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz olarak bir ayrım yapılabilir. TMK m. 15 uyarınca ayırt etme

---

mahkûmiyet nedenlerinden biriyle veya bizzat ilgili kişinin talebiyle mahkeme tarafından vesayet altına alınan ve kendisine vasi atanan kişiler kısıtlanmış kişiler olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Medeni Hukuk), 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 425.

[492] TTK m. 13 hükmünün mehazı 6762 sayılı TTK m. 15 hükmüdür. Söz konusu hükmün gerekçesinde tacirliğin bir nimet değil külfet olduğu, bu kapsamda ticarî işleri mutat bir sanat olarak yapan kişinin hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. TBBM Zabıt Ceridesi, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), Devre: X, İçtima: 2, Sıra Sayı: 198. Gerekçe ile 6762 sayılı TTK m. 15 (TTK m. 13) arasında çelişki bulunduğu yönünde bkz. **Baştuğ**, İrfan: Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı, Batider, C. V, S. 4, 1970, 807. Söz konusu Gerekçe uyarınca Kanun koyucunun TTK m. 13 (6762 sayılı TTK m. 15)'ün sınırlı bir uygulama alanına sahip olması gerektiği iradesinde olduğu, bu nedenle TTK m. 13'ün sadece yasal temsilci aracılığıyla ticarî işletme işleten küçük ve kısıtlı bakımından uygulanması gerektiği, yasal temsilcisi bulunmadan izinsiz olarak ticarî işletme işleten küçük ve kısıtlının tacir sayılmaması gerektiği yönünde bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, 130. Aksi yönde TTK m. 13'ün yasal temsilcisi bulunan veya bulunmayan ayrımı yapmadığı, dolayısıyla yasal temsilcisi bulunmadan ticarî işletme işleten küçük ve kısıtlının da tacir sıfatına sahip olacağı, zaman zaman cezaî ehliyeti bile bulunan küçük ve kısıtlının izinsiz olarak ticarî işletme işletmenin neticelerine de katlanması gerektiği yönünde bkz. **Kayar**, 135-136.

gücü bulunmayan kişi tam ehliyetsiz[493] olup, fiilleri hukukî sonuç doğurmaz. Bu nedenle tam ehliyetsiz kişinin kusurlu davranması da mümkün değildir. Basiretli iş adamı gibi davranma kusurun tespiti bakımından özen ölçütü olarak esas alındığından, tam ehliyetsizin basiretli iş adamı gibi davranması mümkün olmamaktadır[494].

Tam ehliyetsizler bakımından benimsenen görüş sınırlı ehliyetsizler[495] bakımından da TMK m. 359 ve m. 453 hükümleri istisna tutularak sürdürülebilir[496]. İlgili düzenlemelerde bir meslek veya sanat ile uğraşması için belirli bir malvarlığının yönetimi küçük veya kısıtlıya bırakılmaktadır. Bu durumlara özgü olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü küçük ve kısıtlıda olacaktır.

Belirtilen istisnalar dışında basiretli iş adamı gibi davranması gereken kısıtlı ve küçük olmayıp, ticarî işletmeyi kısıtlı veya küçük adına işleten yasal temsilci olmalıdır. Küçük ve kısıtlıdan basiretli iş adamı gibi davranmasının beklenmemesinin yerindeliğine yönelik gerekçeler yukarıda ifade edildi. Yasal temsilcinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olmasının yerindeliği de gerekçelendirilmelidir. Bu durum karşı tarafın güveninin korunması ve temsilcinin temsil olunanın tâbi olduğu yükümlülükleri dikkate alması gerekliliği ile açıklanabilir[497]. Yasal temsilcinin ticarî işletmeyi küçük veya kısıtlı adına işletirken özenle hareket etmesi gerekmektedir[498]. Zira üçüncü kişilerle tacir adına ticarî işletmeye ilişkin işlem gerçekleştiren yasal temsilcidir. Üçüncü kişi yasal temsilciye güvenerek işlem gerçekleştirmektedir. Söz konusu üçüncü kişinin güveninin korunması gerekmektedir. Yine yasal temsilci küçük veya kısıtlı adına işlem yaparken müvekkilinin tâbi olduğu yükümlülükleri de göz önünde bulundurmalıdır[499]. Ancak yasal temsilcinin basiretli iş adamı gibi davranmadığı hâllerde

---

[493] Tam ehliyetsize ilişkin ayrıca bkz. **Kayıhan**, Şaban: Medeni Hukuk Bilgisi (Medeni Hukuk), Ankara 2022, s. 180 vd.
[494] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 31-32.
[495] Sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücü bulunan küçüğü ve kısıtlıyı ifade etmektedir. Bkz. **Kayıhan**, Medeni Hukuk, 174 vd.
[496] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 32-33.
[497] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 31-32.
[498] TMK'nın ilgili hükümlerinde de çocuğun velisi olan anne babanın çocuğun mallarını özenle yönetme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir (TMK m. 360/I). Vasinin de vesayet altındaki kişinin malvarlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetme yükümlülüğünün bulunduğu hükme bağlanmıştır (TMK m. 454/I).
[499] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 32.

bir zarar doğması durumunda hukukî sorumluluk küçük veya kısıtlıda olacaktır[500]. Bu kabul sözleşmesel sorumluluk bakımından geçerlidir. Sözleşmesel sorumluluk kapsamında bir zarar meydana geldiyse, zararın tazmini küçük ve kısıtlıdan karşılanacak olsa da, yasal temsilcinin de küçük ve kısıtlıya karşı sorumluluğu bulunmaktadır (TMK m. 467/I). Velayet veya vesayet makamı bu kapsamda gerekli tedbirleri alma hususunda yetkilidir. Bu kapsamda küçük ve kısıtlıyı kusuru[501] ile zarara sokan yasal temsilcinin sorumluluğu bulunmaktadır (TMK m. 352, m. 360, m. 464, m. 467). Somut olayın özelliklerini değerlendiren velayet veya vesayet makamı yasal temsilcinin temsilciliğini sona erdirebileceği gibi başka tedbirlere de başvurabilir. Haksız fiiller bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Haksız fiil temsilci aracılığıyla işlenemeyeceğinden, yasal temsilci ticarî işletmenin işletilmesi kapsamında bir haksız fiil işlediyse, basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü ile belirlenecek kusurunun ve uygun illiyet bağının bulunması durumunda, yasal temsilcinin haksız fiilin neden olduğu zararı tazmin etmesi gerekmektedir.

2.1.3. Tüzel Kişi Tacir

2.1.3.1. Genel Olarak

TTK m. 16'da tüzel kişi tacirler sayılmıştır. İlgili hüküm uyarınca ticaret ortaklıkları, amacını gerçekleştirmek üzere ticarî işletme işleten vakıf ve dernekler ve kuruluş Kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri kapsamında yönetilmek veya ticarî biçimde işletilmek üzere, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılmaktadır.

Tüzel kişiler hak ehliyetine sahiptir. Bu kapsamda yaradılışı gereğince insana özgü olan niteliklere (cins, yaş, hısımlık gibi) bağlı bulunanlar dışındaki tüm haklara ve borçlara

---

[500] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 32-33. Yasal temsilcinin kusurunun bulunduğu hâllere ilişkin olarak TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 436.

[501] Yasal temsilcinin küçük ve kısıtlıya karşı kusurunun tespitine ilişkin ise basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü esas alınmayacaktır. Yasal temsilcinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ticarî işletmenin işletilmesi kapsamında tacir adına üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği işlem ve fiiller bakımından üçüncü kişilerin güveninin korunması bağlamında söz konusudur.

ehildirler (TMK m. 48). Fiil ehliyetinin kullanılmasını hükme bağlayan TMK m. 50'de ise tüzel kişinin iradesini organları vasıtasıyla ortaya koyacağına hükmedilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca tüzel kişi, organların hukukî işlemleri ve fiilleri ile borç altına girmektedir. Tüzel kişi adına gerçekleştirilen bu sözleşmesel ve sözleşme dışı hukukî işlemler ve fiiller neticesinde bir zarar ortaya çıkmışsa, bu zarardan esas olarak tüzel kişi sorumlu olmaktadır. TMK m. 50 kapsamında söz edilen organ, tüzel kişinin iradesini beyan eden ve üçüncü kişilerle kurulan hukukî ilişkilerde tüzel kişi adına hareket eden organdır[502]. Bu itibarla TMK m. 50 çerçevesinde kastedilen organ yürütme organıdır[503].

Tüzel kişinin sorumluluğu organın davranışına dayanmaktadır. Nitekim organın davranışı kendi davranışı olarak değil, tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilir[504]. Bu itibarla tüzel kişinin, organın fiillerinden sorumlu olmasında, organın kusuru esas alınmaktadır[505]. Kusurun tespitinde organdan beklenen özen yükümlülüğü ise, her olayda tüzel kişiye yüklenen özen yükümlülüğüdür[506]. Bu açıklamalardan hareketle, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü tüzel kişi tacirdir. Ancak fiilî olarak yükümlü olan tüzel kişi tacirin organı konumundaki kişilerdir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün etkisi tüzel kişiler bakımından tüzel kişilerin temsilinde ortaya çıkmaktadır. Dış ilişkiyi ifade

---

[502] **Altınok Ormancı**, Pınar: Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar, İÜHFM, C. 79, S. 4, 2021, s. 1267.
[503] **Altınok Ormancı**, s. 1267.
[504] **Pamp**, HGB § 347, N. 9-10.
[505] **Altınok Ormancı**, s. 1266.
[506] **Öztan**, s. 38-42.

eden temsil, yürütme (icra) organının görevidir[507]. Bu itibarla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de tüzel kişi tacirin yürütme organında[508] bulunmaktadır[509].

2.1.3.2. Ticaret Ortaklıkları

TTK m. 16/1 uyarınca ticaret ortaklıkları tacir sıfatına sahiptir. TTK m. 124/1'de ise ticaret ortaklıkları, kollektif, komandit[510], anonim, limited ve kooperatif[511] ortaklıkları olarak sınırlı sayıda belirtilmiştir. Tacir sıfatı bizzat ortaklığın kendisine aittir[512].

---

[507] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 394.

[508] Genel kurul bir karar organı olduğundan, yürütme görevi bulunmamakta ve haksız fiil işlemesi de söz konusu olmamaktadır [**Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Şirketler Hukuku), Ankara 2019, s. 368]. Bu itibarla ortaklık adına üçüncü kişilerle hukukî ilişki içerisine girmeyen genel kurulun basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü söz konusu olmadığı gibi, organ olarak sorumluluğu da söz konusu değildir (**Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Şirketler Hukuku, s. 368). Ancak genel kurulun karar organı olarak aldığı karar dış ilişkide üçüncü kişileri etkiliyor ve bir zarara sebep oluyor ise tüm şartların bulunması hâlinde ortaklık zarardan sorumlu olacaktır. Bu durumda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, üçüncü kişileri etkileyen karar nezdinde değerlendirilecektir. Anılan hususta bir Yargıtay kararında, davacı, anonim ortaklığa ilişkin paylarını devretmiş, ancak devir sözleşmesinde 2005 yılına ait bulunan dağıtılacak temettülerin davacıda kalacağı kararlaştırılmıştır. Daha sonra 2006 ve 2007 yılına ait temettü dağıtımı yapıldığı hâlde 2005 yılına ait dağıtım gerçekleştirilmemiştir. Bu hususta mevzuata veya ortaklık esas sözleşmesine aykırı bir durum olmasa da dağıtmamaya ilişkin makul bir gerekçe sunmayan ortaklığın basiretli bir tacir gibi iyiniyetli davranmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne hükmedilmiştir [11. HD, T. 21.01.2020, E. 2018/3644, K. 2020/599 (Hukuk Türk)]. Temettü dağıtımına ilişkin karar genel kurulun devredilemez yetkileri arasında bulunmaktadır (TTK m. 408/2-d). Alınan karar üçüncü kişileri etkilemektedir. Bu bağlamda genel kurulun kararı ortaklığın kararı olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kanaatimizce burada iyiniyete değil dürüstlük kuralına aykırı bir davranış söz konusudur ve hükmün gerekçesi de bu şekilde ifade edilmelidir.

[509] Ancak vurgulanmalıdır ki, organ üyelerinin iç ilişkide tüzel kişiye karşı aralarındaki sözleşmesel ilişki ve rücu ilişkisi (TMK m. 50/3) bağlamında sorumluluğu ilgili kanunî ve sözleşmesel düzenlemeler uyarınca ayrıca belirlenecektir.

[510] Komandit ortaklıkların, (adî) komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık olarak iki türü bulunmaktadır. (Adî) komandit ortaklık şahıs ortaklığı, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık ise sermaye ortaklığı niteliğindedir (TTK m. 124/2). Ancak bu ayrım tacir sıfatı bakımından bir etkiye sahip değildir.

[511] Kooperatiflerin ticaret ortaklığı olduğuna ve tacir sıfatına ilişkin ayrıntılı açıklama ve vurgu için bkz. **Kırca**, İsmail: Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?(Kooperatif), Batider, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 12 vd.; **Orbay Ortaç**, Nurdan/**Can**, Ozan: Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi, Batider, C. XXXII, S. 2, 2016, s. 79 vd. Bu hususta son olarak kooperatiflerin tacir sıfatının bulunduğu yönünde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı alınmıştır [Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, T. 12.11.2021, E. 2020/2, K. 2021/3 (Hukuk Türk)].

[512] Yargıtay bu hususta hatalı olduğu kanaatinde bulunduğumuz bir karar tesis etmiştir. İlgili kararda limited ortaklık ortağının tacir sıfatı bulunduğuna hükmedilmiştir. Oysa tacir sıfatı ortaklığın kendisine aittir. Karar için bkz. 15. HD, T. 16.06.2003, E. 2003/1184, K. 2003/3210: "*... Sözleşmenin bir tarafının tacir olduğu ortadadır. Her tacirin ticari işletmesiyle ilgili konularda basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi zorunludur (TTK. md. 20/2). Senelerdir TV kanallarında sunuculuk yapan ve ticari bir şirketi bulunan*

Ticaret ortaklıklarının iradesini ortaya koyan, ortaklık adına hukukî işlem gerçekleştirip ortaklığı borç altına sokan organ yürütme (icra) organıdır[513]. Dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranması gereken yukarıda da belirttiğimiz üzere ortaklıkların yürütme (icra) organı olacaktır. Kollektif ortaklıkta bu organ ortaklık sözleşmesinde belirtilen temsilcilerdir (TTK m. 213/1-f, m. 233 vd.)[514]. Ortaklığın tasfiye aşamasında ise tasfiyeye ilişkin işlemler bakımından yetkili organ tasfiye memurlarıdır[515]. Nitekim TTK m. 286'da tasfiye memurlarının basiretli iş adamı gibi davranmaları gerektiği hükme bağlanmıştır. (Adi) komandit ortaklığa ilişkin hükümlerde temsile ilişkin olarak kollektif ortaklık hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu nedenle basiretli iş adamı gibi davranmaya ilişkin kollektif ortaklığa ilişkin belirttiğimiz hususlar (adi) komandit ortaklık bakımından da söz konusu olacaktır (TTK m. 305, m. 317)[516].

Anonim ortaklıklar bakımından ortaklığın olağan faaliyeti süresince iradesini ortaya koyan yürütme organı yönetim kuruludur[517]. Ancak yönetim kurulu üyelerinin özen

---

şahsın sözleşmelerin inikadında hataya düştüğünün kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir."; Karşı oy yazısı: "*... sözleşmeyi 'sunucu' sıfatı ile davalı M. imzalamıştır. Davalı gerçek kişi TTK.'nın kabul ettiği manada tacir olmayıp sanatçıdır.*" (Hukuk Türk).

513 **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 388.

514 **Şener**, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (Ortaklıklar Hukuku), 5. Baskı, Ankara 2022, s. 236.

515 Tasfiye memurlarının organ niteliğine ilişkin bkz. **Çakı**, s. 83.

516 (Adî) komandit ortaklıklarda komandite ve komanditer ortak bulunmaktadır. Komandite ortak, sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaktır. Sorumluluğu koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye miktarını aşmayan ortak ise komanditer ortaktır. Ortaklığın temsili kural olarak komandite ortakta bulunmaktadır. Komanditer ortak, ortak sıfatı ile temsile yetkili kılınamaz (TTK m. 304, m. 318).

517 Bu hususta anonim ortaklıklar bakımından TTK m. 367/1 ve TTK m. 370 vd. düzenlemelerine de işaret edilmesi gerekmektedir. TTK m. 367/1 hükmü uyarınca yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir düzenleme ile, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilmektedir. Burada devrin sınırını TTK m. 375'te belirtilen yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri oluşturmaktadır. Kanun koyucu burada organa özgü yetkilerin, organsal işlevin devrini kastetmektedir. Yönetimin devrine ilişkin bkz. **Doğan**, Yönetim Yetkisinin Devri, s. 113 vd.; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 592 vd. Temsil yetkisinin devri ise TTK m. 370/2'de hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemeye göre yönetim kurulu temsil yetkisini bir veya birden fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü birine devredebilir.

TTK m. 367/1 bağlamında öngörülen yönetimin devri temsil yetkisinin devrini içermemektedir [**Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 593]. Bu kapsamda yönetim yetkisi devredilen kişilerin özellikle dış ilişkide üçüncü kişilere karşı ortaklık adına işlem gerçekleştirirken belirleyici olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bulunmadığı söylenebilir. Ancak TTK m. 371/5 hükmü bu hususta farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılar. TTK m. 371/5 düzenlemesinde temsile veya yönetime yetkili olanların görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden ortaklığın sorumlu olduğu ancak ortaklığın rücu hakkının saklı olduğu belirtilmektedir. TTK m. 371/5 düzenlemesi esasında TMK m. 50/II hükmünün özel bir görünümüdür [**Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 653]. Burada yalnızca haksız fiiller değil borca aykırı

yükümlülüğüne ilişkin olarak "*tedbirli yönetici*" ölçütü kabul edilmiştir (TTK m. 369). Yönetim kurulu üyelerinin iç ilişki bakımından ve dış ilişkide doğrudan zararlar bakımından tedbirli yöneticinin göstermesi gereken özeni göstermesi gerekirken (TTK m. 553), dış ilişkide tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilen organ davranışı basiretli iş adamının göstermesi gereken özende olmalıdır.

Ortaklığın olağan sürecinde yürütme organı yönetim kurulu iken, tasfiye aşamasında tasfiyeye ilişkin işlemler bakımından yetkili organ tasfiye memurlarıdır. Bu noktada tasfiye memurlarının da ortaklığın iradesini ortaya koyan organı olarak basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Kollektif ortaklık tasfiye memurları bakımından vardığımız sonuç hükme bağlanmış olup, TTK m. 286'da kollektif ortaklık tasfiye memurlarının basiretli iş adamı gibi davranarak ortaklığın mal ve haklarını gereğince korumalarına ve tasfiyeyi en kısa zamanda bitirmelerine hükmedilmiştir. Ancak anonim ortaklık tasfiye memurları bakımından "*düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici*" kavramı kullanılmıştır. Söz konusu kavramın kullanılma gerekçesi TTK'da veya Gerekçede açıklıkla belirtilmemiştir. Vurguladığımız üzere TTK'da tanımı yapılmayan içeriği soyut farklı kavramların kullanılması uygulama bakımından da sorun teşkil edeceğinden kanaatimizce yerinde değildir[518].

Organ olarak seçilmediği veya atanmadığı hâlde, fiilî olarak organ görevi yürüten kişiler fiilî organ olarak ifade edilmektedir[519]. Fiilî organın, konumu ve kullandığı yetkilerle

---

davranışlar da TMK m. 50/II gereği TTK m. 371/5'in kapsamına girmektedir [**Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 653].

TTK m. 371/5 düzenlemesi ile ilk olarak yönetim kurulu üyeleri ve TTK m. 370/2 kapsamında temsil yetkisinin devredildiği murahhas üye ve müdürlerin kastedildiği söylenebilir [**Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 653]. Buradan anılan kişilerden yönetim kurulu üyeleri ve temsil yetkisi devredilen murahhas üyenin organ sıfatı hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte, temsil yetkisi devredilen müdürlere de organ sıfatının yüklendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte TTK m. 371/5 düzenlemesinde "*yönetime yetkili olanlar*" ifadesi de bulunduğundan, TTK m. 367/1'de belirtilen yönetimin devredildiği üçüncü kişilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi düşünülebilir. Öğretide görülen işin organ sıfatı ile ilgisinin bulunması şartı ile ticarî temsilci ve ticarî vekillerin de bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde görüş bulunmaktadır [**Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 653-654)]. Bu itibarla kanaatimizce somut olayda TTK m. 371/5 kapsamında değerlendirilebilen her kişinin organ sıfatı dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.

[518] "*Düzenli ve görevinin bilincinde yönetici*" kavramı için ayrıca bkz. **Çakı**, s. 238 vd.

[519] **Altınok Ormancı**, s. 1268; **Eminoğlu**, Cafer: Fiilî Yönetim Organı, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 96.

ortaklık iradesinin oluşmasında veya idare ve temsilinde etkisi bulunmaktadır[520]. Kişinin fiilî organ olarak kabul edilmesi durumunda, bu kişinin haksız fiillerinden tüzel kişi (TMK m. 50/2) ve organın kendisi (TMK m. 50/3) sorumlu olmaktadır[521]. Anonim ortaklıklar bakımından bu sorumluluğun hukukî temeli TTK m. 553'tür[522]. Genel sorumluluk düzenlemesi olan TTK m. 553 hükmünde sorumlu kişiler arasında "*yöneticiler*" ifadesi de kullanılmakta, ilgili ifadenin hükmün kapsamına fiilî organları da sokabileceği kabul edilmektedir[523].

Organın fiillerinden tüzel kişinin sorumlu olması bağlamında haksız fiiller bakımından değerlendirildiğinde, ortaklığın sorumluluğu bakımından üçüncü kişilere karşı fiilî organın özen ölçüsünün basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü olduğu kabul edilebilir[524]. Ancak fiilî organın tüzel kişiyi temsilen hukukî işlem gerçekleştirdiğinin kabul edilip edilemeyeceği hususunda bir ayrım yapılmalıdır. Fiilî organ, kanunî düzenlemeye veya anonim ortaklığın esas sözleşmesine göre organ sıfatına haiz olmadığından, tüzel kişi adına hareket etme yetkisi (temsil yetkisi) bulunmamaktadır[525]. Bu kapsamda fiilî organın hukukî işlemlerinde basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü aranmayacaktır. Zira fiilî organın hukukî işlemleri yetkisiz temsil teşkil etmektedir[526].

---

[520] **Korkut**, Ömer: Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği (Fiili Yönetim), Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1368 vd.; **Altınok Ormancı**, s. 1269; **Doğan**, Yönetim Yetkisinin Devri, s. 12-14.

[521] **Altınok Ormancı**, s. 1276; **Eminoğlu**, s. 96.

[522] **Altınok Ormancı**, s. 1276.

[523] **Tekinalp**, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, s. 270-271; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2015, s. 2036-2037; **Korkut**, Fiili Yönetim, s. 1377, 1381-1383.

[524] Bu hususta tüzel kişinin, fiilî yönetim organının haksız fiillerinden sorumlu olduğu hususunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. **Eminoğlu**, s. 290.

[525] **Altınok Ormancı**, s. 1277-1278; **Eminoğlu**, s. 290 vd.

[526] Bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında (BGE 146 III 37), fiilî organın hukuka aykırı fiillerinden ortaklığın da sorumlu olacağı kabul edilmekle birlikte, hukukî işlemlerinin tüzel kişiyi bağlamasının kabul edilemeyeceği yönünde hüküm tesis edilmiştir. Kararda iki ortaklık sözleşme imzalamış, bir taraf adına sözleşme yetkili organ olmayan ancak ortaklığın imza sirkülerini kullanan bir kişi tarafından imzalanmıştır. İlgili kişinin fiilî organ olarak kabul edilerek, imzasının ortaklığı bağlayıp bağlamayacağı tartışılmıştır. Ancak kişinin yetkili organ olmadığı, ticarî temsilci ve ticarî vekil olmadığı tespit edilmiş ve bu kapsamdaki işlemler bakımından ancak yetkisiz temsilin söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Kararın metni için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F146-III-37%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (ET: 23.08.2023). Karara ilişkin açıklama ve değerlendirme için bkz. **Altınok Ormancı**, 1277-1278; **Akın**, Murat Yusuf/**Kuru**, Özge: Anonim

Limited ortaklıklar bakımından ise yönetim ve temsil organı müdürlerdir (TTK m. 623/1). Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine tâbi olan müdürlerdir[527]. Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar bakımından ise basiretli iş adamı gibi davranması gereken yönetim ve temsile yetkili komandite ortaklardır (TTK m. 565, m. 570). Kooperatif ortaklıkları bakımından faaliyetleri yöneten ve temsil eden icra organı olarak yönetim kurulu belirtilmiştir (KoopK m. 55). Bu nedenle basiretli iş adamı gibi davranması gereken yönetim kurulu üyeleridir.

2.1.3.3. Amacına Varmak İçin Ticarî İşletme İşleten Dernek ve Vakıflar

TTK m. 16/1 uyarınca amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar da tacir sıfatına sahiptirler. Dernek, kazanç paylaşma amacı dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulan tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları olarak tanımlanabilmektedir[528]. Vakıf ise, "*gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu*" olarak ifade edilmektedir[529]. Burada amaç kazanç paylaşma olmamakla birlikte, kanunî düzenlemelerle yasaklanmamış olan ideal amaca ulaşabilmek için ticarî işletme işletmek söz konusudur. Örneğin kız çocuklarına eğitim bursu sağlamak amacında olan bir dernek, bu amacını gerçekleştirmek için bir restoran işletirse, tacir sıfatına sahip olmaktadır. Tüzel kişinin iradesi organları aracılığıyla açıklandığından, yükümlülük de ilgili organı

Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu- İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37), İAÜHFD, Y. 8, S. 1, 2022, s. 17 vd.

[527] Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin göstermeleri gereken özen ölçütüne ilişkin kullanılan "*tedbirli yönetici*" ifadesi limited ortaklık müdürleri bakımından kullanılmamıştır. TTK m. 626'da müdürlerin görevlerini ifa ederken ortaklık menfaatinin gerekli kıldığı "*tüm özeni*" göstermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. TTK m. 626 Gerekçesi'nde özen kavramı, iş ve işlemlerde gösterilmesi gereken dikkat, ciddiyet ve bilimselliği kapsar şekilde ifade edilmiş; kavram bir karar alınmadan önce pazar araştırması, malî durum değerlendirmesi, borç ve etiğe uygunluk incelemesi yapılması gerekliliği ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Öğretide katıldığımız üzere *Güner*, TTK m 369 ile TTK m. 626 düzenlemelerinde farklı ifadelerin kullanılmasının amacının anlaşılamadığını, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin müdürler bakımından da uygulanacağı gerekçesi ile (TTK m. 644/1-a) anonim ve limited ortaklık yöneticisinden beklenecek özen ölçüsü hususunda bir ayrım yapılmasının uygun olmadığını, Kanunda farklı ifadeler kullanılsa da her iki ortaklık bakımından da tedbirli yönetici ölçüsünün uygulanmasının yerinde olacağını öne sürmektedir. Bkz. **Güner**, Temel: Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2018, s. 106.

[528] Bkz. TMK m. 56 vd.; Dernekler Kanunu (RG. 23.11.2004, S. 25649).

[529] Bkz. TMK m. 101/I; 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu (RG. 27.02.2008, S. 26800).

oluşturan kişilerde bulunmaktadır. Dernekler ve vakıflar bakımından bu organ yönetim kuruludur (TMK m. 85, m. 109).

TTK m. 16/2'de kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların bir ticarî işletme işletseler dahi tacir sayılmayacakları yönünde bir istisna hükmü öngörülmüştür. Dernekler Kanunu m. 27 uyarınca, bir derneğin kamu yararına çalıştığı Cumhurbaşkanı kararıyla tespit edilmektedir. Derneğin kamu yararına çalıştığının kabul edilebilmesi için, en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma faydalı sonuç verecek nitelik ve ölçüde olması zorunludur. Ancak vakıflara ilişkin bir farklılık öngörülmüştür. Tacir sayılmayan vakıflar belirtilirken derneklerden farklı olarak "*gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıf*" ifadesi[530] kullanılmıştır. Ayrıca derneklerden farklı olarak vakfın bu niteliğinin tespiti bakımından yetkili kişi/kurum veya şartlar da açık olarak belirtilmemiştir. Bu hususta objektif bir düzenlemenin belirlenmesi, tacir sıfatının tespiti ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün kişi bakımından uygulanması hususunda da önem arz etmektedir[531]. Öğretide kamu yararına çalışan vakfın tespiti bakımından vakfın vergi muafiyeti kapsamında olup olmadığı hususunun tespitinin gerekli olduğu öne sürülmektedir[532].

Kamu yararına çalışan dernek veya vakıf tarafından ticarî işletme işletilmesi durumunda tacir sıfatına ilişkin öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu durumda tacir sıfatı ticarî işletmenin kendisine ait olacaktır[533]. Ancak tüzel kişiliği olmayan ve taraf ehliyeti de bulunmayan ticarî işletmenin tacir sıfatına sahip olması ve bu sıfata bağlı hak ve yükümlülüklere[534] (özellikle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne) tâbi

---

[530] Bu ifadenin "*kamu yararına çalışan vakıf*" olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Göle**, Celal/**Bilgeç**, Hakan: Ticari İşletme İşlettikleri Halde Tacir Sayılmayan Dernek ve Vakıflara İlişkin Düzenlemenin (TTK m. 16/2) Değerlendirilmesi, Batider, C. XXXII, S. 4, 2016, s. 13.

[531] Bu hususta derneklerde olduğu gibi objektif ve açık bir düzenlemenin gerekliliğine ilişkin bkz. **Göle/Bilgeç**, s. 13-16. Benzer yönde bkz. **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 247, dn. 45.

[532] Bu hususta bkz. **Göle/Bilgeç**, s. 14 vd.; **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 247, dn. 45. Hangi vakıfların vergi muafiyetine tâbi olacağına ilişkin bkz. 4962 sayılı Kanun (RG. 07.08.2003, T. 25192) m. 20.

[533] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 136-137; **Şener**, Ticari İşletme, s. 165; **Kaya**, Mustafa İsmail/**Tatlı**, Burçak: Ticaret Hukuku-I, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 96.

[534] Kamu yararına çalışan dernek veya vakfın işlettiği ticarî işletmenin ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir [Ticaret Sicili Yönetmeliği (RG. 27.01.2013, S. 28541) m. 52)]. Yine ilgili Yönetmelik m.

olması eleştirilebilir bir kabuldür[535]. Bu durumda ticarî işletmenin tacir olmanın bazı sonuçlarından muaf tutulacağı, örneğin bu ticarî işletme aleyhine iflâs yoluyla takip yapılamayacağı ancak kurucu ve kamuya yararlı dernek veya vakıf aleyhine haciz yoluyla takip yapılabileceği belirtilmektedir[536]. Bir diğer görüş, hukuk kişisi olmayan (tüzel kişiliği bulunmayan) ticarî işletmenin tacir sayılmasının mümkün olmadığı, işletmenin tacir olmanın hak ve yükümlülüklerine tam anlamıyla tâbi olmasının da olanağının bulunmadığını ileri sürmektedir[537].

Hukuk sistemimizde kural olarak ancak kişi olarak kabul edilenler hak ve borç sahibi olup, kendi fiilleri ile hak ve borç edinebilmektedirler[538]. Kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların ve kamu tüzel kişilerinin[539] bizzat tacir sayılmayacağı kabul edilse dahi[540], işletmenin tacirlik sıfatından doğan hak ve yükümlülükleri fiilen kişi niteliğindeki ilgili kamu yararına çalışan dernek veya vakıf ya da kamu tüzel kişisi nezdinde kullanılacak ve ifa edilecektir. Zira işletmelere hukukî anlamda kişilik tanımanın söz konusu olmaması nedeniyle, ilgili hükmün ve ilgili öğreti görüşünün hukukî sonucu eleştirilebilir niteliktedir[541]. Bu itibarla fiilî gerçeklik bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de ticarî işletmeyi işleten kamu yararına çalışan dernek ve vakıf ile kamu tüzel kişisinde olmalıdır. Kamu yararına çalışan dernek ve vakıflara ve kamu tüzel kişilerine, özel girişimcilere kıyasla hukuk alanında kısmî de olsa rekabet avantajı

43/3 uyarınca kamu yararına çalışan derneklerin işlettikleri ticarî işletmelerin ticaret unvanlarının oluşumu düzenlenmiştir. Ticaret unvanının tacirin adını ifade ettiği, tüzel kişiliği olmayan ticarî işletmelerin ticaret unvanına ilişkin düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Göle/Bilgeç**, s. 9.

[535] Bu durumda işleteni tacir sayılmayan bir ticarî işletmeler grubunun kurulduğu eleştirisi için bkz. **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 124, 126.

[536] **Şener**, Ticari İşletme, s. 165; **Türkmen**, Emre: Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul 2020, s. 11.

[537] **Göle/Bilgeç**, s. 9-10.

[538] Bkz. TMK m. 8, m. 9, m. 47, m. 48, m. 49.

[539] Kamu tüzel kişilerinin tacir sayılamayacağına ilişkin bkz. aşağıda 2.1.3.4., s. 115. Kamu tüzel kişilerinin işlettikleri ticarî işletmeler bakımından tacir sıfatının kime ait olacağı sorunu, kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların işlettikleri ticarî işletmeler bakımından tacir sıfatının nasıl tespit edileceği sorunu ile paralellik göstermektedir.

[540] Kamuya yararlı dernek ve vakıflar ile kamu tüzel kişilerinin tacir sayılmamalarının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, bu düzenleme ile ilgili kurumların tacir sayılmanın bir sonucu olan iflâsa tâbi olmalarının engellenmesinin amaçlandığı yönünde bkz. **Türkmen**, s. 12-13.

[541] **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 233, dn. 8.

sağlanmaktadır[542]. Bu kişileri tacir olarak kabul etmemek yerine TTK'nın hangi hükümlerinin kendileri hakkında uygulanmayacağının ayrı olarak gösterilmesi daha yerinde bir düzenleme olacaktır[543].

2.1.3.4. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kurulan veya Ticarî Şekilde İşletilen Kuruluşlar

Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından, Kuruluş Kanunları gereğince özel hukuk hükümleri kapsamında yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılmaktadır (TTK m. 16/1). Ancak kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve kamu hukuku hükümleri uyarınca yönetilen kurum ve kuruluşlar tacir sayılmamaktadır[544]. Yine Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri hiçbir koşulda tacir sayılmamaktadır (TTK m. 16/2)[545]. Buna göre kamu tüzel kişisi tarafından kurulan kurum ve kuruluşun tacir sayılabilmesi için,

- Kuruluş Kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmesi veya
- Ticarî şekilde işletilmesi gerekmektedir[546].

Basiretli iş adamı gibi davranması gereken ilgili bu kuruluşların temsile ve yürütmeye yetkili organlarıdır[547].

---

[542] **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 232, dn. 8. Kamu tüzel kişileri bakımından aynı yönde bkz. **Üzümcü**, Rabia: Kamu Tüzel Kişilerinin Tacir Sıfatı Alanında Yaşanan Gelişmeler, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019, s. 82-83.
[543] **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 232, dn. 8.
[544] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 138.
[545] **Kaya/Tatlı**, s. 97-98.
[546] Bu hususta açıklama için bkz. **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 204-213. Anılan kapsamda 2560 sayılı Kanuna tâbi Su ve Kanalizasyon İdarelerinin de tacir sıfatının bulunduğuna ilişkin bkz. 17. HD, T. 22.02.2018, E. 2017/996, K. 2018/1273 (Hukuk Türk). Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) de TTK m. 16 uyarınca tacir sıfatına sahiptir [233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) (RG. 18.06.1984, S. 18435 Mükerrer) m. m. 2/I-1, m. 2/I-4, m. 2/I-5; **Arkan**, Ticari İşletme, s. 138-140].
[547] Ancak kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk hükümlerine göre kurulan veya ticarî şekilde işletilen kuruluşların tüzel kişiliği bulunmayabilir. Bu durumda kişiliği olmayan bir tacir statüsü doğmuş olmaktadır. Anılan sonuç eleştirilebilir niteliktedir. Tacir olmaya bağlanan düzenlemelerin özellikle

2.1.3.5. Tüzel Kişiliğe Kayyım Atanması Durumunda

Tüzel kişiliğe kayyım[548] atanması durumunda atanan kayyımın tüzel kişilik adına giriştiği hukukî işlemlerde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı hususu da tartışılabilir. Bu bağlamda TMK m. 426/I-2[549] ve m. 426/I-3 uyarınca temsil kayyımı ve TMK m. 427/I-4[550] gereğince yönetim kayyımı atanması[551] söz konusu olabilir. İki durumda da kayyım yönetim organının organ olması sebebiyle sahip olduğu yetkilere paralel yetkilere sahip bulunmaktadır. Buradan hareketle kayyımın da tüzel kişilik adına gerçekleştirdiği işlemler kapsamında tüzel kişiliğin sorumluluğu bakımından basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği söylenebilir[552].

Bu hususta özel bir düzenleme olarak CMK m. 133 hükmü de anılmalıdır. Bir koruma tedbiri olarak CMK m. 133 kapsamında da ortaklık yönetimi için kayyım tayini düzenlenmiştir. CMK m. 133 hükmünde "*Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir.*" denmektedir. İlgili düzenlemede kayyımın görevlerinin kapsamının da atama kararı ile birlikte belirtileceği öngörülmüştür. CMK m. 133 düzenlemesini değerlendiren *Ersoy*, hukukî sorumluluğa ilişkin görüş bildirmeden, görevin özelliği göz önünde

---

basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin uygulanması bakımından da anılan sonuç belirsizlik doğuracaktır. Ancak kamuya yararlı dernek ve vakıfların ticarî işletme işletmesi durumu bakımından vardığımız sonucun burada da geçerli olabileceği kanaatindeyiz. Bkz. yukarıda 2.1.3.3., s. 113-115. Bu hususta ayrıca bkz. **Üzümcü**, s. 12 vd.

[548] Kayyım, belirli bir işin gerçekleştirilmesi veya malvarlığının yönetilmesi amacıyla, TMK'da ve diğer kanunlarda öngörülen hâllerde, vesayet makamı tarafından, ilgilisinin talebi üzerine veya resen atanan kişi olarak tanımlanmaktadır (**Koç**, Nevzat: Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, s. 105).

[549] **Kuru**, Özge: Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, İstanbul 2022, s. 108-109.

[550] Anonim ortaklıklar bakımından ayrıca bkz. TTK m. 530/2. TTK m. 530/2 kapsamında mahkeme tarafından ortaklığa yönetim kayyımı atanmasının, yönetim ve temsil yetkilerinin yönetim kurulundan alınarak kayyıma verilmesi anlamına geldiği yönünde bkz. **Çamoğlu, Ersin:** Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması, İBD, C. 91, S. 5, Eylül 2017, s. 20.

[551] Bu hususta yediemin ile kayyım ilişkisine ilişkin ayrıca bkz. yukarıda dn. 468.

[552] Kişisel sorumluluğu bakımından ise TMK m. 50/III hükmü esas alınmalıdır. Kayyımın kişisel sorumluluğu bakımından TMK m. 467'de kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu hüküm altına alınmakla birlikte, kusurun tespitinde aranacak olan özen ölçüsü belirtilmemiştir. Anonim ortaklıklar bakımından bu özen ölçüsünün yönetim kurulunda olduğu gibi tedbirli yönetici olacağı söylenebilir.

bulundurularak kayyımın şahsına ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranabilen kişilerin seçilmesine özen gösterilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmektedir[553]. Yönetim kurulunun yetkilerini üstlendiğinden ortaklığın hukukî sorumluluğu bakımından CMK m. 133 kapsamında atanan kayyımın da fikrimizce basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir. Kayyımın şahsî olarak sorumluluğu ise CMK m. 133/5'te hükme bağlanmıştır.

2.1.4. Donatma İştiraki

Tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştirakine de uygulanacağına hükmedilmiştir (TTK m. 17). Donatma iştiraki, TTK m. 1064'te düzenlenmiştir. Buna göre birden fazla kişi bir gemiye paylı mülkiyet şeklinde sahip olup, aralarında yapılan bir sözleşme uyarınca menfaat sağlamak amacıyla hepsi adına ve hesabına suda kullanması hâlinde donatma iştiraki söz konusu olmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün kişi bakımından uygulaması düşünüldüğünde yükümlü olarak müşterek donatanlar kabul edilmelidir[554]. Zira donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır[555]. Kişiliği

---

[553] **Ersoy**, Uğur: Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133), AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3412. Benzer yönde sermaye ortaklıklarında geçici hukukî korumaları (ihtiyati tedbirler) değerlendirdiği çalışmasında, hukukî sorumluluğa ilişkin görüş bildirmeden *Yılmaz*, organ yokluğu durumunda atanacak kayyımın işin özelliği göz önünde bulundurulduğunda basiretli iş adamı gibi davranabilen bir kişi olması gerektiğini belirtmektedir [**Yılmaz**, Zehra Sanem: Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler), 2. Baskı, İzmir 2006, s. 142]. Yine benzer görüşte iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasından önceki döneme ilişkin çalışmasında *Güralp* de görevin özelliğinden ötürü iflasın ertelenmesinde kayyım atanması durumunda basiretli iş adamı gibi davranabilen birinin atanmasına özen gösterilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (**Güralp**, Ayşe Gülin: İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 63). Konkordatonun tasdiki kararını hüküm altına alan İİK m. 306 düzenlemesi incelendiğinde de Yazarların görüşleri sürdürülebilir. Bkz. İİK m. 306/2: "*Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler*".

[554] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 39. Aksi görüşte hem donatma iştirakinin hem de ticarî işletme niteliğinde olan gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan donatanların tacir sıfatına sahip oldukları gerekçesiyle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz. **Can**, Basiretli Tacir, s. 28, 54. Bkz. ve karş. TTK m. 1073/1.

[555] Öğretide *Ayhan/Çağlar/Özdamar*, donatma iştirakinin TTK m. 11 kapsamında bir ticarî işletme niteliğinde olduğu, TTK m. 12/1 uyarınca da müşterek donatanların tacir sıfatına sahip olduğu, bu bağlamda adî ortaklığa ilişkin hükümlerin kıyasen donatma iştirakine de uygulanacağı yönünde görüş belirtmektedirler. Bu kapsamda müşterek donatanların tacir olmanın bütün hüküm ve sonuçlarına tâbi olması beklenmektedir. Ancak Yazarlar bazı hüküm ve sonuçların istisna tutulacağını belirtmişler ve örnek

bulunmayan bir oluşumun basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü olması da mümkün değildir.

2.1.5. Hâkim Teşebbüs

Ortaklıklar topluluğu kurumu hukukumuzda 6102 sayılı TTK ile hüküm altına alınmış ve m. 195 ilâ m. 209 arasında düzenlenmiştir. TTK'nın ilgili hükümleri incelendiğinde ortaklıklar topluluğunun, bir ticaret ortaklığının diğer bir ticaret ortaklığı üzerinde hâkimiyet kurmasını ifade ettiği görülmektedir[556]. TTK m. 195/5'te, ortaklıklar topluluğunun hâkiminin bir "*teşebbüs*" olması durumunda da ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Sonuç olarak TTK bakımından ortaklıklar topluluğunun kurulmasının ilk şartı; bir teşebbüs ile bir ticaret ortaklığının veya bir ticaret ortaklığı ile diğer bir ticaret ortaklığının varlığıdır. İkinci şart, teşebbüsün/ortaklığın bir ticaret ortaklığı üzerinde hâkimiyet sağlamasıdır[557].

TTK m. 195/5'te hâkim teşebbüsün tacir sayılacağına hükmedilmiştir. TTK'da teşebbüs kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun[558] m. 3'te teşebbüs kavramı tanımlanmıştır. Buna göre teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade etmektedir[559]. Anılan

---

olarak da iflâsa tâbi olmayı göstermişlerdir. Bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 241. Aksine donatma iştirakinin adî ortaklığın bir türü olarak ifade edilemeyeceği, bazı yönlerden adî ortaklığa bazı yönlerden tüzel kişiliğe benzeyen *sui generis* bir hukukî form olduğu yönünde bkz. **Türkmen**, s. 14.

[556] Ortaklıklar topluluğunun tanımına ilişkin bkz. **Gürel**, Murat: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 7; **Pulaşlı**, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu (Şirketler Topluluğu), GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 262-263; **Göktürk**, Kürşat: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Şirketler Topluluğu), Ankara 2015, s. 8.

[557] Bkz. TTK m. 195/1 ve m. 195/2.

[558] RG. 13.12.1994, S. 22149.

[559] Öğretide bu tanımdan da hareketle teşebbüsün varlığı için, ekonomik faaliyet yürütme ve ekonomik bağımsızlık unsur olarak kabul edilmektedir. Ancak TTK bakımından incelendiğinde, ortaklıklar topluluğu hukuku anlamında teşebbüs kabul edilmek için, herhangi bir piyasada mal veya hizmet üretmek, pazarlamak veya satmak şeklinde bir ekonomik faaliyet yürütüyor olmak zorunlu değildir. Ekonomik faaliyet geniş yorumlanmalıdır. Yine teşebbüsün, "*hâkim*" konumda olması, bağımsız karar alabilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda bağımsız karar alabiliyor olma, ortaklıklar topluluğu hukuku bakımından teşebbüs kabul edilebilmek bakımından zorunlu olmalıdır. Teşebbüs kavramına ilişkin ayrıntılı açıklama

bağlamda teşebbüs kavramı, her türlü gerçek kişiyi, hem özel hukuk hem kamu hukukuna göre kurulmuş olan tüzel kişiyi ve tüzel kişiliğe sahip olmayan oluşumları kapsayabilir. Ancak TTK m. 195/5'e[560] göre özel hüküm niteliğinde olan TTK m. 16/2[561], hâkim teşebbüsün tacir sayılacağı hükmünün değerlendirilmesi bakımından göz ardı edilmemelidir. TTK m. 16/2 hükmü, TTK m. 195/5 karşısında özel hüküm niteliğinde olup öncelikle uygulanacaktır[562].

İfade edilenler bağlamında hâkim teşebbüsün gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kişi bakımından uygulanması hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kamu hukuku tüzel kişisi veya kamu yararına faaliyet gösteren vakıf veya dernek olması durumunda TTK m. 16/2'ye ilişkin yukarıda yaptığımız tartışmalar hâkim teşebbüs bakımından da söz konusu olacaktır[563]. Tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar[564] bakımından da tacir olmaya

---

için bkz. **Okutan Nilsson**, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 71-79; **Gürel**, s. 26-32; **Göktürk**, Şirketler Topluluğu, s. 14-22; **Karaman Coşgun**, Özlem: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları (Teşebbüs), MÜHFHAD, C. 21, S. 1, 2015, s. 112 vd. TTK'da ortaklıklar topluluğu bakımından teşebbüs kavramına yer verilmesinin nedeninin, topluluk içinde ticaret ortaklığı olmayan kişi topluluklarının bulunması durumunda ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına ilişkin itirazların önlenmesi olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1543, dn. 3.

[560] TTK m. 195/5 düzenlemesinin tacire ilişkin TTK m. 12 vd.na ilişkin sisteme uygun olmadığı yönünde bkz. **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 288. Bu doğrultuda tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülüklerin hâkim teşebbüse niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 288-289.

[561] TTK m. 16/2 gereğince kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernek ve vakıflar tacir sayılmazlar. Bu hususta açıklama için bkz. yukarıda 2.1.3.3.-2.1.3.4., s. 112 vd.

[562] **Okutan Nilsson**, s. 77; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 98; **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 287, dn. 191; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 172 vd.; **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 149; **Karaman Coşgun**, Teşebbüs, s. 144; **Üzümcü**, s. 72-73. Aksi yönde TTK m. 195/5'in özel hüküm niteliğinde olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği görüşü için bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 142; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 214.

[563] Bkz. yukarıda 2.1.3.3., s. 112 vd.

[564] Bu durumda örneğin adî ortaklık ortaklıklar topluluğunun hâkimi durumunda olabilmektedir. Söz konusu durumda ortaklıklar topluluğuna hâkim olan iradenin ortakların oybirliği veya oyçokluğu ile oluşan adî ortaklığın iradesi olduğu, bu sebeple hâkim teşebbüsün birliği oluşturan kişilerin her biri değil, bu kişilerden oluşan birliğin olduğu yönünde bkz. **Karaman Coşgun**, Teşebbüs, s. 140-141. Bu yorum gereğince basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği adî ortaklığın yönetim organı nezdinde söz konusu olacaktır. Adî ortaklık ortaklarının tacir sıfatına sahip olmaları bakımından TTK m. 12/1 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak Yazarın yorumu tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanması bakımından sorun teşkil edebilecektir. Hukukumuzda adî ortaklığın hak ve taraf ehliyeti bulunmadığından iflâs etme sonucunun nasıl uygulanacağı sorusu akla gelmektedir.

bağlanan hak ve yükümlülüklerin kimin hakkında uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği topluluğu oluşturan her bir kişide bulunmalıdır.

2.1.6. Yardımcı Kişi (TBK m. 116)

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin yardımcı kişi bakımından söz konusu olup olamayacağı hususu da tartışılmalıdır. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hususu TBK m. 116 hükmünde düzenlenmiştir. TBK m. 116/1 hükmü uyarınca borçlu borcun ifasına ilişkin olarak yardımcı kişiden yararlanabilir. Ancak borçlu, yardımcı kişinin işi yürüttüğü esnada karşı tarafa verdiği zararı gidermekle yükümlüdür[565].

Tacir, borcunu yerine getirirken yardımcı kişiden[566] yararlanırsa söz konusu kişinin de basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulabilmesi için ilk cevaplanması gereken TBK m. 116 uyarınca borçlunun sorumluluğunun doğabilmesi için yardımcı kişinin kusurunun aranıp aranmayacağı sorusudur. Zira TBK m. 116 hükmü bu hususta açık değildir. Hüküm, sorumluluk için yardımcı kişinin veya borçlunun kusurunun varlığına işaret etmemektedir. Öğretide bu husus tartışmalıdır[567]. Bu hususta hâkim görüş, somut olayda sorumluluğun doğması için aranacak şartın borçlunun farazî kusuru olduğunu belirtmektedir[568]. Buna göre, eğer yardımcının yerine getirdiği davranış borçlu tarafından yerine getirilseydi borçlu "*kusurlu*" olarak nitelendirilebiliyorsa, borçlu sorumlu kabul edilmektedir. Burada esasında borçlunun kusurlu olarak nitelendirilmemesi için, yardımcı kişinin göstermesi gereken özen, (yardımcı kişi ilişkiye hiç dahil olmasaydı) borçlunun göstermesi gereken

---

[565] Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun koşulları; 1. Borcun ifasında yardımcı kişi kullanmanın mümkün olması, 2. Borçlunun, borcun ifası ya da bir hakkın kullanılması amacıyla yardımcı kişi kullanması, 3. Yardımcı kişinin borcu ifa ederken alacaklıya zarar vermesi ve 4. Kusur koşuludur. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 828 vd.

[566] Yardımcı kişi kavramı ve çeşitli görünüm biçimlerine ilişkin açıklama için bkz. **Yönet**, Yağmur Öykü: Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 5 vd.

[567] Öğretideki tartışmaya ilişkin açıklama için bkz. **Yönet**, s. 206 vd.

[568] Bu görüşe ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 833; **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 440-441; **Yönet**, s. 211 vd.

özendir. Nitekim alacaklıya borçludan beklediği ve buna güvenerek hukukî ilişki kurduğu özen ölçüsü gösterilmelidir. Söz konusu özen ölçüsünün gösterilmemesi durumunda TBK m. 116 bakımından sorumluluk doğmaktadır. Sonuç olarak yardımcının kendisi tacir olmasa bile, tacirin göstermesi gereken özen ölçütü bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü yardımcı bakımından da geçerlidir[569].

2.1.7. Çalışan (TBK m. 66)

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin çalışan bakımından söz konusu olup olmayacağı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır. TBK m. 66/I uyarınca adam çalıştıran, çalışanın işi yapması esnasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Burada bir haksız fiil sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk bulunmaktadır. Çalışanın haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından hukuka aykırı fiilinin bulunması, bu fiilin zarara yol açması ve zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Ancak bu sorumluluk hâli için çalışanın kusurlu olması gerekmez. Bu nedenle çalışanın, kusurun tespiti bakımından işlev gösteren basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği bulunmamaktadır. Daha doğrusu ilgili bu gerekliliğin bulunup bulunmamasının pratik bir önemi bulunmamaktadır. Zira çalışanın kusuru bulunmasa dahi işi gerçekleştirdiği sıradaki haksız fiilinden adam çalıştıran sorumlu olacaktır. Başka bir ifadeyle adam çalıştıran, çalışanın şahsî sorumluluğu bulunmayan (kusuru bulunmayan) durumlarda dahi haksız fiilin yol açtığı zarardan sorumludur.

Örneğin tacir bir işi kendisi görürken haksız fiil gerçekleştirirse kusurunun tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği esas alınacaktır. Ancak aynı işi çalışanın görmesi sırasında haksız fiil gerçekleşirse çalışan kusurlu da olsa kusursuz da olsa tacir TBK m. 66 uyarınca sorumlu olacaktır.

---

[569] **Pamp**, HGB § 347, N. 4, 5,6; **Brox/Henssler**, s. 203. Yardımcı kişinin somut olay bakımından tacirin sahip olması gerekenden daha yüksek düzeyde bir uzmanlık bilgisi ve deneyimi söz konusu olduğunda ise gösterilmesi gereken özen ölçüsü artacaktır (**Lehmann Richter**, HGB § 347, N. 10).

TBK m. 66 bağlamında adam çalıştıranın sorumlu olmaması için birlikte bulunması gereken iki şart vardır. İlk şart adam çalıştıranın çalışanı seçmesinde, çalışana işe ilişkin talimat vermesinde, çalışanı gözetlemesi ve denetlemesinde gerekli dikkat ve özeni göstermesidir[570]. İkinci şart ise işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önleyecek yeterlilikte ve nitelikte olmasını sağlamasıdır. Bu iki şartın bulunması durumunda adam çalıştıran sorumlu olmayacaktır (TBK m. 66/2, m. 66/3)[571]. Hükümde özenden bahsedilmektedir. Ancak gösterilmesi gerekli olan özenin ölçüsü belirtilmemektedir. Burada özenin ölçüsü objektif olarak belirlenecektir. Kusur sorumluluğunun yanı sıra özen kavramı burada da kusursuz sorumluluk bakımından kurucu unsur niteliğinde bulunmaktadır[572]. Burada adam çalıştıranın tacir olması durumunda kusursuz sorumluluğun kurtuluş kanıtı olarak çalışanı seçmede, talimatta, gözetim ve denetimde bulunmada basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir[573]. Adam çalıştıran tacirin sorumluluktan kurtulmak için, kusurunun bulunmadığını değil, bu konuda kendisinden beklenen gerekli bütün dikkati ve özeni gösterdiğini kanıtlaması gerekmektedir[574]. Eğer tacir çalışanını seçerken çalışanın niteliklerine dikkat ederse, çalışana işe ilişkin uygun ve

---

[570] **Okyar**, Dila: Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66), İstanbul 2022, s. 167.

[571] Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından sorumluluğun koşulları; adam çalıştırma (istihdam) ilişkisinin söz konusu olması, üçüncü bir kişiye bir zararın verilmiş olması, zararın işin görülmesi esnasında ve işle alakalı olarak verilmiş olması ve adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 426 vd.; **Eren**, s. 705 vd.; **Okyar**, s. 7 vd.

[572] Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda dn. 331.

[573] **Pamp**, HGB § 347, N. 8. Bankalara ilişkin bu hususta verilen bir Yargıtay kararında da adam çalıştıranın sorumluluğunun dayanağının TBK ile kendisine verilen çalışanlarını seçerken ve onları çalıştırırken üzerlerindeki denetim ve gözetim objektif ödevini yerine getirmemesi olarak belirtilmiştir. Adam çalıştıran, yapılacak işe uygun meslekî bilgi ve yeteneğe sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Adam çalıştıranın çalışan seçiminde yapılacak işe uygun eğitimi almış, vasıflı, işe ilişkin yeni bilgi, teknik ve yöntemi özümsemiş olma hususlarına dikkat etmesi gerekmektedir. Buradaki sorumluluk çalışanın kusurundan bağımsız olarak söz konusu olmaktadır. Somut olayda; davacı adına noterden sahte vekaletname çıkarılmış, vekaletname davacıya ait olmayan bir imza ile imzalanmıştır. Bu husus banka görevlilerince kontrol edilmemiş, vekaletnameye dayanılarak kapatılması talep edilen yüksek meblağlı hesabın kapatılmasına ilişkin banka görevlilerince davacıya herhangi bir şekilde bilgi verilmemiştir. Davalı banka, hâl ve şartlardan doğan özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirememiştir. Objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmediğini ispat edememiştir. Sonuç olarak bankanın adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir [3. HD, T. 09.06.2021, E. 2021/3303, K. 2021/6259 (Hukuk Türk)]. Benzer yönde bkz. 11. HD, T. 15.01.2007, E. 2005/13454, K. 2007/275: *"... Davalı Ali Oktay'ın iş akdi feshedilmiş olmasına rağmen bankadaki makam odasında otururak, bankadaki görevine devam ediyor izlenimi verdiği,..., menkul değerler işi ile uğraşan şirketin ve bankanın basiretli bir tacirden beklenen davranış gereği, çalışan elemanlarının seçiminde daha dikkatli davranmaları ve elemanlarını daha iyi denetlemeleri gerekirken, işten çıkarılan Ali Oktay'a oda tahsis etmelerinde ve yasal olmayan işlerine göz yummalarında her iki davalının sorumlu oldukları gerekçesiyle..."* (Legalbank).

[574] Adam çalıştıranın sorumluluğunun kurtuluş kanıtı getirme imkânı sebebiyle kusur sorumluluğuna oldukça yakın olduğu yönünde bkz. **Eren**, 573.

gerekli talimatları verirse, çalışan işi gerçekleştirirken gözetim ve denetime ilişkin gerekli özeni gösterirse ve işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önleyecek yeterlilikte ve nitelikte olmasını sağlarsa sorumluluktan kurtulacaktır. Burada gerekli özenin gösterilip gösterilmediği aynı alanda faaliyet gösteren basiretli bir iş adamının göstermesi gereken davranış ile kıyaslanarak tespit edilecektir. Ancak öğretide, bu hususun ispatının uygulamada oldukça zor olduğu öne sürülmektedir[575].

2.2. ZAMAN BAKIMINDAN

2.2.1. Genel Olarak

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün zaman bakımından uygulanması hususunda tacir sıfatının kazanıldığı ve kaybedildiği an önem taşımaktadır. Kural olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacir sıfatının kazanıldığı an başlamakta ve kaybedildiği an da sona ermektedir. Söz edilen zaman diliminde gerçekleşen işlemlere ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, uyuşmazlık daha sonradan ortaya çıksa bile uygulanmaya devam etmektedir[576].

Tacir sıfatına veya tacir sıfatının kaybına ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda, durum tespiti mahkemenin yetkisindedir. Mahkeme kişinin tacir olmak için gerekli kanunî şartları taşıyıp taşımadığına hükmetmektedir. Tacir sıfatının tespitine ilişkin husus her türlü delille ispat edilebilmektedir[577]. Ticaret siciline kayıt veya ticaret sicilinden terkin durumu, kişinin tacir sıfatının tespitine ilişkin tek başına yeterli delil niteliğinde bulunmamaktadır. Söz konusu durumlar aksi ispat edilebilir bir karine oluşturmaktadır. Tacir sıfatının var olduğunu veya olmadığını iddia eden kişiye, iddia ettiği hususu ispat olanağı sağlanmalıdır[578].

---

[575] **Okyar**, s. 267 vd.
[576] **Şener**, Ticari İşletme, s. 172-173.
[577] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 128.
[578] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 128; **Şener**, Ticari İşletme, s. 176.

2.2.2. Gerçek Kişi Tacir

Gerçek kişi tacirlerin tacir sıfatını kazandıkları an itibariyle (TTK m. 12/1) basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülükleri de başlamaktadır. Bu itibarla gerçek kişi ticarî işletmeyi işletmeye başladığı an basiretli iş adamı gibi davranmakla da yükümlü olacaktır.

Bir ticarî işletmenin varlığı ve kısmen de olsa kendi adına işletme durumlarından herhangi birinin yokluğu durumunda gerçek kişi tacir sıfatı da sona ermektedir[579]. Tacir sıfatının kaybı ile birlikte basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de son bulmaktadır. Bu bağlamda ticarî işletme niteliğinin daha sonradan değişmesi ve esnaf işletmesi niteliğine dönüşmesi durumunda[580] tacir sıfatı kaybedilir. Bu durumda tacir ticarî işletmesini ticaret sicilinden terkin ettirebilmelidir. Ticaret sicilinden terkin durumunda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de son bulacaktır. Ancak ticarî işletme esnaf işletmesi konumuna geldiği hâlde işletme ticaret sicilinden terkin edilmezse, TTK m. 12/3 uyarınca tacir gibi sorumlu olunup, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü devam eder[581]. Zira aksinin kabulü işletmenin hukukî görünüşüne güvenerek işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişiyi mağdur edebilecektir.

Gerçek kişinin tacir sıfatını kazanması bakımından ticarî işletmesinin ticaret siciline tesciline gerek olmadığı yukarıda belirtilmişti[582]. Tescil ancak bildirici etkiye sahip olacaktır. Sicilden terkin de gerçek kişi tacirler bakımından açıklayıcı etkiye sahip bulunmaktadır[583]. Ancak iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir sıfatının dolayısıyla

---

[579] **Bilge**, Mehmet Emin: Tacir Sıfatının Sona Ermesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul 2002, s. 175-176.

[580] Tacirlik sıfatının devamı bakımından ticarî işletmenin TTK m. 11/1'de belirtilen tanım içeriğini taşıması önem taşımaktadır.

[581] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 28. TTK m. 12/2'deki "*işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimsenin fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılacağı*" ifadesindeki işletme kavramının geniş anlaşılması gerektiği, dolayısıyla esnaf işletmesinin ticaret siciline tescili durumunda da (burada ticarî işletmenin esnaf işletmesi konumuna gelmesi de görüş kapsamı içindedir) TTK m. 12/2'nin uygulanarak tacir sayılma hâlinin söz konusu olacağı yönünde bkz. **Aker**, Hâkim Teşebbüs, s. 269-270. TTK m. 12/2'deki kurucu etkiye sahip olan ticaret siciline tescil hususu ticaret sicilinden terkin bakımından da söz konusudur. Şöyle ki ticarî işletmeyi işletmeye başlamadan ticaret sicilinden terkin gerçekleşirse terkin kurucu etki doğurur ve tacir sıfatı da sona erer. Bkz. **Bilge**, s. 177.

[582] Bkz. yukarıda 2.1.2.1., s. 97 vd.

[583] **Bilge**, s. 176; **Şener**, Ticari İşletme, s. 173.

basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün sona erdiğinin ileri sürülebilmesi, ancak sicilden terkin edilmeye bağlı bulunmaktadır[584]. Kişi bu durumda ancak üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir[585] (TTK m. 36/4)[586].

Kişinin ticarî işletmeyi işletmekten vazgeçerek işletmesini devretmesi veya kapatması durumunda[587] da tacirlik sıfatı sona ermektedir[588]. Gerçek kişi tacirin ölümü de tacir sıfatını sona erdirir[589].

Gerçek kişi tacirler bakımından tacir sıfatının sona ermesine rağmen tacir olmaya bağlanan bir takım hüküm ve sonuçlar bir süre daha devam etmektedir. Bunlardan bir tanesi gerçek kişi tacirin ticareti terkinden itibaren bir yıl içerisinde iflâs yoluyla takip edilebilmesidir (TTK m. 18/1, İİK m. 44). Bir diğer sonuç da gerçek kişi tacirin defter saklama yükümlülüğü olarak belirtilebilir. Ticarî defter ve belgelerin saklama süresi on yıl olarak öngörülmüştür (TTK m. 82/5). Gerçek kişi tacir ticareti terk etse dahi saklama yükümlülüğü devam etmektedir (TTK m. 82/8). Tacir olmaya bağlı bir hukukî sonuç olan ticarî defter ve belgelerin tutulması ve saklanması basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile bağlantı arz etmektedir[590]. Ticarî defter ve belgelerin özenle tutulması ve saklanması basiretli iş adamı gibi davranma ile mümkün olur. İlgili yükümlülüğe ilişkin sonuçlar (örneğin zayi belgesi alınması) da tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gereğinden hareketle değerlendirilmektedir. Bu nedenle gerçek kişi tacir ticareti terk etse ve sonuç olarak tacir sıfatı sona erse dahi ticari defterleri saklama

---

[584] Tacirin ticarî işletmesini ticaret siciline kaydettirmemesine rağmen tacir sıfatının sona ermesi durumunda iyi niyetli üçüncü kişilere karşı terkin işlemini ticaret sicilinden gerçekleştirmesi gerektiği yönünde bkz. **Bilge**, s. 179.

[585] **Türkmen**, s. 8-9.

[586] Bkz. TTK m. 36/4: "*Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.*".

[587] Tacirin birden fazla ticarî işletmesinin bulunması durumunda bunlardan sadece birinin kapatılması tacirlik sıfatının kaybı bakımından etkili olmayacaktır.

[588] Tacir sıfatının sona ermesinin ticareti terk kavramı ile açıklanabileceği yönünde bkz. **Türkmen**, s. 20. Ticareti terk kavramı ve ticareti terkin başlıca görünüm biçimlerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Türkmen**, s. 20 vd.

[589] **Türkmen**, s. 60.

[590] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda 4.1.2.5., s. 243 vd.

yükümlülüğünün bulunduğu süre boyunca ilgili yükümlülük kapsamında basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de devam etmelidir. Zira tacir sıfatının sona erdiği ancak saklama yükümlülüğünün devam ettiği süre zarfında da defterlerin zıyaa uğraması durumunda zayi belgesinin alınabilmesi hususunun değerlendirilmesi kapsamında basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü esas alınacaktır.

2.2.3. Tüzel Kişi Tacir

Ticaret ortaklıkları tüzel kişilik kazandıkları an itibariyle tacir sıfatına da sahip olmaktadırlar[591]. Ticaret ortaklıkları ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadırlar. Bu itibarla ticaret siciline tescil tarihinden itibaren tacir sıfatı da kazanılmış ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü doğmuş olmaktadır. Tescil kurucu niteliktedir. Bu itibarla tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilânının tüzel kişilik ve tacir sıfatının kazanılması bakımından bir etkisi bulunmamaktadır[592].

Ticaret ortaklıklarının tacir sıfatı ticarî işletme işletmekten bağımsız olarak söz konusu olmaktadır. Zira TTK ticaret ortaklıklarına (tescil ile birlikte tüzel kişilik kazandıkları andan itibaren) herhangi bir şart öngörmeksizin tacir sıfatı tanımıştır. Ortaklığın tasfiye aşamasına girmesi tüzel kişiliğine veya tacir sıfatına etki etmemektedir[593]. Ticaret ortaklıklarının tacir sıfatının sona ermesi, ortaklık kaydının ticaret sicilinden terkini ile söz konusu olur. Ticaret sicilinden terkin ile ortaklığın tüzel kişiliği ve tacir sıfatı ortadan kalkmaktadır. Ancak burada bir hususa değinmek gerekmektedir. Şöyle ki, anonim ortaklıklara ilişkin TTK m. 547 düzenlemesi uyarınca tasfiye aşamasının tamamlanıp ortaklığın ticaret sicilinden terkin edilmesinden sonra, ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılırsa, bu ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar ortaklığın sicile yeniden tescili mümkün bulunmaktadır[594]. Öğretide de bu kapsamda ortaklığın ticaret sicilinden terkin edilmesinin hukukî niteliğine ilişkin görüş birliği

---

[591] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 135.
[592] **Şener**, Ticari İşletme, s. 163.
[593] **Çakı**, s. 54-55.
[594] Ek tasfiye kurumunun diğer ortaklıklar bakımından da uygulanabileceğine ilişkin bkz. TTK m. 565/2, TTK m. 643, KoopK m. 98; **Şener**, Ek Tasfiye, s. 5-13.

bulunmamaktadır[595]. Bu bağlamda öğretide bir görüş ortaklığın hukukî varlığının sona ermesi bakımından ticaret sicilinden terkinin kurucu nitelikte olduğunu; bir görüş ticaret sicilinden terkinin aksine, malvarlığının bulunmamasını esas alırken; bir başka görüş ise söz konusu iki unsurun da bir arada bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Ek tasfiye durumunda ortaklığın yeniden sicile tescili ile tekrar sona erip ticaret sicilinden terkin anına kadar basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu olması gerekir. Ancak ek tasfiye işlemlerinin gerekli olduğunun anlaşılması ve sicile tekrar tescil için geçen süre boyunca basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı sicilden terkinin hukukî niteliğine ilişkin kabul edilecek görüş uyarınca farklılık gösterir. Bizim de katıldığımız çift unsur öğretisi görüşü[596] uyarınca ortaklığın hukukî varlığının tamamıyla ortadan kalkması için sicilden terkin ve malvarlığının bulunmaması unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. İlgili iki şarttan birinin bulunmaması ortaklığın varlığının da devam ettiğini göstermektedir. Bu durumda söz konusu iki şarttan birinin bulunmaması basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün de devam ettiği sonucunu doğurmaktadır.

Amacına varmak amacıyla ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar müşteri çevresiyle ilişkiye geçerek ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemlere başlamış olmakla, bir başka ifadeyle ticarî işletmeyi işletmeye başlamakla tacir sıfatını kazanırlar[597]. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de söz konusu andan itibaren doğmuş olmaktadır. Bununla birlikte dernek ve vakıflar da gerçek kişi tacirlere benzer şekilde ticarî işletmeyi işletmekten vazgeçmeleri, başka birine devretmeleri veya ticarî işletme vasfının sona ermesi durumunda tacir sıfatını kaybetmektedirler[598]. Bu hususta gerçek kişi tacirler bakımından ifade edilenler amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar için de geçerlidir. Zira gerçek kişiler gibi dernek ve vakıfların da tacir sıfatı bir ticarî işletmenin varlığına ve işletilmesine bağlıdır. Dernek veya vakfın tüzel kişiliğinin

---

[595] Ortaklıklar bakımından ticaret sicilinden terkinin hukukî niteliğine ilişkin öğretideki görüşlerin ayrıntılı açıklaması için bkz. **Çakı**, s. 185 vd.

[596] Öğretide *Bilge* ve *Şener* de ortaklığın tacir sıfatının sona ermesi hususunda çift unsur öğretisini benimsemektedir. Bkz. **Bilge**, s. 188; **Şener**, Ek Tasfiye, s. 18 vd.

[597] **Şener**, Ticari İşletme, s. 164-165.

[598] Adî ortaklık çatısı altında ortak sıfatı ile bir ticarî işletme işleten ve bunun sonucu olarak tacir sıfatına sahip olan gerçek kişiler ve dernek ve vakıflar adî ortaklık payının devri ile ortaklıktan çıkma ve çıkarılma durumlarında da tacirlik sıfatlarını yitireceklerdir. Bu hususta açıklama için bkz. **Türkmen**, s. 43 vd.

kaybedilmesi durumunda da tacir sıfatı sona ermekte ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de son bulmaktadır[599].

Kendi kuruluş Kanunları uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek amacıyla Devlet, İl Özel İdaresi, Belediye ve Köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar ticarî işletme işletme şartına bağlı bulunmaksızın tacir kabul edildiklerinden, kuruluşlarını resmî olarak tamamladıkları andan kuruluşun kapatılması anına kadar tacir sıfatları bulunmaktadır.

2.2.4. Donatma İştiraki

Donatma iştirakine ilişkin olarak TTK m. 1064 uyarınca "*birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanma*" durumuna geçmeleri hâlinde tacirlere ilişkin hükümler, dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de başlamaktadır. Donatma iştirakine ilişkin olarak TTK m. 1082 vd. da sona erme sebepleri belirtilmektedir. Bu nedenlerden birinin gerçekleşmesi durumunda donatma iştiraki tasfiye aşamasına geçmektedir (TTK m. 1086). Tasfiye sürecinin sonuna kadar donatma iştiraki tacirlere ilişkin kurallara ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olmaktadır[600].

2.2.5. Hâkim Teşebbüs

Hâkim teşebbüsün TTK kapsamında hâkimiyetinin söz konusu olduğu andan itibaren tacir sıfatı ve buna bağlı olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de başlamaktadır. TTK'da öngörülen hâkimiyet şartlarının yitirilmesi durumunda ise hâkim teşebbüsün de tacir sıfatı ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sona ermektedir[601]. Bununla birlikte hâkim teşebbüsün gerçek ve tüzel kişi olması durumlarına

---

[599] **Şener**, Ticari İşletme, s. 175; **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 150.
[600] **Bilge**, s. 192; **Şener**, Ticari İşletme, s. 176.
[601] Hâkim teşebbüsün tacir sıfatına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. yukarıda 2.1.5., s. 118-120.

bağlı olarak da tacir sıfatı sona erebilir. Hâkim teşebbüs gerçek kişi ise ölüm ile tacir sıfatı sona erer; tüzel kişi ise tüzel kişinin sona ermesi ve ilgili Kanunu uyarınca tüzel kişiliğin yitirilmesi ile tacir sıfatı kaybedilir. Tüzel kişiliği bulunmayan kişi toplulukları bakımından ise topluluğu oluşturan tek bir gerçek kişinin ölümü tacir sıfatının kaybına sebep olmamalıdır. Bu hususta kalan kişiler bakımından hâkimiyet şartlarının devam edip etmediği araştırılmalıdır.

2.3. FAALİYET BAKIMINDAN

2.3.1. Gerçek Kişi Tacir

TTK m. 18/2 uyarınca tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde[602] basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir. Bu itibarla ticarî faaliyet kapsamındaki sorumluluğun dayanağının sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olmasına bakılmaksızın tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli davranma yükümlülüğü altındadır[603].

Basiretli iş adamı gibi davranmanın faaliyet bakımından kapsamına ilişkin öncelikle gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir ayrımı yapılması gerekmektedir. Zira gerçek kişi tacirin adî iş sahası da bulunmaktadır. Bu kapsamda gerçek kişi tacir adî iş sahası bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altında değildir. Şöyle ki TTK m. 19/1'de "*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.*" kuralına yer verilmektedir. Gerçek kişi tacirin işlemi ticarî işletmesi ile ilgili değilse bu hususu karşı tarafa bildirdiği takdirde ilgili işleme ilişkin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de söz konusu olmamaktadır. Gerçek kişi tacir işlemin ticarî işletmesi ile ilgili olmadığını bildirmediği hâlde işin ticarî sayılmasına hâlin şartları elverişli değilse

---

[602] TTK m. 18/2 hükmünde yer alan "*ticaretine ait bütün faaliyetlerinde*" ifadesi ile neyin kastedildiğinin açık olmadığı, ifadenin terimsel açıdan sorunlu olduğu yönünde bkz. **Can**, Basiretli Tacir, s. 57.

[603] **Brox/Henssler**, s. 203. "*Bütün faaliyetler*" ifadesi ile beklenen özenin yalnızca sözleşmesel ilişkilerde değil, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve hatta sözleşme öncesi sorumluluk bakımından da söz konusu olduğunun kastedildiği yönünde bkz. **Tekil**, s. 135. Benzer yönde "bütün faaliyetler" ifadesi ile borcun kaynağına atıf yapıldığına ilişkin bkz. **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 151, dn. 99.

yine söz konusu işlem bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Öğretide "*bütün ticarî faaliyetler*" ifadesinin tacirin ticarî işletmesinin faaliyet alanı ile sınırlı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirin sadece kendi ticaretine ait faaliyetleri ile sınırlı değildir[604]. Şöyle ki tacir, ticarî işletmesinin konusu ile ilgili olmayan herhangi bir ticarî işinde de basiretli davranma yükümlülüğü altındadır. Zira bu yükümlülük ticarî işletme ile bağlantılı olmayıp, doğrudan tacir sıfatı ile bağlantılıdır[605]. Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gerçekleştirdiği tüm ticarî işler bakımından söz konusu değildir. Tacir yalnızca faaliyet gösterdiği alana ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altındadır[606]. Zira basiretli davranma gerekliliğine bağlı hukukî sonuçlar, tacirin, ticarî faaliyet alanına ilişkin olarak bilgi ve tecrübeye sahip olduğu varsayımına[607] dayanmaktadır[608].

---

[604] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 132; **Kizir**, Mahmut: Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, SÜHFD, C. 19, S. 2, 2011, s. 253-254.

[605] **Karslıoğlu**, Hasan: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü Bağlamında Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, LHD, C. 20, S. 231, 2022, s. 856; **Uyumaz**, Alper/**Türk**, Mehmet Cemil: Tacirin Tüketici Sıfatı, AÜHFD, C. 73, S. 3, 2023, s. 1616, 1625.

[606] Kanunun lafzında "*ticari işlerinde*" kavramı yerine açıkça "*ticaretine ait bütün faaliyetlerinde*" ifadesinin tercih edildiği; Kanun koyucunun temel bir kavramı tercih etmeyip başka bir ifade kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu; üstelik ticarî iştigal alanıyla hiçbir ilgisi bulunmayan bir konuda tacire bu yükümlülüğü yüklemenin tacir için hükmün amacını aşan bir sorumluluk getireceği yönünde bkz. **Özsoy**, Ahmet: Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2020, s. 43.

[607] Bu hususu kira sözleşmeleri bakımından değerlendiren *Üçer/Meriç*, her kira sözleşmesinde kiracı tacirin uzman olmasının beklenmesinin yerinde olmadığını öne sürmektedir. Yazara göre örneğin üretim için fabrika kiralayan tacirin fabrikanın ayıplı olup olmadığını araştırması basiretli iş adamı gibi davranması yükümlülüğünün bir gerekliliği iken, ticarî sözleşmelere aracılık faaliyeti yürüten bir tacirin ofis kiralaması durumunda kira sözleşmesinin tarafı kiracı tacir olarak basiretli iş adamı gibi davranmasını beklemek yerinde değildir. Zira ilgili tacirin deneyim ve tecrübe sahibi olması beklenen alan aracılık faaliyetleridir. Bkz. **Üçer/Meriç**, s. 425-426.

[608] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 43-44; **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 82; **Karaahmetoğlu**, Basiretli İş Adamı, s. 89. Benzer yönde bkz. **Battal**, Ahmet: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı (Tacirlerin Tüketici Sıfatı), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 320.

Karayalçın bu hususta tacir sıfatının kazanılması bakımından ticarî işletme işletmesi zorunlu olan ve olmayanlar arasında bir ayrım yaparak görüş belirtmektedir. Bu kapsamda ilk olarak Yazar, TTK m. 1530 düzenlemesinde tacirler arasındaki işlemler ifadesi yerine ticarî işletmeler arasındaki işlemler ifadesinin kullanılmasının, TTK m. 18/2'de ifade edilen ticarî faaliyetin, ticarî işten daha dar yorumlanmasına olanak tanıdığını; anılan bağlamda ticarî faaliyet unsurunun, tacir sıfatına sahip olabilmek için ticarî işletme işletmesi zorunlu olan kişiler bakımından "*ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller*" (TTK m. 3) olarak

Tacirin tacir sıfatını kazanması ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu olması bakımından temel unsur kural olarak bir ticarî işletme olduğundan, yükümlülük de bu ticarî işletmenin işletilmesine ilişkin her türlü işlem bakımından söz konusu olacaktır. Vurgulanmalıdır ki, esas olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüdür. Zira kişi tacir olmakla üçüncü kişilerde bir hukukî görünüş oluşturmaktadır ve üçüncü kişilerin bu hukukî görünüşe haklı bir güveni var olmaktadır. Eğer iş ticarî işletmesinin faaliyet alanına ilişkin değilse bu hususu ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bulunmadığını ispat yükü tacirde bulunmaktadır[609].

2.3.2. Tüzel Kişi Tacir

2.3.2.1. Ticaret Ortaklıkları

Tüzel kişi tacirlerin adî iş sahası bulunmayıp, tüm işlemleri ticarî iş niteliğindedir (TTK m 19/1). Ancak TTK m. 18/2'de yer alan "*bütün ticarî faaliyetler*" ifadesinin karşılığının ticarî iş olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte TTK m. 18/2'nin ifadesinin ticaret ortaklıkları bakımından ayrı olarak yorumlanması gerekmektedir. Acaba ticaret ortaklıklarının esas sözleşmelerinde gösterilmesi gereken işletme konusu, TTK m. 18/2 anlamında onların tüm ticarî faaliyetlerinin ifadesi olup, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülükleri sadece işletme konusu çerçevesinde mi söz konusu olmaktadır? Bu sorunun cevabı için işletme konusu kavramına ilişkin açıklama yapılması gerekir.

---

anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar, tacir sıfatının kazanılması için ticarî işletme işletmesi zorunlu olmayanlar bakımından ise basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin uygulanması bakımından ticarî iş ile ticarî faaliyet arasında bir fark bulunmadığı görüşündedir. Bkz. **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 77 vd.

[609] **Can**, Basiretli Tacir, s. 60-61.

Ticaret ortaklıklarının esas sözleşmelerinde işletme konusunun belirtilmesi zorunludur[610]. İşletme konusu, ortaklığın faaliyet alanı olarak ifade edilmektedir[611]. Bir diğer ifadeyle işletme konusu ortaklığın amacına ulaşması için yürütülen faaliyetlerdir[612].

Bu husus anonim ortaklıklar bakımından öngörülen TTK m. 371/2[613] hükmü bağlamında ele alınacaktır. TTK m. 371/2 hükmü uyarınca işletme konusu dışında yapılan işlem kural olarak ortaklığı bağlamaktadır. Ancak söz konusu işlem bağlamında temsil yetkisini aşan kişinin ortaklığa karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Hüküm gereği ortaklık, üçüncü kişinin işlemin ortaklığın işletme konusu dışında kaldığı hususunda bilgi sahibi olduğunu ispatlayabilirse, işlemi geçersiz kılabilmektedir[614]. Ortaklık esas sözleşmesinin ilân edilmiş olması bu hususta tek başına yeterli delil olarak ileri sürülememektedir (TTK m. 371/2). İşletme konusunun ticaret unvanında belirtilmiş olması da karşı tarafın bu hususta kötü niyetli olduğunu kanıtlamaya yetmemektedir[615].

Görüldüğü üzere işlem, işletme konusu dışında olsa dahi kural olarak ortaklığı bağlamaktadır. Bu nedenle üçüncü kişilerin güveninin ve iyi niyetinin korunabilmesi adına ticaret ortaklıklarının her türlü işlemi bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüklerinin bulunduğunun kabulü gerekmektedir. İşletme konusu bu hususta bir sınır teşkil etmemektedir. Ancak üçüncü kişinin kötüniyetinin ispatı hâlinde ortaklığın işlem ile bağlı olmadığı durumlarda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de söz

---

[610] Bkz. TTK m. 213/1-d, TTK m. 305, TTK m. 339/2-b, TTK m. 565, TTK m. 576/1-b, KoopK m. 98.
[611] **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s. 58; **Uzunallı**, Sevilay: Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara 2013, s. 5-6.
[612] **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s. 58; **Uzunallı**, s. 8-9.
[613] Bkz. TTK m. 371/2: "*Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir.*". Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar bakımından aynı yönde bkz. TTK m. 565. Limited ortaklıklar bakımından aynı yönde bkz. TTK m. 629. Kooperatifler bakımından bkz. KoopK m. 59, m. 98. Kollektif ortaklıklar bakımından temsilcinin ortaklığın işletme konusuna giren her türlü işlemi yapmak yetkisine sahip olduğuna ilişkin bkz. TTK m. 233. Adî komandit ortaklıklar bakımından aynı yönde bkz. TTK m. 317.
[614] **Yıldız**, Burçak: Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği, Batider, C. XXVII, S. 3, 2011, s. 111.
[615] İşletme konusu konu kısmı olarak ticaret unvanında bulunsa da, esas sözleşmede belirtilen işletme konusu ticaret unvanındaki konu kısmından daha geniş kapsamlı olabilmektedir. Bu hususta bkz. **Yıldız**, s. 126-127, dn. 44.

konusu olmayacaktır. Buradaki "*kötüniyetli*" ifadesi ile, işlemin karşı tarafının işlemin işletme konusu dışında kaldığını biliyor olması veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunması kastedilmektedir[616]. İşlemin işletme konusu dışında olduğunu karşı tarafın "*bildiği veya bilmesi gerektiği*" durumda ortaklığın işlemle bağlı olmayacağına ilişkin TTK m. 371/2 ve tasfiye aşaması bakımından işlemin tasfiye amacı dışında olduğunu üçüncü kişinin "*bildiği veya bilmesi gerektiği*" durumda ortaklığın işlemle bağlı olmayacağına ilişkin TTK m. 539/2, karşı tarafın tacir olması durumunda farklı değerlendirilecektir[617].

Ortaklıkların işletme konusu dışında olsa dahi gerçekleştirdikleri tüm işlemlerin ortaklığı bağlaması ile bağlantılı olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün de tüm işlemleri bakımından geçerli olduğunu belirttik. Ancak ortaklıkların tüketici sıfatına sahip olduğu işlemler bakımından da basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı hususu tartışılabilir. Tüzel kişi tacirin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı hususu aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacak olmakla birlikte[618], tüketici sıfatının kabulünün tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne engel olmayacağı kanaatindeyiz. Tüketici sıfatı (örneğin TKHK m. 51/9 gereği paket tur sözleşmeleri bakımından) tacirin, TKHK'da tüketicilere ilişkin yer alan koruyucu düzenlemelerden yararlanacağı anlamına gelmektedir. Yoksa kusurun tespiti bakımından ve sözleşmesel ilişkide yer alan özen yükümlülüğü olmak bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü devam etmektedir. Nasıl ki basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tüketici tanımı (TKHK m. 3/1-k) göz önünde bulundurulduğunda, tüketici olmaya engel teşkil etmiyorsa; tüketici sıfatı da basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğini bertaraf edememelidir.

---

[616] **Yıldız**, s. 124.

[617] **Can**, Basiretli Tacir, s. 91 vd. Dahası tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden TTK m. 371/2'nin uygulanması bakımından karşı tarafın tacir olması durumunda hükmün uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı yönünde bkz. **Topçuoğlu**, Metin: Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları, SDÜHFD, C. 2, S. 2, 2012, s. 69-70. Çalışmamızda basiretli iş adamı gibi davranmanın iyiniyetin uygulanmasına ilişkin etkisi aşağıda açıklanmaktadır. Bkz. aşağıda 3.1.2., s. 142 vd. Ancak TTK m. 371'e ilişkin olduğundan ilgili öğreti görüşleri burada ifade edilmiştir.

[618] Bkz. aşağıda 3.2.1.3.2.1., s. 177 vd.

2.3.2.2. Amacına Varmak İçin Ticarî İşletme İşleten Dernek ve Vakıflar

TTK m. 19/1 hükmü tüzel kişi tacirlerin adî iş sahalarının bulunmadığı yorumuna yol açmaktadır. Ancak tacir sıfatı ticarî işletme işletilmesine bağlı olan tüzel kişi tacirler bakımından adî sahanın olmadığı yönünde bir kabul yerinde bulunmamaktadır[619]. Nitekim bunların ticarî işletme ile ilgili olmayan adî sahaları varlığını korumaktadır. Bu kapsamda amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar sadece ticarî işletmeye ilişkin faaliyetleri bakımından tacir sıfatına sahip bulunduklarından bunlar bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ticarî işletmenin faaliyet alanı ile bağlantılı bulunmaktadır. Zira ticarî işletme dışındaki faaliyetleri ticarî faaliyet niteliğinde değildir[620].

2.3.2.3. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kurulan veya Ticarî Şekilde İşletilen Kuruluşlar

Kendi kuruluş Kanunları uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek amacıyla Devlet, İl Özel İdaresi, Belediye ve Köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların ticarî işletme işletme şartı aranmaksızın tacir kabul edildiği gerekçesi ile her türlü faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır[621].

2.3.3. Donatma İştiraki

Donatma iştiraki bakımından geminin menfaat sağlamak amacıyla suda kullanılma faaliyeti ticarî faaliyet niteliğindedir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü

---

[619] **Göktürk**, Kürşat: Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi (Ticari İş), GÜHFD, C. XIX, S. 2, 2015, s. 18-20.
[620] Bu yönden tacirin gerçek kişi olması ile amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek veya vakıf olması arasında bir fark bulunmadığına ilişkin bkz. **Battal**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 325.
[621] **Can**, Basiretli Tacir, s. 64.

yalnızca bu amaç ve konu bakımından söz konusu olup, diğer faaliyetler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

2.3.4. Hâkim Teşebbüs

Hâkim teşebbüsün klasik tacir tanımından farklı olması, bu kapsamda özellikle hâkim teşebbüsün tacir olması bakımından bir ticarî işletme işletme zorunluluğu bulunmaması bu hususta ayrı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Hâkim teşebbüs bakımından (TTK m. 195/5), basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü özellikle sorumluluğunu doğuran durumlarda söz konusu olmaktadır. Sorumluluk hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması durumunda doğmaktadır. Ancak sorumluluk tam hâkimiyet durumunda ve kısmî hâkimiyet durumunda olmak üzere iki ayrı şekilde düzenlenmiştir[622]. Hâkimiyet tam değilse, hâkim ortaklık/teşebbüs bağlı ortaklığın paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip değilse, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk TTK m. 202 hükmünde düzenlenmiştir. Buna karşılık hâkim ortaklığın/teşebbüsün bağlı ortaklık üzerinde tam hâkimiyetinin söz konusu olması durumunda sorumluluk TTK m. 203-m. 206 düzenlemeleri arasında hüküm altına alınmıştır.

Kısmî hakimiyet durumunda sorumluluğu doğuran ilk hâl hâkimiyetin kullanılarak, bağlı ortaklığın, kendi yönetim kurulunun yetki alanına giren hususlarda, hukuka aykırı şekilde kayba uğratılmasıdır (TTK m. 202/1)[623]. Bu hâlde sorumluluğun doğması için kayba sebebiyet veren davranışın özen borcuna aykırı olması gerekmektedir. TTK m. 202/1-d'de "*Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemez.*" kuralı öngörülmüştür. Söz konusu hüküm gereğince bağlı ortaklığa yaptırılan ve kayba yol açan

---

[622] Bu hususta bkz. **Gürel**, s. 44-47.

