

**6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (TTK)
m.18/II'DE YER ALAN “BASİRETLİ İŞ ADAMI (TACİR)
DAVRANIŞI” ÖLÇÜTÜNÜN İYİNİYETİN (TMK m.3)
VARLIĞININ BELİRLENMESİNDEKİ İŞLEVİ**

**(The Role of the “Prudent Businessman” Standard
Regulated in the Commercial Code No 6102 Art. 18/II in
Determining the Existence of Good Faith
(Civil Code Art.3)**

Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ*

ÖZET

TTK m. 18/II, TTK m. 110/II ve TTK m. 286 hükümleri basiretli iş adamı ve basiretli tacir kavramlarına yer vermektedir. Aslında bu iki kavram birbiriyle özdeş niteliktedir. Basiretli iş adamı kavramının ölçütünün bir kusur ölçütü olduğu kabul edilmektedir.

Bu çalışmada temel olarak konuya ilişkin farklı görüşlere, özen kavramına ve çifte doğasına, TTK m. 18/II' nin işlevine, basiretli iş adamı ölçütünün iyiniyetin tespitindeki rolü ve TTK m.18/II hükmünün TBK m. 506/III hükmüne etkisiyle ilgili bilgi verilecektir.

Anahtar kelimeler: Basiretli tacir, İyiniyet, TTK m.18/II, kusur, basiretli iş adamı.

Abstract

TTK clauses 18/II, 110/II and 286 include the term of prudent businessman and prudent merchant. Indeed, these two terms are identical. It is accepted that prudent businessman criterion is a kind of negligence criterion.

In this paper, I will address; different dictums about this topic, the term of prudence, the function of TTK clause 18/II, the role of criterion of prudent businessman in determination of good faith and the impact of clause TTK 18/II on clause TBK 506/III.

Keywords: prudent businessman, prudent merchant, good faith, prudence, negligence.

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

“C) Tacir olmanın hükümleri, I- Genel Olarak” başlığı altında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II hükmü, tacirlerin bütün ticari faaliyetleri için özel bir özen ölçüsü öngörmektedir. TTK m.18/II’ ye göre, “Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekir”. Söz konusu düzenleme, dili sadeleştirilen yüklemi dışında yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (eTTK’nın) m.20/II hükmü ile aynı içeriktedir. Aslında “basiretli tacir” veya yasanın ifadesi ile “basiretli iş adamı” ölçütü¹ sadece TTK m.18/II’de yer almaz. Acenteliğe ilişkin TTK m.110/II hükmüne göre, “Acente, müvekkilin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebilir. Ancak, işin acele nitelik taşıması nedeniyle durum müvekkilinden talimat almaya müsait olmazsa veya acente en yararlı şartlar çerçevesinde harekete yetkiliyse, basiretli bir tacir gibi kendi görüşüne göre işlemi yapar”. Yine kolektif şirkette tasfiye memurlarına ilişkin TTK m.286’ya göre, “Tasfiye memurları, tasfiye hâlinde bulunan şirketin bütün mal ve haklarının korunması için basiretli bir iş adamı gibi gerekli önlemleri almakla ve tasfiyeyi olabildiğince en kısa zamanda bitirmekle yükümlüdür”. TTK m.18/II ve TTK m.286’da “basiretli iş adamı” terimi seçilirken, TTK m.110/II’de “basiretli tacir” kavramının yer alması, bir gelişigüzel kullanım örneği olarak ortaya çıksa da²; “basiretli iş adamı” ve “basiretli tacir” kavramları özdeş kavramlar olup, aynı anlamı imler.

865 sayılı TTK (eeTTK) m.644’den gelen bu hüküm, eTTK’ya ve TTK’ya genişletilerek alınmıştır. Zira, eeTTK m.644, sadece tacirin ticari bir taahhüdünün ifasında bu özen ölçüsünü ararken; eTTK m.20/II ve sonrasında TTK m.18/II, tacire, “ticaretine ait bütün faaliyetlerinde” basiretli bir tacir gibi davranmayı yüklemektedir.

Basiretli iş adamı davranışının “neyin ölçütü” olduğunu belirlemek önemlidir. Verilecek cevap ise ilk planda: “Basiretli iş adamı ölçütü bir kusur ölçütüdür” şeklinde olacaktır.

I. Görüşler

Bu noktada Ticaret Hukuku öğretisine genel olarak baktığımızda,

POROY/YASAMAN’a göre³, “TTK m.18/II’deki basiretli bir işadamı gibi hareket etme mükellefiyeti, tacire, objektif bir ölçüye kıyasla belirli durumlarda evvelden taahhüt etmemiş olduğu bazı edimler yüklenmesi veya daha geniş olarak kendisinin sorumluluk altına sokulması şeklinde, “külfet” niteliği taşıyan bir hükümdür. Objektif

¹ KARAYALÇIN (s.218 dn.53), eTTK m.20/II hükmü üzerinden “basiretli tacir” kavramı dururken yasa koyucunun neden “basiretli iş adamı” kavramını kabul ettiğinin anlaşılamadığının altını itını çizmektedir. Aynı eleştiri TTK m.18/II hükmünün lafzı için de geçerlidir.

² Haklı olarak bu şekilde: POROY/YASAMAN, s.155.

³ POROY/YASAMAN, s.152, 154.

ölçü, söz konusu tacirin, ticaretinin özelliği göz önünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirin davranışı olacaktır. . . Diğer bir deyişle, basiretli iş adamı gibi hareket etmek yükümlülüğü boşluk doldurucu nitelikte bir yükümdür”.

İMREGÜN'e göre ise⁴, “bu hükümle, geniş anlamda bir edimin yerine getirilmesinde, basiretli, sağduyulu bir iş adamının alması gerekli bütün önlemler içerilir. Bu görüş açısından basiretli bir iş adamı gibi hareket yalnız bir özen ölçüsü olmayıp, sözleşme ve yasanın öngördüğü borç ve yükümlerin yanında bizzat bu kavramın gerektirdiği borç ve yükümleri de tacire yükler. Bu nedenle, tacir herhangi bir sözleşme söz konusu olmaksızın da basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür ve aksi halde sorumlu tutulabilir. Örneğin, postacının yanlışlıkla getirdiği bir mektubu, sahibine verilmek üzere postacıya iade etmeyen veya bizzat sahibine ulaştırmıyan tacir, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmemiş olmaktan dolayı mektup sahibine karşı sorumlu tutulabilir ve mektubun zamanında sahibine ulaşmamasından dolayı bu kişinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olabilir”.

Her iki yazarın maddenin fonksiyonuna yönelimleri doğru olmakla beraber, POROY/YASAMAN'n “kulfet” nitelemesi⁵, en azından tacirden beklenen davranışın kendisinden dava yoluyla talep edilemezliğini vurgulaması bakımından önemlidir ve İsviçre Hukukundaki “iyiniyetin belirlenmesine ilişkin” aşağıda da incelediğimiz kabul gören bir kısım görüşlere de uygundur. Ancak basiretli iş adamı gibi hareket etmenin bir kulfet (yükümlülük) olarak nitelendiği yerde basiretli iş adamı gibi davranma bakımından bir yükümlülük veya mükellefiyetin varlığından bahsetmek pek de uygun olmasa gerekir. Bu yönüyle basiretli iş adamı gibi davranma, en azından tacir için bir yükümlüdür.

