

**YARGITAY KARARLARI IŐIĐINDA BASİRETĐİ
İŞADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN
SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASINA
ETKİŐİ**

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KİZİR*

ÖZET

Bu çalışmada, tacirlerin ticarî faaliyetlerine ilişkin ağır sorumluluk hallerinden birisi olan basiretli iŐ adamı gibi hareket etme yükümlülüğü yanında, gerek ticaret hukuku gerekse borçlar hukuku bakımından büyük önem arz eden emprevizyon teorisi de ele alınıp incelenmiŐtir.

Emprevizyon teorisinin basiretli tacire ve ticarî faaliyetine etkileri göz önünde tutulursa, önemine binaen her iki konunun kıyas yapılmak suretiyle çeŐitli Őekillerde incelenmesi daha uygundur. Bu inceleme esnasında ilgili Yargıtay kararlarına sıkça başvurulmuŐtur. Bu kararların ele alınıp incelenmesi ve çalıőmamıza esaslı dayanak teşkil etmesi, bize konunun daha iyi anlaşılması bakımından ıŐık tutmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Medenî hukuk, ticaret hukuku, tacir, basiretli tacir, emprevizyon.*

**DIE WIRKUNG DER BENEHMENSVERPFLICHTUNG
ALS ORDENTLICHER KAUFMANN ZUM
IMPREVISIONSPRINZIP IM LICHT DER
KASSATIONSGERICHTSBESCHLÜSSE**

* Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ZUSAMMENFASSUNG

Bei dieser Arbeit behandeln und untersuchen wir die schwere Benehmensverpflichtung eines ordentlichen Kaufmanns, die beim Handeln er erfüllen muss, auch die Theorie für die Erschütterung der Geschäftsgrundlage, die sowohl hinsichtlich des Handelsrechts als auch des Schuldrechts von grosser Bedeutung ist.

Wenn die Wirkungen der Theorie für die Erschütterung der Geschäftsgrundlage auf einen ordentlichen Kaufmann und seine Handelstätigkeit vor Auge gehalten werden, wird es dann angemessen sein, dass die beiden Themen durch einen Vergleich miteinander untersucht werden. Bei der vergleichenden Untersuchung der beiden Themen werden die bestehenden Beschlüsse des Kassationsgerichts öfter bedient. Dass diese Beschlüsse untersucht und behandelt werden und auch sie der Stützpunkt unserer Arbeit sind, wird es uns den Weg leuchten, damit dieses Thema noch besser verstanden wird.

SCHLAGWÖRTER: *das Bürgerlichesrecht, das Handelsrecht, der Kaufmann, ordentlicher Kaufmann, Imprevision.*

GİRİŞ

Tacir Türk Ticaret Kanununun temel kavramlarından birisidir. Türk Ticaret Kanununa göre tacir, bir ticarî işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimsedir. Bunun dışında, bir ticarî işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo ve sair ilan vasıtaları ile halka bildirmiş ve işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır (TTK. m. 14/II; 6102 sayılı YTTK. m. 12/II^{**}).

^{**} 13.01.2011 tarihinde kabul edilen, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çalışmada 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu TTK. 6102 sayılı yeni tarihli Türk Ticaret Kanunu ise YTTK şeklinde kısaltılmıştır. Ayrıca, bu çalışmada ele alınan madde hükümlerinde “esasa ilişkin” getirilen yenilik veya değişiklikler de ifade edilmiştir. Ancak, hüküm değişikliği teşkil etmeyen, dilde sadeleştirme faaliyetlerinden, aynı anlama gelen değişik ifadelerle yazılmış madde hükümlerinden, birden fazla fıkrada yer alan

Bir ticarî işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına (ortak sıfatıyla) muamelelerde bulunan kimse, iyiniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı tacir gibi mesul olur (TTK. m. 14/III; YTTK. m. 12/III). Türk Ticaret Kanununda yapılan düzenleme, genel itibariyle ticarî işletmeyi esas almaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanununun sistemi içinde tacir kavramının da büyük önemi bulunmaktadır. Gerçekten TTK. m. 21/I (YTTK. m. 19/I)'deki ticarî iş karinesi hükme bağlanırken tacirin yaptığı işler esas alınmıştır. Bu sebeple, her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır (TTK. m. 20/II; YTTK. m. 18/II). Bu itibarla tacir, ticaret hukukumuz bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir kavramdır.

Tacir sıfatı, belli bir ticarî faaliyet icrasını ve toplum içinde ekonomik bir güç ve önemi ifade eder. Bu bakımdan Türk Ticaret Kanunumuz bu sığata, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü haricinde, diğer bazı sonuçlar, nimet ve külfetler bağlamıştır. Tacirler bu sıfatı haiz olmayan kişilerden farklı olarak faaliyetlerinde daha ağır bir sorumluluk taşıdıkları gibi bazı hallerde de lehlerine olarak karşı tarafa bazı talepler ileri sürebilirler. Tacir sıfatına yüklenen diğer hüküm ve sonuçları ise şöyle sıralamak mümkündür: İflasa tabi olma, bazı ihbar ve ihtarların şekle tabi olması, itiraz görmemiş fatura ve teyit mektubunun yazılı delil niteliği, ücret ve faiz isteme hakkı ile ücret ve cezanın aşırı olduğu iddiası ile indirilmesini isteme hakkından yoksunluk ve hapis hakkı gibi hükümler ile, ticaret unvanı seçme ve kullanma, ticaret siciline ve odalara kaydolma, ticarî defter tutma ve fatura düzenleme şeklinde yükümlülüklerdir.

I. BASİRETLİ TACİR KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Basiret, sağduyu, ilim, tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezmeye ve bilip değerlendirmeye esas teşkil eden konuları etraflıca ve tam olarak

hükümlerin bir fıkrada birleştirilmesi veya bir fıkrada yer alan hükümlerin birden fazla fıkraya bölünerek ifade edilmesi şeklindeki sistematik değişikliklerden ise bahsedilmemiştir. Bunların sadece 6762 sayılı kanunun hangi maddesini karşıladığı parantez içinde yazılmak suretiyle belirtilmiştir.

kavrayabilmedir¹. Her tacir, tüm ticarî faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek, sağduyu sahibi olmak, ileriye düşünmek ve işlemlerini ona göre organize etmek zorundadır². Buna göre tacir, memleketin siyasi atmosferini düşünmek, ithal ve ihraç yasağını takip etmek yani piyasa durumunu ve ekonomik çalkantıları hesaba katmak zorundadır. Yapacağı sözleşmelerin yerine getirilip getirilmeyeceğini hesaba katıp “basiretli bir iş adamı” gibi davranıp borcun yerine getirilmesini engelleyebilecek hareketleri önceden nazara alması gerekmektedir³.

Türk Ticaret Kanunu, tacire, bütün ticarî faaliyetlerinde, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü getirmiştir⁴. Bu yükümlülük, sübjektif değil, objektif bir özen ölçüsünün gerçekleştirilmesi demektir⁵.

¹ **KARAHAN**, Sami, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK. ile 6098 Sayılı TBK. ve 6100 Sayılı HMK’ya Göre Güncellenmiş 20 Baskı, Konya 2011, s. 86; **AYHAN**, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2007, s. 203; **ÜNAL**, Oğuz Kürşat, Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (I), Maliye Postası, 1 Mart 1988, S. 180, s. 56.

² **BAUMBACH**, Adolf/ **DUDEN**, Konrad/ **HOPT**, Klaus J., Handlungsbuch, München 1987, § 347, s. 821 vd.; **ARKAN**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011, s. 138; **AYHAN**, Rıza/ **ÖZDAMAR**, Mehmet/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 93; **AYHAN**, s. 203; **ÜNAL** (I), s. 56; **KARAHAN**, s. 86.

³ Y. 13. HD. 16.4.1996 tarih, 1996/3653 E. ve 1996/3920 sayılı kararına göre, “...ilke olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan davalı tacir, fiyatların yükselmesini aşırı güçlük kabul ederek ifadan kaçınmaz...” (YKD. C. 22, S. 7, Temmuz 1996, s. 1086).

⁴ Basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin faaliyet gösterdiği alan için geçerlidir. Dolayısıyla hazır giyim üretiminde bulunan tacirin, demir çelik ticaretine ilişkin detayları bilmesi gerekmez. **DOMANIÇ**, Hayri/ **ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s. 210; **BAŞBUĞOĞLU**, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar, İçtihatlar, Ankara 1988, s. 46; **KARAHAN**, s. 86; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 93; **ARKAN**, s. 137.

⁵ **TEKİL**, Fahiman, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 135; **KARAHAN**, s. 86; **ARKAN**, s. 137 vd.; **AYHAN/ ÖZDAMAR/**

Yargıtay'a göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmek, "bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması" demektir. Benzer başka bir tarife göre de, basiretli hareket etmek, "bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmektir"⁶. Buna göre, basiret, tacirin ticarî işletmesiyle ilgili olarak, fiilî ve hukukî işlemlerde göstermesi gereken dikkat, tedbir ve objektif özen yükümlülüğü demektir. Tacir, tüm bu hukukî ve fiilî işlemlerini yaparken, ticarî hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri almalı ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak yükümlülük altına girmesi gereklidir. Tacirden beklenen basiretin ne olduğu kanundan değil ticarî hayattan, özellikle ticarî teamüllerden çıkartılabilir. Buna göre, ihaleden önce kömür tedarikinin mümkün olup olmadığını tahkik etmemek, normal olarak tahmin edilebilecek hususları tahmin edememek, devalüasyon ve ekonomik krizleri önceden tahmin edememek, müteahhidin inşaat için lüzumlu malzemeyi zamanında tedarik etmemesi, ticarî sözleşmenin ifa edileceği tarihi tespit ederken her türlü ihtimali nazara almadan hareket etmek, ithal edilmesi gereken bir malın ithalat işlemleri için zamanında müracaatta bulunmamak, kendisine güven duyulmayan bir kimsenin gece bekçisi olarak otele kabul edilmesi gibi davranış şekilleri gerekli dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasından dolayı basiretsiz hareketler olarak kabul edilmiştir⁷.

Tacir için, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, Türk Ticaret Kanununun diğer bazı maddelerinde, Kooperatif Kanununda ve 3167 sayılı Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun (ÇHKHK) da da özel olarak ayrıca düzenlenmiştir⁸. Koop. K. 62/I'e göre; "*Yönetim kurulu, kooperatif işlerinin yönetimi için gereken titizliği gösterir ve kooperatifin başarısı gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf eder*". 3167 sayılı ÇHKHK. m. 2'ye göre; "*Bankalar, çek hesabı açmak maksadıyla bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyen yasa dışılık ve engel*

ÇAĞLAR, s. 93; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 210; BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT, § 347, s. 822.