[623] Kısmî hâkimiyet durumunda hâkim ortaklığın/teşebbüsün hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğunun şartlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 226 vd.; **Gürel**, s. 94 vd.

işlemin, tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden bağımsız bir ortaklığın yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceğinin ispatı durumunda sorumluluk doğmayacaktır[624]. Görüldüğü üzere özen borcu bakımından esas alınan ölçü "*tedbirli bir yöneticinin özeni*" olarak ifade edilmektedir. O hâlde hâkim ortaklık/teşebbüs bağlı ortaklık üzerinde hâkimiyet kurarken bağımsız bir ortaklığın tedbirli bir yöneticisi gibi davranmalıdır[625]. Hükmün Gerekçesinde ise TTK m. 202/1-a'da sayılan işlem ve fiillerin "*basiretli bir hareketin gereği*" olarak ortaya çıkması durumunda sorumluluğun söz konusu olmayacağı ve bunun adaletin gereği olduğu ifade edilmiştir[626]. Burada da kavram birliğinin sağlanması bakımından bir tutarsızlık olduğu görülmektedir. Hâkim teşebbüs tacir sayıldığından özen yükümlülüğü bakımından basiretli bir iş adamı gibi davranması öngörülmektedir. Ancak sorumluluğun doğacağı ilk hâl bakımından "*tedbirli bir yöneticinin*" özeni ifadesi kullanılmış, dahası hükmün gerekçesinde de "*basiretli hareketten*" söz edilmiştir. Burada yeknesak bir terim kullanılmalı ve yeknesak bir nesnel özen ölçüsünden hareket edilmelidir. Kısmî hâkimiyet durumunda sorumluluğu doğuran ikinci hâl ise bağlı ortaklık genel kuruluna hâkimiyet kullanılarak açıkça anlaşılır haklı sebebi bulunmayan kararların aldırılmasıdır (TTK m. 202/2).

Tam hâkimiyet, hâkim ortaklığın/teşebbüsün bağlı ortaklığın paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olmasına durumunda söz konusu olmaktadır. Bu durumda hâkim ortaklığın yönetim kurulu[627], bağlı ortaklığın yönetim organlarına talimat verme yetkisi ile donatılmıştır. Bu kapsamda tam hâkimiyet hâlinde

---

[624] Buradaki özen yükümlülüğünün hâkim teşebbüs bakımından da söz konusu olacağı yönünde bkz. **Gürel**, s. 106.

[625] Burada anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen TTK m. 369'daki özen derecesi ile paralel bir düzenleme yapıldığı, şu hâlde hâkim ortaklığın/teşebbüsün hâkimiyeti kullanırken söz konusu ortaklığın yönetim kurulu üyesi gibi davranması ve özen göstermesi gerektiği yönünde bkz. **Gürel**, s. 107. Benzer yönde bkz. **Okutan Nilsson**, s. 263.

[626] Bkz. TTK m. 202/1-d gerekçesi.

[627] Ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında "*yönetim kurulu*" kavramı, hâkim teşebbüs bakımından tüzel kişilerde yönetim organını, gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade etmektedir. Bkz. TTK m. 195/6.

basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü topluluğun ekonomik politikalarını belirleme hususunda karşımıza çıkmaktadır (TTK m. 203)[628].

Son olarak hâkim teşebbüsün güvenden doğan sorumluluğu söz konusu olmaktadır. TTK m. 209 hükmü uyarınca hâkim ortaklık/hâkim teşebbüs topluluk itibarının, topluma ve tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı durumlarda, bu itibarın kullanılmasının[629] oluşturduğu güvenden dolayı sorumludur[630]. Buradaki güvenden doğan sorumluluğun TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralının farklı bir görünüm şekli olduğu öne sürülmektedir[631]. Güven sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur[632]. Hâkim ortaklığın/teşebbüsün kusurlu kabul edilebilmesi için kendisine atfedilen davranış ile karşı tarafta somut bir beklenti uyanmasına neden olunduğunu biliyor ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması gerekmektedir[633]. Burada kusur bakımından esas alınacak özen ölçüsü de basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü olmaktadır. Bilme veya bilebilecek durumda olma hususu tacir bakımından olağan bir kişiye kıyasla farklı yorumlanmaktadır[634]. Hâkim teşebbüsün ortaklıklar topluluğu dışında kalan faaliyetleri bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır[635].

---

[628] Hâkim ortaklığın/teşebbüsün topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları gereğince talimat verme yetkisi için bkz. **Gürel**, s. 132 vd. Bu hususta sorumluluğun şartlarına ilişkin bkz. **Gürel**, s. 136 vd.

[629] İtibar kullanımı, üçüncü kişide somut durumla ilgili bir güven uyandıran ve hâkim ortaklığı/teşebbüsü açıkça hukukî bir edim yükümü altına sokmamakla birlikte, hâkim ortaklığın/teşebbüsün belli bir davranışı gerçekleştireceği hususunda üçüncü kişiyi haklı bir beklentiye sokarak, onun tasarruflarını etkileyen olguyu ifade etmektedir. Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 492.

[630] TTK m. 209 hükmünün uygulanma şartları için bkz. **Aker**, Halit: Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme (Güvenden Doğan Sorumluluk), AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 61 vd.

[631] **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 193 vd. Aynı yönde TTK m. 209'da düzenlenen güvenden doğan sorumluluğun TMK m. 2/I'de düzenlenen dürüstlük kuralı doğrultusunda benimsenmiş sözleşme öncesi sorumluluktan kaynaklandığı, sözleşme öncesi sorumluluğun Kanunda düzenlenmiş örneklerinden biri olduğu görüşü için bkz. **Aker**, Güvenden Doğan Sorumluluk, s. 53.

[632] **Okutan Nilsson**, s. 493. Kusurun kast veya ihmal şeklinde olabileceği yönünde bkz. **Aker**, Güvenden Doğan Sorumluluk, s. 87.

[633] **Okutan Nilsson**, s. 493-494.

[634] Ayrıca bkz. aşağıda 3.1.2., s. 142 vd.

[635] **Karaman Coşgun**, Teşebbüs, s. 150.

3. BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA İLE İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR

3.1. TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR

3.1.1. Dürüstlük Kuralına İlişkin

TMK m. 2/I hükmünde "*herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*" öngörülmüştür. Görüldüğü üzere ilgili düzenlemede dürüstlük kuralının tanımı yapılmamıştır. Öğretide dürüstlük kuralı, toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekâlı bir kişinin, belirli bir hukukî ilişkide, genel ahlâk, doğruluk ve karşılıklı güven esasına uygun davranması olarak tanımlanmaktadır[636]. Dürüstlük kuralı, herkesin uyması gereken genel ve objektif nitelikte bir davranış kuralıdır[637]. Kişilere tanınan her bir hakkın kapsamı ve kullanılma şartları düzenlenmiştir. Ancak sonsuz ihtimallerin değerlendirilmesinin olanaksızlığı karşısında, hakların kullanılmasında göz önünde bulundurulacak genel bir sınırlama koyma ihtiyacı hasıl olmuştur[638]. Dürüstlük kuralı bu ihtiyacın bir sonucu olarak hüküm altına alınmıştır. Dürüstlük kuralı kanunî düzenlemelerden ve hukukî işlemlerden doğan hak ve borçların kapsamının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Bu bağlamda dürüstlük kuralı kanunî düzenlemelerin ve sözleşmelerin yorumu, sözleşme müzakerelerinde özenli ve dürüst davranma yükümlülüğü, sözleşmelerin tamamlanması, düzeltilmesi ve yan

---

[636] **Dural/Sarı**, s. 182 vd.; **Ünlütepe**, Mustafa: Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara 2021, s. 397-398; **Kayıhan**, Medeni Hukuk, s. 121.
[637] **Dural/Sarı**, s. 182 vd.; **Ünlütepe**, s. 398.
[638] **Dural/Sarı**, s. 182 vd.

yükümlülük oluşturma, sözleşmede değişiklik yapma ve sona erdirme bakımından işlev göstermektedir[639].

TMK ve TBK'nın genel hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağına ilişkin TMK m. 5 hükmü gereği, dürüstlük kuralına ilişkin TMK m. 2 hükmü ticaret hukuku alanında da uygulama alanı bulmaktadır. Somut olayda dürüstlük kuralına uygun davranış, dürüst, makul, aynı durumda orta zekâlı bir kişinin davranışı esas alınarak tespit edilecektir[640]. Ancak tacirler bakımından hükmün uygulanması farklılık arz edecektir. Nitekim tacir basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır ve tacir için dürüstlük kuralına uygun davranışın tespiti ancak aynı durumda basiretli bir tacirin davranışı esas alınarak yapılacaktır[641]. Görüldüğü üzere basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, tacirin dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığını tespit ederken kullanılacak ölçüyü (gösterilmesi beklenen özen seviyesini) ağırlaştırmaktadır[642].

Dürüstlük kuralının bir diğer yüzü ise hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Hakkın kötüye kullanılması dürüstlük kuralına uymayan davranış teşkil etmektedir. Nitekim TMK m. 2/II'de "*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" öngörülmüştür. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen TMK m. 2 tüm özel hukuk ilişkilerinde ve herkes bakımından sonuç doğuracak bir hükümdür.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacirler bakımından dürüst davranışın tespitinde daha ağır bir yorum yapılmasını gerektirir. Ancak basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, sözleşmenin karşı tarafının dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye

---

[639] **Akyol**, s. 6, 38,42; **Dural/Sarı**, s. 183 vd.; **Kayıhan**, Medeni Hukuk, s. 125; **Uçaryılmaz**, Dürüstlük Kuralı, s. 281 vd.
[640] **Ünlütepe**, s. 400; **Kayıhan**, Medeni Hukuk, s. 123.
[641] **Ünal**, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti II (Basiretli İş Adamı II), Maliye Postası, S. 181, 1988, s. 57.
[642] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 59-61; HGK, T. 20.02.2020, E. 2017/410, K. 2020/189: "*Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, tacire, tacir olmayanlara göre vasatın üstünde bir özen gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Başka bir deyişle tacir, ticari hayatında bir hakkı kullanırken veya bir borcu ifa ederken, yalnızca dürüst, namuslu, makul ve fiilinin neticelerini bilen orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde hareket edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp aynı zamanda kendi ticari sınıfına dâhil, tedbirli bir tacirin benzer olaylarda takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır.*" (Hukuk Türk).

kullanılması yasağına uymamasını gerektirmez. Sözleşmenin karşı tarafı, tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine dayanarak TMK m. 2'nin uygulanmasını kendisi açısından bertaraf edemez. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan tacir imzaladığı sözleşmenin doğurabileceği bütün hukukî sonuçları öngörmelidir. Ancak sırf basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, sözleşmenin her iki tarafı bakımından da hakkın kötüye kullanılması yasağının geçerliliğini değiştirmez[643]. Bu hususta verilen bir Yargıtay kararında sözleşmenin her iki tarafı da tacirdir. Sözleşmede, sözleşmenin banka tarafının sözleşmeyi dilediği zaman ihbarda bulunmaksızın feshedebileceği ve bu durumda karşı tarafın tazminat vs. talebinde bulunamayacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşme davacı aleyhine hükümler içermesine rağmen, basiretli iş adamı gibi davranması gereken davacı tacir sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde şartları bilerek sözleşmeyi akdetmiştir. Ancak TMK m. 2 gereği herkes haklarını ve borçlarını kullanırken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Anılan kapsamda incelendiğinde sözleşmenin davalı bankaya keyfî olarak bir hak bahşetmediğinin kabulü gerektiğinden, feshin haklı olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmalıdır[644].

---

[643] Kiracının tacir olduğu kira sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Üçer/Meriç**, s. 409; HGK, T. 17.11.2020, E. 2020/137, K. 2020/900 (Hukuk Türk).

[644] 11. HD, T. 04.02.2015, E. 2014/16555, K. 2015/1207 (Hukuk Türk). Aynı yönde bkz. 11. HD, T. 08.01.2019, E. 2017/755, K. 2019/116 (Hukuk Türk). Kararda iyiniyet kavramı yerine dürüstlük kuralı kavramının kullanılması gerekmektedir. Nitekim TMK m. 2 dürüstlük kuralını düzenlemektedir. Aynı yönde değerlendirme için bkz. **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 57, dn. 22. Bu hususta bir Yargıtay kararında emekli bir kişi bankadan kredi almış ve aylık kredi ödemelerine ilişkin emekli maaşından otomatik ödeme talimatı vermiştir. İlgili kişi ilerleyen zamanda ekonomik olarak sıkıntıda olduğu gerekçesiyle kredi ödemesine ilişkin talimatın kaldırılması talebinde bulunmuş, bankanın bu talebi kabul etmemesi üzerine bankaya dava açmıştır. İlk derece mahkemesi emekli maaşının kişinin hayatını idame ettirmek için asgarî bir tutar olduğu, kişinin ekonomik sıkıntısı nedeniyle kredi alabilmek için bu kesintiyi kabul ettiği, sözleşme serbestisinin söz konusu olmadığı ve davacının müzayaka hâlinde olduğu, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir bankanın bu hususu bilerek krediyi baştan vermemesi gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir. Ancak Yargıtay, sözleşmenin her sayfasının davacı tarafından imzalandığı, dolayısıyla sözleşmenin müzakere edilerek akdedildiği, bankanın davacının talebini kabul etmesinin, davacının kötüniyetli bir kişi olması durumunda alacağına kavuşmasını imkânsız hâle getirebileceği ve bu sonucun da TMK m. 2'ye aykırı olduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını davalı yararına bozmuştur [13. HD, T. 12.03.2020, E. 2019/6324, K. 2020/3250 (Hukuk Türk)]. Bu hususta Yargıtay kararına konu bir başka bir olayda davacı, sahte belgelerle bilgisi dışında bankadan para çekildiği, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin bu hususta kusurlu olduğu gerekçesi ile zararının tazminine yönelik dava açmıştır. Somut olayda banka ile davacı arasında yaklaşık 13 yıl süreli bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu tespit edilmiştir. İlgili sözleşme süresince davacı hesabından hem bizzat davacının kendisi tarafından hem geniş yetkilerle donattığı ve davada sahte belge ile para çektiğini iddia ettiği vekili tarafından hem de faks yolu ile birçok defa para çekme işlemi gerçekleştirilmiştir. Sahte belge ile olduğunu iddia ettiği para çekme

Bu hususta verilen HGK kararına konu bir olayda, genel bir kredi sözleşmesi bulunmaktadır. Sözleşmenin bir tarafı banka diğer tarafı da tacirdir. Tacir taraf, kredisini erken kapatmayı talep etmiş ancak bankanın buna karşılık aldığı erken kapama ücretinin fahiş olduğu gerekçesi ile dava açmıştır. Kararda, erken kapama ücretinin uygulama ve mevzuattaki yeri incelenmiştir. Erken kapama ücreti alınması bankacılık uygulamaları bakımından da bir teamül durumuna gelmiştir. Ancak ilgili sözleşmede erken kapama ücreti olarak belirli bir oran belirtilmemiştir. Ücretin banka tarafından belirlenmesi öngörülmüştür. Bu itibarla davacı tarafından genel kredi sözleşmesi imzalanırken erken kapama ücretinin öngörülmesi mümkün olmayıp bu husus belirsizlik içermektedir. Davacının tâbi olduğu basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, sözleşmedeki belirsizlik karşısında, bilinmesi mümkün olmayan bir hususa karşı önlem alınmasını gerektirecek şekilde yorumlanamaz. Sözleşme uyarınca bankanın davacının erken kapama talebini kabul etme yükümlülüğü bulunmamakta ise de davalı bu hakkını kullanırken dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uymak zorundadır. Bunun yanı sıra erken kapama ücretinin belirlenmesinde de davalı bankanın bankacılık uygulamalarını gözeterek dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun davranması gerektiği kabul edilmelidir[645]. Bu bağlamda erken kapama ücretinin, diğer bankaların dava konusu krediler ile aynı özellikteki (kullanım tarihi, vade tarihi, taksit ödeme aralığı, miktarı, erken kapama tarihi) kredilerin erken kapatılması hâlinde alacakları erken kapama ücreti tespit edilerek, her iki tarafın menfaatleri de dikkate alınıp TMK m. 2 çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir[646].

---

olayının ardından davacı, bankadan kendisi de para çekme işlemini gerçekleştirmiştir. Faks yolu ile para çekme talimatının ise davacı ile davalı arasında uzun süreli sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir teamül hâline geldiği görülmektedir. Açıklamalardan hareketle iddia edilen olayın gerçekleşmesinden oldukça uzun bir süre sonra bankaya bu taleple dava açılması TMK m. 2'ye aykırı bulunmuştur [11. HD, T. 20.02.2020, E. 2018/4414, K. 2020/1829 (Hukuk Türk)].

[645] Bankacılık sektöründe oluşan örf âdet ve teamül uygulamaları hakkaniyete uygun düşmediği sürece ileri sürülerek sorumluluktan kurtulma yoluna gidilememelidir. Bu bağlamda hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete aykırı davranışın sırf objektif olduğu gerekçesi ile emsal olamayacağı, aksinin kabulünün yanlış ve kötü uygulamaları genelleştirmek anlamına geleceği yönünde bkz. **Battal,** Güven Kurumu Banka, s. 112.

[646] HGK, T. 20.02.2020, E. 2017/410, K. 2020/189 (Hukuk Türk). Benzer yönde bir karar için bkz. 11. HD, T. 02.02.2015, E .2014/16562, K. 2015/1085 (Lexpera). Bu hususta başka bir karar için ayrıca bkz. 19. HD, T. 24.02.2014, E. 2014/337, K. 2014/3588: "*... Davacının erken ödeme talebi üzerine davalı banka tarafından ödenmesi gereken toplam borç miktarı davacıya bildirilmiş ve davacı da bildirilen bu borcu herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın ödemiştir. Taraflar tacir olup işlemlerinde basiretli davranmaları*

Dürüstlük kuralının sözleşme müzakerelerinde de dürüst ve özenli davranmayı gerektirmesi ile ilişkilendirdiğimiz bir Yargıtay kararında[647], davacı davalı tarafından açılan çay ocağı işletme ihalesine girip kazandığını, ihale şartnamesinin "*işin esası*" başlıklı maddesi ve teklif mektubunda büro, işçi yurtları ve tertip yazıhanelerindeki personele hizmet verileceğinin açıkça düzenlendiğini; ihaleyi alıp, işe başladıktan sonra, çay ocağının bulunduğu katta ve diğer katlarda davalı tarafça işletilen başka çay ocakları olduğunu tespit ettirdiğini, davalının bu eyleminin sözleşmeye aykırılık ve haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek sözleşmenin haklı nedenle feshini talep etmiştir. Somut olaydaki uyuşmazlık, ihale konusu olan çay ocağının kapsamı ile ilgilidir. Bu durumda mahkemece, bilirkişi incelemesine başvurulduğuna göre, davaya konu müessesede keşif yapılmak suretiyle davacının diğer çay ocaklarından haberdar olup olmadığı veya olmasının mümkün olup olmadığı belirlenerek, müdebbir bir tacir gibi davranıp davranmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Verilen karara konu olayda, tacirin basiretli iş adamı gibi davranıp ihaleye girdiği çay ocağına ilişkin inceleme yapması gerekse de sözleşmenin karşı tarafına yönelik haklı bir güveninin de bulunduğu kabul edilmelidir. Sözleşmenin karşı tarafının, ilgili çay ocağının yakınlarında kendisi tarafından işletilen başka çay ocaklarının bulunduğunu tacire bildirmemesi kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Basiretli iş adamı gibi davranma, sözleşmenin karşı tarafının dürüst davranmamasını gerektirecek şekilde değerlendirilemez.

3.1.2. İyiniyete İlişkin

İyiniyet kavramına ilişkin TMK m. 3 hükmüne göre, Kanunun iyiniyete hukukî sonuç bağladığı hâllerde aslolan iyiniyetin varlığıdır. Ayrıca durumun gerekleri uyarınca kişi kendisinden beklenen özeni göstermemişse, iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. İyiniyet, bir hakkın kazanılması veya bir hukukî sonucun doğması bakımından bulunan

---

asıldır. Davacı tarafından ihtirazi kayıt konulmadan borcun ödenmiş olması nedeniyle sonradan fazla ödeme iddiasıyla alacak talep edilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan..." (Hukuk Türk).

Burada erken kapama tazminatı, TMK m. 2 ile ilişkilendirdiğimiz ölçüde tartışılmıştır. Ancak erken kapama tazminatının genel işlem koşuluna ilişkin açıklamalar altında da tartışılması gerekir. Bu hususta bkz. aşağıda s. 176-177.

[647] 11. HD, T. 16.10.2003, E. 2003/3132, 2003/9450 (Hukuk Türk).

bir eksikliği bilmemek ve hâlin gerektirdiği özen gösterilmiş olsa dahi bilebilecek durumda olmamak olarak tanımlanabilmektedir[648]. TMK ve TBK'nın genel hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağına ilişkin TMK m. 5 hükmü gereği, iyiniyete ilişkin TMK m. 3 hükmünün ticaret hukuku alanında da uygulanması söz konusudur. Nitekim iyiniyete ilişkin TMK m. 3 hükmü genel hüküm niteliğindedir[649]. İyiniyet kurumunun işleyebilmesi için;

- kişinin ilgili hususta bilgisiz veya yanlış bilgiye sahip olması,
- bu bilgisizlik veya yanlış bilginin kendisinden kaynaklanmaması ve dürüstlük kuralına göre mazur görülebilecek nitelikte olması ve
- somut olaya ilişkin olarak iyiniyetin korunmasına yönelik bir düzenleme bulunması gerekmektedir[650].

Tacir bakımından burada özellik arz eden ve farklı yorumlanması gereken bilgisizlik veya yanlış bilgi sahibi olmanın mazur görülüp görülemeyeceği hususudur[651]. Öncelikle belirtilmelidir ki, tacir kendi ticarî faaliyet alanına ilişkin ticarî örf ve âdet ve teamül niteliğindeki bir hususu bilmediğini veya yanlış bildiğini ileri süremez. Zira TTK m. 2/3 hükmü bizi tacirin ticarî örf ve âdet kuralını bilmediğini iddia edemeyeceği sonucuna götürmektedir. Nitekim öğretide de bu sonuç basiretli iş adamı gibi davranma ile ilişkili tutulmuş ve basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin ticarî örf ve âdeti bilmediğini iddia etmesinin de yerinde olmayacağı ifade edilmiştir[652].

---

[648] **Dural/Sarı**, s. 235. Öğretide iyiniyete ilişkin çeşitli tanımlamalar bulunmaktadır. Bir başka tanıma göre iyiniyet, hukukî eksiklik ve aksaklığı kusuru olmadan bilmemeyi ifade etmektedir. Yine bir başka tanımla iyiniyet hukukî eksiklik ve aksaklık bulunmasına rağmen, hukuka aykırı davranma bilincinin bulunmamasını ifade etmektedir. Bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 257-258. İyiniyete ilişkin başka öğreti tanımları için bkz. **Akkanat,** Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması (İyiniyet), İstanbul 2010, s. 30 vd.

Kötüniyet ise bir hakkın kazanılması veya bir hukukî sonucun doğması bakımından bulunan bir eksikliği bilmek ve hâlin gerektirdiği özen gösterilmiş olsaydı bilebilecek durumda olmak olarak tanımlanabilmektedir **(Dural/Sarı**, s. 235). Marka hukuku bakımından bu hususstaki açıklamalar için bkz. aşağıda 4.2.3.1., s. 296 vd.

[649] **Akkanat**, İyiniyet, s. 15.

[650] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 53.

[651] **Kizir**, s. 257.

[652] Bkz. aşağıda 4.1.2.4., s. 242-243; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 54.

Bu kapsamda ikinci dikkat edilmesi gereken husus ise bilgisizliğin ve yanlış bilginin mazur görülebilmesi bakımından gösterilmesi gereken özendir. Özen kavramı ihmalin belirlenmesi bakımından bir ölçü olarak iyiniyetin tespitinde de işlev göstermektedir[653]. Tacir olmayan bir kişi bakımından bilgisizliğin veya yanlış bilgi sahibi olmanın mazur görülebilmesi unsuruna ilişkin olarak, kişinin gerekli özen ve dikkati göstermesi aranır. Söz konusu özen ve dikkatin tespiti bakımından esas alınan ölçü ise ortalama zekâ sahibi bir kişidir[654]. Gösterilmesi beklenen özen objektif olarak tayin edilmektedir[655]. Ancak tacir bakımından bu ölçü aynı alanda faaliyet gösteren benzer durumdaki basiretli davranması gereken tacirin göstermesi gereken özendir. Görüldüğü gibi tacir bakımından bu ölçü basiretli davranması gerektiğinden yüksek tutulmaktadır[656]. Tacir ortalama bir insanın göstermesi gereken özeni göstererek iyiniyet kurumundan yararlanamayacaktır. Görüldüğü üzere basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu, iyiniyet korumasına ilişkin düzenlemelerin tacirler bakımından farklı (ağır) yorumlanmasına yol açmaktadır[657]. Bir başka ifadeyle basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, TMK m. 3 hükmünün uygulanmasını tacirler aleyhine ağırlaştırmaktadır[658]. Tacir basiretli iş adamı gibi davranmadığı takdirde iyiniyet iddiasında da bulunamayacaktır[659]. Zira iyiniyetin tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü esas alınacaktır[660]. Ancak burada basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin kusursuz sorumluluğa yol açacak şekilde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmalıdır. Buna paralel olarak iyiniyet bakımından

---

[653] **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1228.
[654] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 53.
[655] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 53; **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1229.
[656] Bu hususta marka hukukuna ilişkin bir kararda tacirin, iyiniyet kuralı ve basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği sebebiyle aynı sektörde faaliyet gösterdiği tacirin markasını bilmesi gerektiği, bu nedenle tescilinin kötüniyetli kabul edileceğine hükmedilmiştir. Bkz. 11. HD, T. 12.10.2015, E. 2015/3801, K. 2015/10336 "*...tarafların markalarının esas unsurunun "C." ibaresi olduğu ve aynı sınıfta (35. sınıfta) tescil edildikleri, 25. sınıftaki emtialar yönünden de aralarında bağlantı bulunduğu, ortalama tüketiciler nezdinde birbiri ile iltibas yaratacak, organik bağ ve seri markalar izlenimi verecek şekilde benzerlik bulunduğu, davacının daha eski tescile dayalı üstün hak sahibi olduğu, davalının, davacı ile aynı sektörde faaliyet göstermesi sebebiyle, iyiniyet kuralları ve basiretli tacir kriterine göre tescilinin kötüniyetli olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalı adına TPE nezdinde 35. sınıfta tescilli 2011/87901 nolu "C. B." ibareli markanın hükümsüzlüğüne, sicilden terkinine karar verilmiştir.*" (Hukuk Türk).
[657] **Kizir**, s. 256.
[658] **Ünal**, Basiretli İş Adamı II, s. 55.
[659] **Ünal**, Basiretli İş Adamı II, s. 55-56. İyiniyetin basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olduğu yönünde bkz. **Ünal**, Basiretli İş Adamı II, s. 55.
[660] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 55.

tacirin neredeyse her durumda iyiniyetli olmadığı sonucunun baştan kabulü şeklinde değerlendirme yapılmaması gerekmektedir[661].

Sigorta prim borçlarına ilişkin olarak verilen bir Yargıtay kararında, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin prim borçlarını takip etmesi ve bu kapsamda borcunun tamamını bilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir[662]. Ancak sosyal güvenlik prim borçlarının tespiti özel uzmanlık ve hesaplama gerektirmektedir. Üstelik tacirin belirli bir döneme ait borçlarını yapılandırmak için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurup, üç ayı hariçte bırakma iradesinde olması hayatın olağan akışına uygun bulunmamaktadır. Tacir borç yapılandırması için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurduğunda, Kurumun idareyi temsil etmesinden ötürü, doğru yönlendirme ve bilgilendirme yapacağına, bütün borçlarını yapılandıracağına yönelik tacirin makul bir beklentisinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Zira tacir basiretli iş adamı gibi davranmış ve iyiniyetle borçlarını ödemek ve yapılandırmak için Kuruma başvuruda bulunmuştur. Tacirin Kurumun işlemlerine yönelik haklı bir güveninin söz konusu olması da hayatın olağan akışına uygun bulunmaktadır. Kurumun bütün borçlarının

---

[661] **Gümüş**, Basiretli İş Adamı, s. 1230.

[662] 10. HD, T. 03.07.2014, E. 2013/22218, K. 2014/16531: "*...Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden; davacı limited şirketin 12.05.2006 tarihinde bir kısım prim borçlarının 5458 sayılı Kanun kapsamında yapılandırılması için davalı Kuruma müracaat ettiği; davalı Kurum tarafından yapılan değerlendirme sonucunda prim borçlarının yapılandırıldığı ve bu kapsamda süresinde yapılandırılan primleri ödediği; ancak 12.11.2007 tarihli işlemle yapılandırma dışında kalan 2001 / 9, 10 ve 11'inci aylara ilişkin prim borçlarının davacının hesabına borç olarak kaydının yapıldığı; 09.12.2011 tarihli davacı müracaatı sonrasında prim borcunun bildirilmesi üzerine davacı şirketin borca itiraz ettiği, ancak itirazının reddedildiği anlaşılmaktadır.*

Davacı, terditli olarak söz konusu primler nedeniyle borçlu olmadığının veya hatalı Kurum işlemi nedeniyle 5458 sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılmak suretiyle primleri ödemesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiş; Mahkemece davanın kabulü ile davaya konu primlerin 5458 sayılı Kanun hükümleri nazara alınarak hesaplanması gerektiğinin tespitine karar verilmiştir.

Kanunun iyi niyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda aslolan iyiniyetin varlığıdır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de açıklandığı üzere, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Davacı limited şirket olup, tacir olduğu tartışmasızdır. Her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür. Bildirge ve bordroları tanzim etmek, tahakkuklarını takip etmek yükümlülüğü de bulunan tacirin basiretli hareket etme yükümlülüğü kendi borcunun tamamını bilmesini de gerektirir.

Dava konusu somut olayda, davaya konu 2001 / 9, 10 ve 11'inci aylara ilişkin prim borçlarının yapılandırılmadığı ve daha sonrasında da yapılandırmaya ilişkin bir talepte bulunulmadığı ve dolayısıyla davacı şirketin özen yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşıldığından, yapılandırmaya konu borçlarını takip etme yükümlülüğü davalı Kuruma yüklenemez." (Hukuk Türk).

yapılandırılmasına yönelik taciri uyarması gerekirdi. Anılan gerekçelerle kararın yerindeliğinin sorgulanabilir olduğu kanaatindeyiz.

Yargı kararlarında tacirin iyiniyetinin varlığının tartışılması ağırlıklı olarak ipotek aile konutuna ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki TMK'da aile konutunun tanımı yapılmamıştır. Öğretide ise aile konutu, geçerli bir evlilik birliği içerisinde bir araya gelmiş kişilerce aile yaşamının merkezi durumuna getirilmiş konut olarak kullanılmaya uygun eşya olarak tanımlanmaktadır[663]. TMK m. 194'te aile konutuna ilişkin hüküm öngörülmüş; buna göre eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı öngörülmüştür[664]. Anılan hüküm uyarınca aile konutu niteliğindeki taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasını tapu müdürlüğünden talep edebilecektir. Ancak bu şerh, açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır[665]. TMK m. 1023 hükmünde ise, tapu kütüğündeki tescile dayanarak iyiniyetle taşınmaz üzerinde mülkiyet ya da aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunacağı öngörülmüştür[666]. Buna göre üçüncü

---

[663] Öğretideki aile konutu tanımları için bkz. **Armutcuoğlu**, Can Yalçın: Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, MÜHFHAD, C. 17, S. 1-2, 2011, s. 414-416; **Günergök**, Özcan: Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 250-252.

[664] İpotek tesisinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Günergök**, s. 258.

[665] **Günergök**, s. 254.

[666] TMK m. 1023 kapsamında iyiniyete ilişkin Yargıtay kararına konu bir başka olayda tapu iptali ve tescil talepli dava açılmıştır. Davacı ortağı olduğu kooperatife karşı tüm yükümlülüklerini yerine getirerek bağımsız bir daire almaya hak kazandığını, halihazırda kendisine teslim edilen dairede kiracısının ikamet ettiğini beyan etmektedir. Ancak söz konusu taşınmaz tapuda bir başkası adına tescil edilmiştir. Davalı ortaklığın yapacağı basit bir araştırma ile satın aldığı bu dairenin kooperatif üyesine tahsis edildiğini ve dairede oturulduğunu öğrenebileceği, davalı ortaklığın basiretli bir iş adamı gibi davranmadığı, taşınmazın gerçek satış bedelinin çok altında temlik edildiği de dikkate alındığından tescilin yolsuz olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir [23. HD, T. 03.03.2020, E. 2017/1325, K. 2020/1467 (Hukuk Türk)]. Yine bu hususta verilen bir Yargıtay kararına konu olayda davacı ile davalı arasında taşınmaz satış vaadi ve borçlanma sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşme gereği davacı kararlaştırılan taşınmaz satım bedelini davalıya ifa etmiştir. Davalı ise taşınmazı sözleşmede kararlaştırılan tarihten daha geç bir tarihte teslim etmiştir. Geç teslimle birlikte tapu sicilinde intikal işlemi de gerçekleştirilmemiştir. Bu sırada davalının akdettiği kredi sözleşmesinin teminatı olarak diğer davalı banka lehine tapuda ilgili taşınmaz üzerine ipotek tesis edilmiştir. Kararda TMK m. 1023 kapsamında bankanın iyiniyeti basiretli iş adamı gibi davranması gereği ile ilişkilendirilerek tartışılmıştır. Bu itibarla bankanın kredi tesisinden önce bir ekspertiz raporu ile taşınmazın esasında davacının kullanımında olduğunu tespit etmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bankanın bu kapsamda araştırma yükümlülüğünü yerine getirmediği ve gerekli özeni göstermediği gerekçesi ile iyiniyet iddiasında bulunamayacağına hükmedilmiştir. Kararın yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak kararda dikkat çeken husus bankaların basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden daha ağır bir özen yükümlülüklerinin olduğu vurgusudur. Anılan karar için bkz. 7. HD, T. 23.02.2023, E. 2021/5707,

kişi tapu kütüğüne baktığında taşınmazın aile konutu olduğunu görmemişse (bu hususta şerh verilmemişse ki şerh verilmesi zorunlu bulunmamaktadır) kişinin iyiniyetli kazanımı korunacaktır. Yargı kararlarında ağırlıklı olarak üçüncü kişinin tacir banka olması durumunda, iyiniyetli kabul edilmemesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir[667, 668].

K. 2023/1103: "*Tapuda kat irtifaktı gözüken taşınmaz üzerine ipotek koyan bankanın hem basiretli tacir hem de güven kurumu olmaları nedeniyle kredi vereceği kişiler ile krediye karşı gösterilecek ayni teminatlar hususunda uzmanlığı tartışmasız olduğundan, arsa üzerinde bulunan yapıların ve bu yapılar içerisinde yaşayan insanların bankalarca bilinmediği, mevcut durumdan haberdar olmadıkları ileriye sürülemeyecektir… Bankaların sorumluluğu, bir anlamda kamu hizmeti ifa etmeleri nedeniyle kamusal güvene sahip kuruluşlar olarak tanımlanmalarından dolayı ağırlaştırılmıştır. Sorumluluğun ağırlaştırılmasında dikkate alınan, özen borcuna aykırılıktan doğan sorumluluğun kapsamını genişletmek ve hafif kusurlu ve hatta kusursuz olsalar dahi bankaların faaliyet alanlarındaki iş ve eylemlerinden sorumlu olmalarını sağlamaktır. Böyle ağırlaştırılmış bir sorumluluk karinesine sahip olan bankaların, TTK'da düzenlenen basiretli tacirin özen yükümlülüğünden çok daha ağır bir özen yükümlülüğü ile hareket etmesi gerekmektedir*." (UYAP). Bankanın güven kurumu sıfatının (bu hususta bkz. aşağıda 3.2.1.4.5., s. 194-195) ve faaliyet alanının özelliği gereği özen yükümlülüğü alelade bir tacirden elbette ki ağırdır. Ancak bu husus bankanın her olayda neredeyse kusursuz sorumlu olduğu kabulünü gerektirmemelidir. Bu hususta kanunî düzenlemelerde öngörülen bir karine de bulunmamaktadır. Olması gereken somut olayda bankanın aynı büyüklükteki (sınıftaki) bir bankanın göstermesi gereken özeni (kusurun tespiti ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından) gösterip göstermediğinin araştırılmasıdır. Kusursuz sorumluluk olarak düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66 hükmü ise bu hususta ayrı tutulmalıdır.

[667] Bkz. HGK, T. 02.03.2016, E. 2015/53, K. 2016/211: "*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanacağı kabul edilmektedir (HGK 24.04.2013, E. 2012/2-1567, K. 2013/579)… davalı banka basiretli bir tacir gibi davranarak satın alınan evin aile konutu olarak kullanılıp kullanılmadığına yönelik bir tespit yapmamıştır. Bu tespitlere rağmen aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis edilmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Bu durumda, TMK'nun 194 /1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır.*"; 2. HD, T. 14.03.2011, E. 2011/4111, K. 2011/4489: "*Üzerinde, ipotek tesis edilen taşınmazın aile konutu olduğu tartışmasızdır. Konut üzerinde hak sahibi olan davalı kocanın, eşinin rızasını almaksızın müdür olarak çalıştığı davalı şirketin doğmuş ve doğacak borçlarının teminatı olmak üzere 23.01.2007 tarihinde davalı banka lehine ipotek tesis ettirdiği anlaşılmaktadır. Taşınmazın tapu kaydında, ipotek tesisine ilişkin işlemden önce aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, lehine ipotek tesis edilmiş olan banka iyiniyetli ise bu kazanımının korunacağında kuşku yoktur (TMK. md. 1023). Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz (TMK. md 3). Lehine ipotek tesis edilen davalı banka tacirdir. Ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi yasa gereğidir (TTK. md. 20/2). Bu gereklilik teminat olarak gösterilen taşınmazın hukuki ve fiili durumunu bilmeyi de içerir. Bunu yapmamışsa özenli davranmamış demektir. Bu bakımdan davalı bankanın basiretli davranmadığı açık olup, iyiniyet iddiası haklı değildir. O halde, aile konutu üzerindeki hakların sınırlanması niteliğindeki ipotek tesisine ilişkin işlemin iptali ve sicildeki ipoteğin terkinine karar verilmesi gerekirken, isteğin reddi doğru bulunmamıştır.*"; 2. HD, T. 24.03.2009, E. 2009/1911, K. 2009/5425; 2. HD, T. 26.05.2011, E. 2010/19635, K. 2011/9192; 2. HD, T. 5.7.2010, E. 2010/10795, K. 2010/13443 (Hukuk Türk).

[668] Ancak HGK'nın bu hususta davalı banka lehine kurulan ipoteğin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulması talebini onaylayan ilk derece mahkemesi kararını, bankanın iyiniyetini araştırmadan yalnızca TMK m. 194/1 uyarınca davacı eşin açık rızasının alınması zorunluluğu gerekçesiyle onadığı kararları da bulunmaktadır. [HGK, T. 21.10.2015, E. 2015/2-247, K. 2015/2323; HGK, T. 15.05.2015, E. 2013/2-2306, K. 2015/1356 (Hukuk Türk)].

Nitekim basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir bankanın, taşınmazın aile konutu olup olmadığını da araştırması gerekmektedir. Bu hususta bir Yargıtay kararında, davalı banka konuta ipotek tesisi öncesi, işlemin tarafı olmayan eşin rızasına ilişkin belge istemiştir. Mahkemece anılan belgedeki imzanın davacı olan eşe ait olmadığı, sahte olduğu tespit edilmiştir. Rızaya ilişkin belge istemesi, bankanın konutun aile konutu olduğunu bildiğini göstermektedir. Bu durumda banka iyiniyetli kabul edilemez. Kararda basiretli iş adamı gibi davranması gereken bankanın, rızaya ilişkin imzanın geçerliliğini de kontrol etmesi gerektiğine hükmedilmiştir[669]. Ancak bu hususta Yüksek Mahkeme'nin aksi yönde çelişkili kararları da bulunmaktadır[670]. Bu hususta bir kararda, ipoteğin davacının kardeşine ait borç için verilmiş olduğu anlaşıldığından, davacının açık rızasının aranmadığının ileri sürülmesinin TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı olduğuna hükmedilmiştir[671]. Kararda bankanın iyiniyetine ilişkin bir tartışma yapılmamıştır. TMK m. 194 ipotek işlemini diğer eşin açık rızasına bağlamaktadır. Açık

---

[669] Bkz. 2. HD, T. 11.03.2015, E. 2014/21620, K. 2015/4106 (Hukuk Türk). Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 19.06.2014, E. 2014/12082, K. 2014/13842 (Legalbank); HGK, T. 29.01.2014, E. 2013/472, K. 2014/41 (Hukuk Türk). Aile konutuna ilişkin olmasa da bu hususta verilen bir yargı kararında genel kredi sözleşmesinde kefalet verilmesine ilişkin olarak açılan davada, imzaların bilirkişi raporu ile davalıların el ürünü olmadığı ortaya çıkmış ve kötüniyetin tespiti bakımından bankanın bu hususta basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğine vurgu yapılmıştır [HGK, T. 29.01.2014, E. 2013/469, K. 2014/45 (Hukuk Türk)].

[670] 2. HD, T. 29.09.2014, E. 2014/11835, K. 2014/18849: "*Davacı, aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı eşi tarafından diğer davalı banka lehine kendi rızası alınmadan ipotek tesis edildiğini, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi gereğince ipoteğin kaldırılmasını istemiştir. Davalı banka iyiniyetli olduğunu savunmuştur. Mahkemece, davacı kocanın rızası alınmadan davalı kadın adına tapuda kayıtlı olan ve aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis edildiği belirtilerek, davanın kabulü ile ipoteğin kaldırılmasına karar verilmiştir. İpotek tesisine ilişkin işlemden önce tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna dair bir şerh bulunmadığına göre, davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımı iyiniyetli olması halinde korunur (TMK. md. 1023). Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. İyiniyetin varlığı asıl olduğuna göre, ipoteğe ilişkin kazanımda davalı bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü, bunu iddia edene düşer (TMK. md. 6). Davacı, davalı bankanın kötüniyetli olduğunu gösteren bir delil getirememiştir. Bu durum nazara alınmadan davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.*" (Hukuk Türk). Anılan Kararda iki adet Karşı Oy Yazısı da bulunmaktadır. Bkz. 2. HD, T. 29.09.2014, E. 2014/11835, K. 2014/18849 Karşı Oy Yazısı: "*Malik olmayan eşin açık rızası alınmadan yapılan işlem kesin hükümsüzdür.*"; 2. HD, T. 29.09.2014, E. 2014/11835, K. 2014/18849 Karşı Oy Yazısı: "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle, lehine ipotek tesis edilen banka, "tacir" olup, bu sıfatı gereği yasal olarak basiretli hareket etmekle yükümlü olmasına (e.TTK.md.20/2, 6102 s. TTK.md.18/2), bu yükümlülüğünün alacağına teminat olarak gösterilen taşınmazın fiili ve hukuki durumunu bilmeyi de gerektirmesine, bu özeni göstermeyenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağına (TMK.md.3/2), vakıa ve karinelerden iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olanın kötüniyetli olduğunun diğer tarafa ispat ettirilmesine de lüzum bulunmadığına (14.02.1951 tarihli 17/1 sayılı içt. bir. kararı) göre, davalının temyiz itirazları yerinde görülmediğinden, usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına iştirak etmiyorum.*" (Hukuk Türk).

[671] 2. HD, T. 03.04.2015, E. 2014/21656, K. 2015/6531 (Lexpera).

rızanın alındığına dair bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca kardeşler arasındaki ilişkilerin her durumda yakın olduğu söylenemez. Bu varsayım üzerinden hüküm kurulması yerinde bulunmamaktadır. İpotek işlemini gerçekleştiren bankanın basiretli bir iş adamı gibi davranıp, ilgili konutun aile konutu olup olmadığını araştırması ve neticesinde diğer eşin açık rızasını alması gerekirdi[672].

3.2. TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR

3.2.1. Sözleşmesel Sorumluluk Kapsamında

3.2.1.1. Sözleşme Görüşmelerinde

Sözleşmenin kurulması belirli bir süreci gerektirmektedir. Nitekim sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmelerine başlanmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranma hukukî sorumluluk bakımından önem arz ettiğinden sözleşme görüşmelerinden doğan hukukî sorumluluk bağlamında farklı bir hukukî sonucun söz konusu olup olamayacağı hususu tartışılmalıdır[673].

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerine başlanması ile sözleşmenin kurulması ya da kurulmaması arasında geçen zamanda görüşenlerin birbirlerine verdikleri zararlara ilişkin sorumluluğu ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır[674]. Nitekim sözleşme görüşmelerine başlayan kişiler arasında bir güven ilişkisi doğmaktadır[675]. Bu güven ilişkisi görüşenlerin ve yardımcılarının karşı görüşene ve yardımcılarına bilinmesi gereken hususlarda açıklama yapması, doğru bilgi vermesi ve oluşabilecek muhtemel

---

[672] Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 03.04.2015, E. 2014/21656, K. 2015/6531 Karşı Oy Yazısı (Lexpera).
[673] Sözleşme görüşmeleri bakımından da tacirin özen ölçüsünün basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsüne dayanacağı yönünde bkz. **Brox/Henssler**, s. 203.
[674] **Kılıçoğlu**, s. 57, 119.
[675] **Eren**, s. 1275-1276; **Şenocak**, Kemal: Sigorta Sözleşmesini Kurmaya Yönelik İcap Beyanının Kabulü veya Reddi Yönünde İrade Beyanı Açıklanmadan Önce Sigortacının, İcaba Bağlılık Süresi İçerisinde Gerçekleşen Riziko'dan Dolayı Culpa in Conrtrahendo Sorumluluğu Söz Konusu Olabilir mi?, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 299.

zararlara karşı koruması gibi birtakım yükümlülükler doğurur[676]. Sözleşmenin kurulmasından (veya kurulamamasından) önceki süreçte meydana gelen zararların hakkaniyetle karşılanabilmesi bakımından culpa in contrahendo sorumluluğu önem taşımaktadır[677]. Sözleşme görüşmelerindeki güven ilişkisinin kaynağı dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır[678]. Görüşenler dürüstlük kuralına uygun davranış sergilemelidir. Aksi durumda görüşenlerden biri dürüstlük kuralına uygun davranmayarak karşı görüşene zarar vermişse (gerekli hususları açıklamama, yanlış bilgi verme gibi) bu zararı karşılamakla yükümlü bulunmaktadır[679].

Culpa in contrahendo sorumluluğunun şartları, sözleşme boyutuna varmayan özel bir bağlantı, haklı güvenin[680] ihlâli, kusur, zarar ve illiyet bağı olarak ifade edilmektedir[681]. Bu şartlardan kusurun tespitinde tacirler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü esas alınacaktır.

Haklı güvenin (korunmaya değer güvenin) ihlâli, sözleşme kurma aşamasına gitmeyen doğrudan sözleşme görüşmesine ilişkin yükümlülüklerin ihlâli, görüşmeleri yapılan sözleşmeyle ilişkili yükümlülüklerin ihlâli ve bütünlük menfaatlerinin ihlâli olarak ayrıma tâbi tutulmaktadır. İlkinde sözleşme kurma niyeti bulunmadan kötüniyetli olarak

---

[676] **Arıkan**, s. 72-73.

[677] Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî niteliğine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu kapsamda culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğu, sözleşme sorumluluğu olduğu ve kendine özgü (sui generis) bir sorumluluk olduğu görüşleri bulunmaktadır (**Aydınlı**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 78 vd.). Bu teorik tartışma uygulamada zamanaşımı süresinin hesaplanması ve ispat yükü gibi konularda önem taşımaktadır. Zarar görenin korunması bakımından haksız fiil sorumluluğu fikrinin dışlanması ve haksız fiil görüşüne nazaran diğer iki görüşten birinin kabulü yerinde bulunmaktadır (**Eren**, s. 1277 vd.; **Arıkan**, s. 79 vd.). Bunlar dışında culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî niteliğini klasik sorumluluk kaynakları dışında arayan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri culpa in contrahendo sorumluluğunu koruma yükümlülükleri ile ele almış, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak değerlendirmiştir **(Demircioğlu**, s. 126 vd.; **Güvenç**, Culpa in Contrahendo, s. 370). Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda s. 80-81). Diğer görüş ise culpa in contrahendonun güven sorumluluğu olduğunu ileri sürmüştür (**Kırca**, Bilgi Verme, s. 137 vd.).

[678] **Eren**, s. 1276; **Şenocak**, s. 299; **Arıkan**, s. 70-71.

[679] Culpa in contrahendo sorumluluğunun temelini dürüstlük kuralı oluşturmakta, dürüstlük kuralı tacirler bakımından farklı yorumlama gerektirmektedir. Bu kapsamda sözleşme görüşmeleri sırasında tacirlerin tacir olmayan kimselere göre daha özenli ve tedbirli davranmaları gerektiği yönünde bkz. **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 62-63.

[680] Güvenin normatif anlamda korunmaya değer olması gerekmektedir. Haklı güven (korunmaya değer güven) sözleşme boyutuna varmayan özel bağlantı ve karşı görüşenin iyiniyetli olması gerekliliğiyle açıklanmaktadır. Bkz. **Demircioğlu**, s. 181, 188.

[681] **Demircioğlu**, s. 178 vd.; **Güvenç**, Culpa in Contrahendo, s. 372 vd.

sözleşme görüşmeleri yapmak ve sözleşme görüşmelerini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde yarıda kesmek sayılmaktadır. İkincisinde ise sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermek (şekil şartı vs uyulmadığından) ve karşı taraf için sözleşmenin elverişliliğini azaltacak davranışlarda bulunmak söz konusudur. Açıklama yapma yükümlülüğünün ihlâli ve özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli sözleşmenin elverişliliğini azaltan davranışlardır. Kişinin kişi ve malvarlığı değerlerinin bütünü ise bütünlük menfaatini ifade etmektedir[682].

Kanaatimizce basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin haklı güvenin ihlâlini tespit bakımından da esas alınması söz konusudur. Özellikle sözleşmenin elverişliliğini azaltacak davranışlar olarak kabul edilen açıklama yapma yükümlülüğünün ihlâli ve özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği önem arz etmektedir.

Açıklama yapma yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların diğer tarafın sözleşmenin kurulması veya şartlarına ilişkin kararını etkileyecek önemde görülen konularda açıklama yapma ve doğru bilgi verme gerekliliğini ifade eder[683]. Bir başka ifadeyle açıklama yükümlülüğünün ihlâli, karşı tarafa kanun, sözleşme veya dürüstlük kuralı gereği açıklanması gereken hususların açıklanmaması anlamına gelir[684]. Anılan hususlar diğer tarafın sözleşmenin kurulması veya şartlarına ilişkin kararını etkileyecek hususlar olmalıdır[685]. Zira bu sebepler dışında hiç kimsenin diğer tarafı kendi özen ve dikkati ile tespit edeceği ve değerlendirebileceği hususlarda aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır[686]. Bu hususta bir Yargıtay HGK kararına konu olayda, Fransa'dan Türkiye'ye belirli bir eşyanın karayolu ile taşınması için yapılan sözleşme bağlamında

---

[682] Bunun dışında Kanunda düzenlenen sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlleri [kendi kusuruyla yanılan kişinin sözleşmeyi iptal etmesi sebebiyle karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK m. 35), temsil olunan kişinin temsilciye verdiği temsil belgesini geri almaması nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK m. 44/II), yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK m. 47)] de bulunmaktadır. Bkz. **Eren**, 1281 vd.; **Arıkan**, s.78.

[683] **Arıkan**, s. 77.

[684] **Arıkan**, s. 77.

[685] Burada irade sakatlığı da söz konusu olabilecektir. Bu durumda uğranılan zararın tazmininin dayanağı Culpa in Contrahendo sorumluluğudur.

[686] **Demircioğlu**, s. 223-224.

davalı gerekli kanunî izinlerin alınmaması sonucunda taşımanın gerçekleştirilemediğini ve hukukî imkânsızlığın söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Olayda hem davacı hem davalı lojistik alanında faaliyet gösteren tacir olduklarından, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği taşımanın sözleşme kapsamında imkânsız olduğunu her iki tarafın da bilebilmesini gerektirir. Bu kapsamda Yargıtay, davalının imkânsızlık hususunda davacıyı uyarmasını gerekli görmemiştir[687].

Açıklama yükümlülüğü, açıkça veya örtülü olarak soru sorulmasına gerek bulunmadan kendiliğinden yerine getirilmelidir. Kişi sözleşme görüşmeleri sırasında karşı görüşenin aldanmasına sebebiyet verebilecek tarzda ihmallerden kaçınmalı ve bu hususta gereken uyarıları yapmalıdır[688]. Tarafların sözleşme öncesi açıklama yapma yükümlülüğü sözleşmenin niteliğine göre her somut olayda ayrıca değerlendirilecektir[689]. Değerlendirme kıstaslarından birisi de yükümlülüğün öznesinin tacir olmasıdır. Bu husus tacirler bakımından değerlendirilirken daha ağır bir davranış ölçütü geçerli olacaktır.

Sözleşme görüşmeleri sırasında özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli (kusurlu olarak yanlış bilgi verme) ise karşı tarafa kusurla eksik veya yanlış bilgi verilmesini ifade etmektedir[690]. Örneğin bankanın özkaynağı ve malvarlığına veya bir müşterisinin kredi durumuna ilişkin bilgi isteyen kişiye kusurlu olarak yanlış bilgi

---

[687] HGK, T. 15.06.2021, E. 2017/2625, K. 2021/766 (Hukuk Türk).

[688] **Şenocak**, s. 301. Örneğin sigorta sözleşmesi akdedilmeden önce rizikonun gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması durumunun sigortacı, sigorta ettiren veya sigortalı tarafından biliniyor olması sigorta sözleşmesini geçersiz kılmaktadır (TTK m. 1458). Bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olayda sigortalıda önceden hastalığa ilişkin semptomlar görülmüş daha sonra bu semptomların bazıları kaybolmuş bazıları varlığını sürdürüyor durumdadır. Bu durumda sigortalının gelecekte sağlığının bozulması ihtimal dahilinde görülüyor ise var olan hastalığın devam ettiği kabul edilmektedir. Eğer sigortacı bu durumu biliyor ise ve hukukumuzda TTK m. 1458'e karşılık gelen hüküm uyarınca sigorta ettireni ve/veya sigortalıyı bu hususta uyarmadıysa culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca sorumlu olacaktır. Kararda sigortacı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında kusurlu kabul edilmiş ve aleyhine tazminata hükmedilmiştir. Aydınlatma yükümlülüğü, sigortacının sahip olduğu meslekî bilgi avantajı sebebiyle sigortalıyı uyarmasını gerektirmekte, aksi culpa in contrahendo kapsamında sorumluluğunu doğurmaktadır. Bkz. **Şenocak**, s. 301-302.

[689] Örneğin sürekli borç ilişkilerinde bu yükümlülüğün kapsamı genişlemekte iken, menfaatlerin çatıştığı ve iki görüşenin de öncelikle kendi menfaatini düşünmek durumunda olduğu (satım sözleşmesi gibi) sözleşmelerde kapsam daralmaktadır.

[690] Burada da irade sakatlığı da söz konusu olabilecektir. Bu durumda uğranılan zararın tazmininin dayanağı culpa in contrahendo sorumluluğudur.

vermesi bu kapsamda değerlendirilebilir[691]. Burada bankanın kusuru tespit edilirken basiretli iş adamı gibi davranma ölçü olarak alınacaktır. Bilgiyi alan karşı tarafın da bilginin doğruluğunu araştırması gerekir. Karşı tarafın tacir olması durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ortak kusura da sebebiyet verebilecektir. Bu anlamda değerlendirme kıstaslarından biri de karşı tarafın tacir olması durumudur.

Sonuç olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından karşı tarafı ve onun koruma alanı altındaki kişileri zarardan korumak amacıyla özel bir özen yükümlülüğü söz konusu olmakta ve bu yükümlülüğün ihlâlinin ve bu ihlâlde kusurun varlığının bulunup bulunmadığının belirlenmesi bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacirler bakımından farklı (ağır) bir değerlendirmeye sebep olmaktadır[692]. Bu hususta bir yargı kararında tacirin, icapta bulunan tarafta da olsa kabul eden tarafta da olsa sözleşme görüşmeleri sırasında tedbirli ve ileriyi makul ve mutad bir oranda gören bir tacir gibi davranması gerektiğine; araştırma yapmaksızın ve tedbirsiz bir şekilde hareket etmesi durumunda basiretsiz davranmış sayılacağına hükmedilmiştir[693].

---

[691] **Eren**, s. 1283.
[692] **Can**, Basiretli Tacir, s. 68-69.
[693] 15. HD, T. 19.04.2018, E. 2018/17, K. 2018/1642 (Hukuk Türk).

3.2.1.2. Sözleşmenin Kurulmasında

3.2.1.2.1. Genel Olarak

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sözleşmenin her aşamasında, kurulmasından önce[694], kurulması aşamasında[695], ifa sürecinde[696] ve hatta sözleşmenin sona ermesinden sonraki aşama için dahi gözetilmesi gereken bir yükümlülük niteliğindedir[697]. Bu kapsamda tacirin imzalamayı planladığı sözleşmeden doğacak edim yükümlülüklerini önceden[698] tahlil etmesi[699], bu hususta araştırma yapması[700],

---

[694] **Leyens**, HGB § 347, N. 2; 11. HD, T. 19.10.2020, E. 2020/2576, K. 2020/4232: "*…davalı tacirin, genel olarak ticaretini yapmış olduğu ve kendi kontrol ve denetimi altındaki civcivlerin, her türlü bulaşıcı hastalık riskine karşı gerekli koruma önlemlerini alıp, bu konuda kabul edilen asgari yükümlülüklerini yerine getirmesi, aynı zamanda basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün de bir gereği olduğu, ancak davalının özellikle civcivlerde kitlesel ölümlere yol açan marek hastalığına karşı gerekli aşı uygulamasını gerçekleştirmeden davacıya civciv teslim etmek suretiyle, hem basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği…*" (Hukuk Türk).

[695] 15. HD, T. 10.06.2002, E. 2002/1885, K. 2002/3123: *"…Davalı yüklenici şirket tacir olup, sözleşmeyi imzaladığı anda basiretli tacir gibi hareket etmek ve kararlaştırılanın ne anlama geldiğini de bilmek durumundadır.*" (Hukuk Türk).

[696] 15. HD, T. 19.07.1997, E. 1997/2169, K. 1997/3190: *"…basiretli bir tacir gibi hareket ederek önceden gerekli hazırlıklarını yapması ve taahhüdünü sözleşme ile kararlaştırılan sürede noksansız olarak yerine getirmesi icap ederdi.*" (Hukuk Türk).

[697] 11. HD, T. 04.02.2015, E. 2014/16555, K. 2015/1207 (Hukuk Türk).

[698] 11. HD, T. 03.05.2016, E. 2015/10873, K. 2016/4997: "*… davacının ihaleye girdiği dönemdeki piyasa ve alt yapı koşullarını bilerek basiretli tacir olarak teklifte bulunduğu…*" (Lexpera).

[699] 11. HD, T. 17.06.1982, E. 1982/2232, K. 1982/2904: "*…tacir olan ve TTK.'nun 20. Maddesi hükmüyle öngörüldüğü gibi, ticaretine ait tüm davranışlarında basiretli bir iş adamı gibi davranmak durumunda olan davacının; ticari işletmesine ilişkin bir işyerinin kiralanması konusundaki sözleşmede öngörülen teminat aktinin miktarının yüksekliğini, sözleşmenin kurulduğu sırada gözetmesi gerekirdi. Aslında, başlangıçta yüksek gibi görülse de söz konusu depozito; (sosyal- ekonomik) durum ve paranın satın alma gücündeki bilinen düşüş gözetildiğinde, işin özelliğine ve sağlanmak istenen güvence amacına da uygun niteliktedir.*"; 15. HD, T. 04.12.1996, E. 1996/5575, K. 1996/6442: "*… Basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gereken (TTK, m.20/II) davacı şirketin, ihalenin yapılmasından ve şartnamenin imzalanmasından sonra, piyasa şartlarının ağırlaşmasından bahisle akdi tek taraflı olarak feshetmesi, kusurlu bir davranıştır.*" (Hukuk Türk); 15. HD, T. 09.02.2005, E. 2004/3071, K. 2005/639 (Legalbank).

[700] 13. HD, T. 21.10.2003, E. 2003/7812, K. 2003/12369: "*Davacı taraf, davalıya verdiği 21.11.2000 günlü teklif mektubunda teknik şartnamenin tüm maddelerini tek tek okuyup, kabul ettiğini, bu şartname hükümlerine uygun olarak uyku tulumu üreteceğini kabul etmiştir. Davacılar tacir olup, TTK 20/2 maddesi hükmünce ticaretlerine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadırlar. O nedenle ihaleden önce ihaleye konu uyku tulumlarının teknik şartnamede gösterilen CLO değerlerine göre imal edilip edilemeyeceğini tespit edip, sonucuna göre hareket etmeliydiler.*"; 13. HD, T. 30.04.2003, E. 2003/176, K. 2003/5376: "*Davacı tacir olup TTK. 20/2 maddesi gereğince basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. Davacı sözleşmeye konu olan yerin içinde bulunan çeşmenin eski eser niteliği taşıyıp taşımadığını araştırması ve yer teslim edilmediğine göre teslim edilmeyen yerle ilgili yapacağı çalışmalardan dolayı hak isteyemeyeceğini bilmesi gerekmektedir.*" (Hukuk Türk); 11. HD, T. 22.02.2023, E. 2021/6380, K. 2023/1035:*"…davacı tarafın basiretli iş adamı gibi antrepo ücreti konusunda gerekli araştırmayı yapıp ithal ettiği ürünlerin muhafazasını sağlaması gerektiği…*" (UYAP).

risklerini[701] analiz etmesi[702], uygun tedbirleri[703] alması[704], ilgili mevzuata hâkim olması[705] ve gerekirse bir uzmandan yardım alması gerekmektedir[706]. Sözleşmenin kurulma aşamasına ilişkin olarak örneğin tacirin yabancı dilde akdettiği sözleşmeler bakımından yabancı dil kullanımından kaynaklanabilecek olası riskleri öngörebilmesi ve

---

[701] 6. HD, T. 02.07.2014, E. 2013/16269, K. 2014/8808: "*Kira ilişkisinin 1999 yılında meydana gelen Marmara depreminden sonraki bir tarihte kurulduğu, davacı - şirketin kiralananı işyeri olarak kullandığı, tacir sıfatını taşıdığı, beş yılı aşan bir zamandan beri de kira ilişkisinin devam ettiği anlaşılmaktadır. Ticaret kanununa göre tacirler basiretli davranmakla yükümlüdür. Bu durumunda tacir sıfatını taşıyan kiracının kira ilişkisi kurulurken binanın dayanıklılığıyla ilgili olarak gerekli araştırmayı yapması beklenir. Kira ilişkisi kurulurken bu araştırmayı yapmayan kiracının beş yıl boyunca kiralananı kullandıktan sonra binanın depreme dayanıklı olmadığını ileri sürmesi sözleşmenin feshedilmesini gerektiren haklı neden olarak kabul edilemez.*"; 3. HD, T. 02.10.2018, E. 2017/3699, K. 2018/9391: "*...Davacı kiracının basiretli bir tacir gibi davranıp kiralananla ilgili gerekli araştırmaları yaptıktan sonra kira sözleşmesini imzaladığının kabulü gerekir.*"; 4. HD, T. 27.02.2019, E. 2016/15983, K. 2019/1031:"*...tacir olan davacının projesiz, ruhsatsız, taşıyıcı kolonu kesilmiş olan dava konusu marketi kiralayarak basiretsiz davrandığı ve zararın oluşumunda müterafik (bölüşük) kusurunun bulunduğu açık olup...*" (Hukuk Türk). Verilen yargı kararlarına karşı tacirin yalnızca faaliyet gösterdiği ticaret dalına ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliği yönünde bir karşı görüş ileri sürülebilirse de deprem olgusunun ülkemiz bakımından yadsınamaz bir gerçeklik olduğu karşısında ilgili ve gerekli tedbirleri tüm tacirlerin alması beklenmelidir. Bu bağlamda maliki de olsa kiracısı da olsa tacirin ticarî faaliyet gerçekleştirdiği yapının şiddetli bir depreme karşı dayanıklı olup olmadığını bir uzman aracılığıyla tetkik ettirmesi gerektiği yönünde bkz. **Kaya**, İlknur: Depremin Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğüne Etkisi (Deprem-Tacir), ABD, C. 81, S. Özel Sayı- Deprem Özel Sayısı II (Özel Hukuk), 2023, s. 7. Basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken tacirin deprem zararlarından korunmaya yönelik zorunlu sigortaların yanında ihtiyarî sigortaları da yaptırması gerektiği yönünde bkz. **Kaya**, Deprem-Tacir, s. 8.

[702] 15. HD, T. 02.02.2017, E. 2016/4312, K. 2017/436: "*...basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda oldukları ihaleye katılmadan önce mahallinde zeminde gerekli etüd ve incelemeleri yaptıktan sonra uygun ve avantajlı olması halinde ihaleye katılmaları gerekirken bunu yapmadıklarından işin devamı sırasında başka bir pozdan fiyat uygulanmasını talep haklarının olmayacağı...*"; 14. HD, T. 25.10.2011, E. 2011/10111, K. 2011/12662: "*...davacı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre basiretli bir tacir olması gereken ticari şirkettir. Sözleşmeyi işletme alanını görmeden ve değerlendirmeden düzenlemesi kabul edilemez."* (Hukuk Türk).

[703] HGK, T. 23.06.2004, E. 2004/377, K. 2004/378: "*...işin uygulaması sırasında dipsavak ve enjeksiyon galerilerinin projesine göre açılması buralardaki muhtemel çökme ve göçmelere karşı her türlü tedbirin alınması basiretli bir tacir ve işinin ehli olan yüklenicinin sorumluluğunda bulunduğundan, davacı kendi kusuru ile meydana geldiği anlaşılan çökme ve göçmelerden bir bedel isteyemez.*" (Hukuk Türk).

[704] **Doğanay**, Şerh, s. 132-133; TD, T. 12.02.1968, E. 1966/1669, K. 851: *"... Her ne kadar davalı taşıyıcı ardiye olarak kullandığı yerde meydana gelecek yangına karşı -su kovası bulundurmak suretiyle- gerekli tertibatı sağlamışsa da, bu depoyu her an yangın çıkması muhtemel bir yerde meselâ bir kereste deposu, benzin istasyonu... gibi yerlerde kurmuş olması hali kendisinin basiretli bir tacir gibi hareket etme kanuni lüzumuna (TTK m. 20) aykırı düştüğünden...*" (**Doğanay**, Şerh, s. 133, dn. 60).

[705] 11. HD, T. 21.05.2012, E. 2012/4932, K. 2012/8484 (Hukuk Türk). Uluslararası ticaret yapan bir tacirin, Türk kambiyo mevzuatını bilerek ve sonuçlarını hesaba katarak sözleşme yaptığının kabulü gerektiği yönünde bkz. HGK, T. 16.02.1983, E. 1981/440, K. 1983/133 (Hukuk Türk). Ayrıca bkz. HGK, T. 27.04.2011, E. 2011/19-6, K. 2011/236: "*Davacı ciro ettiği çeki önceki cirantaya iade ettiğini ileri sürdüğüne göre basiretli bir tacir gibi davranarak iadeden önce kendi cirosunu iptal etmelidir. Oysa davacı, dava konusu çeki kendisinden önceki cirantaya iade ederken cirosunu iptal etmemiş; böylece basiretli bir tacir gibi davranmamıştır.*" (Legalbank).

[706] **Can**, Basiretli Tacir, s. 72; 15. HD, T. 19.04.2018, E. 2018/17, K. 2018/1642: "*...tacirin kiraladığı, binanın ilgili mevzuat hükümlerine uygun olup olmadığını peşinen incelemesi ve gereğinde uzmanlara tespit ettirmesi gerektiği...*" (Hukuk Türk).

taşıyabilmesi gerekmektedir[707]. Sözleşmenin akdedilme aşamasına ilişkin olarak verilen bir yargı kararında taşıyıcı tacir taşıma yerinin Kuzey Irak olması ve söz konusu bölgedeki iç karışıklıklar nedeniyle beklenilenden fazla masrafa girildiği gerekçesiyle ek ücret talebinde bulunmuştur. Ancak Yargıtay, basiretli bir tacir gibi davranması gereken taşıyıcının taşıma sözleşmesini akdederken taşıma yapılacak yolun uzunluğu, taşıma yapılacak yerin her türlü özelliği bakımından gerekli araştırmayı yaparak fiyat talebinde bulunması gerektiği ve bu kapsamda ek ücret talebinde bulunamayacağı yönünde hüküm tesis etmiştir[708]. Yine bu hususta bir kararda yüklenici tacirin basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olarak bina inşa etmeyi taahhüt ettiği arsanın imara açık olup olmadığını bilmesi gerektiği ve bu gerekçe ile binanın tamamlanmasını geciktiremeyeceğine hükmedilmiştir[709].Tacirin, ifa yerinin iklim şartlarının ifa üzerindeki etkilerini, ihraç[710] ve ithal edilecek mallara ilişkin bürokratik süreçleri[711], üretim ve temin süreçlerini bilmesi gerekmektedir[712]. Yine tacirin ifa aşamasında değişebilecek şartları makul ölçüde öngörebilmesi, ifanın zorlaşmasını önlemek için gerekli tedbirleri alması gerekir. Belirtilenlere aksi davranışları tacirin basiretsiz davrandığı sonucunu doğurmaktadır[713].

---

[707] **Özdemir**, Semih Sırrı: Ticari Sözleşmelerin Yabancı Dilde Hazırlanmasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar (Ticari Sözleşme-Yabancı Dil), İÜHFD, 11(2), 2020, s. 630. Yazar, anılan görüşü kapsamında 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türk Kullanılması Hakkında Kanunun (RG. 22.04.1926, S. 353) ilgasını veya değiştirilmesini önermektedir (**Özdemir**, Ticari Sözleşme-Yabancı Dil, s. 630).

[708] 11. HD, T. 26.03.2019, E. 2017/3617, K. 2019/2297 (Hukuk Türk).

[709] 15. HD, T. 16.09.2015, E. 2014/6194, K. 2015/4456: "*Eser sözleşmesinde yüklenici, işin ehli olduğundan basiretli tacir gibi hareket etmek zorunda olup iş bedeline hak kazanabilmesi için işi, sözleşme ve ekleriyle imar mevzuatına uygun yapmak zorundadır. Yüklenici inşaata ruhsatsız başlanamayacağını bilmesi gerektiğinden yapının kaçak hâle gelmesinde tüm sorumluluk kendisine aittir.*" (Lexpera). Aynı yönde bkz. 15. HD, T. 22.12.1994, E. 1994/3737, K. 1994/7824; 19. HD, T. 04.03.2008, E. 2007/7102, K. 2008/1973; 23. HD, T. 08.11.2013, E. 2013/4843, K. 2013/6922; 15. HD, T. 19.04.2018, E. 2018/17, K. 2018/1642; 15. HD, T. 06.06.2017, E. 2016/6053, K. 2017/2025 (Hukuk Türk); 15. HD, T. 09.06.1994, E. 1993/4329, K. 1994/3777; 15. HD, T. 14.05.2012, E. 2011/5736, K. 2012/3352 (Legalbank). Benzer yönde bir kararda yüklenici tacirin ruhsat başvurusu eksikliklerden kaynaklı işleme alınmanış ve eksikliklere ilişkin bir belge de sunulmamıştır. Bu kapsamda yüklenici tacirin ruhsat başvurusuna cevap süresini bilmesi ve süresinde cevap verilmemesi durumunda başvurunun akıbetini araştırması gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir [6. HD, T. 09.05.2023, E. 2022/603, K. 2023/1721 (UYAP)].

[710] Tacirin sözleşmeyi akdettiği tarihte ihracatın gerektirdiği işlemleri bilmesi ve sözleşme koşullarını buna göre kabul etmesi gerektiği yönünde bkz. 19. HD, T. 15.04.1993, E. 1992/7025, K. 1993/2843 (Hukuk Türk).

[711] HGK, T. 18.04.1984, E. 1984/139, K. 1984/426 (Hukuk Türk).

[712] **Ünal**, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti III (Basiretli İş Adamı III), Maliye Postası, S. 182, 1988, s. 63.

[713] **Ünal**, Basiretli İş Adamı III, s. 63.

3.2.1.2.2. Sözleşme Öncesi İmkânsızlık Durumunda

Sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin olarak önem taşıyan hususların başında imkânsızlık gelmektedir. İmkânsızlık sözleşme öncesi imkânsızlık ve sözleşme kurulduktan sonraki imkânsızlık olarak ayrıma tâbi tutulabilmektedir. Sorumluluğa etkisi bulunması hasebiyle sözleşme öncesi ve sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlık hâlleri de objektif ve sübjektif olarak sınıflandırılmaktadır[714]. Sözleşme öncesi objektif imkânsızlık bulunmakta ise geçersiz bir sözleşme söz konusu olmaktadır (TBK m. 27/I)[715]. Bu hususta borçlunun kusuru bulunuyorsa, sözleşme konusunun imkânsız olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda bulunuyorsa sorumluluğu bulunmaktadır[716]. Sözleşme öncesi objektif imkânsızlıkta sorumluluğun dayanağı culpa in contrahendo sorumluluğudur[717, 718]. Burada kusurun tespiti bakımından eğer borçlu tacirse basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü esas alınacak, bilme ve bilebilecek durumda olma hususu daha katı bir değerlendirmeye tâbi tutulacaktır[719]. Sözleşme öncesi sübjektif imkânsızlık ise, eğer borcun yalnızca borçlu tarafından ifası mümkün değil, bir başkası tarafından yerine getirilmesi mümkünse söz konusu olmaktadır[720]. Bu durumda borçlu tacirse, basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden edim taahhüdünde bulunduğu sözleşmeyi ifa edip edemeyeceği hususunu da etraflıca araştırmalı, alelade bir kişiye kıyasla bu hususta daha titizlikle davranmalıdır. Anılan gerekçe ile bu durumda tacir

---

[714] **Demirel**, Elif: İnşaat Hukukunda İmkânsızlık, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s. 74 vd.

[715] Tacirin de sözleşme öncesi objektif imkânsızlığa dayanabileceği yönünde bir karar için bkz. 11. HD, T. 07.04.2014, E. 2013/16418, K. 2014/6805 (Lexpera).

[716] **Demirel**, s. 76-77.

[717] Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hususunda açıklama için bkz. yukarıda 3.2.1.1., s. 152 vd.

[718] Bkz. 15. HD, T. 25.05.1981, E. 1981/825, K. 1981/1234: "*...Bu davada, ilgili merci tarafından davacı kooperatif arsasına inşaat izni verilmesi mümkün olmaması nedeniyle, sözleşme konusunda ifa imkansızlığı ortaya çıktığından ve bu imkansızlığın sözleşmenin kurulması sırasında da mevcut bulunması dolayısıyla, objektif yönden imkansız olan edimin (borcun) BK.nun 20. maddesi uyarınca borç ilişkisi esasen meydana gelmemiştir. Bu itibarla, taraflarca düzenlenen bu eser sözleşmesi batıl olduğundan, taraflar için hüküm ifade etmeyecek ve nedensiz zenginleşme kuralları içinde taraflar, birbirlerine verdikleri şeyleri istirdat etmek hakkını haiz olacaklardır. Ancak olayda yüklenicinin gerekli basireti göstermemesi ve sözleşmenin kusurlu hareketi sonucu kurulmasına sebep olmasından dolayı, davacı işveren kooperatifin, gerçekleşeceğine güvendiği bu sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına güvenilen aynı sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğradığı menfi zararı (olumsuz) davalı yükleniciden isteyebilmesi gerekir.*" (Hukuk Türk).

[719] **Can**, Basiretli Tacir, s. 73-74.

[720] **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 229 vd.

kusurlu kabul edilecek ve sözleşme sorumluluğu hükümleri uyarınca sorumluluğu söz konusu olacaktır (TBK m. 112).

Tekrar vurgulanmalıdır ki imkânsızlık durumunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği farklı yoruma yol açmaktadır. Şöyle ki özellikle sözleşme öncesi imkânsızlık bakımından basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu tacirin edimini ifa edip edemeyeceğini, ifanın olanaklı olup olmamasını da araştırmasını gerektirmektedir[721].

3.2.1.2.3. İrade Bozukluğu Halleri Durumunda

İrade bozukluğu, bir sözleşme kurulurken taraflardan birinin işlem iradesinin oluşma veya beyan aşamasında ortaya çıkan bozuklukları ifade etmektedir[722]. İrade bozukluğu hâllerinde sözleşme geçerli olarak kurulmaktadır ancak iradesi sakatlanan tarafın kanunun izin verdiği durumlarda geçmişe etkili olarak sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunmaktadır[723].

3.2.1.2.3.1. Yanılma

Yanılma, bir durum veya olay hakkında gerçeğe ilişkin bilinçli olmayan eksik veya yanlış düşünce veya bilgisizlik olarak tanımlanmaktadır[724]. Yanılmaya ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. İlk olarak yanılma esaslı yanılma ve esaslı olmayan yanılma olarak sınıflandırılmıştır. TBK m. 30 uyarınca sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı olmaz. Ancak esaslı olmayan yanılmalar bakımından sözleşme geçerliliğini sürdürmektedir. Bunun dışında yapılan ayrım açıklamada yanılma ve saik yanılması şeklindedir. Açıklamada yanılmada, yanılan kişinin açıklamasının içeriği ile

---

[721] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 65.
[722] **Eren**, s. 434.
[723] **Eren**, s. 435.
[724] **Eren**, s. 437; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 395; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. 1), C. 1, 20. Baskı, İstanbul 2022, s. 95.

gerçek iradesi uyuşmamaktadır. TBK m. 31'de esaslı yanılma sayılan açıklamada yanılma hâlleri sayılmaktadır. Buna göre;

- Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa,
- Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa,
- Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa,
- Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa,
- Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa

yanılma esaslı sayılmaktadır. Saik yanılmasında ise irade ve açıklama uyuşmaktadır ancak iradenin oluşması aşamasında yanlış veya eksik bir bilgi ve düşüncenin etkisiyle bir yanılma söz konusudur[725]. TBK m. 32 uyarınca ise saikte yanılma kural olarak esaslı yanılma sayılmamaktadır. Saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılması için[726];

- Yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması,
- Temel sayma durumunun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına uygun olması ve
- Yanılanın sözleşmenin temeline ilişkin saikinin karşı tarafça bilinebilir olması gerekmektedir.

Yanılmaya ilişki yapılan bu açıklamaların ardından ifade edilmelidir ki tacirlerin yanılma hükümlerine hiçbir hâlde başvuramayacakları yönünde kanunî bir düzenleme

---

[725] **Eren**, s. 438-439.
[726] Öğretide bu yanılma nitelikli saik yanılması ve temel yanılması olarak da ifade edilmektedir (**Eren**, s. 446, **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 102).

bulunmamaktadır. Basiretli davranması gereken tacir de yanılabilir[727]. Bu hususta bir yargı kararında tacir kapalı zarf usulü girdiği bir kamu ihalesinde sentetik toz deterjan için kilo başına 258 kuruştan öneri mektubu vermiştir. Tacir kilo başına 358 kuruştan öneri mektubu vermeyi amaçladığını, esaslı yanılmaya düştüğünü ve bu nedenle sözleşmenin iptalini talep etmektedir. Tacir, diğer teklif verenlerin 338, 367, 347 kuruşluk tekliflerde bulunduklarını, bu hususun da kendisinin yanıldığının açık kanıtı olduğunu, daha önceki yıllarda yapılan ihalelerde dahi kendi teklifinin çok üzerinde fiyatlarla ihaleler yapıldığını ileri sürmüştür. Davacı tacirin dışında verilen teklifler arasındaki farkların rekabetin gerektirdiği makul sayılabilecek farklar olduğu görülmektedir. Ancak davacının verdiği teklif ile diğer teklifler arasında ticarî örf ve teamülün ve rekabet durumunun gerektiremeyeceği büyüklükte bir fark bulunmaktadır. Bu fark ticarî teamül ve rekabet durumu ile izah edilemez bir farktır. Kararda bu durumda esaslı yanılmanın söz konusu olduğu, davacının yanıldığını bilseydi sözleşmeyi akdetmeyeceği sonucuna varılmış ve sözleşmeyi iptal talebinin reddi yerinde görülmemiştir[728]. Görüldüğü üzere kararda tacirin basiretli davranması gereğinden hareketle yanılma hükümlerine başvuramayacağına yönelik bir ifade bulunmamaktadır. Kararda tacirin esaslı yanılmaya düştüğüne yönelik hüküm tesis edilmiştir.

Yanılmaya ilişkin bir başka yargı kararında, tacir belirli bir nitelik ve nicelikteki malın satımına ilişkin idareye öneride bulunmuş ve önerisi kabul edilmiştir. Ancak davalı tacir bir gün sonra yanılmaya düştüğü gerekçesiyle sözleşmenin feshini bildirmiştir. Davalı sözleşmeyi feshetmede haklılığını savunsa da bir ortaklığın mevcut bir malı ticarî gereklere göre normal satış fiyatından daha aşağı satmayı düşünmesinin yanılma olarak değerlendirilemeyeceğine, feshin haksız ve kusurlu olması gerekçesi ile davacının tazminat hakkının bulunduğuna hükmedilmiştir[729]. Verilen karar mülga Borçlar Kanunu

---

[727] 11. HD, T. 18.09.1990, E. 1990/4374, K. 1990/5537: "*...Diğer yandan basiretli bir kimsenin hataya düşmeyeceği de iddia edilemez...*" (Hukuk Türk); **Özdemir**, Semih Sırrı: Zarar Sigortalarında "Lütuf Ödemesi" (Ex Gratia) Kavramı ve Halefiyet İlişkisi ile Reasürans Sözleşmeleri Açısından Başlıca Hukuki Sonuçları (Lütuf Ödemesi), SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1437-1438.

[728] 1. HD, T. 10.05.1978, E. 1977/8379, K. 1978/6346 (**Özkaya**, Eraslan: Yanılma Aldatma Korkutma Davaları (Hata Hile İkrah Davaları) (Yanılma-Aldatma-Korkutma), 5. Baskı, Ankara 2023, s. 75-76, 127-129). Benzer yönde kararlar için bkz. 4. HD, T. 15.11.1967, E. 9723, K. 8766; 4. HD, T. 07.05.1957, E. 1390, K. 2483 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 79-81); 4. HD, T. 07.07.1970, E. 4027, K. 5714 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 133).

[729] 4. HD, T. 15.02.1974, E. 228, K. 673 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 77-78)].

dönemine ilişkindir. Karar TBK kapsamında değerlendirilecek olursa, somut olayda normal satış fiyatından aşağı satışın TBK m. 31/I-5 bağlamında araştırılması gerekir. Kararda bu kapsamda normal satış fiyatından aşağı satış fiyatının önemli ölçüde az olup olmadığı hususu tartışılmamıştır. Bununla birlikte TBK m. 35'te kusur durumunda tazminat ödeneceği belirtilse de karşı tarafın yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat talep edilemeyeceği öngörülmüştür. Anılan bağlamda yanılmanın TBK m. 31/I-5 kapsamında değerlendirilmesi durumunda idarenin de yanılmayı bilmesi veya bilmesi gerekmesi hususunun da etraflıca araştırılması gerekir.

Tacir yanılmaya ilişkin düzenlemelere başvurabilmekle birlikte, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ilgili düzenlemelerin tacirlere uygulanmasında farklı bir değerlendirmeye sebep olabilecektir. Zira basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacirin sözleşme akdederken göstermesi gereken özenin ölçüsünü yüksekte tutmaktadır[730]. Eğer tacir gerekli araştırmayı yapmadan sözleşme akdederse basiretli davranmamış olacak ve yanılma hükümlerine başvurarak sözleşme ile bağlı olmadığını öne süremeyecektir[731]. Zira ortalama bir vatandaşın bilgisiz kabul edildiği birçok durumda tacir bilgisizliğini ileri süremez.

Anılan hususta Yargıtay kararına konu bir olayda, kooperatif yanıldığı iddiasıyla üzerine tapuda kayıtlanan taşınmazın tapu kaydının iptal edilerek satıcıya geçirilmesi ve satış bedelinin tahsili istemi ile dava açmıştır. İlgili taşınmazın kooperatifin alacağına karşılık olarak devralınması kooperatif yönetim kurulunda oy birliği ile kabul edilmiştir. Davacı kooperatif daha sonra taşınmazın tespiti için yaptırdığı aplikasyonda taşınmazın bir kısmının ırmak yatağı içinde kaldığını öğrendiğini ve taşınmazın vasfı konusunda esaslı yanılmaya düştüğünü öne sürerek söz konusu davayı açmıştır. Yargıtay ilgili dairesi,

---

[730] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 198-202.

[731] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 200; 15. HD, T. 08.02.2018, E. 2016/6130, K. 2018/484: "*...Davalı yüklenici işin ehli olup basiretli davranmak zorunda olduğundan ve yapacağı sondaj ile ilgili arazi ve zeminin durumunu bildiği veya bilmesi gerektiğinden somut olayda hatanın varlığından söz edilemez.*" (Hukuk Türk). Bu hususta bir Yargıtay kararında sözleşme ve ruhsat tarihleri dikkate alındığında, komşu parsellerin durumunun basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir bakımından öngörülemeyecek, bilinemeyecek ve değerlendirilemeyecek olmadığı, bu nedenle tacirin yanılmaya düştüğünü iddia edemeyeceği yönünde hüküm tesis edilmiştir [23. HD, T. 01.03.2018, E. 2016/784, K. 2018/1996 (Hukuk Türk)].

davacı kooperatifin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği, ilgili taşınmazı devralmadan önce taşınmazın tespiti amacıyla aplikasyon yaptırılması mümkün iken bundan imtina edilmesinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile bağdaşmadığı, tacirin bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiği ve irade bozukluğuna uğradığını ispat edemediği yönünde hüküm tesis etmiştir[732].

Buraya kadar yapılan açıklamalar doğrultusunda tacirler bakımından farklı yoruma yol açabilecek hususlar belirtilecek olursa, esaslı yanılma sayılan saik yanılmasının şartlarına ilişkin hususlar üzerinde durulmalıdır. Yanılmaya ilişkin hususu temel sayma durumunun[733] iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına uygun olması şartı, aynı iş bağlantısı içerisinde bulunan makul ve dürüst bir başka kişinin de aynı hususu sözleşmenin temeli olarak kabul etmesi anlamına gelmektedir[734]. Tacir bakımından temel alınacak ölçüt yine bir tacir olduğundan ve tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden buradaki ölçüt olağan bir kişiye göre yüksek olacaktır[735]. Anılan farklı yorum, yanılanın tacir olması durumuna özgüdür. Yanılan kişinin karşısında yer alan kişinin tacir olması durumuna özgü olarak da yanılanın sözleşmenin temeline ilişkin saikinin karşı tarafça bilinebilir olması şartı önem taşımaktadır. Zira bilinebilir olma ile, bilme veya gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi durumunda bilebilecek olmak kastedilmektedir[736]. Basiretli iş adamı gibi davranma tacir bakımından "*gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi durumunda bilebilecek olma*" hususunu etkilemektedir. Basiretli iş

---

[732] 1. HD, T. 28.03.2013, E. 2012/16910, K. 2013/4481 (Hukuk Türk). Aksi yönde bir kararda yeşil ve sosyal alan gibi taşınmazlar üzerindeki konut yapımına engel durumların tapu sicilinde yazılı olgular olmadığı, bu nedenle taşınmazı satın alan kooperatifin yanıldığının kabulüne yönelik hüküm tesis edilmiştir [1. HD, T. 06.06.1989, E. 3007, K. 7230 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 117-118)]. Bu hususta bir başka kararda davacının tacir sıfatı tespit edilememekle birlikte, bina yapma amacı ile satın alınan arsanın tehlikeli mıntıka içerdiği gerekçesi ile belediye tarafından inşaat ruhsatı alamaması sonucu yanıldığı iddiası kabul edilmiştir. Kararda tapuda arsa olduğu belirtilen taşınmazın, bina inşa edilebilecek bir taşınmaz olduğu varsayımının bulunduğuna, bu niteliği taşımayan bir arsanın satışı durumunda sözleşmede bu hususun belirtilmesi gerektiğine, bu nedenle davacının yanılma hükümlerine başvurabileceğine hükmedilmiştir [4. HD, T. 25.03.1957, E. 8902, K. 1610 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 142)].

[733] Yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması koşuluna ilişkin, somut olayın özellikleri çerçevesinde karşı tarafın güveninin korunması ihtiyacı hasıl olduysa tamamıyla yanılanın psikolojik durumuna ilişkin olan bu şartın kabul edilmemesi, yanılanın ağır ihmalinin varlığı durumunda saikin esas olmadığının kabul edilmesi gerektiği, ticaret hayatı açısından bu kabulün uygun olduğu yönünde bkz. **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 162-163.

[734] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 70.

[735] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 70; **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 163-164.

[736] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 71.

adamı gibi davranması beklenen tacirin gösterilmesi gereken dikkat ve özen hususunda daha tedbirli olması beklenmektedir. Bilme veya bilebilecek durumda olma hâli tacir bakımından farklı yorumu gerektirir. Ancak farklı değerlendirme tacirin her durumu bilmesi gerektiği sonucuna yol açmamalıdır[737].

Bu ayrımın dışında belirtmek gerekir ki, yanılan yanılmasında kusurlu ise karşı tarafın sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararını karşılaması gerekmektedir (TBK m. 35). Basiretli iş adamı gibi davranma kusurun (ihmalin) tespitinde ölçüt olarak alındığından tacirler bakımından yanılmada kusurun tespiti farklı kapsamda değerlendirilmektedir.