Bu çerçevede ÇAMOĞLU⁶, TTK. m.18/II- eTTK m.20/II'nin fonksiyonunu, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü ile bağlantılı olarak şu şekilde açıklamaktadır: “Bizce özen borcu, TK. 20 II'nin tacirlere yüklediği “basiretli tacir gibi hareket” yükümü ile aynı nitelikte bir borçtur. . . Nitekim, TK.320 özen yükümünü, idarecilerin ortaklık işlerinde gösterecekleri “dikkat ve basiret” şeklinde ifade etmiştir. Bu da göstermektedir ki kanun koyucu terim seçiminde titiz davranmamıştır. Seçilen terim ne olursa olsun, ister basiretli ister ihtimamlı (özenli) hareketten bahsedilsin anlatılmak istenen kavram özen borcudur. TK. 20/II'de düzenlenen basiretli tacir gibi hareket mükellefiyeti, başlıbaşına bir görev kaynağı olarak yorumlanmaktadır”.

ARKAN'a göre de⁷, “basiretli iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve

⁴ İMREGÜN, s.38.

⁵ Aynı şekilde. BAHTİYAR, s.79.

⁶ ÇAMOĞLU, s.391. Ayrıca bkz.ÖZ, s.105.

⁷ ARKAN, s.130.

imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özenin göstermesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

Her iki Yazar'ın da "basiretli tacir" kavramını "özen" kavramı üzerinden tanımlaması yerinde olmakla birlikte, söz konusu özenin niteliği bakımından tam bir açıklık içermemektedir

Bize göre ise TTK m.18/II'deki "basiretli iş adamı gibi hareket etme" olgusu, bir davranış maksimi getirerek tacirin, sözleşmesel veya sözleşme dışı (TTK m.20) iş görme ve hukuki ilişkilerine dayalı bütün ticari faaliyetlerindeki kusur bakış açısı altındaki özeninin ölçüsünü ortaya koyar. Bu konudaki değerlendirmenin anlaşılabilirliği bakımından bilinmesi gereken temel olgu ise "özen" kavramının çifte doğası olacaktır.

II. Özen Kavramı, Çifte Doğası ve TTK m.18/II'nin İşlevi

Günümüzde özen kavramı, bir yandan haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığın ve iş görme temelli sürekli borç ilişkilerinde iş gören borçlunun sorumluluğu kurucu olgulardan hem -asli edim yükümünün kötü ifasına dayalı- "sözleşme ihlalinin", öte yandan her iki sorumluluk türü bakımından "kusurun" tespitinde önem taşır. Diğer bir deyişle günümüzde özen kavramının sadece kusurun (ihmalin) tespitine yönelik tek bir işlevinden çok, iş görme edimlerinde hukuka aykırılığı /sözleşme ihlalini de belirleyici çifte işlevinden bahsedilir.

Buna göre "özen", öncelikle sözleşme ihlaliyle bağlantılı bir hüküm olarak iş görme borçlusunun asli edim yükümünü kötü ifa ederek sözleşmeyi ihlal etmeme "yükümünü" ifade eder. Sözleşmesini ihlali (kötü ifası) için, -kusurun (ihmalin) varlığı için aranan özen ölçüsünün ötesinde- borçlunun somut olaya göre ideal bir vekilden beklenebilecek en yüksek derecedeki -farazi ve soyut maksimum- özenli davranıştan sapma oluşturacak bir davranışının varlığı ("objektif" özen yükümü ihlali) yeterlidir. Buna karşılık kusur (ihmal) anlamıyla "özen (ihtimam)" kavramı, "mesleğe/alana özgü ortalama borçlunun ortalama davranışına" dayalı "objektifleştirilmiş" ölçüsüyle sözleşmesel sorumluluğunun "kusur (ihmal)" unsurunun belirlenmesinde işlev görür⁸. Sonuçta "özen" kavramı sözleşme hukuku bakımından hukuki bir davranış normu (emri) iken; kusur bakış açısı altında kınanabilirlik değerlendirmesine esas oluşturan bir davranış maksimi olarak belirir⁹.

Yukarıdaki görünüm altında sözleşme ihlali için aranan (objektif) özen ölçüsü, her zaman için kusurun tespiti için aranan (objektifleştirilmiş) özen ölçüsünden

⁸ Ayr.ol.bkz. GÜMÜş, s.57 vd.

⁹ WEBER, Art.398 N.24, s.2485.

daha yüksektir. Zira sözleşmenin ihlalinin tespitinde "mesleğe/alana özgü, ideal" bir borçlunun en yüksek ölçüdeki özenli davranışı esas alınır ve somut olaya göre ideal borçlunun kendisinden beklenecek en uygun davranıştan sapma oluşturan her davranışı "özensiz" olarak nitelenerek, sözleşme ihlalinin oluşturur. Buna karşılık borçlunun "mesleğe/alana özgü somut olayda beklenen ortalama davranışı" göstermemesi kusur bakış açısıyla kınanabilecek şekilde özensiz sayılmak için kural olarak yeterli olacaktır.

TTK m.18/II, tacirin bütün ticari faaliyetlerindeki ihmal şeklinde ortaya çıkan kusurunun tespitine ilişkin bir ölçü vermektedir. Yargıtay da bir kararında eTTK m.20/II ve buna bağlı "basiretli iş adamı gibi hareket" ölçütünü kusur ölçütü olarak nitelendirmektedir¹⁰. Ticaret Hukuku öğretisine göre, basiretli iş adamı gibi davranma yükümünde -kusura ilişkin olduğu belirtilmeksizin- söz konusu ölçü, objektif ya da objektifleştirilmiş niteliktedir¹¹. Görüldüğü üzere, basiretli tacir (veya iş adamı) ölçütü, tacirin ticari faaliyetleri bakımından objektifleştirilmiş bir ölçüyü, "bir tacirin ticari faaliyet alanına özgü ortalama davranışı veya hareket tarzını" esas almaktadır. Dolayısıyla tacirin ticari faaliyetine özgü ortalama tacirin yetenek ve niteliklerinin altındaki her özensiz davranışı "basiretli iş adamı gibi hareket etme ölçüsünün" altında kalacaktır.

Ancak Ticaret Hukuku öğretisinde örn. DOMANIÇ'in¹² "(eski) *Ticaret Kanununun 20/2'nci maddesinden anlaşıldığı üzere tacir, ticari işleri dışında sübjektif ihtimam göstermekle yetinebilir...Başka bir deyimle, bir kimse tacir olmakla , sübjektif özen ölçülerinden çıkar, objektif özen ölçülerine tabi olur*"; KARAHAN'ın¹³ "*Bu yükümlülük sübjektif değil, objektif özen ölçüsü getirmektedir*"; KARAYALÇIN'ın¹⁴ "*Bu ihtimam tacirin ticari sayılmayan işlerinde bahis mevzuu olmaz; ÇEKER'in*¹⁵ "*Tacirin kişisel yetenekleri ve kendi özel hayatındaki davranış biçiminin ne olduğuna bakılmaz*" içeriğindeki ifadelerinden de anlaşıldığı üzere, "basiretli iş adamı/tacir (davranışı)" ölçütü tacirin kişisel yetenek ve niteliklerini temel alan sübjektif özen ölçüsünü yükseletmek için getirilmiş bir hükümdür. Dolayısıyla söz konusu eTTK m.20/II-TTK

¹⁰ Y.19.HD, T. 19.3.1993, E.1992/6584, K.1993/2158, YKD, C.19, S.6, Haziran 1993, s.919: Davalı bankanın...aynı Yasanın (3167 sayılı Kanun) 2. ve TTK'nin 20/f-2.maddesinde öngörülen basiret ve itina'yı göstermek suretiyle kusurlu olduğunun ve bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü icap eder".

¹¹ KARAYALÇIN, s.218; POROY/YASAMAN, s.152; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.285; İMREGÜN, s.38; ARKAN, s.130; DOMANIÇ/ULUSOY, s.210; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 152; KİZİR, s.248. Aynı şekilde: EREN, s.1063; ALTOP, s.81.

