

^HTİCARET KANUNLARININ VARSAYIMSAL İNSANI: AMERİKAN TİCARET KANUNUNDA REASONABLE MAN İLE TÜRK TİCARET KANUNUNDA BASİRETLİ TACİR

Yrd. Doç. Dr. Etem KARA*

Öz

Ticaret Kanunları bir varsayımsal insan baz alınarak hazırlanmaktadır. Ayrıca kanunların yorumunda ve uygulanmasında da söz konusu varsayımsal kişiler kullanılmaktadır. Bu anlamda da ticaret kanunları için hayatiyet teşkil etmekte ve anahtar önemde rol oynamaktadırlar. Söz konusu varsayımsal kişiler ise Amerikan Ticaret Kanununda (UCC) ‘reasonable man’ veya “reasonable person” olarak, Türk ticaret kanununda ise “basiretli tacir” veya “basiretli iş adamı” olarak ifade edilmektedir. UCC’nin reasonable man’i ile TTK’nın basiretli taciri arasında büyük bir fark bulunmamaktadır. Her iki kanundaki varsayımsal kişiler de somut olayda basiretli tacir veya reasonable man nasıl davranabileceğini belirlemek için bir ölçü olarak kullanılmaktadır. Her iki kanun arasındaki temel farklılık ise UCC’nin taraflara reasonable man standardını belirleme olanağı vermesi ve ayrıca “yaptığı işte tecrübeli ve iştigal ettiği alanda da uzman olan kişiye tacir denir” demek suretiyle karakteristik olarak taciri tanımlamasıdır. Buna karşın TTK’da taraflara basiretli tacir standardını belirleme imkanı veren bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca tacir kavramı ticari işletme temel alınarak “ticari bir işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir” demek suretiyle tanımlanmıştır.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: etemkara@kara.av.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 02.03.2017-02.03.2017-20.04.2017/Makale Kabul Tarihleri: 13.04.2017-19.04.2017-04.05.2017)

Anahtar Kelimeler

Varsayımsal İnsan, UCC, Reasonable Man, TTK, Basiretli Tacir

**THE HYPOTETICAL MAN IN THE COMMERCIAL CODES:
THE REASONABLE MAN IN THE AMERICAN UNIFORM
COMMERCIAL CODE AND THE PRUDENT MERCHANT IN
TURKISH COMMERCIAL CODE****Abstract**

Commercial Codes are regulated based upon a hypothetical person. The implementation and interpretation of codes are also made by using that hypothetical person. In this sense the description this hypothetical person is crucial and has a key position in the commercial codes. The hypothetical person is named as the “reasonable man” or “reasonable person” in American Uniform Commercial Code (UCC) and the “prudent merchant” or “prudent business man” in the Turkish Commercial Code (TTK). There are no big differences between the reasonable man in the UCC and the prudent merchant in the TTK. Both of them are used in order to determine how a reasonable person or a prudent merchant would/should act in the concrete case. The main differences between the two codes are that UCC gives the authority to the party in order to determine the reasonable man standard and also characteristically define merchant concept as: “a merchant is one ‘who deals in goods’ of the type involved in the contract, or is an expert with respect to the goods involved in the transaction”. On the other hand, there is no provision in the Turkish Commercial Code that gives the authority to the parties. According to Turkish law, “merchant is the person who run the business organization partially or completely”.

Keywords

Hypothetical Person, UCC, Reasonable Man, TTK, Prudent Merchant

GİRİŞ

Ticaret hukukunun uluslararası ticaret hukukuyla çok sıkı bir ilişkisi bulunmakta, ulusal hukuklar içinde de hiçbir hukuk dalı ticaret hukuku kadar uluslararası ticaret hukukunun etkisine maruz kalmamaktadır. Tacirin ticari işlemlerde hız ve öngörülebilirlik ihtiyacına devletler özel hukuku cevap vermeye çalışıyorsa da hukukun yeknesaklaştırılması arzu edilen bir hedef olarak varlığını korumaktadır¹. Gerçekten de Alman ve İtalyan siyasal birliğin sağlanmasında burjuvazinin ve ticaretin etkisi dikkate alındığında, diğer hukuk dallarında görülen baskın ulusal karaktere karşın ticaret hukukunun evrensel yüzü göze çarpmakta, hukukun yeknesaklaştırılmasının veya harmonizasyonunun da ticaret hukukunda yoğunlaşmaktadır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa Birliği'nin bu yöndeki çabalar, en ciddi örnekleri oluşturmaktadır. Hemen belirtelim ki hukukun yeknesaklaştırılması ile harmonizasyonu (uyumlaştırılması) aynı şeyler değildir. Her ikisinde de farklı hukuk sistemlerini belirli düzeyde entegrasyonu söz konusu olmakla birlikte hukukun yeknesaklaştırılmasında içerikte ve detaylarda tam bir birlik hedeflenirken, harmonizasyonda ise farklı hukuk sistemlerini temel ilkeler temelinde yakınlaştırma amacı güdülmektedir². ABD'nin kabul etmiş olduğu ve orjinal adıyla "The Uniform Commercial Code" olan kanun yeknesaklaştırmaya örnek teşkil etmektedir. Söz konusu kanun, Amerikan federe devletleri tarafından kabul edilmiş de olsa, Amerika düzeyinde uygulanmaktadır. Bu münasebetle söz konusunu kanunu, Türkçe, "Amerikan Ticaret Kanunu" olarak ifade etmek yerinde olacaktır.

Amerika'nın ticarete öncü rolü ve devasa pazarı, ticaret hukukunda yaşanan değişimleri ve gelişmeleri de şekillendirmekte, bu anlamda da Amerikan Ticaret Kanununun etkisi ulusal sınırlarını aşmış bulunmaktadır. Nitekim diğer ülkelerin ticaret hukuklarını etkilemesinin yanında, "*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods-CIGS)*" hükümlerinin hazırlanmasında da model alınmış bulunmak-

¹ **Schmitthof**, Clive M.: "American and European Commercial Law", 1979, Journal of Legislation, Volume:6, Issue: 1, Article: 4, s. 44.

² **Schmitthof**, s. 45.

tadır³. Öyle ki konumuz bağlamında da basiret/makuliyet (reasonableness) kavramı CIGS'in de temel ilkesini oluşturduğu görülmekte (CIGS m.8), makul/basiretli kişi (*reasonable person*) kavramı da yorumda esas alınacak varsayımsal kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Amerikan Ticaret Kanununun uluslararasılaşmasından söz edilmekte, uluslararası ticaret ile uyumlu bir ticaret hukuku yaratılması ihtiyacının farkında olmaları hasebiyle de Amerikan yasa koyucuları, UCC'nin çeşitli tashihlerinde bu hususları dikkate aldıkları görülmektedir⁴. Ticarete öncü olan ülkelerin, ticari meselelerle ilk karşılaşacak ülke olacağı ve meselelerin çözümüne ilişkin çabaların da ilk onlardan geleceği açıktır. Bu anlamda Ticaret hukukundaki gelişmelerin birinci elden takibi için bu ülkelerin takip edilmesi gerekeceği ve bu doğrultuda da dünya ticaretine yön veren lider ülke olması hasebiyle de Amerikan ticaret hukukunun takibinin faydalı olacağına inanıyoruz. Açık ki aynı hukuk sistemi içinde iki ülke hukukunu karşılaştırmaya nazaran iki farklı hukuk sistemine tabi iki ülke hukukunun karşılaştırmak çok zordur. Nitekim bu zorluk çalışmamıza da yansımış bulunmakta, zaman zaman UCC hükümlerinin ifadesinde bunu yaşamış bulunmaktayız. Bununla birlikte ABD'nin hem modern Dünya Ticaret sistemini kurup belirleyen ülkelerden olması hem de dünya ticaretindeki çığır açan öncü bir ülke olması nedeniyle ticaret kanununun incelenmesinin anlamlı olacağını düşünüyor ve bu yöndeki çabaların da Türk hukukuna daha fazla katkı sağlayacağına inanıyoruz.

Basiretli tacir kavramı ile bu kavramın açıklanmasında zorunlu olarak değinilmesi gereken tacir ve ticari işletme kavramları Türk hukukçuları

³ Türkiye'nin de taraf olduğu CIGS de farklı hukuk sistemlerinden kaynaklanan bariyerlerin kaldırılması ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından uluslararası alanda önemli bir harmanizasyon örneği teşkil etmektedir. Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contract) ve Avrupa Sözleşme İlkeleri'nde (Principles of European Contract Law) olduğu gibi irade muhtariyeti CISG için de benimsenmiş bulunmakta, bu temelde de sözleşme taraflarının CIGS hükümlerinin tamamı veya bir kısmını uygulayıp uygulamamakta serbestileri bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gül**, İbrahim: "*Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG*", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, 2016, s. 79-83.

⁴ **Gabriel**, Henry: "The Revision Of The Uniform Commercial Code In The United States and Its Implications for Australia", Monash University Law Review, Volume 24, Number 2, 1998, s. 295.

tarafından ayrıntılı olarak incelenmiş bulunmaktadır. Bu çalışmada ayrıca yer vermek, mevcudun tekrarı niteliğinde olacak ve çalışmanın hacmini önemli ölçüde arttıracaktır. Bunun yerine, çalışmada, doğal olarak Amerikan hukukuna daha fazla ağırlık verilecek, Türk hukukuna ise Amerikan düzenlemeleri incelerken mukayeseyi kolaylaştırmak maksadıyla çerçeve olarak yer verilecektir. Bu yapılırken de farklılıklar ve benzerliklere aynı başlık veya alt başlık altında ortaya koyulmaya çalışılacak, böylelikle ilk bakışta mukayesenin yapılmasını kolaylaştırma gayesi güdülecektir.

I. AMERİKÂN TİCARET KANUNU (THE UNIFORM COMMERCIAL CODE-UCC)

Amerikan Ticaret Kanunu (the UCC)⁵, Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute)⁶ ve Yeknesak Hukuk Komiserleri Ulusal Konferansı (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)⁷ tarafından 1952 yılında kabul edilmiştir⁸. Federe devletler arasında ticari işlemleri yeknesaklaştırma amacını taşıyan bu yasanın kabulüne giden yol ise Pennsylvania Barosu üyesi William A. Schnader'in 1940 yılında

⁵ Kanunun geniş kapsamlı kabulüne değin Amerikan Ticaret hukuku, federal düzeyde olmaktan çok, ağırlıklı olarak federe devletler tarafından şekillendirilmiş bulunmakta ve 51 tane hukuk sisteminin her birinin de kendi kanunu bulunmaktadır. Amerikan ticaret hukuku, İngiliz Common Law ve ticaret hukuku temelinde, her bir devletin hukuku da diğer devletten bağımsız olarak şekillenmiş bulunmaktadır. **Gabriel**, s. 291.

⁶ Amerikan Hukuk Enstitüsü ise Amerika'nın seçkin avukatları tarafından 1923 yılında kurulmuş, Amerikan hukukun sistemleştirilmesi ve belirli konularda da common law kurallarını göstermeyi amaçlayan, Amerikan hukukunda da ikincil kaynak olarak kullanılan restatmentlerin hazırlanmasından sorumlu olmuştur. **Schmitthof**, s. 45.

⁷ Yeknesak Hukuk Komiserleri Ulusal Konferansı, başını New York Federe devletinin çektiği 7 devlet tarafından 1892'de oluşturulmuş, sonrasında her bir federe devlet temsilcileriyle konferansa katılmıştır. **Schmitthof**, s. 45; Konferansın ilk büyük yeknesaklaştırma girişimi, 1882 Tarihli İngiliz Bill of Exchange Act model alınmak suretiyle hazırladığı ve 1900 yılında geniş ölçüde kabul edilen "Negotiable Instruments Act" olmuştur. Bununla konferans en önemli başarılarından birisine imza atmış ve UCC kabul edilinceye kadar da yasa, evrensel olarak kabul görmüştür. **Friedman**, Lawrence M.: A History of American Law, Second Edition, Newyork 1973, s. 408.