3.2.1.2.3.2. Aldatma

Taraflardan biri, karşı tarafın aldatması nedeniyle sözleşme akdettiyse yanılması esaslı olmasa dahi sözleşme ile bağlı bulunmamaktadır (TBK m. 36/I). Aldatma, bir kişide kasıtlı olarak yanlış bir düşünce oluşturarak veya var olan yanlış düşüncenin devam etmesini sağlayarak, kişiyi bir sözleşme akdetmeye yönlendirmek olarak tanımlanmaktadır[738]. Aldatma hükümlerine başvurulabilmesi için, aldatıcı bir davranış,

---

[737] Bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında, İsviçre'deki bir anonim ortaklık New York'taki bir ortaklıktan talimat almıştır. New York'taki ortaklıkça belirli bir kimyasal madde satın alması talimatı verilmişken, İsviçre'deki ortaklık talimatı yanlış anlayarak belirtilen kimyasal maddeyi satmıştır. Bu durumda yanılmaya düştüğünün iddia edilebilmesi için, karşı tarafın bu durumu biliyor veya bilebilecek durumda olması gerekir. Somut olayda tacir olduğu anlaşılan karşı tarafın, aradaki görüşmelerden satıcının yanlış bir saikle hareket ettiğini bilmesine imkân bulunmadığı gerekçesi ile esaslı saik yanılmasına ilişkin iddia reddedilmiştir [BGE 105 II 16, 23.01.1979 (https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F105-II-16%3Ade&lang=de&type=show_document, ET: 07.09.2023)]. Yine bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında, inşaat işleri ile uğraşan bir ortaklık, beton pano yapımına ilişkin kendisine en uygun fiyatı öneren ortaklıkla sözleşme akdeder. Karşı taraf daha sonra öneride yer alan fiyat hesaplamasında 32 metre yükseklikteki panoların yerine yanlışlıkla 0,53 metre yükseklikteki panoların dikkate alındığını, bu nedenle fiyatın yükseltilmesini talep etmiştir. Somut olayda ilgili yanlışlığın, inşaat işiyle uğraşan ortaklıkça bilinmesinin mümkün olmadığı tespiti ile esaslı saik yanılmasına ilişkin iddia reddedilmiştir [BGE 102 II 81, 25.06.1976 (https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F102-II-81%3Ade&lang=de&type=show_document, ET: 07.09.2023)].

[738] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 454; **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 112; **Atlan Gürer**, Hülya: Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat, ABD, 2022/3, s. 218; HGK, T. 12.02.1972, E. 1166, K. 84 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 223). Aldatmanın saikte yanılmanın özel bir hâli olduğu yönünde bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 283; **Atlan Gürer**, s. 218.

aldatma kastı ve aldatıcı davranış ile sözleşmenin yapılması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Aldatma davranışı, aktif bir eylem ile olabileceği gibi pasif bir eylemle yani susma yoluyla da gerçekleşebilmektedir.

Öğretide ve yargı kararlarında tacirlerin ticarî faaliyetlerine ilişkin bilgi ve deneyim sahibi olmaları, basiretli iş adamı gibi hareket etme gerekliliği sebebiyle aldatma hükümlerine başvurmaları durumunda daha ağır bir değerlendirme yapılacağı öne sürülmektedir[739]. Öncelikle ifade edilmelidir ki, basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu tacirlerin aldatma hükümlerine başvuramayacağı yönünde bir ön kabulü gerektirmemektedir. Ancak tacir basiretli iş adamı gibi davrandığı hâlde aldatmaya uğraması gerekmektedir. Basiretli davranmayıp aldatma hükümlerine başvuramamalıdır[740].

Öğretide *Bingöl*, bu hususta ikili bir ayrıma gidilerek değerlendirme yapılması gerektiği yönünde görüş belirtmektedir. Yazara göre aldatma aktif bir davranış ile gerçekleşmişse bu durumda tacir aldatma hükümlerine başvurabilmelidir. Aksi bir yorumda bulunmak aldatma eylemini gerçekleştiren kişiyi ödüllendirmek anlamına gelecektir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, karşı tarafa dürüstlük kuralına uygun davranmama hakkı vermediği gibi evleviyetle aldatmasının cezasız bırakılması sonucunu da doğurmayacaktır[741]. Bu hususta biz de Yazara katılmaktayız. Ancak Yazar susma yoluyla

---

[739] **Ünal**, Basiretli İş Adamı III, s. 62; **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 202; 11. HD, T. 04.06.2009, E. 2007/11843, K. 2009/6893: "*Davacı anonim şirket tacir olup, TTK'nun 20/2. maddesi gereğince bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. İdare Mahkemesi'nde açılan davanın tarafı olan davacı P. AŞ'nin, dava konusu taşınmazı işletme imkanı olup olmadığını da bilebilecek durumdadır. Davalı idare tarafından, dava konusu tesisin işletme ruhsatı alınabileceği şeklinde davacı tarafta kanaat oluşturulmaya çalışılmış olsa bile, açılan idari dava sonrası verilen karar karşısında işletme ruhsatı alma imkanı bulunmayan ve yıkımına karar verilen tesiste faaliyette bulunmaya devam eden davacının, Sağlık Bakanlığı'nın sonraki tarihli kararı ile zarara uğradığını iddia etme ve bunu da davalıdan talep etme imkanı bulunmamaktadır.*"; 11. HD, T. 14.06.1999, E. 1999/3242, K. 1999/5255: "*…davacı tacir olup ihaleye girerken basiretli bir tacir gibi davranarak gerekli araştırmayı yapması, verileri kontrol etmesi, risk faktörlerini gözden geçirerek ihaleye girmesi gerekirdi. Bunların ihmali ile devirden sonra davalı tarafından üç yıllık bir çalışma ile ulaşılmış verilere 10 ay gibi kısa bir süre içerisinde ulaştığından ve yanıltıldığından bahisle böyle bir dava açılması mümkün değildir.*"; 11. HD, T. 10.02.2020, E. 2019/3797, K. 2020/1164 (Hukuk Türk).

[740] **Ünal**, Basiretli İş Adamı III, s. 62.

[741] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 74-75. Bu hususta malın çok iyi ve verimli olduğu beyanı ile satışı ve satış sonrasında malın ayıplı çıkması durumunda, ilgili beyanın aldatma (hile) niteliğinin araştırılması gerektiği yönünde bkz. TD, T. 24.06.1971, E. 3335, K. 4876 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 375-376).

aldatma durumunun aydınlatma yükümlülüğü ile bağlantılı olduğu, bu durumda tacirin gerekli araştırmayı[742] yapması gerektiği, söz konusu hususu biliyor olması gerektiği bilmiyor olsa dahi karşısındaki kişiye açıklattırması gerektiğini öne sürmektedir[743]. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Bu görüşün her somut olay bakımından uygulanmasının söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacirin özellikle faaliyet alanına ilişkin olarak bildiği ve bilmesinin gerektiği hususları tacir olmayan bir kişiye kıyasla oldukça artırsa da başlı başına tüm hususları bildiği, bilmesi gerektiği ve bilmiyor dahi olsa açıklattırması gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanamaz. Örneğin sözleşmenin karşı tarafı banka, sigortacı gibi alanında uzman bir kişiyse, uzman kişinin karşı tarafta güven duygusu oluşturması, kişinin her hâlde bilgilendirileceği yönünde makul bir beklentisine yol açabilir[744]. Bu itibarla banka veya sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranarak taciri aldatması durumunda, sırf tacir sıfatı ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü nedeniyle aldatma hükümlerine başvurulamaması hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

3.2.1.2.3.3. Korkutma

Borçlar hukuku anlamında bir irade bozukluğu olarak korkutma TBK m. 37 ve m. 38 düzenlemeleri ile hüküm altına alınmıştır. TBK'da korkutmanın tanımı yapılmamış, sonucu ve şartları öngörülmüştür. Öğretide korkutma, kişinin irade serbestisini ihlâl etmek suretiyle onu gerçek iç iradesine uymayan bir beyanda bulunmak zorunda bırakan hukukun caiz görmediği davranış olarak tanımlanmaktadır[745]. Sözleşme taraflarından biri, sözleşmeyi, diğer tarafın veya bir üçüncü kişinin korkutması nedeniyle akdettiyse

---

[742] Bu hususta bir yargı kararında tacirin basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olarak ortaklık adına sözleşme akdeden kişinin yetkili olup olmadığını araştırması gerektiği yönünde bkz. 11. HD, T. 01.05.2006, E. 2006/3818, K. 2006/4914 (Hukuk Türk).

[743] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 74-75. Ancak aldatma kurumuna başvurunun basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulması ancak basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin faaliyet bakımından uygulanması kapsamında söz konusu olabilir. Yoksa ticarî faaliyet alanı dışındaki işlemler bakımından aldatma kurumuna başvurması durumunda tacir, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle daha ağır bir değerlendirmeye tâbi tutulmayacaktır. Bu hususta bkz. 1. HD, T. 28.04.2010, E. 2010/3723, K. 2010/4958 (Lexpera).

[744] Bu hususta bkz. **Er**, Sefa: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2023, s. 64-65.

[745] **Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 405; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 473 vd.; **Avcı**, Mehmet Özgür: İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı, MÜHFHAD, C. 27, S. 1, 2021, s. 643.

sözleşme ile bağlı bulunmamaktadır (TBK m. 37/I). Korkutan üçüncü bir kişi ise ve sözleşmenin diğer tarafı korkutmayı bilmiyor veya bilebilecek durumda bulunmuyorsa, sözleşme ile bağlı olmak iradesinde olmayan korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür (TBK m. 37/II). TBK m. 37 hükmü bakımından değerlendirildiğinde, hükmün ikinci fıkrasının uygulaması, basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir bakımından farklılık arz edecektir. Zira fıkrada zikredilen "*bilme ve bilebilecek durumda olma*"[746] hâli tacirler bakımından farklı yorumlanacaktır. İyiniyetin tespiti bakımından önem taşıyan "*bilme ve bilebilecek durumda olma*" hâli tacirler bakımından daha ağır ölçütlerle değerlendirilmektedir[747]. Basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu, tacirin olağan bir kişiye kıyasla daha özenli ve dikkatli olmasını gerektirmektedir. Bu da tacirin "*bilme ve bilebilecek durumda olma*" değerlendirmesini farklılaştırmalıdır. Sözleşmenin diğer tarafının (bilme ve bilebilecek durumda olup olmadığının araştırılması gereken tarafın) tacir olması durumunda, TBK m. 37/II hükmünün uygulanma olasılığı azalacak, tacir bakımından bu husus daha ağır bir değerlendirmeye tâbi tutulacaktır. Zira bir husus olağan bir vatandaş tarafından bilinebilecek (bilinmesi gereken) bir husus olarak değerlendirilmiyorken, tacir bakımından bilinmesi gereken bir husus olarak değerlendirilebilmektedir.

TBK m. 38'de ise korkutmanın koşulları öngörülmüştür. Belirtilen koşulları karşılayan durumlarda korkutma hükümlerine başvurulabilmektedir. Buna göre korkutma hükümlerine başvurulabilmesi için,

- Korkutma teşkil edecek bir davranışın söz konusu olması[748],
- Bu davranışın korkutma kastı ile gerçekleştirilmesi,

---

[746] TBK'da "*bilme veya bilmesi gerekme*"ye bağlanan hukukî sonuçlar bakımından da "*bilme veya bilmesi gerekme*" hususlarının (Örneğin temsile ilişkin TBK m. 45/I, m. 47/I) tacirler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulacağı yönünde bkz. **Can**, Basiretli Tacir, s. 89-91. Ticarî temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı bakımından (TBK m. 548-550) aynı yönde bkz. **Kayış**, Ferhat: TBK 548'e Göre Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamı Açısından İki Önemli Kavram: Üçüncü Kişinin İyiniyeti ve İşletme Amacı, DEÜHFD, C. 24, S. 1, 2022, s. 196, 212 vd., 232.

[747] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 75-76.

[748] Tehdit olarak tarif edilen bu davranış, kişide, irade beyanında bulunmaması hâlinde kötülüğe maruz kalacağı kanısının uyandırılmasına yönelik söz ve davranışlar olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Avcı**, s. 644.

- Bu davranışın korkutulanın[749] kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına[750] ya da malvarlığına yönelik olarak gerçekleştirilmiş olması,
- Bu davranışın ağır ve yakın bir zarar tehlikesine yol açmış olması,
- Bu davranışın hukuka aykırı olması[751] ve
- Bu davranış ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunmuş olması gerekmektedir (TBK m. 38/I)[752].

Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağının bildirilmesi kural olarak korkutma teşkil eden bir davranış olarak kabul edilemez. Bu davranış kural olarak hukuka aykırı değildir. Ancak bu bildirimi yapanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması durumunda hukuka aykırılık gerçekleşmiş ve korkutma da var kabul edilmektedir (TBK m. 38/II). Örneğin kişinin alacağını elde etmek amacıyla "*borcunu ödemezsen icraya başvuracağım, dava açacağım*" ifadesi, kanunî bir yetkinin kullanılacağının bildirilmesidir ve hukuka aykırı değildir. Ancak kişi bu yetkinin kullanılacağı tehdidi karşısında zor durumda kalıyor ve karşı taraf zor durumda kalmadan aşırı bir menfaat sağlıyor[753] ise hukuka aykırılık söz konusudur ve korkutma hükümlerine başvurulabilmektedir[754]. Örneğin icra takibi yoluna başvurulacağının bildirilmesi

---

[749] Korkutulan kişi gerçek kişinin yanı sıra tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişi iradesini organları vasıtasıyla beyan ettiğinden korkutma tüzel kişinin temsile yetkili organında yer alan gerçek kişi veya kişiler üzerinde söz konusu olmaktadır. Temsile yetkili organ tek bir gerçek kişiden ibaretse ilgili gerçek kişinin korkutulması tüzel kişinin korkutulması anlamına gelecektir. Ancak temsile yetkili organın birden fazla kişiden oluşması durumunda sözleşme akdetmeye ilişkin karar alınırken karara etki eden oya sahip bütün gerçek kişilerin korkutulup korkutulmadığı belirlenmelidir. Bkz. **Avcı**, s. 649-650; **Köroğlu**, Emre: Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, İstanbul 2020, s. 96-97. Tüzel kişinin de korkutmanın etkisi altında sözleşme akdedebileceği yönünde bkz. BGE 76 II 346 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 484-485).

[750] Tüzel kişiler bakımından bu hususta bkz. **Çakı Çifci**, Gamze: Anonim Ortaklıklar Özelinde Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması, NEÜHFD, C. 5, S. 2, 2022, s. 647-674.

[751] **Avcı**, s. 646-648.

[752] **Eren**, s. 464 vd.; **Köroğlu**, s. 79 vd.

[753] Zor durumda kalma ve menfaat sağlama şartları aşırı yararlanma (TBK m. 28) hükmü ile benzerlik göstermektedir. Zor durumda kalma ve menfaat sağlama (yararlanma) şartları bakımından aşırı yararlanma (TBK m. 28) ve korkutma hükümleri (TBK m. 38/II) bakımından somut olayda göz önünde bulundurulması gereken esasların aynı olduğu yönünde bkz. **Köroğlu**, s. 146. Ancak iki düzenleme farklı koşulları da barındırmaktadır. Bu hususta bkz. **Avcı**, s. 652. Tacir zor durumda kalabilir. Aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması bakımından da tacirin zor durumda kalabileceği (müzayaka hâli) kabul edilmektedir. Bu hususta açıklama için bkz. aşağıda 3.2.1.4.4., s. 189-191.

[754] 3. HD, T. 12.10.2000, E. 2000/8427, K. 2000/9776 (Hukuk Türk). Bir alacağın iflâs yoluyla takip edileceği tehdidi ile aşırı menfaat sağlanmasının korkutma kabul edileceği yönünde bkz. BGE 84 II 62 (**Özkaya**, Yanılma-Aldatma-Korkutma, s. 483-484).

nedeniyle borçlunun ticarî itibarının zedeleneceği ve çok daha fazla zarara uğrayacağı düşüncesi ile, taşınmazını karşı tarafa değerinden düşük bir bedel karşılığında satması ya da borcu 500000 TL iken 750000 TL değerinde senet imzalaması, TBK m. 38/II hükmünün koşullarını sağlamaktadır[755]. Aşırı menfaat sağlanıp sağlanmadığı hususunun tespiti hâkim tarafından yapılacaktır.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği korkutma hükümlerinin tacirler bakımından uygulanmayacağı sonucuna yol açmamaktadır[756]. Aksi yorum korkutanın cezalandırılmaması, ödüllendirilmesi anlamına gelecektir. Ancak yargı kararlarında basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden bahisle tacirlere korkutma hükümlerinin uygulanmasından imtina edildiği görülmektedir[757].

---

[755] Benzer örnek için bkz. **Avcı**, s. 652. Benzer somut olay için bkz. 13. HD, T. 19.10.1982, E. 1982/4652, K. 1982/6044: "*...Davacı, davalıya tapulu taşınmazını haricen satmayı taahhüt ederek 500.000 lira kapora aldığını, sonra bu taşınmazını tapu ile başkasına sattığı için davalının verdiği kapora parasının tahsili için ihtiyati haciz kararı alarak infaz ettirmek üzere davacının evine gidildiğinde davacının borcunu kabul ederek ödeme teklifinde bulunduğu, ancak vaktin geç olması nedeniyle ertesi günü ödemek üzere 500.000 liralık çek vermeyi teklif ettiği ancak alacaklı tarafın bunu kabul etmeyerek daha fazla çek verilmediği takdirde haczi tatbik ettirerek eşyaları birlikte getirdiği hamallarla alıp götüreceklerini bildirmesi üzerine davacının da olayı, o sırada evde bulunmayan annesinin ve komşuların duymaması ve itibarının zedelenmemesi için 250.000 liralık daha çek verdiği, davalı tarafın bu çekleri ertesi gün bankadan tahsil ettiği dosyadaki belgeler ve dinlenen tanık beyanları ile sabit olmuştur. Davacı, davalının kendisinden fazla olarak alınan paradan 247.500 liranın ikrar nedeniyle geri verilmesi için bu davayı açmıştır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm süresinde davalı tarafından temyiz edilmiştir. BK.m. 30/2'ye göre bir hakkın veya kanuni salahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile muzayakaya duçar olan kimsenin yaptığı akid, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa bu tehdit ikrahı muteber addolunamaz. Fakat fahiş menfaatler istihsali için tahdit olunan tarafın muzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır. Somut olayda yasanın öngördüğü bu koşullar gerçekleşmiş bulunmaktadır. Davalı, davacının içinde bulunduğu maddi ve manevi müzayaka halinden yararlanarak ondan fahiş menfaat etmiştir. Öyle ise bu sözleşme BK. m. 30/2'ye göre geçersiz olup davalı aldığını iade etmek zorundadır.*" (Hukuk Türk).

[756] **Ünal**, Basiretli İş Adamı III, s. 62.

[757] 15. HD, T. 07.04.2005, E. 2004/4318, K. 2005/2091: "*Olayda davacı şirket ve ortakları ile yetkililerinin hayat, namus, mal ve hürriyetine yönelik bir tehdidin varlığı ileri sürülüp kanıtlanmış değildir. Davalı idarenin bağlı bulunduğu bakanlığın başında bulunan bakanın, keşif artışı ile ilgili işleri 2001 yılı fiyatları ile yapmayı kabul ettiğine dair taahhütname vermemesi halinde keşif artışını imzalamayacağı, sözleşmeyi feshedeceği ve hakediş ödemesini geciktireceğine dair beyanı, taahhütname tarihi itibariyle keşif artışının iş bedelinin %30'unu aşması nedeniyle keşif artışını imzalamama ve sözleşmeyi fesih yetkisi bulunduğundan kanuni yetkinin kullanılacağını bildirme niteliğindedir. Dava konusu işin %30 keşif artışı dışında kalması nedeniyle bu işin yapılması ayrı bir sözleşme konusu olup davalı idarenin yeniden ihale yaparak işi aynı veya daha düşük bedelle başka bir yükleniciye vermesi ihtimali gözden uzak tutulamayacağından idarenin fahiş menfaat temin ettiğinden söz etmek mümkün değildir. Bunun yanında idarenin ne şekilde fahiş menfaat temin ettiği de somut delillerle kanıtlanamamıştır. Kaldı ki davacı müzayaka halinde olması nedeniyle taahhütnameyi verdiğini ispat edemediği gibi keşif artışları dahil tüm iş bedeli dikkate alındığında müzayaka halinde bulunduğunun kabulü de mümkün değildir.*"; 11. HD, T. 21.10.2014, E.

3.2.1.3. Sözleşmenin İçeriğinde

3.2.1.3.1. Genel İşlem Koşulları

TBK m. 27 uyarınca Kanunun emredici düzenlemelerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bunun dışında sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar, Kanunda öngörülen sınırlar içerisinde sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler (TBK m. 26). Ancak günümüzde iş ve ticaret hayatının değişiminin ve hızlanmasının sonucu olarak sözleşmelerde yer alan düzenleme ve koşulları taraflardan birisinin tek yanlı olarak önceden hazırlayarak karşı tarafa sunduğu görülmektedir. Bu nitelikteki sözleşmeler öğretide standart sözleşme olarak ifade edilmektedir[758]. Anılan sözleşmelerde herhangi bir müzakere ve pazarlık olanağı bulunmamakta, önüne sözleşme getirilen kişiye yalnızca sözleşmeye sunulduğu hâliyle taraf olmak ya da sözleşmeyi sunulduğu hâliyle reddetmek seçenekleri dayatılmaktadır[759]. Bu tür sözleşmelere örnek olarak banka kredi sözleşmeleri, sigorta poliçeleri, taşımacılık sözleşmeleri, elektrik, su, doğalgaz aboneliği sözleşmeleri verilebilmektedir[760]. İşte bu tür sözleşmelerdeki sözleşmenin zayıf tarafını

2013/14908, K. 2014/16099: "*Mahkemece, iddia savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, basiretli bir tacir gibi hareket etme zorunluluğu bulunan davacının sadece borcu olduğu için acentelik sözleşmesinin feshedileceği tehdidi ile davaya konu protokolü imzalamasının ikrah olarak kabul edilemeyeceği, protokolün imzalanmasından önce de davacının borcu olmadığı konusunda hakkını araması ve dava açmasının mümkün olduğu, bunu yapmayan davacının anılan protokolde açıkça davalıya prim borcu olduğunu kabul ettiği ve ödeme planı yaptığı, davalı kayıtlarında davacının prim borcunun mevcut olduğu, dolayısı ile davacı tarafından ikrah iddiasının ispat edilemediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.*

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir."; 11. HD, T. 26.03.2001, E. 2001/525, K. 2001/2434: "*…3. maddenin ikrah ve muzayaka altında yapıldığını ileri sürerek protokolün 3. maddesinin iptalini talep etmiştir… lehine olan hükümleri saklı tutup 3. maddenin geçersizliğini iptalini istemesinin basiretli tacir ilkesine aykırı olduğu…*"; 19. HD, T. 26.11.2004, E. 2004/3808, K. 2004/11693 (Hukuk Türk); 19. HD, T. 01.04.2004, E. 2003/5046, K. 2004/3683 (Legalbank). Tacirlerin yargıya ihbar ve şikâyet edileceği tehdidiyle sözleşmeye razı edildiği durumlarda korkutmanın söz konusu olmayacağı yönünde bkz. 19. HD, T. 29.11.2002, E. 2002/2827, K. 2002/7580 (Hukuk Türk). Tarafımızca yapılan araştırmada tacirin korkutma hükümlerinden yararlandığı bir karara rastlanmamıştır.

[758] **Ersöz**, Oğuz: Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması, İAÜHFD, 3(1), 2017, s. 72.

[759] **Ersöz**, s. 72.

[760] Genel işlem koşullarının düzenleyen tarafına sağladığı yararlara ilişkin bkz. **Fornasier**, Matteo**:** BGB §§ 305**-**306a *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (Editörler: Säcker,

korumak amacıyla TBK'da "*Genel işlem koşulları*" başlığı altında düzenlemeler öngörülmüştür. Genel işlem koşulları TBK m. 20/I'de "*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*" şeklinde tanımlanmaktadır[761]. Sözleşmede yer alan bir koşulun genel işlem koşulu olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken sözleşmenin akdedilmesinden önce sözleşmenin yalnızca bir tarafınca hazırlanması, belirli bir kişiye özel olarak hazırlanmaması, gelecekte benzer nitelikte birçok sözleşme ilişkisinde kullanılmak amacıyla hazırlanması, sözleşmenin bir tarafının karşı tarafa pazarlık yapma olanağı vermeden sunması unsurlarına bakılacaktır[762]. Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler TBK m. 20-25 arasında hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin TBK'nın koruyucu düzenlemelerinin tacirler bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususu öğretide tartışılmıştır. Genel işlem koşulunu sözleşmeye koyan tarafın tacir olabilmesi hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır[763]. Ancak sözleşmenin korunan karşı tarafının tacir olup olamayacağı hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir[764].

Öğretide bir görüşe göre, genel işlem koşuluna ilişkin düzenlemeler taraf fark etmeksizin tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanır[765]. TBK'da ve Gerekçesinde bu hususta bir

---

Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2022, Vor BGB § 305, N. 1-2.

[761] BGB'de de genel işlem koşulları § 305 düzenlemesinde tanımlanmıştır.

[762] **Ersöz**, s. 74; **Gündoğdu**, Rıza: Bir Yargıtay Kararı Işığında Tacirler Bakımından Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi, THD, 15/165, 2020, s. 962-963.

[763] **Aydoğdu**, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanması (Genel İşlem Koşulları), Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, YÜED, S. 8, 2013, s. 598-599.

[764] Ayrıca bkz. ve karş. TTK m. 55/1-f.

[765] **Aydoğdu**, Genel İşlem Koşulları, s. 597 vd.; **Serdar**, İlknur: TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, İzBD, Y. 80, S. 3, 2015, s. 235; **Kutluay**, Ezgi: Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. XIX, Özel Sayı, 2017, s. 1382-1383, 1418; **Gündoğdu**, s. 964-965; **Çabri**, Sezer: Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı ile Erken Ödeme Tazminatının Sınırı, BaÜHFD, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 403. Aynı yönde genel işlem koşulları bakımından genel işlem koşulu dayatılan tarafın pazarlık gücünün olmadığı her hâlde (tacir olup olmaması fark etmeksizin) denetimin söz konusu olacağına ilişkin bkz. **Battal**, Tacirin Tüketici Sıfatı, s. 320-321.

sınırlama öngörülmemiştir. Bu kapsamda tacirler de genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin korunan kısmında yer alabilmektedirler. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır[766].

Diğer bir görüşe göre ise tacirlerin genel işlem koşulları karşısında korunmaları, TBK m. 20-25 hükümlerinin tacirlere uygulanması mümkün değildir[767]. Bunun bir gerekçesi olarak ticarî nitelikteki işlemleri hâkimin müdahalesine açık tutmanın piyasadaki dengeleri bozabileceği gösterilmektedir[768]. Bir diğer ve asıl gerekçe olarak ise basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğunun tacirlerin korunmalarının gerekmemesini sağlamasıdır[769]. Nitekim basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir genel işlem koşulu içeren bir sözleşmeye ilişkin olarak düşüncesizliğe ve deneyimsizliğe dayanamayacaktır. Tacir, sözleşme akdederken sözleşmenin ifa aşamasına ilişkin olarak gerekli dikkat ve özeni göstermeli, tedbirli olmalı, önlem almalı ve sözleşmenin sonuçlarını öngörebilmelidir[770].

TTK'da tacirin tanımı yapılmıştır. Gerçek kişi tacir, bir ticarî işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişidir (TTK m. 12/1). Ticarî işletmenin varlığı için de temel unsurlardan birisi esnaf işletmesi sınırlarını aşma gerekliliğidir (TTK m. 11). Buradan anlaşılacağı üzere ekonomik olarak ifade edilecek olursa tacir esnaf işletmesi sınırını henüz aşan küçük ölçekli bir işletmeyi de işletiyor olabilir, büyük ölçekli bir işletmeyi de işletiyor olabilir. Yine tüzel kişi tacire ilişkin TTK m. 16 incelendiğinde, ortaklık kuruluşuna ilişkin yalnızca asgarî sermayeyi karşılayarak kurulan bir ortaklık da söz

---

[766] 11. HD, T. 29.05.2017, E. 2016/4676, K. 2017/3160: "*Hem tüketiciler hem de tacirler için geçerli olan genel işlem koşulları denetimi, sözleşmelerin imzalanması aşamasında daha olumsuz durumda bulunan sözleşmenin tarafını dürüstlük kuralları kapsamında korumaktadır.*"; 3. HD, T. 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751: "*... 6098 sayılı TBK'nun uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir.*"; 13. HD, T. 29.04.2014, E. 2014/13315, K. 2014/13503 (Hukuk Türk).

[767] **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, İstanbul 2016, s. 410-411; **Atamer**, Kerim: Tacirler Arasındaki Sözleşmelere, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler (TBK m. 20-25) Uygulanır mı? (Tacirler Arası Sözleşme-GİK), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXX, 2016, s. 35-36.

[768] **Ersöz**, s. 94.

[769] **Atamer**, Tacirler Arası Sözleşme-GİK, s. 25-26.

[770] **Ersöz**, s. 96.

konusu olabilir, oldukça yüksek bir sermayeye sahip ortaklık da söz konusu olabilir. Tacir sıfatının görüldüğü üzere ekonomik anlamda kapsamı oldukça geniştir. Tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçlar genel olarak her tacirin yerine getirmesi gereken yükümlülükler ve haklar (külfet ve nimetler) belirtilmek suretiyle öngörülmüştür. Ancak çalışma konumuzu oluşturan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, her somut olayda ayrıca incelenmesi gereken esnek yapıya sahip bir düzenlemedir. Bu nedenle tacir sıfatının kapsamının genişliği düşünüldüğünde ve ekonomik gücün müzakere gücünü de doğrudan etkilediği göz önünde bulundurulduğunda genel işlem koşullarının en baştan tacirlere kesinlikle uygulanamayacağı yönünde bir kabule varılması yerinde bulunmamaktadır[771]. Zira küçük ve orta ölçekli işletme işleten tacir bakımından genel işlem koşullarını sunan karşı işletme ile arasındaki ekonomik denge her zaman kurulabilir olmayacaktır. Bu hususta verilebilecek tipik örnek bankalarla akdedilen sözleşmelerdir. Ayrıca sektörde arzulanan hususta sözleşme yapacak başka bir kişinin bulunmaması ve bu nedenle tacirin pazarlık olanağının bulunmaması hâli de söz konusu olabilmektedir. Belirtilen durumlar da göz önünde bulundurulduğunda genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin kişi bakımından uygulanması hususunda tacirlerin ayrık tutulmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz[772].

Öğretide tacirlerin de genel işlem koşulları korumasından yararlanabileceğini ileri süren bir diğer görüş, genel işlem koşullarına karşı mutlak olarak (tüm durumlar için) tacirlerin

---

[771] **Gündoğdu**, s. 965; **Serdar**, s. 239.

[772] Olması gereken hukuk bakımından, küçük ve orta ölçekli işletmelerin daha büyük ölçekli işletmelerle imzaladıkları sözleşmelerin genel işlem koşulları bakımından denetime tâbi olması gerektiğinin açık bir hükümle düzenlenebileceği yönünde bkz. **Aydoğdu**, Genel İşlem Koşulları, s. 597. TTK'nın açık yasama amacının tacirlere ilişkin genel işlem koşulları denetimi olmadığı, somut olarak bankalar karşısında tacirlerin korunması ihtiyacının hasıl olması durumunda bu ihtiyacın Bankacılık Kanununa eklenebilecek kısa bir hükümle karşılanabileceği yönünde bkz. **Atamer**, Tacirler Arası Sözleşme-GİK, s. 36. Anılan iki Yazara aksi yönde koruma alanının işletme büyüklüğüne veya sözleşme değerine bağlanmasının yerinde olmadığı, aksine tüm müşteriler bakımından geçerli tacir-tacir ve tacir-tüketici işlemleri arasında ayrım yapmaya müsait esnek bir denetim modelinin gerekli olduğu yönünde bkz. **Küçükdağlı**, Ayşegül: Tacirler Arası Sözleşmelerde Kullanılan Genel İşlem Koşulları Denetimine İlişkin Yaklaşımlar, LHD, C. 17, S. 203, 2019, s. 4680.

korunamayacağı yönünde bir yorumun yerinde olmayacağını ifade etmektedir[773, 774]. Ancak tüketicilere kıyasla genel işlem koşullarına karşı tacirlerin korunmasında farklı bir yaklaşımın gerektiği kabul edilmektedir[775].

İlgili görüş Yazarları görüşlerini Alman hukuku düzenlemelerine dayandırarak gerekçelendirmektedir. Alman hukukunda genel işlem koşulları BGB § 305-310 arasında düzenlenmektedir. Kanunda ilgili genel işlem koşulu düzenlemelerinin bazı hükümlerinin tacirlere uygulanacağı bazı hükümlerinin de uygulanmayacağı yönünde bir düzenlemeye gidilmiştir (BGB § 310)[776]. İlgili koşulların tacirlere tümüyle uygulanacağı veya tümüyle uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada genel işlem koşullarının denetimine ilişkin de açıklama yapılması gereklidir. Genel işlem koşullarına ilişkin denetim üç aşamada söz konusu olmaktadır. İlk aşama genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesini ifade eden yürürlük denetimidir. İkinci aşama eğer genel işlem koşulları içeriğe dahilse bu içeriğin yorum yoluyla denetimidir. Burada genel işlem koşullarını düzenleyen aleyhine yorum esas alınacaktır.

---

[773] **Atamer,** Yeşim: Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları (Tacirlerin GİŞ'e Karşı Korunması), İstanbul 2001**,** s. 10 vd.; **Adıgüzel**, Ticari Satış, s. 60; **Kocaman**, Arif B.: Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 1095-1097.

[774] Benzer yönde farklı bir yorumu gerektirse de kira sözleşmesi bakımından kiracının tacir olmasının ve dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliğinin, kiraya veren karşısında zayıf durumda olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği, TBK bakımından kiracının zayıf konumda olduğunun kabul edildiği ve kiracı tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin bu kabulü bertaraf edemeyeceği yönünde bkz. **Üçer/Meriç**, s. 408, 426-427. Aynı yönde bkz. HGK, T. 17.11.2020, E. 2020/137, K. 2020/900 (Hukuk Türk).

[775] Tacirlerin tüketiciye kıyasla bilgi avantajının olması, son kullanan (tüketici) olmadığından genel işlem koşullarının nezdinde oluşturduğu ekonomik zararı tüketiciye yansıtabilmesi, karşı tarafla arasında ekonomik bir dengenin bulunması farklı yorumun gerekçeleri arasında yer almaktadır. Bkz. **Atamer**, Tacirlerin GİŞ'e Karşı Korunması, s. 11. Aksi yönde bu yorumun sakıncalı olduğu, haksız bir durumun zincirleme bir şekilde tüm topluma yayılmasına ve faturasının tüm topluma kesilmesine sebep olabileceğine ilişkin bkz. **Gündoğdu**, s. 965-966.

[776] İsviçre'de ise genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler 1986 tarihli Haksız Rekabete İlişkin Kanun içerisinde m. 8'de bulunmaktadır. Düzenleme daha sonra değişikliğe uğramıştır. Düzenlemenin ilk hâlinde tacirlerin koruma altına alınıp alınmadığı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamakla birlikte, değişikliğin ardından yalnızca tüketicilerin koruma kapsamına alındığı belirtilmektedir. İsviçre hukukuna ilişkin ilgili düzenlemeler hakkında bkz. **Aydoğdu**, Genel İşlem Koşulları, s. 579-582, 594.

Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden Amerikan hukuk sisteminde UCC § 2-302 gereğince hâkimin, sözleşmenin veya sözleşmenin herhangi bir düzenlemesinin, akdedildiği tarihte, taraflardan biri lehine aşırıya varacak haklar tanındığını tespit etmesi durumunda; sözleşmenin ifasını reddetme, sözleşmenin ilgili düzenleme olmadan ifasını veya düzenlemenin aşırı sonuç doğurmayacak biçimde ifasını takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Genel işlem koşullarının denetimi de bu hüküm yoluyla sağlanabilmektedir. Bu kapsamda tacirlerin de ilgili hüküm çerçevesinde korunması mümkün gözükmektedir.

Söz konusu iki denetim birbiri ile bağlantılı bulunmaktadır ve TBK m. 21-24 hükümlerinde düzenlenmiştir. Üçüncü ve en çok önem atfedilen denetim ise içerik denetimidir (TBK m. 25)[777]. Alman hukukundaki düzenleme tacirler arası sözleşmelerde içerik denetimi (BGB § 307) dışındaki hükümlere ilişkin denetim ve korumanın (BGB § 308, 309) tacirlere uygulanmayacağı yönündedir (BGB § 310).

Öğretide *Adıgüzel*, Alman hukuku düzenlemelerinden ve tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliğinden hareketle yürürlük ve yorum denetiminin tacirler bakımından uygulanmasının yerinde olmadığı, tacirler bakımından yalnızca içerik denetiminin söz konusu olması gerektiği yönünde görüş belirtmektedir[778]. Hukukumuzda Alman hukukunda olduğu gibi bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle baştan hiçbir somut olay bakımından ilgili denetimlerin uygulanmayacağını kabul etmek kanaatimizce yerinde değildir. Kaldı ki Alman hukukundaki açık düzenlemeye rağmen tacirler bakımından uygulanmayacağı öngörülen koruyucu düzenlemelerden tacirlerin de yararlanacağı yönünde Federal Mahkeme kararları da bulunmaktadır. Örneğin BGB § 310 uyarınca tacir BGB § 309 hükmüne ilişkin korumadan yararlanamaz gözükse de, Alman Federal Mahkeme kararlarında sorumluluk sınırlamasına yönelik düzenlemenin (BGB § 309/7) karşı tarafın tacir olduğu durumlarda da uygulanacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir[779].

Açıklananlarla birlikte biz de somut olayda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin de etkisiyle genellikle uygulanacak denetimin içerik denetimi olacağı kanaatindeyiz. Katıldığımız üzere *Atamer* ve *Küçükdağlı* ise Alman hukuku düzenlemelerinin farklı yorum hususunda yol gösterici olacağını ileri sürse de yürürlük denetiminin tacirler

---

[777] Genel işlem koşulları denetimine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Eren**, s. 234 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 169 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 232 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 169 vd.

[778] **Adıgüzel**, Ticari Satış, s. 56 vd.

[779] BGB § 309/7-a hükmünün karşı tarafın tacir olduğu durumlarda da uygulanacağına ilişkin kararlar için bkz. BGH VIII ZR 141/06, 19.09.2007, N. 14; BGH VIII ZR 26/14, 04.02.2015, N. 16 (Beck-Online). BGB § 309/7-b hükmünün karşı tarafın tacir olduğu durumlarda da uygulanacağına ilişkin kararlar için bkz. BGH VII ZR 220/82, 19.01.1984; BGH VIII ZR 102/84, 03.07.1985; BGH X ZR 54/86, 03.03.1988; BGH VIII ZR 26/14, 04.02.2015, N. 16 (Beck-Online).

İspat yükünün devredilmesi yasağının (BGB § 309/12) da karşı tarafın tacir olduğu sözleşmeler bakımından uygulanabileceği yönünde bkz. Fest, HGB § 347, N. 49.

bakımından söz konusu olmayacağını kesin bir dille ifade etmemektedirler. Örneğin TBK m. 21 bakımından değerlendirildiğinde, tacirin akdettiği sözleşmede genel işlem koşulu olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bu hususta uyarılmasa dahi bunlarla bağlı olacağı kabul edilebilir[780]. Tacir olan müşteriden genel işlem koşulları ile ilgili bilgi edinmek bakımından aktif bir davranış beklendiği, burada tacir olan müşterinin bilgi edinme yükümlülüğünden bahsedilmesi gerektiği öne sürülmektedir[781]. Yürürlük denetimi bakımından farklı bir değerlendirme gereklidir, ancak bu hususta genel işlem koşulunu hazırlayanın da sorumluluğunun tümden reddi yerinde değildir[782]. Zira tacirin genel işlem koşulunu hazırlayan tarafa yönelik faaliyet alanının özelliği gereği uzman bilgisine sahip olacağı ve kendisini bilgilendireceğine ilişkin haklı bir güveni söz konusu olabilir.

Her somut olayda yapılacak değerlendirme farklılaşabilecektir. Örneğin genel işlem koşullarına ilişkin denetimlerde, hangi eşiğin aşılması durumunda sözleşmeye müdahalenin gerektiği tespit edilirken, taraflardan birinin ekonomik kişiliğinin ihlâl edildiği durumlar[783] esas alınabilir[784]. Yine hakkın açıkça kötüye kullanılmasını yasaklayan TMK m. 2/II hükmü de genel işlem koşullarının içerik denetimi bakımından

---

[780] **Atamer**, Tacirlerin GİŞ'e Karşı Korunması, s. 21.

[781] **Küçükdağlı**, s. 4685, 4687. Yürürlük denetimi bakımından tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gereği genel işlem koşullarının açık veya örtülü irade beyanı ile sözleşme içeriği olacağı, tacirin bu hususta ayrıca uyarılmasına ve tacire genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı tanınmasına gerek olmadığı, hızlı işleyen ticaret hayatı bakımından tacir için işlem hayatının akışının genel işlem koşullarına karşı uyarılmasından daha önemli olduğu yönünde bkz. **Küçükdağlı**, s. 4661-4662.

[782] **Küçükdağlı**, s. 4687. *Çabri* ise, genel işlem koşullarına ilişkin üç aşamalı tüm denetimlerin tacirler bakımından da söz konusu olması gerektiği yönünde görüş belirtmektedir. Zira örneğin bankalarla akdedilen ticarî kredi sözleşmelerinde tacir dahi olsa karşı tarafa sözleşmeyi inceleme olanağı sunulmadığını, tacir tarafın iradesini yalnızca kredi miktarı ve geri ödeme süresine ilişkin olarak ortaya koyabildiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Çabri**, s. 405.

[783] Bu hususta tacirin ekonomik yıkım düzeyinde etkilenip etkilenmediğinin dikkate alındığı bir karar için bkz. 17. HD, T. 03.07.2018, E. 2017/1825, K. 2018/6690: "*...Her ne kadar 6098 sayılı TBK'nun 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacirler yönünden de uygulanabilirse de, TTK 18/2. maddesi hükmü karşısında tacirler bakımından genel işlem koşullarının uygulanıp değerlendirilmesinde her somut olayın özelliğine göre daha dikkatli davranılması gerekmektedir.*

Açıklanan maddi ve hukuksal olgulara göre somut olayda alt kira sözleşmesinin 16.8. maddesinde yer alan su baskını veya diğer felaketler hasara ya da bozukluğa yol açtığı takdirde kiracının kiralayana karşı indirim ya da tazminat hakkı olmadığına dair hüküm, tacirler arasındaki sözleşmenin niteliği göz önüne alındığında tacir olan alt kiracı yönünden ekonomik yıkım yaratacak düzeyde olmayıp, ortada genel işlem koşullarına aykırılık teşkil edecek bir husus bulunmadığının kabulü gerekir." (Hukuk Türk). Ekonomik yıkım kriterinin yerinde olmadığı yönünde bkz. **Gündoğdu**, s. 967.

[784] **Atamer**, Tacirlerin GİŞ'e Karşı Korunması, s. 26. Ekonomik kişiliğe ilişkin bkz. **Çakı Çifci**, Tüzel Kişi, s. 663-664.

önem taşıyan bir düzenlemedir. Faiz artırma veya dilediği zaman feshetme yönündeki sözleşme düzenlemelerinin bu kapsamda değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Karşı tarafın tacir olması, düzenleyenin hakkın kötüye kullanılması yasağına tâbi olmayacağı sonucunu doğurmaz[785]. Farklılaşan değerlendirmede esas alınan ölçütlerden başlıcası basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği[786] olacaktır[787].

Genel işlem koşullarına ilişkin bir Yargıtay kararında[788], davacı tacir bankayla akdettiği kredi sözleşmesi gereği ödediği erken kapama ücretinin haksız olduğunu ileri sürerek tahsil edilen ücretin faiziyle geri ödenmesini talep etmiştir. Ancak erken kapama ücreti alınacağı hususunun sözleşmede yer aldığı, sözleşmede erken kapama durumunda tahsil edilecek oranın da belirtildiği, davacı tacirin sözleşmede imzasının bulunduğu ve erken kapama ücreti alınmasının kanunî bir dayanağı da bulunduğu gerekçesi ile davacının talebi reddedilmiştir. Kararda tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden hareketle sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları kapsamında bulunmadığı belirtilmektedir. Anılan son gerekçeye katılmamaktayız. Zira tacir olmak genel işlem koşulları korumasından yararlanmamak sonucunu doğurmamaktadır. Tacirler de genel işlem koşulu korumasından yararlanmalıdır. Nitekim TBK'da aksi yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Üstelik uygulamada banka ile kredi sözleşmesi akdeden tacirin de müzakere imkânının bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle erken kapama ücretine ilişkin sözleşme koşullarının genel işlem koşulu kapsamında değerlendirilmesi ve tacirin de bu koruma kapsamında olduğu hesaba katılarak bir hüküm tesis edilmesi gerekir. Genel işlem koşullarının üç aşamalı koruması göz önünde bulundurulduğunda içerik denetimi yapılarak erken kapama ücretinin oranının diğer bankaların benzer kredi

---

[785] **Atamer**, Tacirlerin GİŞ'e Karşı Korunması, s. 31-32.

[786] Basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacire diğer kişilere kıyasla korumanın sağlanmasının daha katı bir yorumla söz konusu olacağı yönünde bkz. **Kutluay**, s. 1418.

[787] İki tarafın tacir olduğu [BGB'de daha kapsamlı olarak kabul edilen girişimci (unternehmer) ifadesi kullanılmıştır] genel işlem koşullarının uygulanmasında ticarî örf ve âdetlere gereken özenin gösterilmesi gerektiği, genel işlem koşullarının yorumunun ve denetiminin bu kapsamda da şekillenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Fornasier**, BGB § 310, N. 17-20. Aynı yönde genel işlem koşullarına ilişkin bir karar için bkz. 11. HD, T. 29.05.2017, E. 2016/4676, K. 2017/3160: "*...davaya konu kredi yönünden emsal banka uygulamaları araştırılıp uyuşmazlık konusu bedelin kredi müşterilerinden tahsiline dair teamül bulunup bulunmadığı ve varsa diğer bankalarca hangi oranda tahakkuk ettirildiği ve buna göre davalı Banka uygulamasının yerinde olup olmadığı hususunda bankacılık konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi heyetinden rapor alınarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken...*" (Hukuk Türk).

[788] 11. HD, T. 24.02.2020, E. 2019/953, K. 2020/1948 (Hukuk Türk).

durumunda öngördüğü oran ile karşılaştırılması suretiyle makul olup olmadığı tespit edilmelidir. Yalnızca diğer bankalar ile karşılaştırma yapılması genel uygulamanın hakkaniyete aykırı olması durumunda adaletli bir sonuç oluşturmayabilecektir[789]. Bu nedenle erken kapama durumunda bankanın uzun vadede mahrum kalacağı faiz getirisi de göz önünde tutularak iki taraf bakımından da dengeli ve makul bir oran tespit edilebilmelidir.

3.2.1.3.2. Haksız Şart

3.2.1.3.2.1. Ön Soru(n): Tacir Tüketici Kabul Edilebilir mi?

Haksız şart değerlendirmesi yapılabilmesi için TKHK kapsamında bir tüketici işlemi ve tüketicinin varlığı gerekmektedir. Bu kapsamda tacire haksız şarta ilişkin koruyucu düzenlemelerin uygulanabilmesi için öncelikle tüketici kabul edilip edilemeyeceği hususuna açıklık getirilmelidir.

TKHK m. 3/1-k[790] uyarınca tüketici, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. TTK m. 19/1 hükmü gereğince tacirin borçlarının ticarî olması asıldır. Ancak gerçek kişi tacire bu hususta bir istisna tanınmıştır. Gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı sırada bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adî kabul edilmektedir (TTK m. 19/1). O hâlde gerçek kişi tacirin söz konusu koşulda tüketici sayılabileceğine ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin, evinde kullanmak üzere mobilya satın alan tacir bu işlem bakımından tüketici sayılacak ve TKHK kapsamında tüketicinin yararlandığı korumadan yararlanabilecektir. Tüzel kişi

---

[789] Bkz. yukarıda dn. 645.

[790] Hükmün 1999/44/EC sayılı Tüketim Mallarının Satışı ve İlgili Garantilerinin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergedeki [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044 (ET: 15.02.2021)] tüketici tanımına uyum sağlama amacıyla öngörüldüğü yönünde bkz. **Yücer Aktürk**, Zeynep: Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı, GÜHFD, C. XX, 2016, S. 2, s. 111. İlgili Yönergede tüketicinin "*sözleşmelerde ticareti, işi (işletmesi), ya da mesleği ile ilgili olmayan amaçlarla hareket eden her gerçek kişi*" olarak tanımlanmasına rağmen 6502 Sayılı TKHK'da tüketici kapsamına "*tüzel kişilerin*" de eklendiğine ilişkin bkz. **Yücer Aktürk**, s. 111.

tacirler[791] bakımından TTK m. 19 hükmü bir istisna öngörmemiştir. Dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin adî iş sahası bulunmayıp, her türlü işlemleri ticarî sayılmaktadır[792]. Öğretide tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatının olup olmayacağı hususu tartışılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki TKHK'da tüzel kişi tacirlerin tüketici olamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte tüketici tanımındaki "*ticarî veya meslekî amaç*" ifadesinin anlamının ortaya konulması gereklidir. Öğretide bir görüşe göre ticarî veya meslekî amaç dışında hareket; alınan mal veya hizmetin başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasında yer almaması olarak ifade edilmektedir[793]. Başka bir görüşe göre, bir malı olduğu gibi veya işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, kendisi de satıcı konumuna gelecek şekilde hareket eden kişi tüketici sayılmamaktadır[794]. Bir başka görüş ticarî veya meslekî amaç dışında hareket ile, kişinin mal veya hizmetten nihaî yararlanan olması, mal veya hizmeti kâr veya çıkar amacı gütmeksizin, kendi özel ihtiyacı ve tüketimi için elde etmesinin anlaşılması gerektiğini öne sürmektedir[795].

---

[791] TTK m. 16/1.

[792] Kanunda hangi işlerin ticarî sayılacağına ilişkin düzenleme yapılmasının temel nedeninin, aynı konuyla ilgili hem ticarî hüküm hem adî hüküm bulunması durumunda ticarî işlere ticarî hükmün uygulanmasının sağlanması olduğu yönünde bkz. **Kırca**, Ticarî İş, s. 8. Olması gereken hukuk bakımından TTK'daki düzenlemeler de dâhil olmak üzere ticarî hüküm sayılmanın sadece bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillerle ilgili olma koşuluna bağlanması gerektiği yönünde bkz. **Kırca**, Ticarî İş, s. 15. Ticarî hüküm kavramından TTK'da veya diğer Kanunlarda yer alan bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin özel hükümlerin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Kırca**, Ticarî İş, s. 16. Taraflardan hiçbirinin ticarî işletmesiyle ilgili olmayan bir işlem veya fiile ticarî hükümlerin uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. **Kırca**, Ticarî İş, s. 13. Ayrıca tacir sıfatı ticarî işletme işletilmesine bağlı olan tüzel kişi tacirler bakımından ticarî işletme ile ilgili olmayan adî sahaları varlığını korumaktadır. Bu kapsamda amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar sadece ticarî işletmeye ilişkin faaliyetleri bakımından tacir sıfatına sahip bulunmakta, ticarî işletme dışındaki faaliyetleri ticarî faaliyet niteliğinde bulunmamaktadır (**Göktürk**, Ticarî İş, s. 19-20). Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda 2.3.2.2., s. 136. Belirtilenler doğrultusunda tüzel kişi tacirin bütün işlem ve fiillerinin ticarî sayılmasının yerindeliğinin de tartışılabileceği görülmektedir.

[793] **Aslan**, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku (Tüketici Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2014, s. 4.

[794] **Zevkliler**, Aydın/**Aydoğdu**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 80-81.

[795] **Yücer Aktürk**, s. 114. Bkz. HGK T. 11.10.2000, E. 2000/1255, K. 2000/1249: "*... tüketici sayılabilecek kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Mal ya da hizmetin bizzat kendi kullanımı yada yararlanmasının talep edilmesi "nihai yararlanmak" olarak anlaşılmalıdır. Tariflerde yazılı özel amaç, ticari olmayan amaçtan kastedilen ise, kişinin ticareti veya mesleği ile ilgili olmayan amaç olarak yorumlanmalıdır.*" (Hukuk Türk).

Ticarî veya meslekî olmayan amaca ilişkin verilen tanımlardan hareketle tüzel kişi tacirlerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışılmalıdır. Öğretide bir görüş tüzel kişi tacirlerin (özellikle ticaret ortaklıklarının) hiçbir şekilde tüketici sıfatına sahip olmayacağını öne sürmektedir[796]. Temel gerekçe ise yukarıda belirttiğimiz üzere tüzel kişi tacirlerin adî iş sahası bulunmaması, tüm borçlarının ticarî kabul edilmesidir (TTK m. 19/1)[797, 798]. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise tüzel kişi tacirlerin belirli şartların oluşması durumunda tüketici sıfatının varlığı kabul edilmelidir[799, 800]. Bu bağlamda meslekî ve ticarî bir gelir elde etme amacı bulunmadan nihaî kullanım amacının olduğu durumlarda tüzel kişi tacir tüketici sayılmalıdır. Zira TKHK tüketici kavramı kapsamında "*ticarî işten*" değil "*ticarî ve meslekî amaçtan*" hareket etmektedir. Tüketici sıfatı, tüzel kişi tacirin faaliyet amacı dışında kalan mal ve hizmet edinimleri bakımından kabul edilmelidir[801]. Örneğin tacirin ticarî işletmesindeki

---

[796] **Aslan**, Tüketici Hukuku, s. 5; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 81; **Arkan**, Ticari İşletme, s. 74; **Ersöz**, s. 79-80; **Akipek Öcal**, Şebnem: Tüketici İşlemi-Ticari İş Ayrımı ve Bu Ayrımın Tüketici Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 9-10-11-12 Şubat 2021. TKHK'da tüketiciyi tanımlayan düzenlemede tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılamayacağının ayrıca belirtilmesinin isabetli olacağı yönünde bkz. **Ersöz,** s. 80.

[797] Ancak bir işlem hem ticarî iş hem tüketici işlemi olabilmekte ve bu durumda özel ve sonraki Kanun olması sebebiyle kural olarak TKHK hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Buradaki gerekçede sanki ticarî iş olduğu gerekçesiyle tüketici işlemi olamayacağı ifadesi eleştirilebilir bulunmaktadır.

[798] Öğretide *Bahtiyar/Biçer*, tüzel kişi tacirin istisnaî olarak ticarî olmayan amaçla hareket edebileceği, ancak TTK m. 19/2'nin mutlak ifadesi nedeniyle kanunî bir istisna söz konusu olmadan tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olamayacağı görüşündedir. Bu kapsamda TKHK m. 51/9 hükmü kanunî istisna teşkil etmektedir. Hüküm uyarınca ticarî veya meslekî faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilmektedir. Örneğin bir anonim ortaklık çalışanlarını tatile göndermek amacıyla bir turizm ortaklığı ile paket tur sözleşmesi gerçekleştirdiğinde tüketici sayılacak ve TKHK kapsamında korumadan faydalanabilecektir. Bkz. **Bahtiyar**, Mehmet/**Biçer**, Levent: Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, MÜHFHAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 404 ve dn. 31.

[799] **Yücer Aktürk**, s. 118-120; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 24-26; **Taşkın**, Mustafa: Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı, ABD, S. I, 1997, s. 36-37.

[800] Öğretide diğer bir görüş ise ticaret ortaklıklarının tüketici kabul edilemeyeceği, diğer tüzel kişi tacirlerin adî iş sahalarının varlığının kabulü ile şartları sağlamaları hâlinde tüketici olabileceğini ileri sürmektedir. **Tekten**, Emel: Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri, SÜHFD, 31/1, 2023, s. 16 vd.

[801] Aynı yönde tüzel kişi tacirin ticarî faaliyet alanının aslî gereklerinden olmayan diğer ilişkilerinde tüketici sayılabileceğine ilişkin bkz. **Battal**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 322, 329 vd. Öğretide *Bal*, aynı görüşte olarak tüzel kişi tacirlerin mutlak olarak tüketici sıfatının bulunmadığının kabulünün yerinde olmadığını, bu hususun her somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Yazara göre bu kabulde TKHK'nun özel Kanun olması ve ayrım gözetmeksizin tüzel kişileri de tüketici olarak kabul etmesi, Kanunun amacının Kanunun uygulama kapsamını geniş tutmayı öngörmesi ve tacirin somut olay bakımından sözleşmenin zayıf tarafı olarak da kabul edilebileceği dayanakları bulunmaktadır. Somut olay değerlendirilirken tüzel kişi tacirin tüketici sıfatının varlığı bakımından *Battal*'ın görüşüne paralel olarak işlemin işletme faaliyeti ile doğrudan ilgisinin bulunmaması etkili olmalıdır. Yazar bu hususta, işveren

yemekhanede kullanılmak üzere yiyecek maddesi satın alması veya kahve makinesi satın alması durumunda tüketim amacı söz konusudur.

HGK bu hususta bir kararında tüzel kişi tacir olan ticaret ortaklıklarının tüketici sıfatının olamayacağı yönünde hüküm tesis etmiştir[802]. Kararda tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insanî ihtiyaçları olmadığı için bunların gerçek kişiler gibi adî borç ilişkileri alanı olmadığı belirtilmiştir. Buna göre tüzel kişi tacirin, doğrudan ticarî amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukukî ilişkileri ticarî faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olmayacaktır. Kararda tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Buna göre tacirin, ticarî işletme ile ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelere ilişkin borçları yerine getirirken basiretli iş adamı gibi davranması beklenmektedir. Bu nedenle tüketiciler için düzenlenen koruma hükümlerinden faydalanamazlar. Öğretide aynı yönde tacirin ticarî faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliğinin, tüketici korumasından yararlanmasına engel teşkil ettiği; bu gerekliliğin taciri ticarî faaliyetleri bakımından sözleşmenin güçsüz (zayıf) tarafı olmaktan alıkoyduğu, tacirin kendi hak ve çıkarlarını koruyabilecek

---

tacirin çalışanlarının mesleki eğitimine ilişkin olarak eğitim faaliyeti alması kapsamında tüketici kabul edilemeyeceği ancak çocuklu çalışanları için kreş açması ve bu kreş için eğitim malzemesi satın alması durumunda tüketici kabul edilmesi gerektiği yönünde örnek vermiştir. Bkz. **Bal**, Yakup: Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu, TAAD, Y. 13, S. 50, 2022, s. 378 vd.

[802] Bkz. HGK, T. 11.10.2000, E. 2000/1255, K. 2000/1249: "*...Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi, yani özel sayılacaktır. (TTK. md. 21) Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla yada işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır. T. olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK. 20- 25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre külfet" niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. 20/II). Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar.*" (Hukuk Türk). Aynı yönde bkz. HGK, T. 11.10.2006, E. 2006/684, K. 2006/647; HGK, T. 21.09.2011, E. 2011/19-500, K. 2011/550; 20. HD, T. 08.11.2002, E. 2002/8260; K. 2002/9761; 11. HD, T. 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112; 11. HD, T. 29.12.1997, E. 1997/8979, K. 1997/9841; 11. HD, T. 08.10.2020, E. 2020/5384, K. 2020/3948; HGK, T. 14.01.2020, E. 2017/1637, K. 2020/13 (Hukuk Türk).

konumda olduğu ileri sürülmektedir[803]. Kararın gerekçesi ve aynı yöndeki öğreti ifadesi eleştirilebilir niteliktedir. Zira tüketici tanımı bakımından, zengin ya da fakir, eğitimli veya eğitimsiz, tecrübeli veya tecrübesiz olmanın bir önemi bulunmamaktadır. Belirleyici kıstas, tarafların işlemi yaparken sahip oldukları iradedir. Bu bağlamda girişimci karşısında zayıf, güçsüz ve deneyimsiz konumdaki tüketici konumu her zaman sağlanmayabilmektedir. Örneğin kendi özel kullanımı için uçak alan birisi tüketici konumunda olmakta, ancak ekonomik anlamda zorlanarak da olsa ticarî veya meslekî amaçla hareket ederek bir ticarî araç alan kişinin tüketici sıfatı bulunmamaktadır. Burada zayıf konumda olan kişinin korunması amacının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu sorgulanabilmektedir[804]. Bununla birlikte TBK'da hüküm altına alınan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin tacirler bakımından da uygulanabilir olduğu yukarıda belirtilmişti[805]. Tacir sözleşmenin zayıf tarafında da olabilmektedir. Açıklamalar doğrultusunda tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliği sebebiyle tüketici konumunu hiçbir faaliyeti bakımından kabul etmemeye ilişkin görüş eleştirilebilir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün hukukî niteliği yukarıda belirtildiği gibi bir yükümlülük ve kusur bakımından bir özen ölçütü olarak ifade edilebilir. Söz konusu yükümlülük taciri tüketici sıfatına sahip olmaktan alıkoymamaktadır.

Anılan HGK kararında karşı oy yazısı da bulunmaktadır[806]. Karşı oy yazısında öncelikle TKHK'nun amacını ifade eden m. 1'in ifade tarzından koruma kapsamından oldukça geniş bir kitlenin istifade etmesinin hedeflendiği sonucu çıktığı vurgulanmaktadır[807, 808]. Sonrasında tüzel kişi tacirlerin ticarî faaliyetlerini sürdürebilmesini temine yönelik ve tamamen kendi ihtiyacını gidermek amacı ile herhangi cinsten taşınır bir eşyayı veya bir ücret ve menfaat karşılığında yapılan bedenî ve/veya fikrî faaliyeti satın almalarının (diğer şartları taşıması kaydı ile) özel amaçla satın alma niteliğinde kabul edilebileceği

---

[803] **Bahtiyar/Biçer**, s. 402; **Uyumaz/Türk**, s. 1616.
[804] **Bahtiyar/Biçer**, s. 402-403.
[805] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. yukarıda 3.2.1.3.1, s. 169 vd.
[806] Bkz. HGK, T. 11.10.2000, E. 2000/1255, K. 2000/1249 Karşı Oy Yazısı (Hukuk Türk).
[807] Bkz. TKHK m. 1: "*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.*".
[808] **Yücer Aktürk**, s. 124.

ifade edilmektedir. Nihayetinde tüzel kişi tacirin mal veya hizmeti nihaî kullanan olarak edinebileceği belirtilmektedir. Bu hususta başka bir Yargıtay kararında da Avrupa Birliğinin bu hususstaki düzenlemelerinde "*tüzel kişi*" tüketici kapsamına alınmamışken, hukukumuzda bu kapsama alınmasının bilinçli bir tercih olduğu ve tüzel kişi tacirlerin de tüketici olamayacağına ilişkin açık bir hüküm olmadığı vurgulanmıştır. Akabinde TKHK m. 1'deki Kanunun amacına atıf yapılmış ve gerçek kişi tacirlerin nihaî tüketici kabul edilmelerine rağmen tüzel kişi tacirlerin koruma kapsamı dışında bırakılmalarının Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edebileceği, bu nedenle tüzel kişi tacirin her somut olay bakımından ilgili koşulları sağlamak şartı ile tüketici kabul edilebileceğine hükmedilmiştir[809].

3.2.1.3.2.2. Haksız Şartın Niteliği ve Uygulanma Esasları

TKHK[810] kapsamında genel işlem koşulları bazı farklılıklar ile haksız şart adı altında düzenleme altına alınmıştır (TKHK m. 5)[811]. Haksız şart TKHK m. 5/1'de "*tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları*" olarak tanımlanmaktadır. Haksız şart

---

[809] Bkz. 19. HD, T. 06.07.1999, E. 1999/3932, K. 1999/4621: "*Ticaret şirketlerinin tüketici kavramı içinde mütalaa olunmaları, 1. maddede öngörülen amacın gerçekleşmesini de olanaklı kılacaktır. Ticari şirketlerin ekonomik bir varlığı temsil edip, korunmalarına gerek bulunmadığı savunulamaz. Nitekim, AT Komisyonunun ikinci E. planında bu konuda oluşması muhtemel duraksamaların önlenmesi amacıyla "... alım gücü az ya da çok..." tabirleriyle konu vurgulanmıştır. Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK.nun 2- 1 maddesi, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar (lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez. Kaldı ki hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın nihai tüketici olan gerçek kişi tacirler koruma kapsamında iken tüzel kişi tacirlerin koruma kapsamı dışında bırakılmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edebilir.*" (Hukuk Türk).

[810] Ayrıca bkz. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (RG. 17.06.2014, S. 29033).

[811] **Ersöz**, s. 78. "*Haksız şartlar*" teriminin, standart şartların (genel işlem koşullarının) denetiminden sonra haksız olanların ayıklanmasını ifade eder nitelikte öngörüldüğü, içerik denetimi bakımından haksız genel işlem koşulları ile haksız şart teriminin aynı anlama geldiği, terim birliğinin sağlanmasının yerinde olacağı yönünde **Aydoğdu**, Genel İşlem Koşulları, s. 589.

bakımından temel husus müzakere edilmeden sözleşmenin tüketici olmayan tarafınca hazırlanarak sözleşmeye konmasıdır[812].

Özel hüküm olması sebebiyle tüketici işlemi niteliğindeki sözleşmelere ve tüketiciye ilişkin uygulamalara öncelikle TKHK'da yer alan haksız şarta ilişkin hükümler uygulanmalıdır. TBK ise önceki tarihli genel kanun olması hasebiyle genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ancak TKHK'da boşluk olduğu durumlarda boşluk doldurucu işlev görecektir[813] (TKHK m. 83/1)[814].

3.2.1.4. Aşırı Yararlanma Durumunda

3.2.1.4.1. Genel Olarak

Aşırı yararlanma, sözleşmede, taraflardan birinin zayıf durumu nedeniyle edimler arasında açık oransızlığın oluşması ve diğer tarafın bu hususu bilerek durumdan yararlanmak iradesinde olması hâlinde söz konusu olan ve aleyhine aşırı yararlanma gerçekleşen tarafa sözleşme ile bağlı olmama ya da açık oransızlığın giderilmesini talep etme hakkı veren bir hukukî kurumu ifade etmektedir[815]. Aşırı yararlanma, sözleşmenin korunmaya muhtaç tarafını koruma imkânı sağlayan sosyal amaçlı bir hukukî

---

[812] Temel unsurunun bu husus olması haksız şartın birebir genel işlem koşulu olarak değerlendirilemeyeceğini göstermektedir. Genel işlem koşulu kavramına göre haksız şart daha kapsamlı bir uygulama bulacaktır. Bu bağlamda TKHK kapsamındaki her haksız şartın TBK kapsamında genel işlem koşulu kabul edilmeyeceği söylenebilir. Bkz. **Ersöz**, s. 81.

[813] 9703 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda (RG. 01.03.2006, S. 26095) banka ile banka veya kredi kartı sahibi arasında akdedilen sözleşmelerde, sözleşme içeriğinde kart hamilinin haklarını zedeleyen ve tek taraflı olarak kart çıkaran kurum lehine haksız şart öngörülemeyeceği yönünde hüküm tesis edilmiştir (9703 sayılı Kanun m. 24/4).

[814] **Aydoğdu**, Genel İşlem Koşulları, s. 592; **Ersöz**, s. 80.

[815] **Huguenin,** Claire: OR Art. 19-21 *içinde* Basler Kommentar, Obligationenrecht I (OR Art. 19-21), Art. 1-520 OR, C. 1/1 (Editörler: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), 5. Auflage, Basel 2011, Art. 21, N. 1; 1. HD, T. 22.03.1978, E. 1978/2699, K. 1978/3106: *"…taraflardan birinin ötekini sömürmesini ve olağan sınırlar dışına çıkarak aşırı kazanç elde etmesini önleyen, alışverişlerde karşılıklı edimler arasında ekonomik denge kurulmasını sağlayan çok yararlı ve geçerli bir yasal mekanizma*" (Hukuktürk). Öğretideki çeşitli tanımlar için bkz. **Okumuş**, Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara 2015, s. 58-60.

kurumdur[816]. TBK m. 28 uyarınca hüküm altına alınan bu kurumun hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için;

- Karşılıklı edimler arasında açık oransızlık (objektif şart),
- Zarar görenin zor durumda kalması veya düşüncesizliği ya da deneyimsizliği (sömürülen açısından sübjektif şart) ve
- Orantısızlığın bilerek yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi (sömüren açısından sübjektif şart)

şartlarının kümülatif olarak[817] gerçekleşmesi gerekmektedir[818]. Bu hukukî kurum ile sözleşmenin zayıf tarafının diğer tarafın ekonomik sömürüsüne karşı korunması suretiyle sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır[819].

Öncelikle ifade edilmelidir ki tacirlere ilişkin olarak aşırı yararlanma kurumunun uygulanamayacağına ilişkin bir ön kabulün yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira TBK m. 28'de öngörülen hükmün tacirlere uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim TMK m. 5 hükmü uyarınca TBK'nın genel hükümlerinin

---

[816] **Aslan**, Gabin, s. 24.

[817] Gerekli üç unsurdan hiçbirinin bir diğerinin yerine geçemeyeceği ancak somut olayda birinin ağırlığının diğer unsurun zayıflığını telafi edebileceği yönünde bkz. **Huguenin**, OR Art. 19-21, Art. 21, N. 1; **Dasser**, Felix: OR Art. 19-31 *içinde* OR Kommentar (Editörler: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Baskı, Zürich 2009, OR Art. 21, s. 112.

[818] **Çağlar**, Hayrettin: Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28) (Aşırı Yararlanma), Batider, C. XXXII, S. 4, 2016, s. 72; **Kılıçoğlu**, s. 291 vd.

Alman Hukukunda ise aşırı yararlanma kurumu BGB § 138/2'de düzenlenmiştir. Buna göre bir kişinin bir başkasının zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden, ayırt etme gücündeki bir eksiklikten veya önemli ölçüdeki bir irade zayıflığından yararlanarak kendisine veya bir üçüncü kişiye açık orantısız bir şekilde edim taahhüt ettirmesi geçersizdir. Kurum ahlâka aykırılığa ilişkin hüküm içinde düzenlenmiştir. BGB § 138/2 hükmüne ilişkin açıklama için bkz. **Armbrüster**, Christian: BGB §§ 134-138 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2021, BGB § 138, N. 1 vd. Aşırı yararlanma kurumu İsviçre hukukunda ise OR Art. 21'de hüküm altına alınmıştır. OR Art. 21 düzenlemesine de BGB § 138/2 hükmünün kaynaklık ettiğine ilişkin bkz. **Aslan**, s. 39; **Okumuş**, s. 56. OR Art. 21 hükmüne ilişkin açıklama için bkz. **Huguenin**, OR Art. 19-21, Art. 21, N. 1 vd.; **Dasser,** OR Art. 21, s. 112-114.

[819] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 72; **Gauch**, Peter: Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung- BGE 123 III 292 ff (Übervorteilung), s. 1 (file:///C:/Users/serta/Downloads/Der_Fussballclub_und_sein_Mietvertrag_korr._SF_25.6.2007_.pdf, ET: 06.04.2023).

bütün özel hukuk ilişkilerine uygulanacağına ilişkin emredici hükmü de aşırı yararlanma düzenlemesinin tacirler bakımından da uygulanabileceğini teyit eder niteliktedir[820]. Ancak hükmün şartları tacirlere ilişkin olarak farklı şekilde değerlendirmeye tâbi tutulabilmektedir. Aşağıda hükmün uygulanma şartları hakkında genel bilgi verilerek, tacirlere ilişkin olarak şartların farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılıp kılmadığı hususu incelenecektir.

3.2.1.4.2. Karşılıklı Edimler Arasındaki Açık Oransızlık (Objektif Şart)

Sözleşmelerde edimler arasında tümüyle bir eşitlik sağlanması mümkün değildir. Eşitlik sağlanamadığı gerekçesi ile oransızlığın bulunduğu tespiti de hükmün amacına uygun olmayacaktır. Aşırı yararlanma kurumuna başvurulabilmesi için edimler arasında açık bir oransızlık bulunmalıdır[821]. Buradaki "*açık*" ifadesi "*ilk bakışta herkesin gözüne çarpan*" şeklinde yorumlanmaktadır[822]. Oransızlık kolaylıkla göze çarpan şekilde, inkâr edilemeyecek, tereddüte mahal vermeyecek ve ticarî ahlâk kurallarına aykırı bir derecede açık olmalıdır[823]. Edimler arasındaki oransızlığın tespitinde edimlerin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki değerleri esas alınacaktır[824].

TBK'da hangi oranın aşılması ile göze çarpan bir oransızlık olacağı hususunda açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu hususun tespiti somut olayın şartlarına göre mahkemenin takdirinde bulunmaktadır[825]. Yargı kararlarında zaman zaman oransızlığın tespitinde

---

[820] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 73.

[821] Açık oransızlığın edimler arasında aslî ve yan edimlerin tümüyle dikkate alınmasıyla yapılacak bir değerlendirme sonucunda söz konusu olması gerektiği yönünde bkz. **Aslan**, Gabin, s. 69.

[822] **Huguenin**, OR Art. 19-21, Art. 21, N. 5; **Eren**, s. 482; 1. HD, T. 29.11.1990, E. 1990/12947, K. 1990/13852.

[823] **Aslan**, Gabin, s. 72; **Akdağ Güney**, Necla: Banka Gabine Maruz Kalabilir mi? İktisat Bankası'nın Gabine Maruz Kaldığına Dair İddiasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Kararları Çerçevesinde İncelenmesi, Batider, C. XXIII, S. 4, 2006, s. 148.

[824] **Saymen**, Ferit H.: Gabinde İvazlar Arasındaki Nispetsizlik, İÜHFM, C. 11, S. 3-4, 1945, s. 147.

[825] TBK'da bir oran belirlenmemesinin, öngörülen oranın zamanla gerçeğe ve hakkaniyete uygunluğu sağlayamayacağından yerinde olduğu yönünde bkz. **Aslan**, Gabin, s. 71. Bu hususta Yargıtay kararına konu bir olayda 2011 yılında noter huzurunda kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmış ve paylaşım oranı %40 arsa sahibi ve %60 yüklenici olarak kararlaştırılmıştır. Daha sonra arsa sahibi, söz konusu taşınmazı devretmiştir. Devredilen kişi ile yüklenici arasında 2013 yılında noter huzurunda yeni bir sözleşme imzalanmış ve ve paylaşım oranı %50-%50 olarak belirlenmiştir. Davacı yüklenici tacir imzalanan son sözleşme çerçevesinde aşırı yararlanma iddiasında bulunmuştur. Kararda tacirin aşırı yararlanma kurumuna başvuramayacağı yönünde bir ifade yer almamakla birlikte basiretli davranma gereğine vurgu yapılarak

belirli bir oran öngörülmüş olmakla birlikte[826], her somut olay bakımından oransızlığı hâkim takdir edecektir[827]. Bu hususta sözleşme koşulları, piyasa durumu, edimin piyasa değeri gibi birçok değişkene bağlı olarak bir değerlendirme yapılacaktır[828]. Örneğin sözleşmenin yapıldığı esnada piyasa olağanüstü özel bir durum gösteriyorsa, değerlendirmede bu husus da göz önüne alınmalıdır[829].

Öğretide bir görüşe göre açık oransızlığın tespiti hususunda, iki düzenlemede de "*açık*" ifadesinin benzer anlamlar taşıdığı ileri sürülerek TMK m. 2'deki hakkın açıkça kötüye kullanılması yasağı ile bağlantılı bir değerlendirme yapılabileceği öne sürülmektedir[830]. Bu kapsamda açık oransızlığın tespitinde, dürüstlük kuralının uygulanması bakımından esas alınacak ortalama zekâya sahip kimse belirleyici olacaktır[831]. Somut olayda dürüstlük kuralına uygun davranış, dürüst, makul, aynı durumda orta zekâlı bir kişinin davranışı esas alınarak tespit edilir. Açık oransızlığın tespiti de bu bağlamda yapılır. Ortalama bir kimsenin fark edebileceği, gözüne çarpan bir oransızlık açık bir oransızlık olarak kabul edilebilir. Bu görüşün kabulü durumunda açık oransızlığın tespiti esasında tacirler arasındaki sözleşmeler bakımından farklı yorumlanabilecektir. Nitekim tacir

---

sözleşmeyi kendi iradesi ile imzaladığı belirtilmiştir. Kanaatimizce Yüksek Mahkemenin söz konusu gerekçesi yerinde değildir. Tacir sözleşmeyi kendi iradesi ile imzalasa dahi aşırı yararlanma kurumuna başvurabilir. Bununla birlikte iki sözleşme arasındaki oransal farkın açık bir oransızlık olarak kabul edilemeyeceği ve aşırı yararlanma kurumunun diğer şartlarının da oluşmadığı gerekçeleri ile tacirin talebi reddedilmiştir [6. HD, T. 13.04.2023, E. 2023/1628, K. 2023/1438 (UYAP)].

[826] Açık oransızlıktan söz edebilmek için edimler arasında en az yüzde 25 oranında bir fark olması gerektiği, yüzde 50 oranındaki farkın ise her halükârda açık oransızlığı karşıladığı yönünde bkz. 1. HD, T. 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (Hukuk Türk). Bu hususta ayrıca bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 289; **Aslan**, Gabin, s. 73-74. Kredi sözleşmesi bakımından kararlaştırılan faiz oranının piyasa faiz oranının yaklaşık iki katı olması hâlinde, genellikle gözle görülür bir orantısızlık olduğunun varsayılabileceği, ancak kredinin türünün ve kredi verenin üstlendiği riskin de göz önünde tutulması gerektiği yönünde bkz. **Armbrüster**, BGB § 138, N. 270.

[827] Edimlerin değerini takdir etmek hususunda mahkeme bilirkişiden yararlanabilir. Ancak edimler arasındaki oransızlığı tespit etmek hukukî bir mesele olup, bu hususta mahkemenin bizzat takdir yetkisini kullanması gerekir (**Saymen**, s. 153; **Elbir**, Halid Kemal: Gabnin Unsurları, İBD, C. 25, S. 4, 1951, s. 196).

[828] **Saymen**, s. 158-159.

[829] **Saymen**, s. 157. Açık oransızlık, tarafların edimlerine biçilen objektif değerlerin kıyası ile tespit edilir. Edim konusunun para olması, cari fiyatının bulunması ya da fiyatın mevzuatla veya idarî bir işlemle belirlenmesi durumunda objektif değerin tespiti hususunda zorluk yaşanmayabilir. Ancak edimin cari veya belirlenmiş bir fiyatının olmaması durumunda objektif değer ise sözleşmenin yapıldığı anda edimin iktisadî kurallar uyarınca tespit edilebilen ortalama piyasa değeri olarak ifade edilebilir (**Saymen**, s. 149-152). Aynı yönde orantısızlığın takdirinde aynı veya karşılaştırılabilir edimlerin sözleşmenin yapıldığı andaki piyasa değerinin belirleyici olacağına ilişkin bkz. **Dasser**, Art. 21, s. 112.

[830] **Saymen**, s. 156-157.

[831] **Saymen**, s. 156-157.

basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır ve tacir için dürüstlük kuralına uygun davranışın tespiti ancak aynı durumda basiretli bir tacirin davranışı esas alınarak yapılacaktır. Ortalama bir kişi bakımından açık oransızlık olarak kabul edilebilecek bir hâl, tacir bakımından açık oransız olarak kabul edilmeyebilir veya tam tersi bir durum söz konusu olabilir. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği bu kapsamda aşırı yararlanma kurumunun açık oransızlığa ilişkin objektif şartı bakımından farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılabilir. Bu kabul uygulamada farklı bir sonuca yol açabilecektir[832].

Öğretide açık oransızlığın tespiti hususunda tacirler özelinde bir başka görüş ise tacirlerin ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini talep edememesine ilişkin TTK m. 22 hükmü ve söz konusu hükmün uygulamasının yol gösterici nitelikte olabileceğini öne sürmektedir[833]. Bu itibarla tacirin ticarî anlamda mahvına sebep olabilecek derecede yüksek (âhlaka aykırılık seviyesinde oransız) ücret ve sözleşme cezalarında indirim talep edebileceği göz önüne alındığında aşırı yararlanma hükmünün uygulanabilmesi için gereken açık oransızlık bakımından da aynı şart aranmalıdır[834]. Ancak kanaatimizce bu görüşün kabulü durumunda ekonomik mahva sebep olacak bir oranın yanında TMK m. 2 de göz önünde bulundurulmalıdır. Ekonomik mahva sebep olma hâlinin tek başına belirleyici bir unsur olarak kabul edilmesine ihtiyatla yaklaşılmalıdır kanaatindeyiz. Bu görüşün kabulü durumunda TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına uygun olmayan bir oran, tacirin ekonomik olarak mahvına sebep olmadığı gerekçesi ile kabul edilebilir bulunabilecektir.

---

[832] Farklı bir perspektiften kira sözleşmeleri bakımından açık oransızlığın, ev kiraları hususunda olağan kira bedelinin %50 aşılması durumunda kabulünün gerektiği; iş yeri kiraları bakımından ise ancak piyasa fiyatının %100 aşılması durumunda söz konusu olabileceği öne sürülmektedir (**Armbrüster**, BGB § 138, N. 271). Yazar tarafından özel olarak belirtilmese de bu yoruma tarafın tacir olma ihtimalinin göz önüne alınması ile ulaştığı sonucuna varılabilir.

[833] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 78-81.

[834] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 78-81. TTK m. 22 hükmüne ilişkin bkz. aşağıda 4.1.2.2., s. 229 vd.

3.2.1.4.3. Orantısızlığın Bilerek Yararlanılmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi (Sömüren Açısından Sübjektif Şart)

Aşırı yararlanma hükmünün asıl amacı edimler arasındaki oransızlığı değil bu oransızlığın meydana geliş biçimini yaptırıma tâbi tutmaktır[835]. Bu bağlamda yararlanma unsuru önem taşımakta ve aşırı yararlanmanın ahlâka aykırı yönünü oluşturmaktadır[836]. Edimler arasındaki aşırı dengesizliğin sömüren tarafınca bilinip bilinmediği unsurunun varlığının tespiti, sömürenin tacir olması durumunda farklılık arz edecektir. Bilme veya bilebilecek durumda olma hususu tacir bakımından farklı yorumlanmaktadır. Somut olayda tacir olmayan bir kişinin bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı hususları tacirin bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekebilmektedir[837].

3.2.1.4.4. Zarar Görenin Düşüncesizliği, Deneyimsizliği veya Zor Durumda Kalması (Sömürülen Açısından Sübjektif Şart)

Aşırı yararlanma kurumunun uygulanması bakımından tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin sömürülen açısından öngörülen sübjektif şartın gerçekleşmesine engel teşkil edip etmeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Sömürülen açısından sübjektif şartlar kişinin düşüncesizliği, deneyimsizliği veya zor durumda kalmasıdır[838].

Düşüncesizlik (hiffet hâli), kişinin yaptığı işlemin muhtemel sonuçlarını (yarar ve zararlarını) göz önünde bulundurmadan hareket etmesi olarak ifade edilmektedir[839]. Somut olay bakımından sözleşme kapsamında özen göstermeme, dikkatsizce hareket

---

[835] **Buz**, Vedat: Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Batider, C. XIX, S. 4, 1998, s. 59-60.
[836] **Gauch**, Übervorteilung, s. 15; **Okumuş**, s. 150-151. Aynı görüşte aşırı yararlanma kurumunun BGB'de ahlâka aykırılığa ilişkin hüküm içinde düzenlenmesinin sebebinin de sömüren açısından söz konusu olan yararlanma unsuru olduğu yönünde bkz. **Elbir**, s. 194.
[837] Burada kast durumunda şart evleviyetle sağlanmış olmakla beraber, kast olmasa da bilme ve bilebilecek olma hâlinde de bilerek yararlanma gerçekleşmiş kabul edilecektir (**Elbir**, s. 200-201).
[838] Bu şartların örnekseyici bir şekilde sayılıp sayılmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Hükmün toplumsal amacına vurgu yaparak öğretideki hâkim görüş örnekseyici şekilde sayıldığı yönündedir. Bu hususta öğreti görüşleri için bkz. **Apaydın**, İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma, Ankara 2020, s. 75-77; **Aslan**, Gabin, s. 95-96; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 290-291.
[839] **Aslan**, Gabin, s. 84.

etme[840] ve verilen taahhütlerin sonuçlarına ilişkin uzağı görememe düşüncesizlik olarak kabul edilebilir[841]. Tacirler bakımından düşüncesizlik[842] tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gereği söz konusu olamayacaktır[843]. Zira basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin öngörülü ve sözleşme akdederken özenli olmasını gerektirir[844].

Deneyimsizlik (tecrübesizlik) ise, kişinin iş hayatına yeterince vakıf olmaması ve bu bağlamda iktisadî değerler arasında karşılaştırma yapma bakımından gerekli bilgi seviyesinin bulunmadığı anlamına gelmektedir[845]. Deneyimsizliğin tanımı dikkate alındığında, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin ilgili bu koşulu sağlayamayacağı kanaatindeyiz[846]. Zira tacirin faaliyet alanına ilişkin olarak gerekli ekonomi bilgisinin de bulunması gerekir. Tacir deneyimsizliğine dayanarak açıkça oransız bir taahhüdün altına girdiğini ileri sürememelidir[847].

Geriye kalan sömürülen bakımından sübjektif şart olan zor durumda kalma (müzayaka) hâli ise kişinin kendisinin ya da yakınlarından birinin malî ya da manevî sebeplerle

---

[840] **Dasser**, OR Art. 21, s. 113.
[841] **Aslan**, Gabin, s. 84.
[842] Öğretide düşüncesizlik hâlinin tüzel kişiler bakımından söz konusu olup olamayacağı hususu da tartışılmıştır. Tüzel kişiler bakımından düşüncesizlik durumunun doğası gereği söz konusu olamayacağı yönünde bkz. **Okumuş**, s. 129. Düşüncesizlik durumunun tüzel kişiler bakımından söz konusu olamaması, düşüncesizliğin ruhî ve patolojik bir durum olduğu, tüzel kişiye böyle bir durumun özgülenemeyeceği gerekçesi ile ileri sürülmektedir (**Aslan**, Gabin, s. 86).
[843] **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemiener und Besonderer Teil (ORABT), Zürich 2008, Art. 21, N. 10-12; **Aslan**, Gabin, s. 94.
[844] Ülkemizde gerçek kişi tacirlerin, tacir olabilmeleri için herhangi bir eğitim şartı bulunmamasının bu ön kabulün sorgulanabileceği sonucunu doğurabileceği, ticarî işletme işletmeye başlamadan önce en azından faaliyet alanına ilişkin uzman kişilerce tacirlik eğitimi verilmesinin yerinde olabileceği yönünde bkz. **Can**, Basiretli Tacir, s. 82.
[845] **Armbrüster**, BGB § 138, N. 274; **Dasser**, OR Art. 21, s. 113; **Aslan**, Gabin, s. 86.
[846] Aynı yönde bkz. **Aslan**, Gabin, s. 94. Tüzel kişiler bakımından ise yapısı gereği deneyimsizliğinden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. **Aslan**, Gabin, s. 89; **Apaydın**, s. 71-75.
[847] Aynı yönde bkz. HGK, T. 06.06.2007, E. 2007/19-347, K. 2007/328: "*6762 sayılı TTK m. 20/2 (TTK m. 18/2) uyarınca basiretli iş adamı gibi davranmak zorunda olan davalı bankanın hiffet ve tecrübesizliğinden söz edilemeyeceğine göre…*" (Hukuk Türk).

sıkıntılı durumda[848] kalmasını ifade etmektedir[849]. Zor durumda kalma (müzayaka) şartının varlığını kabul edebilmek için, müzayaka hâlinde olmak[850] ve bu durumdan kurtulabilmek için başka olanağa sahip[851] olmamak gerekmektedir[852]. Bir taraf, sözleşmenin akdedildiği sırada ciddî ekonomik, kişisel, siyasî veya başka bir sıkıntı içindeyse ve bu nedenle sözleşmenin akdini objektif olarak haklı bir şekilde ehven-i şer olarak değerlendiriyorsa, zor durumda kalma hâli söz konusudur[853]. Yine bu kapsamda geçici bir malî utanç, itibarın tehlike altında olması, ekonomik dezavantaja yönelik ciddî tehlike altında bulunmak ve sağlık sorunları da zor durumda kalma hâline örnek olarak verilmektedir[854]. Bu kapsamda zor durumda bulunma somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken esnek bir kavram özelliği taşır[855]. Zor durumda kalma hâli tacirler bakımından da söz konusu olabilmektedir[856]. Davacının tacir olduğu bu hususta bir Yargıtay kararında, tacirin ani bir yangınla ticarî işletmesi yanmıştır. Yangın hadisesi zor durumda kalma hâline uygun bir durum olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda sigortacı ile pazarlıkların sürdüğü dönemde ekonomik sıkıntı içerisinde çaresizlik ile bir kısım ödemeyi kabul etmek durumunda kalan tacirin, durumu noter tutanağı ile tespit

---

[848] Zor durumda kalma iddiasında bulunan kimsenin, bu duruma kendi kusuru ile yol açmasının aşırı yararlanma kurumuna başvurmasına engel nitelik taşımadığı yönünde bkz. **Akdağ Güney**, s. 152. Nitekim kişilerin hatalarının sonuçlarına katlanması gerektiği öne sürülebilirse de karşı tarafın bu hatadan haksız kazanç sağlamasının ödüllendirilmesi hukuka, ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturmaktadır. Bkz. **Akdağ Güney**, s. 152-153.

[849] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 83; **Özkaya**, Eraslan: Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları (Aşırı Yararlanma), 4. Baskı, Ankara 2020, s. 37; 1. HD, T. 25.06.1970, E. 1070/3521, K. 1970/4351: "*Muzayaka zaruret içinde bulunan ya da mevcut veya iktisadi bir zarar veya sıkıntıyı karşılamak için ölçüsüz bir fedakarlıkta bulunma halidir.*" (**Özkaya**, Aşırı Yararlanma, s. 37).

[850] Tacirin ticarethane olarak kullandığı taşınmazını, karşılığını sağlamaksızın satmak durumunda olmasının darda kaldığını (müzayaka hâlinde olduğunu) gösterdiği, ayrıca gerçek değer ile satış değeri arasındaki açık oransızlığın da aşırı yararlanmanın varlığını doğrular nitelikte olduğu yönünde bir karar için bkz. 14. HD, T. 08.05.1986, E. 1985/7787, K. 1986/3066 (Hukuk Türk).

[851] Zor durumda olma hâli bakımından, sözleşme yapma teklifinin sömürülen konumundaki kişiden gelmesinin aşırı yararlanma kurumuna başvurmaya engel teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **Gauch**, Übervorteilung, s. 15; **Dasser**, OR Art. 21, s. 113.

[852] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 83-84.

[853] **Dasser**, OR Art. 21, s. 113.

[854] **Armbrüster**, BGB § 138, N. 273.

[855] **Armbrüster**, BGB § 138, N. 273.

[856] **Çağlar**, Aşırı Yararlanma, s. 81; **Akdağ Güney**, s. 151; **Eren**, s. 485; **Kılıçoğlu**, s. 295; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 494; **Kizir**, s. 254-255; **Okumuş**, s. 80. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 233; **Huguenin**, ORABT, Art. 21, N. 1-5; BGE 84 II 107, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F84-II 107%3Ade&lang=de&type=show_document, ET: 06.04.2023). Tüzel kişi tacirler bakımından zor durumda kalmanın ortaklık bakımından da organ kişi bakımından da söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 140, dn. 140.

ettirmesi de zor durumunu destekleyen bir davranış olarak kabul edilmiştir. Ancak böyle bir tutanak bulunmasa dahi aşırı yararlanma iddiasının dinlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir[857].