¹² DOMANIÇ/ULUSOY, s.210.

¹³ KARAHAN, s.104.

¹⁴ KARAYALÇIN, s.218. Benzer: BOZER/GÖLE, s.58; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 152; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.235; BİLGİLİ/YENİKAPI, s.94; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.285.

¹⁵ ÇEKER, s.74.

m. 18/II düzenlemesi; Türk Hukukunda hukuk düzeninin tacirin ticari nitelik taşımayan sözleşmesel, sözleşme benzeri (örn. vekaletsiz iş görme) veya haksız fiile dayalı ilişkilerinde kusurlu (ihmalli) sayılmamak için aradığı özen ölçüsünün “sübjektif özen” olduğu kabulü üzerinden yapılandırılmıştır¹⁶.

Oysa bugün için İsviçre-Türk Hukukunda hakim görüş¹⁷ sözleşmesel sorumlulukta (ve haksız fiil sorumluluğunda¹⁸) ihmalin ölçütü olarak, yani kusura ilişkin özensizliğin (soyut ihmalin) belirlenmesinde “objektifleştirilmiş özen ölçüsünü” aramaktadır. Buna göre, var olan şartlara göre, uygun ve varsayımsal ortalama davranıştan sapan her kimse, ihmali davranmış olur. Belirli bir borçlunun özenli sayılan davranıştan olumsuz sapmasının tespitinde kıyaslama “makul kişi”, “ortalama vatandaş” esas alınarak yapılır; yoksa kişinin kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni (diligentia quam in suis) sarfetmesi dahi kusursuz sayılması için yeterli değildir. Ortalama vatandaş, ortalama bedensel, fıkri ve manevi yetenekleri haiz ve kaçınılabılır bir kusur işlemeyen, bir “hukuki figür”, soyut, ideal bir varlıktır¹⁹.

FELMANN’ın da vekilin özen yükümüne ilişkin olarak İBK m.398 hükmü üzerinden haklı olarak vurguladığı üzere²⁰, objektif(leştirilmiş) özen ölçüsü olarak sarf edilmesi zorunlu olan özen, bütün borç ilişkilerinde, bütün borçlular için yeknesak bir ortalama ölçüye göre saptandığı genel bir ölçüyü ifade etmez. Burada daha çok, “mesleki, (işlem) alan(ın)a ya da mesleğe özgü özen ölçütü”²¹ uygulanır. Daha öncesinde doktora tezimizde de vurguladığımız gibi²², toplumsal iş bölümü ve uzmanlaşma günümüz toplumsal yaşamının kaçınılmaz bir sonucudur ve bu ihtisaslaşma ve iş bölümü ne kadar ileri ise, istenilen özenin derecesi de o kadar yüksek ola-

¹⁶ TANDOĞAN’a göre de (s.419) de, ticari işlerle ilgili sözleşmelerde eTTK m.20/II gereği özen ölçüsü daha ağırdır.

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N.2989, s.180 ve s.180 dn.28’deki yazarlar; HUGUENIN, N.898, s.271; BERGER, N.1528 vd., s.504 vd.; SCHWENZER, N.22.14-2215, s.144; WIEGAND, Art.97 N.43, s.612; DERENDIGER, N.267, s.117; OFTINGER, s.143; GIGER, s.388: “ortalama vatandaşın ortalama davranışı” kriteri; WEBER, Art.398 N.24, s.2485; FELMANN, Art.398 N.486, s.501; ANTALYA, s.422; BGE 124 III 155; 116 Ia 162.

¹⁸ Vekaletsiz iş görme bakımından da özen ölçüsünün objektifleştirilmiş özen ölçütü olduğu yönünde: GÜMÜŞ, II, s.233 ve s.233 dn.1276’daki yazarlar.

¹⁹ DERENDIGER, N.267, s.117; FELMANN, Art.398 N.486, s.501; BGE 91 II 441.

²⁰ FELMANN, Art.398 N.485, s.501. İsviçre Hukukunda HUGUENIN (N.898, s.271) açıkça AMK §276/II’ye paralel olarak “işlem hayatının gerektirdiği özenden” bahsetmektedir. SCHWENZER de (N.22.14-2215, s.144) ihmali belirlemede açıkça “işlem alanının” esas alınacağını ifade etmektedir.

²¹ Alman Hukukunda DEUTSCH, AMK §276/II’nin açık lafzından hareketle “özel işlem alanını” esas almaktadır. Buna göre, “bir kimse, bir işlem alanının şart kıldığı ehliyetle hareket etmez ya da o işlem sahasında beklenen özen standartının gerisinde kalırsa, ihmali davranmış olur... Hekimden, uzman hekimden, avukattan, noterden, mimardan vs. mesleğe özgü davranış beklenir” (Haftungsrecht, N.426, s.261). Ayrıntılı olarak bkz. OSWALD, s.64 vd.

²² Bkz. GÜMÜŞ, s.322 vd.

aktır. Bu çerçevede borçlunun kusur bakış açısından özenli davranıp davranmadığı tespit edilirken, belirli bir mesleğe/işlem alanına dahil somut borçlunun davranışı, bir hukuki figür, bir soyut ideal varlık olarak, "kendi mesleğindeki/ işlem alanındaki" ortalama bedensel fikri ve manevi yetilere sahip ortalama borçlunun ortalama davranışı ile kıyaslanır²³.

Gelinen bu noktadan TTK m.18/II hükmüne bakıldığında, günümüzde başta sözleşme ihlali olmak üzere kusurun (ihmalin) ölçüsünün "mesleğe/alana özgü makul-ortalama kişinin davranışı" ölçütü üzerinden "objektifleştirilmiş" olmasının sonucu, artık TTK m.18/II hükmünün varlığına ihtiyaç olmamasıdır. Diğer bir deyişle tacirin ticari faaliyeti dışındaki faaliyet alanlarındaki sorumluluğu bakımından dahi ihmalin ölçüsünün objektifleştirilmiş olması karşısında, artık "basiretli tacir/iş adamı" ölçütüne gerek yoktur.

Gerçekten bir hekimin, bir avukatın, bankanın kusur bakış açısıyla göstermesi gereken özen nasıl farklı olacaksa, kısmen dahi olsa bir ticari işletme işleten tacirin, işlettiği işletmeye özgü faaliyet kapsamında, girdiği hukuki ilişkilerde kusur bakış açısıyla –somut işlemsel ilişkiler göz önüne alınarak- aranacak özen, diğer tacirlerinden farklı olacaktır. Bu nedenle ev yemekleri sunan bir küçük lokanta işletmesi işleten tacir ile yüzlerce kişiye aynı anda çok çeşitli yemekler sunan büyük bir lokanta işleten tacirin göstermesi gereken özen aynı olmayacaktır.

Bu sonuç bugün için Alman Hukukunda TTK m.18/II'ye paralel bir düzenleme olan Alman Ticaret Kanunu (HGB) ATK §347/I'in "*Bir hukuksal işlem kendi tarafı için ticari işlem olan kişi, diğerine özenli/basiretli (ordentlich) bir tacirin özenini göstermekle yükümlüdür*" hükmünün gereksizliği şeklinde de Alman öğretisinde ifade edilmektedir. SCHMIDT'in ifade ettiği üzere²⁴, ATK §347/I hükmü borçludan bir borç ilişkisinde borç ilişkisinde farklı bir sorumluluk öngörülmedikçe "işlem hayatının gerektirdiği özeni" talep eden Alman Medeni Kanunu (BGB) AMK §276/II hükmü karşısında gereksiz kalmaktadır. Zira zaten ihmalin ölçüsü, işlem alanı (çevresi) esas alınarak belirlenecektir. Bu nedenle ticari işlemler alanında yer alan tacirden, bunun gerektirdiği özen talep edilecektir. Bu durumda hükmün yegane önemi tacirin özen ölçüsünün somutlaştırılmasına yönelik bir çağrı oluşudur. EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN'a göre de²⁵, ATK §347 hükmü medeni hukukun genel "ihmal" kavramının somutlaşmasıdır. Söz konusu hükmün açıklayıcı işlevi ile AMK §276/II hükmünün ticari adetlere oryantasyonu sağlanmıştır.