⁶ ÖZDEMİR, Nejdet/ KINACIOĞLU, Naci, Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1984, s. 62- 63.

⁷ KARAHAN, s. 87; ARKAN, s. 139 vd; ÜNAL (I), s. 56.

⁸ TEKİL, s. 135.

durumu bulunup bulunmadığını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca 9. maddeye göre bankalara yapılan duyurular çerçevesinde her birinin kendi nezdinde oluşturduğu kayıtlardan araştırırlar; ayrıca bu kişinin ekonomik ve sosyal durumu gibi hususların belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler”⁹.

⁹ Y. 11. HD. 3.7.2000 Tarih ve 2000/5272 E. ve 2000/ 6281 sayılı kararına göre; “ 3167 sayılı Çek Kanununun 2. maddesi hükmüne aykırı davranan banka ile çek keşidecisinin durumunu araştırmayan lehdar eşit oranda kusurludur. Davacı vekili, davalı bankanın Şirinyer Şubesinin 32002890 nolu çek hesabına ticaret ünvanı basılı olarak verdiği çeklerden birinin keşide edilerek müvekkile verildiğini 20.000.000.000 lira bedelli çeki alan müvekkilin çek bedelinin yüksek olması nedeniyle davalı bankaya bu çek hesabının iyi işleyip işlemediğini sorduğunu, hesabın iyi işlediğinin bildirildiğini çekin tahsili için bankaya ibrazında karşılığının olmadığı ve keşideci şirketin hayali bir şirket olduğunu öğrendiğini 3167 sayılı kanunun 2. maddesi uyarınca bankaların çek hesabı açarken dikkat ve özen göstermesi gerektiğini davalının bu özeni yerine getirmediğini ileri sürerek 20.000.000.000 liranın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müşteriye verilmiş çek koçanının yenilenmesi üzerine yanlışlığın fark edildiğini, yüksek meblağlı çek alan davacının keşidecisinin durumunu araştırması gerektiğini ve asıl kusurun davacıda olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, yaptırılan bilirkişi incelemesinde, davalı bankanın 3167 sayılı Çek Kanununun 2. maddesi hükmüne aykırı davranmak suretiyle çek karnesi verip çek hesabı açtığından dolayı davacının zarara uğradığı ve bu kusurlu davranışı nedeniyle, davacının 20.000.000.000 liralık zararının olduğu, bu olaydan dolayı davacının da çek keşidecisinin durumunu araştırmadığından eşit oranda kusurlu olduğunun saptandığı, raporun hüküm kurmaya yeterli olduğu gerekçesiyle, davanın 10.000.000.000 liralık kısmının kabulüne, fazla istemin reddine karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA 3.7.2000 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” (BATIDER, Aralık 2000, C. XX, S. 4, s. 254).

Y. 11. HD., 22.09.1998 Tarih ve 1998/3999 E. ve 1998/5855 sayılı kararına göre; “Çekin karşılıksız olmasında; çek hamili davacının, keşideci hakkında gerekli tahkikatı yapmamış olması, basiretli iş adamı gibi davranmaması karşısında onun sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılamaz. Kaldı

Türk Ticaret Kanunu, Kooperatif Kanunu ve 3167 sayılı ÇHKHK. dışında pek çok maddesinde, tacirler için basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü getirmiştir (TTK. m. 124/II, 225, 959, 972, 1019/II ve 1061; YTTK. m. 110/II, 286, 1073, 1088, 1141/II ve 1178/I).

Türk Ticaret Kanununun bazı maddelerinde “basiretli tacir” kavramı aynı anlamda olmak üzere “tedbirli tacir” şeklinde kullanılmıştır (TTK. m. 959, 972, 1019/II ve 1061; YTTK. m. 1073, 1088, 1141/II ve 1178/I). Basiret ve tedbir kavramlarının birbiriyle birebir örtüşmediği aşikârdır. Bu sebeple, gerek kanundaki kavram birliğinin sağlanması gerekse de, konuya uygun düşmesi bakımından “basiret” kavramının kullanılması tercih edilir.

Türk Ticaret Kanunu, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün diğer bir özel halini de cezai şart için hükme bağlamıştır. Sözleşmelere konan cezai şartların fahiş olması halinde tacir olmayan şahıslar, hâkimden bunun indirilmesini isteyebildikleri halde, eğer borçlu tacir ise, böyle bir talepte bulunamaz¹⁰. Çünkü, tacir

ki, başlatılmış bulunan icra takipleri de henüz adres tahkiki aşamasında olmakla takibin semeresiz kaldığından da söz edilemez” (YAHD, C. 19, S. 218, Ocak 2000/1, Y. 23, s. 93).

Bankaların özen yükümüne ilişkin olarak Y. 11. HD.’nin 08.03.1996 Tarih ve 1996/853 E. ve 1996/1552 sayılı kararına göre; “Bankalar, çekle işleyecek hesap açarken, çek karnesi verirken yasanın öngördüğü görev ve yükümlülükleri yerine getirirken basiret ve özen göstermek zorundadırlar. Hayali kişi adına çek hesabı açan banka bu eylem nedeniyle sorumludur. Bunun gibi ticarî ilişkide bulunan ve çek alan kimsede özenli davranmak zorundadır” (YAHD, C. 15, S. 172, Y. 19, Nisan 1996/3, s. 520).

Basiretli bir davranış sergilemeyen bankanın sorumluluğuna ilişkin olarak Y. 11. HD. 23.3.1978 tarih, 78/526 E. 78/1283 sayılı kararında “Davalı bankanın kendisinde olan nüfus kaydı, köy ve iş adresi ve adı ile tam olarak uymayan bir vekâletnameye dayanan bir üçüncü kişiye asıl hesap sahibinin hesabını kapatıp ödemede bulunması, basiretli iş adamı gibi davranma sayılamaz. Bu nedenle, banka sorumludur” (TEKİL, s. 139).

¹⁰ Y. 15. HD. 28.3.2002 tarih 2002/1188 E. ve 2002/1472 sayılı kararına göre; “Davacının, mahkemece hüküm altına alınan eksik ve kusurlu imalatlar karşılığı alacağı, bozma kapsamı dışında bırakılarak kesinleştiğinden, usuli kazanılmış hak göz önünde bulundurulmalıdır. Taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart, davalı tacir olup, yasaya göre ticaretine ait

sözleşmeyi yaparken basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk onun her türlü ihtimali düşünmesini, bu arada cezai şartın neticelerini takdir etmesini gerektirir¹¹.

B. KAPSAMI VE SINIRLARI

1. Objektif Özen Yükümlülüğü

Basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gerektirdiği özen derecesi, objektif ölçülere göre tespit ve tayin olunur¹². Tacir, yaptığı işlerle ilgili mevzuatı ve ne yapması gerektiğini tacir olmayan şahıslardan daha iyi bilir ve bilmek zorundadır. Tacirin bilmek zorunda olduğu şeylerin başında ticarî hayatı için gerekli olan kanun hükümleri, ticarî hayatın gerekleri ve teamüller ile ticarî örf ve adet gelir. Çünkü tacir ticarî hayatı ile ilgili olarak yapacağı tüm işlemlerde bunları dikkate almak zorundadır. Bu nedenle tacirden beklenen özen tacir olmayanlara kıyasla vasatın üstünde olacaktır¹³. Tacirler arasındaki objektif özen ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır. Yani, tacir yalnızca dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp, kendisiyle aynı sınıfa dâhil tedbirli, sağduyulu ve becerikli bir tacirin benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır¹⁴. Bu ölçüler

bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket mükellefiyeti bulunduğundan, borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek değilse tenkis edilmez. Bu hususlar üzerinde durmaksızın hâkimin, genel nitelikteki MK.'nun 4. maddesine göre takdir hakkını kullanarak indirim yapması usul ve yasaya aykırıdır” (YKD. C. 28, S. 9, Eylül 2002, s. 1362); ARKAN, s. 143; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 96.

¹¹ ARSLANLI, Halil /KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, C. I, Ticarî İşletme, Ankara 1960, s. 146; AYHAN, s. 203.

¹² DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981, s. 131; BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT, § 347, s. 822; ARKAN, s. 137 vd.; KARAHAN, s. 86; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 93.

¹³ BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT, § 347, s. 822; ARKAN, s. 138; AYHAN, s. 203; ÜNAL (I), s. 56.

¹⁴ YHGK, 7.5.2003 tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340 sayılı kararına göre, “Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi

kesin olmayıp her olaya göre ayrı ayrı tayin edilmelidir¹⁵. Böylece, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) gereğince, objektif özen borcu tacirler için söz konusu olunca bunun ölçüsü tacir aleyhine değişmektedir¹⁶.

2. Ticarî Faaliyet

TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II), tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünü, ticaretine ait bütün faaliyetlerine hasretmiştir. Yani tacir, ticarî hayatıyla ilgili olmayan faaliyetlerinde basiretli işadamı gibi hareket etmek zorunda değildir¹⁷. Ancak burada bahsedilen “ticaretine ait bütün faaliyetler” sözünden yalnızca kendi uğraş konusuna ait faaliyetler anlaşılmalıdır. Ticarî işletmesinin konusu ile ilgili olmayan bir ticarî iş yapan tacir için de basiretli işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü vardır¹⁸.

davranma yükümü altında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir” (İKİD. Y. 43, S.515, 2003, s. 2197); ÜNAL (II), s. 57.

¹⁵ **AYHAN**, s. 209; **ÜNAL (I)**, s. 56.

¹⁶ **AYHAN**, s. 209; **ÜNAL (I)**; s. 57.

¹⁷ YHGK. 11.10.2000 tarih, 2000/19- 125 E. ve 2000/1249 sayılı kararına göre, “*Tacir olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK. 20- 25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre külfet" niteliği arz eden hukukî sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. 20/II). Tacirin, ticarî işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticarî 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.*

Somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticarî işletmesinde kullanmak üzere ticarî vasıfta kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki, uyumsuzluğun çözümünde 4077 sayılı yasanın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Mahkemece, ticarî nitelik taşıyan uyumsuzluğun tüketici mahkemesi sıfatıyla incelemesi ve karara bağlanması yasaya aykırıdır”.

¹⁸ **ARSLANLI/ KARAYALÇIN**, s. 145.