Tacirin malî olarak zor durumda kalma hâlinin kabul edilebilmesi için ticarî kayıtları, defterleri ve malvarlığı durumu ayrıntılı olarak incelenmelidir[858]. Zira her durum için etraflıca araştırma yapmadan zor durumda kalma hâlinin varlığını kabul etmek ticarî hayata, ticarî hayattaki hız ve güven ilkelerine zarar verecektir. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, zor durumda kalma hâlinin varlığını tespit bakımından ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmektedir[859]. Bu hususta somut olayda zor durumda kalma hâli bakımından gerçek servet miktarının değil likidite sıkışıklığının esas alınabileceği de

---

[857] 11. HD, T. 31.05.2001, E. 2001/3322, K. 2001/4871: "*Ani bir yangınla fabrikası yanan bir tacirin o şartlar içerisinde müzayakaya uygun bir zemin içinde olduğunun müzayaka kabulü gerektiği gibi, tazmin edilen zarar ile iddia olunan gerçek zarar arasındaki 114.000.000.000.- TL 'lik fark gerek 1999 yılı itibariyle rakamsal olarak ve gerekse zarar gören işletmenin genel büyüklüğü ve mevcut zarara göre oldukça büyük bir fark olup gabinin objektif ve subjektif unsurlarının buna göre değerlendirilmesi gerekir. Sadece aritmetik oranla sonuca varılması doğru değildir. Zira, her dava kendine özgü koşullar içinde incelenip değerlendirilecek ve sonuçlandırılacaktır.*

Sigortacı ile pazarlıklar sürdüğü dönemde, içinde bulunulan ekonomik sıkıntı ve çaresizlik içinde bir kısım ödemeyi kabul etmek zorunda kalan tarafın somut olayda olduğu gibi, durumu noter tutanağı ile tespit ettirmesi olağan ve iddiayı destekleyen bir davranış olup bu şekilde bir tutanağın olmaması dahi böyle bir iddia ve davanın dinlenmesine mutlak bir engel teşkil edemez." (Hukuk Türk).

[858] Zor durumda kalma hâlinin tespitinde aşırı yararlanma iddiasında bulunan tarafın malvarlığı durumunun da analizinin gerekti̇ğine ilişkin bkz. 14. HD, T. 05.02.1987, E. 1986/6425, K. 1987/821: "*...Dosyadaki diğer ifade ve belgelerden Ö.. İstanbul'un muhtelif semtlerinde dershaneleri, taşınmazı ve Mercedes arabası olduğu anlaşılmaktadır. Gerek bu dershanelerin işletilmesi gerek yeni teşebbüsleri için zaman zaman nakde ihtiyaç duyulması BK m. 21 (TBK m. 28) anlamında müzayaka hali olarak kabul edilemez.*" (Hukuk Türk).

[859] Bkz. 19. HD, T. 15.02.2011, E. 2010/8509, K. 2011/1895: "*...Zira taraflar tacirdir. 6762 sayılı TTK m. 20/2 (TTK m. 18/2) uyarınca her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. Hal böyle olunca sübjektif şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesinde davacı şirketin hiffet ve tecrübesizliğinden söz edilemeyeceğinden müzayaka hali üzerinde irdeleme yapılarak varsa davalıların, davacı şirketin müzayaka halinden bilerek yararlanıp yararlanmadığı hususunun da kanıtlanması gerekmektedir... Müzayaka halinin sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gereklidir... yıllık ciro ve vergi matrahı miktarları ve davacının ticaret şirketi olduğu gözetildiğinde, müzayaka halinden söz edilmesi doğru görülemez.*" (Hukuk Türk).

belirtilmektedir[860]. İflâs öncesindeki hâl de somut olay bakımından zor durumda kalma hâli olarak kabul edilebilir[861].

3.2.1.4.5. Bankaların Aşırı Yararlanma Kurumuna Başvurup Başvuramayacağı Hususu

Yargı kararlarında ve öğretide bankaların aşırı yararlanma kurumuna başvurması hususu tartışılmıştır. 2001 ekonomik krizinde bankaların fahiş oranlı faiz vermeleri, daha sonra da bu faizleri ödeyemeyerek aşırı yararlanma kurumuna başvurmaları söz konusu olmuştur. Öğretide bu hususta *Akdağ Güney*, diğer tüm şartlar ile birlikte bankaların zor durumda kalma sübjektif nedeni ile aşırı yararlanma kurumuna başvurabileceklerini öne sürmektedir[862]. HGK'nın da bu yönde kararları bulunmaktadır[863]. 23.06.2004 tarihli HGK

---

[860] Zor durumda kalma hâlinin ölçüsünün gerçek servet değil, "*ekonomik varlığı tehdit eden bir tehlike*"nin varlığı olduğu, bir bankanın TMSF'ye devri riski veya anî mevduat çekilişlerini karşılayacak nakde sahip olmaması nedeniyle yaşadığı likidite sıkışıklığının da zor durumda kalma kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Akdağ Güney**, s. 153. Benzer yönde zor durumda kalma hâli için mevcut malvarlığının değil, sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olan tehlikenin esas alındığına ilişkin bkz. **Elbir**, s. 204; **Okumuş**, s. 138.

[861] **Elbir**, s. 203-204.

[862] Yazara göre, basiretli davranmak ve zor durumda olmak kavramları farklı kavramlardır. Basiretli bir tacir, düşüncesizliğini ve deneyimsizliğini öne süremez ancak elbette zor duruma düşebilir. Aşırı yararlanma kurumunun düzenlenme amacı, hata yapanın cezalandırılması değil, başkalarının bu hatalardan yararlanarak haksız kazanç elde etmelerinin önüne geçmektir. Açık bir kanunî düzenleme olmaksızın "*güven kurumu*" denilerek bankaların aşırı yararlanma iddialarının reddedilmesi ve onlar açısından bu yönde bir eşitsizliğe yol açılması, Kanunun temelindeki hakkaniyet düşüncesi ile de bağdaşmamaktadır (**Akdağ Güney**, s. 151).

Bankaların aşırı yararlanma kurumuna başvurmaları bakımından, 2001 ekonomik krizinde fahiş oranlı faiz tekliflerinde, karşı tarafın orta düzeyde makul bir kişi olması durumunda kendisine yöneltilen yüksek faiz teklifi karşısında bunun nedenini sorgulaması gerektiği; ancak karşı taraf tacir ise, basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiğinden, öncelikle bu teklifin nedenini araştırması gerektiği yönünde bkz. **Akdağ Güney**, s. 155-156.

Bankaların aşırı yararlanma kurumuna başvurulabileceklerine ilişkin ayrıntılı açıklama ve gerekçelendirme için bkz. **Akdağ Güney**, s. 143-179.

[863] Bankanın zor durumda kalma hâline ilişkin bir karar için bkz. HGK, T. 07.02.2007, E. 2007/63, K. 2007/52: "… D*avalı/karşı davacı Bankanın, kısmen kendi zaaflarından ve yönetimindeki basiretsizliklerden kaynaklanan nedenlerle, ancak asıl olarak Ülkemizde yaşanan ekonomik krizden dolayı, hızlı para çıkışı yüzünden uyuşmazlık konusu dönemin özellikle son bölümünde nakit para sıkıntısı içerisine düştüğü, taahhütlerini yerine getirebilmek amacıyla ve o dönemdeki koşullar itibariyle başka bir seçeneği de bulunmadığı için, piyasalardan yüksek faizle para toplamak zorunda kaldığı, davacı/karşı davalının hesabındaki paraya yukarıda oranları belirtilen yüksek faizleri uygulamasının da bu zorunluluktan kaynaklandığı; topladığı paraları nakit sıkıntısını gidermek amacıyla kullandığı, kendisine kar sağlayacak başkaca bir şekilde değerlendirmediği, mevduat pazarlama yoluna gitmediği anlaşılmaktadır.*

Açıklanan bu duruma göre, davalı/karşı davacı Bankanın, anılan dönemde, hem piyasadan para toplayabilmek ve hem de, mevcut hesaplardaki paraların çekilmesini önlemek, günlük ödemelerini karşılamak için, bunlara normalin çok üzerinde faiz uygulamak zorunda kaldığının; başka bir ifadeyle, müzayaka halinde bulunduğunun kabulü zorunludur.

kararında karşı oy yazısı da bulunmaktadır[864]. Tacirlerin aşırı yararlanma kurumuna başvuramayacaklarının ön kabulünün yerinde olmadığı, sömürülen açısından sübjektif

---

Davalı/karşı davacı Bankanın yönetim ve denetiminin, mali bünyesindeki zaafiyetten dolayı 15.3.2001 tarihinde TMSF'na devredilmiş olması da, varılan bu sonucu teyit etmektedir.

Yine, tüm dosya kapsamı ve özellikle hesap hareketleri değerlendirildiğinde; kendisi de tacir olan ve Kanun gereği basiretli, müdebbir davranmakla yükümlü bulunan davacı/karşı davalının; 2001 yılı başlarında Ülkemizde yaşanan ve esasen belirtileri daha önce ortaya çıkmış olan ekonomik krizin olası sonuçlarını öngörememiş olabileceğinin, davalı/karşı davacı bankanın ve benzeri durumdaki, mevduat hacmi ve şube sayısı düşük, sayıları az ve fakat mevduatları yüksek hesap sahipleriyle çalışan başka bazı bankaların, kamuoyuna açıklıkla yansıdığı için toplumun genelinde dahi bilinen mali durumlarından, nakit sıkıntılarından haberdar bulunamayabileceğinin kabulü mümkün değildir.

Davacı/karşı davalının, buna rağmen uyuşmazlık konusu dönemde mevduat hesabında önemli miktarda para bulundurmasının, banka mevduatlarının sınırsız olarak Devlet güvencesi altında bulunmasından ve davalı/karşı davacı Bankanın da nakit para sıkıntısı çekmesinden, müzayaka halinde olmasından yararlanmak suretiyle, fahiş oranlarda faiz geliri elde etme amacına yönelik bulunduğu kabul edilmelidir. Davalı/karşı davacı Bankanın mali açıdan zorluk yaşamasının, nakit para sıkıntısı içine düşmesinin, müzayaka haline girmesinin kısmen kendi zaaflarından ve yönetimindeki basiretsizliklerden kaynaklanmış olması, başka bir ifadeyle, müzayaka halinin oluşmasında kendi kusurunun da bulunması, davacı/karşı davalının bu durumdan yararlanma isteğini hukuken meşru ve haklı kılamaz.

Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği gibi; faiz, sermayenin ondan mahrum kalınan süredeki getirisidir ve faiz oranının belirlenmesinde, o andaki ekonomik koşullar önemli bir rol oynar. Ülkedeki aynı ekonomik koşulları yaşayan diğer bazı bankaların ve aracı kurumların, nakit para sıkıntısı içerisinde olmadıkları için daha düşük oranlarda faiz uygulamak suretiyle faaliyetlerini sürdürebildikleri bir dönemde, davalı/karşı davacı Bankanın nakit para sıkıntısından dolayı, davacı/karşı davalıya sermayenin mahrum kalınan normal getirisinin çok üzerinde, fahiş oranlarda faiz vermek zorunda kalması, genel ekonomik koşullardan daha çok, kendisinin özel durumundan, daha açık bir ifadeyle müzayaka halinden kaynaklanan bir sonuç olarak kabul edilmelidir." (Hukuk Türk). Benzer yönde bkz. HGK, T. 23.06.2004, E. 2004/346, K. 2004/374 (Hukuk Türk).

[864] HGK, T. 23.06.2004, E. 2004/346, K. 2004/374 Karşı Oy Yazısı: "*Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, Gabin koşullarının somut olay açısından gerçekleşip gerçekleşmediği ve dolayısıyla, davalı bankanın fazla faiz tahakkuk ettirildiği gerekçesiyle davacının hesabından kesinti yapıp yapamayacağı noktasında toplanmaktadır…. Dava konusu faiz alacağının oluştuğu dönem, ülkemizde Şubat ekonomik krizi olarak bilinen dönemdir. Bu dönemde gecelik faiz oranları, % 5000 'lerin üzerine çıkmıştır. Örneğin, TCMB verilerine göre Bankalararası para piyasasında gerçekleşen gecelik faiz oranlarına ilişkin tabloya bakıldığında 21.2.2001 tarihinde gecelik faizin maksimum %6200, ağırlıklı ortalamanın ise %4018 olduğu görülmektedir. Yine İMKB brüt faiz oranının aynı gün itibariyle %4501 olarak gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Gecelik faiz oranlarındaki yükselme, sadece davalı bankayı değil, diğer bankaları da yakından ilgilendirmiştir. Nitekim, dava dışı bazı bankalar da davalının uyguladığı faiz oranlarına yakın hatta bir kısmı ondan da yüksek oranlarda gecelik faiz uygulamışlardır.*

Bu durum serbest piyasa ekonomisinin sonucu ve gereğidir. Davacı, parasını aynı dönemde daha fazla veya buna yakın gecelik faiz veren bir başka bankada da değerlendirme olanağına sahip iken bunu yapmamış, kendi bankasına güvenmiştir. Bankalar, para alım satımı işi ile uğraşan güven kurumlarıdır. Y. faizle topladığı mevduatı daha yüksek faizle satmaları mümkündür. Hal böyle olunca o günün genel ekonomik koşulları karşısında edimler arasında açık oransızlık bulunduğunun kabulü doğru olmaz….

Dosyadaki delillere göre gecelik faiz oranları özellikle 19.2.2001 gününde itibaren yükselmeye başlamış ve şubat ayı sonuna doğru düşmüştür. Davacının mevduat hesabı ise faizlerin yüksek olduğu günlerde açılmamıştır. Davacı, zaten davalı bankanın müşterisidir ve yüksek faiz uygulamasının başladığı tarihten çok önce davalı ile mevduat ilişkisine girmiştir. Kaldı ki, gecelik faiz oranlarını davacı değil, davalı banka belirlemiş ve uygulamıştır. Uygulanan bu faiz oranları TCMB.nin denetimi altındadır. Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir (YHGK. 24.1.1973 T. 1971/1-1376 E, 24 K.sayılı kararı, M.Reşit Karahasan, Türk B. Hukuku, Genel Hükümler, 2003 1.Cilt Sh. 297. Yargıtay 1.HD 4.3.1969 T.391 E. 1133 K. Sayılı kararı, E. Özkaya, Gabin Davaları, Ankara 2000, Sh. 150

şart olan deneyimsizliğin ve tecrübesizliğin söz konusu olamayacağı ancak zor durumda kalmanın söz konusu olabileceğini belirtmiştik. Ancak aşırı yararlanma kurumuna başvuranın banka olması durumunda değerlendirme daha da farklılaşacaktır. Öncelikle belirtilmelidir ki bankalara güven kurumu sıfatı yüklenmektedir[865]. Zira bankalar finansal

---

vd.Prof. Dr. F. E. B. Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Sh. 388), Bir bankanın özel kişi karşısında daha zayıf durumda olduğunun kabulü doğru görülemez. Bu açıdan bakıldığında da bankanın gabin hükümlerinden yararlandırılması, gabinin zayıfı koruma şeklindeki konuluş amacına ters düşer.

Her şeye rağmen, davalı bankanın müzayaka halinde olduğu bir an için kabul edilecek olsa bile, davacının

bu durumdan yararlandığı, onu istismar ettiği kanıtlanmadıkça gabin oluşmaz. Nitekim YHGK. Nın 5.2.1969 tarih ve 66/1- 263/90 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi, "Gabin vardır diyebilmek için, objektif şart ile birlikte sübjektif şart teşkil eden müzayaka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer bir deyimle karşı tarafın durumunu istismar etmesi lazımdır (Tekinay B. Hukuku Genel Hükümler, İst. 1993, Sh. 463, Prof. Dr. F. N. Feyzioğlu, B. Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İst. 1976, Sh. 259 dipnot 436 Prof. Dr. Fikret Eren B. Hukuku Hükümleri, Cilt 1, Sh. 391). Gabinden yararlananın, karşı tarafın özel durumu yüzünden bu dengesiz sözleşmeyi yaptığını bilmesi gerekmesi yetmez. Özel olarak bu durumdan yararlanma kastı bulunması aranacaktır (Prof.Dr. M.Kemal Oğuzman, Doç.Dr. M.Turgut Öz, B. Hukuku Genel Hükümler, İst. 1995, Sh. 110, dipnot 332).

Somut olayda, davacının, davalı bankanın (bizce kabul edilmeyen) müzayaka halinden yararlanarak akit yapma, başka bir deyimle davalının durumunu istismar etme kastı bulunmamaktadır. Öteden beri davalı banka ile çalışan ve gereksinme duyduğu teminat mektuplarını davalıdan alabilmek için mevduatını bu bankada değerlendiren ve hatta mevduat miktarını arttırması konusunda davalı tarafından ikaz edilen davacının, bir ay sonra bankasının fona devredileceğini bilmesi ve bile bile bu kadar yüksek miktardaki parayı riske atması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Zira, davacı böyle bir ihtimali aklına getirmiş olsaydı, davalının fona devredilmesinden birkaç gün önce parasını çekip hesabını kapatabilirdi. Kaldı ki, davalı, vaadettiği faiz oranı üzerinden tahakkuk ettirdiği faizi davacının hesabına yatırmış ve böylece bu para davacının mülkiyetine geçmiştir. Daha sonra tek taraflı tasarrufla hesaptan kesinti yapılması da doğru değildir.

Bankalar birer güven kurumudur. Uyguladıkları faiz oranları TCMB.na bildirilmekte ve denetlenmektedir. Devletin müdahale etmediği ve bu yüzden Devlet garantisi altında olduğunu düşünen mudinin güvendiği faiz oranına göre yapılan işlemleri sonradan feshetmenin çıkar dengesine uygun bulunmadığı kanaatindeyim.

Açıklanan nedenlerle, somut olay açısından gabin koşulları oluşmadığı gibi BK.nun 19 ve 20.md. hükümlerinin uygulanma olanağı da bulunmamaktadır. Taraflar serbest iradesiyle sözleşme yapmışlardır. Hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceğinden MK.2.md hükmüne de dayanılamaz. Bu durumda dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre usul ve yasaya uygun bulunan yerel mahkeme hükmünün onanması gerektiği düşüncesinde olduğumdan yüce çoğunluğun görüşüne katılamıyorum. Şükrü S. - 19.Hukuk Dairesi Üyesi" (Hukuk Türk).

[865] 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 1 ve m. 1 Gerekçesi [Bankacılık Kanunu genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Bankacılık Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/1007), TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı: 972]; **Battal**, Güven Kurumu Banka, s. 97 vd.; **Doğanay**, İsmail: Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken, Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Olduğu Özen Borcu (Banka-Özen Borcu), Batider, C. XVII, S. 4, 1994, s. 29; **Yılmaz**, İnternet Bankacılığı, s. 152-153; **Kurşun**, Özgü: İnternet Bankacılığında Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2022, s. 198 vd.; **Açıkgöz**, Osman: Banka Hesabının İnternet Bankacılığı Yoluyla Boşaltılması Sonucu Meydana Gelen Zarardan Dolayı Bankanın Mevduat Sahibine Karşı Hukuki Sorumluluğu, KÜHFD, S. 12, 2015, s. 78; Anayasa Mahkemesi Kararı (AYM), T. 07.07.2011, E. 2010/116, K. 2011/118: *"... Bir güven kurumu olan bankalar..."*; HGK, T. 15.06.1994, E. 1994/178, K. 1994/398: "*...güven kurumu olan davalı bankanın objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden*

piyasaların oluşmasında, işletilmesinde ve nihayetinde ülke ekonomisinde önem arz etmektedir[866]. Bankacılık özel uzmanlık gerektiren bir faaliyettir[867]. Banka bir anonim ortaklıktır (Bankacılık Kanunu m. 7/I-a). Ancak bankaların kurulması ve faaliyete geçmesi izne tâbidir (Bankacılık Kanunu m. 6, m. 10). Zira bankalar kendilerine imtiyaz sureti ile verilen mevduat toplama işini tekel konumunda gerçekleştiren kuruluşlardır[868]. Ülke ekonomisi bakımından önemi düşünüldüğünde, bankalara güvenin sağlanması için özel düzenlemeler gerekir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da bu bağlamda bankaların kuruluşuna, faaliyete geçmelerine, kurucularına, pay sahiplerine, yöneticilerine ve denetlenmelerine ilişkin özel düzenlemeler öngörmüştür (Bankacılık Kanunu m. 6 vd.). Görüldüğü üzere bankalar alelade tacir konumunda değildir[869]. Alelade bir tacire kıyasla bu özel düzenlemelere tâbi olan bankalara güven duyulması da gerekli bulunmaktadır. Aksi durumda güvensizlik ortamı ekonomik olarak istikrarsızlığa ve krize sebep olabilir[870]. Söz konusu özel düzenlemeler ve bankacılık faaliyetinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda hukukî sorumluluk bakımından bankalara ilişkin daha katı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir[871]. Bu bağlamda güven kurumu sıfatı bankaların

---

kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumlu olduğu, banka müşterilerinin hesabında bulunan paranın müşterinin haberi olmadan bilgisayar korsanlığı yoluyla başka bir hesaba aktarılmasının önlenmesi konusunda ek güvenlik tedbirleri olarak o dönemde bazı bankalarca uygulanan ve daha sonra zorunlu hale getirilen tek kullanımlık şifre uygulamasının davalı banka tarafından uygulanmadığı, ek güvenlik tedbiri almayan bankanın kusurundan sorumlu tutulması gerektiği..."; 11. HD, T. 05.11.2014, E. 2014/7007, K. 2014/16915 (Hukuk Türk).

[866] AYM, T. 25.12.2014, E. 2014/103, K. 2014/199: "*...Bankacılık Kanunu ile korunan hukuksal değer "finansal piyasalara ve finansal kurumlara güven" dir... Bankalar, bir taraftan tasarruf sahiplerinin birikimlerini değerlendirmekte, bir taraftan da yatırımcılara ve diğer ihtiyaç sahiplerine kredi vererek ekonominin işleyişine katkı sağlamaktadırlar. Bir güven kurumu olan bankaların, mevduat kabul etmek, mevduat sahiplerini yönlendirerek malvarlığına ilişkin değerleri idare etmek ve finans piyasalarındaki ödeme trafiğini yönetmek gibi ülke ekonomisinde yaygın ve etkin işlevi bulunmaktadır. Bu nedenle, sistemde meydana gelecek bir aksaklık veya çöküntü bütün ekonomik sistemi etkileyebilmektedir. Dolayısıyla aslında özel girişim olan bankacılık sektörünün Devlet denetimi ve gözetimi altında yürütülmesi ve koruma altına alınması bir gereklilik olup...*" (Hukuk Türk).

[867] HGK, T. 11.08.1982, E. 1980/2025, K. 1982/591: … *uzmanlığı gerektiren mesleki bir iş gören bankaların..."* (Hukuk Türk).

[868] **Kurşun**, s. 207.

[869] HGK, T. 16.06.2020, E. 2017/3092, K. 2020/400: "*...bankaların, tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranma yükümlülüğü herhangi bir tacirden farklılık arz etmektedir.*" (Hukuk Türk).

[870] **Doğanay**, Banka-Özen Borcu, s. 29.

[871] HGK, T. 16.06.2020, E. 2017/3092, K. 2020/400: "*...bankalar, özel yasa ile kurulan ve kendilerine alanlarında çeşitli imtiyazlar tanınan, topladıkları mevduatı ve katılım fonlarını sahteciliklere karşı özenle korumak zorunda olan kuruluşlardır. Bankalar sahip oldukları bu vasıfları sebebiyle bankacılık işlemlerinin güvenilen tarafı konumundadırlar. Bu durum, bankaların bir güven kurumu olarak kabul edilmesini ve bankanın sorumluluğunun özel güven sebebiyle ağırlaştırılmasını gerektirir... O hâlde, bankalar, ağırlaştırılmış sorumluluğun bir gereği olarak objektif özen yükümlülüğü altında bulunmakta olup, buna karşılık hafif kusurlarından dahi sorumludurlar. Ayrıca, bu sorumluluğu kaldırmaya yönelik*

hukukî sorumluluğunu ağırlaştırmaktadır[872]. Bankaların hukukî sorumluluğu değerlendirilirken güven kurumu sıfatlarından bağımsız bir değerlendirme yapılması düşünülemez[873]. Sayılan gerekçelerle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de hem özen yükümlülüğü hem kusurun tespiti[874] bakımından bankalar özelinde daha ağır yorumlanmaktadır[875]. Bu hususta bir yargı kararında, davalı banka tarafından verilen kredi kartından davacının bilgi ve rızası dışında mail order yöntemi[876] ile yapılan alışveriş kapsamında bankaya husumet yöneltilebileceği, sahtecilik işlemlerine karşı bankanın

---

sözleşmeler de geçerli değildir. Zira sorumsuzluk sözleşmesi hükümlerine sınırlama getiren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun115/3 ve 116/3. maddeleri gereğince, özel yasa ile kuruldukları ve kendilerine alanlarında çeşitli imtiyazlar tanındığı için bankaların, hafif kusurlarından dolayı ortaya çıkan sorumluluğunu kaldıran sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır."; HGK, T. 30.09.2015, E. 2013/2425, K. 2015/2022: "*Bankalar, devletin yoğun denetimi ve müdahalesi altında bulunan ve kendileri için belirlenmiş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösterebilen kuruluşlardır. Bankacılık sektörüne özgü bu durum, bankalarla muhatap olan geniş halk kitlelerinin bankalara karşı özel bir güven duygusu beslemelerine yol açmaktadır. Hukuken korunmaya değer olduğu sürece bu güven, bankaların diğer ticari işletmelerden ve klasik şirket türlerinden farklı hukuki sorumluluk kurallarına tabi tutulmalarını zorunlu kılmaktadır.*" (Hukuk Türk).

[872] **Açıkgöz**, s. 95; HGK, T. 26.09.2019, E. 2017/411, K. 2019/962 (Hukuk Türk).

[873] HGK, T. 20.02.2020, E. 2017/410, K. 2020/189: *"...bankaların birer güven kurumu olmaları ve müşteriler tarafından kendilerine özel bir güven duyulması, onların hukuki sorumluluğunu diğer tacirlere nazaran daha da ağırlaştırmaktadır. Nitekim bir kişi davranışlarıyla başkaları nezdinde haklı bir güven oluşturduktan sonra, bu tutumuyla çelişkili ve özellikle de söz konusu güveni boşa çıkaran bir davranışta bulunması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.*"; 11. HD, T. 28.06.2005, E. 2004/9468, K. 2005/6891 (Hukuk Türk).

[874] 11. HD, T. 08.05.2006, E. 2005/5264, K. 2006/5270: "*... Mahkemece toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı bankanın davacıya daha önce verdiği bir şifre olduğundan telefon bankacılığıyla internet şifresi oluşturulurken telefon bankacılığı şifresinin istenmemesinin kusur olarak nitelendirilmesi gerektiği, ayrıca 12.12.2002 tarihli telefon görüşmesinde sorulan sorulara tam ve doğru cevaplar alınamadığı halde şifre oluşturulmasına ve dolandırıcılığa sebebiyet verdiği, bu görüşmede şifrenin unutulduğu veya değiştirilmek istendiğinin de belirtilmediği, güven müessesesi olan ve uzmanlık gerektiren bir iş gerçekleştiren bankaların TTK.nun 20. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği...*"(Hukuk Türk).

[875] Aynı yönde bankaların faaliyetlerinin yüksek riskli kabul edilmesi ve bankaların birer güven kurumu olarak kabul edilmelerinin göstermeleri gereken özeni artırdığı ve basiretli davranma yükümlülüğünü ağırlaştırdığına ilişkin bkz. **Battal**, Güven Kurumu Banka, s. 8, 151. Ayrıca bkz. 11. HD, T. 27.01.2016, E. 2015/10105, K. 2016/901: "*...Bir güven kurumu olarak, basiretli tacir gibi davranması gereken bankalar, 818 Sayılı BK'nın 99/2 ve 6098 Sayılı TBK'nın 115/3 madde ve fıkraları uyarınca objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumlu olup, banka olmaları sebebiyle de diğer tacirlere nazaran bütün hukuki ilişkilerinde daha yüksek özen borcu altındadırlar. Banka ile müşterisi arasındaki bankacılık işlemleri herşeyden önce güven unsuruna dayanmaktadır.*"; 11. HD, T. 30.11.2015, E. 2015/5433, K. 2015/12718; HGK, T. 01.07.2021, E. 2021/532, K. 2021/900; HGK, T. 12.03.2020, E. 2019/26, K. 2020/291 (Hukuk Türk). Mevduat hesabından vekil aracılığıyla çok yüksek bir tutarın çekilmesi durumunda hesap sahibinin bu hususta bilgisinin bulunup bulunmadığının ayrıca teyit edilmesinin ve/veya imzaların sıhhatine ilişkin bir uzman yardımının alınmasının bankanın basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir gereği olduğu yönünde bkz. **Doğanay**, Banka-Özen, s. 31.

[876] Mail order yöntemine ilişkin bkz. https://www.isbank.com.tr/blog/mail-order-nedir-nasil-yapilir, ET: 10.10.2023.

özenli ve tedbirli olması gerektiği, bankaların güven kurumu olarak kabul edilmesinin sorumluluklarını ağırlaştırdığı yönünde hüküm tesis edilmiştir[877]. TBK m. 115'te hüküm altına alınan sorumluluğu sınırlandıran sözleşmeler de bankalar bakımından farklı değerlendirilir. Bankacılık faaliyeti uzmanlık gerektirdiği ve izinle yürütüldüğü için bankanın hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair yapılan sözleşmeler geçersizdir (TBK m. 115/III)[878]. Bu doğrultuda bankaların aşırı yararlanma kurumuna başvurmaları da daha katı değerlendirilmelidir.

Aşırı yararlanma kurumuna başvurabilmek için somut olay bakımından sömürenin yararlanma kastının da bulunması gerekir[879]. İlgili husus etraflıca araştırılıp kanıtlanmadan aşırı yararlanma kurumuna başvurulabilmesi mümkün olmamalıdır. Nitekim aşırı yararlanma kurumu ile asıl amaçlananın sömürenin yararlanma kastının önüne geçmek olduğu da ifade edilmektedir. Somut olayda aşırı yararlanma kurumunun tüm şartları titizlikle incelenmelidir. Verilen yargı kararlarında sömüren konumunda bulunduğu iddia edilen kişinin halihazırda uzun süredir bankanın müşterisi olması, aynı şartlarda birçok bankanın aynı faiz oranlarını verdiğini bilmesine rağmen müşterisi olduğu bankayı tercih etmesi, TMSF'ye devredileceği bilgisine sahip olsaydı mevduatını çekme seçeneğini kullanabileceği, ilgili faiz oranlarının devlet denetiminde bulunduğu bilgisi ile kanaatimizce bankaların bu hususta aşırı yararlanma kurumundan yararlandırılmalarının yerindeliği sorgulanabilir gözükmektedir. Bununla birlikte aşırı

---

[877] 11. HD, T. 22.10.2020, E. 2020/5738, K. 2020/4350 (Legalbank). Bu hususta bir yargı kararında, Esnaf ve Sanatkârlar Odası bakımından ipotek karşılığı kredi kullanma kararı alma yetkisinin genel kurulda olduğu, buna rağmen bankanın yönetim kurulu kararına dayanarak ve imza sirkülerinin de güncelliğini kontrol etmeyerek kredi başvurusunu kabul etmesinin basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü ile bağdaşmadığı, bu kapsamda bankanın kusurlu kabul edilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir [23. HD, T. 03.03.2020, E. 2017/810, K. 2020/1462 (Hukuk Türk)].

[878] HGK, T. 21.11.2012, E. 2012/550, K. 2012/820 (Hukuk Türk). Bankanın hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu yönünde kararlar için bkz. 11. HD, T. 11.12.2013, E. 2013/8049, K. 2013/22632: "*...güven kurumu olan davalı bankanın objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumlu olduğu, banka müşterilerinin hesabında bulunan paranın müşterinin haberi olmadan bilgisayar korsanlığı yoluyla başka bir hesaba aktarılmasının önlenmesi konusunda ek güvenlik tedbirleri olarak o dönemde bazı bankalarca uygulanan ve daha sonra zorunlu hale getirilen tek kullanımlık şifre uygulamasının davalı banka tarafından uygulanmadığı, ek güvenlik tedbiri almayan bankanın kusurundan sorumlu tutulması gerektiği...*"; 11. HD, T. 18.03.2013, E. 2012/6952, K. 2013/5271; 11. HD, T. 23.05.2016, E. 2015/15701, K. 2016/5514 (Hukuk Türk).

[879] Bankanın kriz dönemine ilişkin aşırı yararlanma iddialarında müşterilerin bankanın kayıtlarını bilme şansı olmadığı, bankanın zor durumda olduğuna dair kamuoyuna yapılan bir açıklamanın da bulunmadığı, bu nedenle sömüren tarafından söz konusu olan yararlanma kastının gerçekleşmediği yönünde bkz. **Okumuş**, s. 115-116.

yararlanma kurumunun uygulanması bakımından edimler arasındaki açık oransızlığa ilişkin objektif şart, piyasa koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir[880]. Piyasanın istikrarsız ve olağanüstü bir dönemde olduğu zaman tespit edilecek oransızlıkla, piyasanın buhranlı olmadığı zamana göre tespit edilecek oransızlık farklılık gösterecektir[881]. İlgili kararların değerlendirmesi bu kapsamda da farklılık taşıyabilecektir.

3.2.1.5. Sözleşmenin Yorumunda

Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının ardından bir uyuşmazlık çıkması durumunda yorum faaliyeti gerçekleştirilmektedir[882]. Yorum faaliyeti, tarafların gerçek iradelerini tespit etmek amacıyla[883] yapılır[884].

---

[880] **Aslan**, Gabin, s. 82-83.
[881] **Aslan**, Gabin, s. 82-83.
[882] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 333.
[883] Bkz. TBK m. 19/I: "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*".
[884] Yorum faaliyeti gerçekleştirilirken birtakım ilkeler esas alınmaktadır. Tacirler bakımından söz konusu olabilecek yorum ilkeleri düşünüldüğünde özellikle zayıf tarafın gözetilmesi ilkesi, şüphe durumunda borçlu lehine yorum ilkesi ve beyanı kaleme alan aleyhine yorum ilkesi akla gelmektedir. Zayıf tarafın gözetilmesi ilkesi gereğince taraflar arasında eşitsizlik bulunması durumunda sözleşmenin güçlü taraf aleyhine yapıldığı kabul edilmektedir. İş sözleşmelerinde işçi lehine yorum ilkesi bu bağlamda değerlendirilmektedir. Zayıf tarafın gözetilmesi ilkesine ilişkin bkz. **Damar**, Ceren: Sözleşmenin Yorumu, ÇÜHFD, C. 1, S. 2, 2016, s. 104. Sigorta sözleşmeleri bakımından sigortalı lehine yorum ilkesi de bu kapsamda değerlendirebilir (**Doğan/Selçuk**, s. 423 vd.).

Tacirin güçlü konumda olduğu sözleşmeler bakımından da (örneğin karşı tarafın tüketici olduğu ya da tüketici de tacir de olmadığı sözleşmeler) zayıf tarafın gözetilmesi ilkesi kapsamında tacir aleyhine yorum söz konusu olabilir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin öngörülü, tedbirli, tecrübeli, dikkatli ve özenli olmasını gerektirir. Belirtilen tüm özellikleri barındırmayı gerektiren basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, somut olay bakımından taciri sözleşmenin güçlü konumuna sokabilir. Bu bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, sözleşmenin yorumu gerektiğinde tacir aleyhine yorum sonucunu doğurabilir. Kira sözleşmelerinde de kiracının daha güçsüz konumda kabul edilmesinden hareketle kiracı lehine yorum ilkesi söz konusudur (**Üçer/Meriç**, s. 408.). Kiracının tacir olduğu durumlarda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü baştan kiracı aleyhine yorumu gerektirmemektedir. Özellikle kiracıyı koruyan TBK düzenlemeleri tacirler bakımından da uygulanacaktır. Ancak somut olayda tacirin kira sözleşmesinin kiracı tarafı olması durumunda, kira sözleşmesinin tacirin faaliyet alanı ile ilişkisi de göz önünde bulundurularak, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği farklı bir değerlendirmeyi gerektirebilir.

Şüphe durumunda borçlu lehine yorum ilkesi bakımından ise, başkasının hakkına karşılık borç yüklenmenin eşit işlem ilkesine aykırı olması ve istisnai bir durum olarak açıklıkla ifade edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Sözleşmenin kuruluşu aşamasında hak sahibinin bu hususu kesin ve açık olarak düzenleme konusunda özen göstermesi gerekir. Bu hakka ilişkin bir hüküm kesin ve açık olarak düzenlenmemişse, bu

Basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir sözleşmeyi de yoruma mahal vermeyecek derecede açıklıkla akdetme iradesini göstermelidir. Zira yorum sözleşmeden anlaşılmayan taraf iradelerinin ortaya çıkarılması amacıyla yapılır. Basiretli davranmak, özellikle tacirin sözleşmenin güçlü tarafı olduğu hâllerde, kendi ve karşı tarafın iradesini sözleşmeye açıklıkla yansıtmasını gerektirir.

Basiretli davranma gerekliliğine rağmen, taraflardan birinin beyanı karşı tarafça farklı anlaşılabilir. Farklı anlaşılma sonucu çıkan uyuşmazlığı çözmek amacıyla yorum faaliyeti gerçekleştirilecektir[885]. Bu durumda irade beyanının yorumuna ilişkin hâkim olan teori güven teorisidir[886]. Güven teorisi, irade beyanının yorumunda beyan muhatabının beyana dürüstlük kuralı gereği verdiği anlamın araştırılmasını ifade eder[887]. Bir başka ifadeyle irade açıklaması, muhatabın gereken özeni göstererek verebileceği ve vermesi gerektiği anlamda yorumlanır[888]. Bu durumda irade beyanının anlamı, muhatabın bildiği veya bilmesi gereken bütün unsurlar değerlendirilerek ortaya konulur[889]. Beyan muhatabının tacir olması durumunda, dürüstlük kuralının uygulanması da farklılaşacaktır. Güven teorisi uyarınca sözleşme, somut olayın özellikleri bağlamında makul ve dürüst bir muhatabın bakışı ile yorumlanmaktadır[890]. Ancak sözleşme tarafları tacirse, bu durumda yoruma ilişkin esas alınacak kişi basiretli tacir olacaktır. Olağan bir vatandaşın bilmediği

---

hususun alacaklının iddia ettiği anlamda olmadığı karinesi söz konusu olur. Bkz. **Kaplan**, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 68-69. Bu ilke de basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir karşısında yer alan borçlu bakımından özellik arz edebilecektir. Yine sözleşmenin tacir tarafından kaleme alınması durumunda, ifadelerde bir muğlaklık olması hâlinde beyanı kaleme alan aleyhine yorum söz konusu olmaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı** , s. 338; **Doğan/Selçuk**, s. 424-425.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde de sözleşme koşullarını hazırlayan tarafa karşı zayıf tarafın korunması amaçlanmaktadır (TBK m. 20-25). Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin denetimine ilişkin ayrıca bkz. yukarıda 3.2.1.3.1., s. 172 vd.

[885] Tacirler arasında akdedilen sözleşmelerin yorumunda ticarî örf âdet ve teamüllerin de hesaba katılacağı belirtilmelidir (**Güvenç**, Özgür: Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, Ankara 2021, s. 330-331).

[886] **Eren**, s. 160; **Oğuzman/Öz**, s. 72; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 133.

[887] 11. HD, T. 08.11.2002, E. 2002/6877, K. 2002/10121: "*Yorum, hukuki işlemde yer alan irade beyanlarının içeriği ve bunların hukuki sonuçlarının saptanmasıdır. Bu yapılırken, irade açıklamalarının özü ve sözleşme ilişkisi süreci boyunca tarafların davranışlarının gözetilmesi, şayet bu veriler yeterli olmazsa güven ve objektif iyiniyet ilkelerinin denetleyici-sınırlayıcı ışığı altında sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekir.*" (Kazancı).

[888] **Patry** (Çev. Burcuoğlu), s. 19-20 ve dn. 23.

[889] **Oğuzman/Öz**, s. 73.

[890] **Özdoğan Dalcı**, Nurcihan: Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti, İÜHFD, C. 8, S. 1, 2017, s. 43-44.

veya bilmesinin gerekmediği hususlar tacir tarafından biliniyor ve bilinmesi gerekiyor olabilir. Güven teorisi muhatabın gereken özeni gösterseydi beyan sahibinin gerçek iradesini bileceği veya bilmesi gerekmesi durumunda uygulanma imkânını yitirmektedir[891, 892]. Bu durumun beyan sahibi tarafından ispatı hâlinde güven teorisi uygulanamayacaktır. Muhatabın tacir olması durumunda bilme veya bilmesi gerekmesi durumuna ilişkin göstermesi gereken özen seviyesi artacaktır. Görüldüğü üzere basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, sözleşmenin yorumunu da tacir aleyhine ağırlaştırabilmektedir[893].

Yorum faaliyeti gerçekleştirilirken basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacir aleyhine yoruma mahal verebilir. Ancak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sözleşmenin baştan tacir aleyhine yorumunu gerektirmez. Bu hususta bir Yargıtay kararında, davacı yüklenici ile davalı idare arasında yapılan sözleşmede işçilerin kıdem tazminatının kimin tarafından ödeneceği öngörülmemiştir. Bilirkişi raporunda %15 oranında kâr alan yüklenicinin kıdem tazminatlarını karşılaması durumunda zararına iş yapmış olacağı ifade edilse de basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin kıdem tazminatlarını da karşılaması gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir. Bilirkişi raporu tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğine aykırı görülmüştür[894]. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmayan hususlarda da daha sonra bir uyuşmazlık çıkması durumunda yorum faaliyeti gerçekleştirilir. Karar da sözleşmeye ilişkin yorum faaliyeti gerçekleştirilmesi gerekirken baştan basiretli iş adamı gibi davranma gereği sebebiyle tacir aleyhine hüküm tesis edilmesi kanaatimizce yerinde değildir.

---

[891] **Oğuzman/Öz**, s. 72; **Özdoğan Dalcı**, s. 44-45.

[892] Güven teorisinin uygulanma imkânını yitirdiği bir diğer hâl, muhatabın beyan sahibinin gerçek iradesini bilmesi durumudur. Muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini bildiği hâlde kendi çıkarı doğrultusunda güven teorisi uyarınca objektif yoruma dayanabilir. Beyan sahibinin muhatabın kendi gerçek iradesini bildiğini ispat etmesi durumunda güven teorisine dayanılamayacaktır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 72; **Özdoğan Dalcı**, s. 44.

[893] Güven teorisi kapsamında susmanın irade beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda bkz. yukarıda s. 34-36.

[894] 11. HD, T. 16.09.2002, E. 2002/4835, K. 2002/7702 (Hukuk Türk).

3.2.1.6. Sözleşmenin İfa Aşamasında

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, sözleşmenin ifa aşaması bakımından da önem taşımaktadır. Zira basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir, ifayı da sözleşmenin amacına uygun olarak[895] ve özenle[896] gerçekleştirmelidir[897]. Sözleşmenin ifa aşamasında borçludan kaynaklanmayan ifa güçlüğü veya sonraki imkânsızlık söz konusu

---

[895] Eser sözleşmesi bakımından sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel zararları önleyecek tedbirlerin alınması ve iş sahibinden de bu tedbirlerin alınmasının talep edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Doğan**, Cezai Şart, s. 20. Benzer yönde bkz. 11. HD, T. 12.03.1981, E. 1981/893, K. 1981/1083: "*... sözleşmelerin ilgili madde metinlerinde, bu yükümlülüklerin kimin tarafından ve ne şekilde yerine getirileceğine dair bir açıklık ve kesinlik yok ise de, sözleşmede inşaat edimini yüklenen davacı müteahhidin aktif durumda olması, diğer bir deyişle yer ve malzeme teslimi istemlerinin öncelikle kendisinden gelmesi, gerek işin niteliğine gerekse hayatın olağan akışına uygun düşer. Bu itibarla davacıların tacir sıfatını da taşıdıklarına göre, TTK.nun 20/2. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi davranarak, kendisi tarafından yer ve malzeme teslimi istemi yapılmalı, yukarıda belirtilen süreler içinde bu istemi yerine getirilmediğinde de ... diğer tarafın uyarılması gerekirdi.*" (Legalbank).

[896] Bu hususta bilirkişi raporuna konu bir olayda, borçlu davalı alacaklı davacının iş yerine alarm sistemi kurma ve sistemin alarm haber alma merkezi ile bağlantısını sağlama edimini üstlenmiştir. Basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olarak borçlunun, edimin ifasını engelleyici durumları da bilmesi ve bu hususta gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Üstelik davalı, davacının iş yerini inceleyerek iş yerinin güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teçhizatı bizzat belirlemiştir. Davalı edimin içeriğine yönelik uzman konumundadır. Bu hususta gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması özen yükümlülüğüne de aykırı davranıldığını göstermektedir. Davalı, alarm haber alma merkezine sinyal gelmemesinin alarm sistemi ile bağlantıyı sağlayan kabloların hırsızlar tarafından çalınması sebebiyle söz konusu olduğunu, bu nedenle sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmektedir. Ancak teknolojinin ilerlemesi karşısında sistemin kablosuz iletişim yoluyla çalışmasının mümkün olup olmayacağının uzman bilirkişilerce incelenmesi gerektiği, söz konusu incelemelerin yapılmadan davalının kusursuz olduğunun kabul edilmesinin yerinde olmadığı yönünde rapor verilmiştir (**Kendigelen**, Abuzer: Sözleşmeye Aykırılık/Sorumsuzluk Kaydı, Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. XI, İstanbul 2013, s. 345-362).

[897] Bkz. 15. HD, T. 13.11.2006, E. 2005/5256, K. 2006/6439: "*... Yüklenici eseri, iş sahibinin yararına olacak şekilde amacına uygun ve özenle meydana getirmekle yükümlüdür. Sözleşmelerde geminin yat haline dönüştürülmesi amaçlandığına göre işinin uzmanı sayılan ve basiretli tacir gibi hareket etmek zorunda olan yüklenici ifayı amaca uygun gerçekleştirmek zorundadır.*"; 15. HD, T. 14.04.2021, E. 2020/2029, K. 2021/1677: "*...davacı basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü olup, sözleşme şartlarını iyice değerlendirip hesaplayarak sözleşme yapmakla yükümlü olduğu, somut olayda davanın sözleşmenin imzalanmasından 2 yıl sonra açılmış olup, imza aşamasında da herhangi bir itirazı bulunmayıp, iş yapılıp tamamlanma aşamasında ileri sürülen talebinin TMK'nın 2 . maddesine aykırı olduğunun kabulü gerektiği değerlendirilerek davanın reddine karar verilmesi...*"; 15. HD, T. 16.01.2020, E. 2019/2007, K. 2020/111: "*... davalı, basiretli bir tacir olarak binanın yapıldığı yerdeki kotu ve yapılabilecek yüksekliği dikkate alması gerekmektedir.*"; 15. HD, T. 10.09.2018, E. 2018/1762, K. 2018/3126: "*TTK 18/2 maddesi uyarınca basiretli davranmakla yükümlü ve işin uzmanı olan yüklenici şirketin sözleşme öncesinde hukuki ve fiili durumlarını incelediği taşınmazlarla ilgili bürokratik işlemlerin uzayabileceğini öngörmesi gerekir. Sözleşmede açıkça belirlenen edimlere ve belirlenen sürelere uyulmasını isteyen arsa sahibinin de kötü niyetli sayılması mümkün değildir.*" (Hukuk Türk); 15. HD, T. 16.02.2004, E. 2003/2929, K. 2004/762 (Legalbank). Fiyat farkı talebinin hukukî dayanağının bulunmadığının basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir tarafından bilinmesi gerektiği yönünde bkz. 15. HD, T. 04.07.2002, E. 2002/1400, K. 2002/3690 (Legalbank).

olabilmektedir. Aşağıda bu hususlar borçlunun tacir olduğu varsayımına dayalı olarak ele alınacaktır.

3.2.1.6.1. Aşırı İfa Güçlüğü

3.2.1.6.1.1. Ahde Vefa İlkesi ve Uyarlama Kurumunun Tanıtılması

Sözleşme hukuku bakımından geçerli olan ahde vefa ilkesi, bir sözleşmenin kurulmasının ardından sözleşme ile yüklenilen yükümlülükler ile bağlı olmayı ifade etmektedir[898]. Buna göre sözleşmenin kurulmasının ardından sözleşme ile bağlı kalınmalı, haklı bir sebep olmaksızın sözleşmenin ifasından kaçınılamamalıdır[899]. Ancak bu ilkenin de istisnası bulunmaktadır. Söz konusu istisna sözleşmenin uyarlanması olarak ifade edilmektedir[900]. Uyarlama, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların bulunması durumunda, sözleşmenin değişen şartlara göre yeniden değerlendirilmesi, edim yükümlülüklerinin değişen şartlara göre yeniden yapılandırılması olarak ifade edilmektedir[901]. Ağırlaşan koşullara rağmen aynen ifanın borçludan beklenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu, olağanüstü durumların sonuçlarının borçlunun omuzlarına yüklenmesinin sözleşme tarafları arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bu nedenle

---

[898] Bu hususta bkz. **Baysal**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması (Uyarlama), 4. Baskı, İstanbul 2020, s. 9 vd.
[899] **Eren**, s. 554; **Kılıçoğlu**, s. 340-341; **Kurtulan**, Gökçe: Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması, Batider, C. XXXII, S. 3, 2016, s. 194-195.
[900] İstisnalar aracılığıyla ahde vefa ilkesinin yumuşatıldığı yönünde bkz. **Kurtulan**, s. 195.
[901] **Demirbaş**, Harun (Paslı, Ali): Covid-19 Sonrası Hukuki Süreçler Webinarı, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, 2020, s. 428; HGK, T. 07.05.2003, E. 2003/332, K. 2003/340 (Hukuk Türk).

adalet ve dürüstlük kuralları gereği uyarlamanın[902] kabul edilmesi uygun bulunmaktadır[903].

---

[902] Öğreti ve uygulamada uyarlama kurumuna ilişkin çeşitli teoriler de öne sürülmektedir. Uyarlama kurumunu temellendirme bakımından Fransız hukuku kaynaklı öne sürülen emprevizyon teorisi için bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 59 vd. Bu hususta İngiliz hukukunda öne sürülen frustration teorisi için bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 79 vd. Uyarlama kurumuna ilişkin Alman hukuku kaynaklı işlem temelinin çökmesi teorisi de bulunmaktadır. Alman Hukukunda işlem temelinin çökmesine ilişkin düzenleme BGB § 313'tür. BGB § 313'te işlem temelinin çökmesi üç farklı durum için kabul edilmektedir. Bunlar, aşırı ifa güçlüğü, edimler arasındaki dengenin bozulması ve sözleşme ile elde edilmek istenen amacın boşa çıkmasıdır. TBK m. 138'de yalnızca aşırı ifa güçlüğü hüküm altına alınmıştır. Uyarlama kurumunun Alman Hukukundaki gelişimi ve ilgili teoriye ilişkin açıklama için bkz. **Finkenauer**, Thomas: BGB § 313 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2022, BGB § 313, N. 1 vd.; **Rösler**, Hannes (Çev. **Aydın Ünver**, Tülay): Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar, İÜHFM, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 353 vd.; **Baysal**, Uyarlama, s. 41vd.; **Şahin**, Hale: Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi (Mücbir Sebep), Ankara 2020, s. 80 vd. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda en uygun çözümleri sunan teorinin "*işlem temelinin çökmesi*" teorisi olduğu ve diğer isimlendirmeler yerine TBK madde gerekçesinde de "*işlem temelinin çökmesi*" ifadesinin kullanıldığı yönünde bkz. **Doğan**, Gülmelahat: Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması (Aşırı İfa Güçlüğü), TBBD, S. 111, 2014, s. 11. TBK'nın genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı: 321, s. 1-495 (https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf, ET: 21.01.2021). Yargı kararlarında da işlem temelinin çökmesi ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. HGK, T. 30.05.2001, E. 2001/15-402, K. 2001/459 (Legalbank); 11. HD, T. 16.09.2002, E. 2002/4835, K. 2002/7702; 19. HD, T. 26.01.2017, E. 2016/10978, K. 2017/538; 6. HD, T. 20.11.2014, E. 2014/11602, K. 2014/12754 (Hukuk Türk). BGB § 313'ten hareketle edimler arası dengenin bozulması ve amacın boşa çıkması durumunun da TBK m. 138 kapsamına dahil edilmesi ve bu durumlarda da uyarlama yapılması gerektiği yönünde bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 236-237; **Kırca**, Çiğdem: Uyarlama (Uyarlama), Pandeminin (Covid-19'un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi (Editörler: Kırca, Çiğdem/Karakaş, F. Tülay), Ankara 2021, s. 69. Karşılaştırmalı hukukta bu hususta birçok farklı teori öne sürülse de teoriler temelde sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar nedeniyle bozulan sözleşme adaletinin tesisini amaçlamaktadır. Teoriler ortak olarak üç özellikte birleşmektedir. Buna göre değişiklik öngörülemezdir, değişiklik tarafların davranışlarından kaynaklanmamaktadır ve edimin ifası imkânsız olmamakla birlikte edimler arasındaki denge bozulmaktadır. Bkz. **Şahin**, Mücbir Sebep, s. 75.

[903] **Eren**, s. 554-555; **Kılıçoğlu**, s. 341; **Tüzüner**, Özlem/**Öz**, Kerem: Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi, ABD, 2015/3, s. 425; **Baysal**, Başak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi (TBK m. 480), İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 478-479; **Kaya**, Ümmühan: Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi (Öngörülemezlik), MÜHFHAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 1570-1572.

3.2.1.6.1.2. Uyarlama Kurumunun Uygulanma Şartları

3.2.1.6.1.2.1. Genel Olarak

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kurumu TBK m. 138'de[904] hüküm altına alınmıştır[905]. Buna göre sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için belirli şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar,

- Bir durum değişikliğinin varlığı,
- Söz konusu değişikliğin taraflarca öngörülemeyecek nitelikte bulunması,
- Değişikliğin ortaya çıkma sebebinin borçludan kaynaklanmaması,
- Değişikliğin ardından dürüstlük kuralı gereğince ifanın borçludan beklenemeyecek olması[906] ve

---

[904] Bkz. TBK m. 138: "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.*". TBK m. 138 hükmünden borçlunun aşırı ifa güçlüğü durumunda her hâlükârda hâkime başvurması gerektiği sonucuna ulaşıldığı, mehaz niteliğindeki BGB § 313 ve 314/1 düzenlemelerinde ise taraflardan her birinin hâkime başvurmaksızın sözleşmeden dönebileceğine, sözleşmeyi feshedebileceğine hükmedildiği, TBK m. 138 düzenlemesinin de bu şekilde yapılmasının hükmün amacına daha uygun olacağı yönünde bkz. **Aksoy**, Nazım: Aşırı İfa Güçlüğü Hükmünün Ticari İş ve Basiretli İş Adamı Açısından Değerlendirilmesi, MAEÜSBD, S. 34, 2021, s. 119. Bu hususta durumu kötüye kullanmaların önüne geçmek adına özellikle tacirler bakımından mahkemeye başvuru koşulu yerine faaliyet alanı veya bölgeye göre ticaret ve sanayi odalarına başvuru şartının getirilerek, aşırı ifa imkânsızlığı kurumunun işletilebilmesi için gerekli olan olağanüstü sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ticaret ve sanayi odası tarafından objektif ölçüte bağlı olarak tespitinin sağlanabileceği, böylelikle uygulamanın hem sözleşme sona ermelerinin sübjektif ölçülerden uzak gerçekleşmesini sağlayacağı hem de yargının yükünü hafifletme ve usul ekonomisini tesis etme hususunda katkı sağlayabileceği yönünde bkz. **Aksoy**, s. 128.

[905] Uyarlama kurumuna ilişkin eser sözleşmeleri bakımından özel hüküm niteliğindeki TBK m. 480 düzenlemesi hakkında açıklama için bkz. **Baysal**, TBK m. 480, s. 477-484.

[906] Bu şart tarafların edimleri arasındaki dengenin dürüstlük kuralına aykırı olarak borçlu aleyhine aşırı ve açık bir şekilde bozulması anlamına gelmektedir. Bkz. **Kizir**, s. 265-266; **Doğan**, Aşırı İfa Güçlüğü, s. 23 vd. Somut olayda sözleşmede kararlaştırılan bedel ile harcamaların arasında işlem temelinin çökmesine yol açacak derecede aşırı bir fark bulunmadığı (1.100.000.000 TL yerine 1.310.000.000 TL), basiretli bir tacirin kısa süreli borç ilişkisinde gerekli önlemleri alarak ekonomik güçlüğü aşabileceği, üstelik bir yıl önceki olağanüstü koşullardan bahsederek sözleşmenin uyarlanmasının talep edilmesinin TMK m. 2'ye de aykırı olduğu yönünde bir karar için bkz. HGK, T. 30.05.2001, E. 2001/15-402, K. 2001/459 (Legalbank).

- Borcun ifa edilmemiş veya aşırı oranda güçleşen ifadan doğan hakların saklı tutularak ifa edilmiş olmasıdır[907].

Bir durum değişikliğinin varlığı ile, sözleşmenin kuruluşu sırasında var olmayan ancak sözleşmenin ifa aşamasında ortaya çıkan ve sözleşme açısından belirgin bir önemi bulunan olaylar ifade edilmektedir[908]. Alman hukukunda uyarlamaya sebep olabilecek durum değişikliği nesnel bir zemine oturtulmuştur. Bu bağlamda işlem temelini[909] oluşturan durum ve şartlarda esaslı değişiklik aranmaktadır[910]. TBK m. 138 hükmünde ise durum değişikliğinin "*olağanüstü*" nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir. Durum değişikliğinin olağanüstü nitelikte veya bir diğer ifadeyle sosyal bir felaket niteliğinde olması gerekip gerekmediği hususu öğretide tartışılmıştır. Bir görüşe göre bu unsur için olağanüstü koşulların oluşması gerektiği savunulmaktadır[911]. Durum değişikliğinin savaş, ambargo, deprem, ani ve aşırı enflasyon[912] gibi genel, objektif ve olağanüstü bir nitelik[913] taşıması gerektiği öne sürülmektedir[914]. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise bu durumda dürüstlük kuralı ve iş hayatının görüşleri kapsamında bir değerlendirme

---

[907] Basiretli davranması gereken tacirin, ifayı ihtirazi kayıtsız olarak gerçekleştirmesi nedeniyle uyarlama talep edemeyeceği yönünde bkz. 13. HD, T. 14.05.2015, E. 2014/24204, K. 2015/15381 (Hukuk Türk). Kira bedelinin tespiti davası bakımından aynı yönde bkz. 13. HD, T. 21.04.2005, E. 2004/15958, K. 2005/6878 (Legalbank).

[908] **Kaya**, Öngörülemezlik, s. 1578.

[909] Türk hukuku bakımından işlem temeli kavramının kabul edilmesi gerektiği, TBK m. 32'de saikte yanılmaya ilişkin olarak ifade edilen işlem temeli kavramı ile Alman hukukunda kabul edilen işlem temeli kavramının aynı anlama geldiği, TBK'da bu kavramın kullanılmasının uyarlama kurumu bakımından kullanılmaya da temel teşkil edebileceği yönünde bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 234.

[910] **Baysal**, Uyarlama, s. 228-229.

[911] **Kılıçoğlu**, s. 346-347.

[912] Devalüasyon kararı sonucu para kurlarındaki ani ve beklenmedik artışların olağanüstü, objektif ve genel nitelikte bir durum değişikliği olduğu yönünde bkz. **Baykal**, C. Murat: Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Batider, C. XIX, S. 4, 1998, s. 238. Kademeli devalüasyonun öngörülebilir olduğu ancak hiperenflasyonun öngörülebilir olmadığı yönünde bkz. **Finkenauer**, BGB § 313, N. 74.

[913] Bu hususta verilen bir Yargıtay kararına konu olayda, davacı ortaklık ile davalı idare arasında sağlık hizmeti alım sözleşmesi bulunmaktadır. Davacı ortaklık sözleşmeyi imzaladıktan sonra ifa aşamasında sözleşmenin birtakım düzenlemelerinin Kanuna aykırı olduğu gerekçesi ile uyarlama talebinde bulunmuştur. Ancak Yargıtay, somut olayda sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen olağanüstü bir olayın söz konusu olmadığı, davacının edimini ifa ettiği ve yargılama sırasında da sözleşmenin süresinin sona erdiği, basiretli iş adamı gibi davranması beklenen davacı tacirin serbest iradesi ile sözleşme şartlarını kabul ettiği gerekçeleri ile uyarlama talebinin reddedildiği ilk derece mahkemesi kararını onamıştır [6. HD, T. 27.03.2023, E. 2022/176, K. 2023/1216 (UYAP)].

[914] **Kizir**, s. 264-265.

yapılmalı, durum değişikliğinin sosyal bir felaket olması şart bulunmamalıdır[915]. Aynı görüşte olan *Kaya*, olağan değişikliğin de uyarlamaya sebep olabileceğini belirtirken özellikle değişikliğin sözleşme temeline etki eden bir öneminin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği; olağan durum değişikliğinde öngörülemezlik şartının tespitinin daha çok önem kazanacağı, zira olağanüstü değişikliklerde öngörülemezlik şartının daha açık olduğunu ileri sürmektedir[916]. Görüldüğü üzere durum değişikliğinin olağanüstülüğü ile öngörülemezliği arasında bağlantı bulunmaktadır.

3.2.1.6.1.2.2. Tacir Bakımından Farklı Yorumu Gerektiren Şartlar

3.2.1.6.1.2.2.1. Değişikliğin Taraflarca Öngörülemeyecek Nitelikte Bulunması

Basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir bakımından önem taşıyan ve farklı yoruma yol açabilecek esas şart, değişikliğin önceden öngörülemeyecek nitelik taşıması gerekliliğidir. Öngörülebilirlik, gelecekte meydana gelmesi muhtemel olayın ya da durum değişikliğinin tahmin edilmesi ve bu kapsamda tedbirli düşünmeyi ifade etmektedir[917]. Öngörülemezlik ise, kişinin iş yaşamının olağan seyrinde göz önünde bulundurmakla yükümlü bulunmadığı durumları ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır[918]. Hâkim, öngörülebilirliği değerlendirirken durumun ve tarafların özelliklerini göz önünde bulundurarak tespit yapmalıdır[919].

---

[915] **Baysal**, Uyarlama, s. 254-255; **Kurtulan**, s. 213-214; **Tüzüner/Öz**, s. 459; **Doğan**, Aşırı İfa Güçlüğü, s. 22.
[916] **Kaya**, Öngörülemezlik, s. 1582.
[917] **Karslıoğlu**, s. 857.
[918] **Kaya**, Öngörülemezlik, s. 1583.
[919] **Kurtulan**, s. 217. Öngörülemezlik şartının incelenmesinde sözleşmenin süresi de göz önünde bulundurulmaktadır. Bu kapsamda kira sözleşmesinin kısa süreli olması durumunda tacir olan davacının sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyeceği yönünde bkz. 6. HD, T. 28.04.2014, E. 2013/13871, K. 2014/5361: "... *Sözleşmenin sonunda tarafların sözleşmeyi yeni koşullarda yenileme veya sona erdirme imkânları bulunmakta olup, kısa süreli kira sözleşmelerinde tacir olan davacının sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanmasını isteme imkânı bulunmamaktadır.*"; HGK, T. 26.09.2007, E. 2007/612, K. 2007/612 (Hukuk Türk); 13. HD, T. 03.07.2003, E. 2003/4607, K. 2003/9022 (Legalbank).
Öngörülemezlik koşulunun sağlanıp sağlanmadığı hususunda hâkimin bilirkişiden yardım alabileceği yönünde bkz. **Kurtulan**, s. 216-217.

Kural olarak faaliyet alanına ilişkin bilgi birikimine ve öngörüye sahip olması gereken tacir bakımından ilgili kurumun uygulanabilirliği tartışılmalıdır. Vurgulanmalıdır ki, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin sözleşmenin uyarlanmasını talep edememesi sonucunu doğurmamaktadır. Ancak somut olayda uyarlama yapılıp yapılamayacağı değerlendirilirken basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin de dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda uyarlama kurumunun şartlarından öngörülemezlik şartı tacir bakımından katı yorumlanacaktır[920]. Zira basiretli iş adamı gibi davranma

---

[920] Bu yönde kararlar için bkz. 13. HD, T. 19.02.2002, E. 2001/12866, K. 2002/1727: "*...davacı akaryakıt satımı için kira sözleşmesinin bir tarafını oluşturduğuna göre tacir olduğu kuşkusuzdur. Böyle olunca müdebbir bir tacir gibi hareket etmesi gerekir. Beldede davalının oluşturduğu bir rekabet durumu söz konusu değildir. Tarım Kredi Kooperatifinin aynı beldede mazot satımını yapması kira bedelinin indirilmesine sebep teşkil etmez. Kira bedelinin indirilmesini gerektiren beldede başka bir etkenin de olduğu iddia ve ispat edilemediğine göre davanın reddi yerine aksine düşüncelerle yazılı şekilde kabul kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*"; 11. HD, T. 13.04.2006, E. 2005/1736, K. 2006/3990 (Hukuk Türk). Süpermarket işleten tacirin ciroya dayalı olarak belirlenen nispi kira bedelinin uyarlanması talebine ilişkin bir Yargıtay kararında ise, kiralayan tacirin cironun düşmesini öngörebilmesi gerektiği ve uyarlama kurumuna ilişkin öngörülemezlik şartının oluşmadığına hükmedilmiştir. Bkz. 6. HD, T. 20.11.2014, E. 2014/11602, K. 2014/12754: *"...Cironun kimi zaman düşük kimi zaman da yüksek olması gayet doğal bir durum olup cironun düşmesi tacir olan davacı tarafından da tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır. Ciroya dayalı kira bedelinin bilirkişi raporundaki belirtilen 1,5 yıllık dönemdeki seyri dikkate alındığında taraflar arasındaki 10 yıl süreli kira sözleşmesinde işlem temelinin çöktüğünden de bahsedilemeyeceğinden mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.*" (Hukuk Türk). Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun petrol piyasasına fiyat müdahalesinin basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken tacir bakımından öngörülemez ve beklenemez olmadığı yönünde bkz. 19. HD, T. 26.01.2017, E. 2016/10978, K. 2017/538: "*...EPDK'nın taban veya tavan fiyat tespit ve gerekli tedbirleri almasının 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'na dayalı olup, bu durumun basiretli bir tacir gibi davranma sorumluluğu bulunan davacı şirket açısından öngörülmeyen ve öngörülmesi mümkün olmayan bir durum olmadığı, kaldı ki taraflar arasındaki sözleşmenin 43. maddesinde sözleşme ve eklerinde hüküm bulunmayan hallerde ilgisine göre 4734 ve 4735 sayılı kanun hükümlerinin, bu kanunlarda hüküm bulunmaması halinde borçlar kanunu hükümlerinin uygulanacağının düzenlendiği, teknik şartnamenin 12. maddesinde yüklenicinin 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği ve EPDK tarafından yapılan/yapılacak düzenlemelere uyacağının düzenlendiği, bu sebeple EPDK tarafından yapılan düzenlemeler uyarınca sorumluluğun davacı şirkette olduğu, öte yandan alınan bilirkişi raporundan da taraflar arasındaki bir yıllık sözleşmenin aynı şartlarla devamı halinin davacının iktisadi mahvına sebebiyet vermeyeceğinin, başka bir deyişle işlem temelinin çökmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...*"; 19. HD, T. 11.05.2017, E. 2016/17473, K. 2017/3673; 19. HD, T. 03.03.2020, E. 2018/3701, K. 2020/613 (Hukuk Türk). İnşaat sektöründeki hammadde fiyat artışına ilişkin olarak davacı müteahhit tacirin uyarlama talebinde bulunamayacağı, bu olguları öngörmesi gerektiği yönünde bkz. 15. HD, T. 14.02.1984, E. 1983/3155, K. 1984/380: "*...Davacı tacirdir. Türk Ticaret Kanunun 12/3 ve 20 nci maddelerince her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. Ülke ekonomisindeki sürekli para ayarlamaları ve buna bağlı olarak oluşan fiyat artışları tedbirli bir tacir bir yana sade yurttaşlarca da bilinen bir gerçektir. Sözleşmede sabit fiyat ilkesini kabul eden tacir emprovizyon ileri süremez. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 27.6.1979 gün 3352/3442 sayılı kararı- İstanbul Barosu Dergisi)*". *Kaldı ki; sözleşmenin 9 ncu maddesinde ihale tarihinden sonra fiatların yükselmesi-istinalar hariç-ve nakliye ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeblere dayanılarak müteahhidin fazla para*

yükümlülüğü tacirin olağan vatandaşa kıyasla öngörülü ve tedbirli davranmasını gerektirmektedir. Burada somut olayda, objektif bir değerlendirme ile tacirin aynı koşullar altında bulunan basiretli bir tacirin öngöremeyeceği ya da öngörse dahi değişikliğin sonuçlarını tahmin etmesinin mümkün görülmediği değişikler bakımından uyarlama talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir[921].

Yargıtay tacirler bakımından uyarlama taleplerinde, basiretli davranma yükümlülüğünü öngörülemezlik unsurunun karşıt yüzü olarak yorumlamaktadır. Bu yorum uyarınca, basiretli davranması gereken tacirin neredeyse öngöremeyeceği bir olgu da olmayacaktır[922]. Somut olay bazında ise uyarlama talepleri, basiretli davranmakla yükümlü olan tacir bakımından, öngörülemezlik şartının ülkemizde ekonomik kriz ve devalüasyonların öngörülebilir olduğu[923] gerekçesiyle çoğunlukla reddedilmektedir[924].

---

istemiyeceği kabul edilmiş olmasına göre taraflar bu halleri önceden tahmin etmiş ve nazara da almışlardır." (Hukuk Türk).

[921] **Karslıoğlu**, s. 858; **Kurtulan**, s. 219. Salgın hastalıkların tacirler bakımından da öngörülemez olduğu yönünde bkz. **Çelik**, Aydın: Doğal Afet Salgın ve Ekonomik Krizlerin İfa İmkansızlığına ve Aşırı İfa Güçlüğüne Etkisi, TEYD, C. 4, Özel Sayı, 2023, s. 98.

[922] Tacirin, basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliğine vurgu yapılarak, sözleşmeden sonra gerçekleşebilecek durum değişikliklerini (durum değişikliğinin beklenmeyen hal niteliğinde olup olmadığı etraflıca incelenmeksizin) öngörmesi gerektiğine ilişkin eleştirilebilir nitelikteki kararlar için bkz. 11. HD, T. 25.11.2019, E. 2019/3113, K. 2019/7489; 11. HD, T. 16.01.2014, E. 2012/9197, K. 2014/856: "*...Esasen bir tacir olan davacının basiretli davranmak yükümlülüğü bulunduğundan, imzaladığı sözleşme hükümlerinin değişen şartlara uyarlanmasını isteyebilmesi, kural olarak mümkün de değildir.*"; 19. HD, T. 01.11.2018, E. 2018/52, K. 2018/5398 (Hukuk Türk).

[923] Enflasyonların öngörülebilir olduğu ancak devalüasyon kararlarının öngörülebilir olmadığı ve beklenmeyen hâl niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine ilişkin açıklama için bkz. **Baykal**, s. 255-256.

[924] Bkz. HGK, T. 07.05.2003, E. 2003/332, K. 2003/340: "*...Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye 'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemiyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra K. 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, K. 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır.*

TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önliyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan

Yargıtay'ın bu hususta katı tutumu eleştirilebilir niteliktedir. Öğretide de bu hususta tacire bir "*üst-insan*" kimliği yüklenerek tüm olguları öngörebilmesinin beklenmesinin yerinde olmadığı öne sürülmektedir[925]. Bu bağlamda değerlendirme yapılırken somut olayın tüm özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekir[926]. Olgunun bizzat öngörülebilirliğinin yanı sıra, olgunun içeriğinin ve sonuçlarının da öngörülebiliyor olması aranmalıdır[927]. Zira değişen koşullar öngörülebilir olmakla birlikte, kapsamı, biçimi ve yol açtığı sonuçlar öngörülemez nitelikte olabilecektir[928]. Bu kapsamda ekonomik krizlerin ülkemizde öngörülebilir olduğu gerekçesiyle uyarlama talebinin baştan reddi yerine[929], devalüasyonun veya enflasyonun oranı ve sözleşmelere etkisi de

---

öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır."; 11. HD, T. 17.11.2003, E. 2003/3979, K. 2003/10988: "*...Davacı tacirin ekonomik kriz işaretlerinin ortaya çıktığı bir dönemde yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması nedeniyle basiretli bir tacir gibi davranmadığı sonucuna varılmalıdır.*"; HGK, T. 15.10.2003, E. 2003/599, K. 2003/599; 13. HD, T. 07.10.2003, E. 2003/6540, K. 2003/11490; 13. HD, T. 16.04.1996, E. 1996/3653, K. 1996/3920; 13. HD, T. 28.06.2004, E. 2004/2610, K. 2004/10082 (Hukuk Türk); 13. HD, T. 10.06.2003, E. 2003/3622, K. 2003/7636; 13. HD, T. 27.01.2005, E. 2004/9750, K. 2005/907; 13. HD, T. 14.10.2004, E. 2004/4131, K. 2004/14487 (Legalbank). Aynı görüşte bkz. **Çelik**, s. 101.

Yargıtay önceki tarihli kararlarında enflasyon vs. nedeniyle uyarlama taleplerini kabul etmiştir. Bkz. 13. HD, T. 15.06.1995, 6065/5981; 11. HD, T. 18.11.1996, 7674/8061; HGK, T. 17.09.1997, E. 1997/460, K. 1997/651; HGK, T. 17.10.1980, E. 1978/773, K. 1980/2310 Karşı Oy Yazısı: *"... Basiret ancak, normal piyasa şartlarının devam ettiği sürece söz konusu olur. son derece bir gizlilik içerisinde ne zaman ne miktar ve ne şekilde alınacağı bilinmeyen bir (devalüasyon) kararını (basiretli iş adamı ile telif etmeye elbette imkan yoktur. ... uzun bir süreden sonra alınan ve para değerini % 66 nisbetinde düşüren bir (devalüasyon kararı) 'nı (basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesi) ile bağdaştırmaya aklen ve mantıkan imkan yoktur.*" (Hukuk Türk). Ancak sonraki tarihli kararlarında kanaatimizce özellikle 2001 ekonomik krizinden sonraki kararlarda bu sebepli uyarlama talepleri ekonomik istikrarsızlığın ülkemizde öngörülebilir olduğu gerekçesi ile kabul edilmemiştir. Bkz. HGK, T. 12.11.2014, E. 2014/1614, K. 2014/900; 13. HD, T. 09.06.2005, E. 2005/1874, K. 2005/9749; 13. HD, T. 28.10.2013, E. 2013/11149, K. 2013/26086 (Hukuk Türk). 2001 ekonomik krizi öncesi tacirin basiretli davranması gerektiği ve ekonomik durgunlukların öngörülebilir olduğu gerekçesi ile uyarlama talebinin reddedildiği bir karar için bkz. 13. HD, T. 16.04.1996, E. 1996/3653, K. 1996/3920: "*Davalı tacirdir. Türk Ticaret Kanununun 20. maddesinde, her tacirin ticarethanesine ait bir takım faaliyetlerde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi açıkça vurgulanmıştır. O nedenle, daha çok 1980 yılından sonra egemenliğini sürdüren ve her yıl artan olgu olarak ekonomiye etkisini koyan enflasyonist olayların Hükümetçe alınacak ekonomik tedbirlerin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olduğunun tacir olan davalı yönünden kabulü gerekir. Hal böyle olunca, davalının fiyat önerisinde bunları düşünerek hareket ettiği benimsenmelidir.*" (Hukuk Türk).

[925] **Kurtulan**, s. 218.

[926] **Üçer/Meriç**, s. 423-424.

[927] **Kurtulan**, s. 218-219; **Baysal**, Uyarlama, s. 261. Aynı yönde değişen durumun sözleşmeye etkisinin öngörülemezliğinin aranması gerektiğine ilişkin bkz. **Doğan**, Aşırı İfa Güçlüğü, s. 22.

[928] **Kaya**, Öngörülemezlik, s. 1583-1584. Öngörülemezliğin tespitinde ne oldukça esnek ne de oldukça katı bir tutumun benimsenmesinin yerinde olmadığı, gereğinden fazla esnek davranılmasının ahde vefa ve hukukî güvenlik ilkelerini zedeleyeceği, fazla katı tutumun ise ticarî ilişkileri felce uğratacağı, hâkimin bu hususları göz önünde bulundurarak somut olaya göre karar vermesi gerektiği yönünde bkz. **Kaya**, Öngörülemezlik, s. 1584.

[929] Ekonomik krizin sıradan ve olağan kabul edilmesinin hükmün amacına aykırı olduğu, öngörülemezlik şartının gerçekleşmesini baştan reddettiği, iktisat ve hukuk bilimine aykırı olduğu yönünde bkz. **Tüzüner/Öz**, s. 460-462. Ülkenin mütemadiyen ekonomik krizli bir ülke olarak kabul edilmesinin etik anlamda da eleştirilebilir olduğu yönünde bkz. **Tüzüner/Öz**, s. 439. Benzer yönde ekonomik krizleri

göz önünde bulundurulmalıdır[930]. Tacire ekonomi uzmanlarının dahi öngöremediği ekonomik gelişmeleri öngörmenin yüklenmesi adil olmamaktadır[931]. Tacirden sırf basiretli iş adamı gibi davranması gerektiği dayanağı ile ticaret hayatında

normalleştirmenin nihayetinde sadece tacirler bakımından değil herkes için sonuç doğuracağı yönünde bkz. **Üçer/Meriç**, s. 424.

[930] **Baykal**, s. 256-257.

[931] **Tüzüner/Öz**, s. 549.

gerçekleşebilecek her durumu öngörmesinin beklenmesi[932] makul[933] değildir[934, 935]. Bu kapsamda TBK m. 138 hükmünün genel hüküm olduğu, bu bağlamda tacirlerin bu düzenlemeden baştan bir ön kabulle vareste tutulamayacağı gözden kaçırılmamalıdır[936].

---

[932] Geri görüş önyargısı teorisi uyarınca, geri dönüp bakıldığında başta öngörülemeyen ve öngörülmesi beklenemeyecek olan hususlar, "*öngörülebilirdi*" olarak değerlendirilmektedir. Yargı organlarının da bu kapsamda karar verirken gereğinden fazla çekimser davranarak, öngörülemezliği rasyonel olmayan şekilde yorumladıkları yönünde bkz. **Sunstein**, Cass R./**Jolls**, Christine/**Thaler**, Richard H.: "A Behavioral Approach to Law and Economics", SLR, C. 50, S. 5, 1998, s. 1523 vd.

[933] Sözleşme tarafının yalnızca tacir olmasının bu kapsamdaki tek ölçüt olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Kaya**, Öngörülemezlik, s. 1589. Bu hususta uluslararası bir yargı kararı bakımından, Rusya'ya yapılacak sevkiyata ilişkin olarak donma nedeniyle sevkiyatın yapılamaması durumunda ilk bakışta Rusya'daki olumsuz hava şartlarının öngörülebilir olması gerektiği söylenebilecektir. Ancak mahkeme, kış mevsiminin olağandan ciddi oranda soğuk geçtiği ve donmanın bu denli olacağının öngörülemeyeceği gerekçesi ile uyarlama talebini kabul etmiştir. Burada yüzeysel bir değerlendirme ve kesin bir ret yerine, somut olay bağlamında değerlendirme yapılmıştır. Bkz. **Kurtulan**, s. 218-219.

[934] Bu kapsamda Covid-19 pandemisinin tacirler bakımından da öngörülemez kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Göksoy**, Yaşar Can: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK m. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri, Yaşar Hukuk Dergisi, C. 2, S. 2, 2020, s. 10; **Kayış**, Ferhat: Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Konut ve Çatılı İş Yerleri Kiralarına Etkileri Üzerine Düşünceler (Covid-19), ASEAD, C. 7, S. 4, 2020, s. 79-80. Covid-19 pandemisinin uyarlamanın şartlarından olan olağanüstü bir durum değişikliği ve durum değişikliğinin öngörülemez olması şartlarını taşıdığı, ancak her somut olayda bütün şartların tek tek değerlendirilmesi gerektiği yönünde ayrıntılı açıklama için **Kırca**, Uyarlama, s. 69 vd. Pandeminin uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda, bu hususta zamansal açıdan her somut olayda farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Mücbir sebebe ilişkin olarak bu hususta ayrıca bkz. aşağıda 3.2.1.6.2.2., s. 219-220. Bu hususta bir BAM kararında, Covid-19 pandemisinin TBK m. 138 kapsamında olağanüstü bir durum olarak kabul edilerek, uyarlama talep edilebileceğine ilişkin bir hüküm tesis edilmiştir. Kararda vurgulanmasa da verilerden uyarlama talep edenin tacir olduğu sonucuna varılabilmektedir. Bkz. Bursa BAM 4. HD, T. 28.09.2020, E. 2020/1103, K. 2020/1008: "*... Kiralanın 01.01.2020 başlangıç tarihli ve 8 yıl süreli kira sözleşmesi ile restaurant olarak kullanılmak üzere aylık 23.000,00 TL kira bedeli ile davacıya kiraya verildiği hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.*
Davacı/kiracı pandemi sürecinde iş hacminde düşüş olduğunu belirterek ve pandemi süresince geçerli olmak üzere kiranın uyarlanmasını talep etmiş ve bu dönem boyunca aylık kira parasının 11.500,00 TL olarak ödenmesi için ihtiyati tedbir talep etmiştir.
Somut olayda ihtiyati tedbir kararının koşullarının oluşup oluşmadığı açısından öncelikle kiranın uyarlanması davasının hukuki niteliği incelenmelidir.
...
Yeni koronavirüs (Covid-19) salgını Mart 2020 ayından itibaren ülkemizde görülmeye başlanmış ve bu kapsamda hastalığın yayılmasının kontrol altına alınması amacıyla çeşitli tedbirlere başvurulmuştur. Bu tedbirler kapsamında olmak üzere zaman zaman ve ihtiyaç durumuna göre sokağa çıkma yasağı uygulanması, iş yerlerinin kapatılması veya esnek çalışma, evden çalışma gibi değişkenlik gösteren tedbirler uygulanmış olup, salgının etkilerinin ve yetkili kurumlarca alınan tedbirlerin halen devam ettiği bilinmektedir.
Bu boyuttaki salgın hastalık, gerek dünyada gerekse ülkemizde şu ana kadar tecrübe edilmemiş sonuçlar doğurmuş, özellikle bazı sektörlerin salgından ve alınan tedbirlerden daha fazla etkilendiği görülmüştür.
Genel olarak sözleşmelerde "Ahde vefa ilkesi" geçerlidir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 138.maddesinde açıklandığı üzere sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir

3.2.1.6.1.2.2.2. Değişikliğin Borçludan Kaynaklanmaması

Öğretide bir görüş uyarlama kurumunun uygulanmasına ilişkin değişikliğin borçludan kaynaklanmaması gerekliliği şartını borçlunun kusuru bulunmaması gerektiği yönünde yorumlamaktadır[937]. Bir diğer görüş ise sebebin borçludan kaynaklanmaması şartının TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanması gerektiğini, bu kapsamda borçlunun kusuru veya kusursuz sorumluluğu bulunmasa dahi aşırı ifa güçlüğü kurumuna başvuramamasının dürüstlük kuralı gereğince söz konusu olabileceğini ileri

---

durumun ortaya çıkması durumunda sözleşmeye bağlılık ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanması, hakkaniyete aykırı olacağından hakimin sözleşmeye müdahalesi ve sözleşmeyi yeni koşullara uyarlaması mümkündür. Yaşanılan salgın hastalık sürecinin olağanüstü bir durum olduğu ve taraflarca öngörülemeyeceği açıktır. O halde genel olarak salgın hastalık sürecinin Türk Borçlar Kanunu'nun 138.maddesinde belirtilen olağanüstü durum olarak kabul edilmesi gerekir.
Ancak salgının ve salgının yayılmasının engellenmesi amacıyla alınan tedbirlerin etkileri sektörlere ve işin yapıldığı yere göre farklılık göstermesi nedeniyle bu olağanüstü durum karşısında tüm sözleşmelere belirlenmiş bir şekilde müdahale etmek mümkün değildir. O halde somut olayda olduğu üzere kiranın uyarlanması talep edildiğinde mahkemece salgının ve alınan tedbirlerin bizzat kiracı üzerindeki etkileri değerlendirilmeli, bu olumsuz duruma kiraya verenin sebep olmadığı da göz önünde bulundurularak oluşan yük, sözleşmenin her iki tarafı üzerine dağıtılacak şekilde sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması benimsenmelidir." (Kazancı). Aynı yönde bir başka karar için bkz. 3. HD, T. 04.06.2021, E. 2021/3452, K. 2021/6001 (Hukuk Türk).

[935] Teknik verilerle de bir deprem ülkesi olduğu kanıtlanan ülkemizde deprem olgusunun öngörülemez kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **Eryiğit**, Harun: Deprem Öncesi Tacirin Yükümlülükleri Üzerine Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme, İstanbul Medipol Üniversitesi Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Tam Bildiri Kitabı, 24-25 Mayıs 2021, İstanbul 2021, s. 177. Bu bağlamda ekonomik faaliyetlerin devamlılığına ilişkin olarak olası bir deprem hâlinde tacirin üretimine nasıl devam edeceği, tedarik etmesi zorunlu olan mal ve hizmetleri nasıl tedarik edeceği ve kullanacağı lojistik kanalları hususunda basiretli bir iş adamı gibi davranma gerekliliği nedeniyle detaylı bir çalışma yapması gerektiği yönünde bkz. **Eryiğit**, s. 185-186. Aynı yönde bir yargı kararında depremin ekonomide tahribatlar yaratması öngörülemez kabul edilmemiştir [14. HD, T. 12.07.2005, E. 2005/4358, K. 2005/7209 (Hukuk Türk)]. Ancak deprem olgusu öngörülebilir olsa da depremin ekonomik sonuçları öngörülemez olabilir. Bu bağlamda öngörülebilirlik şartının tespitinde yalnızca depremin değil sonuçlarının da öngörülebilirliği her somut olay bakımından etraflıca araştırılmalıdır. Benzer görüşte bkz. **Kaya**, Deprem-Tacir, s. 15 vd.

[936] **Baysal**, Uyarlama, s. 188; **Karslıoğlu**, s. 867-868. Öngörülebilirlik bakımından somut olay kapsamında ve somut kıstaslar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bkz. **Karslıoğlu**, s. 858. Öğretide ekonomik imkânsızlık ve fiilî imkânsızlık kavramları da tartışılmaktadır. Ekonomik imkânsızlıkta gerçek anlamda bir imkânsızlık söz konusu olmayıp, edimin ifası aşırı oranda güçleşmektedir. Edim ile karşı edim arasındaki denge ciddi oranda bozulmaktadır. Bu durumda imkânsızlık mücbir sebep teşkil etmemekte, ancak aşırı ifa güçlüğü kurumuna başvurulabilmelidir. Bkz. **Şahin**, Mücbir Sebep, s. 83-84; **Kurtulan**, s. 207; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 83. Ancak fiilî (pratik) imkânsızlık ise, ifa için gösterilecek çaba ve masrafın, edimin imkânsız sayılmasını gerektirecek ölçüde yüksek olduğu durumlar bakımından söz konusudur. Bu hususta tipik olarak öğretide "*göle düşen yüzük*" örneği verilmektedir. Öğretide bu durumun imkânsızlık kurumu altında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Kurtulan**, s. 204-205; **Şahin**, Mücbir Sebep, s. 84-85.

[937] Bu hususta bkz. **Kılıçoğlu**, s. 348.

sürmektedir[938]. Örneğin borçlunun TMK m. 2 uyarınca sigortalatması beklenen bir risk gerçekleşmişse, bu durum borçludan kaynaklanan bir sebep olarak kabul edilmeli ve borçlu aşırı ifa güçlüğü kurumuna başvuramamalıdır[939]. Benzer yönde öğretide değişiklik borçludan kaynaklanmayan bir sebeple meydana gelse dahi, değişiklikten etkilenmemek adına gerekli önlemleri almayan kişinin de kusurlu sayılacağı ve uyarlama talep edemeyeceği öne sürülmektedir[940]. Bu hususta bir Alman Federal Mahkemesi kararında, petrol krizi sonucunda petrol fiyatlarındaki ani değişim nedeniyle uyarlama talebinde bulunan tedarikçi borçlunun, kriz başladığında daha fazla rezerv almak gibi önleyici tedbirlere başvurması gerektiği, potansiyel değişiklik borçluyu ilgilendiriyorsa önleyici tedbirleri alması gerektiği yönünde hüküm tesis edilerek, uyarlama talebi reddedilmiştir[941]. Esasen borçludan kaynaklanmayan ve öğretide ifade edildiği üzere kusurunun olmamasının aranması şartı da basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü nedeniyle tacirlere uygulama bakımından farklı olarak yorumlanabilecek niteliktedir. Bu hususta her iki görüşün kabulü de kanaatimizce tacirler bakımından farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Zira borçlunun koşulları değiştiren ve objektif olarak öngörülebilen olayları önceden tahmin edememesi de kusurlu olduğu anlamına gelecektir[942]. Kusurun tespiti tacir ve olağan vatandaş bakımından farklı şekilde yapılacaktır. Bunun dışında TMK m. 2'nin uygulaması da tacirler bakımından farklılık arz etmektedir[943].

3.2.1.6.2. İfa İmkânsızlığı Durumunda

3.2.1.6.2.1. Genel Olarak Sözleşme Sonrası İfa İmkânsızlığı

Sözleşme sonrası imkânsızlık bulunmakta ise geçerli bir sözleşmenin sona ermesi söz konusu olmaktadır. Sözleşme sonrası objektif imkânsızlık durumunda, sözleşme konusu

---

[938] **Kurtulan**, s. 213.
[939] **Kurtulan**, s. 213.
[940] **Kizir**, s. 268; **Finkenauer**, BGB § 313, N. 75.
[941] **Rösler**, s. 357-358.
[942] **Baykal**, s. 251.
[943] Bu hususta bkz. 3.1.1., s. 138 vd.

edimin yalnızca borçlu tarafından değil, başkalarınca da yerine getirilmesinin mümkün olmadığı, sözleşmenin kurulması sırasında var olmayan, sonradan ortaya çıkan imkânsızlık söz konusudur. Bu durumda borçlunun kusuru bulunmamakta ve "*İfa imkânsızlığı*" başlıklı TBK m. 136 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Sözleşme sonrası sübjektif imkânsızlık durumunda ise borçlu kusurlu kabul edilecek ve TBK m. 112 hükmü uygulanacaktır[944].