⁸ **Farley**, Andrew N.: "Article 3 of The Uniform Commercial Code", Gonzaga Law Review, Volume:4, Spring 1969, s. 200.

konferansa öneri getirmesi ve bu yöndeki ısrarlı çabalarıyla başlamış⁹, takip eden yıllardaki çalışmalar sonrasında federe devletlerin dikkatine sunulmuş ve ilk kabul eden federe devlet ise 1953 yılında Pennsylvania olmuştur¹⁰. 1957 yılında ikinci federe devlet olarak Massachusetts yasayı kabul ederken, üçüncü devlet ise 1958 yılında Kentucky olmuştur¹¹.

Ticaret hukukunda yeknesaklaştırmanın ilk teklif edildiği 1940 yılından 1957 yılına kadar geniş kapsamlı kabulde yeterli ilerleme sağlanamamış, New York Hukuk Tashih Komisyonu'nun (New York Law Revision Comission) anıtsal çalışmalarıyla durum değişmiştir. Öyle ki New York Komisyonun eleştirileri doğrultusunda çeşitli değişiklikler yapılarak resmi taslak nihayete erdirilmiş, resmi taslağın yayınlaması ile 1966 yılı arasında da 48 federe devlet UCC'yi kabul etmiştir¹².

Amerikan Ticaret Kanununun yeknesaklaştırılmasında, Amerikan akademisyenleri ile hukukçuları başat rol oynamış¹³ ve kanunun kabulü ise Federal

⁹ Konferans ise teklifi değerlendirmeye almış, bu çapta ve zorluktaki yeknesaklaştırma işinin tek başına yapılamayacağından bahisle Amerikan Hukuk Enstitüsü ile iş birliğine gitme kararı almıştır. **Schnader**, William A.: “*A Short History of The Preparation and Enactment Of The Uniform Commercial Code*”, University of Miami Law Review, Volume: 22, Fall 1967, Number: 1, s. 1.

¹⁰ **Farley**, s. 201.

¹¹ **Braucher**, Robert: “*The Legislative History of the Uniform Commercial Code*”, Columbia Law Review, Volume 58, Number 6, June 1958, s. 798.

¹² **Kamp**, Allen R.: “Uptown Act: A History of the Uniform Commercial Code 1940-49”, SMU Law Review, Volume 51, Issue 2, 1998 s. 277.

¹³ Kanun (UCC) taslağının kaleme alınmasında ve hazırlanmasında Karl Llewellyn baş yazar olarak bulunmuştur. Ayrıca kanunun hukuki çerçevesini de belirleyen kişi kendisi olmuştur. Bu anlamda kanun maddi kurallar varetmek yerine hakimlere ticari uyumsuzluk taraflarının basiretli/makul olup olmadıklarını, ticari geleneklere ve uygulamalara uygun davranılıp davranılmadığını tespit etmesi yönünde hükümler getirilmiştir. Bu ise Karl Llewellyn'in kişiliği temelinde UCC'nin entellektüel temelini tartışılmasına yol açmış ve uzun bir süreçte hazırlanan UCC tasarısına onun katkısının araştırılmasını tetiklemiştir. Karl Llewellyn ise Sorbon'da okumuş ve Almanya'da kalmış bir hukukçudur. Llewellyn'in “basiret/makuliyet fikri”, “ticaret kanunu aşkı” ve özellikle Amerika'nın politik dönüşümüne ilişkin tutkusunun temelinde, ortak kökler olmasına karşın Amerika'da az bilinen Alman Romantik ve post romantik hukuk düşüncesinin, özellikle 19 yüzyılın en büyük ticaret hukukçusu olan Levi Goldschmidt'in çalışmalarının etkisi olduğu iddia edilmiştir. Öyle ki Llewellyn, Levi Goldschmidt'in çalışmaları

düzeyde olmamış, her bir federe devletin kendi parlamentosunun kabulüyle olmuştur¹⁴. Her bir federe devlet tarafından kabul ederek yürürlüğe girmesi ise kanuna federal düzeyde bir etki sağlamıştır. Böylece orijinal bir karaktere sahip olan Amerikan Ticaret Kanunu, ticari meselelerde federal common law içinde birincil kaynak haline gelmiştir¹⁵.

Amerikan ticaret kanunun orijinalitesini anlamak açısından Amerikan hukuk sisteminden kısaca bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri, federal düzenlemelerin üstünlüğüne dayalı ancak federal hukuk dışında her bir eyaletin serbestçe kendi hukuk sistemini oluşturduğu bir hukuk düzenine sahip bulunmakta ve normlar hiyerarşisi ise; (a) federal anayasa, (b) federal yasalar, anlaşmalar ve mahkeme kuralları, (c) federal düzenleyici otorite kuralları, (d) federal common law, (e) eyalet anayasaları, (f) eyalet yasaları ve mahkeme kuralları, (g) eyalet düzenleyici otorite kuralları, (ğ) eyalet common law şeklinde sıralanmakta, aynı seviyedeki hukuk kuralları arasında çatışma olması halinde ise sonraki tarihli hukuk kuralı uygulanmaktadır¹⁶. ABD hukuk düzeninde her bir eyaletin ayrı bir yargı örgütü olmakla birlikte; temyiz mahkemesi kararlarına karşı başvuruları ve anayasal sorunları karara bağlayan, nadiren ilk derece mahkemesi olarak dava gören en yüksek mahkeme Supreme Court'tur (Supreme Court of The United States)¹⁷.

rından bazı parçaları/pasajları alıntılamaı çok sevdiği görülmüştür. Ancak alıntılanan bu pasajlar, Amerikan hukukçuların büyük çoğunluğunca da neredeyse anlaşılma bulmuştur. **Whitman**, James: “*Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn’s German Sources for the Uniform Commercial Code*”, The Yale Law Journal, Volume 97, 1987-1988, s. 156-159.

¹⁴ **Schmitthof**, s. 44.

¹⁵ **Robin**, Louis S.: “The Uniform Commercial Code as Federal Law: United States v. Kimbell Foods, Inc.”, Fordham Urban Law Journal, Volume: 8, Issue: 3, 1979, s. 659; *Sniadach v. Family Finance Corp* ve *Posadas v. Star & Crescent Federal Credit Union* davalarında verilen kararlarla mahkemelerin UCC’yi anayasal düzeyde görmediğine ilişkin açıklamalar için bkz. **Mentschikof**, Soia: “*Peaceful Repossession Under the Uniform Commercial Code: A Constitutional and Economic Analysis*”, William & Mary Law Review, Volume 14, Issue 4, 1973, s. 768.

¹⁶ **Gül**, İbrahim: “*ABD Hukukunun Genel Özellikleri ve Türk Hukukundan Başlıca Farkları*”, HKU Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 10, 2015, s. 11-13.

¹⁷ ABD yargı sistemini, özetle, şu şekilde açıklamaktadır: ABD hukukunun kaynaklarında olduğu gibi mahkeme örgütü de federal ve eyalet düzeyinde bulunur. Federal düzeyde

UCC, numaralandırma açısından 9 maddeden oluştuğu izlenimi doğsa da 2 A ve 4A maddesi ile birlikte 11 maddeyi bulmakta, söz konusu maddelerin sonradan gözden geçirmelerle eklendiği kolayca anlaşılmaktadır. Common Law sistemine ait kanun incelendiğinde görüleceği üzere, Kıta Avrupası hukukunun bir parçası olarak Türk kanun koyucunun takip ettiği “Kitap, Kısım, Bölüm, Ayrım” sistematığının takip edilmediği görülecektir. Bunun yerine Türkçeye madde (article) olarak çevirebileceğimiz farklı farklı parçalara ayrıldığı görülmektedir. Her bir madde de alt konular numaralandırılarak sıralanmış bulunmaktadır. Kanunun düzenlediği konuların ana başlıkları ise şunlardır: (a) Genel hükümleri düzenleyen 1. madde ile tanım-

ilk derece sıfatıyla yargılama yapan genel mahkemeler, district court olarak adlandırılır. Bunun dışında ilk derece mahkemesi olan ancak belirli konulara bakan başlıca federal mahkemeler; Vergi Mahkemesi (Tax Court), Uluslararası Ticaret Mahkemesi (International Trade Court), Federal Hükümet aleyhine alacak talebini karara bağlayan “Claims Court” adlı mahkemelerdir. Bu mahkemelerin kararlarının temyiz incelemesi; “circuit” teriminin başına getirilen numara ile anılan ve toplam 13 adet olan ve birden fazla eyaleti kapsayabilen temyiz mahkemeleri tarafından yapılır. Bu 13 temyiz mahkemesinden biri sadece federal bölgede yer alır. Federal bölgede yer alan bu temyiz mahkemesinin kararlarına karşı federal düzeyde en yüksek yargı organı olan yüksek mahkemeye (Supreme Court of The United States-U.S. Supreme Court) başvurulabilir. Genellikle federal temyiz mahkemesinin kararlarına karşı başvuruları ve anayasal sorunları karara bağlayan ABD Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court), ilk derece mahkemesi olarak nadir davaları karara bağlar. Bunun dışında eyalet mahkemelerinin federal hukuka ilişkin başvurularını karara bağlayan ABD Yüksek Mahkemesi, “certiorari” olarak adlandırılan usulle davanın taraflarının eyalet mahkemelerinin kararlarının federal hukuk nedeniyle gözden geçirilmesi amacıyla yaptıkları başvuruları kabul ederek, eyalet mahkemesi kararının gözden geçirilmesine karar verebilir. Federal mahkeme örgütünden ayrı olarak her eyaletin kendi mahkeme örgütü bulunmaktadır. Eyaletlere göre farklılıklar göstermekle birlikte bu mahkeme örgütü; “trial court” adıyla anılan ilk derece genel yargılama mahkemelerinden, “court of appeals” ya da “intermediate appeal court” adıyla anılan istinaf mahkemelerinden ve eyalet hukukuna ilişkin nihai kararı veren “supreme court” veya “state appeal court” adıyla anılan eyalet yüksek mahkemelerinden oluşmaktadır. Bunun yanında ilk derece sıfatıyla belirli konulara bakmakla yetkili aile mahkemesi (family court), trafik mahkemesi (traffic court), genellikle 1.000 USD’ye kadar olan ihtilaflara bakan küçük ihtilaf mahkemesi (small claims court) gibi eyalet mahkemeleri de bulunmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gül**, *ABD Hukukunun Genel Özellikleri*, s. 13-14; Ayrıca Amerikan hukukuna ve hukuk kaynaklarına ilişkin geniş açıklamalar için bkz. **Oğuz**, Arzu: “Karşılaştırmalı Hukuk”, Ankara 2003, s. 287-301.

lamalar, yorum kuralları, mülki uygulanabilirlik; (b) 2. madde ile satım; (c) 2 A maddesi ile kiralama; (d) 3. madde ile kıymetli evrak; (e) 4. madde ile mevduat hesabı ve tahsilat; (f) 4 A maddesi ile kaynak transferi; (g) 5. madde ile akreditif; (ğ) 6. madde ile toptan satış; (h) 7. madde ile emtia makbuzu ve konşimento gibi dokümanlar; (i) 8. madde ile menkul kıymetler ve finansal varlıklar; (j) 9. madde ile de teminat işlemleri düzenlenmiştir¹⁸.