Her ne kadar gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve gerekse de Türk Borçlar Kanunu'nda AMK §276/II hükmü gibi ihmali işlem hayatının gerektirdiği özene

²³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, II, N.2993, s.181.

²⁴ SCHMIDT, HGB §347 N.2.

²⁵ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, §347 HGB, N.1.

bağlayan bir hüküm mevcut olmasa da; bugün için Türk-İsviçre yargı uygulaması ve öğretisinin sözleşmesel sorumluluk alanında borçlunun ihmal ölçütünü “alana/mesleğe özgü” ortalama borçlunun ortalama davranışı” olarak ele alışı; ticaret işlem alanında yer alan tacirler bakımından TTK m.18/II hükmünü artık gereksiz kılmaktadır. Diğer bir deyişle ilgili hüküm, içeriğiyle, işlevini “*sorumluluk hukukunda ihmal işlem alanının gerektiği özeni göstermektir, tacir için ise ihmal doğal olarak ticari işlem (ticaret) alanının gerektirdiği özeni göstermektir*” şeklinde “açıklayıcı” olmanın ötesine taşıyamamaktadır.

III. Basiretli İş Adamı Ölçütünün İyiniyetin Tespitindeki Rolü

Artık bu noktada özen kavramının, bir ihmal ölçütü olarak yine iyiniyet kavramının tespitinde de işlev gördüğünü de vurgulamalıyız: Bir hukuki sonucun (örneğin bir hakkın kazanılması veya korunması) gerçekleşmesi, kimi zaman gerekli olan bir unsurun/olgunun eksikliğinden dolayı gerçekleşmeyebilir. İstisnaen kanun koyucunun bir hukuki sonucun gerçekleşmesini bir kimsenin iyiniyetine, yani kişinin söz konusu eksikliği bilmemesi veya bilmesi gerekmemesine bağladığı hallerde, iyiniyet eksik unsuru tamamlar ve hukuki sonucun (örneğin hak iktisabının) gerçekleşmesini sağlar (TMK m.3).

Klasik görüşe göre²⁶ iyiniyet, “bilmemek ve bilmesi de gerekmemektedir”. Diğer bir deyişle kişideki “mazur görülebilen” bilgisizlik veya yanlış bilgidir. Bu durumda kişi, eksik dikkati (özeni) nedeniyle hukuku sonucun gerçekleşmesine engel olan olguyu bilmiyor veya bilemiyor ise iyiniyetli değildir. Bu noktada bir psikolojik kavram olarak “bilmeye” ilişkin bir olgu olarak iyiniyet, bir hukuki eksiklik veya sakatlığa ilişkin bir bilgisizliktir. Ancak TMK m.3/II'deki, “*Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse hüsnüniyet iddiasında bulunmaz*” hükmü gereği, ayrıca söz konusu bilgisizliğin mazur görülebilir olması, yani kişinin hukuki sakatlığı bilmesinin de gerekmemesi şarttır. Buna karşılık öğretilerde yeni bir eğilim, iyi niyeti ahlaki (etik) bir anlayış içerisinde ele almakta, mazur görülebilir bilgisizliğin yanında, hukuka aykırılık bilincini de aramaktadır. Buna göre, “bir hukuki sakatlık nedeniyle objektif olarak haksız şekilde davranan kişide hukuka aykırılık bilinci bulunmuyorsa o kişi iyi niyetlidir”²⁷.

Ancak bu iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin, iyi niyetin varlığı için kişideki mevcut bilgisizlik, mazur görülebilir nitelikte olmalıdır. Bilgisizliğin mazur görülebilirliği ise, TMK m.3/II gereğince, kişinin icabı hale göre, kendisinden beklenen

²⁶ HAUSEER/JAUN, Art.3 N.16, s.169; PFAFFINGER, Art.3, N.7, s.13; EDİS, s.263, 264 ve s.264 dpn.15'deki yazarlar; ALTAŞ, s. 314.

²⁷ JÄGGI, Art.3 N.126, s.412; BAUMANN, Art.3 N.58, s.748-749 ve oradaki yazarlar; HONSELL, Art.3 N.10, s.66; SEROZAN, s.264. Bu konudaki tartışmaların sunumu için bkz. HONSELL, Art.3 N.9, s.65-66.

özeni sarfetmesi halinde olur. Örneğin bir hakkı iktisap etmek isteyen kimse, o hakkın doğumuna engel bir durumun varlığı veya hakkın sonuçlarını meydana getirmesi için aranan bir unsurun yokluğu konusunda araştırma yapmak; olayın özelliklerinin gerektirdiği özeni (ihtimamı) göstermek zorundadır²⁸. TMK m.3'de karşımıza çıkan "ihtimam (özen)" kavramı, bilgisizliğin (dikkatsizliğin) kınanabilirliği boyutunda görüldüğünden, Türk ve bir kısım İsviçre öğretisinde hakim görüş tarafından haklı olarak, "*-kanımızca kişinin bizzat kendisine yönelmiş sui generis nitelikte bir- kusur*" bakış açısıyla ele alınmaktadır.²⁹

Öğretideki hakim görüşe göre³⁰, TMK m.3/II'nin iyiniyetli sayılma bakımından -gerçekte kusur (ihmal) bakış açısı altında aradığı- özenin ölçüsü, sübjektif değil, objektifleştirilmiş bir ölçüdür. Buna göre, aynı şartlar altında, dürüst, normal, makul, ortalama bir insanın, referans kişinin (Durchschnittsmenschen) somut olayın şartlarına göstermesi gereken özenin gösterilmiş olup olmamasına göre, iyiniyetin varlığı veya yokluğu kabul edilecektir. Özensizliğin derecesi (ağır veya hafif oluşu) yasanın iyiniyetli sayılmamak için ağır ihmali olma şartını aramadığı ölçüde (örn. TTK m.680, m.686/II) iyiniyetli sayılıp sayılmama bakımından önem taşımaz³¹.

Yukarıdaki açıklamalarımız İsviçre Türk Hukuklarında gerek özleşmesel sorumlulukta bir kusur şekli olarak ihmalin varlığının tespitinde gerekse de, yine kusura ilişkin bir değerlendirme hali olarak iyiniyetin belirlenmesinde "mesleğe/alana özgü ortalama borçlunun/kişinin ortalama davranışının" temel ölçüt olarak belirlediğini ve TTK m.18/II'deki "basiretli tacir/iş adamı" ölçütünün her ikisi (kusur ve iyiniyetin tespiti) bakımından "mesleğe özgü ortalama kişinin ortalama davranışı" ölçütü ile özdeş olduğunu ortaya koyar³².

²⁸ EDİS, s.268.

²⁹ KOLLER, N.149, s.41; HAUSHEER/JAUN, Art.3 N.16-17, s.169; EDİS, s.268. Hakim görüşe yakın bir konum belirleyen HONSELL'e göre ise (Art.3 N.35, s.74) burada teknik anlamda (sorumluluk hukuku anlamında) bir kusur yapısı mevcut olmayıp, kusurun özel bir türü mevcuttur: kişinin kendisine karşı kusuru (Aynı görüşte: HOFER, Art.3 N.113, s.656; AKKANAT, s.73 dn.23) ve gerekli özenin/dikkatin gösterilmesi ise bir yüküm değil, külfettir. (Aynı görüşte: PFAFFINGER, Art.3 N.8, s.14; HOFER, Art.3 N.113, s.656; HATEMİ, s.177; AKKANAT, s.73). İyiniyetli sayılmanın gerektirdiği dikkati göstermeden kaçınmanın bir hukuki yüküm ihlali olduğu yönünde: JÄGGI, Art.3 N.110, s.409.