TTK. m. 21. c. 1 (YTTK. m. 19 c. 1) hükmü gereğince, “Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır”. Ancak aynı maddenin ikinci cümlesinde gerçek kişi tacirler için ticaret karinesine bazı istisnalar getirilmiştir. “Hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticarî sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adı sayılır”. Bu sebeple, tacirin, ticarî sayılmayan faaliyetlerinde, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü aranmaz. Yani, tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, onun sadece ticarî mahiyetteki bütün faaliyetleri için söz konusu olabilir. Yoksa, tacirin özel hayatında ve özel ilişkilerinde böyle bir sorumluluk altına girmesi söz konusu değildir. Tacirin kendi faaliyet konusu haricinde başka bir ticarî faaliyetle ilgilenmesi, bu faaliyetinin onun için ticarî olmaması demek değildir. Çünkü, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, ticarî işletmenin hangi alanda faaliyette bulunduğu ile ilgili değil, doğrudan doğruya tacir sıfatıyla ilgilidir¹⁹. Buradan hareketle, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirin ticarî işletme konusu ile sınırlandırılmamış olup, yaptığı tüm ticarî işleri içine almaktadır²⁰.

Tacirler arasında yapılan muamelelerde gabin hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu ayrı bir önem arz etmektedir. Türk Ticaret Kanununun 2. ve 3. maddeleri (YTTK. m. 2, 3) uyarınca gabin hükümlerinin ticari sözleşmelere uygulanabilmesi mümkündür. Bununla birlikte bir tacirin ticari işlerinde tecrübe ve bilgi sahibi olduğu asıl olduğundan, tecrübesizliğinden istifade edildiği yönündeki bir iddia karşısında temkinli olmakta fayda vardır. Bir tacirin müzayaka halinden (darda kalma) istifade edilmesi ihtimali daha fazladır. Bu nedenle, tacirin ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde tecrübesizliği söz konusu olamaz. Dolayısıyla, tacir, böyle bir sebebe dayanarak gabinle ilgili hükümlerden

¹⁹ HGB. de düzenlenen ticarî iş karinesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT**, § 344, s. 803; **ARSLANLI/KARAYALÇIN**, s. 145; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 95.

²⁰ **ARSLANLI/KARAYALÇIN**, s. 145; **ÜNAL (I)**, s. 59.

(BK. m. 21; TBK. m. 28^{***}) yararlanamaz²¹. Ancak, muzayaka²² halinde olan tacirin gabin hükümlerinden yararlanması mümkün olabilir²³.

C. İYİNİYET VE DÜRÜSTLÜK KURALLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. İyiniyet ve Basiretli Tacir

TMK. m. 3 hükmüne göre; “Kanunun iyiniyete hukukî sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz”. Madde hükmüne göre, kişiler bir hakkı kazanırken sağduyulu, namuslu ve dürüst davranmak zorundadırlar²⁴. Medenî Kanunda iyiniyetin tanımı yapılmamış, bu iş doktrine

*** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihli TBMM. oturumunda kabul edilerek 04.02.2011 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak her ne kadar bu çalışmanın hazırlandığı tarihlerde 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte olsa da yakın bir gelecekte 818 sayılı Kanun yürürlükten kalkacağı için 6098 sayılı Kanun hükümleri de çalışma konusu ile ilgili olduğu ölçüde incelenmiş ve ilgili yerlere işlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu TBK. şeklinde kısaltılmıştır.

²¹ **ÖZKAYA**, Eraslan, Gabin Davaları, Ankara 2000, s. 31; **KALKAN**, Burcu, Türk hukukunda Gabin, İstanbul 2004; **ARKAN**, s. 139; **KARAHAN**, s. 88.

²² Y.1.HD. 22.11.1974 tarih, 74/10284 E ve 74/8745 Sayılı Kararına göre muzayakayı şöyle tanımlamıştır; “Muzayaka, zaruret içinde bulunan ya da mevcut veya iktisadi bir zarar veya sıkıntıyı karşılamak için ölçüsüz bir fedakarlıkta bulunma halidir” (**ÖZKAYA**, s. 28);

²³ Y. 14. HD. 8.5.1986 tarih, 1985/7787 E. ve 1986/3066 sayılı kararına göre; “Tacir olan davalının ticarethane olarak kullandığı taşınmazını, karşılığını sağlamaksızın satmak istemesi, darda kaldığını müzayaka halini gösterir. Ayrıca, gerçek değer ile satış değeri arasındaki açık oransızlık nispetisizlik, aşırı yararlanmanın gabinin varlığını doğrular niteliktedir (<http://www.hukukturk.com>); **ARKAN**, s. 139; **KARAHAN**, s. 88.

²⁴ **AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul 2002, s. 156.

bırakılmıştır²⁵. Aynı şekilde Ticaret Kanununda belirtilen “basiretli tacir” kavramının da tarifi yapılmamış olup, bunun tarifi de doktrine bırakılmıştır. Doktrinde iyiniyet, “bir hak kazanılırken olayda hakkın kazanımını önleyen bir durumun varlığı veya kazanım için gerekli bir unsurun yokluğu hakkında kişide mevcut olan ve hoş görülebilen bir bilgisizlik veya yanlış bilgidir” şeklinde tanımlanmıştır²⁶.

Türk Medenî Kanununun 3. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralları “Başlangıç Hükümleri” dediğimiz ilk yedi madde içinde yer alır. Başlangıç hükümleri ise, Medenî hukukun her alanında hatta tüm özel hukuk alanında uygulanabilen temel kurallardır²⁷. Bu sebeple, iyiniyet kurallarına uygun hareket etmek hukukun tüm alanlarını içine almaktadır. Bu bakımdan Ticaret hukuku alanında da bu kurallara uygun hareket etme yükümlülüğü söz konusudur. Dolayısıyla, tacirlerin de hakları kazanırken iyiniyet kurallarına riayet etme yükümlülükleri vardır. Zira, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü, TMK. m. 3 hükmündeki iyiniyet kavramını da içine alan bir hükümdür. Ancak, tacirlerin göstermesi gereken özen borcu ile Medenî Kanunda belirtilen özen borcu arasında fark bulunmaktadır²⁸. Her ikisinde de özen gösterme borcunun objektif ölçülerle ve her olayda ayrı ayrı tespit edilmesi gerekiyorsa da, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II)’ de belirtilen “basiretli bir işadamı gibi hareket etme” yükümlülüğünde tacir, tacir olmayanlara kıyasla vasatın üstünde bir özen göstermek zorundadır. Diğer bir deyimle, tacir olmayanlardan hakları kazanırken vasat bir şahsın göstermesi gereken özen yükümlülüğü beklenirken, tacirden kendisiyle aynı konuda ticarî faaliyette bulunan, tedbirli ve iş bilen bir tacirin benzer durumlarda göstereceği özen objektif ölçü olarak nazara alınacaktır. Yani, basiretli işadamı kavramı iyiniyeti de içine alan, hatta iyiniyetten daha öte tedbirli bir hareketi, vasat bir

²⁵ EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 28; İMRE, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1980 (İMRE, Giriş), s. 331; AYAN, Mehmet, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Konya 2009, s. 142 (AYAN, Medenî).

²⁶ OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2002, s. 155; ZEVKLİLER, Aydın, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995, 121.

²⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 39.

²⁸ AYHAN, s. 204; ÜNAL (II), s. 55.

şahıstan daha fazla özen gösterme gereğini, ticarî hayatın gereklerini iyi bilmeyi ve gelecekteki şartları tahmin etmeyi de ifade etmektedir²⁹.

İyiniyetin varlığı için gereken ilk şart, hakkın geçerli olarak kazanımına ve sonuçlarını meydana getirmesine engel olan bir durumun varlığını bilmeme veya yanlış bilmedir³⁰. Bir kişinin hakkı kazanırken kazanımına engel durumu bilmemesi veya yanlış bilmesi mazur görülebilen bir bilgisizlik hali ise onun iyiniyeti korunur. Fakat tacir, hakları kazanırken ve borç altına girerken tacir olmayan kimselere nazaran çok daha fazla tedbirli olmak ve ticarî hayatın gereklerini bilmek ve araştırmak zorundadır. Ticarî hayatına ilişkin bir hususu bilmediği gerekçesiyle iyiniyetli olduğunu iddia etmesine TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü engel teşkil etmektedir. Buna karşılık, tacir olmayanların ticarî hayatın gereklerini bilmesi ve araştırmaları beklenemez. Ticarî hayata ilişkin bir hususu yanlış bilmesi veya bilmemesi onun iyiniyetinin korunmasına engel değildir³¹. İkinci şart, iyiniyetin korunabilmesi için bilmeme veya yanlış bilme kişinin kendi kusurundan ileri gelmemelidir. Bunun yanında bilmeme veya yanlış bilme kanundan doğan bilme yükümlülüğüne (kanunen ilanı zorunlu olan konular ve aleniyet ilkesine bağlı olarak tutulan siciller) ilişkin olmamalıdır. Bu durumlarda, kişinin bilgisizliği veya yanlış bilmesi mazur görülemez³².

İyiniyet kurallarının, basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorunda olan tacirlere uygulanmasında en önemli fark, bilmeme veya yanlış bilmenin mazur görülebilir olmasında ortaya çıkmaktadır. Tacir olmayan kişilerin bilgisizliğinin veya yanlış bilmelerinin mazur görülebileceği birçok durumlarda, tacirlerin bilgisizliği ya da yanlış bilmeleri TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) kapsamında mazur görülemez³³. Örneğin, müteahhit yapımını üstlendiği bir inşaatta kullanacağı kum ve çakıl gibi malzemelerin nerelerde bulunduğunu,

²⁹ **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul 2010, s. 419; **AYHAN**, s. 204; **ÜNAL (II)**, s. 55.

³⁰ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 158- 159; **EDİS**, s. 264; **AYAN (Medenî)**, s. 142.

³¹ **ÜNAL (II)**, s.55.

³² **EDİS**, s. 265; **ZEVKLİLER**, s. 123; **AYAN (Medenî)**, s. 143.

³³ **ÜNAL (II)**, s. 56.

bunları nasıl temin etmesi gerektiğini araştırmadan sözleşmeyi yapar ve bu malzemeyi uzak yerlerden getirmek zorunda kalırsa, burada meydana gelen zarar ve masrafları isteyemez. Çünkü bu malzemelerin bulunduğu yerin uzak olduğunu veya fiyatlarını sözleşmeyi yaparken bilmediğini ileri sürerek iyiniyet iddiasında bulunamaz. Müteahhit sözleşmenin kurulduğu sırada basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olup, sözleşmeyi yapmadan önce bu hususları araştırmak ve buna göre yükümlülük altına girmek zorundadır.