Sözleşme sonrası imkânsızlık bakımından TBK m. 136/I ve TBK m. 112'de aranan "*kusur*", tacir bakımından basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu nedeniyle ağır bir ölçütle tespit edilecek, tacir olmayan kişinin kusursuz sayılabileceği çoğu durumda tacir kusurlu kabul edilecektir[945]. Bu hususta bir Alman Federal Mahkeme kararına konu olayda davalı sigorta acentesi davalı üç sigorta ortaklığı için müşterilerinden kesintisiz sigorta primi tahsil etmektedir. Acente söz konusu primleri faturalandırma tarihine kadar bir bankaya yatırmıştır. Daha sonra banka iflâs etmiştir. Bankanın iflâs etmesi davalının bankaya yatırdığı prim parayı davacılara ödemesini imkânsız hâle getirmiştir. Nitekim yüksek bir meblağ söz konusudur. Davalı sigorta komisyoncusu bu imkânsızlık hâline kusurlu olarak sebep olmuştur. HGB § 347/1 uyarınca ticarî faaliyetine ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranması gereken acente elinde bulundurduğu fonları daha sonra tamamen müvekkile teslim edebilecek şekilde güvence altına almalıdır. Fon değerlendirilmek için üçüncü taraflara aktarılırken özellikle bankalara özgü iflâs riskinden dolayı zararı ortadan kaldırmak için makul bulunan tüm önlemler alınmalıdır. Ancak davalının yatırım davranışları bu gereklilikleri karşılamamaktadır. Somut olayda bankanın verdiği düşük mevduat sigortası ile davacıların mevduatlarının büyük ölçüde teminatsız olduğu görülmektedir. Davalının bilinen banka iflâs riskini hesaba katarak, mevduatı diğer bankalara göre daha az teminat sunan bankalara teslim etmemesi gerekmektedir[946].

---

[944] **Demirel**, s. 80-81.
[945] **Can**, Basiretli Tacir, s. 76.
[946] BGH III ZR 9/05, 21.12.2005, N. 5-7 (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=34969&pos=0&anz=1, ET: 10.04.2023).

3.2.1.6.2.2. Mücbir Sebep

Sözleşmenin ifası aşamasında bir ifa engeli durumunda, borçlunun kusurunun bulunmaması borçluyu sorumluluktan kurtarmaktadır. Bu kapsamda ifa engelinin mücbir sebep kaynaklı olduğu hâllerde "*kusur*" söz konusu olmayacağından, borçlunun sorumluluğu da gündeme gelmemektedir[947]. TBK'da mücbir sebebe ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır[948]. Yargıtay, mücbir sebebi, "*borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay*" şeklinde tanımlamakta, "*deprem[949], sel, yangın ve salgın hastalık gibi doğal afetler*" mücbir sebep olarak sayılmaktadır[950].

Mücbir sebebin unsurları, olay, haricîlik, kaçınılmazlık ve öngörülemezlik, borcun ihlâli (borcun ifasının imkânsızlaşması) ve mücbir sebep ile borcun ifa edilememesi arasında uygun illiyet bağının bulunması olarak sayılmaktadır[951]. Buradaki haricîlik, olayın

---

[947] **Akkanat**, Halil: COVID-19 Salgınının Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Alanında Yol Açtığı Hukuki Sorunların Değerlendirilmesi (Covid-19), TÜBA Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Ankara 2020, s. 52.

[948] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda (RG. 22.01.2002, S. 24648) mücbir sebeplerin neler olabileceğine ilişkin hüküm öngörülmüştür. Bkz. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 10: "*Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:*
a) Doğal afetler.
b) Kanuni grev.
c) Genel salgın hastalık.
d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.
Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.".

[949] Ülkemiz bakımından depremin öngörülemezlik şartını taşımadığı, bu nedenle mücbir sebep kabul edilme noktasında ihtiyatlı davranılması gerektiği yönünde bkz. **Eryiğit**, s. 189.

[950] Bkz. HGK, T. 26.06.2018, E. 2017/90, K. 2018/1259 (Hukuk Türk). İdare tarafından kanunî düzenlemelerle konulan sınırlamaların, ithalat ve ihracat yasaklarının da mücbir sebep kabul edileceği yönünde bkz. **Tandoğan**, s. 465.

[951] **Kırca**, Çiğdem/**Karakaş**, F. Tülay: Mücbir Sebep-İmkansızlık, Pandeminin (Covid-19'un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi (Editörler: Kırca, Çiğdem/Karakaş, F. Tülay), Ankara 2021, s. 4-5; **Şahin**, Mücbir Sebep, s. 93 vd.; **Bingöl**, F. Itır: Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep (Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Sözleşmesinde Mücbir Sebep) (Mücbir Sebep), Ankara 2011, s. 190 vd.; HGK, T. 26.06.2018, E. 2017/90, K. 2018/1259: "…*mücbir sebebin birtakım unsurları vardır.*

borçlunun faaliyet ve işletmesinin dışında meydana gelmesi anlamına gelmektedir[952]. Olay tamamen borçludan bağımsız olmalıdır. Kaçınılmazlık ise borçluya özel değil, mutlak bir kaçınılmazlığı ifade etmektedir[953]. Öngörülemezlik hususunda ise aşırı ifa güçlüğü başlığı altında yaptığımız açıklamalara atıf yapmaktayız[954]. Bu itibarla

---

Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşeri bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülmezliktir.
Taraflar arasındaki Hava Çarter Sözleşmesine bakıldığında da 9'uncu maddesinde mücbir sebep hâlinin düzenlendiği, maddede savaş ve isyanlar mücbir sebep olarak sayıldıktan sonra "...bu sebeplerin gerçekleşmesi durumunda hiçbir taraf ne diğer tarafa herhangi bir zarar, hasar ya da doğrudan ya da dolaylı olarak yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmediğinden ya da yerine getirmede geciktiğinden başka türlü nedenle yükümlü olacak, ne de bu olaylar işbu Çarter Sözleşmesinin herhangi bir ihlali sayılacaktır" denildiği görülmektedir.
Tüm bu açıklamalardan sonra somut olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde; öncelikle belirtmek gerekir ki uçağın hava limanına iniş ve kalkışında bir mücbir sebebin bulunmadığı konusunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yerel mahkemece, davalının 24.02.2011 tarihinde hava limanında uçağı hazır etmiş olmasına karşın savaş şartlarında yaşanan kargaşa nedeniyle yolcuların uçuş kartları kontrol edilemeden davacı şirket çalışanları dışındaki başka yolcuların uçağa yerleştirildiği ve bu şekilde hareket etmek zorunda kaldığı, uçaklar hava limanına inmelerine karşın iç savaş koşulları nedeniyle hava yolu çalışanlarının yolcuların uçaklara alınması konusunda olağan zamandaki gibi çalışma ve denetimlerini sağlayamadıkları, mücbir sebebin sadece uçakların hava alanına iniş kalkışları ile sınırlı tutulmasının yetersiz olacağı vurgulanarak, bu noktada bir mücbir sebebin bulunduğu kabul edilmiş ise de dosya kapsamından davalı şirketin davacı şirket çalışanlarının biniş kartlarını 23.02.2011 tarihinde düzenlediği ve yolcu listesinin davalı şirkette bulunduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar hava limanında bir kargaşa yaşanıyor olsa da taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin Libya'da zaten yaşanmakta olan iç savaş ve kargaşa nedeniyle davacı şirketin orada çalışan işçilerinin güvenli bir şekilde ülkelerine dönmelerini sağlamak üzere yapıldığı dikkate alındığında, hava limanında da bir kargaşa veya karışıklığın yaşanmasının öngörülemeyen bir durum olduğu söylenemez. Zira sözleşmenin düzenlendiği anda ülkede iç savaş ve kargaşa hali sürmekte olup, davalı şirketin iç savaş halini mücbir sebep olarak ileri sürmesi iyi niyetli bir davranış olarak değerlendirilemez. Davacı şirket işçilerinin biniş kartları dahi düzenlenmiş iken bu işçiler dışında başka yolcuların taşınmış olması, gerekli tüm önlemlerin davalı şirket tarafından alınmadığını, biniş kartları ve yolcu listesini kontrol etmeyen davalı şirketin kusurlu davrandığını göstermektedir.
Ayrıca, davalı şirket tarafından yeni uçağın 1-2 saat içerisinde hazırlandığı ileri sürülmüş ve mahkemece de bu şekilde kabul edilerek 1-2 saatlik gecikme nedeniyle sözleşmenin feshinin haksız olduğu kabul edilmiş ise de... uçuşla alternatif uçağın hazır olacağı zaman arasında yaklaşık 9 saatlik bir fark bulunmakta olup, davacının bu durum nedeniyle mümkün olan en kısa süre içerisinde işçilerini taşımak istemesi onların güvenliğini sağlamaya yöneliktir. Davalının savaş koşullarında düzenlenen sözleşme gereğince üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmemesi nedeniyle davacının sözleşmeyi feshetmesi haklı sebebe dayandığı gibi davalının zamanında taşımanın yapılmaması nedeniyle kendisine bildirilen fesihten sonra 24.02.2011 tarihinde uçağını aynı yere gönderdiğinden bahisle taşıma ücretine hak kazandığından da söz edilemez." (Hukuk Türk).

[952] Bu hususta verilen bir yargı kararında, personellerin işten ayrılması sebebiyle sözleşmenin ifa edilememesinin mücbir sebep teşkil etmeyeceği, basiretli iş adamı gibi davranması zorunlu olan borçlunun ayrılan personel yerine başka personel istihdam edebileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir [19. HD, T. 15.04.2019, E. 2018/2619, K. 2019/2543 (Hukuk Türk)].

[953] **Doğan**, Beşir Fatih: Elektrik Piyasasında Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulaması (Mücbir Sebep), AHBVÜHFD, C. XXVI, S. 4, 2022, s. 42.

[954] Bkz. yukarıda 3.2.1.6.1.2.2.1., s. 206 vd.

öngörülemezlik, tacirin ticaretinin özelliği göz önünde bulundurularak tedbirli ve ileriyi makul oranda gören tacirin davranışı esas alınarak tespit edilecektir[955]. Basiretli tacirin öngörüsünün de bir sınırı bulunmaktadır ve bu makul sınırı aşan olay aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilir[956]. Olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için, borcun ifasının herkes bakımından imkânsız olması gerekmektedir. Borcun ifası güçleşse de ifa gerçekleşebiliyorsa mücbir sebep bulunmamaktadır[957].

Mücbir sebep bazı durumlarda borçlu temerrüdüne yol açar (ifa zamanı gecikebilir), bazı durumlarda ayıplı ifa söz konusu olabilir, bazı durumlarda ise borcun ifasını imkânsız kılar[958]. Borçlu borcunu zamanında ifa edememesinin mücbir sebepten kaynaklandığını ispatladığı takdirde, borçlu temerrüdünün bazı olumsuz sonuçlarından kurtulma olanağı bulmaktadır (TBK m. 118, m. 119). İfa imkânsızlığı durumunda da imkânsızlığın borçludan kaynaklanmayan sebeplerle söz konusu olması hâlinde borç sona ermektedir (TBK m. 136)[959]. Borçludan kaynaklanmayan sebepler ifadesiyle dış etkenler ve dolayısıyla mücbir sebepler kastedilmektedir[960]. Bu kapsamda mücbir sebep ifa imkânsızlığına yol açarsa, TBK m. 136 uyarınca borçlu borcundan kurtulacak ve sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak bu durumlarda borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, belirli tedbirleri alarak mücbir sebebin ifaya etkisini ortadan kaldırma

---

[955] **Ünal**, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti IV (Basiretli İş Adamı IV), Maliye Postası, S. 183, 1988, s. 49.
[956] **Bingöl**, Mücbir Sebep, s. 201-202.
[957] **Şahin**, Mücbir Sebep, s. 79-80.
[958] **Akkanat,** Covid-19, s. 53-54.
[959] Bu hükümde sürekli imkânsızlık kastedilmektedir. Geçici imkânsızlık durumuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Geçici imkânsızlığa ilişkin olarak bkz. HGK, T. 28.04.2010, E. 2010/193, K. 2010/235: "*İfa imkansızlığı borcu sona erdiren nedenlerdendir. Gerçekten BK. md. 117/1 'e göre 'borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur'. İfa imkansızlığı ortaya çıkış nedenlerine göre bazı ayırımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayırımlardan birisi de objektif imkansızlık (daimi imkansızlık)-geçici imkansızlık ayırımıdır. Şayet ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkansızlık denilmektedir. Objektif imkansızlıkta sözleşme esasen BK. md.20 uyarınca butlanla batıldır (geçersizdir) ve ayrıca feshi gerekmez. Halbuki geçici imkansızlıkta akdin ifası (icrasının istenmesi) bir hadisenin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak o hadise tahakkuk ederse akdin icrası istenebilir. ... Şüphesiz geçici imkansızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural 'ahde vefa=söze sadakat' ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkansızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine 'akde tahammül süresi' denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir.*" (Hukuk Türk).
[960] **Aksoy**, s. 120.

imkânı olup olmadığı araştırılmaktadır. Borçlunun bu kapsamda kendisinden alması beklenen her türlü tedbiri almış olması gerekmektedir[961]. Burada tacirler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gereği ölçü olarak alınacaktır. Örneğin deprem olgusu bağlamında tacirin basiretli iş adamı gibi davranmak suretiyle ticarî faaliyet yürüttüğü yapının depreme dayanıklılığının tetkik ettirildiğini ve bu kapsamda idarî makamlardan gerekli izinlerin alındığı hususunu ispatlaması üzerine; deprem, tacir bakımından mücbir sebep olarak kabul edilebilir olacaktır[962].

Mücbir sebebe ilişkin sözleşmede düzenlemeler öngörülebilmektedir. Ticarî ilişkilere ilişkin sözleşmelerde çoğunlukla ticarî örf ve âdet ve teamül gereği mücbir sebep hâlleri belirtilmektedir[963]. Taraflar sözleşmede örnekseyici veya sınırlayıcı olarak mücbir sebep nedenlerini sayabilmektedirler. O takdirde sözleşme hükümlerine göre hareket edilmesi gerekecektir[964, 965]. Yine taraflar sözleşmede mücbir sebebe rağmen sorumluluğun devam edeceğini de kararlaştırabilmektedirler[966].

Mücbir sebep borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bir kurum olduğundan, her somut olayda mücbir sebebin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda ayrı

---

[961] **Akkanat**, Covid-19, s. 53.
[962] **Kaya**, Deprem-Tacir, s. 14-15.
[963] Bu hususta bkz. **Bingöl**, Mücbir Sebep, s. 99 vd.
[964] Bu kapsamda sözleşmelerde savaş, deprem, sel felaketi, salgın hastalık, pandemi, yetkili makamların kararları, idarenin tasarrufları, seyahat yasağı, sokağa çıkma yasağı, ithalat ve ihracat yasakları ve karantina gibi olayların mücbir sebep olarak belirtilmesi mümkündür. Bkz. **Göksoy**, s. 3-4. Ancak Yargıtay'ın bu hususta aksi yönde bir kararına rastlanmaktadır. Karara konu olayda, taraflar sözleşmede mücbir sebep durumlarını belirtmişlerdir ve bu durumlar arasında devalüasyon da sayılmıştır. Davacı devalüasyon nedeniyle borcunu ifa edemediğini ve bu hususun mücbir sebep olduğunu ileri sürse de Yargıtay devalüasyonun sözleşmede mücbir sebep olarak sayılmasının tek başına mücbir sebebin varlığını kabule yetmeyeceğine, mücbir sebebin unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay nihayetinde basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir bakımından devalüasyonun öngörülebilir olduğuna karar vermiştir [HGK, T. 17.10.1980, E. 1978/773, K. 1980/2310 (Hukuk Türk)]. Bu karar esasında basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin tacir bakımından emredici olarak düzenlenmesi gerektiği görüşümüzü destekler niteliktedir (TTK m. 18/2 düzenlemesinin emredici niteliğine yönelik açıklama için bkz. yukarıda 1.5.6.4., s. 92 vd.). Kararda basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünü doğrudan veya dolaylı olarak düşürmeye yönelik sözleşme hükümleri Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmiştir. Ancak hükmün emredici niteliği ile basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin bir sınırının bulunduğu hususu birbirine karıştırılmamalıdır. Karar devalüasyonun tacir bakımından öngörülebilir olup olmadığı hususunda somut olay bakımından ayrıca tartışılabilir.
[965]
[966] **Demirbaş** (Paslı), s. 429-431; **Şahin**, Mücbir Sebep, s. 95-96.

bir değerlendirme yapılmalıdır[967]. Nitekim mücbir sebep nispî bir kavram olup, aynı olay bazı hukuki ilişkiler bakımından mücbir sebep teşkil ederken, bazı hukuki ilişkiler yönünden bu nitelikte olmayabilir. Tacirlerin mücbir sebep kurumuna başvurulabilmesi bakımından bir engel bulunmamaktadır[968]. Yalnızca bu kapsamda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü unsurlar bakımından öngörülebilirlik ve bu hususta gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir[969].

Covid-19 salgın hastalığının mücbir sebep teşkil edip etmediği hususu, tacirin bu hususu ileri sürüp süremeyeceği konusu öğretide oldukça tartışılmıştır. Öncelikle ifade edilmelidir ki, bizim de katıldığımız görüşe göre hem tacirler hem de tacir olmayanlar bakımından Covid-19 pandemisi somut olayda ifanın gerçekleşmemesi ile arasında illiyet bağının bulunması şartı ile mücbir sebep olarak kabul edilmelidir[970]. Unsurları bakımından değerlendirildiğinde Covid-19 pandemisi bakımından olağanüstü bir olay, haricîlik ve kaçınılmazlık unsurlarının gerçekleştiği görülecektir. Borcun ifasının imkânsızlaşması ve borcun ifa edilmemesi ile mücbir sebep arasında bir illiyet bağının bulunması hususları her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Burada önem taşıyan husus aşırı ifa güçlüğünde olduğu gibi öngörülebilirlik unsurudur. Zira basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu tacirin olağan vatandaşa kıyasla daha öngörülü ve tedbirli olmasını gerektirmektedir. Öğretide katıldığımız üzere basiretli iş adamı gibi hareket etme zorunluluğunun neredeyse kusursuz sorumluluk gibi yorumlanmaması gerektiği, bu bağlamda tacirin pandemiyi de öngörmesi gerektiğinin kabul edilemeyeceği öne

---

[967] Belirli olayların önceden mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği, aynı olayın var olan koşullar, hukukî ilişkinin niteliği ve tarafların faaliyet ve işletmelerinin niteliğine göre her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kayış**, Covid-19, s. 71-72.

[968] **Ünal**, Basiretli İş Adamı IV, s. 48; **Kırca/Karakaş**, s. 5; **Kayış**, Covid-19, s. 74.

[969] Bkz. 19. HD, T. 25.11.2015, E. 2014/20140, K. 2015/15565: "*... davacı her ne kadar mücbir sebep olarak ... ileri sürmüş ise de, bu olayların sözleşmenin yapıldığı tarihten önce başlaması ve sözleşmenin yapıldığı tarihte de devam ediyor olması sebebiyle davacının bu olayları göz önüne alarak basiretli bir tacir gibi sözleşme yapması gerektiğinden, bu olayların mücbir sebep olarak kabul edilmediği...*".

[970] **Demirbaş** (Paslı), s. 441; **Göksoy**, s. 3-4; **Kırca/Karakaş**, s. 6; **Kayış**, Covid-19, s. 71; **Akkanat**, Covid-19, s. 53; **Sarıkaya**, Sinan/**Bakar**, Gökhan: Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu (Editör: Özekes, Muhammet), 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 1003-1004

sürülmektedir[971]. Öngörülebilirliğe ilişkin yalnızca olayın öngörülebilirliği değil olayın sonuçlarının da öngörülebilirliği esas alınmalıdır[972].

Mücbir sebep değerlendirmesi, mücbir sebep olduğu iddia edilen olayın gerçekleştiği dönemde var olan borç ilişkileri bakımından söz konusu olmaktadır. Zira ilgili olgunun ortaya çıkmasından sonra kurulan hukuki ilişkiler, olgunun varlığı dikkate alınarak yapılacaktır[973]. Bu kapsamda pandemi süresinin uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda mücbir sebep kurumuna başvurulabilmesi bakımından zamansal açıdan farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Covid-19 salgın hastalığı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11.03.2020 tarihinde pandemi olarak ilân edilmiştir. Ülkemizde ise ilk vaka 10.03.2020 tarihinde duyurulmuştur. Bu kapsamda pandeminin tacirler de dahil olmak üzere sözleşme tarafları bakımından 11.03.2020 tarihine kadar öngörülebilir olmadığı kabul edilebilirdir[974]. Ancak bu tarihten sonra farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Pandeminin başlangıcı öngörülemese de ikinci ve üçüncü dalganın gelme ihtimali tacir tarafından öngörülmeli ve bu hususta gerekli tedbirler alınmalıdır[975]. Belirtilen tarihten sonra sözleşme yapan tacirin ilgili kanunî kısıtlamaların riskini de göz önünde bulundurduğu kabul edilmelidir[976].

---

[971] **Paslı** (Demirbaş), s. 417; **Göksoy**, s. 4-5; **Akıncı**, Şahin: Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi, İTÜSBD, Y. 19, S. 38, 2020/2, s. 66.

[972] **Doğan**, Mücbir Sebep, s. 41. Bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında, Romanya'nın savaşa girmesinin öngörülebilir bir ihtimal olduğu, ancak savaşın sonuçlarının öngörülebilir olmadığı sonucuna varılarak mücbir sebep savunmasının buna göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. **Göksoy**, s. 5.

Sözleşmede mücbir sebep hâllerinin belirtildiği ve pandeminin bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde bu kapsam dışında tutulduğu durumlarda dahi tacirin somut olaya göre uyarlama veya sona erdirme kurumuna başvurabileceği, bu kabulde tacirin ücret ve cezaî şartın indirilmesini talep edememesine ilişkin TTK m. 22'nin uygulamadaki sınırlamasının da gerekçe gösterilebileceği yönünde bkz. **Sarıkaya/Bakar**, s. 1005. TTK m. 22 ile ilgili açıklama için bkz. aşağıda 4.1.2.2., s. 229 vd.

[973] **Akkanat**, Covid-19, s. 53.

[974] **Göksoy**, s. 5-6; **Kırca/Karakaş**, s. 7.

[975] **Paslı** (Demirbaş), s. 418.

[976] **Göksoy**, s. 6. Pandeminin ortaya çıkışı ve yayılışı kapsamında ülkemize de sıçramasının öngörülebilir olduğu tarihten sonra kurulan hukukî ilişkiler bakımından tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden sonuçların öngörülebilir olarak değerlendirileceği ve bu hususta gerekli tedbirlerin alınması gerektiği yönünde bkz. **Çağlar**, Hayrettin: Covid-19 Salgınının Ticaret Hukukuna Etkileri, TÜBA Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Ankara 2020, s. 97.

3.2.1.7. Sözleşme Sonrasında

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacirin sözleşme sonrası yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından da geçerli bulunmaktadır[977]. Bu bağlamda örneğin tacir tedarik ettiği ürünlerin ortalama hizmet ömrü boyunca yedek parça bulundurmalıdır[978]. Yine örneğin sözleşme sonrası bakımından tacirin rekabet yasağı bulunduğunda, rekabet yasağına uyma hususunda basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir[979].

3.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında

Öğreti ve uygulamada kusur sorumluluğu olarak da adlandırılan haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sözleşme dışında başka bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini düzenleyen sorumluluk türü olarak ifade edilmektedir[980]. Haksız fiilin unsurları fiil, hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı ve kusur olarak açıklanmaktadır[981]. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, kusurun tespitinde esas alınacak bir ölçü olarak değerlendirildiğinden, tacirin haksız fiil iddiasına ilişkin fiili değerlendirilirken kusurunun tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği esas alınacaktır[982]. Dolayısıyla tacirin haksız fiil sorumluluğu bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği farklı bir yorumu gerektirmektedir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün söz konusu olduğu faaliyet bakımından haksız fiilde kusur unsuru farklı yorumlanacaktır[983]. Bu hususta haksız fiil teşkil eden haksız

---

[977] **Pamp**, HGB § 347, N. 19.
[978] **Pamp**, HGB § 347, N. 19.
[979] **Can**, Basiretli Tacir, s. 88.
[980] **Eren**, s. 594 vd.; **Tandoğan**, s. 12 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 364 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 1 vd. Bkz. TBK m. 49: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*".
[981] **Eren**, s. 594 vd.; **Tandoğan**, s. 12 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 364 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 1 vd.
[982] **Pamp**, HGB § 347, N. 20. Davacının hafriyat işlemi yapacağını davalı idareye haber vermemesi ve hafriyat sırasında telefon kablolarının zarar görmesi durumu karşısında davacının basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden tüm kusurun davacıda bulunduğu yönünde bir karar için bkz. 11. HD, T. 15.10.1985, E. 1985/4153, K. 1985/5311 (Hukuk Türk).
[983] Faaliyet bakımından uygulamaya ilişkin bkz. yukarıda 2.3., s. 129 vd.

rekabet hâlleri özel önem arz etmektedir[984]. TTK m. 54 ve m. 55'te belirtilen haksız rekabet hâllerine ilişkin tazminat taleplerinde (zira haksız rekabet hâli için kusurun varlığı şart olmamakla beraber tazminat taleplerinde zarar ve kusurun varlığı aranmaktadır) kusurun varlığı araştırılırken basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği esas alınacaktır[985].

3.2.3. Sebepsiz Zenginleşme Kapsamında

Sebepsiz zenginleşme de borç doğum kaynağı olarak TBK m. 77 ilâ m. 82 arasında hüküm altına alınmıştır. TBK m. 77/I hükmünde "*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*" buyurulmuştur. Sebepsiz zenginleşme için kusur şartı aranmadığından tacir ve tacir olmayanlar arasında farklı bir değerlendirmeye yol açmayacağı sonucuna varılabilir. Ancak sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bazı hâllerde basiretli iş adamı gibi davranmanın farklı bir değerlendirmeyi gerektirip gerektirmeyeceği hususu tartışılabilir. Sebepsiz zenginleşme bakımından farklı bir değerlendirmeye yol açabileceği düşünülen ilk düzenleme olarak TBK m. 78/I düzenlemesi ifade edilebilir. TBK m. 78/I hükmünde borçlanmadığı edimi ifa eden kimsenin, bunu ancak kendini borçlu sanarak ifa ettiğini ispatlaması durumunda geri isteyebileceği öngörülmüştür. Bu hususta bir Yargıtay kararında, davacı sigortacı teminat kapsamı dışındaki bir ödemeyi sehven yaptığını iddia ederek TBK m. 78/I kapsamında iade talep etmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme, sigortacının kendi düzenlediği poliçeye dayalı olarak yaptığı ödemeyi "*kendini borçlu sanarak*" yaptığını iddia etmesinin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile

---

[984] HGK, T. 17.12.1997, E. 1997/836, K. 1997/1075: "*...Marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet esas itibariyle bir haksız fiil olup, ticaret ile uğraşan davalının basiretli bir tacir gibi davranması, özellikle bayiileri tarafından satışa sunulan davacı ürünlerinin, üstelik taklit edilmiş benzerlerini rastgele piyasadan alıp satış için işyerinde bulundurmaması gerekir.*" (Hukuk Türk).

[985] **Karayalçın**, Basiretli İş Adamı, s. 212-213. Haksız rekabette manevî tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün de ölçü olarak alındığı yönünde bkz. 11. HD, T. 05.12.2013, E. 2012/8393, K. 2013/22196: "*... bu konuda tecrübeli bir firma olan davalının basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek yayınladığı bilgilerin detaylı bir şekilde araştırılmasını yapmayarak kusurlu davrandığı...*"; 11. HD, T. 19.03.2001, E. 2001/44, K. 2001/2072: "*...davalının basiretli bir tacir gibi davranması zorunluluğunun doğal sonucu, ticari yararın zarara uğratılmaması veya böyle bir tehlikeye maruz kalmayı önleyici davranışları da gerektirir. Aksi davranış manevi tazminat istemine de haklılık kazandırır.*"; 11. HD, T. 12.10.2004, E. 2003/13393, K. 2004/9680 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 12.07.2007, E. 2006/7849, K. 2007/10291 (Legalbank).

örtüşmediğini ifade ederek, davacının talebini reddetmiştir. Kararda davacının basiretli bir tacir olarak gerekli incelemeyi yapması lazım geldiği ifade edilmiş ve ödemeyi iradî olarak gerçekleştirdiğine hükmedilmiştir[986]. Kararda hükümdeki "*borçlu sanma*" ifadesi, basiretli iş adamı gibi davranma gerekçesi ile tacir bakımından daha katı yorumlanmıştır. TBK m. 78/I hükmü bağlamında bir yanılma söz konusudur. Ancak sebepsiz zenginleşme kapsamında yanılma hâlinde kişinin kusurunun bulunup bulunmaması önemli değildir[987]. Kişi kusuru bulunsa dahi sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilir. Bu kapsamda kusurun tespiti bakımından esas alınan basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği TBK m. 78/I bağlamında doğrudan değerlendirmeye gerekçe oluşturmamalıdır. Ancak yanılmaya ilişkin TBK m. 34 ve m. 35 hükümleri burada kıyasen uygulama bulabilir[988]. TBK m. 34'te yanılmada dürüstlük kuralı hüküm altına alınmış ve yanılanın yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceğine hükmedilmiştir. Burada somut olay bakımından basiretli iş adamı gibi davranma dürüstlük kuralının uygulanması hususunda farklılığa sebep olabilir. TBK m. 35'te ise yanılmada kusur bulunması durumunda yanılanın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermesi gerektiğine hükmedilmiştir. Yanılmada kusur bulunup bulunmadığı hususu basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü esas alınarak tespit edilecektir. Belirtilenler dışında basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği TBK m. 78/I hükmüne başvurulamayacağı yönünde bir yorumu gerektirmez.

Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 79/II düzenlemesi de tacirler bakımından farklı bir yorumu gerektirebilir. TBK m. 79/II düzenlemesi uyarınca zenginleşen zenginleştiği malvarlığını iyi niyetli olmaksızın elden çıkarmışsa zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlü kılınmıştır (TBK m. 79/II). Burada iyiniyetin tespiti bakımından

---

[986] 17. HD, T. 16.04.2019, E. 2016/12674, K. 2019/4847 (Hukuk Türk). Öğretide *Özdemir* ilgili kararı basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tacirin hatası sebebiyle gerçekleştirdiği işlemlerde irade bozukluğunu bertaraf edecek şekilde yorumlanmaması lazım geldiği gerekçesiyle eleştirmektedir (**Özdemir**, Lütuf Ödemesi, s. 1437-1438). Kararda ödemenin lütuf ödemesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Lütuf ödemesine ilişkin açıklama için bkz. **Özdemir**, Lütuf Ödemesi, s. 1431-1464.

[987] **Eren**, s. 1000-1001.

[988] **Eren**, s. 1001.

basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü farklı değerlendirmeye yol açacak, tacirler bakımından iyiniyetin tespiti daha sıkı biçimde irdelenecektir[989].

[989] İyiniyete ilişkin ayrıca bkz. yukarıda 3.1.2., s. 138 vd. Sorumluluğun dayanağı güven sorumluluğu da olabilmektedir. Bu hususta çalışmamızda tacir kabul edilen hâkim teşebbüse ilişkin özel düzenleme niteliğindeki güvenden doğan sorumluluğuna ve SPK m. 32/2'de düzenlenen bağımsız denetim, derecelendirme ve değerleme kuruluşlarının güven sorumluluğuna yönelik olarak açıklama yapılmıştır. Söz konusu açıklamalara ilişkin sırasıyla bkz. s. 137, 284-285.

4. BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU VE İLGİLİ BAZI KANUNLAR KAPSAMINDA BASİRETLİ İŞ ADAMI İLE İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR

4.1. TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR

4.1.1. Genel Olarak

Basiretli iş adamı gibi davranma, tacir olmanın bir hüküm ve sonucu olmasının yanı sıra, tacir olmanın diğer hüküm ve sonuçları ile de bağlantılı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ticarî işe ilişkin birtakım hüküm ve sonuçlar ile de bağlantılıdır. Tespit ettiğimiz ilgili düzenlemelerin temelinde yatan düşünce tacirin öngörülü, basiretli, tedbirli davranması gereğidir[990]. İlgili düzenlemeler bu varsayım ve beklentiden hareketle kaleme alınmıştır. Aşağıda ilgili düzenlemelerin basiretli iş adamı gibi davranma ile bağlantısı ve basiretli iş adamı gibi davranma gereğinin ilgili düzenlemelerin uygulanmasına etkisi üzerinde durulacaktır.

4.1.2. Tacir Olmanın Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin

4.1.2.1. Genel Olarak

Tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçlar bağlamında ifade edilebilir ki tacir olmak birçok nimeti de beraberinde getirmektedir. Söz konusu nimetlerden faydalanabilmek birtakım külfetlere de katlanmayı gerektirmektedir. Nitekim tacir olmanın birçok külfeti

---

[990] Benzer yönde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün (HGB § 347/1) pratik anlamını ancak diğer kurallarla etkileşim içinde gerçekleştiren bir düzenleme olduğu yönünde bkz. **Lehmann-Richter**, HGB § 347, N. 2.

de bulunmaktadır[991]. İlgili ticarî işlemin türü ve niteliğinden türetilecek özel özen yükümlülüklerinden bağımsız olarak ticarî faaliyetten kaynaklanan ve tüm tacirler için geçerli olan bir dizi genel yükümlülük de söz konusudur[992]. Örneğin tacir ticarî işletmesine ilişkin kanunî düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olmak ve bu bilgi doğrultusunda davranmak zorundadır[993, 994]. Tacir gerekirse bu hususta uzman bir kişiden hukukî yardım almalıdır. Ancak bu hususta her somut olayın özelliklerine göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Her somut olayda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden hareketle tacirin sorumlu olduğunun ön kabulü yerinde bir yaklaşım değildir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, kamu veya özel hukuk kişisi olması fark etmeksizin hukukî ilişkinin karşı tarafının yükümlülüklerini bertaraf etmez. Bu hususta ilişkili olduğu kanaatinde bulunduğumuz bir AİHM kararına[995] konu olayda yapılan savunmada tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gereğinden hareketle öngörülü olması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak AİHM kararında, idarenin de eylemlerinde özenli olması gerektiği ve kamu kurumları arasındaki bildirimlerde gecikme yaşanması hususunda ihmalî şekilde davranıldığının kabulü yönünde hüküm tesis edilmiştir[996].

---

[991] Tacir olmaya bağlanan özel birtakım sonuçların bulunmasının ticaretin dürüst bir şekilde işlemesi amacına yönelik olduğuna ilişkin bkz. **Huggins**, Mike: The U.C.C. Merchant Sections: Reasonable Commercial Standards of Fair Dealing in the Trades, TLR, C. 14, S. 1, 1978, s. 193-194.

[992] **Pamp**, HGB § 347, N. 15.

[993] Bu hususta bir yargı kararında, sağlık alanında faaliyet gösteren ve basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacirin satın aldığı oksijen jeneratörü sisteminin Sağlık Bakanlığının bu hususta ki Genelgesine uygun olup olmadığını da inceleyip tespit edebilmesi gerektiği belirtilmektedir [11. HD, T. 08.04.2021, E. 2020/5016, K. 2021/3452 (Hukuk Türk)]. Ayrıca bkz. 11. HD, T. 18.04.2006, E. 2005/2139, K. 2006/4224: "*... bu arada davacı şirketin de akaryakıt taşıyan araçlarını trafik mevzuatına uygun duruma getirmeleri konusunda uyarıldığı, davacının bu uyarılara uymayarak basiretli bir tüccar gibi davranmadığı...*" (Legalbank).

[994] Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" ilkesinin tacirler bakımından somutlaştırılması olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. **Karaahmetoğlu,** Basiretli Tacir, s. 157-158.

[995] AİHM, Kurban/Türkiye, T. 24.11.2020, Başvuru No: 75414/10 (Hukuk Türk).

[996] AİHM kararına konu olayda başvuran tacir 2006 yılı mart ayında birkaç kamu ihale sürecine fesat karıştırdığı şüphesi ile polise ifade vermiş ve aynı gün salıverilmiştir. Ardından Cumhuriyet savcısı 2006 yılı temmuz ayında başvuran hakkında kamu ihale sürecine fesat karıştırıldığı suçlaması ile iddianame hazırlamıştır. İddianame ve yargılamaya ilişkin başvurana değil, başvuran vekiline 2006 yılı temmuz ayında tebligat yapılmıştır. Başvuran bir ortak girişim çatısı altında 2006 yılı ekim ayında bir kamu ihale sürecine girmiş, bu kapsamda teminat da yatırmıştır. 2007 yılı ocak ayında ilgili kamu kurumuna başvuranın hakkında kovuşturma yürütülen bir ceza yargılamasının bulunduğu ve ceza yargılaması sonuçlanana kadar kamu ihalelerine katılmasının yasak olduğu bildirilmiştir. Bunun üzerine ilgili sözleşme iptal edilmiş ve başvuranın yatırmış olduğu teminata da el konulmuştur. Başvuran bu hususta hakkındaki yargılama

Tacir kendisine verilen işi yerine getirmek için gerekli bilgi ve beceriye sahip değilse reddetmek, en azından bu hususu karşı tarafa bildirmek zorundadır[997]. Genel yükümlülüklerin dışında tacir hukukî ilişkiden veya kanundan kaynaklanan[998] başka yükümlülüklere tâbi olabilmektedir ve basiretli iş adamı gibi davranma söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda temel davranış ölçüsü olarak önem taşımaktadır. Söz konusu hususlara uyulsa dahi münferit durumlara ilişkin farklı

---

sonuçlanmadan sözleşmenin feshedilerek teminata el konulmasının masumiyet karinesi ilkesi ile bağdaşmadığını ve hakkında açılan ceza yargılamalarından da CMK m. 176'ya aykırı olarak haberdar edilmediğini öne sürmüştür. Mahkeme kararında sözleşmenin feshinin ve teminata el konulmasının kanunî gerekçesi olarak 4734 sayılı Kanun (RG. 22.01.2002, S. 24648) m. 58 ve m. 59'a ve 4735 sayılı Kanun (RG. 22.01.2002, S. 24648) m. 21'e dikkat çekilmektedir. Mahkeme başvuranın üzerine atılı suçlardan haberdar olmadığı iddiasına ilişkin olarak söz konusu suçlarla ilgili avukat huzurunda ifade vermiş olduğu ve basiretli bir tacir olarak bu nedenle ihaleye katılmaktan uzak durabileceğine hükmetmiştir. AİHM'e yapılan savunmada ise sözleşme feshinin kanunî bir temeli bulunduğu ve bu hususun da başvuranın mevzuata aşina bir iş adamı olduğundan tarafınca öngörülebilir olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere savunmada basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği vurgulanmıştır. AİHM, sözleşme feshinin kanunî temeli olduğunu ve bu hususta ülkelerin takdir hakkının bulunduğunu tespit etmiş ve bu kapsamda Sözleşme m. 6/2'nin [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6/2: "*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*" (https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf, ET: 07.03.2022)] ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak AİHM ilgili uyuşmazlığı Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokol m. 1'in (AİHS Ek 1 No.lu Protokol m. 1: "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.")* ihlâli bakımından da incelemiştir. AİHM tarafından ilk olarak iddianame hazırlanması (temmuz ayı) ve ihale başlangıcı (ekim ayı) olan tarih göz önünde bulunduğunda olağan koşullar altında 4734 sayılı Kanun m. 59 uyarınca başvuranın ihaleye girmesine baştan izin verilmemesi gerektiği, Kamu İhale Genel Tebliği'nin (RG. 22.08.2009, S. 27327) de bu hususta kovuşturma makamının kamu ihale yetkililerini gecikmeksizin bilgilendirmesi gerektiğine ilişkin düzenleme içerdiği, somut olayda bu hususta oldukça gecikildiği, bilgiyi aktarma hususunda ihmal bulunduğu tespit edilmiştir. İkinci olarak başvurana CMK m. 176 hükmüne açıkça aykırı olarak bildirim yapılmadığına, başvurana yalnızca polis ifadesi sırasında eşlik eden müdafiye bildirim yapılmasının uygun olmadığına, anılan durumda başvurana bildirim yapılmış kabul edilemeyeceğine, başvuranın bu hususta bilgi sahibi olduğunun da inandırıcı bir şekilde kanıtlanamadığına, başvuranın yalnızca polise ifade vermeyle hakkında ceza davası açılabileceğini tahmin ederek ihaleye katılmaktan kaçınmasının gerektiği gerekçesine katılmanın mümkün olmadığına, bu durumda başvuranın ihaleye kötü niyetle katıldığı sonucuna varılamayacağına hükmedilmiştir. Nihayetinde tüm açıklanan sebeplerle sözleşmenin feshi yanında tüm teminata ve masraflara el konulmasının orantısız bir tedbir olduğu ve bu bakımdan Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokol m. 1'in ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır.

[997] **Widmer**, s. 76, N. 5; s. 77-78, N. 9.

[998] Bu hususta verilen bir yargı kararında, arsa sahibinin projeye ve imara aykırı inşaat yapılması yönünde talimatı bulunsa dahi basiretli iş adamı gibi davranması zorunlu olan yüklenicinin bu talimata uymaması gerektiğine ilişkin hüküm tesis edilmiştir [23. HD, T. 05.05.2016, E. 2015/1004, K. 2016/2932 (Hukuk Türk)]. Tacire yüklenen objektif özen ölçüsünün mevzuattan kaynaklanan yükümlülükler bakımından da geçerli olduğuna ilişkin bkz. **Battal**, Güven Kurumu Banka, s. 149.

davranışlar gösterilmesi de beklenebilmektedir[999]. Anılan bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, tacirin birçok hukukî ilişkisinde etki göstermektedir.

Belirttiğimiz üzere TTK'da tacir olmaya bağlanan bazı hüküm ve sonuçlar düzenlenirken tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinden hareket edildiği görülmektedir[1000]. Anılan bağlamda birçok hükmün başlangıç noktasında ilgili gereklilik bulunmakta ve tacire daha ağır davranış yükümlülükleri öngörülmektedir[1001]. Bu hususta anılan kanunî düzenlemelerin başında, tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edememesi gelmektedir (TTK m. 22). TTK'da açıkça ifade edilmese de öğretide ve yargı kararlarında tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edememesi, basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekliliğinin hukukî bir sonucu olarak görülmektedir[1002]. Aşağıda tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edememesine ilişkin açıklama yapılacaktır. Bunun dışında tacir olmanın külfeti niteliğinde görülen fatura ve teyit mektubunun içeriğine itiraza ilişkin süre sınırlaması, ticarî örf ve âdetin uygulanması, ticarî defter tutulması, saklanması ve zayi belgesi alınması ve yetki sözleşmesi düzenlenmesi basiretli iş adamı gibi davranma ile ilişkilendirilerek açıklanacaktır[1003].

---

[999] **Pamp**, HGB § 347, N. 15.

[1000] **Sarıkaya/Bakar**, s. 999.

[1001] Benzer yönde Amerikan hukukunda (UCC hükümlerinde) satış sözleşmelerine ilişkin olarak tacirlere daha katı davranış standartlarının uygulandığına ilişkin bkz. **Huggins**, s. 190.

[1002] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 134; **Arkan**, Ticari İşletme, s. 159-160; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 248; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 112; **Poroy/Yasaman**, s. 164-165; **Şener**, Ticari İşletme, s. 224; **Kaya/Tatlı**, s. 104; **Ayhan**, Rıza: Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe (Sözleşme Cezasının İndirilmesi), GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 309; **Erçin**, Ferhat: Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlâka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri, İKÜHFD, C. 10, S. 1, 2011, s. 99; **Doğanay**, Şerh, s. 157; **Başbuğ**, Aydın: Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 2, 2003, s. 13-14; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 105, 107; **Öktem**, Cihan: Tacir Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesi ve Geçersizliği, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2019, s. 121.

[1003] Belirtilenler dışında öğretide tacirler arası belirli ihtar ve ihbarların TTK'da belirlenen şekillerde yapılması zorunluluğunu (TTK m. 18/3) ve tacirler arası ticarî satışlarda ayıp ihbar süresinin sınırlı tutulmasına yönelik düzenlemeyi (TTK m. 23/1-c) de tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliği ile ilişkili gören görüş bulunmaktadır (**Sarıkaya/Bakar**, s. 999; **Adıgüzel**, Ticari Satış, s. 133; **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 137, 140-141). Öncelikle TTK m. 18/3 bakımından belirtilmelidir ki hükmün gerekçesinde aksi yönde bir ifade yer almaktadır. Hükmün gerekçesinde TTK m. 18/3'te belirtilen şeklin geçerlilik şekli değil ispat şekli olduğuna ilişkin "*Bu değişikliğin sebebi, geçerlilik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir iş adamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur.*" ifadelerine yer verilmiştir. 6762 sayılı Kanun döneminde ise TTK m. 18/3'e

4.1.2.2. Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini Talep Edememe

4.1.2.2.1. Genel Olarak

TTK m. 22 uyarınca tacir sıfatına sahip olan borçlu, TBK m. 121/2, m. 182/3 ve m. 525 kapsamına giren hâllerde[1004], aşırı ceza ve ücret kararlaştırıldığı gerekçesiyle sözleşme cezasının (ceza koşulunun) veya ücretin indirilmesini mahkemeden talep edememektedir[1005]. Ceza koşuluna ilişkin hükümler TBK m. 179-182 arasında öngörülmüştür. Ceza koşulu, geçerli bir borcun ifa edilmemesi veya eksik bir şekilde ifa edilmesi yahut belirli bir yerde, belirli bir zamanda ifa edilmemesi durumunda;

---

karşılık gelen düzenleme m. 20/III düzenlemesidir. İlgili Kanun dönemine ilişkin m. 20/III hükmünde öngörülen şekil geçerlilik şeklidir. 6762 sayılı Kanun m. 20/III gerekçesinde de öngörülen şeklin geçerlilik şekli olması ile basiretli iş adamı gibi davranma arasında ilişki kurulmuştur. 6762 sayılı TTK döneminde m. 20/III'ün basiretli iş adamı gibi davranma ile ilişkilendirildiği bir karar için bkz. 11. HD, T. 09.03.1981, E. 1981/1186, K. 1981/1007 (Legalbank).

TTK m. 23/1-c düzenlemesinde ise tacirler arasındaki ticarî satışlarda TBK'dan farklı olarak ayıp ihbar süreleri sınırlı tutulmuştur. Buna göre açıkça belirli olan ayıplar bakımından ayıp ihbar süresi iki gün, açıkça belli olmayan bakımından ise ayıp ihbar süresi sekiz gün olarak belirlenmiştir. Diğer durumlar için ise TBK m. 223/II düzenlemesine atıf yapılmıştır. Ayıp ihbar süresinin sınırlı tutulmasının tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile ilişkili bir düzenleme olduğu yönünde görüş bulunsa da esasında sürenin sınırlı tutulmasının nedeni ticaret hayatının gerektirdiği hız ihtiyacıdır. Tacir, teslim ettiği malın alıcı tarafından kabul edilip edilmediğini kısa bir süre içerisinde öğrenmek ve bu kapsamda gereken tedbirleri almak durumundadır. Bu yönde TTK m. 23/1-c düzenlemesinin hızlı işlemesi gereken ticaret hayatının ihtiyacını karşılamaya ilişkin bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 178; **Şener**, Ticari İşletme, s. 245; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 243.

[1004] TTK m. 22'de sayılan düzenlemelerin tacirler bakımından istisnaî bir sınırlama getirdiği gerekçesi ile dar yorumlanması gerektiği, bu nedenle sınırlı sayıda *(*numerus clausus) olduğu yönünde bkz. **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 112.

[1005] TTK m. 22 hükmü, 6762 sayılı mülga TTK m. 24'ün tekrarı niteliğindedir. 6762 sayılı TTK m. 24 hükmü de 865 sayılı Kanun m. 647'den mülhemdir. Bkz. 6762 sayılı TTK m. 24 gerekçesi: "*Borçlar Kanununun bâzı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş bir cezai şart yargı tarafından indirilebilir. Halbuki Ticaret Kanununun (647) nci maddesine göre, cezai şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile âdi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenilir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını hak olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezai şartın indirilmesini talebetmek hakkından şimdiye kadar olduğu gibi ilerde de mahrum bırakmak ticaretin icabındandır.*". Karşılaştırmalı hukuk hükümleri incelendiğinde İsviçre Hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle İsviçre hukukunda aşırı ceza koşulunun indirilmesi tacirler açısından da uygulanabilirdir. Bu hususta ayrıca bkz. **Kocaağa**, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018, s. 354, dn. 147. Alman hukukunda ise TTK m. 22 ile aynı yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme HGB § 348'dir. Hüküm uyarınca, tacir tarafından ticarî işletmesinin işletilmesi kapsamında taahhüt edilen sözleşme cezası, BGB § 343'e dayanarak indirilemez. BGB § 343 hükmü sözleşme cezasının orantısız olarak yüksek olması durumunda indirilmesine yönelik bir düzenlemedir. HGB § 348'de TTK m. 22'den farklı olarak ticarî işletmenin işletilmesi kapsamında taahhüt edilen sözleşme cezasından bahsedilmektedir. Ancak uygulamada bu hususta bir farklılık bulunmamaktadır. Bu hususta bkz. **Roth**, HGB § 348, N. 1-4.

alacaklının zararını kanıtlamasına gerek bulunmadan zararını tahsil etme olanağı sağlayan, borçlunun ödemesi gereken, ekonomik değeri olan ve bir hukuk işlemi ile belirlenen fer'i nitelikli bir edim olarak tanımlanmaktadır[1006]. Ceza koşulunun esaslı işlevi, borçluyu sözleşmeye uygun şekilde ifaya zorlamak ve bu doğrultuda asıl borcun ifasını güvence altına almaktır[1007]. TBK m. 182/3 uyarınca hâkim, aşırı[1008] gördüğü ceza koşulunu[1009] kendiliğinden indirir[1010].

TBK m. 121/2 hükmünde ise, faizde, iratta ve bağışlamada, temerrüt faizinin icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayacağı; bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tâbi olacağı belirtilmiştir. Burada da hükmün ilk fıkrasından farklı bir düzenleme yapılmışsa, taraflar kendi aralarında temerrüt faizinin başlangıcını farklı şekilde belirlemişlerse, borçlu bakımından ağır sonuçlar doğurması durumunda ceza koşulu hükümleri uygulanacağından indirim söz konusu olabilmektedir.

[1006] **Kocaağa**, s. 25-30.

[1007] **Kocaağa**, s. 31. Tanım ve açıklama için ayrıca bkz. **Doğan**, Cezai Şart, s. 78 vd.; **Erçin**, s. 90; HGK, T. 19.03.2003, E. 2003/124, K. 2003/175; 13. HD, T. 14.11.1977, E. 1977/4495, K. 1977/5010; 3. HD, T. 24.06.2010, E. 2010/3527, K. 2010/11320; 13. HD, T. 25.12.1981, E. 1981/7896, K. 1981/8497; 14. HD, T. 29.01.1980, E. 1979/4906, K. 1980/416; 19. HD, T. 17.12.2013, E. 2013/14654, K. 2013/19950 (Hukuk Türk).

Dönme cezasının ceza koşulu kabul edilerek bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu öğretide tartışmalı bulunmaktadır. Dönme cezasında amaç ceza koşulunun aksine, borçlunun ceza koşulunu ödeyerek, sözleşmeden kolaylıkla dönebilmesini sağlamak olarak belirtilmektedir. Bu nedenle sözleşmeden dönme cezasında (öğretide ifayı engelleyen ceza koşulu da denmektedir, gerçek anlamda bir ceza koşulu olarak da kabul edilmemektedir) TBK m. 182/3 hükmü uygulama alanı bulmamaktadır. Bkz. **Erçin**, s. 95; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 113.

[1008] Uzun süren dava sürecinde tarafların durumlarında değişimler olabileceği gerekçesi ile ceza koşulunun aşırılığının tespitinde mahkemenin karar anına bakılarak karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Doğan**, Cezai Şart, s. 116; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 122.

[1009] Ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle indirilebilmesi için, geçerli bir ceza koşulunun varlığı, ceza koşulunun muaccel olması, ceza koşulunun henüz ifa edilmemiş olması ve ceza koşulunun aşırı olması gerekmektedir. Bu hususta bkz. **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 118 vd.

[1010] TBK m. 182 uyarınca hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirmekle yükümlüdür. Şöyle ki, hâkim ceza koşulunun fahiş olup olmadığını kendiliğinden araştırmak ve gerektiği durumda indirim yapmak zorundadır. Hâkim, ceza koşulunu, adalet ve hakkaniyete açıkça aykırı takdir etmesi durumunda aşırı kabul etmeli ve makul bir sınıra indirmelidir. Bu bağlamda aşırılığın tespiti ve indirim miktarı takdir edilirken birçok değişkenin göz önünde bulundurması suretiyle adalet ve hakkaniyet çerçevesinde makul bir sınıra indirim yapmalıdır. Anılan bağlamda taraf menfaatleri, alacaklının uğradığı zarar miktarı, borca aykırılığın objektif ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı, tarafların ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi göz önünde bulundurularak bir karar verilir. Bkz. **Doğan**, Cezai Şart, s. 115-118; **Erçin**, s. 93; HGK, T. 02.10.2002, E 2002/596, K. 2002/662; 13. HD, T. 01.04.2003, E. 2002/14633, K. 2003/3868; HGK, T. 26.12.2001, E. 2001/1175, K. 2001/1166 (Hukuk Türk).

TBK m. 525 ise simsarlık sözleşmesi uyarınca simsara ödenecek ücrete ilişkindir. Buna göre simsarın ücretinin aşırı kararlaştırılması durumunda borçlunun talebi üzerine hâkim, ücretin hakkaniyete uygun olarak indirilmesini takdir edebilmektedir. Ceza koşulunun aşırı olduğunu takdir etmesi durumunda hâkim ceza koşulunu kendiliğinden indirebilirken, TBK m. 525 uyarınca aşırı simsarlık ücretini ancak borçlunun talebi üzerine indirebilir.

Borçlu tacir ise, aşırı olduğu iddiasıyla yukarıda anılan hükümler uyarınca indirim talep edemez; hâkim de kendiliğinden veya talep üzerine indirime hükmedemez. Ücret ve ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümler, özellikle sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla öngörülmüştür[1011]. Sözleşmenin zayıf tarafı, sözleşmenin karşı tarafına göre deneyimsiz, ekonomik ve sosyal anlamda güçsüz ve korunmasız taraftır. Ücret ve ceza koşulunun indirilmesinin talep edilememesi ise aksine tacirin ticaretine ilişkin faaliyetlerinde tecrübeli, bilgili ve öngörülü olması gerektiği varsayımı ile öngörülmüş bir düzenlemedir[1012]. Nitekim basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin, sözleşme akdederken kararlaştırılan ücret veya ceza koşulunu ödeyip ödeyemeyeceğini öngörmesi, ücretin veya ceza koşulunun fahiş olduğunu idrak etmesi, fahiş ise sözleşmenin karşı tarafı ile bu hususta müzakere edebilmesi gerekmektedir[1013].

[1011] **Brox/Henssler**, s. 206.

[1012] **Brox/Henssler**, s. 206.

[1013] **Jung**, s. 215. Ücret ve ceza koşulunun indirilmesinin talep edilememesi basiretli iş adamı gibi davranma gereğinin bir sonucu olarak görülse de, yalnızca TTK m. 18/2 ile bu yönde bir sonuca ulaşılamayacağı, TTK m. 22 düzenlemesinin sözleşme özgürlüğünü ve ahde vefa ilkesini ticaret hukukunda daha kuvvetli bir şekilde uygulamaya koyduğu yönünde bkz. **Bulut**, Efe Murat: TTK m. 22 Kapsamında Tacirler Bakımından Ücret ve Ceza Koşulunun Tenkisi Yasağı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 80.

Ekonomik ve sosyal olarak tacirler arasında önemli güç farklılıklarının olabileceği bu durumda güçsüz konumdaki tacirin korunması adına TTK m. 1530'un öngörülme gerekçeleri ile de paralel olarak TTK m. 22 hükmünün varlığının yerinde olmadığı yönünde bkz. **Bulut**, s. 97 vd. TTK m. 1530'a ilişkin açıklama için bkz. aşağıda 4.1.4., s. 258-260.

4.1.2.2.2. Uygulama Kapsamı

TTK m. 22 hükmünün uygulanabilmesi için, mahkemenin öncelikle borçlunun tacir olup olmadığını araştırması gerekmektedir[1014]. Nitekim hükmün kişi bakımından uygulama kapsamı tacirlerdir. Tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edememesine ilişkin hüküm tacir olmanın "*külfeti*" niteliğinde bir hüküm sayıldığından tacir, tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olan[1015] kişi bakımından bu hükmün uygulama kapsamına girmektedir[1016].

TTK m. 22 hükmünün zaman bakımından uygulanması kapsamında ise tacir sıfatının varlığı araştırılırken, ceza koşulunun muaccel duruma geldiği zaman değil, ceza koşulunun kararlaştırıldığı an esas alınmalıdır[1017].

TTK m. 22 hükmünün faaliyet bakımından uygulamasına ilişkin ise gerçek ve tüzel kişi tacirlere ilişkin bir ayrım yapılmalıdır. Gerçek kişi tacirler bakımından, ceza koşulunun indirilmesini talep edememe, ceza koşulunun tacirin ticarî işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olmasına bağlıdır[1018]. Bu kabul hükmün basiretli iş adamı gibi davranma

---

[1014] **Doğan**, Cezai Şart, s. 119; 15. HD, T. 05.10.1999, E. 1999/1865, K. 1999/3481; 15. HD, T. 03.12.1998, E. 1998/3815, K. 1998/4550 (Hukuk Türk). Bu hususta limited ortaklık ortağı olmanın kişiyi tacir yapmayacağı ve TTK m. 22 hükmünün ilgili kişi bakımından uygulanmayacağına ilişkin bkz. 11. HD, T. 03.05.2016, E. 2015/11066, K. 2016/4996 (Hukuk Türk).

Yargıtay'ın bu hususta kooperatiflerin tacir olmadığı, bu nedenle TBK m. 182/3 uyarınca indirim talep edebilecekleri, TTK m. 22'nin uygulama kapsamında bulunmadıkları yönünde kararları bulunmaktadır. Bkz. 23. HD, T. 27.09.2018, E. 2016/2898, K. 2018/4347; 23. HD, T. 27.06.2018, E. 2015/9991, K. 2018/3769 (Hukuk Türk). İlgili kararlar öğretide de isabetli olarak eleştirilmektedir. Bkz. **Şener**, Değerlendirme, s. 239-240. Nitekim kooperatiflerin tacir sıfatına sahip olduğuna dair Kanun koyucunun iradesi TTK m. 16/1 ve TTK m. 124 düzenlemelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Öğretide de kooperatiflerin tacir sıfatına vurgu yapılmaktadır ve son olarak bu hususta alınmış bir İçtihadı Birleştirme Kararı da bulunmaktadır. Bkz. yukarıda dn. 511.

[1015] Bu hususta açıklama için bkz. yukarıda 2.1.2.2.-2.1.2.3., s. 101-103.

[1016] **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 154; HGK, T. 18.06.2019, E. 2017/922, K. 2019/706 (Hukuk Türk). Tacir olan borçlunun ücret ve ceza koşulunu tacir olmayan birinin üstlenmesi durumunda kararlaştırılan ücret ve ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirim talep edip edemeyeceği hususu tartışmalı bulunmaktadır. Bir görüşe göre borcun üstlenilmesi durumunda borcu üstlenen kişi tacir değilse, ücret ve ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirim talep edebilir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ücret ve ceza koşulunu üzerine alan tacir olmayan kişi de aşırı olduğu iddiasıyla indirim talep edemez. Bu hususta öğreti görüşleri için bkz. **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 106-107; **Öktem**, s. 145-146.

[1017] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 161-162; **Doğan**, Cezai Şart, s. 119; **Erçin**, s. 101; HGK, T. 18.06.2019, E. 2017/922, K. 2019/706 (Hukuk Türk).

[1018] **Doğan**, Cezai Şart, s. 120.

gerekliliğinin bir sonucu olması ile ilişkilidir. Zira tacir kendi ticarî faaliyet alanına ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlüdür[1019]. Örneğin gerçek kişi tacir, evine alacağı bir buzdolabına ilişkin geçerli bir satım sözleşmesi akdetmiş, sözleşmede ödeme işlemini sözleşmede belirtilen anda yapmaması durumunda bir ceza koşulu ödeyeceğini taahhüt etmişse, ceza koşulunun muaccel olması durumunda fahiş olduğu gerekçesi ile indirilmesini talep edebilmektedir[1020]. Ancak tüzel kişi tacirlerin adî iş sahaları da bulunmadığı gerekçesi ile her hâlükârda ceza koşulunun veya ücretin indirilmesini talep edemeyecekleri kabul edilmektedir[1021]. Kanaatimizce bu bağlamda da basiretli iş adamı gibi davranmanın faaliyet bakımından uygulanmasına ilişkin hususlar göz önünde bulundurulmalıdır[1022]. Örneğin amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek veya vakfın ticarî işletmesi dışında bir husus bakımından ceza koşulu taahhüt etmesi hâlinde indirim talep edilebilmelidir.

Yargıtay'ın, tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edememesine ilişkin TTK m. 22 hükmünün uygulama kapsamına ilişkin, bizim de katıldığımız üzere eleştirilen kararları bulunmaktadır. İlgili Kararlar, tacir işverenin işçi ile akdettiği hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesini talep edip edememesine ilişkindir. Yargıtay, tacir olan işveren ile işçisi arasındaki hizmet sözleşmesinin ticarî iş niteliğinde bulunmadığı, bu nedenle TTK m. 22'nin uygulama kapsamına girmediği, sonuç olarak bu tür sözleşmelerde işveren aleyhine öngörülen ceza koşulunun TBK m. 182/3 gereğince mahkemece indirime tâbi tutulmasının mümkün olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir[1023]. Öncelikle belirtilmelidir ki TTK m. 22'de "*tacirin bütün borçlarının*"

[1019] **Ayhan**, Sözleşme Cezasının İndirilmesi, s. 310; **Battal**, Cezai Şart, s. 20-21; **Başbuğ**, s. 14; **Karagöz**, Veli: İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi, EÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, s. 122.

[1020] **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 155; **Şener**, Ticari İşletme, s. 193; **Erçin**, s. 102, dn. 33. Bu hususun TTK m. 19/1 ışığında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 162; **Poroy/Yasaman**, s. 166-167.

[1021] **Poroy/Yasaman**, s. 167; **Erçin**, s. 102, dn. 33.

[1022] Bu hususta bkz. yukarıda 2.3., s. 129 vd.

[1023] Bkz. HGK, T. 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822: *"... İşveren ile işçi arasındaki ilişki TTK.nun 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçeve içinde kendine özgü bir hizmet akdidir. Dahası işçi işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle; işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulu TTK. nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK.nun 24. maddesinin uygulamasını*

hükmün uygulama kapsamına girdiği ifade edilmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın ticarî iş olup olmadığı yönünde bir değerlendirmede bulunması eleştirilebilir[1024]. Kaldı ki Yargıtay kararına konu olayda işveren anonim ortaklıktır ve adî iş sahası bulunmamaktadır. Dahası ister gerçek kişi tacir ister tüzel kişi tacir olsun her halükârda tacir işverenin işçisiyle kurduğu hizmet sözleşmesinin ticarî işletmeyi ilgilendiren bir iş olduğu gerekçesi ile ticarî iş niteliğinde olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır[1025]. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin bu hususstaki tespiti de yerinde değildir[1026]. Yargıtay, tacir ile ticarî işletmesinde çalışan işçiler arasındaki ilişkinin kamu düzeni ile ilgili olduğunu ve iş hukukunun kendine özgü ilkeleri bağlamında incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu uygulamanın amaca uygun olabilmesi için işçi lehine sonuç doğurması gerekmektedir. Zira iş hukukunun başlıca amacı, baştan işveren lehine bozuk olan dengenin kurularak işçinin korunmasıdır[1027]. Öğretide katıldığımız üzere anılan gerekçelerle ilgili Yargıtay kararları isabetli bulunmamaktadır[1028].

---

gerektirmez. Açıklanan nedenlerle, TTK. 24. maddesine dayanılarak, işe almama tazminatı (Ceza koşulu) miktarında indirim yapılmamasına ilişkin yerel mahkemenin kabulü ve direnmesi yerinde görülmemiştir."; HGK, T. 02.10.2002, E. 2002/596, K. 2002/662 (Hukuk Türk). Yargıtay'ın katıldığımız aksi yöndeki bir kararı için bkz. 9. HD, T. 16.02.1976, E. 1976/4484, K. 1976/5798: "*Sözleşmenin davalı tarafından müddetinden önce ve muhik sebep olmaksızın bozulduğunun kabul edilmesine; sözleşmeye konulan beş maaş tutarındaki tazminatın cezai şart olmasına; Türk Ticaret Kanununun 24. maddesine ve davalının tüccar bulunmasına göre cezai şarttan indirme yapılamayacağı cihetle hükmün bozulması gerekmiştir.*" (Legalbank).

[1024] **Battal**, Ahmet: Tacirin İş Kanunu'na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezaî Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?(Cezai Şart), Batider, C. XX, S. 2, 1999, s. 19; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 114.

[1025] **Ayhan**, Sözleşme Cezasının İndirilmesi, s. 295-299; **Başbuğ**, s. 15; **Poroy/Yasaman**, s. 167; **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 155, dn. 16; **Karagöz**, s. 126; HGK, T. 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822 Karşı Oy Yazısı: "*Davalının tacir olduğunda ve davacının da davalının ticarethane niteliğinde çalışırken oluşturulan Toplu İş Sözleşmesinden yararlanan kişilerden olduğunda tartışma yoktur. Ticaret Kanununda "Tanzim olunan hususlarla, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren BÜTÜN MUAMELE, FİİL VE İŞLER TİCARİ İŞLERDENDİR." (TTK.3). Şu halde davacı Türk Ticaret Kanunun 24. maddesinde yer alan yasaktan yararlanır. İş Kanununda aynı konu düzenlenmediğinden İş Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu arasında özel kanun ilişkisi de yoktur. Bu sebeplerle taraflar arasında kararlaştırılan cezai şart tenkis edilemez. Davaya Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.*" (Hukuk Türk).

[1026] Ticarî işletmeyi ilgilendirdiği gerekçesi ile işçi ile akdedilen hizmet sözleşmesinin TTK m. 3 kapsamında ticarî iş olduğu hususu açık olsa da TTK m. 19'da düzenlenen ticarî iş karinesi gereğince de somut olaydaki hizmet sözleşmesinin ticarî iş niteliğinde kabul edilmesi gerektiği yönündeki vurgu ve Yargıtay'ın TTK m. 19 hükmünü de ihmal ederek hüküm tesis etmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz. **Ayhan**, Sözleşme Cezasının İndirilmesi, s. 301-302.

[1027] **Battal**, Cezai Şart, s. 22; **Poroy/Yasaman**, s. 167; **Karagöz**, s. 132.

[1028] **Yeşiltepe**, Salih Önder: İş (Hizmet) Sözleşmelerinin Ticari İş Mahiyeti, Ticari İşlerde Faiz ve İşçi Alacaklarına Uygulanacak Temerrüt Faizi Oranı, MÜHFHAD, C. 20, S. 2, 2014, s. 52 vd. Bu hususta

4.1.2.2.3. Ahlâk ve Adâba ve Kişilik Haklarına Aykırı Ücret ve Ceza Koşulunun İndirilmesi

Öğreti ve yargı kararlarında tacirin, ceza koşulunun veya ücretin ahlâk ve adâba ve kişilik haklarına[1029] aykırı olduğu gerekçesi ile indirilmesini talep edebileceği yönünde genel bir kabul bulunmaktadır[1030]. Eğer borçlu tacirin ekonomik mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek seviyede bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa, mahkemece ilgili ceza koşulunun ahlâka ve adâba aykırı olduğu gerekçesi ile tamamen veya kısmen geçersizliğine karar verilebilmektedir[1031]. Tüm sözleşmeler bakımından sözleşme

---

verilen bir HGK kararında [HGK, T. 02.02.2005, E. 2004/759, K. 2005/9 (Hukuk Türk)], ceza koşulunda %60 oranında indirime gidilmiştir. Ceza koşulunun geçerli olduğunun kabul edilmesi ile somut olayda işverenin sözleşmeyi haksız feshettiğinin de kabulünün söz konusu olduğu, bu durumda işverenin kusurlu olduğu, ancak indirim oranının fazlalığı karşısında indirim takdir edilirken borçlu işveren tacirin kusurunun yerinde olmayarak göz önünde bulundurulmadığı yönünde bkz. **Karagöz**, s. 130-132.

[1029] Burada ekonomik kişilik haklarına aykırı görülürse indirim yapılabileceği yönünde bkz. **Ayhan**, Sözleşme Cezasının İndirilmesi, s. 311.

[1030] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 164; **Doğan**, Cezai Şart, s. 120; **Erçin**, s. 102 vd.; 11. HD, T. 19.12.2005, E. 2004/15293, K. 2005/12550: "*...tacir olan davalının basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorunluluğu mevcuttur. Dolayısıyla davalı tarafın kararlaştırılan cezai şarttan sorumlu olduğu açıktır. Cezai şart, olumlu zararı temsil etmektedir. Hiçbir zarar olmasa dahi bu cezanın tazminin istenmesi mümkündür. Gerek BK'nun da, gerekse TTK' nun da sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Tarafların, cezai şartı diledikleri şekilde tespit etmeleri mümkündür. TTK' nun 24'ncü maddesi, tacir sıfatı bulunan borçlunun taraflarca tayin edilen ücret ve cezanın fahiş olduğunu ileri sürerek indirim talep edemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak, bu ceza tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak bir miktarda ise bu halde cezai şart BK'nun 19 ve 20'nci maddeleri hükümleri gözetilerek ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle indirime tabi tutulabilir. O halde, tarafların tacir oldukları, cezai şartın tahsili halinde davalının ekonomik açıdan yıkıma uğrayacağı yönünde bir savunma bulunmadığı dikkate alınmadan ve de hiçbir gerekçe gösterilmeden yazılı şekilde re'sen cezai şartın tenkisine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.*"; 15. HD, T. 05.10.1999, E. 1999/1865, K. 1999/3481;15. HD, T. 28.03.2002, E. 2002/1188, K. 2002/1472; 19. HD, T. 11.04.2019, E. 2018/2661, K. 2019/2508; 19. HD, T. 19.12.2017, E. 2016/12322, K. 2017/8065; HGK, T. 20.03.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222 (Hukuk Türk). Öğretide *Kayıhan*, bu kabulü eleştirmektedir. Yazara göre ülkemiz 1980 yılı itibariyle serbest piyasa ekonomisine geçmiş bulunduğundan, tacir, başka bir tacirle sözleşme imzalaması ve sözleşmedeki edimini ifa etmemesi sonucu karşı tarafın bir günlük zararının dahi ekonomik olarak mahvına sebep olabileceğini bilmek zorundadır. Ceza koşulunun indirilmesinin kabul edilmesi hükmün içinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Bunun yerine hâkim durumun kötüye kullanılması ya da haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Yazar bu görüşüne Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararını da gerekçe göstermektedir. Bkz. **Kayıhan**, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 157-159; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı T. 03.07.1940, E. 1940/7, K. 1940/71 (Hukuk Türk).

[1031] Öğretide aşırı ceza koşulunun tamamen mi yoksa kısmen mi geçersizliği yoluna gidilmesi gerektiği hususunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, sözleşmede yer alan ceza koşulu sözleşmenin bir kısmını oluşturduğundan, ceza koşulu anlaşmasının içeriğinin sakat olması durumunda tamamının geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Bu görüş TBK m. 27/II'ye dayanmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, tamamının geçersizliği yerine sadece aşırı kısmın geçersiz kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun bulunmaktadır. Nitekim tamamının geçersizliğinin kabulü durumunda tacirlere tacir olmayanlara kıyasla daha çok koruma tanınmış olacaktır. Zira ahlâka aykırılık boyutuna ulaşmadığı durumlarda tacir olmayan bir kimse aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu ancak indirilebilir, tamamen kaldırılamaz. Bu görüş uyarınca

serbestisine bir sınır teşkil eden TBK m. 27[1032] ceza koşulunun belirlenmesi bakımından da sınır teşkil etmektedir[1033]. İlgili hükmün uygulanması bakımından büyük sermaye sahiplerine karşı iktisaden güçsüz konumdaki küçük ve orta ölçekli işletme sahiplerinin korunması ve ekonomik olarak yıkımlarına engel olunması gerekmektedir[1034].

Vurgulanmalıdır ki, ücret ve ceza koşulunun aşırı düzenlenmesi, peşinen ahlâka ve adâba aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Ücret ve ceza koşulunun ahlâka ve adâba aykırı kabul edilebilmesi için borçlunun ekonomik yıkımına neden olması, ekonomik kişilik hakkını ortadan kaldıracak ya da ağır bir şekilde sınırlandıracak veya ekonomik geleceğini tehlike altına alacak şekilde belirlenmiş olması gerekir. Bu husus etraflıca incelenmelidir. Basiretli iş adamı gibi davranmak zorunda olan tacir borçlunun sadece masraflarını azaltması veya bazı gereksinimlerinden vazgeçmek zorunda kalması ceza koşulunun ahlâka ve adâba aykırı olduğunu kabul etmek için yeterli değildir[1035]. Söz

---

TTK m. 1530/1 hükmünden yararlanılabileceği belirtilmektedir. İlgili öğreti görüşleri için bkz. **Ayhan**, Sözleşme Cezasının İndirilmesi, s. 312; **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 136 vd.; **Kocaağa**, s. 392.

[1032] Bkz. TBK m. 27: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*". Bu bağlamda emredici düzenlemelere aykırılığın da ceza koşulunun geçersizliğine sebep olacağı yönünde ayrıntılı açıklama için bkz. **Öktem**, s. 151 vd.

[1033] Ahlâka aykırılığın tespitinde TBK m. 27 hükmünün yanı sıra TMK m. 23/II hükmünün de esas alınması gerektiği yönünde bkz. **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 136. Bkz. TMK m. 23/II: "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*".

[1034] **Erçin**, s. 105.

[1035] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 163; 11. HD, T. 31.10.2014, E. 2014/4640, K. 2014/16525: "*Sadece cezai şart miktar itibariyle tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir. Davalı yargılama sırasında mahkemeye sunduğu dilekçesinde, cezai şartın iktisaden mahvına yol açacağını bildirmiş, mahkemece tenkis şartları incelenmeden tacir olmayan şahıslar için tenkis nedeni olan cezanın fahişliği gerekçesiyle cezai şarttan indirim yapılmıştır. O halde, mahkemece, davalının tacir olduğu gözetilerek, cezai şartın tenkisinin gerekip gerekmediğinin yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre belirlenmesi ve takdiri gerekirken, yazılı gerekçeyle taraflar arasındaki sözleşme hükümleriyle belirlenen cezai şarttan indirim yapılması da yerinde görülmemiş, hükmün bu nedenle de bozulması gerekmiştir.*";; 19. HD, T. 31.10.2017, E. 2016/11562, K. 2017/7463: "*6102 Sayılı TTK'nun 22. Maddesine göre tacir sıfatına haiz bir borçlu fahiş olduğu iddiasıyla cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez. Ancak kararlaştırılan cezai şart miktarının borçlunun ekonomik yönden mahvına sebebiyet verecek derecede yüksek olduğunun belirlenmesi halinde hakimin uygun bir miktarda indirimde bulunabileceği yargıtay kararları ile kabul edilmektedir. Ancak davalıların somut olayda böyle bir savunmaları olmadığı gibi davalıların mali durumlarının tespiti yönünde de bir inceleme yapılmadan cezai şartın indirilmesi doğru değildir.*"; HGK, T. 30.03.2016, E. 2014/743, K. 2016/437; 11. HD, T. 18.04.2013, E. 2011/5694, K. 2013/7659; 11. HD, T. 31.10.2014, E. 2014/4640, K. 2014/16527 (Hukuk Türk); Ankara BAM 4. HD, T. 22.03.2018, E. 2017/1697, K. 2018/726 (Legalbank).

konusu hususun takdiri mahkemede olup, takdir ederken uzman bilirkişiler aracılığıyla[1036] borçlunun ceza koşulunu taahhüt ettiği andaki ekonomik durumu araştırılmalıdır[1037].

Bu hususta bir Yargıtay kararında borçlu tacirin ekonomik durumu araştırılırken sözleşmenin feshi tarihi itibariyle bir araştırma yapılmasının gerekli olduğu, bu bağlamda ekonomik olarak mahvın söz konusu olup olmadığı hususunda ortaklığın aktif, pasif ve öz varlık miktarı, ceza koşulunun ödenmesine ilişkin açılan davadan sonra yapılan genel kurul toplantısında dağıtılan kâr miktarı incelenmiş ve ceza koşulunun tacirin ekonomik olarak mahvına sebep olacak oranda bulunmadığı tespit edilmiştir[1038].

[1036] Bilirkişilerin seçiminde, özellikle ortaklık hesaplarından anlayan yeminli mali müşavir ve sözleşmenin konusunu oluşturan sektörde çalışanların bulunmasına önem verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Şener**, Değerlendirme, s. 234.

[1037] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 163-164; **Poroy/Yasaman**, s. 166-167; **Erçin**, s. 104; HGK, T. 18.06.2019, E. 2017/922, K. 2019/706: "*...bir akdin, taraflardan biri için iktisadi yıkım teşkil ettiği ve bu sebeple ahlâk ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hâkimin bu hususiaki subjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir. Zira, mücerret tacirin hayatını başka yolda düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması, ahlâk ve adaba aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Mahkeme, ahlâk ve adaba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezaî şartın kabul edildiği tarihteki iktisadî durumunu konusunda uzman bilirkişiler aracılığı ile tespit etmeli, ahlâk ve adaba aykırılığı takdir ederken, tarafları ahlâka aykırı muamelelerden sakınmaya sevketmek ve aynı zamanda fena misal ve numunelerin ahlakı bozmasına engel olmak amacını dikkate almalıdır. Nitekim, adap ve ahlâka aykırılığın tayini bir hukuk sorunudur. Hukuk sorununun çözülmesi, mahkemeye ait bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken, cezai şartın taahhüt edildiği tarihte yukarıda açıklanan araştırmaların hüküm kurmaya elverişli olacak şekilde yapılması ve hangi dayanakla karar verildiğinin ise denetime elverişli olacak şekilde gerekçeli kararda tartışılması gerekmektedir. Eksik inceleme, denetime elverişli olmayan gerekçe, sübjektif ifade ve soyut beyanlar ile hüküm kurulamaz. Bu durumda mahkemece, cezai şart hususunda bir karar verilmeden önce yukarıda anlatıldığı gibi gerekli bilgi ve belgeler getirilmeli, sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti, sözleşmenin feshindeki kusur durumu ve yukarıda açıklanan ilkeler göz önüne alınarak, bu yönde davalı defter ve kayıtların incelenmesi tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılan sonuç ve verilen kararın denetime elverişli olacak şekilde gerekçeli kararda tartışılmış olması gerektiği hâlde mahkemece eksik inceleme, soyut ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde verilen direnme kararı doğru değildir.*" (Hukuk Türk). Tacirin ekonomik durumu araştırılırken, ticarî defterlerin incelenmesi gerektiği, ticaret ortaklıkları bakımından ortaklığın toplam sermaye miktarının belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Şener**, Değerlendirme, s. 243; 11. HD, T. 10.12.2015, E. 2014/19154, K. 2015/13315 (Hukuk Türk).

Hâkimin bu hususiaki takdiri, ülkenin somut olay zamanındaki sosyal, ekonomik, sağlık ve politik durumuyla da ilişkilidir. "*Tacirin ekonomik mahvına sebep olması gerektiği*" durumunun Covid-19 pandemi dönemine ilişkin olarak daha yumuşak daha makul yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Paslı** (Demirbaş), s. 419-420.

[1038] 11. HD, T. 27.02.2020, E. 2018/4961, K. 2020/2156: "*...Fakat, kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun mahvına sebebiyet verecek ölçüde yüksek olduğunun saptanması durumunda cezai şarttan makul oranda indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartı ödemesinin ekonomik yönden mahvına sebep olup olmayacağı hususunun belirlenmesi gerekmektedir.*

Ahlâka aykırılık yalnızca ekonomik olarak mahva sebep olma ile açıklanmamalıdır. Bu kapsamda TMK m. 27'nin daha geniş bir koruma amacı bulunmaktadır[1039]. Tacir olan borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olmasa dahi alacaklının zararını aşırı oranda aşan ceza koşulu da etik olarak toplumu rahatsız eden, âdeta angaryayı kanunî duruma getiren bir durum olduğu gerekçesi ile TBK m. 27'ye ve Anayasa m. 18'e[1040] aykırı bulunarak indirime tâbi tutulmalıdır[1041]. Kararlaştırılan ceza koşulu, alacaklıyı karşılığı olmaksızın ve hakkaniyete uygun olmayan bir şekilde[1042] zenginleştirme aracına dönüşmemelidir[1043]. Örneğin alacaklının zararının 5000 TL olduğu bir kırtasiye malzemesi satışı için, 500.000 TL değerinde ceza koşulu kararlaştırılması, tacir borçlunun

---

Bu cümleden olarak, sözleşmenin feshi tarihi itibariyle bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup, yapılacak işbu değerlendirme de, şirketin aktif, pasif ve öz varlıkları itibariyle cezai şartın ödenmesinin mahvına sebebiyet verip vermeyeceği noktasında olmalıdır.
Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut olaya gelindiğinde ise, taraflar arasında akdedilen sözleşme davalı tarafından Kasım 2012 tarihinde feshedilmiş ve feshin de haksız olduğu anlaşılmış, işbu tarih itibariyle sözleşmeyi feshedip, 1.185.800,00 TL cezai şart alacağı için 27.12.2012 tarihinde aleyhine icra takibi başlatılan davalı şirket, 22.02.2013 tarihinde genel kurul toplantısı yaparak kâr dağıtımı kararı almış, 2014 yılında 2.891.305,00 TL kâr payı dağıtmış olup ayrıca yargılama sırasında alınan bilirkişi raporları ile tespit edilen davalı şirketi bilançolarındaki aktif ve pasifler de göz önünde bulundurulduğunda bu miktar ödemenin davalının ekonomik mahvına sebep olmayacağının anlaşılmış olması karşısında, anılan hususlar nazara alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." (Hukuk Türk). Aynı yönde tacirin ekonomik durumu araştırılırken, ticarî defterlerin incelenmesi gerektiği, ticaret ortaklıkları bakımından ortaklığın toplam sermaye miktarının belirlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Şener**, Değerlendirme, s. 243; 11. HD, T. 10.12.2015, E. 2014/19154, K. 2015/13315: "*...mahkemece, davalı yapımcı şirketin ekonomik durumu yönünden konusunda uzman bir bilirkişiye ticari defter ve kayıtları, bilançoları, verilen vergi beyannameleri vs. gibi kayıtlar üzerinde inceleme yaptırılarak yukarıda belirtilen indirim koşullarının bulunup bulunmadığı konusunda ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken bu yönden eksik incelemeye dayalı isabetli olmayan yazılı gerekçelerle hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.*" (Hukuk Türk).

[1039] Bu hususta bkz. **Öktem**, s. 164-166.

[1040] Bkz. Anayasa m. 18: "*Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır.*".

[1041] Bkz. 15. HD, T. 11.05.2000, E. 1999/4655, K. 2000/2324: "*Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilmemesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK.nın 158/II. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifaya ekli ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, ... iş sahibi de -durduğu yerde, hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir bir para alacaktır. Gerçi, geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK.nın 19. maddelerine aykırı olup, BK.nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır. bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir.*" (Hukuk Türk).

[1042] Ahlâka aykırılığın dürüstlük kuralı ile tamamlanması ve bu doğrultuda oluşturulan kapsam içerisinde basiretli iş adamı bağlamında bir sınır çizilmesi gerektiği yönünde bkz. **Karaahmetoğlu**, Basiretli Tacir, s. 156-157.

[1043] **Bingöl**, Basiretli İş Adamı, s. 131-133.

ekonomik olarak mahvına sebep olmasa dahi indirime tâbi tutulmalıdır. Her ne kadar tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerekse de ülkemiz şartlarında eğitim ve tecrübe düzeyi düşük bir kişi bir ticarî işletme açmak yoluyla tacir sıfatını kazanabilmektedir. Bu durumda etiğe aykırı kararlaştırılan ceza koşullarının yalnızca tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden hareketle geçerli olduğu sonucuna ulaşılması anılan gerekçe ile yerinde bulunmamaktadır.

4.1.2.3. Fatura ve Teyit Mektubu İçeriğine İtiraza İlişkin Süre Sınırlaması

Fatura, tacirin ticarî işlemlerini belgelendiren, işlemlerinin takibini sağlayan, muhasebeleştirilen kayıtların belgelenmesinde, kazancın vergilendirilmesinde ve uyuşmazlık durumunda işlem yaptığı kişilere karşı ispatta delil olarak kullanılan ticarî belgeyi ifade etmektedir[1044]. Edimlerin içeriğini gösteren bir belge olan fatura, ifa aşamasına ilişkindir. Teyit mektubu ise, çeşitli yollarla kurulmuş yazılı olmayan sözleşmeden sonra, sözleşme koşullarını doğrulamak ve bu hususta yazılı delil elde etmek amacıyla gönderilen ticarî bir belge olarak tanımlanmaktadır[1045].

TTK m. 21/2'de faturayı alan kişinin aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmaması durumunda, içeriği kabul etmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Teyit mektubuna ilişkin paralel olarak TTK m. 21/3'te ise yazılı olarak kurulmayan sözleşmenin içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişinin, sekiz gün içinde itiraz etmemesi durumunda, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılacağına hükmedilmiştir. Söz konusu

---

[1044] **Ünal**, Oğuz Kürşat: Fatura ve Teyit Mektubu (Fatura), 6. Baskı, Ankara 2015, s. 11. Fatura, hem TTK hem 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) (RG. 10.01.1961, S. 10703-10705)'da düzenlenmiştir. Fatura TTK'da açıkça tanımlanmamıştır. VUK'da ise m. 229'da "*satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır*" şeklinde tanımlanmıştır. Yine bu hususta İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararında (RG. 24.12.2003, S. 25326) fatura, "*ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını, ölçüsünü, fiyatını ve sair hususları veya ifa edilmiş hizmetleri gösteren hesap pusulası olup, ticari bir belge niteliğindedir*" şeklinde ifade edilmiştir. Faturanın düzenlenmesinde tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği yönünde bkz. 19. HD, T. 25.06.2001, E. 2001/1146, K. 2001/4922 (Legalbank).

[1045] **Ünal**, Fatura, s. 233.

düzenlemeler öğretide faturanın ve teyit mektubunun ispat kuvveti olarak ifade edilir[1046]. Sekiz gün[1047] içinde itiraz edilmemesi durumunda, fatura ve teyit mektubu düzenleyen lehine ve itiraz etmeyen aleyhine yazılı delil niteliği kazanır[1048]. İlgili süre içerisinde faturaya itiraz edilmemesi, içeriğinin sözleşmeye uygun olduğunun kabulü ve ancak faturayı alan kişinin sonradan aksini ispat edebileceği anlamına gelmektedir[1049]. İtiraz süresinin geçmesinin ardından, faturayı veya teyit mektubunu alan kişi içeriğin doğru olmadığını ancak yazılı delille, ticarî defterlerle ve yeminle ispatlayabilmektedir[1050]. TTK m. 21/2 ve m. 21/3 düzenlemesi, sekiz günlük süre içerisinde itiraz edilmediği takdirde tacir lehine aksi ispat edilebilen bir karine öngörmektedir. Taciri korumayı amaçlayan bu düzenlemeler ticarî hayatın sürekli bir biçimde ve güvene dayalı olarak işlemesini sağlamaya yönelik öngörülmüştür[1051].

İlgili hükümler uyarınca faturayı ve teyit mektubunu düzenleyen kişi tacir olmalıdır. Faturayı veya teyit mektubunu alan karşı tarafın tacir olup olmaması gerektiği hususunda ise öncelikle TTK m. 21'in "*Tacir olmanın hükümleri*" başlığı altında yer alan bir düzenleme olduğu ifade edilmelidir. Üstelik tacir sayılmayan kişilerin faturaya sekiz gün içinde itiraz etmek gibi ağır bir yükümlülüğe tâbi tutulması hakkaniyet ve menfaatler durumuna uygun düşmemektedir. Bu gerekçelerle hükmün sadece tacirler arasında uygulanması gerekmektedir[1052]. Bu yorum ile hükmün basiretli iş adamı gibi davranma

---

[1046] **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 156.

[1047] Sekiz günlük süre hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi değildir. Bu süreye kanunî karinenin hüküm ifade edebilmesi için yer verilmiştir. Sürenin temel borç ilişkisine herhangi bir etkisi bulunmamakta, sadece iddiaların ispatında ispat külfetinin kimde olacağını göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Bkz. **Özdamar**, Mehmet: Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz (Fatura), ABD, Y. 66, S. 1, 2008, s. 225.

[1048] **Bingöl**, F. Itır: Tacirler Arasındaki Taşınır Mal Satışı Sözleşmesinin Varlığını İspat Etmek İçin Fatura ve Ticari Defterlerden Yararlanılması (Fatura), 1. Baskı, Ankara 2022, s. 84-85, 89; **Duru**, Meltem: Yargıtay Kararları Işığında Fatura, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2020, s. 96-98; 15. HD, T. 09.06.2008, E. 2007/3090, K. 2008/3800 (Hukuk Türk).

[1049] **Bingöl**, Fatura, s. 89.

[1050] **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 157.

[1051] **Duru**, s. 97.

[1052] **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 136; **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 158; **Arkan**, Ticari İşletme, s. 167; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, Ticari İşletme, s. 256; **Şener**, Ticari İşletme, s. 211; **Özdamar**, Fatura, s. 223; **Ayhan**, Rıza: Teyit Mektubu (Teyit Mektubu), İÜHFM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 57. Aynı görüşte hükmün lafzî yorumu ile faturayı alanın tacir olup olmamasının fark oluşturmadığı sonucuna varılabilse de, sürenin azlığının tacir olmayan kişileri özellikle tüketicileri mağdur edeceğinden hareketle alanın da tacir olmasının gerekli olduğu yönünde bkz. **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 119. Karşı görüşte bkz.

gereğinin bir sonucu olarak görüldüğü belirtilmelidir[1053]. Öğretide hükmün tacirler bakımından düzenlenmesi ile tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün özel bir şeklini oluşturduğu ifade edilmektedir[1054]. Nitekim basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir bakımından TTK m. 21/2 ve m. 21/3 hükmü olağan bir sonuçtur[1055]. TTK m. 21/2-3 hükmünün uygulanması bakımından faturayı alan kişide tacir sıfatının aranmaması, tacir sıfatı taşımayan kişilerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altına sokulması anlamına geleceğinden yerinde bulunmamaktadır[1056]. Yargıtay'ın da faturaya sekiz günlük süre içerisinde itiraz edilmesi ile basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü ilişkilendirdiği kararları bulunmaktadır[1057].