³⁰ KOLLER, N.146, s.40; HONSELL, Art.3 N.37, s.74 ve oradaki yazarlar; OĞUZMAN/BARLAS, s.255; ANTALYA/TOPUZ, s.311; AKKANAT, s.77 vd; ALTAŞ, s.316, 321; HOFER, Art.3 N.117, s.657; JÄGGI, Art.3 N.122, s.411; HAUSHEER/JAUN, Art.3 N.42, s.177; PFAFFINGER, Art.3 N.8, s.13-14; BAUMANN, Art.3 N.50, s.744. Yazar'a göre, gerekli dikkatin ölçüsü, kişisel, zamansal ve maddi bakımdan ayrı ayrı incelenmelidir; BGE 119 II 27; 113 II 399; BGE 79 II 64;

³¹ HONSELL, Art.3 N.35, s.74; BGE 119 II 27. Aksi görüşte: KOLLER, N.149, s.41.

³² Farklı olarak bkz. GÜMÜŞ, s.350: "...tacirin ticari işletmesinin konusuyla ilgili bütün ticari işlerinde, istisnaen bir tacirin faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki teamüller, bir tacirden, ortalama bir vekilden daha yüksek ölçüde bir özenin gösterilmesini gerekli kılıyorsa, artık tacir-vekil,

Ancak iyiniyet kavramı üzerinden haklı olarak ifade edildiği gibi, özel bir kabiliyet veya incelikli iş görmeyi gerekli kılan özel branşlarda iyiniyetli olup olmama değerlendirmesinde daha yüksek (nitelikli) bir özenin aranacağı kabulünün altı öğretilerde haklı olarak çizilmektedir³³. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi ikinci el otomobil ticaretinde yeterli dikkatin gösterilmemesine dayalı olarak iyiniyet iddialarını üç ayrı kararında da³⁴ reddetmiştir. Yine İsviçre Federal Mahkemesi antika (menşei belli olmayan) eşya ticareti bakımından gösterilecek özenin derecesini daha yüksek belirlemiştir³⁵. Yine İsviçre Federal Mahkemesi bankacılık faaliyetlerinde bankaların iyiniyetini kararlarının çoğunda reddetmiştir³⁶. Dolayısıyla “basiretli iş adamı” ölçütü, “mesleğe özgü ortalama borçlunun/kişinin ortalama davranışı” ölçütü ile özdeş olsa bile bir tacirin faaliyeti özel bir yeteneği veya dikkati gerekli kılıyorsa, bu durumda söz konusu tacirden kusur bakış açısıyla istenecek özen daha yüksek olacaktır. Ancak daha yüksek özen aranırken bu özen derecesi, sözleşme ve hukuka aykırılık değerlendirmesine esas olan en yüksek derecede özen noktasına ulaşmaması gerektiği de açıktır.

Oysa bugün için kararlarından açık gözlemlendiği üzere Yargıtay’ın temel yaklaşımı, *-KARAYALÇIN’ın*³⁷ “*Basiretli bir iş adamından beklenen ihtimam derecesi dolayısıyla mücbir sebep veya beklenmedik hal iddiası pek istisnai hollere inhisar eder görüşüne paralel biçimde-* “basiretli iş adamı” ölçütünü neredeyse en yüksek derecede özen ölçüsüne eşitlemek ve bir anlamda tacirin sözleşmesel sorumluluğunu kusur karinesine dayalı kusur sorumluluğundan, bir kusursuz sorumluluk hali olarak objektif yüküm ihlaline dayanan bir sebep sorumluluğuna devşirmektedir. Bu bakış açısı, TMK m.3’de yer alan iyiniyet karinesi de, Yargıtay’ın bakış açısıyla tacirler için bir “iyiniyetli olmama fonksiyonuna (varsayımına)” dönüştürmektedir:

*“Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. (T.T.K. madde 20/2) Basiretli hareket etme yükümlülüğü, teminat olarak gösterilen taşınmazın hukuki ve fiili durumunu ve kullanma şeklini bilmeyi de gerektirir. Bu yükümlülüğünün gerektirdiği özeni göstermeyen bankanın iyiniyet iddiası dinlenmez.”*³⁸.

söz konusu tacire özgü yükseltmiş ölçüdeki özeni sarf etmek zorundadır. Diğer bir deyişle, tacir sıfatına sahip vekilin, söz konusu tacir sıfatı gereği, tacir sıfatına sahip olmayan vekilden çok daha ilerisini görebilmesi lazımdır”. GÜMÜŞ ile aynı şekilde “basiretli iş adamı” ölçütünün “ortalama vatandaş” esas alan ölçütten daha yüksek bir özeni gerektirdiği yönünde: KİZİR; s.257.

³³ HONSELL, Art.3 N.39, s.75; HOFER, Art.3 N.127, s.661-662; HAUSHEER/JAUN, Art.3 N.49, s.181; PFAFFINGER, Art.3 N.8, s.13-14; ANTALYA/TOPUZ, s.334.

³⁴ BGE 79 II 59 vd.; 107 II 41 vd.; 113 II 397 vd. Ancak farklı olarak: 121 III 345 vd.

³⁵ BGE 122 III 1 vd.; 131 III 418.

³⁶ BGE 112 II 450 vd.; 116 II 689 vd.; 106 Ib 93 vd. Otel yatırıma ilişkin vekalette: 109 II 102 vd.; Ayrıca bkz. BGE 126 III 505 vd., 119 II 23 vd.

³⁷ KARAYALÇIN, s.219. Aynı şekilde: ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.286.

³⁸ Y.2.HD., E.2010/19635, K.2011/9192, T. 26.5.2011, www.kazanci.com.

“...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; 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 kötünüyetli 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... Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 12/10/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”³⁹.

“...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 etmekte 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. Yukarıda belirtilen hukuki ve fiili durumlar ışığında davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”⁴⁰.

Ancak kimi zaman TTK m.18/II'ye ilişkin mutlak (istisnasız) algı Yargıtay'ı da rahatsız etmekte ve Yargıtay bu mutlaklığı dürüstlük kuralından hareketle yumuşatmaktadır:

“...Taraflar arasında imzalanan personel taşıma sözleşmesinin 4. maddesinde; sözleşmenin, imzalandığı tarihten itibaren bir yıl süreyle geçerli olduğu, bir yıllık sürenin bitiminden bir ay önce taraflardan herhangi biri, fesih için diğerine ihbarda bulunmadığı takdirde sözleşmenin kendiliğinden birer yıllık sürelerle uzayacağı, yüklenicinin sözleşmeyi süresinin sona ermesinden evvel feshetme hakkının olmadığı, davalı bankanın ise dilediği zaman, bildirimde bulunmaksızın, bildirim önelsiz, tazminatsız ve tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceği, yüklenicinin, fesih halinde davalıdan her ne

³⁹ Y.11.HD., E. 2015/3801, K. 2015/10336, T. 12.10.2015, www.kazanci.com.