2. Dürüstlük Kuralı ve Basiretli Tacir

TMK. m. 2/I'de "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". Madde hükmüne göre dürüstlük kuralı, "dürüst, namuslu bir insandan beklenen hareket tarzı"nı ifade eder. Dürüstlük kuralı, hakların ve borçların nasıl ve hangi kurallara riayet edilerek kullanılacağını ve nasıl yerine getirileceğini gösterir. Yani, "haklarını kullanan" ve "borçlarını yerine getiren" herkesin dürüst, namuslu bir insan gibi davranması gerektiğini belirtmektedir. Hakların ve borçların içeriğini belirleyen bu kural, herkese yöneliktir. Bu nedenle hem alacaklıya hem de borçluya hitap etmektedir³⁴. Uyulması zorunluluk arz eden bu kurallar, kişilerin şahsi inanç ve ahlaki durumlarından bağımsız olarak onlara dıştan, toplum tarafından kabul ettirilmiştir. Bu kurallar orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içinde karşılıklı güvene, ahlaka, doğruluğa ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonucunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, herkesçe benimsenmiş kurallar bütünüdür³⁵.

³⁴ **BARLAS**, Nami, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, Y. 1997, S. 3, s. 192; **OĞUZMAN**, Kemal, Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407; **UYAR**, Talih, Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı" (MK. m. 2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK. m. 2/II), Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 440.

³⁵ **EDİS**, s. 291; **ÜNAL** (II), s. 56; **AYAN** (Medenî), s. 167.

Türk Medenî Kanununda “başlangıç hükümleri” arasında yer alan TMK. m. 2 tıpkı diğer başlangıç hükümleri gibi bir “genel kural”dır. Bu sebeple medenî hukuk dışındaki hukuk dallarında da uygulama alanı bulur³⁶. Bu kurallara uyma zorunluluğu hakları kullanan ve borçları ifa eden herkes için vardır. Tacirler de TMK. m. 2 hükmünde belirtilen “herkes” kavramına dahildir. Tacirler gerek özel gerekse ticarî hayatlarında bu kurallara uymak zorundadırlar. Tacirler aynı zamanda TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) anlamında basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorundadırlar. Burada, tıpkı iyiniyet kurallarında olduğu gibi, tacire, ayrıca bir yük binmekte ve tacir olmayanlara göre vasatın üstünde bir özen gösterme yükümlülüğü getirilmektedir. Yani tacir, ticarî 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 ticarî sınıfına dâhil, tedbirli bir tacirin benzer olaylarda takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır³⁷. Dürüstlük kuralının önemi daha Roma hukukundan beri bilinmektedir³⁸. Birçok yabancı kanunlarda, başta Alman Medenî Kanununda (BGB. Art. 226 ve 242) “Treu und Glauben” terimi ile, Fransız Medenî Kanununda ise (CCFr. m. 1382) “bone foi” terimi kullanılarak dürüstlük kuralına maddeleri arasında yer vermişlerdir³⁹. Fakat hiçbir kanun dürüstlük kuralına TMK. m. 2 kadar kapsamlı bir uygulama alanı tanımamıştır. Türk hukukunda dürüstlük kuralı, tüm hakların kullanılmasının sınırını

³⁶ EDİS, s. 294; UYAR, s. 440; AYAN (Medenî), s. 168.

³⁷ ÜNAL (II), s. 57.

³⁸ Bizim hukukumuzda hüsünüyet tabiriyle ifade etmek istediğimiz bu mefhum Roma hukukunda sadakat, emniyet itimat manasında kullanılan “fides” ten gelmektedir. Romada “fides” kelimesine “bona” sıfatının ilavesi ile içeriğinde hiçbir değişiklik yapılmış olmamaktadır. (UMUR, Ziya, Roma Hukukunda İktisabî Müruruzamanda Hüsünüyet, İstanbul 1956, s. 7-8). Ahlaki manası ile “bona fides” dürüst ve namuslu bir kimsenin hareket tarzı ile hareket etmek demektir (UMUR, s. 54).

³⁹ Alman Medenî Kanunu § 242 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl. Berlin 2006, s. 114 vd.; EDİS, s. 324; BARLAS, s. 193; ZEVLİLER, s. 133.

çizmek suretiyle hakların kapsamını belirler. Bu hakların sözleşmeden ya da kanundan doğmuş olması bakımından bir fark yoktur⁴⁰.

Türk hukukunda, dürüstlük kuralı, ilk uygulama alanını “hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi”nde bulur. Burada kanun koyucu, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken kişisel eğilimlerle, kişisel duygu ve düşüncelerle ve kişisel menfaatlerle hareket etmelerini önlemek istemiştir. Örneğin uygun olmayan zamanda (gece yarısı) ve uygun olmayan bir biçimde edimi yerine getirme (alacaklıya fırlatma) durumunda olduğu gibi. Kişiler haklarını iyi kullanacak, kanunen korunmayan menfaatlerin gerçekleştirilmesine hizmet ettirilmeyecektir⁴¹. Dürüstlük kuralının kanunları yorumlarken ve tamamlarken hâkimlere yol gösterici bir özelliği de mevcuttur⁴². Diğer bir uygulama alanı da irade açıklamalarının ve hukukî işlemlerin yorumlanmasında, tamamlanmasında ve değişen şartlara uyarlanmasında söz konusudur. Sözleşmelerin yeni şartlara uyarlanmasına emprevizyon teorisi de denilmektedir.

II. EMPREVİZYON TEORİSİ

A. GENEL OLARAK

Hukukî işlemlerde, özellikle sözleşmelerde tarafların iradelerini açıklamak üzere kullandıkları ifadeler her zaman açık seçik olmayabilir. Her iki taraf bu ifadelere aynı anlamı vermeyebilir. İrade açıklamalarının çok genel veya elastiki bir surette ifade edilmiş olmaları dolayısıyla hukukî işlemlerden tarafların hak ve borçlarının içerik ve kapsamı açık olarak anlaşılabilir⁴³. Böyle bir durumda hâkimin yoruma başvuracağı ve tarafların asıl amaçlarının ne olduğunun hâkim tarafından araştırılacağı, BK. m. 18 (TBK. m. 19)’da düzenlenmiştir. İşte hâkim tarafların iradelerinin yöneldiği ortak amacı araştırırken ona yol

⁴⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 177.

⁴¹ EDİS, s. 314; AYAN (Medenî), s. 168-169; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 178.

⁴² OĞUZMAN/BARLAS, s. 177; AYAN (Medenî), s. 169; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 178.

⁴³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008; s. 423; ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 33; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 179; ZEVKLİLER, s. 137.

gösterecek ana ilkelerin başında dürüstlük kuralı gelir⁴⁴. Dürüstlük kuralı gereğince herkesin verdiği sözde durması, özellikle bir hukukî işlem ya da bir sözleşmede üstlendiği yükümlülüklerine uygun davranması ve onları yerine getirmesi gerekir. Bu prensibe “Ahde Vefa (Pacta Sunt Servanda) prensibi denir. Herkes sözleşme ile verdiği sözde durmalı ve sözleşme yapıldıktan, bir takım haklar ve yükümlülükler doğduktan sonra, tarafların özel durumlarında ortaya çıkan değişikliklere bakılmamalıdır. Yani taraflar değişikliklere rağmen, kendileri için zor da olsa verdikleri sözü yerine getirmelidirler⁴⁵.

Sözleşmenin yapılmasından sonra, yapıldığı zamana göre durumunda herhangi bir değişiklik olmadığı veya değişikliğin pek önemli bulunmadığı hallerde, ahde vefa prensibinin uygulanması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz. Ancak hal ve şartlar, dürüst, namuslu kimselerin dahi önceden öngöremeyecekleri şekilde olağanüstü ve objektif bazı sebepler dolayısıyla önemli derecede değişirse, borçludan hala sözleşme hükümlerine uygun olarak edimini yerine getirmesini istemek, dürüstlük kurallarına aykırı olur⁴⁶. Bu sebeple bizzat kanun koyucu sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemeyen sebepler nedeniyle şartlardaki değişimlerin tarafların edimlerini kısmen ya da

⁴⁴ **KAPLAN**, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 59; **EREN**, s. 426.

⁴⁵ **GÜRİSOY**, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, s. 7; **GÖNENSAY**, A. Samim, Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Birsnel Armağanı, 1939, s. 163; **ZEVKLİLER**, s. 137; **ARAT**, s. 51.

⁴⁶ YHGK. 19.2.1997 tarih, 1996/11- 762 E. ve 1997/ 77 sayılı kararına göre, “ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlere riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukukî güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartların olağanüstü değişimiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. Buna göre, akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse, artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır” (YKD. C. 23, S. 5, Mayıs 1997, s. 681- 682); **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 181; **EDİS**, s. 312-313.

tamamen etkilediğini kabul edip, sözleşmenin bu öngörülemez yeni şartlara uyarlanmasını öngörmüştür⁴⁷.

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede önceden görülmesi mümkün olmayan önemli değişikliklerin meydana gelmesi durumunda, borçludan sözleşmeye uygun olarak borcunu aynen yerine getirmesini istemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Hâkim, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak için değiştirebilmeli ya da gerekiyorsa feshedebilmelidir. Bu ilkeye “Clausula Rebus Sic Stantibus” denir⁴⁸. Bu ilke uzun süreli sözleşmelerde, sözleşmenin yapılmasından sonra hal ve şartlarda meydana gelen ve taraflarca önceden öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü değişiklikler yüzünden taraflar arasındaki dengenin bozulması durumunda uygulanır⁴⁹. Borçlunun kişiliğinde meydana gelen değişiklikler, örneğin borçlunun iflas etmesi, işyerinin yanması hatta ölmesi bu ilkenin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Yani meydana gelen değişiklik hem objektif genel nitelikte hem de dürüst ve namuslu bir kimse için edimini yerine getirmeyi imkânsız kılacak derecede önemli olmalıdır⁵⁰. İşte böylesi durumlarda hâkimin sözleşmeyi yeniden gözden

⁴⁷ EDİS, s. 313; AYAN (Medenî), s. 173- 174.

⁴⁸ AYAN (Medenî), s. 174; YHGK. 7.5.2003 tarih, 2003/13-332 E. ve 2003/340 sayılı kararına göre, beklenmeyen hal (Emprevizyon) kuramının açıklanması şöyle yapılmaktadır. “Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akide bağlı olmamalıdır. Buna “Clausula Rebus Sic Stantibus” (Beklenmeyen Hal Şartı) denmektedir. Bu görüş öğretide “Emprevizyon Teorisi” adıyla anılmaktadır. Öğreti de, sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumların değişmemesi, sözleşmenin örtülü (zımni) şartıyla yapıldığı varsayılır” (İKİD. Y. 43, S. 515, 2003, s. 2197).

⁴⁹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 182; ÜNAL (II), s. 59; GÖNENSAY, s. 163; ARAT, s. 53.