II. UCC REASONABLE PERSON İLE TTK'DE BASİRETLİ TACİR KAVRAMI

A. Reasonable Person ve Basiretli Tacir İle İlgili Bazı Temel Kavramlar

Amerikan ticaret kanunu anlamında reasonable man'e geçmeden önce, tacir ve dürüstlük (good faith) kavramından ne anlaşıldığının ortaya koyulmasında fayda bulunmaktadır. Öyle ki bu kavramların da zaman zaman reasonable man ile birlikte ölçü normu olarak kullanıldığı, özellikle de tacir tarifisiyle birlikte bir ölçünün ortaya çıkarıldığı görülmekte, bu nedenle kısaca da olsa bu kavramlara açıklık getirilmesinde fayda bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki hakkaniyet ilkesinin de Amerikan hukukunda boşluk doldurucu etkisi bulunmaktadır.

1. Tacir (Merchant)

a. UCC'de Tacir

UCC ile Amerikan hukukunda tacir, ayrı bir sınıf olarak değerlendirilerek özel kurallara tabi kılınmıştır¹⁹. UCC için tacir kavramı ve tacire özel

¹⁸ Ancak ele aldığı meseleler yönünden ticaret hukuku uygulamasının bir parçası olmasına rağmen sigorta ve iflas gibi alanlara yer verilmemiş olması nedeniyle UCC'nin eleştirildiği de görülmektedir. **Rasmussen**, Robert K.: "The Uneasy Case Against the Uniform Commercial Code", Louisiana Law Review, Volume 62, Number 4, Summer 2002, s. 1107.

¹⁹ **Mason**, David R.: "Article 2: Sales", Montana Law Review, Volume 21, Issue 1, Fall 1959, s. 5; Ticaret hukuku (the Law of Merchant), İngiltere ve Avrupa'da denizciler ve tacirler arasındaki ilişkilere uygulanacak özel kurallar olarak gelişmiş, Common Law mahkemeleri ise bu kuralları genişleterek tacir dışındaki kişiler içinde uygulamaya

kurallar önerisi ise 1949 yılında *Professor Karl N. Llewellyn* tarafından UCC için önerilmiş²⁰, pek bir değişikliğe uğramadan da günümüze kadar gelmiştir²¹. Tacirin tanımı ise UCC § 2-104'de şu şekilde yapılmıştır: “*Tacir, mallarla uğraşan veya isinden mütevellit ticarete ilişkin mallara dair özel bilgi ve beceriye sahip olduğu yönünde kendisini tanıtan veyahut kendisine bağlı işten mütevellit olarak kendisini o konuda bilgi ve beceri sahibi olarak tanıtan veya bu niteliklere haiz acenta, broker ve diğer aracı kişileri kendisini temsilen atayan kişiye denir*”. Anlaşılması güç, belirsiz ve karışık olduğu yönünde eleştiriyeye uğrayan kanunun tanımını kısaca özetleyecek

başlamış, daha katı bir şekilde ise daha deneyimsiz insanlara nazaran ticaretle uğraşan insanların yaptığı işin pratiğine ve geleneklerine bilgi sahibi olması şeklinde, UCC'nin selefi olan Uniform Sales Act ile uygulanmış, ticari işlemler bakımından kanununun uygulanmasında tacirin hayatiyet teşkil etmesi hasebiyle her iki ölçüde UCC ile korunmuştur. **Buck**, Mark A.: “*Uniform Commercial Code: The Farmer is Not a Merchant Under the UCC -Promissory Estoppel to Avoid the Operation of the Statue of Frauds*”, Washburn Law Journal, Volume 16, 1976, s. 231.

²⁰ Bir tacir kuralı yaratmak amacıyla kavramı tasarlayan Professor Karl N. Llewellyn, ticaret hukuku ve uygulamasını açık, makul ve güvenli kılma arzunu taşımıştır. Daha basit, daha açık, daha iyi bir kural temelinde güven ortamı yaratmak, dürüstlük ilkesini korumak, hem mahkeme hem de mahkeme dışında çok daha öngörülebilir ve tatmin edici bir ticaret hukuku yaratmak temel hedefi olmuştur. Böylelikle de uygulamada açık, rasyonel ve öngörülebilirlik ile iyi iş adamının korunacağı, güvenilirliğin ve makuliyetin teşvik edileceği, ticari uygulamanın da iyileştirileceği düşünülmüştür. Ayrı bir tacir kuralının oluşturma fikrini il ortaya koyan kişi olarak Llewellyn inancı da iş adamlarının güvенеbilecekleri ve öngörülebilirliği de temin edecek kurallara ihtiyaç duyulduğu, öngörülebilir kuralların varlığıyla ticari işlemlerin daha fazla rasyonellik kazanacağı ve böylece ticaretin genişleyeceğini, bu anlamda da tacirin durumunun tacir olmayanlardan çok farklı olduğu yönündedir. **Hillinger**, Ingrid Michelsen: “The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve the Good, the True, the Beautiful in Commercial Law”, The Georgetown Law Journal, Volume 73, 1985, s. 1146-1147.

²¹ Başlangıçta tacir tanımı ve tacire özel kurallar hoş karşılanmamış, buna ilişkin olarak iki temel eleştiri getirilmiştir. Bunlardan birisi tacir ile tacir olmayan arasında ayırım yapılmasına gerek bulunmadığı yönünde olurken; diğeri ise böyle bir ihtiyaç hasıl olsa dahi tacir tanımının anlaşılmasının zor olduğu, uyumsuzluklara, belirsizliğe ve karışıklığa yol açacağı noktasında olmuştur. Ancak bu eleştirilere ve kanunun birçok defa revize edilmesine rağmen tacir tanımı ve tacire özel kurallar hayatta kalabilmiş, Llewellyn tarafından yapılan 1949 yılındaki öneriyle hala daha çok büyük benzerliği bulunmaktadır. **Hillinger**, s. 1142-1143.

olursak²²; yaptığı işte tecrübeli ve iştigal ettiği alanda da uzman olan kişiyi tacir olarak ifade edebiliriz²³. Aynı madde de tacirler arası işlemler (between merchants) ifadesine yer verilmiş²⁴, paralel şekilde de kavramı “*her iki tarafın da tacir yeteneğinden veya bilgisinden sorumlu tutulabileceği herhangi bir işlem*” olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm ise tacirler ile tacir olmayanlar arasındaki işlemler arasındaki farkı ortaya koymakta, her iki tarafın tacir olduğu hallerde işleme ticari ölçüler uygulanacakken, taraflardan birisinin veya her ikisinin tacir olmadığı hallerde ise ticari ölçülerin dışında dürüstlük gibi (*good faith*) ölçülerin uygulanacağını ortaya koymaktadır²⁵. UCC anlamında tacir, özel bir sınıf olarak geniş manaya gelecek şekilde düzenlenmiştir. Öyle ki kuyumcu, bilgisayar satıcısı, mobilyacı, marangoz, enerji şirketleri, otomotiv şirketleri ve üretici şirketler gibi çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır²⁶. Ancak kanun anlamında bir kişinin tacir olarak nitelendirilmesi için yaptığı işte tecrübeli olması veya uğraştığı işte uzmanlığa sahip olması ya da bu nitelikteki kişileri kendisini temsilen işe alması gerekmektedir²⁷, bu niteliği haiz kişiler de ticaretin dürüstçe yürütülmesi için tacire özel kurallara tabi tutulmaktadır²⁸.

²² Eleştiriler için bkz. **Newell**, Douglas K.: “The Merchant of Article 2”, Valparaiso University Law Review, Volume 7, Number 3, 1973, s. 307.

²³ **Stephens**, Corneill A.: “*Escape From The Battle Of The Forms: Keep It Simple, Stupid*”, Lewis & Clark Law Review, Volume 11, Issue 1, 2007, s. 245.

²⁴ Tacirler arası ticari işlem den kasıt, yapılan işlemin her iki tarafının da tacir olmasını ifade etmektedir. **Onofry**, Charles D.: “The Merchant’s Exception to the Uniform Commercial Code’s Statute of Frauds”, Volume 32, Issue 1, 1987, s. 142.

²⁵ **Smith**, Ralph D.: “*Commercial Law-Uniform Commercial Code- Section 2-609: Right to Adequate Assurance of Performance*”, Natural Resources Journal, Volume 7, Number 3, July 1967, s. 403; **Stephens**, s. 245.

²⁶ **Hardin**, J. Thomas: “*The Impact of the Uniform Commercial Code on Oil and Gas Lease*”, Annual of the Arkansas Natural Resources Law Institute No: 18, 1988, s. 21.

²⁷ **Huggins**, Mike: “*The U.C.C. Merchant Sections: Reasonable Commercial Standards of Fair Dealing in the Trades*”, Tulsa Law Review, Volume 14, Issue 1, 1978, s. 193-194; Kanunun tanımında iki önemli husus vardır. Birincisi açıktır ki yasa koyucu (taslağı hazırlayanlar) bir alandaki uzman kişiyle o alandaki deneyimsiz veya geçici kişileri (satıcıları) ayırmaktadır. İkincisi kanun, yaptığı işte bilgili veya yetenekli olan ya da yaptığı mal ticaret tipinde yetenekli veya bilgi olan kişilere tacir sıfatını kanun bahşetmektedir. Bu ayırım çerçevesinde kanunun bazı hükümleri için tacir sıfatını kazanılırken,

b. TTK'da Tacir

Türk Ticaret Kanununda ise tacir tanımında, UCC'den farklı olarak, ticari işletme temel alınmıştır. “Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi, kendi adına işleten kimseye tacir denir” ifadesiyle tacir, TTK m. 12/1’de tanımlanmıştır. Bu anlamda da ticari işletme²⁹, TTT’nin esasını oluşturmakta, birçok temel kavramın açıklanıp aydınlatılmasında temel bir kriter olarak kullanılmaktadır³⁰. Ticari işletmenin Ticaret Kanunu açısından bu denli önemine karşın eski TTK’da tanımı yapılmamış, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme sayılacağıyla yetinilmiş bulunmaktadır³¹. Bu eksiklik ise yeni TTK’nın 11/1 maddesinde “Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir” denilmek suretiyle giderilerek³², Ticaret Kanunu için bu denli öneme haiz

bazı hükümleri için de bu sıfat kazanılamayabilir. Bu anlamda bazı hükümlerde tacir olarak nitelendirilebilecekken, bir başka hükümde nitelenmeyecektir. **Onofry**, s. 143.

²⁸ **Huggins**, s. 193-194.

²⁹ UCC § 2-105 düzenlemesinde, ticari üniteden bahsetmekte ve madde metnine ilk bakıldığında ticari işletmeyle ilgili olduğu düşüncesi oluşsa da TTK anlamında bir ticari işletmeden söz etmek mümkün bulunmamaktadır. Bu madde anlamında ticari üniteden kasıt; tek başına ve bütünüyle ticari satım için kullanılan, bölünmesinin karakterinin bozulmasına veya pazar değerini düşmesine yol açan ünite dir. Ticari ünite, tek bir parçadan, bir takımdan, sayılabilir mallardan oluşabilecektir; Buna karşın TTK anlamında ise işletme, bir girişimci (müteşebbis) tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir şekilde bir araya getirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 22. Bası, Ankara 2016, s. 26.

³⁰ **Ülgen**, Hüseyin/**Teoman**, Ömer/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009, s. 127.

³¹ **Erdem**, H. Ercüment: “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, C: 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. I, s. 989.

³² Kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere bir ticari işletmeden söz edebilmek için esnaf faaliyetini aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedef tutma, devamlılık ve bağımsızlık unsurlarının varlığı gerekmektedir. Faaliyetin bağımsız bir şekilde sürdürülmesi Türk doktrinince ileri sürülmüş bulunmakta ve bu görüş TTK’ya yansımış bulunmaktadır. **Arkan**, s. 27-31.

kavramın tanımı yapılmıştır³³. Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın belirlenmesi ise Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnameye bırakıl-

³³ Madde gerekçesinde ise Ticari işletme kavramının Ticaret Kanunu için önemi ve bir tanım yapılması gereği şu şekilde açıklanmıştır: “Ticari işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticari işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticari işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü, ticari işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticari işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür. Söz konusu eğilimin özne sistemin vatani olan Almanya’da görülmesi ve bu anlayışın 1998 Alm.TK.nın hedeflerinden biri olması ilgi çekicidir. Onun için, Tasarıda ticari işletmenin tanımlanması kaçınılmaz olarak değerlendirilmiştir. Tasarının tümüne egemen, bir kuramın bazı niteliklerini içermeye başlayan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılmaz. Diğer taraftan, ticari işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticari işletmenin biraz da eskimiş – görünüş şekilleridir; başlıca türleri değildir. Ayrıca anılan türler, bilgi toplumunun hizmet kavramı ile bilişime hatta iletişime de yabancıdır; perakende ve toptan ticaretin eskimiş yüzünü taşımaktadırlar. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticari işletmenin bu üç birime özgülendiği zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan “müesseseler”in, ticari işletmenin tanım unsurlarını taşımasalar bile kanunen ticari işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki “ticari şekilde işletilen diğer müesseseler” ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka “diğer müesseseler” ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın “müessese” olduğu izlenimini vermektedir. Oysa, her iki birim “müessese” değil “ticari işletme”dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticari işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında ticarethane, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, “ticarethane” sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir söyleyişle, günümüzde “ticaret” sözcüğü “mal alışverişi” anlamını çok gerilerde bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik

mıştır (TTK m.11/2). Ticari işletmede mal varlığı ve insan unsuru bir arada bulunmakta, insan unsuru ise taciri ifade etmektedir³⁴. Kanunun ifadesinden anlaşıldığı üzere tacirden söz edebilmek için bir ticari işletmenin varlığı, ticari işletmenin kendi adına işletilmesi zorunlu ve yeterli unsurlardır³⁵.

Bununla birlikte TTK sistemi için de tacir kavramının büyük önemi bulunmakta, örneğin, ticari iş karinesinde tacirin yaptığı işler esas alınmış (TTK m19), TTK'nın bazı hükümlerinin uygulanabilmesi için de ilgili kişi veya kişilerin tacir olması şartı aranmış bulunmaktadır³⁶.

2. Dürüstlük ve İyi niyet (Good Faith)

a. UCC'de Dürüstlük ve İyiniyet Kavramı (Good Faith)

Hukuki işlemlerde, bilgilendirmelerde ve gösterilen çabada dürüst, objektif ve aldatma kastı olmaksızın hareket etme konusunda gerekli özenin gösterilmesi olarak ifade edilen good faith kavramı; ticari sözleşmeler için ise bono fides (iyi niyet) anlamında kullanılmaktadır³⁷. UCC § 1-201 metninde ise “Aksi 5. madde de (Article 5) öngörülmediği hallerde, gerçek dürüstlüğü ve dürüstçe iş yapmak için de makul (*reasonable*) ticari standartlara uymayı ifade eder” anlamında tarif edilmiştir. Hükümde ifade edilen makul ticari standart kıstası (*reasonable commercial standards*), UCC'nin

kazanmıştır. Nitekim “e-ticaret” kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat ticarethane mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan, iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu. Fabrika ise ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir. Ticarî işletme TSTüz 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticarî işletme “işletme”nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir “işletme” olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticarî işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının “işletme”sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun “teşebbüs”ünden ayrılmıştır”.

³⁴ Arkan, s. 32.

³⁵ Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 210.

³⁶ Arkan, s. 117.

³⁷ Black's Law Dictionary, 8th Edition

bütününde neyin iyi niyet ve dürüstlük (good faith) olacağını da belirleyeceği görülmektedir. Hatırlatalım ki Amerikan hukukunda geniş uygulama alanı bulan dürüstlük ilkesi (good faith) UCC anlamında, section 2-403(1) örneğinde olduğu gibi satımda akli haleti (state of mind) ifade etmek için kullanırlarken; section 2-305(2), 2-311(1) ve 2-306(1) hükümlerinde olduğu gibi ifa veya icranın tarifi için dürüstlük (good faith) kuralına yer verildiği görülmekte, bu hallerde ise dürüstlük kuralının yorumunda makuliyet (reasonableness) ölçüsünün uygulanması gerekmektedir.

Eklemek gerekir ki UCC § 1-103 metninde; (a) Kanunun liberal bir şekilde yorumlanması gerektiği ve (1) ticari ilişkilerin modernizasyonu, basitlik ve açıklığın temin edilmesi, (2) ticari teamül, uygulama ve sözleşmeler yoluyla ticaretin kapsamının genişlemesine izin verilmesi, (3) yeknesak bir hukuk yaratma gibi hedefleri destekler şekilde kanunun uygulanması gereği düzenlemiştir. Yine aynı madde (b) UCC’de hüküm olmaması hallerinde ise hakkaniyet ve hukukun genel ilkelerinin diğer hususlarla birlikte uygulanacağı hususu düzenlemiştir³⁸. Bu amaç ve politikalar ise UCC için varsayımsal ve ölçü normu olarak kullanılan kişiyi anahtar haline getirmiştir.

b. Türk Hukukunda Dürüstlük Kuralı

Amerikan UCC’de olduğu gibi bütün hukuk sistemlerinde kabul edilen, Roma hukukunda *Bono Fides* olarak ifade edilen ve en eski hukuk ilkelerden bir tanesi olan dürüst kuralına Türk Medeni kanununun 2. maddesinde düzenlenmiştir³⁹. Dürüstlük kuralı, diğer insanlarla ilişkilerde bir kimsenin dürüst, namuslu ve onların güvenini sarsmayacak şekilde davranmasını emretmesi hasebiyle objektif bir davranış kuralı niteliği taşıyan temel bir koruma normu olarak kabul edilen ve herkesin uyması gereken bir davranış kuralı olarak

³⁸ Böylece hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet, UCC hükümlerini tamamlayıcı ve boşluk doldurucu bir fonksiyon üstlenmiş, kanun hükümlerinin sessiz kaldığı veya makuliyet (reasonable) gibi kavramların yorumlanıp içeriğinin belirlenmesi gereken hallerde de hakkaniyet ilkesi hakim in başvuracağı ilke olmuştur. **Joachim**, Willi: “The ‘Reasonable Man’ in United States and German Commercial Law”, *Comparative Law Yearbook of International Business*, Volume 15, 1992, s. 346.

³⁹ Ancak kanunda tanımı yapılmamıştır. **Kayhan**, Şaban/Ünlütepe, Mustafa: *Medeni Hukuk Bilgisi*, Ankara 2016, s. 149.

karşımıza çıkmaktadır⁴⁰. Bu anlamda da tarafların hukuki ilişkilerde makul, namuslu, dürüst, uyandırılan güvene uygun şekilde davranıp davranmadığı orta zekalı insan tipi model alınarak belirlenmektedir⁴¹. Bir başka deyişle, dürüstlük kuralı, herkesin uyması gereken ve herkesin de bir başkasından uymasını bekleyeceği bir davranış modeli çizmekte; bir olayda dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zeka düzeyine sahip bir insan nasıl davranması gerekiyorsa, somut olaydaki haklarını kullanan veya borçlarını ifa eden kişinin de aynı şekilde hareket etmesini gerektirmektedir⁴².

Hemen belirtelim ki dürüstlük kuralı, özel hukukun tüm alanlarında uyulması gereken emredici, genel ve temel özelliğe sahip, yargılama esnasında da hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir ilkedir⁴³. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesinde de; "(1) *Türk Ticaret Kanunu*, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı *Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir. (2) Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*" denilmek suretiyle Türk medeni Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu arasındaki ilişki net olarak ortaya konulmuş, böylelikle dürüstlük kuralının Türk Ticaret Kanunu hükümleri için de uygulanacak en temel ilkelerden biri olduğu vurgulanmış bulunmaktadır.

B. Reasonable Person İle Basiretli Tacirin Karşılaştırılması

1. UCC'deki Reasonable Person İle TTK'daki Basiretli Tacirin İlgisi

Comman Law hukuk sistemi, takriben bin yıl önce ortaya çıkmış ve koloniyal dönemle birlikte ise Hindistan, Yeni Zellanda, Avustralya, Kanada

⁴⁰ **Kayıhan, Şaban/Ünlütepe, Mustafa:** Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara 2016, s. 361.

⁴¹ **Kayıhan/Ünlütepe:** Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, s. 362.

⁴² **Kayıhan/Ünlütepe,** Medeni Hukuk Bilgisi, s. 151.

⁴³ **Kayıhan/Ünlütepe,** Medeni Hukuk Bilgisi, s. 152.

ve Amerika gibi ülkelere yayılmış bulunmaktadır⁴⁴. Comman law sisteminin kamu hukuku kaynaklı değil de özel hukuk temelli olması, ilkelerinin de geniş bir kabulde uygulanıp benimsenmesi akabinde hukuki bir statüye kavuşmamasına yol açmakta ve “*reasonable man*” veya cinsiyetçi çağrışıma yol açmaması açısından “*reasonable person*” olarak kullanılan bu kavram da uzun bir süreç içinde doğup hukuki statüye kavuşmuş bulunmaktadır⁴⁵. Öyle ki kavram kaynağını Roma hukukunda özen yükümlülüğünün ölçütü soyut kişi olan ve iyi bir aile babası anlamına gelen “*bonus pater familias*” veya “*diligens peterfamilias*” tabirinde bulmaktadır⁴⁶. İngiliz hukukuna ise kavram ilk olarak “*the man of ordinary prudence*” olarak 1837 yılında *Vaughan v Menlove* davasıyla girmiş bulunmakta, yaklaşık yirmi yıl sonra “*Blyth v Birmingham Waterworks*” davasında ise “*Prudent and Reasonable Man*” veya daha basit ifadeyle “*Reasonable Man*” halini almış bulunmaktadır⁴⁷.

Türk Ticaret kanununda ifade edilen “*Basiretli Tacir*” kavramının İngilizceye bire bir çevirisi ise “*prudent merchant*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşın *reasonable person* kavramının bire bir Türkçe çevirisi ise *makul kişi* olarak çıkmaktadır. Ancak belirli bir sürecin sonunda “*reasonable man*” veya “*reasonable person*” olarak son halini aldığı, başlangıçta ise - gerek Roma hukukunda gerekse İngiliz hukukunda- basireti ifade eden “*prudent*” sıfatının kullanıldığı unutulmamalıdır⁴⁸. Bunun yanında UCC

⁴⁴ **Ball**, Ray: “*Corporate Governance and Financial Reporting at Daimler-Benz (DaimlerChrysler) AG: From a “Stakeholder” toward a “Shareholder Value” Model*”, *The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Research Trends, Policy, and Practice* (Eds; Christian LEUZ, Dieter PFAFF, and Anthony HOPWOOD), Oxford 2004, s. 113.

⁴⁵ **Ball**, s. 114.

⁴⁶ **Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1977, s. 171.

⁴⁷ **Parker**, Wender: “*Reasonable Person: gendered concept*”, *Wake Forest Law Review*, Volume 46, 2011, s. 209.