⁴⁰ Y.10.HD., E. 2013/22218, K. 2014/16531, T. 3.7.2014, ww.kazanci.com.

nam altında olursa olsun hiçbir bedel, tazminat v.s. talep edemeyeceği, bu halde, davalı Finansbank'ın her türlü ödeme yükümlülüğünün son bulacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin tarafları tacirdir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2. maddesine (mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 20/ II. maddesine) göre her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bu ilke sözleşmenin imzası, ifası ve fesbi aşamalarının hepsinde gözetilmesi gereken ilke olması sebebiyle mahkemece, sözleşmenin davacı aleyhine hükümler içermesine rağmen bu durumu kabul eden tacir davacının sözleşme serbestisi ilkesiyle sözleşme hükmü nazara alındığında tazminat, bedel vb herhangi bir talepte bulunamayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçe ilke olarak doğru ise de, imzalanmış sözleşmenin yürütümü sırasında da hukukun genel ilkelerinden olan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince de, hak ve borçların kullanımı ve ifasında da iyiniyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü bu açıdan değerlendirildiğinde bu sözleşme maddesinin davalıya keyfi olarak nitelendirilebilecek mutlak bir hak bahşetmediğinin kabulü gerekir. O halde, mahkemece, davalının sözleşmeyi fesihle haklı olup olmadığı yönünde değerlendirilme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir⁴¹.

Yakın zamana kadar Yargıtay'ın TTK m.18/II'yi en yüksek derecede özen öngördüğü şekildeki yaklaşımının tek istisnası, aile konutu üzerinde (başta rehin hakkı olmak üzere) iyiniyetle aynı hak iktisabı bakımından bir tacir olarak bankaların iyiniyetli sayılabileceğini öngören Yargıtay 2.Hukuk Dairesi uygulamasıdır. 2. Hukuk Dairesi, -2011 yılına ait bir kararı haricinde⁴²- malikinin aile konutu niteliğindeki

⁴¹ Y.11.HD., E. 2014/16555 ,K. 2015/1207, T. 4.2.2015, www.kazanci.com.

⁴² Y.2.HD., E. 2010/19635 ,K. 2011/9192, T. 26.5.2011, www.kazanci.com: “..Dava konusu taşınmazın aile konutu” olduğu hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. (T.M.K. madde 194/1) Konut üzerinde hak sahibi olan davalı kocanın eşinin açık rızasını almadan ortağı olduğu dava dışı şirketin kredi borcunun teminatı olmak üzere, konut üzerinde diğer davalı banka lehine 25.8.2005 tarihinde ipotek tesis ettiği anlaşılmaktadır. İpotek tesisine ilişkin işlemlen önce taşınmazın tapu kütüğünde “aile konutu” olduğuna ilişkin bir serh bulunmamaktadır. Bu durumda davalı bankanın ipotega ilişkin kazanımı, iyiniyetli ise korunur. (T.M.K. madde 1023) Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. (T.M.K. madde 3) Lehine ipotek tesis edilen davalı banka tacirdir. Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. (T.T.K. madde 20/2) Basiretli hareket etme yükümlülüğü, teminat olarak gösterilen taşınmazın hukuki ve fiili durumunu ve kullanma şeklini bilmeyi de gerektirir. Bu yükümlülüğünün gerektirdiği özeni göstermeyen bankanın iyiniyet iddiası dinlenmez. Öyleyse davalı bankanın Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin sağladığı korumadan yararlanması mümkün değildir. Bu açıklamalara göre davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır”.

taşınmazı üzerinde banka lehine ipotek tesisi halinde bankanın ilgili taşınmazın aile konutunu niteliği konusunda iyiniyetli olması durumunda ipotek hakkı iktisabına imkan tanıyan istikrarlı kararları ile izin verirken⁴³, 2015 yılındaki bir kararı ile bankaların iyiniyetli olabileceği kabulünü koruyarak ve fakat "basiretli tacir ölçütünden hareketle" iyiniyetli sayılması için bankanın gerekli özeni göstererek eşin imzası ile birlikte kimlik tespitiyle birlikte imzasını işlem sırasında alması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) ise 2015 yılından itibaren Yargıtay

⁴³ Y.2.HD., E. 2014/11835, K. 2014/18849, T. 29.9.2014, www.kazanci.com: "...KARAR : Davacı, aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı eşi tarafından diğer davalı banka lehine kendi rızası alınmadan ipotek tesis edildiğini, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince ipotegin 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 kabulüyle ipotegin kaldırılmasına karar verilmiştir. İpotek tesisine dair işlem den önce tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna dair bir şerh bulunmadığına göre, davalı bankanın ipotete dair kazanımı iyiniyetli olması halinde korunur (TMK. madde 1023). Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. İyiniyetin varlığı asıl olduğuna göre, ipotete dair kazanımda davalı bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlaya yükümlülüğü, bunu iddia edene düşer (TMK. madde 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". Aynı şekilde: Y.2.HD., E. 2012/23427, K. 2013/15592, T. 5.6.2013, www.kazanci.com.

⁴⁴ Y.2.HD.; E. 2014/21620, K. 2015/4106, T. 11.3.2015, www.kazanci.com: "...Toplanan delillerden; davaya konu taşınmazın aile konutu olduğu, davalı bankanın ipotek işlemi sırasında davacı kadın eşin rızasını almadığı gibi, mahkemece yaptırılan imza incelemesi sonucunda da muvafakatnamedeki imzanın davacı kadın eşe ait olmadığı anlaşılmaktadır. Banka, davacı kadın eşin rızasını gösteren muvafakatname istediğine göre taşınmazın aile konutu olduğunu biliyor demektir. Basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken davalı bankanın gerekli özeni göstererek kimlik tespitiyle birlikte imzasını işlem sırasında alması gerekirdi. Bu durumda iyi niyetin varlığından söz edilemez. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamıştır".

Aslında eşin katılımı ile kimlik tespitine dayalı rıza, iyiniyet olgusuna bağlı bir sorun olmayıp, TMK m.194/I uyarınca aranan açık rızanın aranmasına ilişkin bir sorundur: Y.2.HD., E. 2010/10795, K. 2010/13443, T. 5.7.2010, www.kazanci.com: "...Üzerinde, ipotek tesis edilen taşınmazın davacı ile eşi davalı Yakup'un aile konutu olduğu tartışmasızdır. Konut üzerinde hak sahibi olan davalı kocanın, eşinin rızasını almaksızın dava dışı üçüncü kişinin doğmuş ve doğacak borçlarının teminatı olmak üzere 2.8.2007 tarihinde 15899 yevmiye numaralı işlemle konut üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis ettirdiği anlaşılmaktadır. Taşınmazın tapu kaydında, ipotek tesisine ilişkin işlem den önce aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, lehine ipotek tesis edilmiş olan banka iyiniyetli ise bu kazanımının korunacağında kuşku yoktur (T.M.K. madde 1023). Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz (T.M.K. madde 3). Davalı bankanın ipotek tesisinden önce kendi elemanları vasıtasıyla konutun nitelik, kullanım durumu ve değerinin belirlenmesi için inceleme yaptığı, bu inceleme sonucu düzenlenen 2.7.2007 tarihli ekspertiz raporunda taşınmazın "mesken" niteliğinde olduğu, mal sahibi tarafından bu şekilde kullanıldığı belirtilmiş ve ekspertiz raporuna taşınmazı mefruş halde gösteren fotoğrafları da çekilerek eklenmiştir. Ekspertiz raporundaki bu tespitler karşısında davalı bankanın basiretli davranmadığı (T.T.K. madde 20/2) açık olup, iyiniyet iddiası haklı değildir. O halde, aile konutu üzerindeki hakların

2.Hukuk Dairesi'nin ilk derece mahkemelerinin bankanın iyiniyetli olamayacağı yönünde verdiği ilamları bozan kararlarına ilişkin direnme kararlarını, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin görüşünün aksine bankaların iyiniyetli olamayacağından hareketle yerinde bulmakta ve onamaktadır. Örneğin YHGK bir kararında⁴⁵ “basiretli tacir/iş adamı olarak hareket etme yükümünden hareketle bankayı iyiniyetli saymayan ilk derece mahkemesi kararını” bozan Daire kararına karşı verilen direnme kararını “açık rızanın aranması” yönündeki gerekçesi ile onamıştır: “Somut olaya gelince, dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. Hal böyle olunca, mahkemece yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir”⁴⁶.