⁵⁰ YHGK. 7.5.2003 tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/ 340 sayılı kararına göre, “Uyarlamanın anlatılan hukuku tanımından sonra şimdi, sözleşmeye müdahale için, gerekli olan esaslara değinelim; Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi

geçirerek sözleşmeden doğan yükümlülükleri yeni hal ve şartlara uydurmasını kabul eden teoriye “Emprevizyon (öngörülmezlik) Teorisi” denir⁵¹. Gerek ahde vefa ilkesi gerekse emprevizyon teorisi tacirler için de geçerlidir. Ancak TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü tacirlere bu prensiplere ek olarak “basiretli işadamı gibi hareket” prensibini de getirmektedir. Bu prensibin getirdiği yükümlülük yalnızca bir özen ölçüsü olmamaktadır. Yani bu hükmün kapsamına, kanunun belirttiği borç ve yükümlülükler yanında basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün getirdiği borçlar da girer. Örneğin, tacirler piyasanın hal ve gelecekteki durumunu göz önünde tutmak, tedbirli davranmak zorundadırlar. Basiretli bir tacirin akdi yaparken fiyat yükselmelerini tahmin etmesi ve ona göre akdi yapması ya da borç altına girmesi lazımdır. Tacir olmayanlara ise, dürüstlük kuralları gereğince böyle bir mükellefiyet yüklenemez. Tacir olmayanların sadece namuslu, dürüst hareket etmeleri yeterlidir. Bir tacir gibi piyasanın hal ve şartlarını ve geleceği tahmin etmeleri beklenemez⁵².

B. ŞARTLARI

Önceden öngörülemeyen, beklenmeyen haller nedeniyle sözleşme şartlarının değişmesi ve edimler arasındaki dengenin bozulması üzerine, taraflar hâkimden sözleşmeye müdahale etmesini isteyebilirler. Bu durumda hâkim takdir yetkisine dayanarak iki şekilde karar verebilir. Birincisi, şartlar müsait olduğu takdirde, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması, ikincisi ise, şartların uyarlamaya elverişli olmaması halinde sözleşmenin feshedilmesidir. Türk hukukunda sözleşmeleri ayakta tutmak kural olup, feshetmek istisnadır. Bu nedenle, hâkimin önce

kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir; beklenebilir; olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmelidir” (İKİD. Y. 43, S. 515, 2003, s. 2197).

⁵¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 182; ZEVKLİLER, s. 138.

⁵² ÜNAL (II), s. 59.

sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması yönünde takdir hakkını kullanması daha yerinde olur⁵³.

Sözleşmenin niteliği ve somut olayın özellikleri sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkân veriyorsa ve taraflar arasında adil bir risk dağılımının sağlanması mümkün olacaksa taraflardan birinin istemi üzerine hâkim sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uyarlamalıdır. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ise, borçlunun ediminde bir indirime gidilmesi ya da alacaklının ediminin artırılması şeklinde olabileceği gibi, bu iki durumun birlikte uygulanması da söz konusu olabilir. Ayrıca hâkim, sözleşmede kararlaştırılan edimden başka bir şeyin verilmesine veya yapılmasına da karar verebilir⁵⁴. Hâkimin sözleşmeye müdahale ederek sözleşmeyi yeni şartlara uyarlaması, özel ve istisnaî bir durumdur. Bu nedenle hâkimin sözleşmeye müdahalesi ancak belirli şartların bir arada bulunmasına bağlıdır.

1. Şartların Sözleşme Kurulduktan Sonra Değişmiş Olması

Sözleşmenin uyarlanmasından söz edilebilmesi için bir arada bulunması gereken şartlardan ilki, sözleşmenin kurulması anında mevcut olmayan ancak, sözleşme kurulduktan sonra onun ifası sırasında ortaya çıkan ve sözleşmenin devamlılığı bakımından belirli bir öneme sahip olan hal ve şartlarda önemli değişikliklerin söz konusu olmasıdır⁵⁵. Sadece şartların sonradan değişmesi yeterli değildir, meydana gelen bu değişikliklerin “olağanüstü” ve “objektif” nitelikte olması da gereklidir.

2. Değişiklik Genel, Objektif ve Olağanüstü Nitelikte Olmalıdır

Burada “olağanüstü” terimi ile kastedilen, hayatın olağan akışına göre karşı konulamayan, beklenmedik ve önceden sezilemeyen durumlar ifade edilmektedir. Örneğin, savaş, ambargo, ekonomik kriz, ani ve aşırı enflasyon, para değerinin aşırı derecede düşmesi (devalüasyon), su

⁵³ **BAYKAL**, Murat, Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay’ın Yaklaşımı, **BATIDER**, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 235.

⁵⁴ **EREN**, s. 441; **BAYKAL**, s. 236.

⁵⁵ **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011, s. 114; **ARAT**, s. 95; **BAYKAL**, s. 237.

baskını ve deprem gibi durumlar. Bir olayın “objektif” nitelik taşıdığından bahsetmek içinse bu olayın dış etkenlerle ve tarafların iradeleri dışında meydana gelip genel nitelikte olması, etkilerini taraflar üzerinde göstermesi ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirle de önüne geçilmesinin mümkün olamaması gereklidir. Doktrinde hâkim olan görüşün aksine değişikliğin olağanüstü nitelikte olmasının gerekli olmadığını savunan yazarlarda vardır. Bu görüşe göre, olağanüstü nitelikte olmayan değişiklikler de diğer şartların bir arada bulunması şartıyla uyarlamaya imkân verebilmektedir⁵⁶. Taraflardan sadece birisini etkileyen değişiklikler ise genel ve objektif nitelikte kabul edilemez. Örneğin, taraflardan sadece birinin işyerinin yanması ya da sağlık durumunun bozulması gibi. Bu durumda sözleşmenin yeni baştan gözden geçirilmesi gerekmez⁵⁷.

3. Taraflar Arasındaki Denge Aşırı Biçimde Bozulmuş Olmalıdır

Taraflar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşılıklı menfaatlerini ve edimler arasındaki dengeyi göz önünde tutarak sözleşmeyi meydana getirirler. Sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların edimleri arasında mevcut olan ekonomik denge, daha sonra meydana gelen objektif ve genel nitelikteki değişiklikler nedeniyle, aşırı biçimde bozulmuşsa, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması gerekir. Uyarlama istenebilmesi için, edimler arasında bozulan dengenin “aşırı” ve “açık” olması gerekir⁵⁸. Değişen hal ve şartlar nedeniyle edimler arasında oluşan bu aşırı ve olumsuz dengesizliğin, mutlaka borçlunun yıkımına sebep olması veya onun sömürülmesine yol açması artık aranmamakta, sadece edimler arasında açık ve büyük dengesizliğin varlığı yeterli görülmektedir. Değişikliğe karşın borçlu borcunu sıkıntıya düşmeden yerine getirebilecekse artık sözleşmenin yeni baştan gözden geçirilmesi gerekmez⁵⁹.

Karşılıklı sözleşmelerde, önceden kestirilemeyecek gelişmeler yüzünden sözleşmenin temelini oluşturan olguların esaslı bir şekilde

⁵⁶ SEROZAN, s. 225; ARAT, s. 96 vd.

⁵⁷ KAPLAN, s. 148; ZEVLİLER, s. 138.

⁵⁸ GÜRİSOY, s. 91; AKINCI, s. 115; ARAT, s. 114- 115; KAPLAN, s. 149.

⁵⁹ KAPLAN, s. 149; ZEVLİLER, s. 139; ARAT, s. 114.

değişmesi, edimler arasındaki dengenin şartlardaki olağanüstü değişiklik nedeniyle altüst olması, borcun ifasının güçleşmesi durumunda “işlem temelini çökmesi” hali gündeme gelmektedir⁶⁰.

Almanya’da 2002 yılı başında yürürlüğe giren ve BGB. § 313’de benimsenen görüşe göre, eğer sözleşmenin temelini oluşturan olgular esaslı olarak değişmişse ve taraflar gelişmeleri baştan öngörebilselerdi sözleşmeyi değişik koşullarda kuracakları söylenebilir, ayrıca beklenmedik gelişme yüzünden sözleşmeye olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için artık çekilmez bir hâle gelmişse ve taraflardan sözleşmeye aynen bağlı kalmaları beklenemiyorsa bu halde “uyarlama”, olmazsa son çare olarak dönme veya fesih yoluna gidilebilir⁶¹. Örneğin, sürekli bir sözleşmede, kararlaştırılan bedelin önemli bir kısmını oluşturan petrol fiyatı bir savaş krizi yüzünden üç-beş kat artarsa, borçlunun borcunu ifa etmesinin aşırı derecede güçleştiği ve edimin olduğu gibi yerine getirilmesinin borçludan beklenemez olduğu durumlarda, dürüstlük kuralı göz önünde tutularak, işlem temelini çöktüğünden bahisle, sözleşmelerin değişen duruma uyarlanması gerektiği söylenebilir⁶².

4. Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulmasını Gerektiren Durumlar

a. Sözleşmede veya Kanunda Değişen Hal ve Şartlara Uyarlamaya İlişkin Bir Kayıt veya Hüküm Bulunmamalıdır

Sözleşmelerde, tarafların ilerde meydana gelebilecek değişiklikleri önceden tahmin ederek, edimler arasındaki dengeyi bu durumda dahi koruyacak bir takım tedbirler almaları ve bu amaçla sözleşmeye bazı kayıtlar koymaları mümkündür. Taraflarca konulan kayıtlar sayesinde, ilerde şartlar değiştiği takdirde ne şekilde hareket

⁶⁰ **SEROZAN**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s. 259; **ZEVKLİLER**, s. 138.

⁶¹ BGB. § 313 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHMIDT- RÄNTSCH**, Jürgen/ **MAIFELD**, Jan/ **MEIER- GORING**, Anne/ **ROCKEN**, Matthias, Das Neue Schuldrecht, Recht und Praxis im Zivilrecht, Einführung- Texte- Materialien, Köln 2002, s. 328 vd.; **FIKENTSCHER/ HEINEMANN**, s. 126 vd.; **SEROZAN**, s. 265; **ARAT**, s. 86 vd.

⁶² **SEROZAN**, s. 260; **BAYKAL**, s. 240.

edileceği ve sözleşme ilişkisinin hangi koşullarla devam edeceği konusuna da bir açıklık getirilmiş olmaktadır. Örneğin, altın, döviz ve toptan eşya değer kayıtları, kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankaların sözleşmelerdeki faiz oranlarını tek taraflı olarak artırıp azaltabileceklerini hükme bağlayan kayıtlar, uyarlama kayıtları olarak nitelendirilmektedir⁶³. Taraflar, sözleşmeye olumlu uyarlama kayıtları koyabilecekleri gibi, olumsuz uyarlama kayıtları da koyabilirler. Taraflar olumlu uyarlama kayıtları ile şartların değişmesi halinde sözleşmenin bu şartlara nasıl uydurulacağını, olumsuz uyarlama kayıtları ile de şartlar sonradan değişse bile artık sözleşmenin değişen şartlara uyarlanamayacağını kararlaştırabilirler⁶⁴. Tarafların koydukları uyarlamaya ilişkin bu kayıtlar hâkimi bağlar. Hâkim sözleşmedeki uyarlama kayıtlarını uygulamakla yükümlüdür. Ancak tarafların sözleşmeye koydukları kayıtlar kesin değildir. Eğer bu kayıtların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK.m.2/II) kapsamında değerlendirilebilirse hâkim düzeltme yapabilir⁶⁵.