⁴⁸ Roma hukuku aile babasını nitelendirmek için (Pater Familias) sıklıkla bonus ve diligens kullanılsa da bunun yanında prudens ve ideneous kavramı da kullanılmaktadır. Bonus, onurlu bir adamdan (*bonus pater familias*) beklenen davranışı nitelendirmek için kullanılmakta, kavramın popüler ifadesi ise şu şekilde ortaya koyulmaktadır: “*Pater familias indeneus’un yapması gerektiği mahcuru yönetmede başarısız olan vasinin (tutor) hiçbir savunma hakkı yoktur*”. *Diligentissimus pater familias* ise bir şeyi kullanmak için alan

anlamında makul kişi (reasonable person), yine UCC ile tanımlanan tacir ile birlikte değerlendirmesi gerekeceği dikkate alındığında reasonable person kavramı, esasında TTK'nın basiretli tacir kavramıyla örtüştürülebilecektir. Bunun yanında UCC anlamında tarif edilen tacir kavramı da reasonable person ölçüsünü içeriklendirmekte; uygulanmasında da tecrübeli, tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen bir davranış modeli aranmaktadır. Amerikan Ticaret hukukunda rasonable person kavramının içeriğinin kazandığı sürecin takibinin kolaylaşması, kavramın da bire bir Türkçe çevirisinin “makul kişi” olması ve her iki kanunun varsayımsal kişilerin karıştırılmaması için biz makul kişi kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Hemen belirtelim ki TDK sözlüğünde de makul kişi “*akla uygun, akıllıca, akıllıca iş gören*” kişi olarak tarif edilmekte ve biz de kavramı bu anlamda kullanmaktayız.

2. Reasonable Person ve Basiretli Tacir İle ilgili Bazı Kanuni Düzenlemeler

UCC çeşitli hükümlerinde makul olma (reasonable), makul kişi (reasonable man/person) ve makuliyet (reasonableness) ifadelerini kullanmaktadır. Bu ifadelerle bazen eylem odaklı, bazen de kişi odaklı olarak aynı ölçü ifade edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin, bildirim yapılmasında makuliyet Section 1-201(26) ve önemli bilgilerin belirlenen titizlikle (due diligence) bildirilmesini düzenleyen Section 1-201(27)⁴⁹; aksi kararlaştırıl-

kişinin onun geriverme sorumluluğunu ifade etmektedir. Bir kölenin yeni sahibi tarafından satın alınmadan önce bacağı kırılması halinde, şayet satıcı bir *diligens pater familias*'ın vermeyeceği şekilde köleden tehlikeli bir işi yapmasını istemesi halinde sorumlu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ogunbitan**, Festus: “Epic of Being George Washington: annd Declaration of America’s Independence Over High Taxes, Usurpations of Power, and No Economic Growth”, Bloomington 2012, s. 194; *Bonus (diligens) pater familias* kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. **Zimmermann**, Reinhard: “The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition Reprint Edition”, Oxford 1996, s. 192; **Francese**, Christopher: “Ancient Rome in So Many Words”, New York 2007, s. 28-29.

⁴⁹ Burada çeşitli makuliyet (reasonableness) formları dışında, “*ordinary course*”, “*due diligence*”, ve “*significant information*” gibi geniş kavramlarla da bu hükmün uygulanmasında önemli ölçüde takdir hakkı verildiği görülmekte, burada kullanılan “makul haller (reasonable under the circumstances)” ifadesiyle ise makuliyet (reasonableness)

mayan her türlü zamanı, makul bir zaman (reasonable time) olarak tanımayan section 1-204(1)⁵⁰ bunlardan sadece bir kaçıdır⁵¹. UCC'nin bir çok hükmünde makul kişi kavramı kullanılmakta ancak her bir hükmünde makul kişiyi aramak ve o hüküm anlamında da tam olarak neyi ifade ettiğini ortaya çıkarmak bu çalışma için imkansız bir uğraş olarak kalmaktadır.

Tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından biri olarak⁵², basiretli tacir⁵³, TTK m.18/2'de "*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*" şeklinde düzenlemiştir. Yine Türk Ticaret Kanununun farklı maddelerinde basiretli iş adamı, basiretli tacir ve basiretsizlik kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, acentanın haber verme yükümlülüğü düzenleyen TTK m.110/2 maddesinde "*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*" ifadesiyle basiretli taciri kullanırken; tasfiye memurlarının alacağı koruma önlemlerinde ölçüyü belirleyen TTK m.286/1 maddesinde "*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*" ifadesiyle basiretli iş

ile ilgili durum (the relevant fact situation) arasındaki yakın ilişkinin varlığının vurgulandığı anlaşılmaktadır. **Joachim**, s. 346-347.

⁵⁰ Tacirler için zaman unsurunun sözleşmenin en önemli unsuru olabildiği göz önüne alındığında, UCC'nin satışla ilgili maddesinde makul zaman ifadesinin sıklıkla yer aldığı gözlenmektedir. **Joachim**, s. 347.

⁵¹ UCC'de bu kavrama birçok hükmünde yer verdiği görülmektedir.

⁵² İflasa tabi olma, ticaret siciline kaydolma, odalara kaydolma, ticaret ünvanı seçme ve kullanma, ticari iş karinesine tabi olma, ticari örf ve adet tabi olma, ticari defter tutma, ücret ve faiz isteme, ücret ve cezanın indirilmesini isteyememe, fatura verme, fatura ve teyit mektubuna 8 gün içinde itiraz etme, ihbar ve ihtarları belli şekilde yapma, hapis hakkını kullanmada kolaylıktan yararlanma, satış ve mal değişimlerinde özel hükümlere tabi olma ve TTK 1530'de ki düzenlemeler tacir olmaya bağlanan sonuçlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan**, s. 135-169.

⁵³ Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise basiret; gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sezis, uyanıklık, anlayış, kavrayış, sağgörü, önsezi, vizyon olarak tanımlanmıştır.

adamı kavramını kullanmakta; şirket sözleşmesiyle atamayı düzenleyen TTK m.219/1 maddesinde “*Yönetim işleri şirket sözleşmesiyle bir ortağa verilmiş ise, onun yönetim hak ve görevi diğer ortaklar tarafından sınırlandırılmayacağı gibi kendisi görevden de alınmaz. Ancak, haklı sebeplerin varlığında, ortaklardan birinin istemi üzerine, mahkeme kararı ile yönetim hak ve görevi sınırlandırılabilir veya geri alınabilir. Görevin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmâl veya yönetimde iktidarsızlık gibi hâller, haklı sebep sayılır*” demek suretiyle basiretsizlik ifadesini kullanmış ve basiretsizlik, şirket sözleşmesiyle kendisine yönetim işleri verilen ortağın, yönetim yetkilerinin sınırlandırılmasında veya geri alınmasında haklı bir neden olarak öngörülen unsurlardan olmuştur. Ayrıca BK m.471/1 ve BK m.506/3 hükümlerinde de basiret kavramı kullanılmış bulunmakta, BK m.5 uyarınca borçlar kanunun genel hüküm olarak uygulanacağı ilke olarak belirlenmiş bulunmaktadır⁵⁴.

⁵⁴ Ayrıca Borçlar kanununda kusursuz sorumluluk hallerinde de yer verilmiş bulunmakta, bu sorumluluk hallerinde ise orta zekalı insan tipinden ayrıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, örneğin, adam çalıştırmanın sorumluluğu BK m.66’da şu şekilde düzenlenmiştir: “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir*”. Eski düzenlemede “*hal ve maslahatın icab ettiği bütün dikkate ve itina (eBK m.55)*” ibaresine yer verilirken, yeni düzenlemede ise “*zararın doğması engellemek için gerekli özen*” ibaresine yer vermiştir. Burada eski düzenlemeden farklı olarak “*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*” hükmüne de yer verilmiştir. Organizasyon sorumluluğu olarak da kabul edilen bu hüküm mucibince işletenin sorumluluktan kurtulması için alışıla gelen özenin gösterilmesi yeterli olmamakta, işin önemi, kapsamı, niteliği, işletmenin büyüklüğü, yapısı ve işletme faaliyetinin tehlike ve zarar yaratma potansiyeli objektif özenin ölçüsünü belirlemede rol oynamakta; bu nedenle de mevzuatın öngördüğü tedbirlerle yetinmek mümkün olmamakta, somut olayda teknik ilerlemenin sağladığı alışıl gelmiş dışındaki tedbirlerin de alınması ve faaliyet sürecinde de teknik gelişmelerin de işletmeye yansıtılması gerekmekte, aksi halde sorumlu-

3. UCC'de Reasonable Man İle TTK'da Basiretli İş Adamı Ölçüsünün Uygulanması

a. UCC ve Reasonable Man Ölçüsünün Uygulanması

aa. Genel Olarak

UCC, rasyonel merkezli (rationale-oriented) yaklaşımı benimsemektedir. Bu yaklaşım ise UCC'de, özellikle makul kişi (reasonable person) kavramıyla ifade edilmektedir⁵⁵. Kişilerin dürüst, ölçülü, bilgili, akıllı, sağduyulu ve hoşgörülü olma zorunluluğunu ortaya koyan makul olma (reasonable) kavramının şahsileştirilmesi niteliğindeki makul kişi (reasonable man) kavramı, bir değerlendirme ölçüsü olarak UCC'de anahtar önemdedir⁵⁶. Öyle ki UCC'nin yorumunda bu ölçü esas alınmakta, bu ölçüyle kanun uygulanmakta ve somut uyuşmazlıklarda da tarafların sorumlulukları bu ölçüyle belirlenmektedir. Yine CIGS'in temel kavramlarından da olan "makuliyet (reasonableness)⁵⁷" veya "makul kişi (reasonable person)"⁵⁸ standardı, CIGS'te de yorumda rehber ilke olarak kullanılmakta (CIGS m.8) ve bu ilkelerin kabulünde de UCC ilham kaynağı olmuş bulunmaktadır.

UCC, hüküm ve şartların açıkça belirlendiği hallerde, reasonable person da yükümlülüklerini bu çerçevede ifa edeceğinin bilincinde olunması gerektiği; hakim de söz konusu hüküm ve şartlar mucibince reasonable person (makul kişi) testini uygulayacağı hususunu Section 1-201(10) ile

luktan kurtulunamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünlütepe**, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), İstanbul 2016, s. 431-438.

⁵⁵ **Joachim**, s. 346.

⁵⁶ **Joachim**, s. 346.

⁵⁷ Makul olmak (*reasonable*), akılcıl davranmayı ifade etmekte, bir davranış da adil ve hakkaniyetli olması halinde makul olarak değerlendirilmektedir. Kişilerin dürüst, ölçülü, akıllı, duyarlı ve hoşgörülü olması zorunluluğunu ortaya koyması hasebiyle kavram bir değerlendirme ölçüsü olarak kullanılmaktadır. **Joachim**, s. 343.

⁵⁸ Makul kişi (Reasonable man) ise makuliyetin (reasonable) şahsileştirilmesini ifade etmekte, kavram da toplumun kendisinden beklediği düzeyde dikkate, akla, bilgiye ve sağduyuya sahip kişi olarak kendisinin ve başkalarının haklarını gözetebilecek varsayımsal kişiyi ifade etmektedir. **Joachim**, s. 343.

hüküm altına almıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanunca taraflara reasonable person kavramının hüküm ve şartlarını belirleme imkanı verilmiş bulunmaktadır. Bu anlamda ise UCC, çerçeve hükümlerle yetinmek suretiyle taraflara geniş bir özerklik tanımakta, bizatihi ifa standardı bizatihi taraflarca belirlenebilmektedir. Böylelikle UCC, toplumdaki gelişmelere ve ticaretteki değişimlere karşı kendi varsayımsal kişinin hızla uyumunu section 1-102(3) hükmüyle temin etmeye çalışmaktadır.

bb. Amerikan Yargı Kararları

Reasonable man ile Amerikan yargı kararlarından örnek olarak, sıklıkla verilen ve çalışmamızla da örtüşen kararlar seçilmeye çalışılmıştır.