Sonuçta Yargıtay'ın “basiretli tacir” ölçütünü “en yüksek derecede özen” ekseninde ele aldığı noktada İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasına paralel olarak öğretilde OĞUZMAN'ın ifade ettiği⁴⁷ “Örnek olarak A, B'den mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile satın aldığı bir makineyi fabrikasına yerleştirdikten sonra, fabrikayı C'ye satıp onun adına tescil ettirmişse, C iyiniyet sahibi olarak kaydıyla makinenin mülkiyetini kazanır” şeklindeki hukuki örneğin fabrika işleten tacir için Türk Hukukunda gerçek bir karşılığı yoktur.

sınırlanması niteliğindeki ipotek tesisine ilişkin işlemin iptali ve sicildeki ipoteğin terkinine karar verilmesi gerekirken, isteğin reddi doğru bulunmamıştır...KARŞI OY : Davalı banka, Türk Ticaret Kanunu 20/2. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi hareket etmelidir. Bu sebeple Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince yaptırılan ekspertiz işleminde tespit edildiği gibi, tapu kayıt malikinin içinde oturduğu taşınmazın aile konutu olduğunu davalı banka bilebilecek durumdadır. Davalı banka yapılan işlemde Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde belirtilen eşin “açık rızasını almak zorundadır. Davacı eşin, işleme açık rızasının mevcut olduğunu veya en azından açık rızanın verilmiş sayılması gerektiğini, ispat yükü kendisine düşen davalı banka, bunu usulünce kanıtlamış değildir. Bu sebeple yerel mahkeme hükmünün değişik gerekçeyle bozulması gerektiğini düşünüyorum”.

⁴⁵ YHGK, 21.10.2015 T., E. 2015/2-247, K.2015/2323, www.kazanci.com.

⁴⁶ Aynı şekilde: YHGK, 15.05.2015 T., E. 2013/2-2306, K. 2015/1356, www.kazanci.com: “... Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. H.G.K.nda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek tesis tarihinde tapu kütüğünde aile konutu şerhi bulunmaması sebebiyle ipotek alacaklısı şirketin kötüniyetli olduğunu kanıtlanma yükünün davacıya ait olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan sebeplerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir”.

⁴⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.299.

IV. TTK m.18/II'nin TBK m.506/III Hükmü Üzerindeki Etkisi

Yargıtay'ın "basiretli iş adamı/tacir (davranışı)" ölçütünü "en yüksek derecede özen" düzeyine çeken bu yaklaşımı Türk Borçlar Kanunu'nun Kanun Koyucusu tarafından da benimsenmiş ve vekalet sözleşmesinde eBK m.390/I kapsamında kabul edilen "mesleğe/alana özgü ortalama vekilin ortalama davranışı" ölçütü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.506/III'de "basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışa" dönüştürülerek ağırlaştırılarak kabul edilmiş görülmektedir.

TBK m.506/II, "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*" hükmünü içermektedir. TBK m.506/II ve oradaki "özen" kavramı, -TBK m.506/III hükmünden bağımsız ve sözleşme ihlaliyle bağlantılı bir hüküm olarak- vekilin asli edimini (iş ve hizmet görmeyi) kötü ifa etmeme yükümünü" ifade eder. Vekilin vekalet sözleşmesini kötü ifası için, -TBK m.506/III'te kusurun (ihmalin) varlığı için aranan özen ölçüsünün ötesinde- vekilin, somut olaya göre ideal bir vekilden beklenebilecek en yüksek derecedeki özenli davranıştan sapma oluşturacak bir davranışının varlığı (objektif özen yükümü ihlali) yeterlidir⁴⁸. En yüksek ölçüde özenli bir davranışın belirlenmesinde, bir mesleğin yürütüm tarzından veya belirli bir mesleğin (uzmanlık alanının) genel kabul görmüş kuralları ve bilgi standartlarından yararlanılabilir. Hekimin sorumluluğu bakımından kullanılan temel kavram, "meslek hatasıdır". Buna karşılık vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m.506/III hükmü, vekilin sözleşmesel sorumluluğunun "kusur (ihmal)" unsurunun belirlenmesinde işlev görür.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (eBK'nın) yürürlük döneminde Kanun Koyucu, vekalet hukukunda vekilin kusur bakış açısı altında sarf etmesi gereken özeninin ölçüsünü eBK m.390/I'de eBK m.321/II'ye yaptığı bir atıf ile düzenlemiş olsa bile; hakim öğreti söz konusu atfı, Kanun Koyucu'nun hatalı bir davranışı olarak görmekteydi ve eBK m.321/II'nin özen ölçüsünü yeterli bulmayarak, vekilden işçiye nazaran daha fazla özen beklenmekteydi. Sonuçta hakim öğreti, eBK m.390/I'in eBK m.321/II'ye yaptığı atıfı bağılı kalmayarak, esaslı gerekçelerle eBK m.321/II'nin subjektif özen ölçüsünü dışlayarak; vekilin ihmalinin belirlenmesinde mesleğe özgü ortalama vekilin ortalama davranışına dayalı olarak objektifleştirilmiş özen ölçüsünü kabul etmekteydi. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de vekilin ihmalinin ölçüsünün tespitinde "ortalama vekil"i esas aldığı görülmektedir⁴⁹. Yargıtay da eBK'nın yürürlük döneminde her ne kadar birçok kararında eBK m.390/I'in eBK m.321'e olan atfıyla vekilin, işçi gibi özenle işini yerine getirmek zorunda olduğunu "klişe ifade" olarak vurgulasa da, vekilin kusurunun tespiti için "mesleğe özgü ortalama vekil" esas ala-

⁴⁸ GÜMÜŞ, II, s.183-184. Galeriye satılmak üzere bırakılan otomobilin çalınması: Y.13.HD., 29.11.2005 T., 11622/17534, www.kazanci.com.

⁴⁹ BGE 124 III 161; 117 II 566; 115 II 64; 108 II 425; 91 II 441; 77 II 58 vd.; 64 II 207.

rak “objektifleştirilmiş özen ölçüsüne” dayanmaktaydı⁵⁰. Oysa TBK Kanun Koyucusu, TBK m.506/III’te yeni getirdiği “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” hükmü ile, TTK m.18/II’nin “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*” hükmüne benzer bir şekilde, vekilin ihmali belirlenmede, “basiretli bir vekilin davranışını” esas almıştır. Yeni hüküm ile, Kanun Koyucusu, Yargıtay’ın TTK m.18/II’ye ilişkin yaklaşımına paralel olarak vekilin özen ölçütünü yükseltmiş, çok daha fazla objektifleştirmiştir⁵¹. TBK m.506/III hükmü bütün vekalet sözleşmeleri için uygulama bulduğu takdirde, somut vekilin ortalama bir vekilin ortalama davranışını göstermesi, özensiz ve dolayısıyla sorumsuz sayılması için yeterli sayılmayacaktır. Vekilin özenli davranmış sayılması için basiretli bir vekilin göstermesi gereken bütün özeni göstermesi gerekecektir. Bu noktada kanımızca vekilin sorumluluğu bakımından, eğer vekil mesleki faaliyeti kapsamında bir profesyonel olarak vekalet veren menfaatine iş ve hizmet görmeyi borçlanmamışsa, TBK m.506/III’teki gibi aşırı derecede yükseltilmiş özen ölçüsü, pozitif hukuk planında, kanun amacı ve koruduğu değerler bakımından bir “sapma” oluşturacaktır. Bu nedenle ortaya çıkan örtülü kanun boşluğu, TBK m.506/III’ün öngördüğü “basiretli vekilin davranışını” esas alan aşırı objektifleştirilmiş özen ölçütünün, sadece vekilin mesleki faaliyeti kapsamında iş ve hizmet görmeyi borçlandığı vekalet sözleşmeleri için uygulanması ile doldurulması yerinde olacaktır. Bu durumda mesleki ve profesyonel bir iş ve hizmet görmeye dayanmayan vekaletlerde “ortalama vekilin ortalama davranışı”, iş veya hizmet gören vekilin ihmalinin ölçütünü oluşturmaya devam edecektir. Ancak bu paragrafta yer alan ve daha önce yayınladığımız bir eserimizde de yer alan⁵² bu tespitlerimiz Yargıtay’ın yaklaşımına uygun olarak “basiretli iş adamı davranışı” ölçütünün “mesleğe/alana ilişkin ortalama kişinin ortalama davranışından” daha yüksek bir özeni imlediğinin kabulü