Sözleşmeye konan bir kayıtla değişen hal ve şartların sorumluluğunu üstlenen kimse, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak sonradan bu sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, para değerinin düşme riskine karşı sözleşmeye konan altın veya diğer

⁶³ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 237- 238; BAYKAL, s. 246.

⁶⁴ EREN, s. 439; ARAT, s. 126.

⁶⁵ Y. 13. HD. 12.2.1981 Tarih ve 1981/147- 932 Sayılı Kararında “Çözme ve uyarlama konusu, yanlarca sözleşmede öngörülmüş ya da yasa özel bir kuralla düzenlenmiş ise, bu olasılıkta hâkim sözleşmede ya da yasa hükmünü gözetir ve uygular” (KAPLAN, s. 150).

Yine MK. m. 2/II anlamında YHGK’ nun 17.5.2003 Tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340 Sayılı Kararına göre, “Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. m. 2/II hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılmasını manasına gelebilir” (İKİD, Y. 43, S. 515, s. 2197)

kayıtlarının geçersiz olduğu ileri sürülemez⁶⁶. Taraflar, sözleşmeye koyacakları böyle bir kayıtla, para borcunu muayyen bir miktar olarak değil, bir miktar altın veya döviz karşılığının tutarı olarak tayin ederler. Mesela, para borcu, 100 dolar karşılığı olarak kararlaştırılmış ise, vade tarihinde 100 doların karşılığı kaç lira tutuyorsa, o miktar para ödenecektir⁶⁷.

b. Değişen Hal ve Şartların Ortaya Çıkmasında İlgili Tarafın Kusuru Bulunmamalıdır

Burada söz konusu olan kusur, somut olayda borçlunun iyi ve dürüst biri gibi hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi neticesinde varılacak bir yargıyı ifade eder⁶⁸. Bu değerlendirmede, özellikle TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II)' de ele alınan “basiretli bir iş adamı gibi hareket etme” ilkesi göz önüne alınmaktadır. Burada, hâkimden sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanmasını isteyen tarafın, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında kendi kusurunun olmaması gerekir⁶⁹. Başka bir deyimle, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında kusurlu olan taraf, değişen durumlar nedeniyle kendi ediminin güçleştiğini ileri sürerek sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edemez⁷⁰. Yine şartlardaki değişikliğe kendisi sebep olmasa bile, bu değişiklikten etkilenmemek için gerekli tedbirleri almayan kişi de kusurlu sayılır. Örneğin, durumun daha fazla ağırlaşmasını önlemek için gereken tedbirler alınmamışsa, başka sözleşmeler nedeniyle ifa hazırlıkları ihmal edilmişse, alacaklı borçlunun vaktinde ifasına imkân vermemişse veya istisna sözleşmesinde borçlu durumunun ağırlaştığını alacaklıya haber

⁶⁶ Y. 13. HD. 26.11.1982 Tarih ve 1982/ 6168- 7189 Sayılı Kararında, “Kira sözleşmesindeki, her ay 30 gram 24 ayar altın kaydının, altın fiyatlarında artış nedeniyle yeni duruma uyarlanıp uyarlanmaması gerektiğini hükme bağlamıştır” (YKD. Y. 1983, C. 9, S. 4, s. 563).

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 239.

⁶⁸ AKINCI, s. 115; GÜRSOY, s. 153; ARAT, s. 135.

⁶⁹ YHGK, 17.5.2003 Tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340 Sayılı Kararına göre “uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasında kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir” (İKİD, Y.43, S. 515, s. 2197); GÜRSOY, s. 153; BAYKAL, s. 250.

⁷⁰ GÜRSOY, s. 153; KAPLAN, s. 152.

vermemişse kusurlu olduğu söylenebilir⁷¹. Söz konusu şart, kredi sözleşmeleri ve kira sözleşmeleri bakımından incelendiğinde, kredi borçlularının ve kiracıların uyarılma talep etmeleri durumunda bu şartın gerçekleşmiş olduğunu ileri sürmeleri mümkün olabilecektir. Ülke ekonomisindeki kriz ve 1994 yılı başlarından itibaren gerçekleştirilen bir dizi devalüasyon neticesinde değişen hal ve şartlardan sözleşme taraflarının etkilenmeleri doğal olmakla birlikte, söz konusu hal ve şartlar ile gerek kredi borçlularının gerekse de kiracıların bir ilgisi bulunmadığı, bu durumun meydana gelmesinde bunlara bir kusur yüklenemeyeceği ortadadır. Müşterilerine kredi kullandıran bankalar ve kredi borçluları, başlangıçta sözleşme kurulurken enflasyon riskini göz önüne almak ve TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) uyarınca hareket etmek durumundadırlar.⁷²

c. Edimler Henüz İfa Edilmemiş Olmalıdır

Beklenmeyen hallerin varlığı nedeniyle, sonradan meydana gelen olağanüstü değişiklikler sonucu edimin ifasının büyük ölçüde ağırlaşması durumunda, edimler arasındaki denge aşırı ölçüde bozulmuş olmakla beraber, borç halen ifa edilebilir niteliktedir. Ancak, değişikliklerden etkilenen tarafın, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep edebilmesi için kural olarak, edimini ifa etmemiş olması gerekir. Şayet borçlu, edimin ifasından sonra uyarılma istemişse bu halde ifada bulunmakla, onu yerine getirme gücünde olduğunu dolaylı olarak kabul etmiş demektir⁷³. Yine, hal ve şartlardaki değişiklikten önce ifa edilmiş ve böylece ortadan kalkmış sözleşmelerde uyarılma talep edilemez. Ancak, edimin bir bölümü ifa edilmişse, ifa edilmeyen kısım için uyarılma talep edilebilir. Edimin ihtirazî kayıtla ifa edilmesi durumunda da uyarılma talep edilmektedir⁷⁴.

⁷¹ GÜRSOY, s. 154; ARAT, s. 136.

⁷² BAYKAL, s. 251.

⁷³ GÜRSOY, s. 149; AKINCI, s. 115; KAPLAN, s. 155; ARAT, s. 123.

⁷⁴ KAPLAN, s. 155; BAYKAL, s. 257; ARAT, s. 123.

III. EMPREVİZYON TEORİSİNİN BASİRETLİ TACİRE ETKİLERİ

A. BERCUN İFASINDA BASİRET

İfa, sözleşmede borçlanılan edimin tam ve doğru olarak yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi şeklinde tarif edilebilir⁷⁵. Tam ve gereği gibi bir ifa ile borçlu borcundan kurtulmaktadır. Sözleşmenin ifa edilmemesi ise, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesini ifade eder⁷⁶. Borcun hiç yerine getirilmemiş olması halinde ya borcun ifası imkânsızlaşmıştır ya da borcun ifası mümkün olduğu halde ifa edilmemiştir (borçlunun temerrüdü). Borcun ifası mümkün olduğu sürece, borçlu, borcunu ifaya ve alacaklı da kendisi için külfet olan ifaya iştirak eylemini yerine getirmeye zorunludur⁷⁷. Burada, basiretli tacir açısından önem arz eden husus, borcun ifasının mümkün olduğu haller ile, BK. m. 20 (TBK. m. 27) hükmünde belirtilen “başlangıçtaki imkansızlık” değil, BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmünde belirtilen “kusurlu imkansızlık” ve BK. m. 117 (TBK. m. 136) hükmünde belirtilen “kusursuz imkansızlık” halleridir.

İmkânsızlık, edimin maddi ya da hukukî sebepten dolayı yerine getirilmesinin mümkün olamamasıdır⁷⁸. Edimin yerine getirilmesi imkânsızlaşmış ise, artık borçlunun borcunu aynen ifa etmesi beklenilemez⁷⁹. BK. m.117/I (TBK. m. 136/I) hükmüne göre, “*Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur*”. Burada, borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan bir imkânsızlık sebebiyle ifanın yapılamaması

⁷⁵ **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2010, s. 279 (AYAN, Borçlar); **AKINCI**, s. 201; **EREN**, s. 867; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 196.

⁷⁶ **YALMAN**, Süleyman, Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 32; **AKINCI**, s. 225; **EREN**, s. 1003.

⁷⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 293; **AKINCI**, s. 215.

⁷⁸ **ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 88; **AKINCI**, s. 226; **YALMAN**, s. 29.

⁷⁹ **DURAL**, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 124; **AYAN** (Borçlar), s. 299; **AKINCI**, s. 226.

hükme bağlanmıştır⁸⁰. Bu hükme göre, eğer borçlu kusursuz ise, borçlunun borcu sona erer⁸¹. Diğer taraftan BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmü de sonraki imkânsızlığı düzenlemiştir. Fakat bu imkânsızlık borçlunun sorumlu bulunduğu bir imkânsızlıktır. Borcun ifa edilmemesinden borçlunun sorumlu tutulabilmesi için BK. m. 96 (TBK.

⁸⁰ YHGK, 18.04.1984 tarih, 1984/139 E. ve 1984/426 sayılı kararına göre, “BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlığın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte var olması gerekmektedir. Bunlar da: imkânsızlığı doğuran olay veya durumun sonradan meydana çıkması; bunun önceden tahmin edilemez ve önlemez olması; bu imkânsızlığının doğumuna borçlunun kendi fiilî (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunması koşullarıdır. Davalının savunduğu gibi olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği, Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilmemektedir. Nitekim, olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, maliye Bakanlığı'nun bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nun yetkilerinden sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonradan çıkmış bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Maliye Bakanlığı'nun döviz tahsis etmemesi bir imkânsızlık olarak kabul edilse dahi, bu imkânsızlığın doğumuna davalı TMO. kendi fiilîyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği, gibi, Türk ithalat rejimini ve Maliye Bakanlığı'nun döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO, buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptırabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsisi şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir. O halde, olayda, BK. nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlıktan veya kusursuz bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır” (YKD, Y. 1985, C. 11, S. 3, s. 326).