Özel ispat kuralı, faturanın "*olağan içeriği*" bakımından söz konusu olmaktadır. Olağan içeriğin kapsamına ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak olağan içeriğin kapsamının tespitinde faturanın sözleşmenin kuruluşuna ilişkin değil ifa aşamasına ilişkin bir belge olduğu hususunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmelidir[1058, 1059]. Bu bağlamda sözleşmenin kuruluşu aşamasında kararlaştırılmamış olan, ifa ile ilgili hususlarda sözleşmeyi değiştiren ve diğer tarafın durumunu ağırlaştıran kayıtlar faturanın zorunlu ve olağan içeriği kapsamında bulunmamaktadır. Bu kayıtlara muhatabınca itiraz edilmemiş olması, sonucu değiştirmeyecektir. "*Vade farkı*" kaydının faturanın olağan

---

Poroy/Yasaman, s. 170; **İmregün**, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 4 Baskı, İstanbul 2004, s. 49-50.

[1053] **Ayhan**, Teyit Mektubu, s. 57.

[1054] **Ünal**, Fatura, s. 157-158; **Duru**, s. 129, 149, 154.

[1055] **Ünal**, Fatura, s. 166, 274.

[1056] **Özdamar**, Fatura, s. 224.

[1057] 23. HD, T. 14.09.2015, E. 2014/10161, K. 2015/5822: *"...davacı tarafın davalı taraf ile ticari ilişki içerisinde bulunduğu dönem içerisinde basiretli bir tacir gibi davranmak suretiyle fatura ekinde bulunan puantaj cetvellerinin kontrollerini 8 günlük süre içerisinde yaparak itirazda bulunmayıp, ticari defterlerine kaydederek ödemesini yaptığı, faturaların kesinleşmesi sonrasında iade faturası düzenleyerek fatura içeriklerinin doğru olmadığından bahisle itirazda bulunmasının basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünü düzenleyen TTK'nın 18/2. maddesi düzenlemesi ile faturanın kesinleşmesi hükümlerini düzenleyen 21/2 maddelerine aykırılık teşkil edeceği..."* (Hukuk Türk); 11. HD, T. 01.12.2020, E. 2020/2728, K. 2020/5547 (**Gürbüzer Görmez**, Nevin İrem: Yargıtay Kararları Işığında Faturanın İspat Gücü, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 313-314).

[1058] **Özdamar**, Fatura, s. 225-226. Bu kapsamda mal miktarı, fiyatı, işin türü, ücreti gibi sözleşmenin ifa aşamasına ilişkin bilgilerin olağan içeriğe dâhil olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Özdamar**, Fatura, s. 225, dn. 42.

[1059] Teyit mektubu ise, sözleşme görüşmeleri sonucunda varılan anlaşmayı yazılı olarak karşı tarafa bildirme amacıyla düzenlenir. Bu kapsamda içeriği de kurulmuş olan sözleşmenin anlaşmaya varılan tüm içeriğini kapsamaktadır. TTK m. 21/3 söz konusu tüm içerik bakımından uygulama bulmaktadır. Bkz. **Nomer Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 160; **Ünal**, Fatura, s. 251 vd.

içeriğinden kabul edilip edilmeyeceği hususu belirtilmelidir. Vade farkı kaydı uygulamada borçluya gönderilen faturalarda yer alan "*Gününde ödenmeyen fatura toplam tutarları üzerinden aylık %... vade farkı tahsil edilir*" şeklindeki kayıtları ifade etmektedir[1060]. Vade farkı, vade tarihinden başlayarak fiilî ödeme tarihindeki mal ve hizmet bedeline oransal olarak hesaplanıp ekleme yapılmak suretiyle semenin ulaştığı miktarı ifade etmektedir[1061]. Bu hususta alınan İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararında (RG. 24.12.2003, S. 25326) vade farkı kaydının faturanın olağan içeriğinden sayılmadığı, sözleşmeyi değiştiren ve diğer tarafın durumunu ağırlaştıran bir nitelik taşıdığı, bu nedenle vade farkı kaydı yer alan faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemesinin vade farkı kaydı ile bağlı olunacağı anlamına gelmediğine hükmedilmiştir. Karşı görüş yazısında ise fiyatla yakın ilişkisi olan vade farkının fiyatı belirleyen bir unsur olduğu, bu nedenle olağan içerikten sayılması gerektiği ileri sürülmüştür.

İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararında faturanın olağan içeriğine ilişkin olarak VUK hükümlerinden (m. 230) yararlanılmıştır. Öğretide katıldığımız üzere *Ünal*, faturanın olağan içeriğine ilişkin olarak VUK hükümleri uyarınca yazılması gereken hususların anlaşılmaması gerektiği, zira VUK hükümlerinde tarafların sıfatı bakımından (tacir olup olmamaları bakımından) farklılık olabileceği; faturaya yazılması gereken olağan hususların TTK m. 21 ve TTK m. 39/2'nin lafzı ve ruhundan anlaşılması gereken hususlar olduğu ve bu çıkarımın tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile bağlantılı bir sonuç olduğu yönünde görüş belirtmektedir[1062].

4.1.2.4. Ticarî Örf ve Âdetin Uygulanması

Ticarî işe uygulanacak hükümlerin sırasında ticarî örf ve âdet genel hükümlerden önce gelmektedir (TTK m. 1/2). TTK m. 2/3'te ise ticarî örf ve âdetin, tacir olmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği durumda

---

[1060] **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 28-29; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 120; **Poroy/Yasaman**, s. 174 vd.; **Özdamar**, Fatura, s. 226.
[1061] **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 28-29; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 120; **Poroy/Yasaman**, s. 174 vd.; **Özdamar**, Fatura, s. 226.
[1062] **Ünal**, Fatura, s. 158.

uygulanacağına hükmedilmiştir. Hükümden tacirin, ticarî örf ve âdeti bilmediğini iddia edemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirden, bunun sonucu olarak ticarî örf ve âdet ile teamülleri de bilmesi beklenmektedir[1063]. Kanunî düzenlemede bir ayrım yapılmadığından tacirin yalnızca kendi ticarî faaliyet alanına ilişkin hususlara ilişkin ticarî örf ve âdeti değil tüm hususlara ilişkin örf ve âdeti bilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak öğretide bu husus eleştirilmektedir. *Battal*, bir örnek üzerinden müteahhit tacirin inşaat işine ilişkin örf ve âdeti bilmesi gerektiği ancak yılda bir defa gerçekleştirdiği iş elbisesi siparişine ilişkin örf ve âdeti bilmesinin veya bilmesi gerekmesinin uygun bir yaklaşım olmadığını öne sürmektedir[1064]. Kanaatimizce bu hususta daha önce belirttiğimiz üzere basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün faaliyet bakımından uygulama kapsamı[1065] göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır.

4.1.2.5. Ticarî Defter Tutulması, Saklanması ve Zayi Belgesi Alınması

Her tacir ticarî defter tutmakla ve defter, ticarî mektup ve ilgili finansal belgelerini öngörülen süre boyunca saklamakla yükümlü bulunmaktadır (TTK m. 18/1, m. 64/2, m. 82). Basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu, tacirin ticarî defter ve belgelerini düzenli ve eksiksiz tutmasını gerektirir[1066]. Bu hususta bir Yargıtay kararında, tacirin almadığı bir hizmet karşılığındaki faturayı ticarî defterine kaydetmesinin basiretli iş adamı gibi davranma gereğine uymadığı yönünde hüküm tesis edilmiş, tacir kusurlu bulunmuştur[1067].

[1063] **Karslıoğlu**, s. 855. Doğrudan Kanundan kaynaklanmakla birlikte ticarî örf ve âdetin tacirler tarafından bilinmesi gerekliliğinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir yansıması olduğu yönünde bkz. **Battal**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 319.

[1064] **Battal,** Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 319.

[1065] Bu hususta açıklama için bkz. yukarıda 2.3., s. 129 vd.

[1066] **Çakıcı**, Mert: Tacirin Defter Tutma Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2017, s. 1-2, 4.

[1067] 23. HD, T. 04.03.2020, E. 2017/125, K. 2020/1480 (Hukuk Türk)]. Aynı yönde bir karar için bkz. 19. HD, T. 09.12.2015, E. 2015/2765, K. 2015/16527 (Lexpera).

Ticarî defterlerin nerede ve ne şekilde saklanacağına ilişkin Kanun koyucu açık bir düzenleme öngörmemiştir[1068]. Ancak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sonucu tacirin, ticarî defterleri muhafaza ederken gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Bu itibarla ticarî defterler kolaylıkla kaybedilebilecek veya hasara uğrayacak biçimde saklanmamalıdır[1069].Yargıtay'ın da bu hususta ticarî defterlerin saklanmasını basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile ilişkilendirdiği kararları bulunmaktadır[1070].

Saklamakla yükümlü olunan defter ve belgeler "*yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık*" nedeniyle ve kanunî saklama süresi içerisinde zıyaa uğrarsa, tacir zıyaı öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde[1071] ticarî işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bu hususta bir belge verilmesini talep

---

[1068] Ticarî defterler fizikî ya da elektronik ortamda tutulabilir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 338 vd. Teknolojinin gelişmesi ile defterlerin elektronik ortamda tutulma uygulamasının artması saklama hususundaki temelleri de değiştirebilecektir. Bu bağlamda elektronik ortamda güvenli saklama hususu gündeme gelecektir.

[1069] **Kayış**, Ferhat: Ticari İşletmenin Devrinde Bazı Sorunlu Noktalar ve Buna İlişkin Tespitler (Ticari İşletme Devri), LHD, C. 18, S. 215, 2020, s. 5035; **Çakıcı**, s. 5.

[1070] 11. HD, T. 19.09.2017, E. 2016/2009, K. 2017/4530: "*...davacı tarafın basiretli bir tacir gibi davranarak yangın akabinde mahkemeden tespit isteyip, yanan veya hasar gören belge ve defterlerin tespit ettirilmesi gerekirken böyle bir tespit yaptırmadığı, zayi olduğunun tespiti istenen ticari defter ve kayıtların, şirket merkezinde bulunan bir konteynerde muhafaza edildiği, burada meydana gelen yangın nedeniyle defter ve kayıtların zayi olduğunun ileri sürüldüğü, ..., defter ve kayıtların şirketler yönünden önemi gözetildiğinde elden çıkacak ölçüde zarar görmemeleri için defter ve belgelerin konteyner gibi korunaksız yerlerde muhafaza edilmemeleri gerekeceği, buna aykırı durumun ise ağır koruma kusuru oluşturacağı, kusura dayanarak hak talep edilmesinin ise mümkün olmayacağı...*" ;11. HD, T. 05.02.2018, E. 2016/6941, K. 2018/727: "*...davacının basiretli bir tacir olarak ticari defter ve belgelerini şirket merkezinde muhafaza etmesi ve korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiği, yine defterlerin mutad olarak bulunması gereken yer dışına nakledilirken zayi olmaması için gerekli tedbirin alınması gerektiği, tanık anlatımlarına göre davacı tarafın defterleri açık kamyonda taşınmasına müsaade ettiği ve muhafaza tedbirlerini almayarak kusurlu davrandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*"; 11. HD, T. 25.05.2016, 2015/11186, K. 2016/5704: "*...ticari defter ve belgelerin hepsinin bir arada arabada bulunmasının basiretli bir tacir davranışı olarak değerlendirilemeyeceği...*" (Hukuk Türk).

[1071] On beş günlük süre hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu hususta bir Yargıtay kararında hak düşürücü sürenin başlatılma tarihinin zayi belgesi talep edilen defter ve belgelerin kurtarılması için yapılan çalışmalardan bir sonuç alınamayacağının bir başka ifade ile zıyaının kesin olarak öğrenildiği tarih olarak tespit edilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir. Bkz. 11. HD, T. 23.10.2017, E. 2016/3160, K. 2017/5582: "*...Davacı, elektronik ortamda düzenlenen ticari belgelerin bilgisayar korsanları tarafından ele geçirildiğini, müvekkilinin belgeleri kurtarmak için bilgisayar korsanları ile iletişime geçtiğini, dava açılana kadar da elektronik belgelerin kurtarılabilmesi için teknik müdahalelerde bulunulduğunu da ileri sürmüştür. 6102 Sayılı TTK'nin 82/7. maddesinde 15 günlük hak düşürücü sürenin ziyaın öğrenildiği tarihte başlayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda hak düşürücü sürenin haklarında zayi kararı istenen belgelerin kurtarılması için yapılan çalışmalardan bir sonuç alınamayacağının, başka bir ifade ile ziyaın kesin olarak öğrenildiği tarihten itibaren başlatılması gerekir. Davacının, belgelerin kurtarılması için ayrıca teknik müdahalelerde de bulunulduğunu ileri sürmesine ve davacının bu iddiasının aksinin de sübut bulmamasına göre süresinde açıldığının kabulü gereken davanın, hak düşürücü süre sebebiyle reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*" (Hukuk Türk).

edebilmektedir[1072]. Söz konusu belge, zayi belgesidir. Zayi belgesi alan tacir, defter tutma ve saklama yükümüne aykırı davranmamış olur. Zira aksi durumda zayi belgesi almamış olan tacir, defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılır ve ticarî defterlerle ispat hususunda ilgili sonuçlara (ticarî defterlerin Kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun şekilde tutulmuş olmaması) katlanmak zorunda kalır[1073].

Zayi belgesinin alınabilmesi şartları bakımından sınırlayıcı olmayan bir şekilde afet durumları ve hırsızlık sayılmıştır. Sınırlayıcı olmayan sayım ile afet niteliğinde olmayan ve mücbir sebep sayılmayan hâllerin uygulama kapsamına sokulması eleştirilebilir[1074]. Ancak bu hususta sınırı basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği oluşturacaktır[1075]. Bu itibarla ticarî defterlerin güvenli bir yerde saklanması hususunda basiretli iş adamı gibi davranmayan tacir, zayi belgesi de talep edemeyecektir[1076].

Yargıtay'ın bu hususta çelişkili kararları bulunmaktadır. Bu hususta sınırlı sayım yapılmadığı gerekçesi ile malî müşavire verilen ve akıbeti bilinmeyen ticarî defterler için zayi belgesi talep edilebileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir[1077]. Yüksek Mahkeme bu hususta tam aksi yönde bir karara da hükmetmiştir[1078]. İlgili kararlarda ticarî defterlerin saklanması basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği çerçevesinde ele alınmamıştır. Bu çerçevede bir değerlendirme yapılmak suretiyle somut olayda tacirin basiretli iş adamı gibi davranarak gerekli özeni göstermesine rağmen ticarî defterlerinin zayi olması durumunda zayi belgesi talebi kabul edilmelidir. Yine bu hususta Yargıtay kararına konu bir olayda, ticarî defterlerin saklandığı depoyu su basması sonucu defterlerin zıyaa olduğu gerekçesi ile zayi belgesi talep edilmiştir. Yargıtay, eşyaların bulunduğu depoda çelik

---

[1072] Bu talep çekişmesiz yargı işi olup, hasımsız görülür (TTK m. 82/7).
[1073] **Ülgen** (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 413. TTK ve HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ticarî defterlerle ispat HMK m. 222'de hüküm altına alınmıştır. Ticarî defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılabilmesi için HMK m. 222'de belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.
[1074] **Kayış**, Ticari İşletme Devri, s. 5039.
[1075] **Topal**, Önder: Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s. 64; **Çakıcı**, s. 68.
[1076] **Şener**, Oruç Hami: Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyaı, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK m. 68/IV) (Ticari Defter), Makaleler C. I, İzmir 2006, s. 10, 26; 11. HD, T. 13.05.2002, E. 2002/931, K. 2002/4639: "*...ticari defterlerini eski model bir araçla nakletmesi nedeniyle tedbirli bir tacir gibi davranmadığı anlaşıldığından...*" (Hukuk Türk).
[1077] 11. HD, T. 14.02.2017, E. 2015/15281, K. 2017/813 (Hukuk Türk).
[1078] 11. HD, T. 30.10.2017, E. 2016/4342, K. 2017/5868 (Hukuk Türk).

raflar olmasına rağmen defterlerin en alt raflara konulduğu hem deponun seçiminde hem de raf seçiminde gerekli özenin gösterilmediği gerekçesi ile zayi belgesi talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır[1079]. Verilen karar ile çelişki oluşturabilecek bir başka karara konu olayda, ticarî defter ve belgelerin saklandığı bodrum katını su basması sonucu defter ve belgelerin zıyaa uğradığı gerekçesiyle zayi belgesi talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi saklanması gereken defter ve belgelerin bodrum katında olmasını basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne aykırı bulmuştur. Tacir, gerekli özeni gösterse idi (çelik dolaplarda veya benzer yerlerde muhafaza etseydi) zayi durumunu önleyecek güçte olduğundan zayi belgesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay 11. HD ise, ilgili belgelerin arşivin bulunduğu bodrum katında saklanmasının tabii olduğu, davacı bankanın bu hususta gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden söz edilemeyeceği yönünde hüküm tesis etmiştir[1080]. Yargıtay'ın belirttiğimiz ikinci kararına katılmamaktayız. Ticarî defter ve belgelerin bodrum katında saklanması kabul edilebilir ise de tacirin gerekli özeni göstererek örneğin çelik dolaplarda muhafaza ederek zayi durumuna engel olup olamayacağı hususu araştırılarak hüküm tesis edilmelidir.

Zayi belgesi alınabilecek hâllere ilişkin olarak ise deprem hususunda daha katı bir tutum izlenmesi gerektiği kanaatindeyiz[1081]. Yargının ilgili katı tutumu tacirleri de depreme yönelik olarak tedbir almaya teşvik edebilecektir. Diğer sebeplerde olduğu gibi deprem sebebiyle de zayi belgesi talebi bakımından tacirin basiretli iş adamı gibi davranıp davranmadığı hususu araştırılmalıdır[1082]. Tacirin ticarî defterlerini saklamak için tercih ettiği yapı dayanıklı, sağlam ve güvenli ise ve buna rağmen depremde zarar görmüşse zayi belgesi talebi kabul edilmeli, aksi durumda reddedilmelidir[1083]. Bu kapsamda tacirin ticarî defter ve belgelerinin işletme merkezinde saklanması gerekip gerekmediği hususu da tartışılmıştır. Bir görüşe göre ticarî defter ve belgeler basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olarak ortaklık/işletme merkezinde saklanmalıdır[1084]. Bizim de

---

[1079] 11 HD, T. 22.05.2000, E. 2000/3392, K. 2000/4523 (Legalbank).
[1080] 11. HD, T. 21.02.2018, E. 2016/12441, K. 2018/1315 (Lexpera).
[1081] Aynı yönde tacirin depreme dayanıklılık noktasında gerekli tedbirleri alması gerektiğine ilişkin bkz. **Eryiğit**, s. 189.
[1082] **Kaya**, Deprem-Tacir, s. 10.
[1083] **Kaya**, Deprem-Tacir, s. 10.
[1084] **Eryiğit**, s. 189; **Çakıcı**, s. 66;

katıldığımız diğer görüşe göre tacirin saklama hususunda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi şartı ile ticarî defterler ortaklık/işletme merkezi dışında da saklanabilir[1085]. Burada dikkate alınması gereken husus belirttiğimiz üzere saklamanın basiretli iş adamının özeniyle yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesidir. Yargıtay'ın bu hususa yönelik kararlarında da birlik bulunmamaktadır[1086]. Bu hususstaki çelişki ikinci yöndeki görüş lehine giderilmelidir kanaatindeyiz.

Hırsızlık bakımından da basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği belirleyici olacaktır. Zira basiretli iş adamı gibi davranmayarak gerekli koruma önlemlerini almayan tacir, hırsızlık nedeniyle zayi belgesi de elde edemeyecektir[1087]. Basiretli iş adamı gibi

---

[1085] **Şener**, Ticari Defter, s. 10.

[1086] Ticarî defter ve belgelerin ortaklık merkezinde bulundurulması gerektiği yönünde kararlar için bkz. 11. HD, T. 19.01.2006, E. 2005/71, K. 2006/257: "*Davacı vekili, müvekkilinin market şubesi olarak işlettiği yerde bulunan akaryakıt istasyonunda gaz kaçağından yangın çıktığını, müvekkilinin bu marketin yazıhanesini ticari defter ve belgelerinin arşivi olarak kullandığını, bu bağlamda 2002 yılına ait bir kısım belge, ticari defter ve faturaların da yanarak yok olduğunu ileri sürerek, anılan belge, defter ve faturalar için zayi belgesi verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, iddia ve toplanan kanıtlara göre, davacının basiretli bir tacir olarak, ticari defter ve belgelerini şirket merkezinde bulundurması ve korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiğini ve anılan defter ve belgelerin ticari merkezi dışında bir adreste bulunduğunu ve burada zayi olduğunu da dosyaya delil ibraz ederek ispat edemediği gerekçesiyle, davanın reddini karar verilmiştir.*" (Legalbank); 11. HD, T. 05.02.2018, E. 2016/6941, K. 2018/727 (Hukuk Türk). Aksi yönde bir karar için bkz. 11. HD, T. 13.06.2014, E. 2014/4863, K. 2014/11350: "*...davacı şirkete ait fatura ve irsaliyelerin basiretli bir tacir gibi şirket merkezinde muhafaza edilmesi gerektiği belirtilmiş ise de davacı şirketin ticari hacmi düşünüldüğünde dava konusu fabrikanın bulunduğu yerden sevkiyatların yapılması nedeniyle ticari defter, bunlarla ilgili fatura ve irsaliye gibi belgelerin fabrikada bulunmasının yürütülen faaliyet gereği olacağı açıktır. Bu itibarla mahkemece, "kullanılan fatura, irsaliye ve bunlarla ilgili belgeler" yönünden zayi belgesi isteminin kabulüne karar verilmek gerekirken ...*" (Hukuk Türk).

[1087] Aynı yönde bkz. **Topal**, s. 65; **Kayış**, Ticari İşletme Devri, s. 5036; **Yavuz**, Mustafa: Tacirler Tarafından Saklanması Gereken Ticari Defter ve Belgelerin Yitirilmesi Halinde Zayi Belgesinin Alınabilme Koşulları (Zayi Blegesi), LMHD, C. 13, S. 156, 2017, s. 3036. 6762 sayılı TTK dönemindeki bir karar olmakla birlikte aynı yönde bkz. HGK, T. 05.10.1984, E. 1982/11-852, K. 1984/788: "*...Tacirin 68. maddenin son fıkrasından yararlanabilmesi için bir taraftan defterlerin korunması amacıyla gereken dikkat ve ihtimamı göstermiş bulunması, diğer taraftan da ziyaa uğramanın onun iradesi dışında, elinde olmayan bir nedenle meydana gelmiş olması zorunludur. Genel bir kural konulmamakla beraber cereyan ettiği yer ve şartlar itibariyle bir (hırsızlık) olayı sözü edilen madde kapsamında düşünülebileceği gibi, gene başka yer ve başka koşullar altında düşünülmeyebilir de. Yargıtay Hukuk Genel Kurulun 19.09.1970 gün ve Esas 1967/T-63, Karar 1970/442 sayılı kararında ticari defter ve belgelerin saklanmakta olduğu kasanın gece büroya giren hırsızlar tarafından çalınması olayında tacirin defter ve belgeleri saklamakta kusurlu olmadığı, aksine kasada saklamak suretiyle gerekli ihtimamı gösterdiği gerekçesiyle cereyan eden hırsızlık olayı 68/son madde kapsamında düşünülmüştür.*

Davaya konu olayda ise; ticari defter ve belgeler otomobilin içerisine konulmuş ve buradan çalındığı iddia olunmuştur. Şu husus da belirtilmelidir ki davacı davaya esas olan hırsızlık olayından birkaç yıl önce de aynı mahiyette bir iddia ile 68. maddenin getirdiği örnekler ölçüsüyle değerlendirildiğinde davacının bu maddeden yararlanabileceği kabul edilemez. Mahkemece, bu nedenlerle Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." ; 11. HD, T. 16.11.2011, E. 2010/3476, K. 2011/15231: "*...somut olayda, davacının defter ve belgeleri belirtildiği gibi araç koltuğundan çalındığı, bu kapsamdaki defter ve belgeleri bu şekilde araç camından da görülebilecek*

davranması gereken tacirin hüküm kapsamındaki olayların gerçekleşmesi durumunda resmî tespit yaptırması da yerinde olacaktır[1088].

Ticarî defter ve belgelerin zayi olduğu yönündeki iddianın samimi, inandırıcı ve hayatın olağan akışına uygun olması gerekmektedir[1089]. Bu hususta bir yargı kararında tacir kendisinin şehir dışında olduğu sırada iş yerinde yangın çıktığı ve ticarî defter ve belgelerinin zayi olduğu iddiasında bulunmaktadır. Tacir yangını geç öğrendiğini iddia etmektedir. Ancak kararda, basiretli bir tacirin iş yerinde çıkan yangını en geç olay tarihinin ertesi günü öğrenmesinin gerektiği, kişinin yangını olaydan yaklaşık iki hafta sonra öğrendiğini beyan etmesinin hayatın olağan akışına ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne uygun olmadığı yönünde hüküm tesis edilmiştir[1090].

4.1.2.6. Yetki Sözleşmesi Düzenlenmesi

Yetki sözleşmesi, tacir veya kamu tüzel kişisi olmak koşuluyla, tarafların belirli veya belirlenebilir bir mahkemeyi yetkili kılmak amacıyla yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmaktadır (HMK m. 17). Kural olarak tüm uyuşmazlıklar bakımından yetki sözleşmesi yapılabilmektedir. Ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlarda ve kesin yetkinin bulunduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapılamaz (HMK m. 18). Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şarttır (HMK m. 18/2). Söz konusu şekil şartı ile tarafların yapılan sözleşmenin önemini kavramaları ve bu hususta dikkatli davranmaları amaçlanmıştır[1091].

şekilde araç arka koltuğuna konulmasının, TTK'nın 68/4. maddesi uyarınca davacı şirketin bunların saklanmasında gerekli dikkat özen ve ihtimamı göstermediği sonucunu doğurduğu, davacı şirketin defler ve belgelerini saklama konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." (Legalbank).

[1088] **Yavuz**, Zayi Belgesi, s. 3039.

[1089] **Topal**, s. 64; **Kayış**, Ticari İşletme Devri, s. 5037-5038. Ticarî işletmeyi devralan ancak ticarî defterleri teslim alamayan ve akıbetini de bilmeyen tacirin, işletmeyi devraldığı andan itibaren basiretli iş adamı gibi davranmanın bir sonucu olarak TTK m. 82/7'deki on beş günlük hak düşürücü süre içerisinde zayi belgesi talebinde bulunabileceği yönünde bkz. **Kayış**, Ticari İşletme Devri, s. 5041-5042.

[1090] 11. HD, T. 06.04.2015, E. 2015/414, K. 2015/4745 (Lexpera).

[1091] **Boran Güneysu**, Nilüfer: Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış, DEÜHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Özel Sayı, 2014, s. 1073.

HMK yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri tacir[1092] ve kamu tüzel kişisi olarak sınırlamıştır[1093]. HMK öncesindeki dönemde yetki sözleşmesinin yapılabilmesi bakımından kişi sınırlaması bulunmamaktaydı. Ancak bu durum uygulamada sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine sonuçlar doğurmaktaydı[1094]. Bu nedenle zayıf konumda olan kişilerin korunması amacıyla açık bir kişi sınırlamasına gidildiği belirtilmektedir[1095]. Zira davalı açısından kendi yerleşim yeri mahkemesinde davayı yürütmek yerine yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemeye gitmek ve bunun masraflarına katlanmak zorunda kalmak önemli zorluklara yol açabilecektir[1096]. Tacirlerin yetki sözleşmesinin içeriğini doğru anlayacakları ve duruma göre karşı tarafla bu hususta müzakere edebilecekleri, kendilerine uzak bir mahkeme yerinde de haklarını savunmaya muktedir oldukları, basiretlerine vurgu yapılarak ifade edilmektedir[1097]. Basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirden, yetki sözleşmesinin müzakeresini ve sonuçlarını muhakeme edebilmesi beklenmektedir[1098]. Görüldüğü gibi yetki sözleşmesi yapmak da basiretli iş adamı gibi davranma gereği ile ilişkili bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır[1099]. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile bağlantılı bulunmasından hareketle tacirin sadece ticarî faaliyet alanı ile ilgili konulara ilişkin

---

[1092] Yetki sözleşmesi yapmanın tacir olmanın nimeti mi yoksa külfeti mi olarak değerlendirilebileceği hususu tartışılabilmektedir. Yetki sözleşmesi yapmanın tacir olmanın nimeti olduğu yönünde bkz. **Boran Güneysu**, s. 1077; **Karslı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 280. Katıldığımız üzere hükmün getirilme gerekçesinin zayıf olanı korumak olduğu düşünüldüğünde yetki sözleşmesi yapmanın tacir olmanın nimeti olarak kabul edilmesinin sorgulanabilir olduğu yönünde bkz. **Bilgeç**, Hakan: Yetki Sözleşmesinin Ticaret Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi (Yetki Sözleşmesi Açısından Tacir Gibi Sorumlu Olanların Durumu ve Tacirlerin Hangi İşlemleri İçin Yetki Sözleşmesi Akdedebileceği), AHBVÜHFD, C. XXV, Y. 2021, S. 3, s. 56. Yetki sözleşmesi akdedebilmenin tacir olmanın nimeti veya külfeti kabul edilmesi tacir gibi sorumlu olanlar bakımından uygulanma noktasında önem taşımaktadır. Taraflardan birinin tacir gibi sorumlu olduğu yetki sözleşmesinin geçerliliğinin tacir gibi sorumlu olan kişinin sözleşmeden yarar sağlayıp sağlamadığına göre tespit edilmesi gerektiği, nitekim her somut olayda yetki sözleşmesinin tacir taraf bakımından nimet niteliğinde kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **Bilgeç**, s. 57. Benzer yönde yetki sözleşmesinin tarafının tacir gibi sorumlu olan kişi de olabileceği yönünde bkz. **Can**, Ozan: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir (Yetki Sözleşmesi), Batider, C. XXVIII, S. 3, 2012, s. 250-251, 259.

[1093] Karşılaştırmalı hukuk bakımından yetki sözleşmesinin kişi bakımından uygulanmasına ilişkin bkz. **Boran Güneysu**, s. 1073, dn. 11; **Aşık**, İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, TBBD, S. 97, 2011, s. 16 vd., 24 vd.

[1094] HMK genel gerekçesi s. 5 ve m. 17 gerekçesi [HMK genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23, Yasama Yılı:3, Sıra Sayı: 393]; **Boran Güneysu**, s. 1073-1074; **Aşık**, s. 15-16

[1095] HMK genel gerekçesi s. 5 ve m. 17 gerekçesi; **Boran Güneysu**, s. 1073-1074; **Aşık**, s. 15-16.

[1096] **Aşık**, s. 17.

[1097] **Aşık**, s. 22.

[1098] **Karslı**, s. 278.

[1099] Aynı yönde bkz. **Bingöl**, s. 101, dn. 1.

uyuşmazlıklar bakımından yetki sözleşmesi yapabileceği kabul edilmelidir[1100]. Bir diğer ifadeyle basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin faaliyet bakımından uygulanmasına ilişkin esaslar yetki sözleşmesi düzenlenmesi bakımından da hesaba katılmalıdır. Zira hükmün gerekçesinde özellikle tüketici konumundaki kişilerin tacirlere karşı korunması gerekliliğinden bahsedilmektedir[1101]. Tacir ticarî faaliyeti kapsamında olmayan bir işlem bakımından tüketici konumunda olabilecektir.

Hâl böyle olmakla birlikte bütün tacirlerin aynı ekonomik güce sahip olmadığı ve birbirleriyle eşit oranda mücadele edemeyecekleri gerçeği karşısında, yetki sözleşmesinin zayıf tarafı koruma amacına yönelik yeni düzenlemesi amaçlananı sağlamak bakımından yetersiz kalabilecektir[1102]. Basiretli iş adamı gibi davranma gereği her somut olay bakımından taciri güçlü konumda tutamayabilir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere genel işlem koşullarına ilişkin korumadan sözleşmenin zayıf tarafına konumlandırılan tacir de yararlanabilir[1103]. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere TTK m. 1530 da tacirin sözleşmenin zayıf konumunda olabileceğini teyit eder nitelikte bir düzenlemedir[1104]. Sonuç olarak basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği taciri kendiliğinden sözleşmenin güçlü tarafına konumlandırmamaktadır. Bu kapsamda yetki sözleşmesini yapabilecek kişiye yönelik sınırlamayı içeren HMK m. 17'nin yerindeliği de tartışılabilir[1105]. Bu kapsamda

---

[1100] **Karslı**, s. 280; **Boran Güneysu**, s. 1078-1079. Aksi yönde **Aşık**, s. 25-26; **Bilgeç**, s. 63; **Kırca**, İsmail/**Tekin**, Ufuk: Gerçek Kişi Tacir Ticarî İşletmesi İle İlgili Olmayan İşlerden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Yetki Sözleşmesi Yapabilir Mi?, Nurkut İnan'a Armağan, İstanbul 2022, s. 783-785. Tacirin sadece ticarî faaliyet alanı ile ilgili konulara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından yetki sözleşmesi yapabileceği görüşünün kabulü yetki sözleşmesi akdedilmesinin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile bağlantısını da güçlendirmektedir.

[1101] HMK m. 17 gerekçesi.

[1102] **Karslı**, s. 278.

[1103] Bkz. yukarıda 3.2.1.3.1., s. 169 vd.

[1104] Bkz. aşağıda 4.1.4., s. 258-260.

[1105] Yetki sözleşmesinin taraflarının sınırlı tutulmasının sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı, zayıf konumda olan kişilerin korunması amacı ile getirilen düzenlemenin yerindeliğinin sorgulanabileceği, zira tacirlerin kendi aralarında dahi her zaman eşit konumda olamayacağı, idarenin gücünü kullanan kamu tüzel kişilerine karşı da tacirlerin güçlü konumda olmalarından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. **Bilgeç**, s. 46-47, 64; **Can**, Yetki Sözleşmesi, s. 240 vd.

yetki sözleşmesinde zayıfı korumaya yönelik amaç doğrultusunda genel bir düzenleme yapılabilir[1106].

4.1.3. Ticarî İşlere İlişkin

4.1.3.1. Faizin Serbestçe Kararlaştırılması

Faiz, asıl alacağa bağlı fer'i nitelik taşıyan, konusu para olan borçlara ilişkin olarak alacaklıya, parasından mahrum kaldığı süre için verilen medenî (hukukî) semere anlamına gelmektedir[1107]. Faiz, anapara (kapital) faizi- temerrüt (gecikme) faizi[1108], akdî (iradî) faiz- kanunî (yasal) faiz[1109], basit (adî) faiz- bileşik (mürekkep) faiz[1110], adî işlerde faiz ve ticarî işlerde faiz olarak sınıflandırmaya tâbi tutulmaktadır.

[1106] Duruma göre tacirin de tacire karşı korunmasının gerektiği, bunun yerine genel bir hükümle zayıfı güçlüye karşı koruyacak bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı yönünde bkz. **Karslı**, s. 278.

[1107] **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 26; **Orbay Ortaç**, Nurdan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz, ABD, 2014/2, s. 122-123; **Aydoğdu**, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler (Faiz), DEÜHFD, C. 12, S. 1, 2010, s. 86 vd.; **Yücesoy Yılmaz**, Yasemin: Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması, TBBD, S. 140, 2019, s. 306-308.

[1108] Anapara faizi, belli bir para tutarını talep hakkı bulunan alacaklıya, söz konusu paradan belirli bir süre yoksun kalması sebebiyle borcun vadesine kadar ödenen karşılık olarak tanımlanmaktadır. Temerrüt faizi ise, para borcunu zamanında ödememesi sonucu temerrüde düşen borçlunun ödemesi gereken faizi ifade etmektedir. Sözleşmede aksine bir düzenleme öngörülmemişse temerrüt faizi, vadenin bitiminden veya belli bir vade belirlenmemişse ihtar gününden itibaren işlemeye başlamaktadır (TTK m. 10). Bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 79-80; **Orbay Ortaç**, s. 123; **Yağcı**, Kürşad: Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 422.

[1109] Akdî faiz, ödenecek faiz miktarının taraflarca kararlaştırıldığı faizi ifade etmektedir. Nitekim ticarî işlerde hem anapara faizi hem de temerrüt faizi taraflarca serbestçe kararlaştırılabilmektedir (TTK m. 8/1). Taraflarca faiz ödeneceği kararlaştırılmış ancak faiz oranı kararlaştırılmamışsa ya da Kanunun faiz ödenmesini öngördüğü durumlarda ödenecek faiz ise, kanunî faiz olarak nitelendirilmektedir. Kanunî faiz oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine (RG. 09.12.1984, S. 18610) göre belirlenmektedir. Bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 81; **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 27; **Orbay Ortaç**, s. 123; **Yağcı**, s. 422-423.

[1110] Hesaplanma biçimine ilişkin yapılan ayrım uyarınca basit faiz, hem anapara faizinde hem de temerrüt faizinde yalnızca anaparaya faiz işletilmesini ifade etmektedir. Bileşik faiz ise, faizin belli devreler sonunda anaparaya eklenerek yeni meblağa tekrar faiz yürütülmesi, başka bir deyimle faize faiz yürütülmesi olarak ifade edilebilmektedir. Bkz. **Orbay Ortaç**, s. 123.

Ticarî olmayan işlerde uygulanan faiz adî işlerde faiz, ticarî işlere uygulanan faiz ise ticarî işlerde faiz olarak nitelendirilmektedir. Adî işlerde faiz ve ticarî işlerde faiz ayrımı ile bağlantılı olarak TBK, TTK ve 3095 sayılı Kanun'da hükümler öngörülmüştür.

TTK m. 8/1 uyarınca ticarî işlerde faiz oranı serbestçe belirlenebilmektedir. Öğretide bir görüşe göre TTK m. 8/1 hükmü tacirler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir[1111]. Görüşün yerindeliği ancak hükmün konuluş amacı ve uygulanma esaslarının belirlenmesi yoluyla tespit edilebilir. TTK m. 8/1 hükmü ile basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği arasında bir bağlantı bulunması durumunda ilgili düzenlemenin yorumu da farklılaşabilecektir.

TTK m. 8/1'de ticarî işler bakımından faiz oranının serbestçe kararlaştırılacağının hüküm altına alındığı belirtildi. TBK m. 88/I hükmünde ise, anapara faizi bakımından uygulanacak yıllık faiz oranının taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda faiz oranının 3095 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirleneceği öngörülmüştür. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise eğer faiz oranı sözleşme ile kararlaştırılmışsa oranın, birinci fıkrada öngörülen 3095 sayılı Kanun hükümlerinde belirlenen yıllık faiz oranının yüzde ellisini aşamayacağı belirtilmektedir. TBK'da temerrüt faizine ilişkin de benzer bir sınırlama öngörülmektedir. TBK m. 120/I hükmü gereğince temerrüt faizi bakımından uygulanacak yıllık faiz oranının taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda faiz oranı 3095 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenecektir. Yine düzenlemenin ikinci fıkrasında eğer temerrüt faiz oranı sözleşme ile kararlaştırılmışsa oranın, birinci fıkrada belirtilen 3095 sayılı Kanun hükümlerince tespit edilen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağına hükmedilmiştir[1112]. Borçluyu azamî faiz oranları belirleyerek sömürmeyi engellemek amacıyla sözleşme serbestisine sınır getirilmiştir. Faize ilişkin olarak eski devirlerden

---

[1111] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 87; **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 37; **Yağcı**, s. 434; **Karaman Coşgun**, Özlem: Ticari Faiz (Faiz), Ankara 2023, s. 84.

[1112] TBK öncesi uygulamada Yargıtay'ın aşırı faizleri gabin, ahlâka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, TMK m. 2 bağlamında objektif iyi niyet kurallarına aykırılık gerekçeleri ile sınırlandırdığı ancak somut bir sınırlamanın söz konusu olmadığı, bu anlamda getirilen somut sınırlamaların yerinde olduğu yönünde bkz. **Aydoğdu**, Faiz, s. 93 vd. Getirilen üst nicel sınır ile kanun koyucunun sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı güttüğü, bunun yanı sıra işlemi tam hükümsüzlük yerine koyduğu en yüksek sınır üzerinden geçerli kabul etmeyi amaçladığı yönünde bkz. **Kırkbeşoğlu,** Nagehan: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme*, Batider, C. XXVIII, S. 4, 2012, s. 147.

beri sözleşme serbestisini sınırlama ve borçluyu azamî faiz oranı belirleyerek tefecilik yoluyla istismar etmeye karşı koruma eğilimi bulunmaktadır[1113].

TBK'da hükmedilen anapara ve temerrüt faizi belirlenmesine ilişkin sınırlamaların ticarî işler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususu öğreti ve yargı kararlarında tartışmalı bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, TBK'nın faize ilişkin öngördüğü sınırlamalar emredici düzenlemeler olup, ticarî işlerde kararlaştırılan faiz oranları bakımından da söz konusu olmalıdır[1114]. Görüşün dayanağı TBK m. 88 ve m. 120 düzenlemelerinin gerekçesidir. Anılan düzenlemelerin gerekçesinde, faiz oranlarına ilişkin olarak getirilen sınırlamalarla borçluların uygulamadaki olağanüstü faiz oranları karşısında korunmalarının amaçlandığı belirtilmektedir[1115]. İlgili görüş uyarınca, TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinin uygulanması bağlamında kişi bakımından bir farklılık gözetilmemiş olup, tacirlerin de aşırı faize karşı korunmaları gerekmektedir. Anılan hükümler tacirlerin ticarî işleri bakımından da emredici nitelik taşımaktadır. Görüşe ilişkin bir diğer gerekçe ise, TTK m. 9 hükmünde ticarî işlerde kanunî, anapara ve temerrüt faizi bakımından ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesidir[1116]. TTK m. 9'da belirtilen ilgili mevzuat TBK hükümlerini de kapsamaktadır. Öğretideki bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, TBK m. 88 ve m. 120'deki sınırlamalar sadece adî işlerdeki faiz oranları bakımından emredici nitelik taşımakta, ticarî işler bakımından sınırlama bulunmamaktadır[1117]. TTK'nın TBK'ya göre özel kanun olması sebebiyle TTK m. 8'in özel hüküm olması ve faiz oranlarının serbestçe

---

[1113] **Aslan**, s. 28.

[1114] **Aydoğdu**, Faiz, s. 95-97. Faize ilişkin sınırlayıcı TBK hükümlerinin ticarî işler bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. 13. HD, T. 22.11.2012, E. 2012/17865, K. 2012/26319: "*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu oran (sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı), birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. (TBK m. 120/f.2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2- âdi işlerde %9 + yüzde yüz fazlası yani %9 =18'i; ticari işlerde avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını, (01.01.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faizi %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır.*)." (Hukuk Türk).

[1115] Bkz. TBK m. 88 ve m. 120 gerekçesi.

[1116] **Aydoğdu**, Faiz, s. 95-97.

[1117] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 82, 88; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 384; **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 37; **Orbay Ortaç**, s. 126-127; **Yağcı**, s. 432; **Göktürk**, Ticari İş, s. 39; **Yücesoy Yılmaz**, s. 318; **Yeşiltepe**, s. 58, dn. 48. Aynı yönde bkz. HGK, T. 15.05.2015, E. 2013/2249, K. 2015/1362; 19. HD, T. 18.09.2013, E. 2013/10777, K. 2013/14096 (Hukuk Türk). Aksi yönde bkz. 8. HD, T. 11.12.2017, E. 2017/4277, K. 2017/16524 (Hukuk Türk).

kararlaştırılmasının TTK bakımından temel bir ilke olması[1118] gerekçeleri ile TTK m. 8 ticarî işler bakımından mutlak olarak uygulanabilir[1119]. TTK m. 9'da belirtilen ilgili mevzuatın TBK hükümlerini kapsadığının kabulü, TTK m. 8 hükmünü göz ardı etmek anlamına gelecektir. TTK m. 8'in gerekçesinde de ticarî işlerde faiz oranının serbestçe kararlaştırılabilmesinin TTK'nın temel bir ilkesi olduğuna vurgu yapılmış olup, TTK m. 9 hükmünde 3095 sayılı Kanuna atıf yapılmıştır[1120].

TTK m. 8/3 düzenlemesinde ise, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğuna hükmedilmiştir. Hüküm uyarınca, hakkında faiz kararlaştırılan borçlu tüketici sıfatına sahip ise faiz serbestçe belirlenemeyecektir. Buna göre her ticarî iş bakımından faiz serbestçe kararlaştırılmayacak, işlem tüketici işlemi ise tüketicinin korunması esas alınacaktır. Nitekim bir işlem hem ticarî iş hem tüketici işlemi olabilmektedir. Bu hususta öğretide bir görüşe göre, TKHK'da yalnızca temerrüt faizine ilişkin olarak ve bütün tüketici işlemleri bakımından değil, bazı tüketici işlemleri bakımından düzenleme ve sınırlamalar bulunduğu[1121]; bu nedenle TTK m. 8/3 hükmünün TTK m. 8/1 hükmünün yalnızca bir kısmına (ticarî temerrüt faizine) istisna teşkil ettiği öne sürülmektedir[1122]. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, burada TKHK m. 83/1 hükmünü esas almamız gerekmektedir. Hüküm, Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanacağını söylemektedir. TKHK m. 83/1'de ifade edilen genel hüküm, faiz bakımından TBK'nın faiz sınırlamalarına ilişkin olan m. 88/II ve m. 120/II düzenlemeleri olarak kabul edilmelidir. Bu kabul tüketiciyi koruma ilkesi bakımından da önem taşımaktadır[1123].

Belirtilenler doğrultusunda aslında TTK m. 8/1 hükmünün uygulanmasının büyük oranda tacirler bakımından söz konusu olduğu görülmektedir. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden, tacir, hakkında kararlaştırılan faizi ödeyip ödeyemeyeceğini

---

[1118] Bkz. TTK m. 8 gerekçesi.
[1119] **Arkan**, Ticari İşletme, s. 82, 88; **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 384; **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 37; **Orbay Ortaç**, s. 126-127; **Yağcı**, s. 432; **Göktürk**, Ticari İş, s. 39; **Yücesoy Yılmaz**, s. 318; **Yeşiltepe**, s. 58, dn. 48; **Karaman Coşgun**, Faiz, s. 82-84.
[1120] **Orbay Ortaç**, s. 125-126; **Yağcı**, s. 433.
[1121] Bkz. TKHK m. 6.
[1122] **Yağcı**, s. 429.
[1123] **Göktürk**, Ticari İş, s. 41-42; **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 36.

de öngörmelidir. Borçlu taraf bakımından ağır sayılabilecek faizin borçlusu eğer tacir ise, basiretli davranma yükümlülüğü tacirin serbestçe kararlaştırılan faizi de müzakere ederek kararlaştırmasını gerektirmektedir. Ancak yine de TTK m. 8/1'in uygulamasında faiz alacaklısının tacir, karşı tarafın tacir olmadığı durumlar söz konusu olabilir[1124]. Kooperatif ortağının getirmeyi taahhüt ettiği sermaye borcunda temerrüde düşmesi durumunda ödemesi gereken faiz bu hususa örnek teşkil edebilir. Burada belirtmemiz gerekir ki olması gereken hukuk bakımından kanaatimizce faiz oranının serbestçe belirlenmesinin ticarî işler bakımından değil tacirler arasındaki işler bakımından söz konusu olması menfaatler dengesinin sağlanması bakımından daha uygun olurdu[1125, 1126].

[1124] Öğretide *Kırkbeşoğlu*, akit adaletinin sözleşme hukuku bakımından önem taşıdığı, bu kapsamda bir hukuk normunun uygulanacağı kişiler arasında güç dengesi vb. unsurlar bakımından fark gözetmeksizin uygulanmasının oluşturacağı tehlikeyi engellemek amacıyla daraltıcı ya da genişletici yorumdan, kıyastan ve en son sözleşme boşluğunun bulunduğu kabul edilirse boşluk doldurmadan yararlanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede faiz oranlarına ilişkin kuralların akit adaletini sağladığından bahsedebilmek için; ekonomik, sosyal verilerle korunmaya muhtaç olduğu tespit edilmiş kimseleri yeterince koruyup korumadığının araştırılması gerekmektedir. Bu kapsamda ticarî işlerde faizde (TKHK kapsamına girmeyen durumlarda) faiz alacaklısının tacir, karşı tarafın tacir olmadığı durumlara ilişkin bir ayrım yapılması, eşit olmayanlar arasında adil bir menfaat dengesinin sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Sonuç olarak Yazar, TBK m. 88 ve m. 120'de öngörülen sınırlamaların özellikle faiz borçlusunun tacir olmadığı durumlar bakımından ticarî işlerde ahlâka aykırılığı tespit etmede kıyas ölçütü olarak kullanılmasının mümkün olması gerektiği yönünde görüş belirtmektedir. Bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 165-167.

[1125] TTK m. 8/1 ve TBK birlikte değerlendirildiğinde TBK'daki sınırlamaların iki tarafın da tacir olduğu ticarî işler bakımından uygulanmayacağının kabul edilmesi gerektiği yönündeki öğreti yorumu da bizi aynı sonuca götürmektedir. Bkz. **Atamer**, Yeşim/**Okutan Nilsson**, Gül: Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı, Batider, C. XXIX, S. 3, 2013, s. 37. Faiz serbestisinin bir tarafın tüketici olmadığı tacirler arasındaki işlemler bakımından söz konusu olduğu yönünde vurgu için bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 87. Aynı görüşte TBK hükümlerindeki sınırlamaların sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacıyla öngörüldüğü, basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacirin zayıf konumda kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 37. 9703 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda faiz borçlusunun tacir olduğu durumlarda, faizin hesaplanmasına ilişkin sınırlayıcı düzenlemelerin kendisine uygulanmayacağına hükmedilmiştir (9703 sayılı Kanun m. 43, m. 26). Bu düzenlemede de faiz serbestisi bakımından tacir sıfatının esas alındığı görülmektedir. Öğretide benzer yönde *Yağcı* da, olması gereken hukuk bakımından ticarî faizin serbestçe belirlenmesinin borçlu için borcun ticarî olduğu durumlar bakımından uygulanması gerektiği görüşündedir. Bu şekliyle düzenleme özellikle alacaklının tacir olduğu durumlar bakımından değerlendirildiğinde, tacirin parasının daha değerli olduğu sonucu çıkmakta, bu sonuç da Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bkz. **Yağcı**, s. 434-435.

[1126] Konut yapı kooperatifleri bakımından aidat ödeme borcunda temerrüde düşen ortaktan talep edilecek temerrüt faiz oranının TBK m. 120/II sınırlamasına tâbi olup olmadığını tartışan *Kalender* ise aksi görüşte TTK m. 19/2 hükmü gereğince tacir kooperatif bakımından ticarî iş niteliğinde olan sözleşmenin, ortak bakımından da ticarî iş kabul edileceği ve TBK m. 120/II'deki sınırlamanın uygulanmayacağı, TTK m. 8/1 hükmünün uygulanacağı yönünde görüş belirtmektedir. Bkz. **Kalender**, Emre: Konut Yapı Kooperatiflerinde Aidat Ödeme Borcunda Temerrüt Faizi Oranı, Yargıtay Dergisi, C. 47, S. 1, 2021, s. 15-34. Aynı yönde bkz. **Şener**, Değerlendirme, s. 9-13. Ancak bu hususta yargı kararlarında andığımız gerekçelerden farklı gerekçeler ile TBK m. 120/II'deki faiz sınırlamasının söz konusu olması gerektiğine hükmedilmiştir. İlgili kararlarda kooperatif ile ortağı arasındaki ilişkinin ticarî iş teşkil etmediği, bu sebeple TBK m. 88 ve m. 120 sınırlamalarının söz konusu olacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir. Bkz. 23. HD, T. 13.05.2019, E. 2016/4657, K. 2019/1922; 23. HD, T. 09.06.2020, E. 2016/8399, K. 2020/1980; 23. HD,

Bir başka bakış açısıyla olması gereken hukuk bakımından ticarî iş tanımının yalnızca tacirin ticarî işletmesiyle ilgili işlemler ile sınırlanması da bizi aynı sonuca götürecektir[1127]. Her iki kabulde de ticarî işlerde faiz tacirin basiretli, öngörülü ve müzakere edebilir özelliği ile bağlantılı olarak yalnızca tacirler arasındaki işlemler bakımından serbestçe kararlaştırılabilir. Bir başka ifadeyle faizin serbestçe kararlaştırılması basiretli iş adamı gibi davranma gereği ile ilişkili görülüyorsa olması gereken hukuk bakımından serbestinin yalnızca tacirler arası işlemler bakımından öngörülmesi yerinde olacaktır. Aksi takdirde bağlantının bir önemi de bulunmamaktadır. Zira faiz borçlusu tacir olmayan bir kişi de olabilir.

Benzer sonuç ticarî borca kefalet durumu bakımından da söz konusu olabilmektedir. Ticarî borca kefalet, teselsül karinesi kapsamında düzenlenmiştir. Ticarî borçluluk bakımından TTK m. 7'de teselsül karinesi öngörülmüştür. İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî niteliğe sahip bir iş kapsamında diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar (TTK m. 7/1). Ticarî bir borca asıl veya müşterek borçluların yanı sıra kefalet de verilmişse, ticarî borca kefalet bakımından da teselsül söz konusudur. Şöyle ki; teselsül karinesi, ticarî bir borca kefalet hâlinde gerek asıl borçlu ile kefil gerekse kefiller arası ilişkilerde de uygulama alanı bulmaktadır. Müteselsil kefalet kapsamında kefillerden her biri, alacaklıya karşı borcun tümünden borçlu ile birlikte aynı derece ve düzeyde sorumlu tutulmaktadır[1128]. Ancak öğretide TTK m. 7 uyarınca

---

T. 29.01.2020, E. 2016/8879, K. 2020/519; 23. HD, T. 06.10.2015, E. 2014/9043, K. 2015/6309 (Hukuk Türk). 06.10.2015 tarihli verilen son kararda, aşırı oranda faiz kararlaştırılmasının kamu yararı gerekçesiyle önüne geçebilmek amacıyla TBK m. 88 ve m. 120 düzenlemelerinde öngörülen sınırlamaların söz konusu olduğu belirtilmektedir. Verilen kararlardaki kooperatif ile ortağı arasındaki ilişkinin ticarî iş olmadığı yönündeki gerekçe kanaatimizce yerinde değildir. TTK m. 19/2 hükmü uyarınca aralarındaki iş ticarî iştir. Ancak söz konusu ticarî işte bir taraf tacir, faiz ödemesi gereken taraf ise tacir değildir. Tacir olmayan tarafın aşırı oranda faiz ödemesi ile karşı karşıya kalması hakkaniyet gerekçesi ile sorgulanabilir. İşte tam olarak da bu nedenle faizin serbestçe kararlaştırılabilmesi yalnızca tacirler arası işlemler bakımından geçerli olmalıdır kanaatindeyiz. 23. HD de farklı gerekçe ile de olsa tacir olmayan ortağı aşırı oranda faizden korumak amacıyla TBK m. 120'de belirtilen sınırlamaları somut olaya uygulamıştır. Bu hususta bir başka kararda Yargıtay, faize ilişkin TBK m. 88 ve m. 120 sınırlamalarının söz konusu olmaması için somut olayda ticarî iş bulunup bulunmadığının değil faiz ödemesi gereken tarafın tacir sıfatının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir [6. HD, T. 08.02.2016, E. 2015/8938, K. 2016/629 (Hukuk Türk)].

[1127] Ayrıca bkz. **Kırca**, Ticarî İş, s. 12.

[1128] Ancak kanunî müteselsil kefaletin söz konusu olduğu TTK m. 7 uyarınca borcun yerine getirilmediği kefile bizzat ihbar edilmeden, kefile temerrüt faizi yürütülememektedir.

müteselsil kefalet ile kefalet sözleşmesinin kefil yönünden ticarî iş olması arasında bir ayrıma gidilmektedir. Kefaletin kefil bakımından ticarî iş olup olmadığının tespiti, faiz oranı uygulaması bakımından önem arz etmektedir. Öğretide katıldığımız üzere *Bozer/Göle*, işin TTK m. 19/2[1129] uyarınca ticarî iş olmasının, TTK m. 7 uygulaması bakımından yeterli bulunmayacağını belirtmektedir[1130]. Zira TTK m. 19/2'nin uygulanabilmesi bakımından Kanunda aksine bir düzenleme olmamalıdır. TTK m. 7'de teselsül için işin sadece borçlulardan en az biri bakımından ticarî iş olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu görüş uyarınca sadece alacaklı bakımından ticarî olan bir iş, asıl borçlu ve kefil bakımından TTK m. 19/2 kapsamında ticarî iş olarak nitelendirilerek, teselsül karinesi uygulanmayacaktır. Borçlu ve kefil bakımından da TTK m. 3 uyarınca ticarî iş olması esas alınacaktır. Bu kapsamda kefil tacir değilse ya da kefaletin ticarî işletmesi ile ilgili olmadığını bildirmişse, kefalet sözleşmesi kefil bakımından ticarî iş olarak nitelendirilemeyecektir. Kefalet sözleşmesinin kefil bakımından da ticarî iş olup olmadığının tespiti, kefilin temerrüt faizinden sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir[1131].

4.1.3.2. Bileşik Faiz Uygulaması

Bileşik faiz, faizin belli devreler sonunda anaparaya eklenerek yeni meblağa tekrar faiz yürütülmesi, başka bir deyimle faize faiz yürütülmesi anlamına gelmektedir[1132]. Bileşik faiz uygulaması TBK uyarınca adî işler bakımından açıkça yasaklanmıştır[1133]. TTK'da ise belirli durumlarda bileşik faizin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, tarafların tacir olduğu üç aydan aşağı olmayan cari hesap sözleşmelerinde ve yine tarafların tacir olduğu her iki taraf için de ticarî iş niteliğinde olan süresi üç aydan az olmamak kaydıyla ödünç sözleşmelerinde bileşik faiz uygulanabilmektedir (TTK m.

[1129] Bkz. TTK m. 19/2: "*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*".
[1130] **Bozer/Göle**, Ticari İşletme, s. 401. Aksi görüşte bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 77.
[1131] **Karayalçın**, Mine: Ticari Borca Kefalette Temerrüt Faizi (Ticari Borca Kefalet), Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 -Sorunlar ve Çözüm Önerileri-, Ankara 2021, s. 109.
[1132] **Orbay Ortaç**, s. 123.
[1133] Bkz. TBK m. 388/3: "*Faizin anaparaya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılamaz.*". Aynı yönde 3095 sayılı Kanun m. 3: "*Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez. Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*".

8/2)[1134]. Görüldüğü üzere bileşik faiz uygulaması istisnai bir uygulama olup istisnai iki durum tacirler bakımından söz konusu olmaktadır. Bu düzenlemenin de tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile ilişkili bir sonuç olduğu söylenebilmektedir[1135]. Zira bileşik faiz ağır bir uygulamadır; ancak öngörülü, tedbirli, basiretli bir tacir bu faiz uygulamasının sonuçlarını göz önünde bulundurarak borç altına girebilecektir[1136]. Ticaret hayatının gereklerini bilerek hareket etmesi beklenen tacir, bileşik faiz uygulamasını kabul ederken, ödemesi gereken faiz yükünü de hesaplayabilecek durumda bulunmaktadır[1137].

4.1.4. Türk Ticaret Kanunu m. 1530 Düzenlemesi

TTK m. 1530 düzenlemesi ticarî işletmeler arasında yapılan mal ve hizmet tedariki sözleşmelerinde kararlaştırılan temerrüt faizine ilişkin kurallar içermektedir[1138]. İlgili hüküm para alacaklısının korunması amacıyla birtakım düzenlemeler getirmiştir. Madde gerekçesinde hükmün Avrupa Birliği'nin 2011/7 sayılı Ticari İşlerde Para Borçlarının İfasındaki Gecikmelerle Mücadele Yönergesinin[1139] esasları çerçevesinde düzenlendiği ifade edilmektedir. Yönerge gerekçesinde de hükmün temel amacının ticaret hayatında para alacaklısının alacağına hızlı ve şeklî yüklerden arınmış biçimde kavuşmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Zira ödemelerin gecikmesi nedeniyle işletmelerin nakit akışı olumsuz etkilenmekte, dışarıdan finansman sağlamak zorunluluğu hasıl olmakta; sağlanamadığı durumlarda işletmelerin rekabet gücü ve kârlılığı olumsuz etkilenmektedir. Anılan olumsuz sonuçlar ekonomik kriz dönemlerinde artmakta ve tacirin iflâs riskini artırmaktadır. Bu nedenle büyük işletmelerin kendilerine mal ve

---

[1134] Bileşik faiz uygulamasına izin verilen bir durum daha bulunmaktadır. Kambiyo senetlerinde müracaat hakkının kullanılması nedeniyle ödeme yapan müracaat borçlusu, kendinden önceki kişilere başvururken ödediği faizlere tekrar faiz işleterek talepte bulunabilmektedir (TTK m. 726, m. 778/1-d, m. 818/1-l).

[1135] **Şener**, Ticari İşletme, s. 89.

[1136] **Helvacı/Kaya** (Ülgen/Nomer Ertan), s. 34; **Türk**, Hikmet Sami: Temerrüt Faizi, Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir Mi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 174.

[1137] **Türk**, s. 174.

[1138] TTK m. 1530 düzenlemesine yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. **Atamer/Okutan Nilsson**, s. 33 vd.; **Çağlayan**, Pınar: Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK md. 1530), Batider, C. XVII, S. 2, 2011, s. 175 vd.

[1139] Tam metin için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&from=EN, ET: 28.04.2022.

hizmet sağlayanları kullanarak "*ucuz kredi*" sağlamalarının engellenmesi amaçlanmıştır. Bir başka ifadeyle TTK m. 1530 düzenlemesi ile üreticileri ve KOBİ'leri şartları dayatma konumları güçlü olan özellikle market, süpermarket, hipermarket gibi alışveriş merkezi olan ticarî işletme sahiplerine karşı korumak hedeflenmiştir. Bu amaçla temerrüt faizine ilişkin de özel düzenlemeler öngörülmüştür[1140].

Basiretli bir iş adamı gibi davranması beklenen tacirin, çok uluslu dev ortaklıklar karşısında ticarî hayatta varlığını sürdürebilmek için kişiliğini oldukça sınırlayan, uzun vadede ekonomik durumunu oldukça olumsuz etkileyebilecek hukukî işlemlerde bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda küçük ve orta ölçekli işletme sahibi tacirin sözleşme özgürlüğüne tam anlamıyla sahip olduğu söylenememektedir. Uygulamada büyük ortaklık, küçük veya orta ölçekli işletme sahibine olan para borcunu uzun bir vadeye yaymakta, küçük ölçekli işletme sahibi taciri zor duruma sokmaktadır[1141]. Bu

---

[1140] Bkz. TTK m. 1530 gerekçesi: "*Bu Maddenin ikinci ilâ ile yedinci fıkraları Avrupa Parlamentosu ile Konseyin 19 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı, geç ödemelerle mücadele yönergesini değiştiren ve 2011 yılında AB Gazetesinde yayımlanacak olan yönergesinin esasları çerçevesinde kaleme alınmıştır. Yönergenin kamu kurumlarının ödemeleriyle AB çerçevesinde şeffaflık sağlayan mekanizmaları hakkındaki hükümleri ve konumuzla doğrudan ilgili bulunmayan düzenlemeleri değişik metne yansıtılmamıştır. Hüküm üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri, şartları dayatma konumları güçlü ticari işletmeler, özellikle market, süper market, hiper market gibi alışveriş merkezleri karşısında korumaktadır. Pazarlık güçleri ile konumları aynı olmayan kişi ve işletmeler arasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmayacağı modern hukukun kabul ettiği bir diğer ilkedir. Tüketicinin, sigortalının, işçinin, küçük paysahibi ile yatırımcının ve rekabetin korunması alanlarında ikinci ilke geçerlidir. Üretici firmalar ile KOBİ'ler de söz konusu ilkenin kapsamındadır. Çoğunlukla finansal açıdan pek de güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedellerini zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olmak, pazar ekonomisine hakim yeni bir yaklaşımdır. AT yönergesi ve değişikliği bu yaklaşımın somut örneğidir. Yönergenin giriş kısmında da belirtildiği gibi birçok büyük ve güçlü ticari işletme geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmaktadır. Ancak bu araç marketlere, süper marketlere, hiper marketlere ve benzeri güçlü ticari işletmelere mal ve hizmet verenleri çok güç durumda bırakmakta, finansal durumlarını sarsmakta, hatta iflasa da sürüklemektedir. Hüküm bu kötü uygulamanın önüne geçmek için öngörülmüştür.*", Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 23, Yasama Yılı:5, 51. Birleşim, s. 169 (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090051.pdf, ET: 27.04.2022).

Genel hükümlerden farklı olarak, TTK m. 1530 kapsamında borçlunun temerrüt faizinden sorumlu tutulabilmesi için temerrüde düşmede kusurlu olması aranmaktadır (TTK m. 1530/2). TTK m. 1530/2 düzenlemesinin tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile bağdaşmadığı yönünde bkz. **Orbay Ortaç**, s. 130, dn. 21. Benzer yönde eleştiri için bkz. **Atamer/Okutan Nilsson**, s. 59; **Çağlayan**, s. 231.

[1141] Tacirler arası temerrüt için belirli şeklî şartlara sahip ihtar yapılması gerekliliği (TTK m. 18/3), büyük ortaklıkla aranın bozulmaması adına söz konusu ihtarın çoğu zaman gönderilmemesi nedeniyle küçük veya orta ölçekli işletme sahibi tacir ekonomik olarak oldukça zorlanmaktadır. Bkz. **Ayan**, Serkan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü (TTK m. 1530), DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 723.

bağlamda TTK m. 1530 düzenlemesinde tacirlerin tacirlere karşı korunduğu görülmektedir. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü onun korunmasına gerek olmadığı yorumuna yol açabilmektedir, ancak uygulamada ilgili varsayım her zaman mümkün olmamaktadır. Tacir, basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlüdür, bu özellikle eşitler arasında ve tacirin sözleşmenin güçlü konumunda olduğu durumlarda uygulaması öngörülme amacına ulaşan bir yükümlülüktür. Ancak her tacir her koşul ve somut olayda sözleşmenin güçlü konumunda olmayabilmektedir. Ticarî işletme nasıl küçük, orta ve büyük ölçekli oluyorsa ticarî işletmeyi işleten tacirin sözleşmenin karşı tarafına karşı konumu da bu ölçekle orantılı olabilmektedir[1142]. TTK'da da öngörüldüğü üzere tacirin de korunması gerekebilmektedir[1143].

4.1.5. Taşıma Hukukuna İlişkin

4.1.5.1. Genel Olarak

TTK'nın Dördüncü Kitabında Taşıma İşleri başlığı altında düzenlemelere yer verilmektedir. Kitapta yer alan düzenlemeler karayolu taşımasına ilişkin olarak öncelikle uygulanacak hükümlerdir. Bir başka ifadeyle kitapta temel olarak karayolu taşımasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ve posta idaresine ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir (TTK m. 852). Anılan alanlar bakımından kitap genel nitelikte düzenlemeler içermektedir. Çalışmamızda temel olarak karayolu eşya taşımasına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

Karayolu taşımasında taşıyıcının sorumluluğu hususunda iki ayrı mevzuat söz konusudur. Karayolu taşımasına ilişkin olarak uluslararası yeknesak bir düzenleme öngörülmüştür. Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun çalışması ile Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (*Convention Relative au Contrat de Transport*

[1142] Var olan kapitalist ekonomik düzenin meydana getirdiği, fiilî olarak paranın tek elde toplanması sonucu ortaya çıkan karteller sebebiyle, tacirler arasında da ekonomik güç bakımından bir sınıflandırma yapılması gerektiği ve tacirlerin de aslında korunmaya muhtaç olduğu yönünde bkz. **Ayan**, s. 723.
[1143] Aynı yönde bkz. **Bulut**, s. 97 vd.

International de Marchandise) (CMR) kabul edilmiştir. Ülkemiz 3939 sayılı Kanun[1144] ile CMR'ye katılmıştır. CMR hükümlerinin uygulanabilmesi için birtakım şartlar bulunmaktadır. Buna göre bir taşıma sözleşmesinin varlığı, taşımanın konusunun eşya olması, taşımanın ücret karşılığında yapılması, taşımanın taşıt ile karayolunda yapılması, gönderme yeri ve varma yerinin iki ayrı ülkede bulunması ve bu ülkelerden en az birinin CMR'ye taraf olması gerekmektedir[1145]. Somut olayda taşıma sözleşmesine Türk hukukunun uygulanacağı hâllerde, öncelikle şartları varsa özel hüküm niteliğindeki CMR hükümleri uygulanacaktır[1146]. Sonrasında ise taşıma hukukuna ilişkin genel hükümler (TTK m. 850 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Basiretli iş adamı gibi davranma, sorumluluğun tespiti hususunda özel önem taşıdığından taşıma hukuku bağlamında somutlaştırma bakımından sorumluluğa ilişkin hükümler incelenmelidir.

4.1.5.2. Taşıyıcının Sorumluluğu Bakımından "En Yüksek Özen" İfadesi

CMR'de taşıyıcının eşyanın zıya ve hasarından ve gecikmesinden doğan sorumluluğu m. 17'de düzenlenmiştir. CMR m. 17/1-2'de "*Taşımacı, yükü teslim aldığı andan teslim edinceye kadar, bunların kısmen veya tamamen kaybından ve doğacak hasardan sorumludur. Eğer kayıp, taşımacının hatasından değil de, hasar veya gecikme istek sahibinin hatası veya ihmalinden, verdiği talimattan, yüke has bir kusurdan yahutta taşımacının önlemesine olanak bulunmayan durumlardan ileri geliyorsa, taşımacı sorumlu tutulamaz*." şeklinde hüküm tesis edilmiştir. TTK'da da CMR ile paralel düzenlemeler bulunmaktadır. Aynı yönde TTK m. 875/1'de "*Taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur*."

[1144] RG. 14.12.1993, S. 21788. RG'de CMR'nin Türkçe çevirisi olarak "*Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi*" kullanılmıştır. Çeviri öğretide eleştirilmiştir. CMR'nin "*Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşınma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma*" ve "*Eşyaların Karayolundan Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon*" şeklindeki Türkçe çevirileri için bkz. **Adıgüzel**, Burak: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Karayolu ile Eşya Taşıyıcısının Sorumluluğu Üzerine Hükümler (Taşıyıcının Sorumluluğu), LMHD, S. 32, 2007, s. 1876 ve dn. 4.

[1145] **Kara**, Hacı: Yargıtay Kararlarına Göre CMR Sözleşmesinin Uygulanma Esasları ve Eşyanın Taşınmasında Hasar, Ziya ve Gecikmeden Doğan Sorumluluk (CMR), Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 6, S. 1, 2021, s. 84 vd.

[1146] **Kara**, CMR, s. 82-83.

denmektedir. TTK m. 875 ve m. 876 hükmü birlikte değerlendirilmelidir. TTK m. 876 hükmünde de "*Zıya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.*" öngörülmüştür[1147]. CMR'de de TTK'da da taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliği açıkça anlaşılır şekilde düzenlenmemiştir. Öğretide CMR'de ve TTK'daki ilgili düzenlemeler kapsamında taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliği tartışılmıştır. Bir görüş yumuşatılmış bir kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğunu[1148], diğer görüş ispat yükü tersine çevrilmiş bir kusur sorumluluğunun varlığını iddia etmektedir[1149]. Hangi görüş kabul edilirse edilsin taşıyıcının sorumluluktan kurtulması ancak hükümdeki şartların gerçekleşmesine ve bu hususun ispatına bağlıdır[1150]. Bu kapsamda TTK m. 876 uyarınca taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasının şartları, en yüksek özeni gösterdiğini[1151], kaçınılamaz ya da sonuçları önlenemez sebepleri ve zıya, hasar ya da gecikme ile kaçınılamaz ya da sonuçları önlenemez sebepler arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesidir[1152]. Eğer zarar taşıyıcının önlemesine olanak bulunmayan durumdan ileri geliyorsa taşıyıcı sorumlu olmayacaktır. Burada en yüksek özenin gösterilmesine rağmen zararın önlenememiş olması aranmaktadır.

[1147] Yolcu taşımaya ilişkin aynı yönde bkz. TTK m. 914.

[1148] **Adıgüzel**, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 1878; **Türkel**, s. 307-308. Alman Hukukunda bu hususstaki paralel düzenleme HGB § 426 düzenlemesidir. Alman Hukukunda HGB § 426 kapsamındaki sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu yönünde bkz. **Harm**, Eva-Maria: HGB §§ 425-434 *içinde* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, §§ 407-619 HGB, Transportrecht (Editörler: Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten), 5. Auflage, München 2023, HGB § 426, N. 4.

[1149] **Berksoy**, İrem: CMR Kapsamında Taşıyıcının Ziya, Hasar, Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, LMHD, S. 28, 2007, s. 757; **Eriş**, Gönen: Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku (Taşıma Hukuku), Ankara 2015, s. 686; 11. HD, T. 04.03.2013, E. 2012/3690, K. 2013/3901 (Hukuk Türk).

[1150] **Kendigelen**, Abuzer: Taşıyıcının Sorumluluğu/CMR Sigortası, Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. VIII, İstanbul 2011, s. 197.

[1151] HGB § 426 düzenlemesinde de taşıyıcının sorumluluğu bakımından "*en yüksek özen*" ifadesi kullanılmaktadır. HGB § 426 hükmünün CMR m. 17/2 kaynaklı olduğu, yalnızca zararın "*kaçınılmaz*" olarak kabul edildiği ve özellikle vicdan sahibi bir taşıyıcının kendisinden makul olarak beklenebilecek azamî özeni göstermiş olsaydı kaçınamayacağı esasına dayandığı yönünde bkz. **Harm**, , HGB § 426, N. 2. Hüküm uyarınca ideal bir taşıyıcının nesnel özeninin arandığı, aranan özenin ortalama özenin oldukça üzerinde olduğu, makul zarar önleme tedbirlerinin saçma olmayan ve özellikle ekonomik olarak tamamen tahammül edilemez tedbirler dışında tüm tedbirleri kapsadığı yönünde bkz. **Harm,** HGB § 426, N. 5-7. Benzer yönde, değerlendirme için esas alınacak ölçütün insan için mümkün olan gayreti gösteren ideal bir taşıyıcının davranışı olduğuna ilişkin bkz. **Paschke**, Marian: HGB §§ 407-619 *içinde* Handelsgesetzbuch (Editör: Oetker, Hartmut), 7. Auflage, 2021, HGB § 426, N. 3, 7.

[1152] **Türkel**, s. 257.

Öğretide taşıyıcının göstermesi gereken özen ölçüsünün basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsüne karşılık gelip gelmediği hususu tartışılmıştır. Taşıyıcının sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak da kabul edilse, kusur sorumluluğu olarak da kabul edilse hâkim görüş taşıyıcının basiretli taşıyıcıdan daha fazla bir özen göstermesi gerektiği yönündedir[1153]. "*En yüksek özen*" ifadesi basiretli taşıyıcının göstermesi gereken özenden fazlasını ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle taşıyıcı basiretli taşıyıcının özenini gösterse dahi sorumluluktan kurtulamaz[1154]. Diğer görüş burada en yüksek özen ifadesi ile esasında basiretli taşıyıcının özeninin esas alınması gerektiğini öne sürmektedir[1155]. Bu hususta ki Yargıtay kararlarında da yoğunluklu olarak en yüksek özen ifadesi değil basiretli taşıyıcı (tacir) ifadesi[1156] kullanılmaktadır. Bu hususta bir yargı kararında basiretli taşıyıcı ile en yüksek özen ifadesi ilişkili olarak kullanılmıştır. Yargıtay kararına konu somut olayda taşıyıcının yük dolu tırı park ettiği alan sel nedeniyle tahribata uğramış ve yük de zayi olmuştur. Sel öncelikle mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Deneyimli ve basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özen gösterildiği hâlde zarar doğuyorsa taşıyıcının sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak daha sonra en yüksek özen ifadesi öğretideki bir görüş olarak belirtilmiş ve bu görüşün kabulü ile sel felaketinin dere yatağının taşması sonucu meydana geldiği, daha önce de taşan dere yatağına tır park etmenin bu bağlamda gerekli özenin gösterilmediği anlamına geldiği, bu davranışın basiretli taşıyıcı davranışı olarak kabul edilmeyeceği ve taşıyıcının sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir[1157]. Kararda en yüksek özen bir öğreti görüşü olarak ifade edilse de sonuç olarak basiretli taşıyıcının özeninin en yüksek özen olarak kabul edildiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle iki kavramın eş anlamlı olarak kullanıldığı söylenebilir.

[1153] **Arkan**, Sabih: Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 44; **Türkel**, s. 255, **Adıgüzel**, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 1879-1880; **Berksoy**, s. 758.

[1154] **Adıgüzel**, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 1879-1880; **Türkel**, s. 279.

[1155] **Erdoğan**, Çağdan: CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluğunda Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Zamanaşımı ve Müterafık Kusur, LHD, S. 222, 2021, s. 2721; **Eriş**, Taşıma Hukuku, s. 686. 1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu m. 397'de taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin basiretli taşıyıcının özeni (*der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers*) ifadesi kullanılmıştır.

[1156] Basiretli tacir (taşıyıcı) ifadesinin kullanıldığı bazı kararlar için bkz. 11. HD, T. 22.01.2007, E. 2005/13534, K. 2007/492; 11. HD, T. 22.01.2007, E. 2005/13896, K. 2007/564; 11. HD, T. 19.02.2008, E. 2007/201, K. 2008/1874; 11. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/4554, K. 2017/7477; 11. HD, T. 03.02.2020, E. 2019/2928, K. 2020/80; (Hukuk Türk).

[1157] 11. HD, T. 02.05.2013, E. 2012/4385, K. 2013/8887 (Hukuk Türk).

Belirtilen ilk görüşün kabulü durumunda taşıyıcının göstermesi gereken "*en yüksek özen*" ifadesinin nasıl izah edileceği hususu kanaatimizce belirsizlik taşımaktadır[1158]. Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı dahi soyut kalmakta iken, "*en yüksek özen*" kavramı nasıl somutlaştırılacaktır? Öğretide bu konuda tespit yaparken zıya, hasar ve gecikme olasılığının dikkate alınması, alınması gereken önlemlerin günlük hayatta uygulanabilirliği, taşıyıcının öngörülen düzenlemeler kapsamında hareket etmesi, taşıma sektöründeki bilgilerin, örf ve âdetin göz önünde tutulması ve alınması gereken tedbirlerin taşıyıcının ekonomik olarak mahvına sebep olmaması hususlarına bakılması gerektiği ifade edilmektedir[1159]. Ancak kanaatimizce aynı hususlar basiretli bir taşıyıcının (tacirin) de göz önünde bulundurması gereken hususlardır. Taşıyıcının sorumluluğu bakımından esas alınacak özen ölçüsü elbette alelade bir tacirin göstermesi gereken özen ölçüsünden fazla olacaktır. Nitekim faaliyetin tehlikeliliği arttıkça gösterilmesi gereken özen de artmaktadır. Öğretide basiretli iş adamının göstermesi gereken özenden fazlasının gösterilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilse de somut olarak açıklıkla basiretli tacirin özeni ile en yüksek özen ifadesi arasındaki farklılık izah edilmemektedir. Basiretli taşıyıcı ifadesini dahi somutlaştırmak yeterince zor bulunmakta iken, en yüksek özen ifadesi ile basiretli taşıyıcının göstermesi gereken özenden fazlasının kastedildiğini ileri sürmek tarafımızda yerinde bulunmamaktadır. Bu noktada uygulamada kavramın içeriği somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir.

Gelinen noktada basiretli taşıyıcıya yönelik somutlaştırma sorumluluktan kurtulma için gerekli kaçınılamaz ve önlenemez sebeplerin tartışılması yoluyla da yapılabilir. En yüksek özen ifadesi ile kaçınılamaz ve önlenemez sebepler birlikte değerlendirilmelidir. Zira alınması gereken önlemler ile olayın kaçınılamaz ve önlenemez olması sıkı ilişki içerisindedir. Bu sıkı ilişki bir Alman Federal Mahkemesi kararında "*kaçınılmazlığın,*

[1158] TTK m. 876 hükmünün aksine benzer yönde en yüksek özen ifadesinin kullanılmasının belirsizliğe yol açabileceğine ilişkin bkz. TTK m. 876 Gerekçesi: ""*Tedbirli taşıyıcının özeni" ibaresi kaynak Alm TK 426 ncı paragrafında "büyük bir özen gösterilmesi" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ölçünün kanunumuzdaki ölçüden daha sert olduğu söylenebilir. "Büyük özen" hukukumuzda da kullanılmayan, hatta bilinmeyen bir ölçüdür. Bu sebeple anılan ölçünün kanunumuza yansıtılması uygun görülmemiştir. "Tedbirli" yerine "çok tedbirli" ibaresi kullanılabilirdi. Ancak "en üstün"ün (superlative) kullanılmasından kaçınılmış, böyle bir ibarenin hükmü uygulanmaz hale getireceğinden endişe edilmiştir. Yargıcın "tedbirli" kavramını titiz bir anlayışla yorumlaması hükmün amacına uygun düşer.*".

[1159] **Adıgüzel**, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 1884-1885.

taşıyıcının mümkün ve makul olan azamî özeni göstermiş olsa bile hasarın önlenemeyeceğini açıklaması ve gerekirse ispat etmesi durumunda varsayılabileceği" şeklinde hüküm altına alınmıştır[1160].

Basiretli taşıyıcı ifadesinin somutlaştırılması bakımından belirttiğimiz üzere "*taşıyıcının kaçınamayacağı ve önleyemeyeceği sebepler*" ifadesi izah edilmelidir. Bu ifadenin mücbir sebepten de daha geniş kapsamlı bir ifade olduğu öne sürülmektedir[1161]. Bu hususta bir Alman Federal Mahkemesi kararına konu somut olaya ilişkin olarak kaçınılamaz olayın mücbir sebep ile sınırlı olarak değerlendirilemeyeceği, yapılan trafik kazasında yükün zıyaı durumunda taşıyıcının trafik kurallarına uygun olarak kendisinden beklenen azamî özeni gösterdiği, koşullar göz önüne alındığında özellikle dikkatli bir sürücü için dahi kazanın kaçınılmaz olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir[1162]. Yargıtay'ın da aynı yönde taşıyıcının trafik kurallarına uyduğu hâlde kaza oluşması durumunu kaçınılmaz kabul ettiği kararları bulunmaktadır[1163].

[1160] BGH I ZR 256/98, 18.01.2001 (https://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2001&Seite=77&nr=24112&pos=2325&anz=2408, ET: 19.04.2023).

[1161] **Adıgüzel**, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 1879; **Paschke,** HGB § 426, N. 3, 7.

[1162] BGH I ZR 40/74, 28.02.1975 (https://research.wolterskluweronline.de/document/2fed4ff8-1ebe-40bd-8f46-d93cfc1031d5, ET: 18.04.2023).

[1163] 11. HD, T. 13.03.2019, E. 2017/5346, K. 2019/2105: "*...hasara arkadan çarpan aracın neden olduğu, davalı tarafın alabileceği herhangi bir önlemin bulunmadığı, ayrıca herhangi bir trafik kuralını da ihlal etmediği, bu nedenle kusursuz olduğu, TTK 876. maddesinde taşıyıcının en yüksek özeni göstermiş olmasına rağmen kaçınamayacağı zararlardan dolayı sorumlu tutulamayacağının belirlendiği, meydana gelen olayda kusursuz olan davalının malın teslim edilememesinden sorumlu tutulamayacağı...*"; 11. HD, T. 07.12.2009, E. 2008/8035, K. 2009/12507: "*…dava konusu trafik kazasının davalıya ait aracın kendi şeridinde ilerlerken başka bir aracın dorsesinin savrularak çarpması sonucunda meydana geldiği ve davalı sürücüsünün hiçbir kusurunun bulunmadığı, bu durumda meydana gelen hasardan davalı taşıyıcının anılan hüküm uyarınca sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*" (Hukuk Türk).

Kaçınılmaz durumlar hırsızlık/soygun, yangın, araç kusurları, hava durumu[1164], trafik[1165], grev gibi münferit olaylar bağlamında incelenmektedir[1166]. Alınması gereken tedbirlerin belirlenmesinde ise somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurulmaktadır. Bu bağlamda eşyanın türü ve değeri, taşıma şekli, taşıma rotası, uygulanabilirlik ve akla uygunluk ve hukuka uygunluk esas alınacak değişkenler olarak sayılabilir[1167].

Bir Alman Federal Mahkemesi kararında taşıma işinin gerçekleştiği kamyonun sınırın ötesinde ve gece çalışmayan bir benzin istasyonunun sahasında gece boyunca gözetimsiz durması karşısında yükün çalınmasının kaçınılamaz kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir[1168]. Bu hususta verilen Yargıtay kararına konu bir olayda ise, davalı taraf aracın bir park yerinde gasp eylemine maruz kaldığını ileri sürmüştür. Gasp eylemi sonucunda taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için olayın gerçekleşmesinde herhangi bir kusurunun bulunmaması gerekir. Bu itibarla aracın gasp edildiği ileri sürülen tır parkının güvenli bir park olup olmadığı hususu üzerinde durulması; güvenli değil ise taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı, ancak güvenli bir park olması hâlinde sorumlu tutulamayacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir[1169]. Öğretide benzer yönde park yerinin yetersiz izlenmesi veyahut hiç izlenmemesinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği; ancak silahlı saldırının kaçınılmaz olduğu, taşıyıcının güvenlik şirketi görevlendirmesinin beklenemez olduğu ileri sürülmektedir[1170]. Benzer olarak yangın ve yağmalama olaylarında da kaçınılmazlığa ilişkin belirleyici unsur saldırı unsurudur[1171]. Yangın durumunda da paralel olarak tehlike kaynaklarının yakınına park

---

[1164] 11. HD, T. 18.06.2014, E. 2014/2935, K. 2014/11765: "*…malların alıcıya teslimindeki gecikmenin davalı alt taşıyıcının kış mevsiminden kaynaklı kötü hava şartları hakkında basiretli bir tacir gibi hareket etme kriterine göre yeterli öngörüde bulunmamış ve bu hava şartlarına göre taşıma sürecinin planlamasını yapamamış olmasından kaynaklanmakta, davalı taşıyıcıya atfı kabil bir halden kaynaklanan "kusur" durumunun bulunduğu…*" (Hukuk Türk).
[1165] Bkz. yukarıda dn. 1163.
[1166] **Harm**, HGB § 426, N. 8 vd.
[1167] **Türkel**, s. 282 vd.; **Harm,** HGB § 426, N. 8-9.
[1168] BGH I b ZR 154/64, 21.12.1966 (Beck-Online).
[1169] 11. HD, T. 04.03.2013, E. 2012/3690, K. 2013/3901 (Hukuk Türk).
[1170] **Harm**, § HGB 426, N. 9.
[1171] Yağmalamaya ilişkin bir karar için bkz. 11. HD, T. 03.02.2020, E. 2019/2928, K. 2020/804: "*…Mahkemece, olayın taşıyanın sorumluluğunu ortadan kaldıran bir şekilde tezahür ettiği, bu durumda taşıyıcının kendi imkanlarıyla ya da basiretli bir tacir olarak göstermesi gereken dikkat ve özenle alacağı önlemlerle olaya karşı koyabilmesinin ve yağmalamaya direnmesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*" (Hukuk Türk).

etme, gözetimsiz ve emniyetsiz park etme durumlarında zararın önlenebilir olduğu kabul edilse de saldırı durumu kaçınılmaz kabul edilmektedir[1172]. Verilen kararlardan ve öğreti görüşlerinden çıkan ortak sonuç uyarınca aracın güvenli bir yerde park edilmesinin arandığı, aksi hâlde kaçınılmazlığın ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Aracın güvenli bir yerde park edilmesi basiretli bir taşıyıcı davranışıdır. Güvenli park yerine rağmen gerçekleşen hırsızlık, saldırı, gasp ve yağmalama olayları kaçınılmaz olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte bir Yargıtay kararında hırsızlık vs. gibi olayların önüne geçmek adına ikinci bir şoför tahsisinin de gerekebileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir[1173]. Bu hususta bir Yargıtay kararına konu olayda, iç karışıkların bulunduğu bir bölgeye taşıma yapılması durumunda güvenlik için kesin önlemlerin alınmasının gerektiğine hükmedilmiştir[1174]. Kesin önlem ile ne kastedildiği hususu açıklıkla izah edilmemiştir. İç karışıklık, savaş vb. durumunda basiretli taşıyıcının güvenlik için gerekli önlemleri alması gerekse de ekonomik olarak mahvına sebep olacak ve insanüstü bir önlem alması da beklenemez[1175].

4.1.5.3. Taşıma Süresinin Tespit Edilmemesi Durumunda Makul Sürenin Tespiti

Taşıma süresi belirlenmemişse, CMR m. 19 uyarınca gayretli bir taşıyıcıya gerekli zamanı geçiyorsa gecikmenin olduğu kabul edilmektedir. Öğretide ise zaman hususunda, ölçüt olarak basiretli bir taşıyıcıya gereken makul sürenin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir[1176]. CMR m. 17/2'de gönderenin talimatı sebebiyle bir zarar meydana gelmişse taşıyıcının sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Ancak taşıyıcı basiretli bir tacir olarak bu talimatları değerlendirmeli, eğer talimatın ziya, hasar veya gecikmeye yol açacağını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde talimatı yerine getiriyorsa ortak (müterafik)

[1172] Yine örneğin dışarıdan hava filtresine giren korlar nedeniyle yangın çıkmasının kaçınılmaz olduğu yönünde bkz. **Harm,** HGB § 426, N. 10.
[1173] 11. HD, T. 20.04.2000, E. 200/2114, K. 2000/3241 (Legalbank). Somut olayda ekonomik külfetine rağmen ikinci sürücünün kullanılmamasının özen yükümlülüğünün ihlâli olarak kabul edilmesinin en yüksek özenin dahi uç noktasını oluşturduğu yönünde bkz. **Türkel**, s. 264-265.
[1174] 11. HD, T. 01.02.2008, E. 2006/13351, K. 2008/930 (Hukuk Türk).
[1175] İç karışıklıklara karşı kesin önlem alınmasının beklenmesinin en yüksek özeni gösteren taşıyıcı bakımından bile kabul edilemeyecek bir davranış beklentisi olduğu yönünde bkz. **Türkel**, s. 265.
[1176] **Türkel**, s. 276-277; **Berksoy**, s. 765; 11. HD, T. 12.12.2006, E. 2005/12625, K. 2006/13193 (Legalbank).

kusurlu kabul edilmelidir[1177]. Bu hususta TTK m. 875/2'de de paralel bir düzenleme söz konusudur.