⁵⁰ Kararlarla birlikte ayr.ol.bkz. GÜMÜŞ, s.328 ve oradaki dipnotlar.

⁵¹ Y.1.HD., E.2014/7980, K. 2015/9428, T. 24.6.2015, www.kazanci.com: “...Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. (TBK’nin 504/1) Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin son fıkrası uyarınca sorumlu olur. Bu sorumluluk BK’de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK’de benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır...”.

⁵² Bkz. GÜMÜŞ, II, s.162 vd.

halinde bir anlam taşır. Gerçekte "basiretli davranış" ölçütünün "ortalama davranış" ölçütü ile özdeş olduğunun kabul edilmesi halinde, TBK m.506/III'de öngörülen ölçüt eBK'nın yürürlüğü döneminde vekilin özen ölçüsü olarak eBKm.321/II'nin lafzını dışlayarak öğreti ve yargı kararlarında öngörülen -ve genel ihmal ölçütüne de özdeş- ölçütü karşılamaktan, yasal hale getirmekten başka bir işlev taşımayacaktır. Maddenin, "...Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 390 uncu maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkırada, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır..." şeklindeki gerekçesi de, önceki eserimizdeki yorumumuzun aksine⁵³ bu sonucun kabulünü desteklemektedir.

V. TTK m.18/II'nin Hak ve Borç Doğurucu Gücünün Reddi

Bunun dışında Ticaret Hukuku öğretisinin genel kabulüne göre basiretli işadama gibi davranma yükümü, sözleşmede açıkça öngörülen yükümler dışında, sözleşmenin amacı veya dürüstlük kuralının yanında diğer bir yan yüküm "kaynağı" olarak belirir⁵⁴. Örneğin, vekalet hükümlerinin uygulanacağı taşıma sözleşmesi bakımından, taşıyıcı, öngörülür bir tacir olarak yolcuların zarara uğramamaları için gerekli tedbirleri almak ve özellikle konaklama yerlerini özenle seçmek zorundadır⁵⁵. Oysa TTK m.18/II hükmü ne bir hak ne de borca varlık verir, kendisi işlem hayatı bakımından genel sorumluluk (ihmal) ölçütünü somutlaştırır, açık hale getirir. Bu sonuç Alman Öğretisinde yine "basiretli tacir" ölçütü öngören AMK §347/I hükmüne ilişkin olarak açık olarak vurgulanmaktadır⁵⁶. Tacir için bir yan yüküm veya koruma yükümü doğumu mümkünse bunun kaynağı, taraflar arasındaki güven ilişkisine dayalı olarak dürüstlük kuralından (TMK m.2) başka bir şey değildir⁵⁷. Dolayısıyla genel ihmal ölçütünü ticari işlem alanı için açıklayıcı, somutlaştırıcı bir işlev görmeyen, dolayısıyla gereksiz olan TTK m.18/II hükmüne ayrıca borç ve hak doğurucu bir etki tanıyan yaklaşım uygun değildir.

⁵³ Bkz.GÜMÜŞ, II, s.163.

⁵⁴ Örn.ARKAN, s.139; İMREGÜN, s.38; POROY/YASAMAN, s.154-155; BAHTİYAR, s.79.

⁵⁵ ARKAN, s.131.

⁵⁶ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, §347 HGB N.1; BAUMBACH/HOPT, §347 HGB N.1; SCHMIDT, §347 HGB N.3.

⁵⁷ HONSELL, Art.2 N.16; HAUSHEER/JAUN, Art.2 N.59 vd., s.122 vd.; PFAFFINGER, Art.2 N.6 s.8; BGer 4A 656/2010; BGE 129 III 604; 119 II 456.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.
- ALTAŞ, Hüseyin: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m.1-7), Ankara 2014.
- ALTOP, Atilla: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Sorumlulukları, İstanbul 1996.
- ANTALYA, O.Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012.
- ANTALYA, O.Gökhan/TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2015.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 15.B., Ankara 2011.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 6.B., Ankara 2013.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 10.B., İstanbul 2011.
- BAUMANN, Max: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, (BAUMANN, Max/DÜRR, David/LIEBER, Viktor/MARTI, Arnold/ SCHNYDER, Bernhard), Zürich 1998.
- BAUMBACH/HOPT: Handelsgesetzbuch, 36. Aufl., 2014.
- BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 4.B, Bursa 2013.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 2.B., Ankara 2013.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.389-402.
- ÇEKER, Mustafa: Ticaret Hukuku, 6.B., Adana 2013.
- DERENDIGER, Peter: Die Nicht und die nicht richtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Zürich 1990.
- DEUTSCH, Erwin: Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.
- DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5.B., İstanbul 2007.
- EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN: Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 2015.
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.B., Ankara 1987.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.B., Ankara 2015.
- FELMANN, Walter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014.

- GIGER, Hans: Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht Jubiläumsschrift, Freiburg 1982, s.369-396.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3.B., İstanbul 2014 (II).
- HATEMİ, Medeni Hukuk'a Giriş, 7.B., İstanbul 2013.
- HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel: Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003.
- HOFER, Sibylle: Berne Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I Einleitung und Personenrecht, 1.Abteilung: Einleitung Artikel 1-9 ZGB, Bern 2012.
- HONSELL, Heinrich: BVAsler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, (HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), 4.Aufl., Basel und Frankfurt am Main 2011.
- İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 13.B., İstanbul 2005.
- JÄGGI, Peter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966.
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 23.B., Konya 2012.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, 3.B., Ankara 1968.
- KİZİR, Mahmut: Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, SÜHFD, Cilt 19 , Sayı 2, , Yıl 2011, s.245 vd.
- KOLLER, Alfred: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 2.Aufl., Freiburg 1989.
- OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 21.B., İstanbul 2015.
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY_ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 17.B., İstanbul 2014.
- OSWALD, Christoph: Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Zürich 1988.
- ÖZ, Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997.
- PFAFFINGER, Monika: Kurz Kommentar ZGB (Andreas Büchler, Dominique Jacob), Basel und Frankfurt am Main 2011.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2012.
- SCHIMIDT, Karsten: Münchener Kommentar zum HGB, Handelsgesetzbuch, Viertes Buch. Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften (§ 343 - § 372), 3. Aufl, 2013.

- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Bern 2009.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm /Kiřiler Hukuku, 4.B., İstanbul 2013.
- TANDOĞAN, Halük: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet, Ankara 1961 (Mes'uliyet).
- ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN: Ticari İşletme Hukuku, 5.B., İstanbul 2015.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 53.Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt am Main 2011.
- WEBER, Rolf H.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 53.Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt am Main 2011.