⁸¹ Y. 13. HD. 16.4.1996 Tarih, 1996/3653 E. ve 1996/3920 sayılı kararına göre, “borç ilişkisinin kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın borç imkânsızlaşmışsa, bu durumda borç sona erer. Bu halde BK. m. 117/I de anlamını bulan imkânsızlık söz konusu olur” (YKD. C. 22, S. 7, Temmuz 1996); AKINCI, s. 227; OĞUZMAN/ÖZ, s. 445; YALMAN, s. 30; DURAL, s. 124; ALTUNKAYA, s. 107.

m. 112) hükmüne göre “borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmelidir”. Yani borçlu, kusursuz olduğunu ispat etmelidir⁸². Her iki imkânsızlık da mücbir sebebe veya umulmayan hale bağlanabilir. Ancak imkânsızlığı sadece bu hususlara bağlamak da doğru değildir. Bu prensiplere göre, önemli olan bir taraftan kusur kavramı, diğer taraftan da kusursuzluğun nasıl ispat edileceğidir.

Borçlu, borca aykırı sonucu bilerek isteyerek veya bu sonucu dikkate alarak hareket ettiği ya da borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermediği takdirde kusurludur⁸³. Borca aykırı sonucu bilerek ve isteyerek ya da sonucunu göze alarak hareket ettiği zaman kast, gerekli özeni göstermediği zaman ihmal söz konusu olur⁸⁴.

Borçlunun sorumluluğu için kusurun derecesi önemli değildir. Her nevi kusur borçlunun sorumlu tutulmasına yeter (BK. m. 98/I; TBK. m. 114/I). BK. m. 98/I (TBK. m. 114/I)’de ifade edildiği üzere, “...iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mesuliyet daha az şiddette takdir olunur”. Kaldı ki, kanun, sorumluluk için istisnaen bazı hallerde borçlunun kastını veya ağır kusurunu şart kılmıştır (mesela BK. m. 243; TBK. m. 294). Bunun dışında, kusur derecesi, tazminat miktarının tayini ve sorumluluğu daraltan anlaşmaların geçerliliği açısından önem taşır⁸⁵. Borçlunun gerekli özeni göstermiş olup olmadığı kanun, sözleşme hükümleri ve dürüstlük kuralı göz önünde tutularak her olayın özelliklerine göre fakat objektif olarak tayin edilir⁸⁶.

Kanun, bazı hallerde borçlunun, göstermesi gereken bu özeni, kendi işlerinde göstermesi gereken özen olarak sübjektif esasa tabi tutmuştur. Çoğu zaman bu ölçü, borçlunun objektif olarak kusurlu sayılmasını gerektirirken, sübjektif olarak kusurlu sayılmamasına neden

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s.354; YALMAN, s. 30; DURAL, s. 133.

⁸³ DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 49; İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949 (İMRE, Kusursuz Mesuliyet), s. 24; ÜNAL (IV), s. 47; OĞUZMAN/ÖZ, s.355.

⁸⁴ AYAN (Borçlar), s. 210; OĞUZMAN/ÖZ, s. 343.

⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 356; YALMAN, s. 30; ALTUNKAYA, s. 139.

⁸⁶ AYAN (Borçlar), s. 210; OĞUZMAN/ÖZ, s. 356.

olmaktadır⁸⁷. Buna rağmen tacir için durum farklıdır. Çünkü basiretli bir iş adamı gibi hareket etme mükellefiyeti, tacirin göstermesi gereken özen ölçüsünü ağırlaştırmaktadır. Yani, BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmünde belirtilen kusur kavramı, tacir için daha geniş bir kavramdır. Tacir sıfatını haiz olmayanların kusursuz sayılabileceği birçok durumda tacir kusurlu sayılabilir⁸⁸.

Borçlu, borcun ifa edilmemesinin umulmayan halden, mücbir sebepten veya alacaklı yüzünden (alacaklı temerrüdü) ileri geldiğini ispat ederse kusuru bulunmadığını ispat etmiş olur ve borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmaz⁸⁹. Umulmayan hal ve mücbir sebep farklı kavramlar olmakla beraber, kusursuzluğun ispatı bakımından farkın önemi yoktur⁹⁰. Tacirde, sorumluluktan kurtulmak için, ifa imkânsızlığını doğuran olayın, umulmayan hal veya mücbir sebepten meydana geldiğini ispat etmelidir. Bunun yanında tacir, BK. m. 99 (TBK. m. 115) hükmüne göre, sorumluluktan kurtulabilmek için, bu şartı sözleşmede öne sürmüş ise, sorumluluktan kurtulabilir⁹¹. İşte, gerek BK. m. 96 (TBK. m. 112)

⁸⁷ Sübjektif kusur teorisi kusuru failin psikolojik durumuna göre değerlendirilir. Bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi için onun fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartlarını, kişisel yeteneklerini, yetiştirme, eğitim ve öğrenim durumunu, fiziki güçlerini, mesleki becerilerini göz önünde tutmak gerekir. Bu teoriye göre, fail, davranışının zararlı sonucunu önceden görebilip, bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur. Objektif kusur teorisinde ise, davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, fail değil, objektif bir tip ele alınmaktadır. Bu tip, aynı sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tipidir. Bu tipin davranışı, örnek davranış olarak ele alınmakta ve bununla failin davranışı kıyaslanmaktadır. Eğer failin davranışı bu örnek davranıştan sapıyor, ona uymuyorsa, bu sapma kusur olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, bireyin kişisel durumu, yetenekleri ve mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif (makûl) bir insan tipinin yetenek, durum ve mesleki becerileri esas alınmaktadır (EREN, s. 552- 553).

⁸⁸ TANDOĞAN, s. 419; OĞUZMAN/ÖZ, s. 356.

⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 357.

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 357.

⁹¹ AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 100.

gerekse BK. m. 117 (TBK. m. 136) hükmünde belirtilen kusurlu ve kusursuz imkânsızlığın sebebi olan mücbir sebep ve umulmayan halin tacirler için mevcut olup olmadığının belirlenmesinde basiretli iş adamı ölçüsü önem arz etmektedir. Bir tacirin ihmal, kusur veya tedbirsizlikle hareket edip etmediğini tespit için faaliyette bulunan kimsenin üzerine düşen özen derecesini objektif olarak tespit etmek gerekir. Buna rağmen sorumluluk takdir edilirken işin tipik ve özel mahiyeti de göz önünde tutulmalıdır. Basiretli bir tacirin özen derecesi bütün hallerde aynı olmayıp hususi hallere göre değişmektedir. Bir fabrikatörün bilmesi lazım gelen hususlarla bir ithalatçının bilmesi lazım gelen hususlar birbirinden farklılık arz eder. Basiretli bir tacirin özen yükümlülüğü aynı alanda iş yapan bir tacirden ortalama bir ölçünün tatbikinde beklenen özen yükümlülüğüdür⁹². Bundan başka bir olayın mücbir sebep veya umulmayan hâl olabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu sırada, öngörülmesi mümkün olmayan bir halin sonradan ortaya çıkmış olması lâzımdır ve bu olay borcun ödenmesini imkânsızlaştırmalıdır. Bu imkânsızlık sonradan meydana gelen bir imkânsızlık olmalıdır. Borçlu imkânsızlığı meydana getiren sebepleri değil, imkânsızlığın meydana gelmesinde kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir ifade ile BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmüne göre, tacirin kusursuzluğunu ispat için ileri süreceği mücbir sebep veya umulmayan halin tespiti için basiretli iş adamı ölçüsü esas alınmaktadır⁹³.

B. MÜCBİR SEBEP VE UMULMAYAN HALLERDE BASİRET

Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun ve borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan, karşı konulması ve öngörülmesi mümkün olmayan, olağanüstü bir olaydır. Bu elden gelen bütün çarelere başvurulsa bile borçlu tarafından önüne geçilemeyen bir hadiseyi ifade eder. Yani, borçlunun, borcu, ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz

⁹² **SUNGUR**, Hasan Halis/ **BORAN**, M. Kamil, Türk Ticaret Kanunu Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1957, s. 330.

⁹³ **ÜNAL** (IV), s. 48; **SUNGUR/BORAN**, s. 332.

şekilde sebep olan, harici, sezilemeyen ve karşı konulamayan olaylardır⁹⁴.

Umulmayan hal ise, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan olaylar olarak ifade edilebildiği gibi⁹⁵, borcun ihlaline kaçınılmaz bir tarzda sebebiyet veren ve akit yapılırken görülmeyen bir olay olarak da tarif edilmektedir⁹⁶. Mesela, bir fabrikada kazan patlanması sonucu çıkan yangın ancak umulmayan hal sayılıp, mücbir sebep teşkil etmezken, yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangın mücbir sebep teşkil eder. Görüldüğü gibi, mücbir sebep harici bir olay iken umulmayan hal için böyle bir şart aranmamaktadır⁹⁷. Görülüyor ki, mücbir sebep ve umulmayan hal, bir kusur mevcut olmaksızın tesadüfe bağlı olarak meydana gelen olaylardır. Bunların meydana gelmesinde insan iradesinin ya hiçbir rolü yoktur ya da çok az bir rolü vardır. Bu hadiseler, tabii olaylar ve insan fiilleridir. Bunlar çok çeşitlidir. Örneğin, yıldırım, deprem, sel, fırtına, deniz kazası, yangın, harp, düşman istilası, seferberlik, isyan, ihtilal, grev, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi, kamu hukukunun koyduğu sınırlandırmalar ve idari makamların kararları gibi⁹⁸. Bütün bu olayların mücbir sebep olarak

⁹⁴ **GÖZÜBÜYÜK**, A. Pulat, Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957, s. 12; **İMRE** (Kusursuz Mesuliyet), s. 201; **AYAN** (Borçlar), s. 219; **AKINCI**, s. 139- 140.

⁹⁵ **AYAN** (Borçlar), s. 219; **OĞUZMAN/ÖZ** s. 357.

⁹⁶ YHGK. 18.4.1984 tarih, 1984/ 139 E. ve 1984/426 sayılı kararına göre, *"Türk Hukuk Lügatinde beklenilmeyen vaziyet, "Borcun ifası, mukavelenin akdi zamanında göz önüne getirilmesi mümkün olmayan siyasi, iktisadi, içtimai hadiselerden dolayı akit için tahammülü çok güç bir külfet teşkil ettiği takdirde, akide mukavelenin tadil veya feshini talep veya dava edebilmek hakkını veren sebeptir" şeklinde tarif edilmiş bulunmaktadır. Bu tanımlamayı genişletecek olursak, mücbir sebep, borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlere rağmen önüne geçilmesine imkan olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesi dışında meydana gelen bir olaydır. Başka bir deyimle, seçilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder"* (**YKD**. C.11, S. 3, 1985, s. 326); **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 35.

⁹⁷ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 12; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 357.