4.1.5.4. Yükleme ve İstifleme Sebebiyle Sorumluluk

CMR m. 17/4-b'de ambalajlanmadıkları veya kötü ambalajlandıkları takdirde hasara uğrayan malların ambalajlanmamasından veya kötü ambalajlanmasından taşıyıcının sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Yine CMR m. 17/4-c'de de yükün gönderici tarafından yüklenmesi durumunda taşıyıcının sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. TTK m. 863/1'de de "*Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.*" denmektedir. Ancak Yargıtay bu hususta verdiği kararlarda, taşınan emtianın araca yüklenme ve istiflenmesi gönderene ait bulunsa da yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi gözetmesi, hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması ve yükün güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbiri alması gerektiğini belirtmektedir[1178]. Yargıtay basiretli bir taşıyıcının bu doğrultuda davranması gerektiğine hükmederek, taşıyıcıyı ortak (müterafik) kusurlu bulmaktadır[1179].TTK m. 863/1 hükmünün aksine taşıyıcının yükümlülüğünün işletme

---

[1177] **Berksoy**, s. 767.

[1178] Aynı yönde bu hususun basiretli iş adamı gibi davranmanın bir gereği olduğuna ilişkin bkz. **Kendigelen**, Abuzer: Taşıyıcının Sorumluluğu/Yükleme-İstifleme, Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. IX, İstanbul 2012, s. 233-234.

[1179] HGK, T. 28.03.2012, E. 2012/68, K. 2012/244: "*...yüklemenin sorumluluğu gönderene ait olsa bile tüm malların sevkiyat sırasında yol, güzergah ve iklim koşullarını düşünerek taşıyıcının da ambalajlama ve istifleme aşamasında gözetim görevi bulunduğu, taşıyıcının, malın emniyetle taşınmasını sağlamak üzere gereken her türlü tedbiri alması, varsa hatalı ambalaja, istiflemeye, yüklemeye ve boşaltmaya karşı çıkması, basiretli bir taşıyıcıdan beklenen davranışta bulunması ve durumu gönderene veya alıcıya bildirerek gereken uyarıda bulunması gerekmekte olup, bu uyarının yapılmadığı hallerde zararın ambalaj, istif, yükleme ve boşaltmadan sorumlu bulunan kimseler ile taşıyıcı arasında 818 Sayılı B.K.'nun 44. maddesi uyarınca paylaştırılması gerekir".*;11. HD, T. 17.10.2016, E. 2016/7322, K. 2016/8158; 11. HD, T. 13.05.2019, E. 2017/4495, K. 2019/3657; 11. HD, T. 03.12.1996, E. 1996/7962, K. 1996/8510; 11. HD, T. 08.02.2020, E. 2008/10504, K. 2010/1368; HGK, T. 13.05.2015, E. 2013/2206, K. 2015/1324; 11. HD, T. 06.10.1997, E. 1997/5978, K. 1997/6715 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 11.11.2002, E. 2002/5585, K. 2002/10202; 11. HD, T. 20.10.2015, E. 2014/14805, K. 2015/10878; 11. HD, T. 15.05.2003, E. 2002/12522, K. 2003/5035; 11. HD, T. 14.07.2011, E. 2010/452, K. 2011/8898 (Legalbank).

güvenliği ile değil taşıma güvenliği ile ilişkilendirildiği yargı kararları öğretide eleştirilmektedir[1180]. Ancak burada Yargıtayın yorumu özen yükümlülüğü olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün somut olayda ifaya yardımcı bir yan yükümlülük niteliğini aldığı gerekçesiyle kanaatimizce yerindedir.

4.1.6. Sigorta Hukukuna İlişkin

4.1.6.1. Genel Olarak

Sigortacılık özel uzmanlık gerektiren bir alan olması sebebiyle Kanun koyucu sigorta ve reasürans ortaklıklarının anonim ortaklık veya kooperatif olarak kurulmasını öngörmüştür (Sigortacılık Kanunu[1181] m. 3). Bununla birlikte sigorta ve reasürans anonim ortaklıklarının kuruluşu ilgili Bakanlığın iznine tâbi kılınmıştır[1182]. Kuruluşunun izne tâbi olması ve faaliyet alanı itibariyle sigorta ortaklıklarının tacir sıfatı özellik arz etmektedir[1183].

Sigorta sözleşmesi sigortacı (sigorta ortaklığı) ile sigorta ettiren arasında kurulmaktadır. Ancak uygulamada çoğunlukla bu sözleşmenin kurulmasında aracılık faaliyeti söz konusu olmaktadır. Sigorta acenteleri ve brokerler sigorta ortaklıklarına sigorta işlemlerinde aracılık faaliyeti gösteren yardımcı kişilerdir. Acente bağımsız tacir yardımcısı olarak TTK'da düzenlenmekle birlikte, sigorta acentesi Sigortacılık

---

[1180] **Türkel**, s. 306.
[1181] RG. 14.06.2007, S. 26552.
[1182] Bkz. TTK m. 333; Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tâbi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ m. 5.
[1183] HGK, T. 07.10.2020, E. 2017/136, K. 2020/738: "*...Güven ilkesi kavramı, taraflar arasındaki bütün hukuki işlemler için geçerli olan bir kavram olup, güvenin özel önem taşıdığı ve bir tarafını bankanın veya sigortacının oluşturduğu sözleşmelerde daha da önem kazanmaktadır. Zira ticari hayatta güvenilir kişi sıfatının kazanılabilmesi için bu kişinin emek ve zaman harcaması, ilişkilerinde düzenli ve sürekli olarak sözüne sadık kalması ve basiretli davranması gibi çok uzun ve meşakkatli bir ticari faaliyet içerisinde bulunması gerekmektedir. Oysa sigorta şirketlerinin devletten özel izin alarak kurulan ve faaliyete geçen şirketler olduğu, sürekli şekilde devletin gözetim ve denetim altında tutulduğu düşünüldüğünde doğrudan güvenilir kişi sıfatını kazandıkları açıktır. Bu sıfat karşı tarafta sözleşmeye ilişkin olarak tüm koruma yükümlülüklerinin tam olarak yerine getirileceğine dair inanç oluşturmaktadır. Ayrıca sigortacının güvenilir kişi sıfatı nedeniyle taraflar arasındaki güven ilişkisi hem sözleşme öncesi aşamada hem sözleşme kurulduktan sonra hem de sözleşme sona erdikten sonra artarak devam etmektedir...*" (Hukuk Türk).

Kanununda da özel olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle sigorta acentesine öncelikle Sigortacılık Kanununda yer alan ilgili hükümler uygulanacaktır[1184]. Sigorta acentesinin acentelik faaliyetini yürütebilmesi için, Ticaret veya Ticaret ve Sanayi Odasına kayıtlı olması öngörülmektedir. Şöyle ki Ticaret veya Ticaret ve Sanayi Odasından kaydı silinen acentenin Levhadan[1185] silineceğine hükmedilmektedir (Sigortacılık Kanunu m. 23/4). Sigorta acenteliği faaliyetinin yürütülebilmesi için Levhaya kayıt zorunlu olduğundan, esnaf işletmelerinin sigorta acenteliği yapamayacağı dolaylı da olsa hükme bağlanmış olmaktadır. İlgili düzenlemeden çıkan sonuç uyarınca sigorta acentesi tacir sayılmaktadır[1186]. Broker ise, sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişilere sözleşmelerin yaptırılacağı ortaklıkların seçimi ile sözleşmenin gerçekleştirilmesinden önceki hazırlık çalışmalarına, sözleşmenin uygulanmasına, gerektiğinde tazminatın tahsilinde yardımcı olmayı meslek edinen kişi olarak tanımlanabilmektedir[1187]. Brokerler gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Tüzel kişi brokerin anonim veya limited ortaklık şeklinde kurulması öngörülmüştür (Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği m. 5/1-b). Dolayısıyla tüzel kişi brokerin tacir sıfatı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak gerçek kişi brokerler bakımından TTK m. 12/1 tanımı bağlamında incelendiğinde ilgili Kanun veya Yönetmelikte ticarî işletme işletme şartı bulunmadığından, gerçek kişi brokerlerin tacir sıfatının baştan kabulü söz konusu olmayacaktır. Ancak brokerlik işletmesi esnaf işletmesi sınırlarını aşarsa ticarî işletme kabul edilebilecek ve gerçek kişi broker de tacir sıfatına sahip olacaktır[1188]. Görüldüğü üzere sigortacılık alanında faaliyet gösteren sigorta ve reasürans ortaklıkları, sigorta acenteleri ve brokerler (gerçek kişi brokerin işletmesinin esnaf işletmesi boyutunda kalması hariç olmak üzere) tacir sıfatına sahiptirler ve özellikle faaliyet gösterdikleri alana ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin brokerlerin, müşterisinin risk analizini yaparken ve

---

[1184] Bkz. Sigortacılık Kanunu m. 2/1, TTK m. 102 vd.

[1185] Levha, Sigortacılık Kanunu m. 2/1-ğ'de "*Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri için Birlik tarafından, sigorta eksperleri ve sigorta acenteleri için ise Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından ayrı ayrı düzenlenecek faal olarak çalışanlara ilişkin kayıtları gösterir levhaları*" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

[1186] **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin: Sigorta Hukuku Ders Kitabı, C. I, Ankara 2018, s. 103.

[1187] Tanım ve ayrıntılı açıklama için bkz. Sigortacılık Sözleşmesi m. 2/1-d; Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği (RG. 27.05.2015, S. 29368); **Ayhan/Çağlar**, s. 125 vd.; **Özdamar**, Mehmet: Sigorta Brokeri ve Hukukî Niteliği (Broker), AÜHFD, C. 57, S. 3, s. 525-559; **Ernalbant**, Mehmet Deniz: 4684 Sayılı Sigortacılık Kanununa Göre Brokerlik ve Brokerlerin İdarî Denetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 29 vd.

[1188] **Ernalbant**, s. 37 vd.

sigorta ortaklıklarının ödeme kabiliyetini araştırarak tavsiyede bulunurken basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir[1189].

4.1.6.2. Sigorta Sözleşmelerinde Her İki Tarafın Tacir Sıfatı Bakımından Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü

4.1.6.2.1. Sigortacı Bakımından

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü TTK m. 1423'te düzenlenmiştir[1190]. İlgili madde uyarınca sigortacı ve acentesinin hem sözleşme öncesi hem de sözleşme süresince geçerli olacak aydınlatma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu düzenlemenin yanı sıra Sigortacılık Kanunu m. 11/3'te sigorta ortaklığı ve acentesinin bilgilendirmesine ilişkin hususların Yönetmelik ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. İlgili madde ve TTK m. 1423/3 uyarınca Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik[1191] çıkarılmıştır. Hem TTK'da hem de Sigortacılık Kanunu ve ilgili Yönetmelik'te brokerlere ilişkin bir aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilmemektedir. Ancak Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği m. 17/4'te "*13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1423 üncü maddesi kapsamındaki bilgilendirmenin müvekkili adına akit yapma yetkisine sahip Broker tarafından yapılması esastır. Bu halde, şirket tarafından brokerin bilgilendirilmesi, temsil edilen tarafın bilgilendirilmesi anlamına gelmektedir.*" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenleme gereğince brokerin de aydınlatma yükümlüsü olarak belirtilmesi sigorta ettirenin korunması bakımından yerinde bir düzenleme olarak kabul edilebilir[1192]. Ancak ilgili madde bilgilendirme yükümlülüğünün

---

[1189] **Özdamar**, Broker, s. 545. Brokerlik vekalet sözleşmesinin bir türü olarak kabul edildiğinden, vekalet sözleşmesi için kabul edilen özen ve sadakat yükümlülüğünün brokerler için de geçerli olduğu yönünde bkz. **Ayhan/Çağlar**, s. 131; **Ernalbant**, s. 75 vd. Burada basiretli vekil ile eğer broker tacir ise basiretli iş adamı kavramları birleşmekte, aynı anlamı ihtiva etmektedir.

[1190] Kanunda yalnızca bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlenmesinin yerinde olmadığı, danışmanlık hizmeti verme ve uyarma yükümlülüğünün düzenlenmemesinin eksiklik olduğu yönünde bkz. **Ünan**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2018, s. 187. Somut olayın özellikleri çerçevesinde dürüstlük kuralı gereği sigorta ettirenin danışmanlık hizmeti verme yükümlülüğünün de bulunduğu yönünde bkz. **Er**, s. 122-129 ve özellikle s. 124. Alman Sigorta Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz) (VVG) § 6'da bu yönde düzenleme bulunmaktadır. VVG tam metin için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/VVG.pdf (ET: 20.03.2023).

[1191] RG. 14.02.2020, S. 31039.

[1192] **Ernalbant**, s. 86.

ihlâli durumunda sorumluluğun tamamen brokere bırakıldığı şeklinde bir anlam ihtiva ettiğinden, bu kabul yerinde olmayacaktır[1193]. Nitekim acentenin aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde hem acenteye hem sigorta ortaklığına başvurulabilmektedir[1194]. Aynı husus broker bakımından da geçerli olmalıdır. Bununla birlikte brokerlar bakımından aydınlatma yükümlülüğünün Kanun yerine Yönetmelikte düzenlenmesi de eleştirilebilir.

Aydınlatma ve bilgilendirme kavramlarının tanımı ve içeriği belirsizlik taşıdığından, sigortacının basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü faydalı olabilecek her türlü bilginin verilmesini gerekli kılmaktadır[1195]. Bilginin kapsamı sözleşmenin içeriği (sözleşme hükümleri), sigortacının kimliği ve sigortacı ile bağlantı kurmaya yönelik bilgiler ve şikâyet mekanizmaları olarak ifade edilebilir[1196]. Sigorta ettirenin gereksiz bilgiye boğulması da uygun değildir. Bu bağlamda basiretli bir iş adamı olarak dengeyi sigortacı kuracaktır. Aydınlatma yükümlülüğü teminat kapsamı içinde ve dışında kalan hususlarda bilgilendirmeyi ve ek prim ile teminat kapsamının genişletilebileceği hususundaki açıklamayı da kapsamalıdır.

Sigorta sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğü, özellikle güçlü konumdaki sigorta ortaklık ve acentelerine karşı zayıf konumdaki sigorta ettireni korumak amacıyla özel olarak öngörülmüştür[1197]. Zararın tazmini sağlanırken de bu amaç doğrultusunda hareket

---

[1193] **Ernalbant**, s. 86.
[1194] **Çeker**, Mustafa: Sigorta Hukuku, 12. Baskı, Adana 2015, s. 81-82.
[1195] **Gökyar** Çınar, Senem: Sigorta Hukukunda Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2021, s. 61 vd.
[1196] Ayrıntılı açıklama için bkz. **Ünan**, s. 186 vd. Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (Principles of European Insurance Contract Law) (PEICL) m. 2:202 ve VVG § 37/2 hükmü doğrultusunda TTK'da açıkça düzenlenmese de sigortacının sigorta ettireni sigorta teminatının başlangıç anına ilişkin olarak uyarması gerektiği yönünde bkz. **Ünan**, s. 179-180. PEICL metni için bkz. https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/evip/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf (ET: 20.03.2023). Bu gerekliliğin özen yükümlülüğü niteliğinde olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden de çıkarılabileceği düşünülebilir.
[1197] Aydınlatma yükümlülüğünün sigorta ettiren açısından paralel yükümlülüğünü de beyan yükümlülüğü oluşturmaktadır. Bu kapsamda TTK m. 1435'te "*Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.*" şeklinde hüküm ihdas edilmiştir. TTK m. 1438 uyarınca ise eğer bir husus bildirilmemiş ya da yanlış bildirilmişse ancak gerçek durum sigortacı tarafından

edilecektir. Ancak sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda sigorta ettirenin başvurulabileceği imkânlar hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. TTK m. 1423/2'de aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmediyse sigorta ettirenin on dört günlük bir itiraz hakkının bulunduğu, itiraz edilmemesi durumunda ise sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla akdedilmiş sayılacağı öngörülmüştür. Öğretide itiraz kurumunun sigorta hukukuna yabancı olduğu, kanunî düzenlemede de itiraza ilişkin yeterli açıklamanın bulunmadığı yönünde eleştiri getirilmektedir[1198].

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda sigorta ettirenin tazminat hakkı da bulunmaktadır. Tazminat talep edilebileceği hususu Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik m. 7'de de öngörülmüştür. Tazminat talebi için TTK m. 1423/2'de belirtilen itiraz hakkının kullanılmasının gerekip gerekmediği hususu öğretide tartışılmıştır. Bir görüşe göre itiraz bulunmaması durumunda sözleşme poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılacağından tazminat talebi mümkün olmayıp, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik m. 7 de bu kapsamda TTK'ya aykırı olup kaldırılmalıdır[1199]. Yargıtay'ın da on dört günlük itiraz süresi içerisinde itiraz edilmemesi durumunda, daha sonradan aydınlatma yükümlülüğünün ihlâl edildiğinin ileri sürülemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır[1200]. Biz bu kararlara katılmıyoruz. Zira bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca itiraz hakkı kullanılmadığında sözleşme poliçede yazılı şartlar ile kurulur ancak bu durum sigorta ettirenin culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurmasını engellemez[1201]. Tazminat hakkı bu kapsamda genel

---

biliniyorsa sigortacı beyan yükümlülüğünün ihlâline dayanarak sözleşmeden cayamaz, bu hususu ispat yükü de sigorta ettirende bulunmaktadır. Bu hususta sigortacının basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden hareketle genel ve sektöre ilişkin temel düzeydeki bilgilere sahip olabileceği yönünde bkz. **Özdemir**, Semih Sırrı: Yapay Zekâ Kullanımının Sigortacının Türk Ticaret Kanunu'nun 1438. Maddesi Çerçevesinde Bilme Kapsamını Genişletip Genişletmeyeceği Sorunu (TTK m. 1438), Batider, C. XXXVII, S. 2, 2021, s. 129. Ancak bu hususun baştan kabulünün yerinde olmadığı, sigorta ettirenin ispatına yönelik yargı sürecinde göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin bkz. **Özdemir**, TTK m. 1438, s. 129-130. Sözleşme yapılması sırasında olmasa da sonraki değişikliklerin sigorta ettiren tarafından bildirilmesi ve/veya sigortacı tarafından bilinmesi gerektiği hususuna ilişkin bir karar için ayrıca bkz. 11. HD, T. 19.10.2006, E. 2005/9166, K. 2006/10614: "*...davalı sigorta şirketinin basiretli bir tacir olarak sigorta poliçesinde yazılı motor ve şase numaraları ile Trafik Tescil Müdürlüğünden aracın plaka değişikliğini tespit etmesinin mümkün olduğu gerekçesiyle...*" (Hukuk Türk).

[1198] **Er**, s. 437 vd.

[1199] **Er**, s. 484, dn. 1748'de anılan Yazarlar; **Gökyar Çınar**, s. 61.

[1200] Bu yönde bir karar için bkz. 11. HD, T. 16.06.2021, E. 2020/6094, K. 2021/5119 (Hukuk Türk).

[1201] **Er**, s. 485; **Karasu**, Rauf: Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016, s. 80.

hükümlerden kaynaklanır. Bu bağlamda sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü bakımından hukukî sorumluluk kapsamında tazminat talebinin söz konusu olabilmesi için aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, kusur, zarar ve illiyet bağının varlığı gereklidir[1202]. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli, yükümlülüğün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi şeklinde söz konusu olabilecektir. Kusurun tespiti bakımından ise basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü esas alınacaktır[1203].

Sözleşmenin devamı süresince de bilgilendirme yükümlülüğü devam eder (TTK m. 1423/1-2. cümle). Bu durumda aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık kapsamında tazminat talebi sözleşme sorumluluğu kapsamında TBK m. 112 kaynaklı olarak söz konusu olur[1204]. Sözleşme devamı süresince söz konusu olan aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli hâlinde tazminat talebi için yükümlülüğün ihlâli, kusur, zarar ve illiyet bağının varlığı gerekir[1205]. Burada da kusurun tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü esas alınacaktır.

4.1.6.2.2. Sigorta Ettiren Bakımından

Sigorta ettiren, sigortalı veya lehdarın tacir olması sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı veya görece az olacağı anlamına kesinlikle gelmemektedir[1206]. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, sözleşmenin yükümlülük yerine getirmesi gereken karşı tarafına yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeme olanağı vermemektedir. Anılan husus Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge (2008/7) m. 1/a'da da vurgulanmıştır.

[1202] Bu kapsamda TMK m. 2'den hareketle culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olacağı yönünde vurgu için bkz. **Er**, s. 478, 485-486; **Dolar**, Neyzen Fehmi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü (TTK m. 1423), Ankara 2023, s. 226-228.

[1203] **Özdamar**, Mehmet: Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü (Aydınlatma Yükümlülüğü), Ankara 2009, s. 352-354; **Dolar**, s. 228-229.

[1204] **Er**, s. 479; **Dolar**, s. 233. Sözleşmenin devamı süresince var olan aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık durumunda hukukî sorumluluğun TTK'da düzenlenmemesi eleştirilmektedir (**Dolar**, s. 232).

[1205] **Dolar,** s. 234.

[1206] **Ünan**, s. 218; 11. HD, T. 27.02.2019, E. 2019/494, K. 2019/1632: "*...aydınlatma yükümlülüğünün düzenlendiği ... 1423/1 ve .... maddelerinde sigortalının tacir olup olmaması arasında bir ayrım yapılmadığı*" (Hukuk Türk); İstanbul BAM 13. HD, T. 26.11.2020, E. 2019/429, K. 2020/1345 (Legalbank).

Burada "*Bilgilendirme yükümlülüğünün genel esaslar çerçevesinde gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın bütün tüketiciler bakımından eşit şekilde uygulanması gerekir. Ayrıca, tüzel kişilerin tacir sıfatını haiz olmaları halinde dahi, bu kişilerin "basiretli bir tacir" gibi hareket etmek durumunda olmaları göz önünde tutularak, bilgilendirme yükümlülüğünden istisna tutulmaları genel hükümlere aykırılık arz edecektir. Nitekim bu husus, yargılama sürecinde davacı sigortalının tacir olduğu dikkate alınarak tazminatın tenkis edilmesi suretiyle zaten telafi edilebilecektir. Bu nedenle, hukuk sistemimizde böyle bir telafi imkanının yer aldığı da düşünüldüğünde, tüzel kişi tacirlerin bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutulmasının geçerli bir gerekçesinin olmadığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim, kanunda ve yönetmelikte bu konuda bir istisna hükmü söz konusu değildir*" ifadesi kullanılmaktadır[1207].

Yargı kararlarında sigorta ettirenin de tacir olması durumunda, zayıf konumunun sorgulanabileceği, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin sigorta ettiren tacir bakımından da söz konusu olacağı sebebiyle bilgilendirme yükümlülüğünün ihlâlinden doğan zararın meydana gelmesinde ortak (müterafik) kusurlu olabileceği yönünde hüküm tesis edilmektedir[1208]. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bu hususta baştan ortak kusura yol açacak bir yorumu gerektirmediği kanaatindeyiz. Zira sigortacı sigorta sözleşmelerinin güvenilen ve alanında uzman tarafı olarak kabul edilmektedir[1209]. Güvenilen sıfatı sigortacının teminat kapsamı içerisinde bulunan ve bulunmayan hususlarda karşı tarafı ayrıntılı olarak bilgilendirmesini gerektirir. Sigorta ettirenin sigortacı tarafından teminat kapsamı hususunda yeterince bilgilendirileceği hususunda

---

[1207] İlgili ifadeden tüzel kişi tacirlerin de tüketici kabul edilebileceği yönünde bir sonuç da çıkmaktadır. Bu hususta bkz. yukarıda 3.2.1.3.2.1., s. 177 vd.

[1208] Bu yönde bir karar için bkz. 11. HD., T. 15.09.2014, E. 2014/9799, K. 2014/13738 "*...sigortacının başvuru sahibi sigortalıyı aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu nedenle sigortalının uğradığı zararın tazmininin gerektiği, ancak başvuru sahibi sigortalının da tamamen bilgisiz ve zayıf konumda olmadığı, sigorta ettirenin ve onun adına müzakereleri yürüten uzman brokerin daha fazla özen göstermeleri halinde özel şart hükümlerinden bilgi sahibi olmalarının mümkün olduğu, bunun yapılmamış olmasının sigorta ettiren yönünden bir kusur teşkil ettiği gibi, sigorta ettirenin basiretli bir tacir olarak özenli davranma yükümlülüğüne uymaması ve işletmesindeki makinelerin bakımı konusunda asgari ve makul özeni göstermemesi nedeniyle de bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinden doğan zararın meydana gelmesinde müterafik kusurunun bulunduğu, somut olayın özelliklerine göre tarafların % 50-50 olarak eşit derecede kusurlu kabul edildikleri...*" (Hukuk Türk).

[1209] Bu hususu vurgulayan bir karar için bkz. HGK, T. 07.10.2020, E. 2017/136, K. 2020/738 (Hukuk Türk).

makul bir beklentisi bulunmaktadır. Bunun yanında sigorta sözleşmelerinin genel işlem koşulu içeren sözleşmeler olduğu hususu da göz önünde bulundurulmalıdır[1210]. Somut olay bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Alman Federal Mahkemesi kararına konu bir olayda, sigorta ettiren mücevher imalatçısı bir tacirdir ve bir hırsızlık olayı söz konusudur. Genel işlem koşulları ile de bağlantılı kabul edilebilecek bu kararda, sigorta sözleşmesinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin ortalama bir sigorta ettirenin bunları makul bir değerlendirme, dikkatli bir inceleme ve tanınabilir bağlamın dikkate alınmasıyla anlaması gerektiği şekilde yorumlanacağı belirtilmektedir. Risk hariç tutma (teminat dışı bırakma) hükümleri söz konusu olduğunda, sigorta ettirenin menfaati genellikle sigorta kapsamının, hükmün kabul edilebilir amacının gerektirdiğinden daha fazla azaltılmamasıdır. Ortalama bir sigorta ettirenin, kendisine bunu yeterince açık hâle getiren bir madde olmadan sigorta kapsamında boşluklar beklemesine gerek yoktur. Bu nedenle risk hariç tutma hükümleri, ekonomik amaçları ve seçilen dil dikkate alınarak dar yorumlanmalıdır. Kararda sigorta ettirenin tacir olması durumunda dahi, teminat kapsamı dışında tutulan hususlarda bilgilendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, bu hususta bilgilendirilmeme sonucunu doğuracak şekilde yorumlanamaz. Keza Kanundan da özel hükümler haricinde basiretli iş adamı gibi davranılmadığı takdirde sigorta teminatının ödenmeyeceği gibi bir sonuç çıkarılamaz[1211].

Anılan hususta bir BAM kararına konu olayda ise tacir yelkenli teknesini sigorta ettirmiştir. Daha sonra bir zarar meydana gelmiş ve zararın denizden değil teknenin hasarından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Sigortacı tekneden kaynaklanan hasarların teminat kapsamı dışında olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınmıştır. Sigorta ettiren ise, eğer bu hususta bilgilendirilseydi ek prim ödeme suretiyle tekne hasarlarını da teminat kapsamına alabileceğini iddia etmiştir. Kararda TTK m. 1423 kapsamındaki

---

[1210] Genel işlem koşulu korumasından tacirlerin de yararlanabileceği yönünde açıklamalar için bkz. yukarıda 3.2.1.3.1., s. 169 vd.

[1211] BGH IV ZR 9/08, 17.12.2008, (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=46810&pos=0&anz=1, ET: 10.04.2023). Bkz. ve karş. Sigortacılık Kanunu m. 11/4.

açıklama yükümlülüğünün, karşı tarafın tacir sıfatından bağımsız olarak söz konusu olduğu ileri sürülse de davacı sigorta ettirenin basiretli bir iş adamı olarak TTK m. 1423/2'deki itiraz süresine uyması gerektiği, bu nedenle zararının karşılanamayacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir[1212]. Kararda basiretli iş adamı gibi davranma, TTK m. 1423/2'deki itiraz süresi ile ilişkilendirilmiştir. TTK m. 1423/2'deki itiraz süresine uymama, genel hükümler kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulamayacağı sonucunu doğurmayacağından, kararın yerinde olmadığı kanaatindeyiz[1213].

Sigorta ettirenin sigortacı tarafından teminat kapsamı hususunda yeterince bilgilendirileceği hususunda makul bir beklentisinin bulunduğunu belirttik. Burada makul beklentiler doktrini de zikredilmelidir. Sigorta sözleşmelerinin yorumunda güçlü konumdaki sigortacıya karşı zayıf konumda kabul edilen sigortalı tarafı korumak için makul beklentiler doktrini adı altında bir öğreti geliştirilmiştir[1214]. Sözleşmelerin yorumunda tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin sebep olduğu farklılığa yukarıda temas edilmişti[1215]. Belirtilen genel hususlar sigorta sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Ancak sigorta sözleşmeleri özellik arz eden sözleşmelerdir. Bu özellik sigortacılık faaliyetinin özel uzmanlık gerektiren bir faaliyet olmasından, sigorta ortaklıklarının özellik gösteren tacir olmalarından, sigorta sözleşmelerinin genel işlem koşulu içeren sözleşmeler olmasından ve nihayetinde sigorta ettirenin sözleşmenin zayıf konumunda bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu özellikler sigorta sözleşmelerinin yorumunu da özellikli kılmaktadır[1216].

[1212] İstanbul BAM 13. HD, T. 26.11.2020, E. 2019/429, K. 2020/1345 (Legalbank).
[1213] Bkz. yukarıda s. 273-274.
[1214] Ayrıntılı açıklama için bkz. **Fett**, Laurie Kindel: The Reasonable Expectations Doctrine: An Alternative to Bending and Stretching Traditional Tools of Contract Interpretation, WMLR, Vol. 18, S. 4, 1992, s. 1113-1139; **Seno**, David J.: The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin, MLR, C. 85, S. 2, 2002, s. 859-886; **Doğan**, Beşir Fatih/**Selçuk**, Ahmet: Sigorta Sözleşmelerinin Yorumu Meselesi ve "Makul Beklentiler Doktrini", YBHD, S. 2, 2023, s. 421-442.
[1215] Bkz. yukarıda 3.2.1.5., s. 198-200.
[1216] **Fett**, s. 1113-1114. Sigorta sözleşmelerinin yorum ilkelerine ilişkin açıklama için ayrıca bkz. **Doğan/Selçuk**, s. 423-428.

Sigorta sözleşmelerinin herhangi bir muğlaklık durumunda sigortacı aleyhine yorumlanacağına ilişkin yorum ilkelerinin ötesine geçen makul beklentiler doktrininde, sigorta sözleşmesi açık olsa dahi sigortalının objektif olarak makul olan beklentilerinin karşılanacağı iddia edilmektedir[1217]. Bu hususta Amerika Birleşik Devletleri Arizona Eyaleti Yüksek Mahkemesinin "*Darner Motor Sales, Inc v. Universal Underwriters Insurance Co"* kararında, makul beklentiler doktrininin sigortalı tarafın tacir olduğu bir sigorta sözleşmesi bakımından uygulanabileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir[1218]. Somut olayda tacir, acentenin beyanına güvenerek teminat kapsamı dışında kalan bir riskin teminat kapsamında olduğu inancına sahip olduğunu iddia etmektedir. Kararda sigortalının sigorta sözleşmesini okumadan imzalaması ya da okuduğu hâlde söz konusu hususu tespit edememesi karşısında acentenin beyanına güvenmesinin korunup korunmayacağı hususu tartışılmıştır. Tacir veya tacir olmayan bir kişi kural olarak sigorta sözleşmesini okumadığını ileri sürerek bir hak talep edemez. Ancak taraflar arasındaki güven ilişkisi karşı tarafın beyanına güvenmeyi haklı çıkaracak özellikte ise, bu bağlamda kişinin makul beklentisinin korunması gerekmektedir. Bu koruma yalnızca sözleşmenin karşı tarafının söz ve davranışlarının objektif olarak makul bir beklenti yaratması hâline özgüdür. Yoksa kişinin izlenimi veya hayal gücü temelinde yorum yapılamaz. Kararda, kişinin tacir olup olmamasının bu hususta önem arz ettiği yönünde bir değerlendirme yapılmamıştır. Ancak karara muhalefet şerhinde mahkemenin kararında koruma kapsamına giren grubun yalnızca sıradan vatandaş olmayıp iş adamı olması eleştirilmiştir ve sözleşmeyi okumamanın mazur görülmesi yerinde bulunmamıştır[1219].

[1217] **Fett**, s. 1114; **Seno**, s. 859.

[1218] İlgili kararda makul beklentiler doktrininin benimsendiği yönünde bkz. **Seno**, s. 862.

[1219] Karara konu olayda araç satım ve kiralama işiyle uğraşan bir tacir, araçlarının kaza ve kazadan kaynaklı yaralanma riskine karşılık sigorta ortaklığı ile sigorta sözleşmesi (U-Drive poliçe) gerçekleştirmiştir. Sözleşme bir acente aracılığıyla gerçekleştirilmiş olup her yıl yenilenmektedir. Bu sözleşmenin yanında birkaç yıl sonra taraflar arasında tacirin tüm ticarî faaliyetlerini kapsamına alan "*şemsiye poliçe*" olarak adlandırılan bir başka sigorta sözleşmesi daha imzalanmıştır. Bir süre sonra tacir, araç kiralama sözleşmelerinde daha yüksek miktarda bir sigorta tutarı belirlendiğini acenteye bildirdiğini, acentenin ise sigorta sözleşmelerini aşan miktardaki sorumlulukların şemsiye poliçe kapsamında teminat altında olduğu yönünde geri bildirimde bulunduğunu iddia etmektedir.

Tacirden araç kiralayan bir kişi, ihmalen bir başka kişinin ağır yaralanmasına sebep olmuş ve ortaya çıkan zarar miktarı U-Drive poliçedeki teminat kapsamını aşmıştır. Tacir, şemsiye poliçeye başvurulabileceğini düşünse de, şemsiye poliçe incelendiğinde araç kiralayanların sigortalı olarak kabul edilmediği ve teminat kapsamı dışında bulunduğu anlaşılmıştır. Kararda, sigorta sözleşmelerinin genel işlem şartı içeren sözleşmeler olduğu tespit edilmiştir. Burada sigortalının sigorta sözleşmesini okumadan imzalaması ya da

Görüldüğü üzere sigorta sözleşmelerinin yorumu bakımından özel olarak geliştirilen makul beklentiler doktrini somut olayın tüm özellikleri hesaba katılarak basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir bakımından da uygulanabilir bulunmaktadır. Sonuç olarak basiretli iş adamı gibi davranma tacire her durumda sözleşmenin güçlü sıfatını yüklememektedir. Sigorta sözleşmeleri özelinde uzmanlığı gereği güvenilmesi gereken ve güçlü konumda olan taraf sigortacıdır. Sigortacının karşısında yer alan sigorta ettiren tacir olsa dahi korumaya ilişkin kanunî düzenleme ve sözleşme yorumlarından somut olayın gerektirdiği özel durumlar dışında tümüyle yararlandırılmalıdır[1220].

4.1.6.3. Rizikonun Ağırlaşması

Sigortacının basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, ilgili hükümlerin uygulanması bakımından belirli bir denge kurularak göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin sigortacının korunması bakımından rizikonun ağırlaşmasına ilişkin hükümler

---

okuduğu hâlde söz konusu hususu tespit edememesi karşısında acentenin beyanına güvenmesinin korunup korunmayacağı hususu tartışılmıştır. Yazılı sözleşmeye karşı sözlü beyanın geçerliliği araştırılmıştır.

Kararda sigorta piyasasının gerçeğinin, müşterilerin poliçe kapsamına belirli şartların dâhil edilmesini beklemeleri, genellikle sözleşmedeki her şartı okumamaları ve diğer tarafın iyi niyetine güvenmeleri olarak belirtilmiştir. Sigorta sözleşmesi kapsamındaki genel işlem şartları, ayrı olarak müzakere edilen veya eklenen şartlarla geçersiz kılınabilir, ilgili şartlar hazırlayana karşı yorumlanır ve ağır basan iyi niyet yükümlülüğüne ve mahkemenin makul olmayan bir şartı uygulamayı reddetme yetkisine tâbidir. Sözleşme hukuku, bir söz vermenin sebep olduğu makul beklentinin gerçekleştirilmesine çalışır. Bu itibarla bir tarafın vaatleri veya davranışından kaynaklanan makul beklentilerin sözleşmenin yorumunda dikkate alınması gerekir.

Kararda sigorta acentesinin konumu ve yükümlülükleri de incelenmiştir. Acente, belirli bir eğitim, sınav ve akabinde alınan ruhsat karşılığında acentelik faaliyetini gerçekleştirebilmektedir. Bu kapsamda üçüncü kişilerde acentenin alanında uzman olduğu izlenimi oluşmaktadır. Sigorta acentesi, potansiyel sigortalıya istenen teminatın türleri ve kapsamı hakkında tavsiyelerde bulunarak ve uygun sigorta sözleşmesini seçerek kişisel bir hizmet gerçekleştirir. Bu bağlamda acentenin sigorta temin etme görevlerini yerine getirirken sigortalıya karşı makul özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buradaki ilke basitçe, kendisini özel bilgi, beceri veya uzmanlığa sahip olarak halka gösteren bir kişinin faaliyetlerini mesleğinin standardına göre gerçekleştirmesi gerektiğidir. Genel olarak, bir taraf diğer tarafla bir sözleşmeyi okuma ve inceleme konusunda eşit fırsata sahip olduğunda, bunu yapmak onun görevidir. Ancak belirli bazı durumlarda okumama mazur görülebilecektir. Bunlardan bir tanesi karşı tarafın hata ve hileye sebep olma iradesi, bir tanesi de aradaki özellik arz eden güven ilişkisine dayanma hususudur. Kararın tam metni için bkz. https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1984/16551-pr-2.html, ET: 04.08.2023.

[1220] Makul beklentiler doktrininin Türk hukuku bakımından da uygulanabileceğini öne süren *Doğan/Selçuk*, sigortacının makul beklentiler doktrininin uygulanmasından ancak sigorta poliçesini hazırlarken basiretli iş adamı gibi davranarak gereken özeni gösterdiğini ispat etmesi suretiyle kurtulabileceği, aksi durumda doktrinin uygulamasının kusursuz sorumluluğa yol açabileceği yönünde görüş belirtmektedir. Bkz. **Doğan/Selçuk**, s. 438.

öngörülmüştür (TTK m. 1444-1445[1221]). Sigortacı basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğinden primi hesaplarken olası değişiklikleri göz önünde bulundurmalıdır. Hayatın olağan akışında gerçekleşmesi beklenen veya gerçekleşmesi kaçınılmaz olan riziko ağırlaşmaları basiretli iş adamı gibi davranması gereken sigortacı bakımından öngörülebilir olmalıdır[1222]. Ancak sigorta ettirenlerin de her riziko ağırlaşmasının hayatın olağan akışı içerisinde söz konusu olabileceği ve basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir bakımından öngörülebilir olduğuna dayanmaları da yerinde olmayacaktır[1223]. Bu hususta sigortacının sigorta sözleşmesinin güçlü konumunda olduğu, tacir sıfatından dolayı alana özgü bilgilere sahip olduğu, öngörülü ve tecrübeli olduğu hususu göz önüne alınmalıdır.

4.2. İLGİLİ BAZI KANUNLAR KAPSAMINDA İLİŞKİLİ HUKUKÎ SONUÇLAR

4.2.1. Sermaye Piyasası Kanunu

4.2.1.1. Genel Olarak

SPK, sermaye piyasası araçlarına, söz konusu araçların ihracına, ihraççılara, sermaye piyasası faaliyetlerine ve kurumlarına, borsalara ve sermaye piyasası araçlarının işlem gördüğü diğer teşkilatlanmış piyasalara, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, merkezî takas ve saklama kuruluşları, Merkezî Kayıt Kuruluşu ve Sermaye Piyasası Kurulu'na ilişkin hükümler öngörmekte (SPK m. 2); sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir şekilde işlemesini ve bu kapsamda özel olarak yatırımcıların korunmasını amaçlamaktadır (SPK m. 1).

[1221] Özellikle bkz. TTK m. 1445/1: "*Sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir. Farkın on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme feshedilmiş sayılır.*".

[1222] **Yener**, Merve İrem: Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması, Ankara 2020, s. 73-74, 233-234.

[1223] **Yener**, s. 193-194.

Sermaye piyasasının dinamik yapısı gereği sermaye piyasası hukuku, SPK'nın yanı sıra ilgili Yönetmelik ve Tebliğler ile işlerlik sağlamaktadır.

Sermaye piyasası faaliyetleri çoğunlukla özel uzmanlık gerektiren faaliyetlerdir. Sermaye piyasası kurumları ise çoğunlukla ticaret ortaklığı olarak kurulması öngörülen kurumlardır[1224]. Bu kapsamda TTK m. 18/2 hükmü gereği olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sermaye piyasası faaliyeti yürüten tacirler bakımından da söz konusu olacaktır. Sermaye piyasası hukukuna ilişkin olarak TTK genel kanun niteliğinde olduğundan, SPK ve ilgili mevzuat öncelikle uygulanacaktır.

Anılan genel hususlar dışında özel olarak SPK m. 21'de örtülü kazanç aktarımı yasağı ile bağlantılı olarak halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının basiretli ve dürüst bir tacir olarak davranmalarına vurgu yapılmıştır[1225]. Portföy yöneticiliği faaliyetine ilişkin olarak ise Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ[1226] m. 41/1-e'de "*Basiretli bir tacir gibi davranmak ve yönettiği portföyleriyle çıkar çatışmasına meydan vermemek koşuluyla kendine ait nakdi, portföy yönetimine konu olan araç ve işlemlerle değerlendirebilir.*" öngörülmüştür. Yatırım kuruluşlarının hizmet ve faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları

[1224] SPK m. 35'te sermaye piyasası kurumları sayılmıştır. Bunlardan yatırım kuruluşlarının (SPK m. 43/1-a), kolektif yatırım kuruluşu niteliğindeki yatırım ortaklıklarının (SPK m. 48/1), portföy yönetim şirketlerinin (SPK m. 55/1), ipotek finansmanı kuruluşlarının (SPK m. 60/1), varlık kiralama şirketlerinin (SPK m. 61/2), merkezî takas kuruluşlarının (SPK m. 77/1) ve merkezî saklama kuruluşlarının (SPK m. 80/1) anonim ortaklık şeklinde kurulmaları öngörülmüştür. Bunun dışında halka açık ortaklıklar anonim ortaklık olarak ifade edilmiştir (SPK m. 3/1-e). Yine borsa ve piyasa işleticisi anonim ortaklık olarak hüküm altına alınmıştır (SPK m. 3/1-ç, m. 3/1-r). Sermaye piyasasında faaliyette bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşlarının da anonim ortaklık şeklinde kurulmaları öngörülmüştür [Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Tebliğ (III-62.3) (RG. 31.08.2019, S. 30874) m. 3/1-ğ].

[1225] Bkz. SPK m. 21/2: "*Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.*". Basiretli ve dürüst tacir ölçüsünün esas sözleşme ve iç tüzük çerçevesinde olacak şekilde ifade edilmesinin yerinde olmadığı yönünde eleştiri için bkz. **Kaya**, Arslan: Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21), İÜHFM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 195, dn. 3.

[1226] RG. 11.07.2013, S. 28704.

Hakkında Tebliğ III-39.1[1227] m. 24/1-b'de ise "*Faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında basiretli bir tacir gibi davranmaları, işin gerektirdiği mesleki dikkat ve özeni göstermeleri, bu kapsamda gerekli önlemleri almaları*" ifadesine yer verilmiştir. İlgili düzenlemelerde geçen basiretli iş adamı ve basiretli tacir ifadeleri kanaatimizce vurgu niteliğindedir. Zira ilgili düzenlemeler olmasa dahi belirtilen kurumların tacir sıfatından kaynaklanan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülükleri bulunmaktadır.

Sermaye piyasalarının genişliği ve derinliği, ortaklıkların dış finansmana ulaşımındaki kolaylıkların ülkeden ülkeye farklılık göstermesi, yatırımcıların kanunî düzenlemeler nezdinde ne derece korundukları ile yakından ilgilidir[1228]. Hakların kanunî düzenlemeler ile verilmesi yanında, düzenleyici kurumların ve yargının uygulamaları da önem taşımaktadır. Bu kapsamda yatırımcıları daha çok koruyan mevzuata sahip ülkeler daha gelişmiş sermaye piyasalarına sahiptir[1229]. Başka bir ifadeyle yatırımcıların korunması, finansal piyasaların gelişimini de teşvik etmektedir. Yatırımcı koruması arttıkça yatırımcılar sermaye piyasası araçları için daha fazla ödeme yapmakta, bu da sermaye piyasası aracı ihraç etmeyi ihraççı ortaklıklar bakımından daha cazip hâle getirmektedir[1230].

Yatırımcının korunması amacı[1231], sermaye piyasasına ilişkin mevzuatın neredeyse tüm düzenlemelerinin başlıca nedenini oluşturmaktadır[1232]. Sermaye piyasası hukukunu ve uygulamasını bu yönüyle değerlendirmek ve farklılaştırmak gerekmektedir.

[1227] RG. 17.12.2013, S. 28854.
[1228] **La Porta**, Rafael/**Lopez-De-Silanes**, Florencio/**Shleifer**, Andrei/**Vishny**, Robert: Investor Protection and Corporate Governance, JFE, Volume: 58, Issues: 1-2, 2000, s. 4.
[1229] **La Porta/Lopez-De-Silanes/Shleifer/Vishny**, s. 4.
[1230] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **La Porta/Lopez-De-Silanes/Shleifer/Vishny**, s. 3-27.
[1231] Bu hususta bkz. **Küçüksözen**, Cemal: Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara 1999, s. 9 vd.; **Memiş**, Tekin/**Turan**, Gökçen: Sermaye Piyasası Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 34-36.
[1232] **Aydoğan**, Gökhan: Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2021, s. 246 vd.

4.2.1.2. Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Genel Sorumluluk Düzenlemesi (Sermaye Piyasası Kanunu m. 32)

SPK'da yer alan yükümlülük ve sorumluluğa ilişkin özel hükümlerle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiştir. Bu bağlamda sermaye piyasası hukukunun anılan özel yapısı gereğince kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk da özel olarak düzenlenmiştir (SPK m. 32)[1233, 1234]. Ancak özel bir özen ölçüsü öngörülmemiştir. Bu nedenle sorumlu kişiler bakımından, yapılan işin niteliği ve konumları bağlamında objektif esaslara göre değerlendirme yapılması uygun olacaktır[1235]. Öncelikle, sorumlu kişinin ticaret ortaklığı olduğu durumlarda tacir sıfatı basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün altında bir özen ölçüsünün söz konusu olamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda aracı kurum[1236], bağımsız denetim, değerleme ve derecelendirme ortaklıkları bakımından tacir olmalarının bir sonucu olarak basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlüğü esas alınmalıdır[1237]. Anılan çerçevede sorumlu tüzel kişiler alanının uzmanı bir kişinin dikkat ve özenine sahip olmalıdır[1238]. Somut olarak, özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin tespitinde

---

[1233] **Aydoğan**, s. 246 vd. Ancak dengenin yatırımcının lehine ölçüsüz biçimde bozulmasının, ortaklıkları sermaye piyasası ihraç etmekten caydırabileceği, bu nedenle menfaat dengesinin iyi kurulması gerektiği yönünde bkz. **Aydoğan**, s. 247.

[1234] Bu özel düzenleme dışında sorumluluğun hukukî dayanağı da özel düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda uygulanacak genel hükümlerin belirlenmesi bakımından tartışılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı tartışma için bkz. **Aydoğan**, s. 281 vd.

[1235] **Aydoğan**, s. 353-354.

[1236] Aracı kurum, sermaye piyasası araçlarının, aracılık amacıyla, kendi nam ve hesabına veya başkası nam ve hesabına veyahut kendi namına başkası hesabına alım satımı yapan anonim ortaklık olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Ünal**, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005, s. 449; **İnceoğlu**, Mehmet Murat: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 19. Mülga ESPK'daki (RG. 30.07.1981, S. 17416) aracı kurum kavramı yerine SPK'da aracı kurumu da kapsayan "*yatırım kuruluşu*" kavramı kullanılmıştır. Ancak aracı kurum kavramı Kanunun farklı yerlerinde geçmektedir. SPK m. 3/1-v'de yatırım kuruluşu, "*Aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları*" ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. SPK m. 43'te aracı kurumların anonim ortaklık şeklinde kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Aracı kurumlar belirli yatırım hizmet ve faaliyetlerinin yapmaya yetkilidir. Yatırım hizmet ve faaliyetleri SPK m. 37'de düzenlenmiştir. AB düzenlemeleri ile uyum kapsamında aracılık hizmetleri ve aracı kurum kavramı yerine "*yatırım hizmetleri*" ve "*yatırım kuruluşu*" kavramının kullanıldığı yönünde bkz. **Memiş/Turan**, s. 157.

[1237] Mülga ESPK Kanunu dönemine ilişkin aynı yönde bkz. **Ünal**, Oğuz Kürşat.: Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s. 275; **Arı**, Zekeriyya: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Aracılık Faaliyetleri ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas 1996, s. 72.

[1238] **Aydoğan**, s. 354.

sorumlu kişilerin ilgili mevzuat hükümleriyle kendilerine verilen görev ve sorumlulukların dikkate alınması gerekmektedir[1239].

SPK m. 32/2'de ise bağımsız denetim, derecelendirme ve değerleme kuruluşlarının da kamuyu aydınlatma belgelerine dayanak olarak hazırladıkları raporlardan dolayı SPK uyarınca sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır[1240]. Öğretide bu sorumluluğun niteliğinin güven sorumluluğu olduğu öne sürülmektedir[1241]. Güven sorumluluğunda, bir kişinin meslekî konumu nedeniyle başka kimselerde oluşturduğu haklı beklentiler sonucunda, TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve koruma yükümlülükleri uyarınca taraflar arasında güvene dayanan bir ilişki meydana gelmiştir[1242]. Bu sorumluluk kusura dayalı bir sorumluluk olup, taraflar arasında herhangi bir hukukî ilişkinin bulunmasını gerektirmemektedir[1243]. Anılan bağlamda güven sorumluluğunun alt türü olarak ifade edilen bilgi vermeden doğan sorumluluk, SPK m. 32/2'deki sorumluluğun niteliğini ifade eder nitelikte olarak öne sürülmektedir[1244].

Bilgi vermeden kaynaklanan sorumlulukta bilgi veren kişi, bir sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ifa etmek amacıyla bilgi vermekte ve sözleşmenin karşı tarafı da bu bilgiyi bir üçüncü kişiye aktarmaktadır[1245]. Aralarında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmasa da bilgi veren kişi, üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaktadır. Bu hususta sorumluluk için bilgi verenin üçüncü bir kişiye karşı güven sağlaması (üçüncü kişinin bilgi verene haklı olarak güvenmesi), bilgi verenin vermiş olduğu bilgiler dolayısıyla hukukî işlem alanına katılması ve üçüncü kişiler tarafından verdiği bilgilerin önemli tasarruflar bakımından etkili olacağını öngörmesi (bilmesi veya bilebilecek durumda olması), kusuru ile yanlış bilgi vermesi, zarar ve uygun illiyet bağı gerekmektedir[1246]. Burada kişinin güven

---

[1239] Bu kapsamda dikkate alınması gereken normlara ilişkin bkz. **Aydoğan**, s. 354.
[1240] Ayrıca bkz. SPK m. 63.
[1241] **Meral**, Nevin: Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2022, s. 322 vd.
[1242] **Kırca**, Bilgi Verme, s. 191-192; **Gürpınar**, s. 217.
[1243] **Durak**, Yasemin: Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, SÜHFD, C. 25, S. 1, 2017, s. 241-242; **Kırca**, Bilgi Verme, s. 184-189.
[1244] **Meral**, s. 322 vd.
[1245] **Kırca**, Bilgi Verme, s. 1 vd.; **Gürpınar**, s. 15 vd.
[1246] Bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluğa ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Kırca**, Bilgi Verme, s. 1 vd.; **Gürpınar**, s. 15 vd.

sorumluluğu kapsamında kabul edilen bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluğu hususunda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği hem kusurunun hem de öngörülebilirlik şartının sağlanması bakımından etki göstermektedir[1247].

4.2.1.3. İzahnameye İlişkin Özel Sorumluluk Düzenlemesi (Sermaye Piyasası Kanunu m. 10)

Kamuyu aydınlatma belgelerinden olan izahname[1248] ise özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur (SPK m. 10). Bunun nedeni izahnamenin diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden farkını ortaya koyarak ifade edilebilecektir. İzahname kural olarak ortaklığın sermaye piyasası araçlarını satın alacak kişilerin bu hususta verecekleri kararlara esas olan bilgileri sağlayan bir kamuyu aydınlatma belgesi niteliğindedir. İzahname, satım akdi öncesinde satıcı konumundaki ortaklığın kendisi ve satıma konu ettiği varlıklar hakkında bilgi sağlama hukukî sebebine bağlı olarak düzenlenirken diğer belgeler bakımından bu neden söz konusu değildir[1249]. İzahnameden doğan sorumluluk SPK m. 10'da hüküm altına alınmıştır. Hükümde, "*İzahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan ihraççılar sorumludur. Zararın söz konusu kişilerden tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması hâlinde; halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim*

[1247] Ancak çalışmanın ilgili yerlerinde de ifade edildiği üzere basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, sözleşmenin karşı tarafının TMK m. 2/II kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağını bertaraf edecek şekilde yorumlanamaz (Bkz. yukarıda 3.1.1., s. 141 vd.). Bu hususu gayrimenkul değerleme kuruluşları ve bankaların ilişkisi bakımından ele alan *Someren Alp*, gayrimenkul değerleme kuruluşunun basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gerekçe gösterilerek uygulamada taraflar arasında kurulan sözleşmede değerleme raporunun oluşabilecek bütün zararların yansıtılabileceği tek veri ve kanal olarak belirlenmesine ilişkin hükümlerin yerinde olmadığı, bu durumda kredi kullanımına ilişkin bankanın özenle uygulaması gereken risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin göz ardı edileceği, gayrimenkul değerleme kuruluşlarına ilişkin olarak TTK m. 18/2'nin yanında bankaların güven kurumu sıfatının da getirdiği ağırlaştırılmış sorumluluğunun da dikkate alınması gerektiği yönünde görüş belirtmektedir. Bkz. **Someren Alp**, Başak: Sermaye Piyasası ve Bankacılık Mevzuatı Kapsamındaki Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları ve Bankalar İlişkisinin, Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Sorumluluğu Bağlamında Değerlendirilmesi, BÜHFD, Haziran 2021, C. 7, S. 13, s. 29-57.

[1248] İzahname Kanunda "*ihraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecek sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesi*" olarak tanımlanmaktadır (SPK m. 3/1-j).

[1249] **Aydoğan**, s. 253-254.

kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur.

(2) Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerleme kuruluşları gibi izahnamede yer almak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da hazırladıkları raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden bu Kanun hükümleri çerçevesinde sorumludur.[1250]" denmektedir. Öğretide bu kapsamda ihraççıların sorumluluğunun hukukî niteliği tartışılmıştır. Bir görüşe göre ihraççının sorumluluğu kusur sorumluluğu niteliğinde bir culpa in contrahendo sorumluluğu iken; diğer görüşe göre kanundan doğan bir kusursuz sorumluluktur[1251]. İkinci görüş özellikle sorumluluğun esas amacının adalet düşüncesi olduğundan hareketle yatırımcının korunması bakımından kusursuz sorumluluğun daha hakkaniyetli bir çözüm olduğunu ifade etmektedir[1252]. Burada kusur sorumluluğu teşkil eden culpa in contrahendo sorumluluğunun kabul edilmesi hâlinde, tacir olan ihraççının kusurunun (ihmalinin) varlığında basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün aranacağı hususunda tereddüt bulunmamalıdır. Ancak kusursuz sorumluluğun kabulü durumunda ne olacağı hususu tartışılabilir. Öğretide burada söz edilen sorumluluğun kusursuz sorumluluk türlerinden de dikkat ve özenden kaynaklanan özen sorumluluğu (olağan sebep sorumluluğu) olduğu; bu kapsamda ihraççının izahnamede yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmaması hususunda objektif bir özen borcu yüklendiği öne sürülmektedir[1253]. Bu kapsamda ihraççının sorumluluktan kurtulmak için, kusurunun bulunmadığını değil, bu konuda kendisinden beklenen gerekli bütün dikkati ve özeni gösterdiğini veya kendisinden beklenen özeni gösterseydi bile ortaya çıkan sonucu engelleyemeyeceğini yahut nedensellik bağını kesen sebeplerin var olduğunu kanıtlaması gerekmektedir[1254]. Buradaki kendisinden beklenen gerekli tüm

---

[1250] Aynı yönde bkz. ve karş. TTK m. 549.
[1251] Bu hususta ki öğreti görüşleri ve kusursuz sorumluluk görüşünün ayrıntılı savunması için bkz. **Meral**, s. 303 vd.
[1252] **Meral**, s. 303 vd.
[1253] **Meral**, s. 303 vd.
[1254] **Meral**, s. 308.

dikkat ve özenin gösterildiği hususunun ispatında esas alınacak ölçünün ise basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü olduğu öne sürülmektedir[1255].

İzahnamedeki bilgilerin doğru olmaması, yanıltıcı olması veya eksik olması sebebiyle SPK m. 10'da ikinci derecede sorumlular da belirtilmiştir. Bunlar halka arz edenler, lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri olarak sayılmıştır. Ancak sorumluluğun esasları konusunda yine Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Öğretide katıldığımız üzere buradaki sorumluluk da haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilmemiş, Kanundan kaynaklanan, özel mevzuatınca "*özen borcu ile desteklenen*" bir kusur sorumluluğu olarak belirtilmiştir[1256]. Burada da ikinci derecede sorumlu olarak belirtilenler tacirse, kusurun tespitinde basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü esas alınacaktır. Örneğin aracı kurumların anonim ortaklık şeklinde kurulmaları gerekliliği sebebiyle tacir olmalarında ve tacir olmanın gereği olarak basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin bulunduğu hususunda tereddüt yoktur. Uygulamada ihraççı ile aracı kurum arasında gerçekleştirilen aracılık sözleşmelerinde, izahnamede yer alan bilgilerin doğruluğundan yalnızca ihraççının sorumlu olacağı hükmü yer almaktadır. Bu hüküm SPK'nın açık hükmü nedeniyle yatırımcıya karşı ileri sürülemez niteliktedir[1257]. Ancak SPK'nın açık hükmü olmasaydı dahi SPK'nın genel amacı, aracı kurumların sermaye piyasasındaki rolü, tacir sıfatı ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bizi bu sonuca götürürdü kanaatindeyiz. Aracı kurumun faaliyet konusu halka arza aracılık etmek olduğundan, izahnamenin hazırlanması aracı kurumun uzmanlık alanında bulunmaktadır. Bu noktada basiretli iş adamı gibi davranma, yatırımcının korunması bağlamında aracı kurumlar nezdinde daha fazla önem arz etmektedir. Aracı kurum bu bağlamda daha dikkatli olmalıdır. Aracı kurumların sorumluluğu değerlendirilirken bu husus göz önünde bulundurulmalıdır[1258].

[1255] **Meral**, s. 308-309. Kusursuz sorumlulukta özene ilişkin açıklama için bkz. yukarıda dn. 330, s. 124.
[1256] **Meral**, s. 322 vd.
[1257] **İnceoğlu**, s. 137.
[1258] **Kara**, M. Sencer: Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, SÜHFD, C. 23, S. 2, 2015, s. 161.

4.2.2. Çek Kanunu

4.2.2.1. Genel Olarak

Bir kıymetli evrak niteliği taşıyan çek TTK yanında[1259] 5941 sayılı Çek Kanunu ile de düzenleme altına alınmıştır. Anılan Kanun kamunun menfaati bakımından çeke güvenin temin edilmesini ve çekin karşılıksız çıkmasının mümkün olduğunca önüne geçilmesini amaçlamaktadır[1260]. Kanunun Gerekçesinde kamunun menfaati gözetilerek çekin güvenli bir ödeme aracı olarak itibar kazanmasının amaçlandığı belirtilmektedir[1261]. Bu itibarla Çek Kanunu hükümleri incelenip yorumlanırken ilgili amaç doğrultusunda bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır[1262]. Çekte muhatap banka olup, çek hamiline ödemeyi banka gerçekleştirmektedir. Çeke ilişkin olarak Çek Kanunu ve TTK kapsamında muhatap bankanın çek hesabı açılması ve ibraz ve ödeme sürecine ilişkin birçok yükümlülüğü bulunmaktadır. Banka tacir olması dolayısıyla yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklı sorumluluk tespitinde özellikle kusurun tespiti bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü esas alınacaktır[1263]. Ancak çalışmamızda muhatabın özellikle Çek Kanunu'nda da "*basiret*" kavramına vurgu yapılan yükümlülüğü üzerinde durulacaktır. Zira her bir yükümlülük ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek derinlikte olup çalışmamızın kapsamını aşmaktadır[1264].

[1259] Bkz. TTK m. 780 vd.

[1260] **Özdemir**, Semih Sırrı: Çek Kanunu Çerçevesinde Bankanın Hesap Açtırmak İsteyen Kişiye İlişkin Araştırma Yükümlülüğü Üzerine Değerlendirmeler (Çek Kanunu), AÜHFD,70 (3), 2021, s. 762.

[1261] Çek Kanununun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Çek Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/710), TBMM, Dönem:23, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayı: 445, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf, ET: 27.04.2023.

[1262] Bu hususta bkz. **Kırca**, İsmail: 5941 Sayılı Çek Kanunu- Bir Değerlendirme (Çek Kanunu), 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 5-6.

[1263] Bankanın sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan sorumluluğu için bkz. HGK, T. 15.06.1994, E. 1994/178, K. 1994/398 (Hukuk Türk).

[1264] Bu kapsamda ayrıntılı açıklama için bkz. **Ayli**, Ali: Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, Ankara 2019, s. 63 vd.; **Özsoy**, s. 39 vd.; **Aydın**, Hanife: Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2021, s. 60 vd.

4.2.2.2. Çek Kanunu m. 2 Düzenlemesi

Muhatap bankanın çek hamiline çekte yazılı tutarı ödeyebilmesi, bankanın asgarî ödeme zorunluluğu dışında çek hesabında çekte belirtilen tutarın bulunması ile mümkün olacaktır. Bu kapsamda çek düzenleyenin ödeme kabiliyeti oldukça önem taşımaktadır. Çekin karşılıksız çıkmasının önüne geçmek amacıyla 5941 sayılı Çek Kanunu m. 2'de muhatap banka bakımından araştırma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu kapsamda m. 2/1'de bankaların "*çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyenin yasaklı olup olmadığını bu Kanun hükümlerine göre araştırırlar; ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler*" şeklinde hüküm tesis edilmiştir. İlgili hüküm ile çeke duyulan güvenin korunması amaçlanmıştır[1265].

Öğretide ilgili hüküm TTK m. 18/2'de öngörülen basiretli iş adamı gibi davranma gereği ile ilişkilendirilerek değerlendirilmiştir. Bir görüşe göre tacir olması dolayısıyla basiretli iş adamı gibi davranması beklenen bankanın Çek Kanununda da basiretli davranmasının öngörülmesi bir tekrar niteliği taşımaktadır[1266]. Diğer bir görüşe göre, Çek Kanunu m. 2/1 TTK m. 18/2'yi tekrar eden veya genişleten bir hüküm olmayıp, araştırma yükümlülüğü tamamıyla Çek Kanunu m. 2/1'den kaynaklanmaktadır[1267]. Muhatap banka tacir olması dolayısıyla TTK m. 18/2 hükmü uyarınca basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlüdür. Kanaatimizce yalnızca TTK m. 18/2 dahi bankanın çek hesabı açmak

---

[1265] Çek Kanunu m. 2 gerekçesi.
[1266] **Dirikkan**, Hanife: Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi, DEÜHFD, C. IV, S. 1, 2002, s. 11-12; **Özdamar**, Mehmet: Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme (Çek Kanunu), GÜHFD, 6(2), s. 9 ((Makaledeki sayfa numaraları Dergipark kayıtlarına göre belirtilmiştir); **Aydın**, s. 61. Benzer yönde Çek Kanunu m. 2/1'in TTK m. 18/2'nin özel bir tekrarı olduğuna ilişkin bkz. **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku (Kıymetli Evrak), 7. Baskı, Ankara 2017, s. 314; **Ayli**, s. 64, 67. *Tenekeci* ise, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin Çek Kanunu m. 2'yi de aşan bir özeni gerektirdiği yönünde görüş bildirmiştir (**Tenekeci,** Cüneyt: Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu, THD, C. 13, S. 143, 2018, s. 161).
[1267] **Özsoy**, s. 45.

isteyen kişiye ilişkin araştırma yükümlülüğüne dayanak oluşturabilir[1268] ancak ilgili m. 2 basiretli davranmayı vurgulamakta ve somutlaştırmaktadır[1269].

Çek Kanunu m. 2'deki yükümlülüğü kapsamında bankalar, çek hesabının açılması için gerekli olan belgeleri eksiksiz olarak talep edecektir[1270]. Banka ilgili bu belgeleri Çek Kanunu'nun amacına uygun olarak özen ve basiretle inceleyecek; çek hesabı açmak isteyen kişinin ekonomik durumunun ve sosyal konumunun hesap açmaya uygun olup olmadığını araştıracaktır[1271]. Gösterilmesi gereken basiret ve özen özellikle çek hesabı açtırmak isteyen kişinin çeki ödeme aracı olarak kullanıp kullanmayacağının tespiti kapsamında yoğunlaşmalıdır[1272]. Çek hesabı açılırken banka basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir gereği olarak ilgili kişinin ehliyet durumu, mesleği, malî durumu, düzenli bir gelirinin bulunup bulunmadığı hususlarını detaylı olarak incelemelidir[1273].

[1268] **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 788.

[1269] Aynı yönde bkz. **Pulaşlı**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Kıymetli Evrak), 6. Baskı, Ankara 2018, s. 349. İlgili düzenlemenin TTK m. 18/2'nin gereksiz bir tekrarı niteliğinde olmadığı, bankaların göstermeleri gereken özenin ve bankaya duyulan güvenin "*özel olmasına*" vurgu yapıldığı ve sadece sözleşme tarafına karşı sorumlu olan basiretli tacire kıyasla ekonomik hayatı ilgilendirmesi dolayısıyla topluma karşı sorumluluğu kapsadığı yönünde bkz. **Battal**, Güven Kurumu Banka, s. 233-234.

[1270] Çek hesabı açılması için gerekli belgeler için bkz. Çek Kanunu m. 2/2.

[1271] **Tenekeci**, s. 159. Buradaki araştırmanın bankaların kredi müşterisi hakkında yaptığı araştırmaya benzer nitelik taşıyacağı yönünde bkz. **Bozgeyik**, Hayri: Çekte Bankanın Sorumluluğu (Çek), Görüşler ve Kararlar- Ticaret Hukuku, Ankara 2018, s. 13; **Ayli**, s. 66; **Korkut**, Ömer: Çekte Muhatap Bankanın Araştırma- Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu (Çek), Adana 2019s. 69. Aksi görüşte kredi müşterisine yapılan incelemeden daha ayrıntılı bir incelemenin gerektiği yönünde bkz. **Aydın**, s. 65.

[1272] **Tenekeci**, s. 159.

[1273] **Tenekeci**, s. 159; 11. HD, T. 08.03.1996, E. 1996/853, K. 1996/1552: "*Davaya konu olayda, davalı banka çekle işleyecek hesap müşterisinin kimliği, ikameti konusundaki gerekli araştırma yapmadan hayali bir kişi adam hesap açarak çek karnesi vermiştir. Davalı, bankadan aldığı çeki keşide eden hayali kişi davalının zararına sebebiyet vermiştir. Davalı banka ekonomik durumu, ikamet ve kimlik belgeleri gibi yasanın öngördüğü belgeleri araştırıp incelemeden çek hesabı açıp çek karnesi vermekle özensiz davrandığı, basiretli bir tacirden beklenen ihtimamı göstermediğinden birinci derecede ve daha ağır bir biçimde kusurludur.*"; 11. HD, T. 12.06.2014, E. 2013/4615, K. 2014/11284: "*Bir banka ya da özel finans kurumu, çek hesabı açarken müşterisinin kimliği, ekonomik durumu ve ikameti vs. konularında gerekli araştırma ve incelemeyi yapmadan çek karnesi vermiş ve çek karşılıksız çıkmış ise dava tarihinde yürürlükte bulunan 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinin (1). ve (3). fıkrası ile TTK'nın 20/2. maddelerinde öngörülen basiret ve itinayı göstermemek suretiyle birinci derecede ve daha ağır bir biçimde kusurlu olduğunun ve bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü icap eder.*"; 11. HD, T. 05.11.2014, E. 2014/7007, K. 2014/16915; 11. HD, T. 12.07.2011, E. 2009/13610, K. 2011/8722; 11. HD, T. 20.03.2012, E. 2010/13483, K. 2012/4224; 11. HD, 07.04.2003, E. 2002/11460, K. 2003/3388; 11. HD, T. 02.11.2015, E. 2015/4323, K. 2015/11350; HGK, T. 26.09.2019, E. 2017/411, K. 2019/962 (Hukuk Türk).

Bankanın çek hesabı açmak için sunulan belgelerin geçerliliğini, sahte olup olmadığını da incelemesi gerekmektedir[1274]. Zira sahte bilgi ve belgeler ile açılan naylon hesaplara çek hesabı açılması bankanın göstermesi gereken özen ve basirete aykırıdır[1275]. Bu hususta bilirkişi raporuna konu bir olayda, muhatap bankanın çek hesabı açtırmak isteyen kişiden fotoğraflı bir belge ve/veya noter onaylı bir örneği talep etseydi, sunulan kimliğin sahteliğini tespit edebileceği bu nedenle basiretli ve özenli davranmadığı yönünde görüş bildirilmiştir[1276].

Çek Kanunu m. 2/1 kapsamında banka tarafından ilk olarak çek hesabı açtırmak isteyen kişinin yasaklılık durumunun olup olmadığı incelenecektir[1277]. İlgili incelemenin ardından kişinin ekonomik ve sosyal durumunun da araştırılması gerekmektedir[1278]. Ekonomik araştırma ile kişinin malî bakımdan çek düzenlemeye yeterliliği olup olmadığı,

---

[1274] **Korkut**, Çek, s. 64-65; **Tenekeci**, s. 159; 11. HD, T. 07.12.2017, E. 2016/6420, K. 2017/7010 (Hukuk Türk). Bu incelemenin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir gereği olduğu yönünde bkz. **Korkut**, Çek, s. 73.

[1275] **Tenekeci**, s. 157. Naylon çek hesabı açılması durumunda çekin karşılıksız çıkması hâlinde müracaat hakkı kapsamında başvurulan icra takipleri semeresiz kalırsa, hamilin bankadan çek bedelinin tazminini talep edebileceği yönünde bkz. **Kırca**, Çek Kanunu, s. 8.

[1276] **Kendigelen**, Abuzer: Çek/Muhatabın Sorumluluğu, Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. XI, İstanbul 2013, s. 235.

[1277] Yasaklılık incelemesi Çek Kanunu m. 2/2-3-4 uyarınca yapılacaktır. Ayrıca bkz. **Korkut**, Çek, s. 65 vd.

[1278] Çekte muhatap olarak bankanın işlevinin (çek hesabında bulunuyorsa) düzenleyenin hesabında muhafaza ettiği çekte belirtilen tutarın karşılığını ödeyen güvenli bir kasa olmaktan ibaret olduğu, çekin tarihî gelişiminin de bu işlevi doğruladığı, bunun ötesinde basiretli davranarak çek anlaşması yaptığı kişileri seçme gibi bir işlevinin bulunmaması gerektiği, dahası bankalara TMK m. 2'den kaynaklı güven kurumu işlevi yükleyerek de bu sonuca varılamayacağı yönünde bkz. **Özsoy**, s. 44-45. Aynı yönde keşideci ve lehdar arasında söz konusu olan havale ilişkisinde, banka için ağır yükümlülükler öngörülmesinin çekin niteliği ile bağdaşmadığı, bankaya ağır yükümlülükler yüklemek yerine, hamilin korunmasının keşideci ve lehdar arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ile sağlanması gerektiği yönünde bkz. **Helvacı**, Mehmet: Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi (Çek), Batider, C. XXV, S. 4, 2009, s. 248.

Çek Kanunu m. 2/1'deki bankalara çek hesabı açmak isteyen kişiye yönelik ekonomik ve sosyal durum araştırması yapma yükümlülüğü yüklenmesinin yerinde olmadığı, Çek Kanunu m. 2/1'in kaldırılması gerektiği, ancak sahte bir kimlikle çek hesabı açma olgusunun farklı değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda bankalara ilişkin olarak TTK m. 18/2 hükmünün işletilmesi gerektiği yönünde bkz. **Özsoy**, s. 46-47. Çek Kanunu m. 2/1 ile emredici nitelikte bir davranış kuralı öngörüldüğü yönünde bkz. **Özsoy**, s. 47-48.

sosyal araştırma ile ise kişinin sosyal konumunun[1279] çek kullanmaya elverişli olup olmadığı incelenmektedir[1280].

Ekonomik bağlamda kişinin mevcut malvarlığının araştırılması gerekmektedir. Bu hususta çek hesabı açtırmak isteyen kişilerin sunduğu belgeler ile yetinilmemelidir[1281]. İlgili araştırma tacir olmayan kişiler bakımından banka hesap bilgileri, tapu kayıtları ve gelirlerine ilişkin bilgiler kapsamında, tacirler bakımından ise bilanço ve finansal tabloları kapsamında olmaktadır[1282]. Bunun yanı sıra tacir ticaret ortaklığı ise sermaye yeterliliği, öz varlık-borç oranı önem taşımaktadır[1283]. Örneğin iflâs etmiş kişiye çek hesabı açılması Çek Kanunu m. 2/1 yönünden yerinde olmayacaktır[1284]. Kişinin mevcut malvarlığının araştırılması yalnızca çek hesabının açılması sürecinde değil çek hesabının açık olduğu tüm süreç bakımından geçerli kabul edilmektedir[1285]. Bankanın araştırma yükümlülüğü bir defaya mahsus bir yükümlülük olmayıp, süreklilik arz etmektedir[1286].

Sosyal bağlamdaki araştırma[1287] ise ekonomik bağlamdaki araştırmaya nazaran belirsizlik taşımaktadır. Öğretide bir görüşe göre sosyal bağlamdaki araştırma kapsamında çek kullanmamanın içinde bulunulan sosyal statü sebebiyle olağan görülmeyeceği kişilerin esas alınabileceği öne sürülmektedir[1288]. Bir başka görüşe göre ise bu kapsamda özel

---

[1279] Tacir olan ve tacir olmayan çeki bulunması (5941 sayılı Çek Kanunu m. 2/6) tacir olmanın ekonomik veya sosyal konum itibariyle çek keşide etmenin bir şartı olmadığı sonucunu doğurmaktadır.
[1280] **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 771-772.
[1281] 11. HD, T. 19.12.2014, E. 2014/12237, K. 2014/20101: "*Somut olayda, mahkemece davalı bankanın kendisine yapılan çek karnesi talebine yönelik başvuruyu usulüne uygun olarak incelediği ve gerekli araştırmayı yaptığı, basiretli bir tacir gibi hareket ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, yapılan değerlendirme dosya kapsamı ile uyuşmamaktadır. Zira, 3167 sayılı Çek Kanunu'nun 4814 sayılı Yasa ile değişik 2. maddesine göre, bankanın sadece hesap sahibinin sunduğu belgelerle yetinmeyip, hem hesap sahibinin hem de çek hesabı açacak şirketin yetkilisinin adresinden ekonomik durumlarını araştırması gerekmektedir.*" (Hukuk Türk).
[1282] **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak, s. 355; **Özsoy**, s. 51-52.
[1283] **Korkut**, Çek, s. 69.
[1284] **Özsoy**, s. 54-55; **Aydın**, s. 65. Çekle işleyecek hesap üzerinde rehin veya haciz bulunması durumunda çek defteri verilmesinin de bankanın basiretli davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. **Korkut**, Çek, s. 71.
[1285] **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak, s. 352.
[1286] **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 785.
[1287] Bu kapsamda kişinin gerçek kimliğinin tespitinin evleviyetle yapılması gerektiği yönünde bkz. **Özsoy**, s. 55.
[1288] **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 786. Araştırmanın kapsamına kişinin şöhreti (itibarı), ödeme ahlâkı ve hukuk kurallarına saygı derecesi gibi hususların da girmesi gerektiği yönünde bkz. **Bozgeyik**, Çek, s. 13.

hayatın gizliliğinin de dikkate alınmasıyla ekonomik durum ile ilişkili olduğu düşünülen bir başka ifadeyle ekonomik duruma etki edeceği düşünülen sosyal durum araştırmasının yeterli olacağı ifade edilmektedir[1289]. Kavramların belirsizliği, bankaların bu hususta ki sorumluluk sınırının da belirsizliğine yol açmaktadır[1290].

Çek hukuku bakımından bankaların basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ilgili hükümlerin yanı sıra yargı kararları ile de somutlaştırılmaktadır. Bu hususta bankanın yeni kurulmuş, ticarî faaliyetleri henüz izlenmemiş, banka nezdindeki mevduat miktarı oldukça düşük bulunan ortaklıklara çek hesabı açması durumunda; çek hesabı açmada gerekli özen ve basireti göstermediği gerekçesiyle kusurlu kabul edilmektedir[1291]. Yargıtay'ın bu hususta verdiği başka bir karara konu olayda, ölmüş bir kimse ortaklık hisselerini satın almış gösterilerek ortaklık yetkilisi yapılmış, ilgili ölmüş kişi adına birçok kişiye vekalet verilerek ortaklık adına çek düzenlenmesi sağlanmıştır. Bunun için öncelikle noterden sahte kimlik ile vekalet çıkartılmıştır. Somut olayda davacı ise söz konusu çekin karşılıksız çıktığı gerekçesi ile zararının tazmini için açtığı davada noteri ve bankayı davalı olarak göstermiştir. İlk derece mahkemesi noterin kambiyo ilişkisinin tarafı olmadığını ve bu nedenle notere husumet yöneltilemeyeceğini belirtmiştir. Olayda

---

[1289] **Korkut**, Çek, s. 72.

[1290] **Dirikkan**, s. 10-11. Bununla beraber getirilen yükümlülüğe uymamanın özel yaptırımının öngörülmemesinin de yerinde olmadığı yönünde bkz. **Dirikkan**, s. 12; **Özdamar**, Çek Kanunu, s. 9. Aynı yönde bankanın ölçütleri tam olarak belirli olmayan bir araştırma yükümlülüğüne tâbi tutulmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. **Helvacı**, Çek, s. 241.

Belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla 5941 sayılı Kanun m. 2/1 bakımından düzenleme önerisi için bkz. **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 792: "*Bankalar tarafından çek hesabı ancak, hesap açtırmak isteyen kişilerin, başvuru süreci itibariyle, bu hesabın kullanılmasına dair mali yeterliliklerinin bulunduğunun ve haklarında, ödeme alışkanlıkları açısından makul bir şüphe oluşmasına sebep olabilecek bir veri bulunmadığının tespit edilmesi durumunda açılabilir.*". Yazar ilgili düzenleme önerisi ile sosyal yeterliliğin tespitinin belirsizliğini gidermenin yanı sıra yeterliliğin yalnızca başvuru süreci ile sınırlı olarak araştırılması gerekliliğini ifade etmiştir. Aynı yönde ilk araştırmada güvenilir bulunan kişinin durumunun sonradan kötüleşmesinde bankanın sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin bkz. **Battal**, Güven Kurumu Banka, s. 235.

[1291] 11. HD, T. 30.05.2016, E. 2015/13672, K. 2016/5879: "*...davalı bankaların yeni kurulmuş bir firmaya çekle işleyecek bir hesap açarken ve yasanın, mevzuatın öngördüğü görev ve yükümlülükleri yerine getirirken bu işin gerektirdiği basiret ve özeni göstermediği, müşterisi ile yeterli ve zorunlu bir süre çalışmadan, işlem profilini ve kapasitesini öğrenip ticari faaliyetini izlemeden, başvurusundan çok kısa bir süre sonra önemli miktarda çek yaprağı ve karnesini vermekle %70 oranında kusurlu olduğu,...*"; 11. HD, T. 24.02.2016, E. 2015/14512, K. 2016/1995: "*... yeni kurulmuş vadesiz mevduat ortalaması 2.295,94 TL gibi çok düşük düzeyde olan bir firmaya önceki verdiği çek yapraklarının akibetini beklemeden bir vergi dönemi de geçirilmeden çok kısa aralıklarla çek karnesi verdiği, yüksek bir kredi açtığı, davalı bankanın olayda ağır kusuru olduğu,...*" (Hukuk Türk). Aynı yönde bkz. 11. HD, T. 06.03.2017, E. 2015/13561, K. 2017/1294 (Legalbank).

ilk defa hukukî ilişki içerisine girdiği sözleşme tarafını araştırmayan davacı ile çek hesabı açarken gerekli basiret ve özeni göstermeyen (vekaletname veren kişinin hayatta olup olmadığını araştırılması gerekirken zamanında araştırılmaması) banka ortak kusurlu bulunmuştur. Ancak temyiz incelemesinde Yargıtay, bankanın noterde düzenlenen belgeye istinaden çek karnesi verdiği, noterin görevi kapsamında nüfus cüzdanını ibraz eden kişinin gerçek kimliğini tespit ve cüzdanın sahte olup olmadığını araştırma hususunda yeterli incelemeyi yapmadığı ve kusurlu olduğu, bu nedenle davacının uğradığı zarar ile noterin davranışı arasında illiyet bağı bulunduğu, bu husus gözetilmeden hüküm tesis edilmesinin yerinde olmadığı yönünde karar vermiştir[1292]. İlgili kararda Yüksek Mahkeme noterin sorumluluğu hususunda yerinde tespit yapmakla birlikte, bankanın çek karnesi verirken gerekli araştırmayı yapmayarak gerekli basireti göstermediği ve bu nedenle bankanın da kusurlu olduğunu belirtmeme yönünden eksik değerlendirmede bulunmuştur[1293].

Öğretide Kanunda öngörülen ekonomik ve sosyal araştırmaya ilişkin yükümlülüğün bir belirsizlik taşıdığı öne sürülmektedir[1294]. Bu noktada bankaların göstereceği özenin aşırıya varan bir titizlik taşıması durumunda çek kullanımının yaygınlaşmasının olumsuz etkileneceği, bu nedenle gösterilecek özenin aşırıya kaçmadan belirli sınırlar dahilinde kalması gerektiği ifade edilmektedir[1295].

Çalışmanın ilgili birçok yerinde vurgulandığı üzere soyut kavramlarla tacirin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa varacak şekilde yorumlanmamalıdır. Soyut kavramlarla tacire yükümlülük yüklemek sorumluluk sınırlarını olması gerekenden fazla genişletmektedir. Bu durum uygulamada tacirin her somut olayda sorumlu olduğunun

---

[1292] 11. HD, T. 08.06.2015, E. 2015/3330, K. 2015/7880 (Hukuk Türk).
[1293] **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak, s. 352. Aksi yönde uygulamada bankaya ilişkin noter tarafından dahi sahteliği tespit edilememiş belgenin sahteliğini tespit (İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 06.10.2020, E. 2014/313, K. 2020/563) ve resmî evraka dayanak oluşturan belgelerin dahi sahte olup olmadığının incelenmesi (11. HD, T. 28.02.2011, E. 2009/9458, K. 2011/1998) gibi yükümlülükler öngörüldüğü, bu kapsamda kusursuz sorumluluğa varacak kararlar verildiği eleştirisi için bkz. **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 778-780. Yukarıda verilen kararla birlikte Yargıtay uygulamasında da bir birlik bulunmadığı görülmektedir.
[1294] **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 783. Mülga Kanun döneminde aynı yönde **Özdamar**, Çek, s. 9; **Dirikkan**, s. 10-11.
[1295] **Bozer/Göle**, Kıymetli Evrak, s. 318.

baştan kabulüne yol açabilmektedir. Somut olayda sorumluluğun tespiti bakımından illiyet bağının varlığı da etraflıca araştırılmalıdır[1296].

Çek Kanunu m. 2 bakımından belirtilenlerin yanı sıra Yargıtay kararlarında bu hususta hüküm kurulurken kişinin ticarî ilişki içerisinde bulunduğu karşı tarafa yönelik bir araştırma yapması gerektiği, bu hususun tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir gereği olduğu ifade edilmektedir[1297]. Bu kapsamda bankanın yanında çek hamilinin de ortak kusurlu olduğu kabul edilmektedir[1298]. Basiretli iş adamı gibi davranmanın ortak kusura ilişkin de bir nitelik gösterdiği yukarıda belirtilmişti[1299]. Bu hususta bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bankanın güven kurumu sıfatı[1300], çek

---

[1296] **Özdemir**, Çek Kanunu, s. 791-792. Çekin banka elinde iken kaybolmasına ilişkin bir yargı kararında da, davalı bankanın ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü de göz önünde bulundurularak kusurlu olduğu tespit edilse de illiyet bağının da varlığının araştırılması gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir [HGK, T. 02.12.2021, E. 2018/835, K. 2021/1569 (Hukuk Türk)]. Çeke ilişkin olmasa da bankanın sorumluluğuna ilişkin bir Yargıtay kararında, davacı taşınmaz alımına ilişkin olarak bankadan EFT işlemi gerçekleştirmiştir. Davacının yazdığı alıcı ismi ile paranın gönderildiği hesap sahibinin ismi benzer olmasına rağmen farklılık arz etmektedir. EFT işlemi birkaç seferde gerçekleştirilmiştir. Davacı, zarara bankanın sebep olduğunu ileri sürmektedir. İlk derece mahkemesi de alıcı ismi ile hesap sahibi isminin uyuşmaması durumunda bankanın ödeme yapmaması gerektiği, bu hususta basiretli iş adamı gibi davranmadığı nedeniyle ağır kusuru bulunduğuna hükmetmiştir. İstinaf incelemesinde de ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Ancak temyiz merci olan Yargıtay, taşınmaz alımına ilişkin parça parça gönderilen paralardan ilk EFT işleminde "*Yanlış Gelen Havale*" ifadesi ile paranın iade edildiği, ancak buna rağmen üst üste iki sefer daha EFT işlemi gerçekleştirildiğini tespit etmiştir. Davacı kendisini dolandırdığını iddia ettiği şahıslara ilişkin olarak Cumhuriyet Savcılığına şikâyette bulunmamış ve hukuk davası da açmamıştır. Bu nedenle davacının eylemlerinin banka yönünden illiyet bağını kesip kesmediğinin etraflıca incelenmesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilerek karar Banka yararına bozulmuştur [11. HD, T. 22.06.2022, E. 2020/8141, K. 2022/5175 (Hukuk Türk)].

[1297] Ortak (müterafik) kusurun yalnızca çek hamilinin tacir olduğu durumlar bakımından TTK m. 18/2 gereği söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Özsoy**, s. 73-74.

[1298] Bu yönde kararlar için bkz. 11. HD, T. 30.05.2016, E. 2015/13672, K. 2016/5879: "*…davacının ise ilk kez ticari ilişkide bulunduğu firma hakkında başkaca bir teminat almaksızın, firmanın ekonomik durumunu, geçmişini ve ticari kapasitesini öğrenmeden alışveriş yapmakla özensiz davrandığı, bu nedenle %30 oranında kusurunun bulunduğu…*"; 11. HD, T. 21.03.2016, E. 2015/13317, K. 2016/3073: "*…davacı tacir olup ticari işlem ve eylemlerinde basiretli davranmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük çerçevesinde davacının ticari ilişkide bulunduğu şahıslara dair gerekli araştırmayı yapması, borca karşılık kendisine verilen çeklerin sıhhatlerini araştırması gereklidir. Davacı tarafından bu yükümlülüğe uygun davranıldığı da ispat edilememiştir. Bu durum karşısında, meydana gelen zarara dair davalı bankanın kusuru yanında davacının da müterafik kusurunun bulunduğu…*"; 11. HD, T. 05.11.2014, E. 2014/10290, K. 2014/16860: "*…davacının da daha önce tanımadığı kişinin sadece çekine güvenerek ve bu kişinin ekonomik durumunu, ödeme kabiliyetini araştırmadan ticari ilişkiye girmekle kusurlu bulunduğu (BK 44), tarafların kusurlarının eşit oranda olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü…*"; 11. HD, T. 10.06.2014, E. 2014/6757, K. 2014/11081; 11. HD, T. 11.11.2004, E. 2004/1712, K. 2004/11165; 11. HD, T. 11.10.2004, E. 2004/390, K. 2004/9566 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 22.10.2020, E. 2020/283, K. 2020/4376 (Legalbank).

[1299] Bkz. yukarıda 1.5.6.3., s. 92.

[1300] Bu hususta açıklama için bkz. yukarıda 3.2.1.4.5., s. 194-195.

hesabı açma hususundaki tekel yetkisi ve Çek Kanunu m. 2'nin vurgusu karşısında çek hamilinin ortak kusur oranının yüksek olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

4.2.3. Sınai Mülkiyet Kanunu

Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı SMK kapsamında özellikle marka hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği "*bilme*" ve "*bilmenin gerekmesi*" hususlarının tespiti bakımından farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Aşağıda bu hususlar ele alınacaktır.

4.2.3.1. Kötüniyete Sonuç Bağlanan Durumlarda

SMK'da kötüniyetin tanımı ve nasıl tespit edileceği açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide marka hukuku bağlamında kötüniyet, marka sahibinin tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğüne veya iptaline karar verilebileceğini bilmesi veya hâl ve şartlara göre bilmesi gerekmesi olarak ifade edilebilir[1301]. Basiretli iş adamı gibi davranma ihmalin (gerekli özenin gösterilmemesinin) tespiti bakımından bir ölçü niteliğinde kabul edildiğinden, kötüniyetin varlığının tespiti bakımından da sonuç doğuracaktır[1302].

[1301] Kötüniyet iyiniyet üzerinden de tanımlanmakta, bir madalyonun iki yüzü oldukları ifade edilmektedir. Bu bağlamda kötüniyet, hak sahibi olmadığını bilmesine rağmen dürüstlük kuralına aykırı şekilde tescil için başvuruda bulunma olarak da tanımlanmaktadır [**Can**, Ozan: Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler, TFM, C. 1, S. 1, 2015, s. 49]. Kötüniyet kavramına ilişin öğreti görüşleri için bkz. **Çoban**, Yiğit Türker: Türk Marka Hukukunda Hükümsüzlüğün ve İptalin Etkisinin Kesin Hükümle İlişkisi, LMHD, C. 13, S. 147, 2017, s. 584 vd.