*Auto Owners Insurance Company vs. Wayne Jensen and Charles A. Butz Jr davasında*⁵⁹, Sornsin İnşaat şirketi, North Dakota eyaletiyle karayolu köprüünün boyanması ve tamir edilmesiyle ilgili sözleşme imzalamıştır. Ayrıca inşaat şirketi, işe başlamadan önce, Auto Owners sigorta şirketiyle de kapsamlı bir ticari mesuliyet sigortası imzalamıştır. Şirket köprüünün boyanmasında North Dakota eyaletinin öngördüğü şekilde yavaş kuruyan ham spray kullanmış, bu ise köprüde park etmiş araçlar üstünde çeşitli zararlara yol açmış ve şirkete karşı da zarar görenler dava açmaya başlamıştır. Dava yerel mahkemede inşaat şirketi lehine bitmiştir. Sigorta şirketi ise poliçede sigortalının kastıyla oluşan veya öngörebileceği nitelikteki zararların teminat kapsamı dışında bırakıldığı, mevcut zararın da sigortalının öngörebileceği zararlardan oluştuğunu ve zararın önlenmesi için yeterli çabanın gösterilmediği gerekçesiyle kararı temyiz etmiştir. Mahkeme zararın öngörülebilir olup olmadığını belirlemek için reasonable man ölçüsünü, somut olayda reasonable man olmuş olsaydı zararı öngörüp öngöremeyeceği sorusuna cevap arayarak belirlemeye çalışmıştır. Mahkeme bunu yaparken sigortalı açısından alınacak makul (reasonable) önlemleri tartışmış ve basiretli bir kişinin (prudent person) izleyeceği yolla aynı zararın oluşmasını öngörülebilmesinin makul olup olmadığını (reasonably foreseeable) belirlemeye çalışmıştır. Mahkeme mevcut ticari davada bu ölçüyü, basiretli kişi (Prudent person) ve makul kişi (reasonable man) formuyla uygulamış, sözleşmenin

⁵⁹ Karar metni için bkz. <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/667/667.F2d.714.81-1265.html> (20.02.2017)

yorumunda ve zararın hesabında da bu kişiyi esas alınmıştır. Ve sonuç olarak da tazminat miktarının düşürülmesine karar vermiştir.

*Lucy vs. Zehmer davasında ise*⁶⁰, bir çiftliğin satımına yönelik bir akşam yemeğinde kullanılan ifadelerin şaka olduğu olduğu yönündeki savunmaya karşın Virginia Yüksek mahkemesi; tarafların saiklerinin sözleşmenin kurulması için bir ön şart olmadığı, ifadenin dışa yansımaya bakılması gerektiği ve şayet bir tarafın bir diğer tarafa yönelik bir sözü veya bir ifadesi var ise karşı tarafın yapılan icabın sahiciliğine inanmasının makuliyet (reasonable meaning) teşkil olduğu hallerde, sözleşmenin kurulmuş olacağı ve bu noktada gerçek niyetin (saikin) bir önem taşımayacağına karar vermiştir.

Amerikan mahkeme kararlarında da *reasonable man* ölçüsü; makul değer (reasonable value), makul zaman (reasonable time), makul iş (reasonable business), makul davranış (reasonable manner), makul çaba (reasonable effort), takdirde makuliyet (reasonable discretion), makul özen (reasonable diligence), makul iş adamı (reasonable businessman), vesikaların yorumunda makuliyet (reasonable interpretation of the document) ve makul zaman (reasonable time) gibi kavramlarla da somut olaya uygulandığı görülmektedir⁶¹. Ayrıca Amerikan mahkemeleri, *reasonable man* ölçüsünün uygulamasında, somut uyumsuzlukta ilgili kişinin bu ölçüyü karşılayıp karşılamadığını ve bu ölçünün altına düşüp düşmediğini tespit etmeye çalışmakta, “somut olayda makul/basiretli kişi olmuş olsaydı ne yapardı?” sorusuna cevap aramakta, sorumluluğu da buna göre belirlemektedir. Bunu yaparken de ilgili kişinin karakterini veya yeterliliğini dikkate almamaktadır.

b. TTK ve Basiretli İş Adamı Ölçüsünün Uygulanması

aa. Genel Olarak

TTK ile ilgili hükümler düzenlenirken de basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden hareket edildiğinden, hem TTK kurallarının yorumunda hem de somut uyumsuzlukta basiretli iş adamı gibi hareket etme

⁶⁰ Karar için bkz. http://www.law.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/accepted_students/Case_from_Academic_Success.pdf (20.02.2017).

⁶¹ **Joachim**, s. 350.

ölçüsünün uygulanması gerekmektedir⁶². Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, objektif bir özen ölçüsü getirmekte, tacirin işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekliliğini vurgulamaktadır⁶³. Bu bağlamda basiretli tacir ölçüsü, tacirin ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve borçlarını ifa ederken dikkate alınan, bazı kuralların tacire uygulanmamasında veya katı bir şekilde uygulanmasında esas alınan bir ölçüdür⁶⁴. Nitekim tacirler arası işlerde ücret ve cezai şarttan indirim talep edememe (TTK m.22), birleşik faiz yürütülebilme (TTK m.8), kefalette teselsül karinesi (TTK m.8), bir ispat şartı olarak ihbar veya ihtarların kanunda belirlenen şekillerde yapılma zorunluluğu (TTK m.18), ayıba ihbar süresinin 2 ve 8 günle sınırlanması (TTK m.23) gibi hükümlerin hareket noktasında bu ölçü bulunmaktadır.

bb. Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, basiretli iş adamı ölçüsünü şu şekilde açıklamıştır; “...Her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli öngörülü bir tacirden beklenen özenin gösterilmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir”⁶⁵. Bir başka kararında ise

⁶² Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s. 196.

⁶³ Arkan, s. 142; Basiretli iş adamı gibi davranma, objektif bir özen ölçüsünü ifade etmekte, bu anlamda da tecrübeli ve tedbirli olma zorunluluğu olan bir tacirin hiffet veya tecrübesizliği temelinde gabin hükümlerine dayanarak sözleşmeyi feshetme olanağı bulunmamaktadır. Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 235.

⁶⁴ Şener, s. 198.

⁶⁵ Genel kurul; “Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk Parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tara-

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aynı şekilde basiretli tacir kavramını açıkladıktan sonra, somut uyuşmazlık örneğinde basiretli tacirin nasıl hareket etmesi gerektiğini şu şekilde göstermiştir; “*Davalının basiretli bir tacir sıfatı ile o tarihte temerrüt faiz oranlarını bilip basit bir hesap yöntemi ile hesap etmesi gerekir. Somut olayda basiretli bir tacirin yapması gereken şu olmalıydı. Merkez Bankası bültenlerine göre temerrüt faizi istenen dönemde ticari işte avans faiz oranı % 80 dir. Özel Dairenin kabulü gibi asıl alacak likit olduğuna göre % 80 faizi 20.970.697.805 TL. olduğunu hesap ederek İİK.nun 62/fıkra 3 uyarınca 04.720.644.595 TL. kısmına itiraz ediyorum diyerek kısmi itirazda bulunması gerekirdi. Böyle yapmadığına ve temerrüt faizi basit bir hesap yöntemi ile belirlenebileceğine göre itirazında haksız çıkmıştır. Yerel mahkemece icra inkâr tazminatına mahkum edilmesini” doğru bulmuştur⁶⁶.*

Yargıtay hukuk dairesi, basiretli tacir ilkesini sözleşmenin imzası, ifası ve feshi aşamalarının hepsinde gözetilmesi gereken bir ilke olduğunu açıkladıktan sonra, basiretli tacir ilkesini dürüstlük kuralı ile birlikte değerlendirmiş, sırf başkalarını zarara sokacak şekilde bir kullanım olmaması hasebiyle de sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesi lehinde karar vermiştir⁶⁷.

ından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan “öngörülemezlik” şartının da oluşmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda, şartları oluşmayan davanın reddine karar vermek gerekirken, davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan bahisle” kararı bozmuştur. Karar için bkz. Yrg. HGK, 2003/13-332 E., 2003/340 K. ve 7.5.2003 T.

⁶⁶ Yrg. HGK, E. 2003/15-404, K. 2003/381, T. 4.6.2003.

⁶⁷ Karar içeriği şu şekildedir: “*Dava, taşıma sözleşmesinin feshi sebebiyle yoksun kalan kazanç kaybının tazmini istemine ilişkindir. Sözleşmenin tarafları tacirdir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2. maddesine göre her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bu ilke sözleşmenin imzası, ifası ve feshi 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*

Yine, taşınmazın tapuda temlikinden önce aplikasyon işlemini ve gerekli kontrolleri yapmamak suretiyle basiretli tacir yükümünü ihlal eden tacirin bunun sonuçlarına katlanması gerektiğini ve burada irade fesadından söz edemeyeceğini⁶⁸; basiretli tacir ilkesinin çalışan elemanlarının seçiminde daha dikkatli davranmayı ve elemanları da daha iyi denetlemeyi kapsadığını⁶⁹; uzun süreli kira sözleşmesi yapıp, bu sözleşmeye dayanarak çalışır vaziyette olmayan dava dışı şirkete ait fabrikayı faal hale getirmek için bir çok masraf yapan ve tacir olan davacı şirketin, şirket adına sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkili olup olmadığını araştırması ve TTK.nun 20/2. maddesi anlamında basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği yönünde bir çok kararı bulunmaktadır⁷⁰.

cc. Basiretli İş Adamı Ölçütünün Belirlenmesinin TTK İle Taraflara Bırakılması Önerisi

Amerika çapında uygulanacak bir ticaret kanunu yaratma fikrinin temelinde, iş adamlarına güven ve öngörülebilirlik temin edecek kurallara, hukuki atmosfere duyulan ihtiyaç olmuştur. Güven ve öngörülebilirlik temin eden kuralların varlığının, ticari işlemlerin daha fazla rasyonelleştireceği ve bu yolla da ticaretin genişleyeceğine inanılmıştır. Bu inançla da daha basit, daha açık, daha iyi bir kural temelinde güven ortamı yaratmak, dürüstlük ilkesini korumak, hem mahkemede hem de mahkeme dışında çok daha öngörülebilir ve tatmin edici bir ticaret hukuku yaratmak, kanunla ulaşılmak istenen hedef olmuştur. Bu hedeflerle de Amerikan Ticaret Kanunu olan UCC yaratılmıştır. UCC'nin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar ki süreçte, Amerikan ticari hayatında yaşanan gelişmeler ve iş adamlarıyla birlikte Amerika'nın dünya ticaretindeki şekillendirici baskın etkisi birlikte değerlendirildiğinde, kanunla istenilen gayeye ulaşıldığı veya kanunun, Amerika ticaretinde bugün geldiği seviyeye taşıyan etkili itici güçlerden biri olduğu görülmüştür. Kanunla ulaşılmak istenen hedefler, varsayımsal insan

*açından değerlendirildiğinde sözleşme maddesinin davalıya keyfi olarak nitelendirilebilecek mutlak bir hak bahşetmediğinin kabulü gerekir*⁷¹. Karar için bkz. Yrg., 11. HD, E. 2014/16555, K. 2015/1207, T. 4.2.2015.

⁶⁸ Yrg., 1. HD, E. 2012/16910, K. 2013/4481, T. 28.3.2013.

⁶⁹ Yrg., 11. HD, E. 2005/13454, K. 2007/275, T. 15.1.2007.

⁷⁰ Yrg., 11. HD, E. 2006/3818, K. 2006/4914, T. 1.5.2006.

tipini de etkileyip belirlemiştir. Gerçekten de UCC ile toplumsal gelişmelere ve ticaretteki değişime hızlı intibak etmesini temin için tarafların anlaşmak suretiyle basiretli iş adamı ölçüsünü ve dolayısıyla ifa standardını belirleme imkanı Amerikalı tacirlere verilmiş bulunmakta, bu husus ise section 1-102(3) ile hüküm altına almış bulunmaktadır. Ayrıca kanun sadece varsayımsal insan tipini değil, aynı zamanda bir bütün olarak kendisinin de gelişime ve değişime hızla intibakını temin etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Nitekim UCC § 1-103 metninde; “(a) Kanunun liberal bir şekilde yorumlanması gerektiği ve (1) basitlik, açıklık ve ticari ilişkileri modernize etme, (2) ticari teamül, uygulama ve tarafların sözleşmeleri yoluyla ticaretin kapsamının genişlemesine müsaade etme, (3) farklı hukuk sistemleri arasında yeknesak bir hukuk yaratma gibi hedeflenen politikaları ve amaçları destekler şekilde uygulanması gerektiği” yönündeki düzenleme ile bu gaye güdülmektedir.

Bu anlamda UCC’de göze çarpan unsur, taraflara geniş bir otonomi sağlamasıdır. Kural olarak, Türk hukukunda sözleşme serbestisinin anayasal güvence altında olması ve bu özgürlüğe müdahalenin de ancak hakkın özünü dokunmaksızın kanun yoluyla yapılabilmesi hasebiyle, Amerikan hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da tarafların sözleşmeyle basiretli iş adamı ölçüsünün belirlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ancak Türk yargı pratiğinde, sözleşme, tarafların anayasası olmasına ve ticaret hukuku bakımından da sözleşme özgürlüğünün daha katı bir şekilde tanınması gerekmesine karşın, hemen hemen her olayda yargıçların ticari sözleşmelere müdahale ettiği görülmektedir. Öyle ki tacirler arası işlerde ücretten ve cezai şarttan indirim istenemeyeceği açıkca hüküm altına alınmasına rağmen cezai şarttan indirime gidildiği⁷¹; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifade

⁷¹ Yargıtay bir olayda; “Cezai şartın makul düzeyde belirlenmesi de hakimin görevidir. ...tacir olan taraflar arasında da cezai şart, tarafların ekonomik mahvına sebebiyet veriyorsa, ahlak ve adaba aykırı olduğu için o cezai şart da geçersiz sayılabilir. Buna göre de hakimin tarafların defterlerini, mali durumunu inceleyip sonuca gitmeli (Yrg. 13. HD, 2003/587 E. 2003/1034 K.)” demek suretiyle cezai şarttan indirime gidilmesini istemiştir. Oysa ki bir özen ölçüsü olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tam da bu durumlar için geçerli olmakta, tacirin işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi, en başından itibaren cezai şartın sonuçlarını öngörerek işe girişmesi veya hiç girişmemesi gerek-

edilmemesi hallerine ilişkin olarak ifa yerine geçen cezai şartın kararlaştırıldığı ve üstelik üstlenici tarafın da tacir olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde cezai şartı uygulamak yerine dönmeyi uygulamayı tercih ettiği görülmektedir⁷². Sözleşme özgürlüğünü sınırlama yetkisi anayasamızca sadece yasamaya verilmesine ve bu yetkinin de hakkın özüne dokunmaksızın kullanılmasının düzenlenmesine karşın, söz konusu yetkinin yargı tarafından sıklıkla kullanıldığı, böylelikle yasama fonksiyonunun gaspı anlamına gelecek nitelikteki bir uygulamayı içselleştirdiği anlaşılmaktadır. Açıktır ki bu tutum, hukuktan veya bir hukuk devletinden bahsedebilmek için varlığına ihtiyaç duyulan hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik hakkı gibi en temel ilk-

mektir. Kaldı ki, örneğin, çok uluslu bir şirketin bilgi işlemle veya yazılımla ilgili meselelerinin çözümüyle ilgili yapılacak sözleşmelerde, bilişim firması her şekilde daha küçük olacak ve oluşacak zarar da çok uluslu veya büyük ölçekli firmalar için yüksek miktarları bulacağı için her şekilde o yazılım firmasının mahvına neden olacaktır.

⁷² Somut olayda arsa sahibi vatandaş ile basiretli tacir olması gereken yapı kooperatifi arasında ifa yerine cezai şartın kararlaştırıldığı bir sözleşme olmasına ve uyuşmazlık halinde çözümün en baştan taraflarca kararlaştırılmasına, sözleşmede de dönme yerine bizzat feshin ibaresi kullanılmış olmasına ve ilk mahkemede sözleşmenin feshini cezai şartta dayanarak nihayete erdirmesine, gerekçesinde de buna değinmesine karşın; ilk mahkeme kararını kesin hüküm kabul etmediği gibi, 15 yıldır üstlenmiş olduğu kat karşılığı inşaat işini ifa etmeyen ve basiretli tacir gibi davranmayan üstlenici kooperatifin eylemine cezai şartı da uygulamamıştır. Dahası sıradan bir vatandaşa karşı basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlü tacir kooperatifin dönme iddiasını değer vermiş, 15 yıllık bir sürede o güne değin yaptığı ve toplam miktarını da inşaatın %34'lük kısmı bulan işlerin karşılığını da sebepsiz zenginleşme uyarınca ödenmesini, bu kısmında feshin tarihi esas alınması suretiyle belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme sebepsiz zenginleşmeyi kabul ederken, 15 yıldır arsanın kooperatif tarafından bedelsiz kullanımına ve arsa sahibinin bu sürece ilişkin zararını da dikkate almamış, takas mahsup işlemi de uygulamamıştır. Karar için bkz. Yrg. 23. HD, 2015/7779 E., 2016/5413 K., T. 15.12.2016; Oysa ki somut olayda temerrüt 15 yıldır mevcuttur, arsa sahibi de sözleşmeden dönmemiş sözleşmeyi feshetmiştir. Gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay kararlarından fesih ibaresini kullanmıştır. Kaldı ki dönme halinde dahi alacaklının sadece menfi zararları tazmin edeceğine ilişkin kural emredici de değildir, taraflar aksini kararlaştırarak müspet zararı da isteyebilir. Somut olayda ise taraflar arasında bir cezai şartta kararlaştırılmış bulunmaktadır. Karşılık borç yükleyen sözleşmelerde dönme ve fesih ile ilgili açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: "Borçlar Genel Hukuku Genel Hükümler", Yeni Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012, s. 714-717.

lerin de ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim bu tutumun ticaretteki negatif etkileri Amerikan ticari yaşamında görülmüş bulunmakta, tam da bu nedenle Amerikalı hukukçular Amerikalı iş adamları için güvenli bir hukuki atmosferi ve öngörülebilirliği temin maksadıyla UCC hazırlanmış bulunmaktadır. Oysa Türk yargı pratiğiyle yetkin Türk akedemisyenleri ve uygulamacıları dahi yapılması planlanan bir ticari işle ilgili sözleşme hazırlarken, sözleşmenin akıbetinden pek emin olamamakta, Türk iş adamları daihtiyaç duydukları hukuki güvenin ve hukuki öngörülebilirliğin varlığı noktasında ikna olmakta zorlanmaktadır. Doğal olarak anayasal güvence altında olan ve tarafların anayasası anlamına gelen sözleşme özgürlüğü, Türk yargı pratiğiyle içi boşaltılmakta, kimse için hukuki öngörülebilirlik pek mümkün olmamaktadır. Bunun yanında, taraflardan birinin yabancı olduğu ticari sözleşmelerde, sorun kendini varlığını tüm sahiciliğiyle göstermekte, yabancı yatırımcıların ne esasa Türk hukukunun uygulanmasını ne de olası ihtilafların Türk yargısı tarafından çözülmesini istediği pek de görülmemektedir. Bu güvensizlik nedeniyle de yabancı yatırımcılar, esasa uygulanacak hukuk olarak bir başka hukuku ve ihtilafın hallinde de yurtdışında bir tahkim merkezini seçmek suretiyle Türk hukukunu ve Türk yargısını devre dışı bırakmaktadır.

Türk yargı pratiğinden çıkan sonuçlar karşısında, basiretli iş adamı ölçüsünün taraflarca belirlenmesi imkanı, kanuni düzenlemeyle verilmesi yerinde olacaktır. Bu anlamda TTK m.18/2 “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Ayrıca tacirler arası işlerde taraflar, basiretli iş adamı standardını anlaşma ile de belirleyebilir.*” düzenlemesine bu yönde bir hüküm eklemek suretiyle Türk tacirlere de bu imkan tanınabilir. Böylelikle teknikte, ticarete yaşanan değişimlere ve toplumdaki gelişmelere TTK’nın da hızla uyum sağlaması kolaylaştırılmış olur. Bunun yanında basiretli iş adamı ölçüsünün her somut olayda belirlenmesinin güç olması, bazı işlerin spesifik özellikler arz etmesi, ticarete yaşanan hızlı değişimler ve gelişmeler nedeniyle bu imkanı tacirlere tanımak, basiretli iş adamı ölçüsünün de somutlaşmasına ve içeriğinin de çok daha kolay belirlenmesini sağlayacaktır. Böylelikle yaşanan veya yaşanacak karışıklıkların önüne de bir nebze geçilebilecek, ticaret kanunları için varsayımsal insan tipinin daha bir somutlaşması nedeniyle de yapılan düzenleme öngörülebilirliğin sağlanmasına hizmet edecektir.

SONUÇ

Amerika çapında uygulanacak bir ticaret kanunu yaratma fikrinin temelinde, iş adamlarına güven ve öngörülebilirlik temin edecek kurallara, hukuki atmosfere duyulan ihtiyaç olmuştur. Güven ve öngörülebilirlik temin eden kuralların varlığıyla da ticari işlemlerin daha fazla rasyonelleştireceği ve bu yolla da ticaretin genişleyeceğine inanılmıştır. Bu inançla da daha basit, daha açık, daha iyi bir kural temelinde güven ortamı yaratmak, dürüstlük ilkesini korumak, hem mahkemede hem de mahkeme dışında çok daha öngörülebilir ve tatmin edici bir ticaret hukuku yaratmak, kanunla ulaşılmak istenen hedef olmuştur. Bu hedeflerle de Amerikan Ticaret Kanunu olan UCC yaratılmıştır. UCC'nin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar ki süreçte, Amerikan ticari hayatında yaşanan gelişmeler ve iş adamlarıyla birlikte Amerika'nın dünya ticaretindeki şekillendirici baskın etkisi birlikte değerlendirildiğinde, kanunla istenilen gayeye ulaşıldığı veya en azından, Amerika'nın ticarete bugün itibariyle geldiği seviyeye ulaşmasında kanun, etkili itici güçlerden biri olduğu görülmüştür.

Amerikan Ticaret Kanunu olan UCC'de ifadesini bulan *reasonable man* ise Türk Ticaret Kanununda ifade edilen basiretli tacir kavramı ile hemen hemen aynı anlamda kullanılmaktadır. Öyle ki *reasonable man* kavramı, kaynağını Roma hukukunda özen yükümlülüğü ölçütü olarak kullanılan, soyut bir kişi olan ve iyi bir aile babası anlamına gelen "*bonus pater familias*" veya "*diligens paterfamilias*" tabirinde bulmaktadır. Kavram İngiliz hukukuna ise ilk olarak "*the man of ordinary prudence*" olarak 1837 yılında *Vaughan v Menlove* davasıyla girmiş, sonrasında ise *Reasonable Man*" veya daha basit ifadeyle "*reasonable Man*" halini almış bulunmaktadır. Ayrıca, bizim kanunumuzdan farklı olarak, UCC'de tacir, yaptığı işte tecrübeli ve uğraştığı işte de uzman olan kişi olarak tarif edilmiş ve niteliği belirlenmiştir. Amerikan mahkeme kararlarında da *reasonable man* kavramı, *Auto Owners Insurance Company vs. Wayne Jensen and Charles A. Butz Jr davasında* olduğu gibi, bizim hukukumuzdakine paralel bir şekilde kullanılmış, basiretli bir tacirin aynı durumda ne yapabileceği sorusunun cevabı aranarak sorumluluğun tespitine çalışılmıştır.

Bu anlamda Amerikan Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun paralel olduğunu söyleyebiliriz. Her iki kanun anlamında farklılık ise taraflara da

ölçüyü belirleme olanağı verip vermemesi noktasında toplanmaktadır. Öyle ki UCC, toplumsal gelişmelere ve ticaretteki değişime hızlı intibak için tarafların anlaşmak suretiyle basiretli iş adamı ölçüsünü ve dolayısıyla ifa standardını belirleme imkanını vererek bu hususu section 1-102(3) ile hüküm altına almıştır. Ayrıca kanunla sadece varsayımsal insan tipini değil, aynı zamanda bir bütün olarak kanunun kendisinin de yaşanan gelişmelere ve değişimlere hızla intibakını temin edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim UCC § 1-103 metninde; “(a) Kanunun liberal bir şekilde yorumlanması gerektiği ve (1) basitlik, açıklık ve ticari ilişkileri modernize etme, (2) ticari teamül, uygulama ve tarafların sözleşmeleri yoluyla ticaretin kapsamının genişlemesine müsaade etme, (3) farklı hukuk sistemleri arasında yeknesak bir hukuk yaratma gibi hedeflenen politikaları ve amaçları destekler şekilde uygulanması gerektiği” yönündeki düzenleme ile bu gaye güdülmektedir. Böylece Amerikalı tacirler kendi aralarındaki işlerde basiretli tacirin veya reasonable man ölçüsünü belirleme olanağıyla birlikte geniş bir otonomiye kavuşmuştur.

Bu anlamda UCC, reasonable man ölçüsünü belirlemek de dahil, taraflara geniş bir otonomi sağlamasıyla göze çarpmaktadır. Kural olarak, Türk hukukunda sözleşme serbestisinin anayasal güvence altında olması ve bu özgürlüğe müdahalenin de ancak hakkın özüne dokunmaksızın kanun yoluyla yapılabilmesi hasebiyle, Amerikan hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da tarafların sözleşmeyle basiretli iş adamı ölçüsünü belirlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ancak Türk yargı pratiğinde, sözleşmenin tarafların anayasası olmasına ve ticaret hukuku bakımından da sözleşme özgürlüğünün daha katı bir şekilde tanınmasının gerekmesine karşın, hemen hemen her olayda, yargıçların ticari sözleşmelere müdahale etmekte pek de tereddüt etmediği görülmektedir. Öyle ki tacirler arası işlerde ücretten ve cezai şarttan indirim istenemeyeceği açıkca hüküm altına alınmasına rağmen cezai şarttan indirime gidildiği; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifade edilmemesi hallerine ilişkin olarak ifa yerine geçen cezai şartın kararlaştırıldığı ve üstelik üstlenici tarafın da tacir olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde cezai şartı uygulamak yerine dönmeyi uygulamayı tercih ettiği görülmektedir. Sözleşme özgürlüğünü sınırlama yetkisi anayasamızca sadece yasamaya verilmesine ve bu yetkinin de hakkın özüne dokunmaksızın kullanılmasının düzenlenmesine karşın, söz konusu yetkinin yargı tarafından

sıklıkla kullanıldığı, böylelikle yasama fonksiyonunun gaspı anlamına gelecek nitelikteki bir uygulamayı içselleştirdiği anlaşılmaktadır. Açıktır ki bu tutum, hukuktan veya bir hukuk devletinden bahsedebilmek için varlığına ihtiyaç duyulan hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik hakkı gibi en temel ilkelere de ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim bu tutumun ticaretteki negatif etkileri de Amerikan ticari yaşamında görülmüş bulunmakta, tam da bu nedenle Amerikalı hukukçular, Amerikalı iş adamları için hukuki güveni ve hukuki öngörülebilirliği temin maksadıyla UCC'yi hazırlanmış bulunmaktadır. Oysa ki Türk yargı pratiğiyle, yetkin Türk akedemisyenleri ve uygulamacıları dahi yapılması planlanan bir ticari işle ilgili sözleşme hazırlarken, sözleşmenin akıbetinden pek emin olamamakta, Türk iş adamları da ihtiyaç duydukları hukuki güvenin ve hukuki öngörülebilirliğin varlığı noktasında ikna olmakta zorlanmaktadır. Doğal olarak anayasal güvence altında olan ve tarafların anayasası anlamına gelen sözleşme özgürlüğü, Türk yargı pratiğiyle içi boşaltılmakta, kimse için hukuki öngörülebilirlik pek mümkün olmamaktadır. Bunun yanında, taraflardan birinin yabancı olduğu ticari sözleşmelerde, sorun kendini varlığını tüm sahiciliğiyle göstermekte, bu anlamda da yabancı yatırımcıların ne Türk hukukunun esasa uygulanmasını ne de Türk yargısının ihtilafları çözecek merci olmasını istediği pek de görülmemektedir. Bu güvensizlik nedeniyle de yabancı yatırımcılar, esasa uygulanacak hukuk olarak bir başka hukuku ve ihtilafın hallinde de yurtdışında bir tahkim merkezini seçmek suretiyle Türk hukukunu ve Türk yargısını devre dışı bırakmaktadır.

Türk yargı pratiğinden çıkan sonuçlar karşısında ise basiretli iş adamı ölçüsünün taraflarca belirlenmesi imkanı, kanuni düzenlemeyle sağlanması daha yerinde bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda TTK m.18/2 düzenlemesine "*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Ayrıca, tacirler arası işlerde, taraflar, basiretli iş adamı standardını anlaşma ile belirleyebilir.*" bu yönde bir hüküm eklemek suretiyle Türk tacirlerine de bu imkan tanınabilir. Böylelikle teknikte, ticarete yaşanan değişimlere ve toplumdaki gelişmelere, TTK'nın varsayımsal insanın da hızla uyum sağlaması kolaylaştırılmış olur. Bunun yanında basiretli iş adamı ölçüsünün her somut olayda belirlenmesinin güç olması, bazı işlerin spesifik özellikler arz etmesi, ticarete yaşanan hızlı değişimler ve gelişmeler nedeniyle bir bütün olarak düşünüldüğünde,

bu imkanı tacirlere tanınması basiretli iş adamı ölçüsünün de somutlaşmasına ve içeriğinin de çok daha kolay belirlenmesini sağlayacaktır. Böylelikle yaşanan veya yaşanacak karışıklıkların önüne de bir nebze geçilebilecek, varsayımsal insan tipinin daha bir somutlaşması nedeniyle de yapılan düzenleme öngörülebilirliğin sağlanmasına hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 22. Bası, Ankara 2016.
- Ball**, Ray: “*Corporate Governance and Financial Reporting at Daimler-Benz (DaimlerChrysler) AG: From a “Stakeholder” toward a “Shareholder Value” Model*”, The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Research Trends, Policy, and Practice (Eds; Christian LEUZ, Dieter PFAFF, and Anthony HOPWOOD), Oxford 2004.
- Braucher**, Robert: “The Legislative History of the Uniform Commercial Code”, Columbia Law Review, Volume 58, Number 6, June 1958.
- Buck**, Mark A.: “*Uniform Commercial Code: The Farmer is Not a Merchant Under the UCC -Promissory Estoppel to Avoid the Operation of the Statue of Frauds*”, Washburn Law Journal, Volume 16, 1976.
- Erdem**, H. Ercüment: “*Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri*”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, C: 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. I.
- Farley**, Andrew N.: “*Article 3 of The Uniform Commercial Code*”, Gonzaga Law Review, Volume:4, Spring 1969.
- Francese**, Christopher: “Ancient Rome in So Many Words”, New York 2007.
- Friedman**, Lawrence M.: A History of American Law, Second Edition, Newyork 1973.
- Gabriel**, Henry: “The Revision Of The Uniform Commercial Code In The United States and Its Implications for Australia”, Monash University Law Review, Volume 24, Number 2, 1998.
- Gül**, İbrahim: “*ABD Hukukunun Genel Özellikleri ve Türk Hukukundan Başlıca Farkları*”, HKU Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 10, 2015.
- Gül**, İbrahim: “*Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, 2016.

- Hardin**, J. Thomas: “*The Impact of the Uniform Commercial Code on Oil and Gas Lease*”, Annual of the Arkansas Natural Resources Law Institute No: 18, 1988.
- Hillinger**, Ingrid Michelsen: “The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn’s Attempt to Achieve the Good, the True, the Beautiful in Commercial Law”, The Georgetown Law Journal, Volume 73, 1985.
- Huggins**, Mike: “*The U.C.C. Merchant Sections: Reasonable Commercial Standards of Fair Dealing in the Trades*”, Tulsa Law Review, Volume 14, Issue 1, 1978.
- Joachim**, Willi: “The ‘Reasonable Man’ in United States and German Commercial Law”, Comparative Law Yearbook of International Business, Volume 15, 1992.
- Kamp**, Allen R.: “Uptown Act: A History of the Uniform Commercial Code 1940-49”, SMU Law Review, Volume 51, Issue 2, 1998.
- Kayihan**, Şaban/Ünlütepe, Mustafa: Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara 2016.
- Kayihan**, Şaban/Ünlütepe, Mustafa: Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: “Borçlar Genel Hukuku Genel Hükümler” , Yeni Borçlar Kanunu’na göre Hazırlanmış Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012.
- Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.
- Mason**, David R.: “*Article 2: Sales*”, Montana Law Review, Volume 21, Issue 1, Fall 1959.
- Mentschikof**, Soia: “*Peaceful Repossession Under the Uniform Commercial Code: A Constitutional and Economic Analysis*”, William & Mary Law Review, Volume 14, Issue 4, 1973.
- Newell**, Douglas K.: “The Merchant of Article 2”, Valparaiso University Law Review, Volume 7, Number 3, 1973.
- Ogunbitan**, Festus: “*Epic of Being George Washington: annd Declaration of America’s Independence Over High Taxes, Usurpations of Power, and No Economic Growth*”, Bloomington 2012.
- Oğuz**, Arzu: “Karşılaştırmalı Hukuk”, Ankara 2003.

- Onofry**, Charles D.: “The Merchant’s Exception to the Uniform Commercial Code’s Statute of Frauds”, Volume 32, Issue 1, 1987.
- Parker**, Wender: “*Reasonable Person: gendered concept*”, Wake Forest Law Review, Volume 46, 2011.
- Rasmussen**, Robert K.: “The Uneasy Case Against the Uniform Commercial Code”, Louisiana Law Review, Volume 62, Number 4, Summer 2002.
- Robin**, Louis S.: “The Uniform Commercial Code as Federal Law: United States v. Kimbell Foods, Inc.”, Fordham Urban Law Journal, Volume: 8, Issue: 3, 1979.
- Schmitthof**, Clive M.: “*American and European Commercial Law*”, 1979, Journal of Legislation, Volume:6, Issue: 1, Article: 4.
- Schnader**, William A.: “*A Short History of The Preparation and Enactment Of The Uniform Commercial Code*”, University of Miami Law Review, Volume: 22, Fall 1967, Number: 1.
- Smith**, Ralph D.: “*Commercial Law-Uniform Commercial Code- Section 2-609: Right to Adequate Assurance of Performance*”, Natural Resources Journal, Volume 7, Number 3, July 1967, s. 403.
- Stephens**, Corneill A.: “*Escape From The Battle Of The Forms: Keep It Simple, Stupid*”, Lewis & Clark Law Review, Volume 11, Issue 1, 2007.
- Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- Ülgen**, Hüseyin/**Teoman**, Ömer/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009.
- Ünlütepe**, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), İstanbul 2016.
- Whitman**, James: “*Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn’s German Sources for the Uniform Commercial Code*”, The Yale Law Journal, Volume 97, 1987-1988.
- Zimmermann**, Reinhard: “The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition Reprint Edition”, Oxford 1996.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CIGS	: The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s	: Sayfa
Yrg.	: Yargıtay
T	: Tarih
TDK	: Türk Dil Kurumu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code