⁹⁸ **ÜNAL (IV)**, s. 49; **KAPLAN**, s. 113.

nitelendirilebilmesi için borçlunun, bu olaylara karşı koyamayacak durumda bulunması gereklidir. Aynı zamanda da olaylar borçlunun kusurundan ileri gelmemelidir. Eğer bu olaylar sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilecek durumda ise, mücbir sebep veya umulmayan halden bahsedemeyiz. Başka bir ifade ile, bir hadisenin mücbir sebep veya umulmayan hal olarak kabul edilebilmesi için, bu hususların sözleşmenin kurulduğu sırada ya da müzakere aşamasında tahmin edilememiş ve düşünülmemiş olması ve böylece hadisenin sonradan ortaya çıkarak akdin ifasını imkânsız hale getirmiş olması gereklidir⁹⁹. Ayrıca, hukuk sistemimizde, hangi hadiselerin mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edeceği hâkimin takdirine bırakılmıştır¹⁰⁰. Bu bakımdan da mücbir sebep veya umulmayan bir halin tacir için mevcut olup olmadığını takdir ederken de “basiretli iş adamı ölçüsünün” büyük bir önemi vardır. Çünkü aynı hadise, belirli şartlar altında mücbir sebep teşkil edebildiği halde, başka şartlar altında bu nitelikte olmayabilir. Bir takım hadiseler, sözleşmenin kurulduğu sırada taahhütlerin yerine getirilmemesine doğrudan doğruya sebep olduğu takdirde mücbir sebep sayılabilir. Fakat, aynı hadiseler, basiretli bir tacire isnadı mümkün olan tecrübe, dikkat ve itina neticesinde önceden tahmin edilebilir bir mahiyette ise veya akdin ifasına doğrudan doğruya engel olmuyorsa, mücbir sebep olmaz¹⁰¹. Görülüyor ki, mücbir sebep ve umulmayan halin mevcudiyeti, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülememesi şartına bağlanmaktadır. Bu da objektif ölçülerle tespit edilecektir. Tacir sıfatını haiz olmayanlar için objektif ölçü hadisenin “hayatın olağan akışına göre ortaya çıkması

⁹⁹ ÜNAL (IV), s. 49.

¹⁰⁰ KAPLAN, s. 119.

¹⁰¹ Y. 13. HD. 16.4.1996 tarih, 1996/3653 E. ve 1996/3920 sayılı kararına göre, “Davalı tacirdir. TTK. m. 20’ ye göre, 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. Bu durumda, davalının savunmalarının hukukî dayanaktan yoksun kaldığı açıktır” (YKD, C. 11, S. 3, 1985, s. 326); ÜNAL (IV), s. 49.

öngörülebilir tesadüfî hadiseler sınırını” aşmasıdır. Tacir için ise, “söz konusu tacirin ticarî işletmesinin özelliği göz önünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul bir oranda gören bir tacirin” davranışı objektif ölçü olarak alınır. Bundan da anlaşılabilir gibi tacir olmayanlar için mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edebilecek birçok hadise, tacir için aynı mahiyette olmayabilir. Örneğin, ekonomik kriz, yüksek enflasyon, şok devalüasyon, para değerindeki ani düşüşler ve dövize endeksli banka kredilerindeki değişiklikler vasat bir kimse için mücbir sebep kabul edilebilecek ve bu halde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması istenebilecekken, basiretli tacir için bunu söyleyemeyiz¹⁰².

Tacir, bütün ticarî faaliyetlerinde bir hadisenin meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Ticarî hayatın olağan akışında elde edilebilir tecrübeler neticesinde hal ve şartlara göre bir hadisenin meydana gelebileceğini önceden kestirmenin mümkün olduğu hallerde, tacir bunun önüne geçmekle yükümlü olup, gerekli tedbirleri almazsa kusurlu olur. Taahhüdün yerine getirilmemesi keyfîyeti borçluya isnadı mümkün olan bir kusurdan ileri gelmediği ve taahhüdün ifasını imkansız kılan

¹⁰² YHGK. 7.5.2003 tarih, 2003/113- 332 E. ve 2003/340 sayılı kararına göre, “*Dava, yabancı para olarak kararlaştırılan kira parasının günün ekonomik koşulları altında çekilmez hal alması ve böylece işlem temelinin çökmesi olgusuna dayalı kira parasının uyarlanması isteğine ilişkindir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır.*

TTK. 18/1. maddesinde AŞ'nin 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 ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına 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 önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır” (İKİD, Y. 43, S. 515, 2003, s. 2197); ÜNAL (IV), s. 49.

hadisenin önüne geçilmesi tacirin imkan ve iktidarının dışında olduğu takdirde mücbir sebep dolayısıyla sorumluluktan kurtulur¹⁰³.

SONUÇ

Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirin tüm ticarî faaliyetlerinde göstermesi gereken dikkat, özen, sağduyu ve ölçülü hareket etme yükümlülüğü demektir. Bu yükümlülük subjektif değil objektif bir özen ölçüsünün gerçekleştirilmesi demektir. Yani, ortalama bir tacirin benzer durumlarda ticarî faaliyetinin niteliğine göre göstereceği özendir.

Tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü onun aynı zamanda iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde davranmasını da gerektirir. İyiniyet ve dürüstlük kurallarının tacirlerin tüm muamelelerinde uygulanması TMK. m. 2/I ve m. 3 gereğidir. Ancak tacirlerin özel ilişkilerinde dürüstlük kurallarına riayet etmeleri yeterli olduğu halde, ticarî işlerinde bu kurallara uymanın yanında basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunlulukları da vardır. Yani, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacire, dürüstlük kurallarına riayet etmekten daha da fazla bir dikkat, ihtimam ve özen gösterme borcu yanında tedbirli olma borcunu da yüklemektedir.

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede önceden görülmesi mümkün olmayan önemli değişikliklerin meydana gelmesi durumunda, borçludan sözleşmeye uygun olarak borcunu aynen yerine getirmesini istemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Hâkim, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak için değiştirebilmeli ya da gerekiyorsa feshedebilmelidir. İşte böylesi durumlarda hâkimin sözleşmeyi yeniden gözden geçirerek sözleşmeden doğan yükümlülükleri yeni hal ve şartlara uydurmasını kabul eden teoriye “Emprevizyon (öngörülmezlik) Teorisi” denir. Bu teori tacirler için de geçerlidir. Ancak TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü tacirlere bu prensiplere ek olarak “basiretli işadamı gibi hareket” prensibini de getirmektedir. Bu prensibin getirdiği yükümlülük yalnızca bir özen ölçüsü olmamaktadır. Yani bu hükmün kapsamına, kanunun belirttiği borç ve yükümlülükler yanında basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün getirdiği borçlar da girer.

¹⁰³ ÜNAL (IV), s. 48.

BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmünde belirtilen “kusur” kavramı da tacir için daha geniş yorumlanmalıdır. Çünkü, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmüne göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü olan tacirin göstermesi gereken özen ölçüsü, tacir sıfatını haiz olmayanlara nazaran daha da ağırlaştırılmıştır. Yani, tacir sıfatını haiz olmayanların kusursuz sayılabileceği birçok durumda tacir kusurlu sayılabilecektir. BK. m. 96 (TBK. m. 112) ve BK. m. 117 (TBK. m. 136) hükmünde belirtilen kusurlu ve kusursuz imkânsızlığın sebebi olan “mücbir sebep veya umulmayan hal”in tacirler için mevcut olup olmadığını tayin ederken “basiretli tacir” ölçüsünün büyük önemi vardır. Yani tacir olmayanlar için mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edebilecek birçok hadise, tacir için aynı mahiyette olmayabilir. Bir mücbir sebebin veya umulmayan halin basiretli tacir açısından söz konusu olması için, ifaya engel teşkil eden olayın daha sözleşmenin kuruluşu aşamasında öngörülememesi gerekli ve şarttır.

BİBLİYOGRAFYA

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011.

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul 2002.

AKMAN, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011.

ARSLANLI, Halil /**KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku, C. I, Ticarî İşletme, Ankara 1960.

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 2010 (AYAN, Borçlar).

AYAN, Mehmet, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Konya 2009 (AYAN, Medenî).

AYHAN, Rıza/ **ÖZDAMAR**, Mehmet/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011.

AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2007.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar, İçtihatlar, Ankara 1988.

BARLAS, Nami, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado' ya Armağan, C. LV, Y. 1997, S. 3, s. 191- 208.

BAUMBACH, Adolf/ **DUDEN**, Konrad/ **HOPT**, Klaus J., Handlungsbuch, München 1987.

BAYKAL, Murat, Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, BATİDER, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 231- 265.

DESCHENAUX, Henri/ **TERCIER**, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981.

DOMANIÇ, Hayri/ **ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007.

EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2008.

FIKENTSCHER, Wolfgang/ **HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl. Berlin 2006.

GÖNENSAY, A. Samim, Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Birsnel Armağanı, 1939, s. 160- 171.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957.

GÜRSOY, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.

İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949 (İMRE, Kusursuz Mesuliyet).

İMRE, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1980 (İMRE, Giriş).

KALKAN, Burcu, Türk hukukunda Gabin, İstanbul 2004.

KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.

KARAHAN, Sami, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK. ile 6098 Sayılı TBK. ve 6100 Sayılı HMK'ya Göre Güncellenmiş 20 Baskı, Konya 2011.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.

OĞUZMAN, Kemal, Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.

OĞUZMAN, Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2002.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2010.

ÖZDEMİR, Nejdet/**KINACIOĞLU**, Naci, Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1984.

ÖZKAYA, Eraslan, Gabin Davaları, Ankara 2000.

SCHMIDT- RÄNTSCH, Jürgen/ **MAIFELD**, Jan/ **MEIER-GORING**, Anne/ **ROCKEN**, Matthias, Das Neue Schuldrecht, Recht und Praxis im Zivilrecht, Einführung- Texte-Materialien, Köln 2002.

SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006.

SUNGUR, Hasan Halis/ **BORAN**, M. Kamil, Türk Ticaret Kanunu Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1957.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul 2010.

TEKİL, Fehiman, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1997.

UMUR, Ziya, Roma Hukukunda İktisabî Müruruzamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956.

UYAR, Talih, Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı” (MK. m. 2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK. m. 2/II), Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000.

ÜNAL, Oğuz Kürşat (I), Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (I), Maliye Postası, 1 Mart 1988, S. 180 (ÜNAL, I).

ÜNAL, Oğuz Kürşat (II), Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (II), Maliye Postası, 15 Mart 1988, S. 181 (ÜNAL, II).

ÜNAL, Oğuz Kürşat (IV), Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (IV), Maliye Postası, 15 Nisan 1988, S. 183 (ÜNAL, IV).

YALMAN, Süleyman, Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

ZEVKLİLER, Aydın, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995.