[1302] Yargıtay'ın endüstriyel tasarımlarla ilgili bu yönde verdiği karar için bkz. HGK, T. 27.03.2013, E. 2013/11-209, K. 2013/399: "*Davalının basiretli bir tacir olmasının beklenmesi nedeniyle de (TTK m. 20/2), kendisinin de içinde bulunduğu ilgili piyasada daha önce kamuya sunulmuş olan ürünler hakkında yeterli derecede bilgiye sahip olduğunun kabulü gereklidir. Buna rağmen davalı, piyasada yaygın olarak 1991 yılından beri var olan bir ürünü kendi tasarımıymış gibi 1997 yılında tescil ettirmiştir.*

Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyi niyet iddiasında bulunamayacağında da şüphe yoktur (TMK. m. 2).

Bu itibarla, davalının Türkiye'deki endüstriyel tasarım tescillerinde uygulanan incelemesiz sistemden yararlanarak tescilini sağladığı, ancak daha sonra yeni ve ayırt edici niteliğinin bulunmaması nedeniyle koruma kapsamında olmadığı mahkemece belirlenerek hükümsüzlüğüne karar verilen "harc-ı alem" tasarım tescili ve bu tescile dayalı hakları yukarıda ayrıntı olarak açıklandığı üzere 554 sayılı KHK'nin 45/1 maddesi hükmü uyarınca hiç "doğmamış" sayılır ve gerçekte var olmayan bir hak iddiası ile davacı tarafta oluşmasına neden olunan zararların tazmini gerekir." (Legalbank).

Öğretide kötüniyetin tespitindeki "*bilme*" ve "*bilmenin gerekmesi*" unsurunun objektif olgulara göre değerlendirileceği ifade edilmektedir[1303]. "*Bilme*" ve "*bilmenin gerekmesi*" unsuru basiretli iş adamı gibi davranma ile ilişkilendirilmekte, tacirden tescil talebinden önce piyasada araştırma yapması ve faaliyet gösterdiği alanı takip etmesi beklenmektedir[1304].

Kötüniyete birtakım hukukî sonuçlar bağlanmaktadır. İlk olarak ifade edilmelidir ki kötüniyet nispî tescil engeli olarak öngörülmüştür (SMK m. 6/9)[1305]. Markanın mutlak veya nispî tescil engeline rağmen tescil edilmiş bulunması durumunda ilgili tescil engelleri hükümsüzlük nedenidir (SMK m. 25/1). Bu bağlamda kötüniyetli tescil de hükümsüzlük nedeni oluşturmaktadır. Yargıtay kötüniyetli tescil konusunda basiretli iş adamı gibi davranma kavramı ile ilişki kurmakta, tacirin basiretli iş adamı gibi davranmaması (bu kapsamda tescil talebinde bulunduğu ürün grubuna ilişkin işaretin daha önceki haklı kullanımının varlığını araştırmaması) durumunda kötüniyetli olduğunu öngörerek hükümsüzlük kararı tesis etmektedir[1306]. Önceki markanın tanınmış olması kötüniyet olasılığını artırmaktadır.

[1303] **Karasu**, Rauf: Spekülasyon ve Engelleme Markaları (Marka), FMR, C. 8, S. 3, 2008, s. 20.

[1304] **Karasu**, Marka, s. 20; 11. HD, T. 02.11.2015, E. 2015/4426, K. 2015/11337: "*... aynı sektörde çalışan davalının davacı markasından haberdar olmamasının da hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davalının basiretli tacir gibi davranmayıp kötü niyetle dava konusu markayı adına tescil ettirdiği...*" (Lexpera); 11. HD, T. 23.06.2000, E. 2000/5459, K. 2000/5902: "*...davalının aynı markayı Türkiye'de tescil ettirirken basiretli bir işadamı gibi davranıp davranmadığını, başka anlatımla iyiniyetli olup olmadığının..*" (Legalbank).

SMK m. 27/3-a yönünden bu kabulle tacirlere geniş bir araştırma ödevi yüklemenin basiretli iş adamı gibi davranmanın sınırlarını çok genişleteceği, özellikle tecavüz davalarının açılması bakımından kişileri çekinceye sürükleyeceği gerekçesiyle eleştirisi için bkz. **Çoban**, s. 587-588.

[1305] Bkz. SMK m. 6/9: "*Kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.*". Kötüniyetin hiçbir şekilde korunmaması gerektiği ilkesi uyarınca kötüniyetin mutlak red nedeni olarak düzenlemesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. **Karasu**, Rauf **(Suluk**, Cahit/**Nal**, Temel), Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 194. Kötüniyetli tescile ilişkin ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. **Balık**, İfakat: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili, Batider, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 446 vd. Tasarımın tescilinde kötüniyete ilişkin aynı yönde bkz. SMK m. 67/2.

[1306] Bu yöndeki bir karar için bkz. 11. HD, T. 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699: "*... davalı da çay konusunda uluslararası ticari alanda faaliyet gösteren bir kuruluş olması nedeniyle dünyadaki bu konudaki gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu zorunluluk basiretli bir tacir olmanın da zaruri sonucudur. O halde, aynı sahada çalışan davalının 15 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, TTK.nun 20/2 nci maddesine aykırı olduğu gibi, MK.nun 2.maddesine göre de mümkün görülemez. Şu halde, Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 6.maddesi 3.bendi anlamında kötüniyetli bir tescil vardır ve bu şekilde oluşturulan tescilin terkini gerçek marka sahibince talep edilebilir.*" (Legalbank).

İkinci olarak kötüniyet markanın hükümsüzlüğüne ve iptaline karar verilmesinin etkisinde kendini göstermektedir. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda, hükümsüzlük kararı geriye etkili sonuç doğurur, markaya SMK koruması hiç sağlanmamış sayılır (SMK m. 27/1). Markanın iptali durumunda ise iptal kararı, iptal talebinin Türk Patent Kurumuna sunulduğu tarihten itibaren etkilidir. Ancak talep üzerine, iptal hâllerinin daha önceki bir tarihte doğması durumunda, iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilmektedir (SMK m. 27/2). Markanın hükümsüzlük ve iptali kararının geriye dönük etkisi, karardan önce, markanın sağladığı haklara tecavüz nedeniyle açılan davada verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararları etkilememektedir. Ancak marka sahibinin ağır ihmali veya kötü niyetli olarak hareket etmesi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talepleri saklıdır (SMK m. 27/3-a)[1307]. Örneğin kişi, basit bir araştırma ile aynı markanın daha önce tescil edildiğini fark edecek olmasına rağmen marka tescili başvurusunda bulunmuş ve başvurusu kabul edilmiş ve tescil gerçekleşmiş olabilir. Aynı kişi daha sonra başka kişilere tecavüz sebebiyle dava açar, kazanır ve sonrasında kendi markasının geçmişe etkili bir şekilde hükümsüzlüğüne karar verilirse burada kötüniyet ve sorumluluk hukuku bağlamında ihmalin varlığı söz konusu olacaktır[1308].

Üçüncü sonuç ise sessiz kalma yoluyla hak kaybının düzenlendiği SMK m. 25/6 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereği marka hakkı sahibi sonraki tarihli markanın kullanımını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde beş yıllık bir süre boyunca sessiz kalması durumunda hükümsüzlük talebinde bulunma hakkını kaybetmektedir. Ancak sonraki kullanım kötüniyetli ise hükümsüzlük talebinde bulunma hakkı süreye bağlı olmaksızın devam etmektedir[1309]. Kötüniyetin tespiti bakımından bu bağlamda

---

[1307] 11. HD, T. 18.09.2014, E. 2013/11-209, K. 2013/399 (Legalbank). Coğrafî işaretlerin hükümsüzlüğüne ilişkin aynı yönde bkz. SMK m. 51/2. Tasarımın hükümsüzlüğüne ilişkin aynı yönde bkz. SMK m. 79/2. Patente ilişkin aynı yönde bkz. SMK m. 139/2.

[1308] **Çoban**, s. 585-586, dn. 48.

[1309] HGK, T. 15.04.2015, E. 2013/1831, K. 2015/1198: "*...Mahkemece, davacıya ait "TIGER" markası ile şekil markalarının davalının tescil başvurularının yapıldığı tarihlerde dünyanın pek çok ülkesinde tescilli olduğu, WIPO kriterlerine ve yapılan reklam ve tanıtım harcamalarına göre tanınmış marka niteliğinde bulunduğu, davacının "TIGER" markası ile davalının "TAY.GER" ve "TAYGER" markalarının ve şekil markalarının çok büyük ölçüde benzer olduğu, alıcıların davalıya ait ürünü, davacı tarafından üretilen ürünler olduğunu zannederek satın alabileceği, ayrıca davalı şirket tarafından davacıdan lisans alınarak üretilen ürünler olduğu kanaatinin ortaya çıkabileceği, aynı sektörde faaliyet gösteren davalı şirketin*

marka sicilinin incelenmesi ve marka bülteninin takip edilmesi basiretli davranmanın bir gereğidir (SMK m. 2/1-i, 2/1-ç)[1310]. Zira sicilin alenî olması sonraki tarihli kullanıcının iyiniyetli olmama ihtimalini artırmaktadır. Ancak yine de basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği her somut olayda baştan tacirin kötüniyetli olduğu sonucunu doğurmamalıdır[1311].

4.2.3.2. Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı Durumunda

Markanın hükümsüzlüğüne ilişkin SMK m. 25/6 düzenlemesinde "*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*" denmektedir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı bakımından da marka sahibinin sonraki kullanımı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi aranmaktadır. Bu durumda marka sahibinin tacir olması durumu farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Yargı kararlarında da bu hususta basiretli iş adamı gibi davranma kavramına vurgu yapıldığı görülmektedir[1312].

---

dünya çapında tanınan davacıya ait marka tescillerinden haberdar olmamasının mümkün görülemeyeceği, dava konusu markaların Türkiye'de davacı tarafından davalının tescillerinden çok daha eski tarihten itibaren kullanılıp tanıtıldığı, böylece sessiz kalma yoluyla hak kaybının somut olayda gerçekleşmediği, davalı karşı davacının hükümsüzlük talebine konu markaları kendisinin toplumda tanınmışlık düzeyine ulaştırdığını ispatlayamadığı, tescil anında var olan ve sonraki devam eden kullanım süresince mevcut kötüniyetin hukuken hiçbir şekilde korunmaması gerektiği, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına itibar edilemeyeceği..."; HGK, T. 16.07.2008, E. 2008/501, K. 2008/507: "*...Paris Sözleşmesinin 1.mükerrer 6. maddesine dayalı olarak tanınmış markanın aynısını tescil ettiren davalının TTK.nun 20/2, MK.nun 2. maddesi hükümleri karşısında kötü niyetli sayılması gerekeceği...*" (Hukuk Türk). Tasarıma ilişkin benzer yönde bkz. SMK m. 71/3, m. 72/3. Patente ilişkin aynı yönde bkz. SMK m. 111/3.

[1310] **Şahin**, Mehmet: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 74.

[1311] Bu hususta bir Yargıtay kararında, davacı "*KTS*" ibareli tescilli markanın sahibidir. İlgili marka gübre emtiasına ilişkindir. Davalı ise, "*GROW MORE KTS-FORTE*" ibareli markayı aynı ürün grubu bakımından kullanmaktadır. Davacı, markası ile davalı markasının benzerlik taşıdığı, iltibasın söz konusu olduğu, bu hususun davalı tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği, davalının basiretli iş adamı gibi davranmadığı gerekçesi ile maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmaktadır. Kararda 15 yıllık kullanımı bulunan davalının davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığını da ispat edemediği vurgusu ile davacı yararına hüküm tesis edilmiştir [11. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/3688, K. 2020/2365 (Hukuk Türk)].

[1312] 11. HD, T. 15.10.2009, E. 2008/663, K. 2009/10891: "*Somut uyuşmazlıkta, davalının 10 yılı aşkın bir süredir davacı markasının benzeri olan ve TPE tarafından tescil ve ilan edilen davaya konu markayı kullandığını TTK'nun 20.maddesi uyarınca basiretli bir tacir gibi davranması gereken davacının objektif olarak bilmesi ya da bilebilmesi gerektiğinden, marka hakkının ihlaline çok uzun süre itirazsız olarak*

4.2.3.3. Markanın Taklit Olduğunun Bilinmesi veya Bilinmesinin Gerekmesi Durumunda

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller SMK m. 29'da hüküm altına alınmıştır. SMK m. 29/1-c'de "*Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak*" tecavüz fiili olarak düzenlenmiştir. Tecavüz fiilinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için markanın taklit edildiğini bilmek ya da bilmesi gerekmek vurgulanmıştır. Bilmesinin gerekmesi, bu konuda bilgi elde edebilecek veya ihlâli öngörebilecek durumda olmayı ifade etmektedir[1313].

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü markanın taklit olduğunun bilinmesi gereğini güçlendirmektedir[1314]. Örneğin uzun bir süredir belirli bir faaliyet alanında satış yapan, bu kapsamda bu alandaki markaları yakından bilen tacirin, taklit markayı ayırt edebilmesi gerekmektedir[1315]. Yine tanınmış bir markaya benzer işaret taşıyan malları piyasa değerinin oldukça altında tedarik eden tacir, markanın taklit edildiğini bilebilecek durumdadır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin faaliyet alanına ilişkin mallarda taklit marka kullanılıp kullanılmadığını araştırmasını gerektirir[1316]. Bu hususta bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayda, davalının davacının markası ile iltibasa yol açacak taklit markalı ürünü iş yerinde bulundurarak pazarladığı ve bu kapsamda marka hakkına tecavüz oluştuğu ilk derece mahkemesi tarafından tespit

---

katlandıktan sonra işbu hükümsüzlük davasını açması; aradan geçen süre içerisinde davalının markasına emek ve sermaye koyarak yarattığı mal varlığı değerlerinin yok olması sonucuna yol açacağından, bu durumun ortadan kaldırılmasına yönelik dava hakkının kullanılması MK'nun 2.maddesine göre himaye edilemez." (Hukuk Türk).

[1313] **Bozgeyik**, Hayri: Marka Hakkının Korunması (Marka), 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 73.

[1314] **Bozgeyik**, Marka, s. 75.

[1315] 11. HD, T. 27.95.2014, E. 2014/3391, K. 2014/9751: "*...asıl dava davalısı K.T.'nın elektrik malzemesi alım-satımı ile iştigal etmesi sebebiyle satışa sunduğu emtianın taklit marka ile üretilmiş ürün olduğunu bilmesi gerektiği, bu hususun 6102 Sayılı TTK'nın 18/2 maddesinin bir gereği olduğu...*"; 11. HD, T. 07.03.2013, E. 2012/4120, K. 2013/4258 (Hukuk Türk); 11. HD, T. 15.12.2014, E. 2014/12778, K. 2014/19735: *"... aynı iş kolunda çalışan davalıların markanın kime ait olduğu, ürünün taklit olup olmadığı hususunda bilgi sahibi olabilecekleri, davalıların basiretli tacir gibi davranma yükümlülüklerinin bulunduğu...*" (Lexpera).

[1316] **Arkan**, Sabih: Marka Hukuku, C. II, Ankara 1997, s. 217.

edilmiştir. Ancak mahkeme maddî ve manevî tazminat talebi için kusurun varlığının gerektiği, somut olayda davalının kusurlu olmadığı, iyiniyetli olduğu yönünde karar vermiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirin taklit markalı ürünleri bulundurmasında kusurlu olduğu yönünde hüküm tesis eden Özel Daire Kararını onamış, direnme kararını bozmuştur[1317]. Bu hususta bir başka kararda, davacının sırf tacir olduğundan hareketle markanın taklit olduğunu bilmediği savunmasının dinlenemeyeceği yönünde hüküm tesis edilmiştir[1318]. Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi kanaatimizce yerinde bulunmamaktadır. Her ne kadar basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği tacirler bakımından bilme ve bilmesinin gerekmesi hususunun farklı ve ağır yorumlanmasını gerektirse de baştan savunmanın dinlenemeyeceğinin öngörülmesi uygun değildir.

Yargıtay kararına konu bu hususta bir olayda taşıyıcının basiretli iş adamı gibi davranması gerekse dahi taşıdığı ürünlerin taklit olduğunu tespit etme imkânı olmadığı yönünde hüküm tesis edilmiştir[1319]. Anılan karar ile çelişki oluşturabilecek bir başka Yargıtay kararında taşıyıcının taklit markalı ürünleri taşımış, özet beyanda bulunarak gümrük işlemine tâbi tutmuş olmasının malın göndericisi veya alıcısı olmasa dahi basiretli iş adamı gibi davranma gereğine aykırılık taşıdığı yönünde hüküm tesis edilmiştir[1320].

[1317] Bkz. HGK, T. 17.12.1997, E. 1997/11-836, K. 1997/1071 (Hukuk Türk). Aynı yönde bkz. 11. HD, T. 25.04.2006, E. 2005/5091, K. 2006/4635 (Hukuk Türk).

[1318] 11. HD, T. 25.02.2015, E. 2014/16190, K. 2015/2521: *"...malları satan kişinin tacir olması halinde, basiretli işadamı gibi davranması, aynı ticaret alanında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerektiği, tacir olan davalı ...'nin ürünlerin taklit olduğunu bilmediği savunmasının dinlenmesinin mümkün olmadığı, şu durumda davalı ...'nin, maddi tazminattan sorumlu olması gerektiği..."* (Hukuk Türk).

[1319] 11. HD, T. 05.05.2014, E. 2014/161, K. 2014/8449 (Hukuk Türk).

[1320] 11. HD, T. 17.06.2014, E. 2014/4552, K. 2014/11600 (Hukuk Türk).

SMK kapsamında bilme ve bilmesinin gerekmesi hususlarına hüküm bağlanan başka durumlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda tasarım hakkının kapsamı ve sınırlarına ilişkin bkz. SMK m. 59/2- 2. cümle: "*Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez.*". Patent ve faydalı model hakkına tecavüz sayılan fiiller bakımından bkz. SMK m. 141/1-b: "*Kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen buluş konusu ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.*".

SONUÇ

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği "*Tacir Olmanın Hükümleri*" başlığı altında TTK m. 18/2'de hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca her tacirin ticaretine ilişkin tüm faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir.

Basiretli iş adamı gibi davranma, ticarete ilişkin faaliyetlerde, alanın özelliklerine hâkim olarak gerçeği ve doğruyu idrak etme ve buna uygun hareket etme hususunda öngörülü, dikkatli, özenli ve oluşabilecek olumsuz durumlara karşı tedbirli şekilde davranmayı ifade etmektedir. Verilen geniş tanımdaki sübjektif kavramlara ilişkin tüm özellikleri kümülatif olarak içermesi gereken basiretli davranışın tespiti ise objektif bir ölçü ile yapılmaktadır. Bu itibarla tacirin somut olayda basiretli iş adamı gibi davranıp davranmadığının tespiti, aynı alanda faaliyet gösteren ve aynı büyüklükte bir işletmeyi işleten tacirin göstermesi gereken davranış ile karşılaştırılarak ortaya konulur. Ancak bu tespit yapılırken somut olayın tüm özelliklerinin göz önünde bulundurulması ve tüm değişkenlerin hesaba katılması suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekir.

Basiretli davranmaya ilişkin öngörülebilirlik ve buna dayalı olarak dikkatli, özenli ve tedbirli olmak makul sınırlar içerisinde mümkün olup, tacire insan-üstü bir davranış ölçüsü yüklemek suretiyle olağanüstü bir öngörü yeteneği beklentisi yerinde bulunmamaktadır. Makul sınırların tespitinde idare ile olan ilişkilerde makul beklentilerin korunması ilkesi, özel hukuk ilişkilerinde ise güven teorisinin etkin uygulamasının faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Bu yolla basiretli iş adamı kavramının uygulamadaki katı yorumu yumuşatılarak daha hakkaniyetli bir zemine oturtulabilir.

Basiretli iş adamı gibi davranma hukukî niteliğinin izahı ile işlerlik kazanabilecek bir kavramdır. Öğretide kavramın hukukî niteliğine yönelik birçok görüş ileri sürülmüştür. Çalışmamızda ilgili görüşlerin aktarılmasının ardından kanaatimize yer verilmiştir. Bu itibarla öncelikle ifade edilmelidir ki basiretli iş adamı gibi davranma kusurun (ihmalin) tespiti bakımından objektif bir özen ölçüsü niteliği taşımaktadır. Kavramın Roma hukuku bağlamında tarihsel kökeni (bonus pater familias) ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri (HGB § 347/1) ve düzenlemelere ilişkin öğreti görüşleri ile yargı kararları da bizi bu kabule götürmektedir. Kişinin davranışı eğer basiretli iş adamı davranışı gibi görülüyor ise kusuru bulunmayıp, sorumluluğu yoluna da gidilemeyecektir. Ancak kişinin davranışı

basiretli iş adamı gibi davranma niteliğinde kabul edilemiyor ise, kişi ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaktadır. Bu tespit yukarıda belirttiğimiz üzere somut olay bakımından aynı alanda faaliyet gösteren ve aynı büyüklükte bir işletmeyi işleten tacirin göstermesi gereken davranış ile karşılaştırılarak ortaya konulur. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği kusurun tespiti bakımından objektif bir özen ölçüsü olmasının yanı sıra sözleşmesel ilişkilerde özen yükümlülüğü niteliği de göstermektedir. Özen yükümlülüğü niteliği bağlamında basiretli iş adamı gibi davranma esas olarak yan yükümlülük niteliğinde olup, somut olayın özelliklerine göre ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak da koruma yükümlülüğü olarak da anlam ihtiva edebilecektir. Ancak özen yükümlülüğünün aslî edimin içeriğine eklemlendiği durumlarda (örneğin vekalet sözleşmeleri bakımından) basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü de aslî edimin içeriğinde kabul etmek gerekir. Bu kapsamda basiretli iş adamı gibi davranmanın yükümlülük bakımından türü sözleşmenin tipine ve somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir. Kavramın külfet niteliğinde olup olmadığı hususunda ise ifade edilmelidir ki, başlı başına hukukî bir kurum olarak külfet niteliğinde olmasa da külfet teşkil eden davranışın özenli bir şekilde yerine getirilmesi bakımından esas alınması gereken bir ölçü mahiyetindedir. Basiretli iş adamı gibi davranma külfete konu davranışın özenle yerine getirilmesi bakımından da etki gösterir. Külfete konu ihlâlin kusurlu olup olmadığını tespitte basiretli iş adamı gibi davranma yine bir objektif özen ölçüsü olarak esas alınacaktır. TTK m. 18/2 düzenlemesinin tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğine yönelik görüşler bakımından ise, öğretideki hâkim görüşün aksine hükmün emredici nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Zira kanaatimizce hüküm zayıfları koruma amacı gösterebilecektir. Nitekim taraflarca TTK m. 18/2'nin aksinin kararlaştırılabileceğinin kabulü sözleşmenin güçlü konumundaki tacirin bu hususu kendi lehine kullanabileceği sonuçlar doğurabilecektir.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin hukukî sorumluluğun tespiti bakımından belirleyiciliği düşünüldüğünde uygulama kapsamı da önem arz etmektedir. Kişi bakımından uygulamaya bakıldığında öncelikle TTK m. 18/2 hükmünün yeri ve içeriği doğrultusunda tacir sıfatının tespitinin gerektiği anlaşılmaktadır. Çalışmamızda tacir sıfatına ve tacire ilişkin hükümlere tâbi olmaya yönelik özel durumlara ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Ancak burada tüzel kişi tacirler bakımından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün fiilî olarak tüzel kişinin yürütme organı olan yönetim organı özelinde

somutlaştığı belirtilmelidir. Nitekim tüzel kişinin iradesi dış ilişkide yürütme (icra) organı tarafından ortaya konmaktadır (TMK m. 50/II). Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de bu kapsamda tüzel kişi adına giriştikleri işlemler bakımından tüzel kişinin yürütme organında bulunmaktadır. Organın fiillerinden ötürü tüzel kişiye karşı sorumluluk ölçütü ise kanunî düzenlemeler ve sözleşmesel ilişki bağlamında ayrıca tayin edilecektir (TMK m. 50/III). Basiretli iş adamı gibi davranmanın zaman bakımından uygulanması bağlamında ise tacir sıfatının kazanıldığı ve kaybedildiği anın tespiti önem taşımakla birlikte, çalışmamızda bu kapsamda özellik arz eden hususların (örneğin ticarî defterlerin saklanma süresi ve ek tasfiye kurumu) ortaya konmasına da gayret edilmiştir. Faaliyet bakımından uygulama kapsamında ise gerçek kişi tacirler ve tacir sıfatı bir ticarî işletme işletmeye bağlı olan dernek ve vakıfların yalnızca faaliyet gösterdikleri alana ilişkin olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülükleri bulunmaktadır. Zira basiretli davranma gerekliliğine bağlı hukukî sonuçlar, tacirin, ticarî faaliyet alanına ilişkin olarak bilgi ve tecrübeye sahip olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ticaret ortaklıkları ve kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk hükümlerine göre kurulan veya ticarî şekilde işletilen kuruluşları ticarî işletme şartı bulunmaksızın tacir sıfatına sahip bulunduklarından her türlü faaliyetleri bakımından basiretli iş adamı gibi davranmaları gerekir. Ticaret ortaklıkları bakımından işletme konusu bu hususta bir sınır teşkil etmez kanaatindeyiz. Zira işlem işletme konusu dışında olsa bile kural olarak ortaklığı bağlamaktadır. Hâkim teşebbüs bakımından ise ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerde sorumluluğa ilişkin düzenlemeler bakımından basiretli iş adamı gibi davranmaları gerektiği tespit edilmiştir.

Basiretli iş adamı gibi davranma, TMK, TBK, TTK ve ilgili mevzuatı kapsamında birtakım farklı hukukî sonuçlara yol açmaktadır. Bu kapsamda kavramla ilişkili hukukî sonuçlar ortaya konmalıdır. TMK m. 2 bağlamında tacirin dürüstlük kuralına uygun davranışı ancak basiretli bir tacirin davranışı esas alınarak tespit edilmelidir ve bu tespit dürüstlük kuralının tacir bakımından uygulaması hususunda farklılık oluşturacaktır. Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği, tacirin dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığının tespit ederken kullanılacak ölçüyü (gösterilmesi beklenen özen seviyesini) ağırlaştırmaktadır. TMK m. 3 uyarınca iyiniyete hüküm ve sonuç bağlanan hâllerde durumun gerekleri uyarınca kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamamaktadır. Burada kişinin kendisinden beklenen özeni

gösterse de somut olaydaki hukukî eksikliği bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi durumunda iyiniyet iddiası kabul edilir. Tacir olmayan bir kişinin bilmediği veya bilmesinin gerekmediği bir hususu tacirin bilmesi beklenebilir. Bu kapsamda somut olay tacirin ticaretine ilişkin faaliyetlerinde öngörülü, tecrübeli, dikkatli ve tedbirli olması gereğine göre değerlendirilir.

Basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği TBK kapsamında da sorumluluğun dayanağı bakımından farklı hukukî sonuçlara yol açmaktadır. Çalışmamızda özellikle sözleşmenin her aşamasına ilişkin tacir bakımından farklılık arz eden hususlar ele alınmıştır. Bu hususta öğreti ve uygulamayı en çok meşgul eden hususlar, tacirlerin imkânsızlığa, irade bozukluğu hâllerine, aşırı yararlanma hükümlerine, aşırı ifa güçlüğüne ve mücbir sebebe başvurup başvuramayacakları hususlarıdır. İlgili hususların yer aldığı hükümler genel hükümlerdir, bu nedenle ilgili hükümlerin tacirlere uygulanmayacağının baştan ön kabulü yerinde bulunmamaktadır. Belirtilen kurumların tümü tacirler bakımından da uygulanabilir. Kanunda aksi yönde açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak hükümlerin uygulanmasına ilişkin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği sebebiyle farklı bir değerlendirme gerekmektedir. Bu itibarla basiretli iş adamı gibi davranması beklenen tacir tecrübesizliğine ve deneyimsizliğine dayanarak hukukî bir sonuç elde edemez. Basiretli tacirin öngörülü olması gerektiğinden, "*öngörülmezlik*" hususuna hukukî sonuç bağlandığı hâllerde, bu husus tacir bakımından farklı değerlendirilecektir. Sözleşmenin güven teorisi uyarınca yorumu da tarafın tacir sıfatının bulunması durumunda farklılık arz edecektir. "*Bilme ve bilmesinin gerekmesi*" hususlarına hüküm bağlandığı hâllerde tacir ortalama bir kişiden daha bilgili ve tecrübeli sayıldığından, ortalama bir kişinin bilmediği veya bilmesinin gerekmediği hususları bilmesi beklenmektedir. Ancak tekrar vurgulanmalıdır ki, basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile tacire bir "*üst insan*" kimliği yüklenmesi, olabilecek her durumu öngörmesinin beklenmesi ve neredeyse her olayda sorumluluğunun bulunduğunun baştan kabulü yerinde değildir. Her somut olay kendi şartlarında değerlendirilmelidir.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirlerin ekonomik ve sosyal konumlarının farklılığı sebebiyle her tacir bakımından ve her faaliyet bakımından aynı özeni ihtiva etmez. Bu bağlamda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü taciri her koşulda sözleşmenin güçlü konumuna yerleştirmez. Nitekim basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacir de sözleşmenin korunması gereken tarafında olabilmektedir. Bu

kapsamda özellikle küçük ölçekli işletme sahiplerinin büyük ölçekli işletme sahipleri karşısında korunmaları sağlanmalıdır. TTK m. 1530 da bu hususu teyit eder nitelikte bir düzenlemedir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, özel hukuk veya kamu hukuku kişisi olması fark etmeksizin sözleşmenin karşı tarafına dürüstlük kuralına aykırı davranmayı, hakkını açıkça kötüye kullanmayı ve gösterilmesi gereken özeni göstermemeyi bahşetmez. Bu husus örnek minvalinde bankaların tacirlerle akdettiği genel işlem koşulu içeren kredi sözleşmeleri özelinde somutlaştırılabilir. Genel işlem koşulu içeren ve faaliyet alanı gereği özellik arz eden sigorta sözleşmeleri bakımından da aynı husus geçerlidir. Bahsedilen hususlar yargı uygulamasında da yer etmektedir. Çalışmamızda yargı kararlarının bu bağlamda değerlendirilmesine gayret edilmiştir.

TTK kapsamında ilişkili hukukî sonuçlar bakımından ise tespit ettiğimiz tacir olmaya ve ticarî işe bağlanan birtakım hükümlerin temelinde yatan düşünce kanaatimizce tacirin öngörülü, basiretli, tedbirli davranması gereğidir. İlgili düzenlemeler bu varsayım ve beklentiden hareketle kaleme alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerin yorumu basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile bağlantı kurulması suretiyle farklılaşabilecektir. Çalışmamızda ilgili düzenlemeler basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliği ile ilişkilendirilerek açıklanmıştır. Bu bağlamda çalışmamızda ilgili bulunduğu tespit edilen tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edememesi (TTK m. 22), fatura ve teyit mektubunun içeriğine itiraza ilişkin süre sınırlaması (TTK m. 21/2, m. 21/3), ticarî örf ve âdetin uygulanması (TTK m. 2/3), ticarî defter tutulması, saklanması ve zayi belgesi alınması (TTK m. 18/1, m. 64/2, m. 82) ve yetki sözleşmesi düzenlenmesi (HMK m. 17) hüküm ve sonuçları basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile bağlantı kurularak değerlendirilmiştir. Ticarî işlerde faize ilişkin düzenlemeler de tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliği ile ilişkili olarak ele alınmıştır. Ticarî işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabilmesi basiretli iş adamı gibi davranma ile ilişkili bulunmakta, basiretli tacirin ödeyeceği faiz oranını da müzakere edebilmesi ve öngörebilmesi beklenmektedir. Ancak somut olayda ticarî işlerde faiz borçlusu tacir olmayan bir kişi de olabilir. Bu kapsamda olması gereken hukuk bakımından kanaatimizce faiz oranının serbestçe belirlenmesinin ticarî işler bakımından değil tacirler arasındaki işler bakımından söz konusu olması menfaatler dengesinin sağlanması bakımından daha uygun olurdu. Bir başka bakış açısıyla olması gereken hukuk bakımından ticarî iş tanımının yalnızca tacirin ticarî işletmesiyle ilgili işlemler ile sınırlanması da bizi aynı

sonuca götürecektir[1321]. Her iki kabulde de ticarî işlerde faiz tacirin basiretli, öngörülü ve müzakere edebilir özelliği ile bağlantılı olarak yalnızca tacirler arasındaki işlemler bakımından serbestçe kararlaştırılabilir.

Taşıma hukukunda taşıyıcının, sigorta hukukunda sigorta ortaklıklarının, sermaye piyasası hukuku bağlamında sermaye piyasası kurumlarının, çek hukuku kapsamında bankaların faaliyetlerinin tehlikeliliği ile bağlantılı özellikli tacir sıfatları basiretli iş adamı gibi davranma gereğini de ağırlaştırmaktadır. Yine sınai mülkiyet hukuku kapsamındaki düzenlemelerde kötüniyete ve bilme ve bilmenin gerekmesine hüküm ve sonuç bağlanan durumlarda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü değerlendirmeyi farklılaştırır. Anılan hususlarda özellikle sorumluluk düzenlemeleri farklı değerlendirilmektedir. Çalışmamızda tacir sıfatının özellik arz ettiği söz konusu hususlarda ilgili özel düzenlemelerin ve yargı kararlarının da değerlendirilmesi suretiyle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün somutlaştırılmasına gayret edilmiştir. Faaliyetin tehlikeliliği ile bağlantılı özellikli tacir sıfatı basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün de daha ağır yorumlanmasına sebep olmaktadır.

[1321] Bkz. ve karş. HGB § 347/1 ve 343.

KAYNAKÇA

Acaroğlu, Büşra: Kur'ân'da "Basîret" Kavramı, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2020.

Açıkgöz, Osman: "Banka Hesabının İnternet Bankacılığı Yoluyla Boşaltılması Sonucu Meydana Gelen Zarardan Dolayı Bankanın Mevduat Sahibine Karşı Hukuki Sorumluluğu", KÜHFD, S. 12, 2015, s. 69-113.

Adıgüzel, Burak: Tacirler Arası Ticari Satış, Ankara 2020 (Ticari Satış).

Adıgüzel, Burak: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Karayolu ile Eşya Taşıyıcısının Sorumluluğu Üzerine Hükümler", LMHD, S. 32, 2007, s. 1875-1905 (Taşıyıcının Sorumluluğu).

Akdağ Güney, Necla: "Banka Gabine Maruz Kalabilir mi? İktisat Bankasının Gabine Maruz Kaldığına Dair İddiasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", Batider, C. XXIII, S. 4, 2006, s. 143-179.

Aker, Halit: "Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler", Batider, C. XXV, S. 3, 2009, s. 225-314.

Aker, Halit: "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hâkim Teşebbüs", Batider, C. XXV, S. 2, 2009, s. 229-295 (Hâkim Teşebbüs).

Aker, Halit: "Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme", AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 1-97 (Güvenden Doğan Sorumluluk).

Akgülen, Alper Tunga: İngilizce Türkçe-Türkçe İngilizce Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 2010.

Akın, Murat Yusuf/**Kuru**, Özge: "Anonim Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu- İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı

Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37)", İAÜHFD, Y. 8, S. 1, 2022, s. 17-42.

Akıncı, Şahin: "Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi", İTÜSBD, Y. 19, S. 38, 2020/2, s. 62-103.

Akipek Öcal, Şebnem: "Tüketici İşlemi-Ticari İş Ayrımı ve Bu Ayrımın Tüketici Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 9-12 Şubat 2021, Bildiri Özetleri Kitabı, Kırıkkale 2021, s. 19-23.

Akkanat, Halil: "COVID-19 Salgınının Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Alanında Yol Açtığı Hukuki Sorunların Değerlendirilmesi", TÜBA Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Ankara 2020, s. 45-88 (Covid-19).

Akkanat, Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010 (İyiniyet).

Aksın, Saffet Tarık: Evlerinden Elektronik Ticaret Yapan Gerçek Kişi Satıcıların Tacir Sıfatları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2023.

Aksoy, Nazım: "Aşırı İfa Güçlüğü Hükmünün Ticari İş ve Basiretli İş Adamı Açısından Değerlendirilmesi", MAEÜSBD, S. 34, 2021, s. 115-133.

Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul 1995.

Albach, Horst: "Zurück zum Ehrbaren Kaufmann", WZB Mittelungen, S. 100, 2003, s. 37-40.

Altınok Ormancı, Pınar: "Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar", İÜHFM, C. 79, S. 4, 2021, s. 1261-1283.

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, İstanbul 2016.

Apaydın, İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma, Ankara 2020.

Aral, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. Tıpkı Basım, İstanbul 2021.

Arı, Zekeriyya: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Aracılık Faaliyetleri ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas 1996.

Arıkan, Mustafa: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", SÜHFD, C. 17, S. 1, 2009, s. 69-89.

Aristoteles (Çev. **Özcan**, Zeki): Nikomakhos'a Etik, 3. Baskı, Ankara 2021.

Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 28. Baskı, Ankara 2022 (Ticari İşletme).

Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. II, Ankara 1997.

Arkan, Sabih: Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.

Armbrüster, Christian: BGB §§ 134-138 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2021.

Armutçuoğlu, Can Yalçın: "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", MÜHFHAD, C. 17, S. 1-2, 2011, s. 413-436.

Arslan, Aziz Serkan: "Bir Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi", GÜHFD, C. XIV, S. 1, 2010, s. 1-29.

Arslanlı, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri- Umumî Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1959.

Aslan, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014 (Tüketici Hukuku).

Aslan, Kemale Leyla/**Güler**, Ahmet Alper: "Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı", İAÜHFD, Y. 6, S. 1, 2020, s. 51-72.

Aslan, Mine Çiğdem: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. md. 21), Ankara 2006 (Gabin).

Aşık, İbrahim: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", TBBD, S. 97, 2011, s. 11-48.

Atamer, Kerim: "Tacirler Arası Sözleşmelere, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler (TBK m. 20-25) Uygulanır mı?", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXX 23 Aralık 2016, Bildiriler Tartışmalar, Ankara 2017, s. 9-39 (Tacirler Arası Sözleşme-GİK).

Atamer, Yeşim: Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul 2001 (Tacirlerin GİŞ'e Karşı Korunması).

Atamer, Yeşim/**Okutan Nilsson**, Gül: "Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı", Batider, C. XXIX, S. 3, 2013, s. 31-82.

Atalay, Hatice: Hukuk-Ahlâk İlişkisi Bağlamında İslâm ve Türk Hukukunda Ticarî Ahlâk İlke ve Kuralları, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023.

Atlan Gürer, Hülya: "Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat", ABD, 2022/3, s. 215-254.

Avcı, Mehmet Özgür: "İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı", MÜHFHAD, C. 27, S. 1, 2021, s. 642-657.

Ayan, Serkan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü (TTK m. 1530)", DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 717-793.

Aybay, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, 15. Baskı, İstanbul 2020.

Aydın, Hanife: Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2021.

Aydınlı, İbrahim: "Tacir Olan İşverenler ve Koruma Yükümlülüklerinin Hukuki Niteliği", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 279-300.

Aydınlı, İbrahim: Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri).

Aydoğan, Gökhan: Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2021.

Aydoğdu, Murat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanması", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, YÜED, S. 8, 2013, s. 571-621 (Genel İşlem Koşulları).

Aydoğdu, Murat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler", DEÜHFD, C. 12, S. 1, 2010, s. 85-136 (Faiz).

Ayhan, Rıza: **"**Teyit Mektubu", İÜHFM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 51-70 (Teyit Mektubu).

Ayhan, Rıza: "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, Ocak-Nisan 2013, s. 291-314 (Sözleşme Cezasının İndirilmesi).

Ayhan, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Ankara 2022 (Ticari İşletme).

Ayhan, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019 (Şirketler Hukuku).

Ayli, Ali: Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, Ankara 2019.

Badertscher, Beat/**Spoerri**, Thomas, Art. 418a-418v *içinde* OR Kommentar (Editörler: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Baskı, Zürich 2009

Bal, Yakup: "Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu", TAAD, Y. 13, S. 50, 2022, s. 365-384.

Bahtiyar, Mehmet/**Biçer**, Levent: "Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", MÜHFHAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436.

Balık, İfakat: "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili", Batider, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 443-475.

Başbuğ, Aydın: "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim", Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 2, 2003, s. 2-19.

Başpınar, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

Baştuğ, İrfan: "Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı", Batider, C. V, S. 4, 1970, s. 805-813.

Battal, Ahmet: "Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflâsa Tâbi Tutulma Şartları Konusundaki Yargıtay Uygulaması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Ankara 2003, s. 95-137 (Gerçek Kişi Tacir).

Battal, Ahmet: Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001 (Güven Kurumu Banka).

Battal, Ahmet: "Tacirin İş Kanunu'na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezaî Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?", Batider, C. XX, S. 2, 1999, s. 15-23 (Cezai Şart).

Battal, Ahmet: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 313-332 (Tacirlerin Tüketici Sıfatı).

Battal, Ahmet: "Tacir Gibi Sorumlu Olan Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tabi Tutulmalıdır?", Yargıtay Dergisi, C. 23, S. 4, 1997, s. 539-556 (Tacir Gibi Sorumlu Olma).

Baumbach, Adolf/**Merkt**, Hanno/**Hopt**, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, 32. Auflage, München 2006.

Baums, Theodor: Personal Liabilities of Company Directors in German Law, 1996 (https://core.ac.uk/download/pdf/14504645.pdf, ET: 14.06.2021).

Baykal, C. Murat: "Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Batider, C. XIX, S. 4, 1998, s. 231-265.

Bayram, Ali/**Çankaya**, Birsen/**Jones**, Gordon: Fono İngilizce Büyük Sözlük, İstanbul 2006.

Baysal, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Baskı, İstanbul 2020 (Uyarlama).

Baysal, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012 (Müterafik Kusur).

Baysal, Başak: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 477-484 (TBK m. 480).

Belgesay, Reşit Mustafa: I- Hukuk Tetkikatına Umumi Methal II- Ticaret Hukuku ve Hukuki Medeniye ve Borçlar Hukuku ile Arasındaki Münasebet, C. 1, İstanbul.

Benli, Erman: "İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", MÜHFHAD, C. 26, S. I, 2020, s. 300-316.

Berksoy, İrem: "CMR Kapsamında Taşıyıcının Ziya, Hasar, Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", LMHD, S. 28, 2007, s. 755-772.

Beydeba (Çev. **Doğrul**, Ömer Rıza): Kelile ve Dimne, 3. Baskı, İstanbul 2021.

Bilge, Mehmet Emin: "Tacir Sıfatının Sona Ermesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul 2002, s. 175-196.

Bilgeç, Hakan: "Yetki Sözleşmesinin Ticaret Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi (Yetki Sözleşmesi Açısından Tacir Gibi Sorumlu Olanların Durumu ve Tacirlerin Hangi İşlemleri İçin Yetki Sözleşmesi Akdedebileceği)", AHBVÜHFD, C. XXV, Y. 2021, S. 3, s. 39-68.

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan/**Özboyacı**, Alper: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Bursa 2022.

Bilgişin, Şevket Memedali: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1948.

Bingöl, F. Itır: Tacirler Arasındaki Taşınır Mal Satışı Sözleşmesinin Varlığını İspat Etmek İçin Fatura ve Ticari Defterlerden Yararlanılması, 1. Baskı, Ankara 2022 (Fatura).

Bingöl, F. Itır: Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep (Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Sözleşmesinde Mücbir Sebep), Ankara 2011 (Mücbir Sebep).

Bingöl, Muhammet Emin: Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, İstanbul 2018 (Basiretli İş Adamı).

Boran Güneysu, Nilüfer: "Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış", DEÜHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Özel Sayı, 2014, s. 1067-1089.

Bozer, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021 (Ticari İşletme).

Bozer, Ali/**Göle**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017 (Kıymetli Evrak).

Bozgeyik, Hayri: Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul 2019 (Marka).

Bozgeyik, Hayri: "Çekte Bankanın Sorumluluğu", Görüşler ve Kararlar- Ticaret Hukuku, Ankara 2018, s. 11-15 (Çek).

Bozkurt, Tamer: Ticarî İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2023 (Ticari İşletme).

Bozkurt Yaşar, Sevgi: Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul 2015.

Brox, Hans/**Henssler**, Martin: Handelsrecht, 22. Auflage, München 2016.

Brown, Alexander: "A Theory of Legitimate Expectations", JPP, Vol. 25, N. 4, 2017, s. 435–460.

Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.

Bulut, Efe Murat: TTK m. 22 Kapsamında Tacirler Bakımından Ücret ve Ceza Koşulunun Tenkisi Yasağı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Buz, Vedat: Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Batider, C. XIX, S. 4, 1998, s. 53-82.

Can, Ozan: Basiretli Tacir (Basiretli İş İnsanı) Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü, Ankara 2022 (Basiretli Tacir).

Can, Ozan: Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler, TFM, C. 1, S. 1, 2015, s. 47-56.

Can, Ozan: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir", Batider, C. XXVIII, S. 3, 2012, s. 237-266 (Yetki Sözleşmesi).

Canarslan, Gökçe: "Vekalet Sözleşmesinin Örtülü Kabul ile Kurulması", EÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 305-340.

Cengiz, Ali: "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", HÜHFD, C. 1, S. 2, 2011, s. 140-165.

Cook, Brendan: "Prudentia in More's Utopia: The Ethics of Foresigt", Renaissance and Reformation, Vol. 36, N. 1, 2013, s. 31-68.

Craig, Paul P.: "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law", CLJ, Vol. 55, N. 2, 1996, s. 289-312.

Çabri, Sezer: "Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı ile Erken Ödeme Tazminatının Sınırı", BaÜHFD, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 393-416.

Çağlar, Hayrettin: "Covid-19 Salgınının Ticaret Hukukuna Etkileri", TÜBA Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Ankara 2020, s. 89-106.

Çağlar, Hayrettin: "Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28)", Batider, C. XXXII, S. 4, 2016, s. 69-93 (Gabin).

Çağlayan, Pınar: "Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK md. 1530)", Batider, C. XVII, S. 2, 2011, s. 173-243.

Çağlayan Aksoy, Pınar: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.

Çakı, Gamze: Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması, Ankara 2020.

Çakı Çifci, Gamze: "Anonim Ortaklıklar Özelinde Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması", NEÜHFD, C. 5, S. 2, 2022, s. 647-674.

Çakıcı, Mert: Tacirin Defter Tutma Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2017.

Çamoğlu, Ersin: "Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması", İBD, C. 91, S. 5, Eylül 2017, s. 15-28.

Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul 2010 (Yönetim Kurulu).

Çamoğlu, Ersin: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu", İmren Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 389-402.

Çaptuğ, Mehpare: "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", UMD, Y. 9, S. 17, 2021, s. 133-160.

Çebi, Sezgin Seymen: "Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme", Hukuk Kuramı, C. 2, S. 6, 2015, s. 1-19.

Çeker, Mustafa: Sigorta Hukuku, 12. Baskı, Adana 2015.

Çelik, Aydın: "Doğal Afet Salgın ve Ekonomik Krizlerin İfa İmkansızlığına ve Aşırı İfa Güçlüğüne Etkisi", TEYD, C. 4, Özel Sayı, 2023, s. 86-109.

Çoban, Yiğit Türker: "Türk Marka Hukukunda Hükümsüzlüğün ve İptalin Etkisinin Kesin Hükümle İlişkisi", LMHD, C. 13, S. 147, 2017, s. 563-604.

Dalgıç Atabaş, Nuşen Pelin: Adi Ortaklıkta Yönetici Ortağın Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2022.

Damar, Ceren: "Sözleşmenin Yorumu", ÇÜHFD, C. 1, S. 2, 2016, s. 89-109.

Dasser, Felix: OR Art. 19-31 *içinde* OR Kommentar (Editörler: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Baskı, Zürich 2009.

Demir, Abdullah: Hukukî Terimler Sözlüğü, Ankara 2017.

Demircioğlu, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

Demirel, Elif: İnşaat Hukukunda İmkânsızlık, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.

Demirkapı, Ertan: "Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Süregelen İş ve Yeni İş Kavramları ve Bunlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar", YÜHFD, C. XI, S. 1, 2014, s. 106-158.

Dimatteo, Lary A.: "Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment", SCLR, Vol. 48, 1996, s. 293-356.

Dinçer Araz, Nilgün: "Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak "Özen Yükümü (Diligentia)"", DEÜHFD, C. 22, S. 1, 2020, s. 171-218.

Dirikkan, Hanife: "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi", DEÜHFD, C. IV, S. 1, 2002, s. 1-38.

Doğan, Beşir Fatih: "Elektrik Piyasasında Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulaması", AHBVÜHFD, C. XXVI, S. 4, 2022, s. 37-62 (Mücbir Sebep).

Doğan, Beşir Fatih: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011 (Yönetim Yetkisinin Devri).

Doğan, Beşir Fatih: İstisna Sözleşmesinde Cezai Şart Ediminin Talebi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998 (Cezai Şart).

Doğan, Beşir Fatih/**Selçuk**, Ahmet: "Sigorta Sözleşmelerinin Yorumu Meselesi ve "Makul Beklentiler Doktrini"", YBHD, S. 2, 2023, s. 421-442.

Doğan, Gülmelahat: "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", TBBD, S. 111, 2014, s. 9-36 (Aşırı İfa Güçlüğü).

Doğanay, İsmail: "Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken, Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Olduğu Özen Borcu", Batider, C. XVII, S. 4, 1994, s. 25-31 (Banka-Özen Borcu).

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, Madde 1-398, 2. Baskı, Ankara 1981 (Şerh).

Dolar, Neyzen Fehmi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü (TTK m. 1423), Ankara 2023.

Domaniç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988.

Durak, Yasemin: "Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo", SÜHFD, 2017, C. 25, S. 1, s. 239-288.

Dural, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 17. Baskı, İstanbul 2022.

Duru, Meltem: Yargıtay Kararları Işığında Fatura, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2020.

Elbir, Halid Kemal: "Gabnin Unsurları", İBD, C. 25, S. 4, 1951, s. 193-216.

Eminoğlu, Cafer: Fiilî Yönetim Organı, 2. Baskı, Ankara 2023.

English Reports Full Reprint Vol. 132- Common Pleas (1486-1865).

English Reports Full Reprint Vol. 156 – Exchequer.

Er, Sefa: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2023.

Erbek Odabaşı, Özge: "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması", İBD, C. 85, S. 3, 2020, s. 61-156.

Ercan, Ümit: Şirketlerin Şeffaflık ve Hesap Verebilirliğinin Vekâlet Kuramı Bağlamında İncelenmesi: Oyak Örnek Olayı, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2016.

Erdoğan, Çağdan: "CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluğunda Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Zamanaşımı ve Müterafik Kusur", LHD, S. 222, 2021, s. 2709-2731 (Taşıyıcının Sorumluluğu).

Erdoğan, Hatice: İslâm Düşüncesinde Basîret ve Firâset Kavramlarının Din Psikolojisi Açısından İncelenmesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019 (İslam Düşüncesinde Basiret).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.

Erçin, Ferhat: "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri", İKÜHFD, Y. 10, C. 10, S. 1, 2011, s. 89-105.

Erguvan, Derya Deviner: "Türk İdare Hukuku'nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi", DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1711-1765.

Ergül, Adem: "Öz Denetim Güçlendirici Bir Vasıta Olarak Kur'an'da Şehâdet, Ru'yet, Basîret ve Murâkabe", İslam Araştırmaları Dergisi, S. 36, 2021, s. 1-28.

Eriş, Gönen: Açıklamalı İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1, 3. Baskı, Ankara 2017 (Ticari İşletme).

Eriş, Gönen: Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku, Ankara 2015 (Taşıma Hukuku).

Ernalbant, Mehmet Deniz: 4684 Sayılı Sigortacılık Kanununa Göre Brokerlik ve Brokerlerin İdarî Denetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.

Ersoy, Uğur: "Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133)", AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3393-3431.

Ersöz, Oğuz: "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması", İAÜHFD, 3(1), 2017, s. 69-104.

Eryiğit, Harun: "Deprem Öncesi Tacirin Yükümlülükleri Üzerine Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", İstanbul Medipol Üniversitesi Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Tam Bildiri Kitabı, 24-25 Mayıs 2021, İstanbul 2021.

Fest, Timo: HGB §§ 343-348 *içinde* Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht (Editörler: Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz), 4. Auflage, 2020.

Fett, Laurie Kindel: "The Reasonable Expectations Doctrine: An Alternative to Bending and Stretching Traditional Tools of Contract Interpretation", WMLR, Vol. 18, S. 4, 1992, s. 1113-1139.

Finkenauer, Thomas: BGB § 313 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2022.

Fornasier, Matteo**:** BGB §§ 305-306a, 310 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2022.

Gardner, John: "The Many Faces of the Reasonable Person", LQR, 131 (1), 2015, s. 1-37 (https://johngardnerathome.info/pdfs/reasonableperson2013.pdf, ET: 25.04.2023).

Garnett, A. Campbell: "Good Reasons in Ethics: A Revised Conception of Natural Law", Mind, Vol. 69, N. 275, 1960, s. 351-360.

Gauch, Peter: "Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung- BGE 123 III 292 ff" (file:///C:/Users/serta/Downloads/Der_Fussballclub_und_sein_Mietvertrag_korr._SF_25.6.2007_.pdf, ET: 06.04.2023) (Übervorteilung).

Gauch, Peter: "Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts", Recht, S. 6, 1996 (file:///C:/Users/serta/Downloads/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf, ET: 27.07.2023).

Gemalmaz, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Baskı, İstanbul 2017 (Mülkiyet Hakkı).

Gemalmaz, H. Burak: Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yukos ve Soros Kararı Üzerine Düşünceler, GHD, S. 95, 2011, s. 60-64.

Gezgin, Ali Galip: "Kur'ân'da "Düşünme" Anlamına Gelen Bazı Kelimeler Üzerine Değerlendirmeler II", Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 33, 2014, s. 7-43.

Gişi, Selçuk: Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi, İstanbul 2017.

Gökdemir, Egemen: Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2022.

Göksoy, Yaşar Can: "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK m. 18) Bağlamında Covıd-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri", YHD, C. 2, S. 2, Özel Sayı, 2020, s. 6-19.

Göktürk, Kürşat: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015 (Şirketler Topluluğu).

Göktürk, Kürşat: "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", GÜHFD, C. XIX, S. 2, 2015, s. 3-44 (Ticari İş).

Göktürk, Kürşat: "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi", İÜHFD, 2011, C. 2, S. 2, s. 207-246 (İş Adamı Kararı).

Gökyar Çınar, Senem: Sigorta Hukukunda Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2021.

Göle, Celal/**Bilgeç**, Hakan: "Ticari İşletme İşlettikleri Halde Tacir Sayılmayan Dernek ve Vakıflara İlişkin Düzenlemenin (TTK m. 16/2) Değerlendirilmesi", Batider, C. XXXII, S. 4, 2016, s. 5-19.

Gönül Koşar, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020.

Grundmann, Stefan: BGB §§ 276-279 *içinde* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (Editörler: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina), 9. Auflage, München 2022.

Gülçür, Abdülkadir: "AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi", MÜHFHAD, C. 24, S. 1, 2018, s. 197-214.

Gümüş, Mustafa Alper: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi", MÜHFHAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 1221-1240 (Basiretli İş Adamı).

Gümüş, Mustafa Alper: Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001 (Vekilin Özen Borcu).

Gündoğdu, Rıza: "Bir Yargıtay Kararı Işığında Tacirler Bakımından Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi", THD, 15/165, 2020, s. 955-971.

Güner, Temel: Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2018.

Günergök, Özcan: "Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı", EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 249-283.

Güralp, Ayşe Gülin: "İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 57-78.

Gürbüzer Görmez, Nevin İrem: Yargıtay Kararları Işığında Faturanın İspat Gücü, 2. Baskı, Ankara 2021.

Gürel, Murat: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Gürpınar, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.

Güvenç, Özgür: Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, Ankara 2021.

Güvenç, Özgür: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", GÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 363-406 (Culpa in Contrahendo).

Hacımahmutoğlu, Sibel: "Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım", Batider, C. XXXI, S. 3, 2015, s. 23-56.

Hariman, Robert: Theory Without Modernity *içinde* Prudence: Classical Virtue, Postmodern Practice (Editör: Hariman, Robert), Pensilvanya 2003, s. 1-32.

Harm, Eva-Maria: HGB §§ 425-434 *içinde* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, §§ 407-619 HGB, Transportrecht (Editörler: Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten), 5. Auflage, München 2023.

Helvacı, Mehmet: "Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", Batider, C. XXV, S. 4, 2009, s. 229-254 (Çek).

Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul 2001 (Yönetim Kurulu).

Helvacı, Serap/**Topuz**, Murat: Geçmişten Günümüze Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri, 2. Baskı, Ankara 2023.

Hillebrand, Klaus- Peter/**Kessler**, Jürgen: Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, Hamburg 2001.

Hillinger, Ingrid Michelsen: "The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve the Good, the True, the Beautiful in Commercial Law", GLJ, C. 73, S. 4, 1985, s. 1141-1184.

Hirş, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1948.

Hoffmann, Hans Joachim: Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968.

Huggins, Mike: "The U.C.C. Merchant Sections: Reasonable Commercial Standards of Fair Dealing in the Trades", TLR, C. 14, S. 1, 1978, s. 190-207.

Huguenin, Claire: OR Art. 19-21 *içinde* Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-520 OR, C. 1/1 (Editörler: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), 5. Auflage, Basel 2011 (OR Art. 19-21).

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Allgemiener und Besonderer Teil, Zürich 2008 (ORABT).

Işık, Yunus: Roma Hukukunda Bonus Vir, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

İmregün, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 4 Baskı, İstanbul 2004.

İnal, H. Tamer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer İlgili Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticarî İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015.

İnceoğlu, Mehmet Murat: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004.

Joachim, Willi E.: "The "Reasonable Man" in United States and German Commercial Law", CLYIB, Comparative Law Yearbook of International Business, C. 15, 1992, s. 341-355.

Jung, Peter: Handelsrecht, 11. Auflage, München 2016.

Kalender, Emre: "Konut Yapı Kooperatiflerinde Aidat Ödeme Borcunda Temerrüt Faizi Oranı", Yargıtay Dergisi, C. 47, S. 1, 2021, s. 15-34.

Kaneti, Selim: "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1989, s. 29-66.

Kaplan, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.

Kara, Etem: "Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 2127-2163 (Basiretli Tacir).

Kara, Hacı: "Yargıtay Kararlarına Göre CMR Sözleşmesinin Uygulanma Esasları ve Eşyanın Taşınmasında Hasar, Ziya ve Gecikmeden Doğan Sorumluluk (CMR), Regesta Ticaret Hukuku Dergisi", C. 6, S. 1, 2021, s. 77-120 (CMR).

Kara, M. Sencer: "Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukukî Sorumluluk", SÜHFD, C. 23, S. 2, 2015, s. 131-172.

Karaahmetoğlu, İsmail Özgün: "Bir Oksimoron Denemesi TTK m. 18/2 Bağlamında 'Basiretli Tacir'", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Cumhuriyetimizin 100. Yılına Armağanı, İstanbul 2023, s. 137-186 (Basiretli Tacir).

Karaahmetoğlu, İsmail Özgün: "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri", LHD, C. 10, S. 116, 2012, s. 85-107 (Basiretli İş Adamı).

Karadeniz Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Tarihî Giriş- Kaynaklar-Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, 15. Baskı, Ankara 2012.

Karagöz, Veli: "İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi", EÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, s. 109-132.

Karaman Coşgun, Özlem: Ticari Faiz, Ankara 2023 (Faiz).

Karaman Coşgun, Özlem: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", MÜHFHAD, C. 21, S. 1, 2015, s. 107-166 (Teşebbüs).

Karaman Coşgun, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara 2015 (Tasfiye).

Karasu, Rauf: Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016.

Karasu, Rauf: Anonim Şirkette Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara 2015.

Karasu, Rauf: "Spekülasyon ve Engelleme Markaları", FMR, C. 8, S. 3, 2008, s. 11-44 (Marka).

Karasu, Rauf/**Özdemir**, Semih Sırrı: "Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları", AHBVÜHFD, 26(3), 3-28.

Karayalçın, Mine: Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2021 (Basiretli İş Adamı).

Karayalçın, Mine: "Ticari Borca Kefalette Temerrüt Faizi", Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 9-12 Şubat 2021, Tam Metin Bildiri Kitabı, Ankara 2021, s. 103-120.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1957 (Ticari İşletme).

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Karslıoğlu, Hasan: "Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü Bağlamında Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", LHD, C. 20, S. 231, 2022, s. 847-870.

Kaya, Arslan: "Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)", İÜHFM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 193-204.

Kaya, İlknur: "Depremin Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğüne Etkisi", ABD, C. 81, S. Özel Sayı- Deprem Özel Sayısı II (Özel Hukuk), 2023, s. 1-20 (Deprem-Tacir).

Kaya, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022.

Kaya, Mustafa İsmail/**Tatlı**, Burçak: Ticaret Hukuku-I, 3. Baskı, Ankara 2020.

Kaya, Ümmühan: "Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi", MÜHFHAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 1569-1593 (Öngörülemezlik).

Kayar, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022.

Kayıhan, Şaban: Hukukun Temel Kavramları, 10. Baskı, Ankara 2022 (Temel Kavramlar).

Kayıhan, Şaban: Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara 2022 (Medeni Hukuk).

Kayıhan, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2019.

Kayış, Ferhat: "TBK 548'e Göre Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamı Açısından İki Önemli Kavram: Üçüncü Kişinin İyiniyeti ve İşletme Amacı", DEÜHFD, C. 24, S. 1, 2022, s. 193-239.

Kayış, Ferhat: "Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına Etkileri Üzerine Düşünceler", ASEAD, C. 7, S. 4, 2020, s. 65-84 (Covid-19).

Kayış, Ferhat: "Ticari İşletmenin Devrinde Bazı Sorunlu Noktalar ve Buna İlişkin Tespitler", LHD, C. 18, S. 215, 2020, s. 5007-5060 (Ticari İşletme).

Kendigelen, Abuzer: "Çek/Muhatabın Sorumluluğu", Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. XI, İstanbul 2013, s. 229-238.

Kendigelen, Abuzer: "Sözleşmeye Aykırılık/Sorumsuzluk Kaydı", Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. XI, İstanbul 2013, s. 345-362.

Kendigelen, Abuzer: "Taşıyıcının Sorumluluğu/Gümrüğe Teslim", Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. IX, İstanbul 2012, s. 218-225.

Kendigelen, Abuzer: "Taşıyıcının Sorumluluğu/Yükleme-İstifleme", Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. IX, İstanbul 2012, s. 231-237.

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2012.

Kendigelen, Abuzer: "Taşıyıcının Sorumluluğu/CMR Sigortası", Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. VIII, İstanbul 2011, s. 186-206.

Kervankıran, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2022.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2022.

Kırca, Çiğdem: "Uyarlama", Pandeminin (Covid-19'un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi (Editörler: Kırca, Çiğdem/Karakaş, F. Tülay), Ankara 2021, s. 57-96 (Uyarlama).

Kırca, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004 (Bilgi Verme).

Kırca, Çiğdem/**Karakaş**, F. Tülay: "Mücbir Sebep-İmkansızlık", Pandeminin (Covid-19'un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi (Editörler: Kırca, Çiğdem/Karakaş, F. Tülay), Ankara 2021, s. 1-56.

Kırca, İsmail: "Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair", Batider, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 5-17 (Ticarî İş).

Kırca, İsmail: "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?", Batider, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 5-28.

Kırca, İsmail: "5941 Sayılı Çek Kanunu- Bir Değerlendirme", 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 5-34 (Çek Kanunu).

Kırca, İsmail: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu", Batider, C. XXII, S. 3, 2004, s. 85-96 (Özen Borcu).

Kırca, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

Kırca, İsmail/**Tekin**, Ufuk: "Gerçek Kişi Tacir Ticarî İşletmesi İle İlgili Olmayan İşlerden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Yetki Sözleşmesi Yapabilir Mi?", Nurkut İnan'a Armağan, İstanbul 2022, s. 779-786.

Kırkbeşoğlu, Nagehan: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme", Batider, C. XXVIII, S. 4, 2012, s. 145-169.

Kizir, Mahmut: "Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi", SÜHFD, C. 19, S. 2, 2011, s. 245-281.

Kocaağa, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018.

Kocaman, Arif B.: "Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 1085-1127.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2017.

Koç, Nevzat, "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, s. 99-120.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz/**Söğütlü**, Özlem: Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri, Ankara 2022.

Korkmaz, Fırat: Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2021.

Korkut, Ömer: Çekte Muhatap Bankanın Araştırma- Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu, Adana 2019 (Çek).

Korkut, Ömer: "Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1367-1386 (Fiili Yönetim),

Koschaker, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.

Kozolchyk, Boris: "The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law", LLR, C. 40, S.1, 1979, s. 3-47.

Köroğlu, Emre: Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, İstanbul 2020.

Kurşun, Özgü: İnternet Bankacılığında Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2022.

Kurt, L. Müjde: "Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti", AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 775-814.

Kurtulan, Gökçe: "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", MÜHFHAD, C. 23, S.1, 2017, s. 465-504 (Hukuka Aykırılık).

Kurtulan, Gökçe: "Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması", Batider, C. XXXII, S. 3, 2016, s. 191-248 (İmkansızlık-Aşırı İfa Güçlüğü).

Kuru, Özge: Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, İstanbul 2022.

Kuru, Özge: Gerçek Kişi Tacir, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015 (Tacir).

Kutluay, Ezgi: "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. XIX, Özel Sayı, 2017, s. 1369-1422.

Küçükdağlı, Ayşegül: "Tacirler Arası Sözleşmelerde Kullanılan Genel İşlem Koşulları Denetimine İlişkin Yaklaşımlar", LHD, C. 17, S. 203, 2019, s. 4637-4714.

Küçüksözen, Cemal: Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara 1999.

La Porta, Rafael/**Lopez-De-Silanes**, Florencio/**Shleifer**, Andrei/**Vishny**, Robert: Investor Protection and Corporate Governance, JFE, Vol. 58, Issues: 1-2, 2000, s. 3-27.

Lehmann-Richter, Arnold: HGB § 347 *içinde* BeckOK HGB (Editörler: Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland), 40. Edition, München 2023.

Leyens, Patrick C.: HGB §§ 343-372 *içinde* Beck'iche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch (Editörler: Hopt, Klaus J./Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Merkt, Hanno/Roth, Marcus), 42. Auflage, München 2023.

Madsen, Peter: "Dynamic Transparency, Prudentiaş Justice, and Corporate Transformation: Becomin Socially Responsible in the Internet Age", Journal of Business Ethics, C. 90, 2009, s. 639-648.

Maultzsch, Felix**:** HGB §§ 343-354 *içinde* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, §§ 343-406 HGB CISG (Editörler: Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten), 5. Auflage, München 2021.

Memiş, Tekin/**Turan**, Gökçen: Sermaye Piyasası Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.

Memiş, Tekin: "Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı-Yargıtay Kararı İncelemeleri-", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s. 344-377.

Meral, Nevin: Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2021.

Mındız, Emine: "Roma Hukukuna Göre Sorumluluk Ölçütleri İçerisinde Imperitia'nın Yeri", TBBD, S. 157, 2021, s. 381-405.

Milinovic, Marija-Jennifer: Rechtshistorische Reihe, Der ehrbare Kaufmann im deutschen Recht, Peterlang 2019.

Millenet, Robert: Der Einflus des KonTraG und weiterer gesetzlicher Bestimmungen zur Risikominderung in Unternehmen auf die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 I HGB, Hochschule Furtwangen University Masterarbeit, 2007.

Miller, Alan D./**Perry**, Ronen: "The Reasonable Person", NYULR, Vol. 87, N. 2, 2012, s. 323-392.

Mimaroğlu, S. Kemal: Ticaret ve İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1970.

Moran, Mayo: "The Reasonable Person: The Conceptial Biography in Comparative Perspektive", LCLR, Vol. 14, N. 4, 2010, s. 1233-1283.

Ocakhan, Özgür: Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler, İstanbul 2021.

Okumuş, Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara 2015.

Oğuz, Arzu: Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989.

Oğuzman, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 20. Baskı, İstanbul 2022 (C. 1).

Oğuzman, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. Baskı, İstanbul 2016 (C. 2).

Okutan Nilsson, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.

Okyar, Dila: Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66), İstanbul 2022.

Orbay Ortaç, Nurdan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", ABD, 2014/2, s. 119-133.

Orbay Ortaç, Nurdan/**Can**, Ozan: "Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi", Batider, C. XXXII, S. 2, 2016, s. 79-104.

Öktem, Cihan: Tacir Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesi ve Geçersizliği, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2019.

Önen, Yaşar/**Şanbey**, Cemil Ziya: Almanca-Türkçe Sözlük 1, A-N, Ankara 1993.

Önen, Yaşar/**Şanbey**, Cemil Ziya: Almanca-Türkçe Sözlük 2, 0-Z, Ankara 1993.

Özdamar, Mehmet: Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009.

Özdamar, Mehmet: "Sigorta Brokeri ve Hukukî Niteliği", AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 525-559 (Broker).

Özdamar, Mehmet: "Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz", ABD, Y. 66, S. 1, 2008, s. 219-229 (Fatura).

Özdamar, Mehmet: "Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme", GÜHFD, 6(2), 2002, s. 1-52 (Çek Kanunu).

Özdemir, İbrahim Akan: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Görevden Alınması Açısından Haklı Sebep Unsurunun Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri Bakımından Değerlendirilmesi, SAÜHFD, C. 11, S. 1, 2023, s. 301-340 (Haklı Sebep).

Özdemir, Semih Sırrı: "Zarar Sigortalarında "Lütuf Ödemesi" (Ex Gratia) Kavramı ve Halefiyet İlişkisi ile Reasürans Sözleşmeleri Açısından Başlıca Hukuki Sonuçları", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1431-1464 (Lütuf Ödemesi).

Özdemir, Semih Sırrı: "Çek Kanunu Çerçevesinde Bankanın Hesap Açtırmak İsteyen Kişiye İlişkin Araştırma Yükümlülüğü Üzerine Değerlendirmeler", AÜHFD,70 (3), 2021, s. 761-799 (Çek).

Özdemir, Semih Sırrı: "Yapay Zekâ Kullanımının Sigortacının Türk Ticaret Kanunu'nun 1438. Maddesi Çerçevesinde Bilme Kapsamını Genişletip Genişletmeyeceği Sorunu (TTK m. 1438)", Batider, C. XXXVII, S. 2, 2021, s. 103-143 (TTK m. 1438).

Özdemir, Semih Sırrı: "Ticari Sözleşmelerin Yabancı Dilde Hazırlanmasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar", İÜHFD, 11(2), 2020, s. 617-632 (Ticari Sözleşme-Yabancı Dil).

Özdemir, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, İstanbul 2017 (İş Adamı Kararı).

Özden Merhacı, Selin: "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", ABD, 2012/4, s. 179-206.

Özdoğan Dalcı, Nurcihan: "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", İÜHFD, C. 8, S. 1, 2017, s. 33-52.

Özkaya, Eraslan: Yanılma Aldatma Korkutma Davaları (Hata Hile İkrah Davaları), 5. Baskı, Ankara 2023 (Yanılma-Aldatma-Korkutma).

Özkaya, Eraslan: Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, 4. Baskı, Ankara 2020 (Aşırı Yararlanma).

Özsoy, Ahmet: Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2020.

Öztan, Bilge: Tüzel Kişiler, 2. Baskı, Ankara 1998.

Pamp, Rüdiger: HGB §§ 343-354 *içinde* Handelsgesetzbuch (Editör Oetker, Hartmut), 7. Auflage, 2021.

Parker, Wendy: "The Reasonable Person: a gendered Concept?", VWLR, 23, 1993, s. 105-112.

Paschke, Marian: HGB §§ 407-619 *içinde* Handelsgesetzbuch (Editör: Oetker, Hartmut), 7. Auflage, 2021.

Paslı, Ali: Anonim Ortaklıkta Kurumsal Yönetim = Corporate Governence, 2. Baskı, İstanbul 2015.

Paslı, Ali/**Demirbaş**, Harun: "Covid-19 Sonrası Hukuki Süreçler Webinarı", Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, 2020, s. 415-442.

Patry, Robert (Çev. Burcuoğlu, Haluk): "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler", İÜMHAD, S. 18, 1990, s. 15-25.

Pınar, Hamdi: "Özen Borcu ve Tedbirli Yönetici Ölçüsü", Anonim ve Limited Ortaklık Yöneticilerinin Sorumluluğu Sempozyumu, 2. Oturum Sunum Videosu, http://video.bilkent.edu.tr/series_listing.php?category=3&lang=tr&series_id=4 (ET: 29.10.2020).

Poroy, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022.

Pörschke, Moritz: GmbHG § 43 *içinde* BeckOKGmbhG (Editörler: Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pörschke, Moritz), 55. Baskı, Münih 2023.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (Editörler: von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans), Münih 2009.

Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Ankara 2018 (Kıymetli Evrak).

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2015.

Pulaşlı, Hasan: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", Batider, C. XXV, S. 1, 2009, s. 27-63 (Yönetim Kurulu).

Pulaşlı, Hasan: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu", GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 259-278 (Şirketler Topluluğu).

Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2022.

Roth, Wulf Henning: HGB §§ 343-354 *içinde* Handelsgesetzbuch (Editörler: Koller, Ingo /Kindler, Peter/Roth Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter/Bach, Nina), 9. Auflage, 2019.

Rösler, Hannes (Çev. Aydın Ünver, Tülay): "Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar", İÜHFM, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 353-363.

Sanlı, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007.

Sarıkaya, Sinan/**Bakar**, Gökhan: "Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi", Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu (Editör: Özekes, Muhammet), 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 989-1008.

Savaş, Abdurrahman: "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi", İÜHFM, C. 80, S. 2, 2022, s. 537-582.

Saymen, Ferit H.: "Gabinde İvazlar Arasındaki Nispetsizlik", İÜHFM, C. 11, S. 3-4, 1945, s. 145-159.

Seno, David J.: "The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin", MLR, C. 85, S. 2, s. 859-886.

Serdar, İlknur: "TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", İzBD, Y. 80, S. 3, 2015, s. 226-240.

Serozan, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014 (Medeni Hukuk).

Serozan, Rona: ""Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlâli" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", İÜMHAD, S. 2, 1968, s. 108-129.

Serozan, Rona/**Baysal**, Başak/**Sanlı**, Kerem: Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 8. Baskı, İstanbul 2022.

Someren Alp, Başak: "Sermaye Piyasası ve Bankacılık Mevzuatı Kapsamındaki Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları ve Bankalar İlişkisinin, Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Sorumluluğu Bağlamında Değerlendirilmesi", BÜHFD, Haziran 2021, C. 7, S. 13, s. 29-57.

Songur, Damla: "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Ticaret Hukuku ve Uygulamasına Genel Bakış", Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları (Editörler: Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire), 2. Baskı, Ankara 2019.

Söğüt, İpek Sevda: "Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları", AÜHFD, C. 69, S. 2, 2020, s. 759-791.

Söğütlü, Özlem: Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2022.

Söğütlü Erişgin, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016.

Stober, Rolf: "Ist der Ehrbare Kaufmann der Schlüssel für Compliance-Anforderungen?", NJW, Vol. 63, N. 22, 2010, s. 1573-1575.

Suluk, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.

Sunstein, Cass R./**Jolls**, Christine/**Thaler**, Richard H.: "A Behavioral Approach to Law and Economics", SLR, C. 50, S. 5, 1998, s. 1471-1550.

Şahbaz, Ali: Akdin Müsbet İhlali, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

Şahin, Hale: Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara 2020 (Mücbir Sebep).

Şahin, Mehmet: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara 2022 (Ortaklıklar Hukuku).

Şener, Oruç Hami: Ticaret Hukukunun Genel İlkelerine (Ticari İşletme Hukukuna) İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2022 (Değerlendirme).

Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020 (Ticari İşletme).

Şener, Oruç Hami: Anonim Ortakta Ek Tasfiye (İhya), Ankara 2015 (Ek Tasfiye).

Şener, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Ankara 2008.

Şener, Oruç Hami: Roma Hukukunda Ortaklık Akdi ve Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Makaleler C. I, İzmir 2006, s. 63-119 (Roma Hukukunda Ortaklık).

Şener, Oruç Hami: "Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyaı, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK m. 68/IV)", Makaleler C. I, İzmir 2006, s. 1-62 (Ticari Defter).

Şenocak, Kemal: "Sigorta Sözleşmesini Kurmaya Yönelik İcap Beyanının Kabulü veya Reddi Yönünde İrade Beyanı Açıklanmadan Önce Sigortacının, İcaba Bağlılık

Süresi İçerisinde Gerçekleşen Riziko'dan Dolayı Culpa in Conrtrahendo Sorumluluğu Söz Konusu Olabilir mi?", GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 297-320.

Tandoğan, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, 1961 Yılı Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul 2010.

Taşkın, Mustafa: "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı", ABD, S. I, 1997.

Tercier, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020.

Tekil, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997.

Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012.

Tekinalp, Ünal: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1543-1556.

Tekinalp, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Açıklamalı, Notlu, Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu Ticarî Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler, 15. Baskı, İstanbul 2014.

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tekten, Emel: "Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri", SÜHFD, 31/1, 2023, s. 1-34.

Tenekeci, Cüneyt: "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", THD, C. 13, S. 143, 2018, s. 157-167.

Topal, Önder: Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015.

Topçuoğlu, Metin: "Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları", SDÜHFD, C. 2, S. 2, 2012, s. 47-79.

Turanlı, Hüsnü: "A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board Of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Busıness Judgment Rule", TFM, 2016/1, s. 81-89.

Türk, Hikmet Sami: "Temerrüt Faizi, Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 129-193.

Türkel, Doğuş Taylan: "Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m. 876)", DEÜHFD, C. 22, S. 1, 2020, s. 255-320.

Türkmen, Emre: Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul 2020.

Tüzüner, Özlem/**Öz**, Kerem: "Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi", ABD, 2015/3, s. 423-470.

Uçaryılmaz, Talya Şans: Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2019 (Dürüstlük Kuralı).

Uçaryılmaz, Talya Şans: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Mülkiyet Hakkı: Thaleia Karydi Kararı Işığında Bir İnceleme", İÜHFD, C. 5, S. 1, 2014, s. 389-412 (Mülkiyet Hakkı).

Uludağ, Süleyman: Basîret, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 5, İstanbul 1992 (islamansiklopedisi.org.tr/basiret, ET: 05.07.2023).

Ulusoy, Yılmaz: Mukayeseli Şahıs Şirketleri, Ankara 1977.

Uyumaz, Alper/**Türk**, Mehmet Cemil: "Tacirin Tüketici Sıfatı", AÜHFD, C. 73, S. 3, 2023, s. 1591-1633.

Uzel, Necdet: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı", Sorumluluk Hukuku, Seminerler-Makaleler (Editör: Baysal, Başak), İstanbul 2017, s. 375-413.

Uzunallı, Sevilay: Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara 2013.

Üçer, Mehmet/**Meriç**, Nedim: "Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Kapsamı", DÜHFD, C. 24, S. 41, 2019, s. 405-438.

Ünal, Oğuz Kürşat: Fatura ve Teyit Mektubu, 6. Baskı, Ankara 2015 (Fatura).

Ünal, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005.

Ünal, Oğuz Kürşat: Aracı Kurumlar, Ankara 1997.

Ünal, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (I), Maliye Postası, S. 180, 1988 (Basiretli İş Adamı I).

Ünal, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (II), Maliye Postası, S. 181, 1988 (Basiretli İş Adamı II).

Ünal, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Hareket Mükellefiyeti (III), Maliye Postası, S. 182, 1988 (Basiretli İş Adamı III).

Ünal, Oğuz Kürşat: Tacirin Basiretli İş Adamı Hareket Mükellefiyeti (IV), Maliye Postası, S. 183, 1988 (Basiretli İş Adamı IV).

Ünan, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2018.

Ülgen, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.

Ülgen, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2022.

Üzümcü, Rabia: Kamu Tüzel Kişilerinin Tacir Sıfatı Alanında Yaşanan Gelişmeler, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019.

Whitman, James Q.: "The Moral Menace of Roman Law and Making of Commerce: Some Dutch Evidence", YLJ, C. 105, S. 7, s. 1841-1889.

Widmer, Pierre: Principles of Europan Tort Law Text and Commentary, Avusturya 2005.

Yağcı, Kürşad: "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-438.

Yaşar, Tuğçe Nimet: Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance), İstanbul 2020.

Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012 (Borçlar Özel).

Yavuz, Mustafa: "Tacirler Tarafından Saklanması Gereken Ticari Defter ve Belgelerin Yitirilmesi Halinde Zayi Belgesinin Alınabilme Koşulları", LMHD, C. 13, S. 156, s. 3029-3040 (Zayi Belgesi).

Yener, Merve İrem: Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması, Ankara 2020.

Yeşiltepe, Salih Önder: "İş (Hizmet) Sözleşmelerinin Ticari İş Mahiyeti, Ticari İşlerde Faiz ve İşçi Alacaklarına Uygulanacak Temerrüt Faizi Oranı", MÜHFHAD, C. 20, S. 2, 2014, s. 45-72.

Yıldız, Burçak: "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği", Batider, C. XXVII, S. 3, 2011, s. 111-134.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara 2002 (Sözlük).

Yılmaz, Süleyman: Hukukî Açıdan İnternet Bankacılığı, Ankara 2010 (İnternet Bankacılığı).

Yılmaz, Zehra Sanem: Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler), 2. Baskı, İzmir 2006.

Yönet, Yağmur Öykü: Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Yücer Aktürk, İpek: "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", GÜHFD C. XX, S. 2, 2016, s. 103-128.

Yücer, Zeynep İpek: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.

Yücesoy Yılmaz, Yasemin: "Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması", TBBD, S. 140, 2019, s. 303-330.

Zevkliler, Aydın/**Aydoğdu**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.

Ziemons, Hildegard: GmbHG § 43 *içinde* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 2 (Editörler: Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica), 4. Baskı, Münih 2023.

Zilelioğlu, Hilâl: "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD, C. 39, S. 1, 1987, s. 241-264.

Elektronik Kaynaklar

Amerika Birleşik Devletleri Arizona Eyaleti Yüksek Mahkemesi "*Darner Motor Sales, Inc v. Universal Underwriters Insurance Co*" kararı: https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1984/16551-pr-2.html (ET: 04.08.2023)

AktG Tam Metin: http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/index.html (ET: 18.01.2021).

BGB Tam Metin: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (ET: 18.01.2021).

BGE 84 II 107: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F84-II 107%3Ade&lang=de&type=show_document (ET: 06.04.2023).

BGE 85 I 66: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F85-I-66%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (ET: 18.04.2023).

BGE 93 I 265: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F93-I-265%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (ET: 27.07.2023).

BGE 103 II 129: https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-II-129%3Ade&lang=de&type=show_document (ET: 28.07.2023).

BGE 136 III 518: https://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-III-518%3Ade&lang=de&type=show_document (ET: 28.07.2023)

BGE 146 III 37: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F146-III-37%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (ET: 23.08.2023).

BGH X ZR 147/01: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=24396&pos=0&anz=1 (ET: 10.04.2023).

BGH ZR 83/12: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=65113&pos=0&anz=1 (ET: 10.04.2023).

BGH I ZR 40/74: https://research.wolterskluweronline.de/document/2fed4ff8-1ebe-40bd-8f46-d93cfc1031d5 (ET: 18.04.2023).

BGH I ZR 191/07: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=51224&pos=0&anz=1 (ET: 10.04.2023).

BGH I ZR 256/98: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2001&Seite=77&nr=24112&pos=2325&anz=2408 (ET: 19.04.2023).

BGH III ZR 9/05: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=34969&pos=0&anz=1 (ET: 10.04.2023).

BGH IV ZR 9/08: (http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=46810&pos=0&anz=1 (ET: 10.04.2023).

BGH VIII ZR 246/16: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VIII%20ZR%20246/16&nr=80544 (ET: 10.04.2023).

Çek Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri: https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf (ET: 27.04.2023).

Deutscher Corporate Governance Kodex: https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220517_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex_2022.pdf (ET: 14.04.2023).

2011/7 sayılı Ticari İşlerde Para Borçlarının İfasındaki Gecikmelerle Mücadele Yönergesi Tam Metin: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&from=EN (ET: 28.04.2022).

6762 sayılı mülga TTK Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf (ET: 05.04.2022).

GenG Tam Metin: http://www.gesetze-im-internet.de/geng/GenG.pdf (ET: 09.06.2021).

GmbHG Tam Metin: http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/GmbHG.pdf (ET: 09.06.2021).

HGB Tam Metin: http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/HGB.pdf (ET:18.01.2021)

Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı: www.hukukturk.com.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası- Legalbank Elektronik Bilgi Bankası: https://legalbank.net.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi: www.lexpera.com.tr

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası: www.kazanci.com.

Kubbealtı Lugatı: http://lugatim.com (ET: 07.07.2023).

OR Tam Metin: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf (ET: 18.01.2021).

PEICL Tam Metin: https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/evip/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf (ET: 20.03.2023)

PETL Tam Metin: http://www.egtl.org/PETLEnglish.html (ET: 08.02.2021).

TBK Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri: https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf (ET: 21.01.2021).

TDK: Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr) (ET: 07.04.2020).

TTK Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri: https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf (ET: 21.01.2021).

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 23, Yasama Yılı:5, 51. Birleşim: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090051.pdf, ET: 27.04.2022)

UGB Tam Metin: https://www.jusline.at/gesetz/ugb (ET: 20.01.2022).

UYAP Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi: https://uyap.gov.tr/.

VVG Tam Metin: https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/VVG.pdf (ET: 20.03.2023).

1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu Tam Metin: https://www.koeblergerhard.de/Fontes/AllgemeinesDeutschesHandelsgesetzbuch1861.htm (ET: 27.10.2023).

1999/44/EC sayılı Tüketim Mallarının Satışı ve İlgili Garantilerinin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönerge Tam Metin: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044 (ET: 15.02.2021).

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu *Form No.*	FRM-DR-21
		Yayım Tarihi *Date of Pub.*	04.01.2023
	FRM-DR-21 **Doktora Tezi Orijinallik Raporu** *PhD Thesis Dissertation Originality Report*	Revizyon No *Rev. No.*	01
		Revizyon Tarihi *Rev.Date*	04.01.2023

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA

Tez Başlığı: Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü

Yukarıda başlığı verilen tezimin a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 301 sayfalık kısmına ilişkin, 13/12/2023 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 28 'dir.

Uygulanan filtrelemeler**:

1. ☐ Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
2. ☒ Kaynakça hariç
3. ☐ Alıntılar hariç
4. ☒ Alıntılar dâhil
5. ☒ 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tezimin herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Öğrenci Bilgileri				
	Ad-Soyad	Gamze Çakı Çifci	**Öğrenci No**	
	Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk		
	Programı	Özel Hukuk Doktora		
	E-posta/Telefon			
	Statüsü	**Doktora** ☒	**Lisans Derecesi ile (Bütünleşik) Dr** ☐	

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan

*Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.
**Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orjinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları İkinci bölüm madde (4)/3'te de belirtildiği üzere: Kaynakça hariç, Alıntılar hariç/dahil, 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç (Limit match size to 5 words) filtreleme yapılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu *Form No.*	FRM-DR-21
		Yayım Tarihi *Date of Pub.*	04.01.2023
	FRM-DR-21 **Doktora Tezi Orijinallik Raporu** *PhD Thesis Dissertation Originality Report*	Revizyon No *Rev. No.*	01
		Revizyon Tarihi *Rev.Date*	04.01.2023

TO HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

Thesis Title (In English): The Obligation to Act as a Prudent Business Man

According to the originality report obtained by my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 13/12/2023 for the total of 301 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled above, the similarity index of my thesis is 28 %.

Filtering options applied**:

1. ☐ Approval and Decleration sections excluded
2. ☒ References cited excluded
3. ☐ Quotes excluded
4. ☒ Quotes included
5. ☒ Match size up to 5 words excluded

I hereby declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

Student Information				
	Name-Surname	Gamze Çakı Çifci	**Student Number**	
	Department	Private Law		
	Programme	Doctor of Philosophy in Private Law- PhD		
	E-mail/Phone Number			
	Status	**PhD** ☒	**Combined MA/MSc-PhD** ☐	

SUPERVISOR'S APPROVAL

APPROVED
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan

**As mentioned in the second part [article (4)/3]of the Thesis Dissertation Originality Report's Codes of Practice of Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, filtering should be done as following: excluding refence, quotation excluded/included, Match size up to 5 words excluded.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu *Form No.*	FRM-DR-12
		Yayım Tarihi *Date of Pub.*	04.12.2023
	FRM-DR-12 **Doktora Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu** *Ethics Board Form for PhD Thesis*	Revizyon No *Rev. No.*	01
		Revizyon Tarihi *Rev.Date*	01.12.2023

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA

Tez Başlığı: Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü

Yukarıda başlığı verilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır.
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne veya ruh sağlığına müdahale içermemektedir.
4. Anket, ölçek (test), mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme gibi teknikler kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen araştırma niteliğinde değildir.
5. Diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri kullanımını (kitap, belge vs.) gerektirmektedir. Ancak bu kullanım, diğer kişi ve kurumların izin verdiği ölçüde Kişisel Bilgilerin Korunması Kanuna riayet edilerek gerçekleştirilecektir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Öğrenci Bilgileri				
	Ad-Soyad	Gamze Çakı Çifci	**Öğrenci No**	
	Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk		
	Programı	Özel Hukuk Doktora		
	E-posta/Telefon			
	Statüsü	**Doktora** ☒	**Lisans Derecesi ile (Bütünleşik) Dr** ☐	

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.
Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

* Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

ThesisTitle (In English): The Obligation to Act as a Prudent Business Man

My thesis work with the title given above:

1. Does not perform experimentation on people or animals.
2. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
3. Does not involve any interference of the body's integrity.
4. Is not a research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from the participants by using techniques such as survey, scale (test), interview, focus group work, observation, experiment, interview.
5. Requires the use of data (books, documents, etc.) obtained from other people and institutions. However, this use will be carried out in accordance with the Personal Information Protection Law to the extent permitted by other persons and institutions.

I hereby declare that I reviewed the Directives of Ethics Boards of Hacettepe University and in regard to these directives it is not necessary to obtain permission from any Ethics Board in order to carry out my thesis study; I accept all legal responsibilities that may arise in any infrigement of the directives and that the information I have given above is correct.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

Student Information				
	Name-Surname	Gamze Çakı Çifci	**Student Number**	
	Department	Private Law		
	Programme	Doctor of Philosophy in Private Law- PhD		
	E-mail/Phone Number			
	Status	**PhD** ☒	**Combined MA/MSc-PhD** ☐	

SUPERVISOR'S APPROVAL

APPROVED
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan